

Flucht vor dem Recht

Von „effective control“ zu „contactless control“?: Die Externalisierung von Migrationskontrolle im zentralen Mittelmeer als Herausforderung für die extraterritoriale Geltung der EMRK

Valentin Schatz

Abstract: *Nehmen Vertragsparteien der EMRK außerhalb ihres Hoheitsgebiets und ihrer Hoheitsgewässer Einfluss auf das Schicksal von Menschen, steht und fällt deren Zugang zu den menschenrechtlichen Garantien der EMRK und zum Rechtsschutz durch den EGMR mit der Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK. Dieser Beitrag beleuchtet diese Problematik am Beispiel des Refoulement-Verbots der EMRK und der von der EU betriebenen Externalisierung der Migrationskontrolle im zentralen Mittelmeer im Kontext der Seenotrettung. Er zeigt auf, dass ein funktionelles Verständnis der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK gegenüber dem traditionellen Ansatz der „effektiven Kontrolle“ vorzuzugswürdig ist. Nach diesem funktionellen Verständnis ist die EMRK auf staatliches Handeln anwendbar, das im Rahmen der Wahrnehmung seevölkerrechtlich zugeordneter Aufgaben und Verpflichtungen unterhalb der Schwelle „effektiver Kontrolle“ kausal und vorhersehbar die Gefahr von Rechtsgutsverletzungen schafft.*

I. Einleitung

Weltweit ist zu beobachten, dass staatliche Maßnahmen der Migrationskontrolle zunehmend in einem Spannungsverhältnis unter anderem zu menschenrechtlichen Garantien stehen. Da mittlerweile anerkannt ist, dass menschenrechtliche Verträge unter bestimmten Voraussetzungen auch extraterritorial anwendbar sind, sehen sich Staaten rechtlich durch das Refoulement-Verbot daran gehindert, durch einen unmittelbaren Einsatz eigener Hoheitsgewalt Menschen in Länder zurückzuweisen, in denen ihnen eine menschenrechtswidrige Behandlung droht.¹ Dies hat zur Folge, dass Staaten ihre Migrationskontrolle externalisieren und den betroffenen

1 Siehe unten II.

Menschen dadurch faktisch und rechtlich den Zugang zum europäischen System des Menschenrechtsschutzes nehmen, das in der EMRK verankert und vor dem EGMR justizierbar ist. Im öffentlichen Diskurs der vergangenen Jahre besonders präsent war – und ist – insoweit die Politik, die von der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten im Mittelmeerraum betrieben wird. Besonders anschaulich – und in ihren Konsequenzen verheerend – ist dabei die Externalisierung der Kontrolle von maritimer Migration, wie sie dieser Beitrag exemplarisch im Hinblick auf die Seenotrettung im zentralen Mittelmeer ins Auge fasst.²

Mehr noch als bei einer landseitigen Externalisierung von Migrationskontrolle stellt sich im Kontext maritimer Migration aus völkerrechtlicher Perspektive die Frage, ob bzw. in welchem Umfang auch die im Rahmen einer Externalisierungspolitik getroffenen Maßnahmen in den extraterritorialen Anwendungsbereich von menschenrechtlichen Verträgen fallen. Mit der Frage der Anwendbarkeit aber steht und fällt der Zugang der betroffenen Menschen zu den menschenrechtlichen Garantien der EMRK und zum Rechtsschutz durch den EGMR. Hierfür wird traditionell gefordert, dass Staaten durch ihre Organe „effektive Kontrolle“ (Englisch: „effective control“) über eine Person oder ein Gebiet ausüben, was durch Externalisierung gezielt vermieden wird. Dieser Beitrag zeigt am Beispiel des Refoulement-Verbots der EMRK und der Externalisierung der Migrationskontrolle im zentralen Mittelmeer im Kontext der Seenotrettung auf, dass ein funktionelles Verständnis der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK unterhalb der Schwelle „effektiver Kontrolle“ vorzugswürdig ist.³ Nach diesem Verständnis ist staatliches Handeln im Rahmen der Wahrnehmung seevölkerrechtlich zugeordneter Aufgaben und Verpflichtungen, das unterhalb der Schwelle „effektiver Kontrolle“ kausal und vorhersehbar die Gefahr von Rechtsgutsverletzungen schafft, von der Geltung der EMRK nicht ausgenommen.⁴

II. Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK auf See

Nach Art. 1 EMRK sichern die Vertragsstaaten der EMRK „allen ihrer Hoheitsgewalt [Englisch: „jurisdiction“] unterstehenden Personen“ die in der EMRK garantierten Rechte und Freiheiten zu. Im Ausgangspunkt ist anzu-

2 Siehe unten III. und IV.

3 Siehe unten V.

4 Siehe unten VI.

erkennen, dass der Begriff der „Hoheitsgewalt“ in Art. 1 EMRK, der als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der EMRK ausgestaltet ist, ursprünglich territorial konzipiert war.⁵ Nach dieser Konzeption ist also die durch den Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates der EMRK bestehende Verbindung zwischen Individuum und Staat maßgeblich. Auch wenn mittlerweile anerkannt ist, dass ein effektiver und sachgerechter Menschenrechtsschutz bisweilen die Annahme einer extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK erfordert, ist dies nach der herrschenden Konzeption von „Hoheitsgewalt“ nur ausnahmsweise der Fall, wenn ein Vertragsstaat „effektive Kontrolle“ hat.⁶

Für die Bestimmung der genauen Voraussetzungen „effektiver Kontrolle“, für deren Inhalt die EMRK selbst kaum Anhaltspunkte bietet, hat die Rechtsprechung des EGMR bisher keinen überzeugenden Ansatz liefern können, der über Einzelfälle bzw. Fallgruppen hinaus Geltung beanspruchen kann.⁷ Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung ein personales („State agent authority and control“)⁸ und ein räumliches („effective control over an area“)⁹ Verständnis „effektiver Kontrolle“ anerkannt. Den personalen Ansatz fasst der EGMR in seiner *Al-Skeini*-Entscheidung wie folgt zusammen: „[W]henever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation [...] to secure to that individual the rights and freedoms [...] that are relevant to the situation of that individual.“¹⁰ Beim räumlichen Ansatz folge die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK – auch

5 Siehe nur EGMR, Urt. v. 8.7.2004 – Nr. 48787/99 – *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, Rn. 311 – 312.

6 Siehe allgemein zur extraterritorialen Anwendbarkeit etwa Coomans/Kamminga (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004; *Milanovic*, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, 2011; *Da Costa*, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, 2013. Vgl. zum Ausnahmecharakter der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK etwa EGMR, Admissibility Decision v. 12.12.2001 – Nr. 52207/99 – *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Rn. 29 ff.; EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 133.

7 Vgl. EGMR, Concurring Opinion of Judge Bonello v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 8.

8 EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 133 – 137, m. w. N.

9 EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 138 – 140, m. w. N.

10 EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 137.

auf dem Staatsgebiet von Staaten, die keine EMRK-Vertragsstaaten sind – demgegenüber „from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State’s own armed forces, or through a subordinate local administration.“¹¹

Vor diesem Hintergrund bereitet die Anwendbarkeit der EMRK auf See besondere Schwierigkeiten, da die seevölkerrechtliche Zuordnung von Hoheitsgewalt sehr nuanciert ist.¹² Als zentrale Grundprinzipien stehen sich das System von Meereszonen mit abgestufter und zum Teil nur funktionaler Hoheitsgewalt von Küstenstaaten auf der einen Seite und das Flaggenstaatsprinzip nach Art. 92 Abs. 1 SRÜ¹³ auf der anderen Seite gegenüber, wobei das Verhältnis der beiden Grundprinzipien zueinander nicht abstrakt beschrieben werden kann.¹⁴ Die vorliegende Untersuchung ist auf die maritimen Zonen jenseits staatlicher Souveränität (also seewärts der inneren Gewässer und des Küstenmeers) beschränkt, in denen die Freiheit der Schifffahrt gilt.¹⁵ Hierunter fallen die ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ – bis zu 200 Seemeilen ab der Basislinie, also der Linie, ab der die verschiedenen maritimen Zonen gemessen werden), die Anschlusszone (bis zu 24 Seemeilen ab der Basislinie) und die Hohe See – wobei im Folgenden schlicht von der Hohen See gesprochen wird.¹⁶ In diesen Gewässern gibt es keine räumlich begründete Vermutung von „Hoheitsgewalt“ im Sinne des Art. 1 EMRK kraft Territorialität, weshalb nur eine extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK in Betracht kommt.

In der Hohen See genießt der Flaggenstaat grundsätzlich ausschließliche Hoheitsgewalt über Schiffe unter seiner Flagge und ist im Gegenzug auch dazu verpflichtet, seine Hoheitsgewalt und Kontrolle über diese Schiffe

11 EGMR, Urt. v. 7.7.2011 – Nr. 55721/07 – *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Rn. 138. Der räumliche Ansatz kommt vor allem in bewaffneten Konflikten und in besetzten Gebieten zum Tragen. Siehe dazu etwa *Biehl*, Die Europäische Menschenrechtskonvention in internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, 2020.

12 Vgl. allgemein zur Zuordnung von Hoheitsgewalt im Seevölkerrecht etwa *Nelson*, Maritime Jurisdiction, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2020.

13 *United Nations Convention on the Law of the Sea* (10 December 1982) 1833 UNTS 3.

14 Vgl. allgemein zum Flaggenstaatsprinzip *König*, Flag of Ships, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL (Fn. 12).

15 Vgl. allgemein *Hoffmann*, Navigation, Freedom of, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL (Fn. 12).

16 Bei der Anschlusszone und der AWZ handelt es sich um maritime Zonen, in denen die Küstenstaaten nur funktional begrenzte souveräne Rechte und Hoheitsgewalt haben. Vgl. allgemein *Gavouneli*, Functional Jurisdiction in the Law of the Sea, 2007.

auszuüben.¹⁷ Es besteht, abgesehen von einigen streng begrenzten Ausnahmen von der ausschließlichen Hoheitsgewalt des Flaggenstaates,¹⁸ keine Regelungs- und Durchsetzungskompetenz einzelner Staaten im Hinblick auf ausländische Schiffe.¹⁹ Vor diesem Hintergrund hat der EGMR in seiner *Hirsi*-Entscheidung eine extraterritoriale Anwendbarkeit unter anderem des Refoulement-Verbots der EMRK für den Fall bejaht, dass ein Staat in der Hohen See „continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control“ über eine Person ausübt, die sich auf einem Schiff der Marine in der Gewalt von militärischem Personal befindet.²⁰

Die *Hirsi*-Entscheidung kann zudem auch so gelesen werden, dass bereits die ausschließliche Hoheitsgewalt des Flaggenstaates über Schiffe unter seiner Flagge dazu führt, dass die EMRK auf staatliche Handlungen auf solchen Schiffen anwendbar ist, selbst wenn es sich nicht um staatliche Schiffe handelt.²¹ Offen bleibt, ob eine extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK auf Schiffen auch dann in Betracht kommt, wenn zur reinen *de jure* Kontrolle im Rahmen der ausschließlichen Hoheitsgewalt des Flaggenstaates kein weiteres hoheitliches Handeln an Bord tritt.²² Bei einem Schiff unter fremder Flagge kann nach der Rechtsprechung des EGMR für „effektive Kontrolle“ auch die „full and exclusive control“ über das Schiff ausreichen,²³ wobei eine rein faktische Kontrolle – etwa durch das Abfangen eines Schiffes durch Spezialkräfte – auch ohne parallele rechtliche Kontrolle genügen kann.²⁴ Diese Erwägungen sind auch auf die Anschlusszone und die AWZ übertragbar. Küstenstaaten haben dort nur „effektive Kontrolle“ im Sinne von „*de jure* and *de facto* control“, wenn sie aktiv ihre funktionelle küstenstaatliche Hoheitsgewalt (etwa im Hinblick auf das Verhindern einer Einfahrt in das Küstenmeer zu illegalen Zwecken

17 Vgl. Art. 92 Abs. 1 SRÜ i. V. m. Art. 94 Abs. 1 SRÜ.

18 Siehe etwa die Ausnahme für Piraterie nach Art. 92 Abs. 1 i. V. m. Art. 105 SRÜ. Vgl. allgemein *Guilfoyle*, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, 2009.

19 Vgl. allgemein *Treves*, High Seas, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL (Fn. 12).

20 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Nr. 27765/09 – *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Rn. 81. Siehe zu diesem Fall etwa *Giuffrè*, ICLQ 2012, 728.

21 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Nr. 27765/09 – *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Rn. 75 – 77.

22 Dagegen etwa *Talmon*, JZ 2019, 802 (806).

23 EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Nr. 27765/09 – *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Rn. 73.

24 EGMR, Urt. v. 29.3.2010 – Nr. 3394/03 – *Medvedyev and Others v. France*, Rn. 66 – 67; EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Nr. 27765/09 – *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Rn. 80.

noch in der Anschlusszone) ausüben, etwa indem ihre Küstenwache oder Marine faktische Gewalt über ein Schiff oder eine Person erlangt.²⁵

III. Externalisierung der Migrationskontrolle im zentralen Mittelmeer

Die Migration auf dem Seeweg nach Europa stellt eine besondere Herausforderung für eine effektive Migrationskontrolle durch die am Mittelmeer gelegenen Mitgliedstaaten der EU (insbesondere Italien, Malta, Griechenland und Spanien) dar.²⁶ Wie bei landseitigen Migrationsströmen sind auch bei Migration über den Seeweg staatliche Handlungsspielräume unter anderem²⁷ durch menschenrechtliche Verpflichtungen eingeschränkt.²⁸ Zu diesen Verpflichtungen zählt insbesondere das Refoulement-Verbot, das aus dem Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung des Art. 3 EMRK hergeleitet wird. Es verbietet Staaten, Menschen aus ihrem Machtbereich in den Machtbereich eines anderen Staates zurückzuweisen (Französisch: „refouler“), in dem diesen Menschen eine solche Behandlung droht.²⁹ Davon zu trennen ist das Recht auf Ausreise, das nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.³⁰ Wie bereits erwähnt, kommt

25 Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 3.2.2009 – Nr. 31276/05 – *Women on Waves and Others v. Portugal*; *Papastavridis*, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: The Strasbourg Court in Uncharted Waters?*, in: Fitzmaurice/Merkouris (Hrsg.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, 2013, S. 117 (141 – 143). Vgl. auch Schatz/*Fantinato*, *IJMC* 2020, 740 (749).

26 Für aktuelle Zahlen zu über den Seeweg Angekommenen, Vermissten und Verstorbenen, siehe UNHCR, <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean> (letzter Aufruf am 13.4.2021).

27 Für die Thematik ebenso bedeutend ist das internationale Migrationsrecht, das allerdings nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Auch (bzw. gerade) im internationalen Migrationsrecht existiert unter anderem ein Refoulement-Verbot und auch dort stellt sich die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit. Siehe dazu etwa *Lauterpacht/Bethlehem*, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in: Feller u. a. (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, S. 88 (110 – 111).

28 Siehe etwa die Beiträge in Gammeltoft-Hansen/Vedsted-Hansen (Hrsg.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control*, 2017.

29 Statt aller *Michaelsen*, *ICLQ* 2012, 750 (752).

30 Siehe dazu ausführlich *Markard*, *AVR* 2014, 449; *Markard*, *EJIL* 2016, 591; *Moreno-Lax*, *Theorising the (Intersectional) Right to Flee in the ECHR: A Composite Entitlement to Leave to Escape Irreversible Harm*, in: Çali u. a. (Hrsg.), *Migration and the European Convention on Human Rights*, 2021, S. 43.

nach tradierter Auffassung die EMRK einschließlich des Refoulement-Verbots auch extraterritorial zur Anwendung, wenn die „effektive Kontrolle“ eines Vertragsstaats angenommen werden kann.³¹

Dies hat zur Folge, dass für migrationsskeptische Staaten ein Anreiz besteht, durch die Externalisierung von Migrationskontrolle einen Kontakt mit Migrant:innen im Sinne einer Ausübung „effektiver Kontrolle“ zu vermeiden.³² Zentrales Ziel einer solchen Politik ist, politische und rechtliche Verantwortlichkeit für restriktive Maßnahmen der Migrationskontrolle und Verstöße gegen (unter anderem) menschenrechtliche Verpflichtungen auszulagern und/oder zu verschleiern.³³ Im Rahmen der hierbei zum Einsatz kommenden Modelle treffen bedeutende Herkunfts- oder Transitstaaten – im Kontext des Mittelmeers etwa die Sahelstaaten, die nordafrikanische Küstenstaaten oder die Türkei – als vorgeschaltete Akteure im Interesse der europäischen Staaten Maßnahmen der Migrationskontrolle, wobei von Letzteren umfangreicher Einfluss bis hin zu intensiver operativer Unterstützung ausgeübt wird.³⁴

Bei der Migration über den Seeweg bestehen faktische und rechtliche Besonderheiten. Mangels physischer Barrieren, wie etwa Grenzzäunen, ist es beispielsweise nicht in gleicher Weise möglich, eine Aus- bzw. Einreise zu verhindern, wie dies an einer Landesgrenze (z.B. in den spanischen Exklaven Ceuta und Melilla) der Fall ist. Haben Menschen auf dem Seeweg das Hoheitsgebiet und die Hoheitsgewässer des Transitstaates verlassen und befinden sich in der Hohen See, bestehen – wie bereits dargestellt – nur noch eingeschränkte rechtliche Bindungen und Zugriffsmöglichkeiten von Staaten, bis sie sich wieder in die Hoheitsgewässer eines Staates begeben oder mit staatlichen Schiffen in Kontakt kommen.³⁵ Daher können Schiffe, die von Nordafrika – und dort insbesondere Libyen – über das zentrale Mittelmeer Richtung Europa in See stechen, Menschen sprichwörtlich in den Hoheitsbereich europäischer Küstenstaaten „hinein-

31 Siehe oben II.

32 Statt aller *Goodwin-Gill/McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl. 2007, S. 370.

33 Siehe allgemein *Moreno-Lax*, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, 2017; *Moreno-Lax*, *EU External Migration Policy and the Protection of Human Rights*, 2020.

34 Siehe etwa *Liguori*, *Migration Law and the Externalization of Border Controls: European State Responsibility*, 2019. Siehe speziell zur Praxis der EU im zentralen Mittelmeer etwa *Müller/Slominski*, *JEPP* 2020, 1. Vgl. zur Praxis Australiens etwa *Dastyari/Hirsch*, *HRLR* 2019, 435; *Hassan/Al Imran*, *JMLC* 2020, 187.

35 Siehe oben II.

fahren“. Eine Zurückweisung etwa nach Libyen kommt dann aufgrund des Refoulement-Verbots nicht mehr ohne Weiteres in Betracht.

Aus der Perspektive einer Externalisierungspolitik um jeden Preis ist es daher konsequent, im ohnehin verantwortungsreduzierten Raum der Hohen See zwischen dem Transit- und dem Zielstaat ein Vakuum eigener staatlicher Präsenz und Aufgabenwahrnehmung zu schaffen und parallel die Rolle anderer staatlicher und privater Akteure direkt und indirekt zu stärken.³⁶ Auf diese Weise wird das Risiko reduziert, dass Menschen über den Seeweg in die eigene „effektive Kontrolle“ oder in die eigenen Hoheitsgewässer bzw. das Hoheitsgebiet gelangen: Die physische und rechtliche Verbindung zwischen Staatsgewalt und Mensch wird gekappt.³⁷

IV. Paradigmenwechsel in der Seenotrettung im zentralen Mittelmeer

Um eine möglichst effektive Externalisierung von Migrationskontrolle im zentralen Mittelmeer zu erreichen, instrumentalisieren die EU-Mitgliedstaaten mittlerweile das internationale Seenotrettungssystem (sog. „securitization of search and rescue“).³⁸ Dieses System hat eine flaggenstaatliche und eine küstenstaatliche Säule.³⁹

Zum einen besteht eine Verpflichtung aller Flaggenstaaten, die Kapitän:innen von Schiffen unter ihrer Flagge in ihrem nationalen Recht dazu zu verpflichten (und diese Verpflichtung auch durchzusetzen), Menschen in Seenot Hilfe zu leisten.⁴⁰ Diese Verpflichtung findet sich unter anderem in Art. 98 Abs. 1 SRÜ, im SOLAS-Übereinkommen⁴¹ und im Völkergewohnheitsrecht.⁴² Die Pflicht zur Seenotrettung gilt auch für Schiffe, die eigentlich primär Aufgaben im Bereich der Grenzkontrolle wahrnehmen (etwa FRONTEX) oder im Rahmen von internationalen Einsätzen einge-

36 Siehe etwa *Moreno-Lax/Lemberg-Pedersen*, QIL 2019, 5.

37 Vgl. statt aller *Mann*, *Humanity at Sea: Maritime Migration and the Foundations of International Law*, 2016.

38 *Ghezelbash* u. a., ICLQ 2018, 315; *Moreno-Lax*, JCMS 2018, 119.

39 Eine Beschreibung dieses Systems findet sich etwa bei *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929.

40 Siehe speziell zu den Pflichten von Kapitän:innen *Attard*, *The Duty of the Shipmaster to Render Assistance at Sea under International Law*, 2020.

41 Vgl. Regulation 33 der Convention for the Safety of Life at Sea (1.11.1974) 1184 UNTS 278.

42 Siehe nur *Papanicolopulu*, IRRC 2016, 491 (501); *Papanicolopulu*, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 198; *Ghezelbash* u. a. (Fn. 38), S. 322 f.

setzt werden (etwa Operation Sophia).⁴³ Weitgehend unstrittig ist, dass die Überfahrt in überfüllten, kaum seetüchtigen, schlecht ausgerüsteten und unterversorgten (Schlauch-) Booten, wie sie von Libyen aus in See stechen, regelmäßig von Anfang an eine Gefahr für Leib und Leben der Menschen an Bord darstellt, die sie nicht ohne fremde Hilfe abwenden können („Seenot“).⁴⁴ Die Pflicht zur Seenotrettung ist allerdings situativ und geht daher nicht so weit, dass Schiffe in entfernte Seegebiete geschickt werden müssen, in denen es regelmäßig zu Fällen von Seenot kommt. Somit ist es europäischen Staaten aus seevölkerrechtlicher Sicht grundsätzlich unbenommen, keine Schiffe zum Zweck präventiver Patrouillen vor der libyschen Küste zu entsenden, sondern im Gegenteil Rettungskapazitäten ab-zuziehen.

Anders stellt sich die Situation im Hinblick auf die Rettungs-zonen („search and rescue regions“ oder SRRs) der europäischen Küstenstaaten dar. Parallel zur Verpflichtung der Flaggenstaaten haben Küstenstaaten nach Art. 98 Abs. 2 SRÜ eine Verpflichtung zur „Unterhaltung eines angemessenen und wirksamen Such- und Rettungsdienstes“. Diese Verpflichtung ist im SAR-Übereinkommen⁴⁵ dahingehend weiter ausgestaltet, dass Vertragsparteien in ihren im Rahmen der Internationalen Seeschiff-fahrts-organisation (IMO) etablierten SRRs eine Rettungsleitstelle („maritime rescue coordination centre“ oder MRCC) betreiben und Rettungseinsätze effektiv und ohne Ansehung der Nationalität der betroffenen Menschen koordinieren müssen.⁴⁶ Zentral ist dabei die Pflicht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und der Richtlinien der IMO einen sicheren Ort (Englisch: „place of safety“) für die Ausschiffung der geretteten Menschen zuzuweisen.⁴⁷ In seiner SRR kommt dem Küstenstaat somit die

43 Siehe dazu etwa *Papastavridis*, NORD 2010, 75 (102 – 103); *Pichl/Tohidipur*, Verpflichtung zur aktiven Seenotrettung: Zu den nicht intendierten Effekten der Überwachung des Mittelmeers durch Frontex, in: *Pichl/Tohidipur* (Hrsg.), An den Grenzen Europas und des Rechts: Interdisziplinäre Perspektiven auf Migration, Grenzen und Recht, 2019, S. 177.

44 UNHCR, General Legal Considerations: Search-and-Rescue Operations Involving Refugees and Migrants at Sea, 2017, <http://www.refworld.org/pdfid/5a2e9efd4.pdf> (letzter Aufruf am 13.4.2021), S. 4; *Schatz/Fantinato* (Fn. 25), S. 744. Siehe allgemein zum Begriff der Seenot *Noyes*, Ships in Distress, in: *Wolfrum* (Hrsg.), MPE-PIL (Fn. 12).

45 International Convention on Maritime Search and Rescue (27.4.1979) 1405 UNTS 118.

46 Vgl. Paras. 2.1.3, 2.1.9, 2.1.10 und 3.1.9 der Anlage zum SAR-Übereinkommen.

47 Para. 3.1.9 der Anlage zum SAR-Übereinkommen. Siehe statt aller *Bevilacqua*, Ital Yearbk Int Law 2019, 11; *Turrini*, Ital Yearbk Int Law 2019, 29.

Hauptverantwortung („primary responsibility“) für die effektive Koordination der Seenotrettung zu, nicht aber zusätzliche Hoheitsrechte oder Durchsetzungsbefugnisse gegenüber ausländischen Schiffen, wie dies bei den „richtigen“ maritimen Zonen der Fall ist.⁴⁸ Wie schon der Begriff der Hauptverantwortung impliziert, haben aber auch andere (und darunter insbesondere benachbarte) Staaten weiterhin eine parallele Verpflichtung zur Seenotrettung.⁴⁹

Dieses System hat sich die EU zu Nutze gemacht, indem sie Libyen bei der Einrichtung einer SRR unterstützt hat, in der Libyen zur Koordination von Seenotrettung befugt ist – und indem die EU (sowie insbesondere Italien) Libyen beim Betrieb seines MRCC unterstützt.⁵⁰ Die von Seiten der EU unterstützte libysche Küstenwache hat in diesem System die Funktion, Schiffe mit Migrant:innen im Rahmen von Rettungsoperationen abzufangen und die Menschen nach Libyen zurückzubringen.⁵¹ Die europäischen Küstenstaaten haben demgegenüber ihre Rettungseinsätze im zentralen Mittelmeer weitgehend eingestellt und verweisen auch in Koordinierungsfragen auf das libysche MRCC. Zum Teil werden auch Informationen an die libyschen Behörden weitergegeben oder Schiffe angewiesen, keine Rettung durchzuführen und stattdessen auf das Eintreffen der libyschen Küstenwache zu warten. Parallel gehen EU-Mitgliedstaaten gezielt gegen zivile Seenotrettungsorganisationen und deren Schiffe vor, deren Aktivitäten die Externalisierungsbestrebungen der EU konterkarieren.⁵²

V. Ein funktioneller Ansatz für die Anwendbarkeit der EMRK

Das beschriebene Modell der Externalisierung durch „securitization of search and rescue“ erfüllt nicht das tradierte Verständnis von „effektiver

48 Vgl. Art. II Abs. 1 SAR-Übereinkommen und Para. 2.1.7 der Anlage zum SAR-Übereinkommen. Siehe auch *Trevisanut*, QIL 2014, 3 (12); *Schatz/Fantinato* (Fn. 25), S. 744.

49 Vgl. 2.1.10 und Umkehrschluss aus 3.1.9 der Anlage zum SAR-Übereinkommen.

50 *Farahat/Markard*, *Places of Safety in the Mediterranean: The EU's Policy of Outsourcing Responsibility*, 2020, S. 41. Siehe speziell zur Frage der Legalität der Finanzierung der libyschen Küstenwache durch die EU *Dann* u. a., *Legal Opinion on the Legality of EU Funding for the Libyan Coast Guard*, 2020.

51 Siehe etwa *Moreno-Lax/Klein*, LJIL 2019, 715 (722–726); *Farahat/Markard* (Fn. 50), S. 41 – 42.

52 Siehe dazu etwa *Gombeer/Fink*, *MarSafeLaw Journal* 2018, 1; *Cusumano*, *Mediterr. Politics* 2019, 106; *Schatz/Fantinato* (Fn. 25).

Kontrolle“ auf Seiten der europäischen Küstenstaaten, weshalb eine Anwendbarkeit der EMRK – einschließlich des Refoulement-Verbots – auf dieser Grundlage nicht angenommen werden kann.⁵³ Es werden allerdings verschiedene Ansätze als Alternative zur Voraussetzung der „effektiven Kontrolle“ vorgeschlagen.⁵⁴ Hierzu gehört unter anderem ein funktionelles Verständnis von Kontrolle („situational control“ bzw. „contactless control“) als Maßstab für die Anwendbarkeit der EMRK.⁵⁵ So genügt nach *Moreno-Lax* für eine extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK ein „sovereign-authority nexus established between the State and the individual in a specific situation through an exercise of ‘public powers’“⁵⁶. Es wird also auf den Einfluss tatsächlichen staatlichen Handelns auf eine Situation abgestellt, das kausal und zurechenbar einen menschenrechtlich relevanten Eingriff verursacht. Durch diesen Fokus auf eine spezielle faktische und/oder rechtliche Verbindung zwischen Individuum und staatlicher Machtausübung entkoppelt ein solcher funktioneller Ansatz den Begriff der „Hoheitsgewalt“ nach Art. 1 EMRK vom klassischen Verständnis von „effektiver Kontrolle“.

Jedenfalls im Kontext der extraterritorialen Migrationskontrolle durch „securitization of search and rescue“ kann auf Grundlage eines funktionalen Verständnisses in manchen Situationen überzeugend eine extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK angenommen werden. Dies ist nach hier vertretener Auffassung der Fall, wenn (1) staatliches Handeln oder Unterlassen direkt, kausal und vorhersehbar einen menschenrechtlich relevanten Eingriff verursacht und (2) eine hinreichend starke Verbindung zwischen Staat und Individuum aufgrund einer rechtlichen und/oder faktischen

53 *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 38 – 39.

54 Vgl. etwa die Ansätze von *Milanovic* (Fn. 6), S. 210 ff.; *Lawson*, *Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in: *Coomans/Kamminga* (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Fn. 6), S. 83.

55 *Trevisanut* (Fn. 48), S. 12 – 14; *Moreno-Lax/Giuffré*, *The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows*, in: *Juss* (Hrsg.), *Research Handbook on International Refugee Law*, 2019, S. 81; *Moreno-Lax*, *GLJ* 2020, 385; *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 45 – 46; *AIRE Centre*, *Dutch Refugee Council*, *ECRE*, and *ICJ*, *Written Submissions in S.S. and ors. v. Italy*, 11.11.2019, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/ECtHR-SS_v_Italy_final-JointTPI-ICJECREAIREDCR-English-2019.pdf (letzter Aufruf am 13.4.2021), S. 1 – 4. In eine ähnliche Richtung auch *Kanalan*, *AVR* 2014, 495 (510).

56 *Moreno-Lax* (Fn. 55), S. 402.

Verantwortlichkeit besteht, wie dies bei der Wahrnehmung seevölkerrechtlicher Verpflichtungen der Fall sein kann.

Allgemeine Argumente gegen einen solchen funktionellen Ansatz sind schnell gefunden: Er dehnt die Ausnahme vom Grundsatz der territorialen Anwendung noch weiter aus und rückt dadurch noch weiter von der Konzeption der Anwendbarkeit der EMRK ab, wie sie die Vertragsstaaten ursprünglich durch ihre Zustimmung legitimiert haben. Vor diesem Hintergrund könnte eine Ausdehnung der extraterritorialen Anwendbarkeit an das Erfordernis einer demokratisch legitimierten Änderung von Art. 1 EMRK durch die Vertragsstaaten geknüpft werden, wobei eine solche freilich in der aktuellen politischen Lage unwahrscheinlich wäre.

Für einen funktionellen Ansatz spricht demgegenüber der Telos der EMRK, der für einen effektiven Menschenrechtsschutz im Kontext des – auch extraterritorialen – hoheitlichen Handelns der Vertragsstaaten streitet. Vor diesem Hintergrund sind Lücken im Menschenrechtsschutz zu vermeiden, in denen nicht ohne Weiteres qua Territorialität eine widerlegbare Vermutung von „Hoheitsgewalt“ zugunsten eines Staates angenommen werden kann und in denen zugleich keine „effektive Kontrolle“ nach klassischem Verständnis besteht. Dies ist – wie bereits erwähnt – in der Hohen See der Fall, wo somit eine niedrigere Schwelle für die Annahme von „Hoheitsgewalt“ sachgerecht ist.

Des Weiteren operieren menschenrechtliche Garantien immer auch in ihrem rechtlichen und faktischen Kontext. Im Rahmen der Seenotrettung stehen die maßgeblichen seevölkerrechtlichen Regelungen (also insbesondere die des SAR-Übereinkommens) neben den parallel anwendbaren menschenrechtlichen Gewährleistungen, ohne dass das Seevölkerrecht Vorrang genießt bzw. die Einhaltung des Seevölkerrechts Verletzungen menschenrechtlicher Verpflichtungen ausschließt (und umgekehrt).⁵⁷ Eine völlige „Gleichschaltung“ der Einhaltung seevölkerrechtlicher und menschenrechtlicher Verpflichtungen jenseits der Auslegungsmethode der systemischen Integration⁵⁸ scheidet somit aus.⁵⁹ Es kann aber für die Frage, ob die menschenrechtlichen Garantien der EMRK anwendbar sind, nicht völlig unbedeutend sein, welche rechtliche Verantwortung und Kontrol-

57 Proelß, Flüchtlings- und menschenrechtliche Aspekte der Pflicht zur Seenotrettung, in: von der Decken/Günzel (Hrsg.), Staat Religion Recht: Festschrift für Gerhard Robbers zum 70. Geburtstag, 2020, S. 885 (887 – 888).

58 Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c Vienna Convention on the Law of Treaties (23.5.1969) 1155 UNTS 331.

59 Insoweit überzeugend CCPR, Individual Opinion of Andreas Zimmermann (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/128/D/3043/2017, Rn. 9.

le das Seevölkerrecht einem Staat funktionell zuordnet und ob das zur Einhaltung menschenrechtlicher Garantien erforderliche Verhalten bereits Gegenstand von seevölkerrechtlichen Verpflichtungen ist.⁶⁰

So führt etwa die vorrangige Zuständigkeit eines SRR-Staates nach dem SAR-Übereinkommen regelmäßig zugleich dazu, dass sich andere Akteure für unzuständig halten oder erklären bzw. die Weisungen der SRR-Staates nicht hinterfragen. Zum anderen ergibt sich die rechtliche und situative Kontrolle des koordinierenden Staates⁶¹ über die Rettungsoperation auch daraus, dass etwa die Weisungen seines MRCC auf völkerrechtlicher Ebene eine bindende Wirkung entfalten, die selbst bei ausländischen Schiffen in den nationalen Rechtsordnungen anderer Vertragsparteien einen straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Reflex auslösen.⁶² Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, bei einer Instrumentalisierung dieses Systems zur Verhinderung bzw. Verzögerung von Rettungen oder zur Steuerung von Zurückweisungen durch andere Akteure in der Hohen See einen menschenrechtlich relevanten hoheitlichen Eingriff in einer Situation von faktischer und rechtlicher Kontrolle zu verneinen und damit eine Anwendbarkeit der EMRK abzulehnen.

Kürzlich hat der UN-Menschenrechtsausschuss (Englisch: Human Rights Committee oder CCPR), also das für Beschwerden auf Grundlage des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)⁶³ zuständige Kontrollorgan, einen solchen funktionellen Ansatz vertreten (aber anders als hier vorgeschlagen unter dem Stichwort „effektive Kontrolle“). Im Fall *C/128/D/3043/2017* hat er eine extraterritoriale Anwendbarkeit des IPbpr⁶⁴ (allerdings im Kontext des Rechts auf Leben, das anders als das Refoulement-Verbot ohne Zweifel eine positive Schutzpflicht darstellt) und der Koordinierung von Rettungsoperationen durch den SRR-Staat (im Fall Malta) angenommen: „[T]he State party exercised effective control over the rescue operation, potentially resulting in a direct and reasonably foreseeable causal relationship between the State parties’

60 Vgl. *Trevisanut* (Fn. 48), S. 11 – 14; CCPR, Individual Opinion of David Moore (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 2 – 3; a. A. CCPR, Individual Opinion of Andreas Zimmermann (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/128/D/3043/2017, Rn. 5 – 9.

61 Vgl. dazu *Trevisanut* (Fn. 48), S. 12 – 14.

62 Vgl. für Deutschland etwa § 2 Abs. 1 S. 2, 10 Abs. 1 Nr. 1 SeeFSichV.

63 International Covenant on Civil and Political Rights (16.12.1966) 999 UNTS 171.

64 Vgl. Art. 2 Abs. 1, wonach der IPbpr nur anwendbar ist, wenn sich eine Person auf dem „Gebiet“ eines Staates aufhält oder seiner „Herrschaftsgewalt“ untersteht.

acts and omissions and the outcome of the operation.“⁶⁵ In seiner Parallelscheidung im Fall *C/130/DR/3042/2017* zur Verantwortlichkeit eines in eine Rettungsoperation involvierten Flaggenstaates, der nicht zugleich SRR-Staat war (im Fall Italien), nahm der UN-Menschenrechtsausschuss – sehr progressiv – gleichermaßen eine extraterritoriale Anwendbarkeit des IPbpR an.⁶⁶ Es sei eine „special relationship of dependency [...] between the individuals on the vessel in distress and Italy“ vorhanden gewesen, die durch faktische Elemente (wie den Kontakt zwischen den Schiffbrüchigen und dem MRCC Rom sowie die räumliche Nähe eines italienischen Schiffes) und rechtliche Elemente (insbesondere die Rettungspflicht und die Koordinationspflichten aus dem SAR-Übereinkommen) zustande gekommen sei.⁶⁷ Als Folge daraus seien die Schiffbrüchigen „directly affected by the decisions taken by the Italian authorities in a manner that was reasonably foreseeable in light of the relevant legal obligations“, weshalb der IPbpR anwendbar sei.⁶⁸ Diese Entscheidung wurde teilweise scharf als zu weitgehend kritisiert, da Malta und nicht etwa Italien im Fall der SRR-Staat war.⁶⁹

Aus Platzgründen kann hier nicht im Detail auf die beiden Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses eingegangen werden. Es sei aber angemerkt, dass sie auf der einen Seite zwar einen wichtigen Schritt in Richtung eines funktionalen Verständnisses von Hoheitsgewalt im Rahmen menschenrechtlicher Verträge darstellen.⁷⁰ Auf der anderen Seite sind die Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses leider dogmatisch

65 CCPR, Entscheidung v. 27.1.2021 – CCPR/C/128/D/3043/2017, Rn. 6.7. Siehe aber auch die Kritik von CCPR, Individual Opinion of Andreas Zimmermann (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/128/D/3043/2017, Rn. 1 – 9.

66 CCPR, Entscheidung v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 7.3 – 7.8.

67 CCPR, Entscheidung v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 7.8.

68 CCPR, Entscheidung v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 7.8.

69 CCPR, Individual Opinion of Yuval Shany, Christof Heyns and Photini Pazartzis (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 1 – 7; CCPR, Individual Opinion of Andreas Zimmermann (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 1 – 4; CCPR, Individual Opinion of Andreas Zimmermann (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 1 – 4; CCPR, Individual Opinion of David Moore (Dissenting) v. 27.1.2021 – CCPR/C/130/D/3042/2017, Rn. 1 – 4.

70 Sehr positive Reaktion: *Vella de Fremaux/Attard*, Rescue at Sea and the Establishment of Jurisdiction: New Direction from the Human Rights Part II Committee? (2021) *Opinio Juris*, <http://opiniojuris.org/2021/03/03/rescue-at-sea-and-the-establishment-of-jurisdiction-new-direction-from-the-human-rights-part-ii-committee/> (letzter Aufruf am 13.4.2021). Befürwortend, aber kritisch: *Madjidian*, Mediterranean Responsibilities: Extra-territorial Jurisdiction of Coastal States in

wenig überzeugend ausgefallen und verdeutlichen nicht hinreichend den Bezug zwischen den einschlägigen seevölkerrechtlichen Rechten und Verpflichtungen und der Frage der Hoheitsgewalt.⁷¹

VI. Rechtslage unter Berücksichtigung eines funktionellen Ansatzes

Im Kontext der Seenotrettung bzw. der Instrumentalisierung derselben zum Zwecke der Externalisierung von Migrationskontrolle existiert eine Vielzahl denkbarer Anwendungsfälle für den funktionellen Ansatz, weshalb hier nur einige denkbare Szenarien angesprochen werden können. Im Folgenden wird der Übersichtlichkeit halber zwischen Zurückweisungen unmittelbar durch staatliche Akteure und Zurückweisungen durch zivile Schiffe unterschieden.

1. Zurückweisungen durch staatliche Akteure

Bei Zurückweisungen durch staatliche Akteure kann der funktionelle Ansatz von „contactless control“ nicht immer trennscharf von einem funktionellen Verständnis „effektiver Kontrolle“ abgegrenzt werden. Beispielsweise existiert noch keine Rechtsprechung des EGMR zur Frage, ob das aktive Blockieren und Abdrängen von Flüchtlingsbooten, wie es etwa derzeit von Griechenland in der Ägäis praktiziert wird, die Schwelle „effektiver Kontrolle“ überschreitet.⁷² Es dürfte aber jedenfalls bei Annahme eines

the Context of Maritime Migration (2021) *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/mediterranean-responsibilities/> (letzter Aufruf am 13.4.2021).

- 71 *Milanovic*, Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations (2021) *EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/drowning-migrants-the-human-rights-committee-and-extraterritorial-human-rights-obligations/> (letzter Aufruf am 13.4.2021); *Busco*, Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee’s Test for the Extraterritorial Application of the ICCPR in the Context of Search and Rescue Operations (2021) *Opinio Juris* <https://opiniojuris.org/2021/03/02/not-all-that-glitters-is-gold-the-human-rights-committees-test-for-the-extraterritorial-application-of-the-iccpr-in-the-context-of-search-and-rescue-operations/> (letzter Aufruf am 13.4.2021).
- 72 Siehe etwa UNHCR, UNHCR calls on Greece to investigate pushbacks at sea and land borders with Turkey, 12.6.2020, <https://www.unhcr.org/news/briefing/2020/6/5ee33a6f4/unhcr-calls-greece-investigate-pushbacks-sea-land-borders-turkey.html> (letzter Aufruf am 13.4.2021).

funktionellen Ansatzes kein Zweifel daran bestehen, dass die EMRK einschließlich des Refoulement-Verbots auf solche Praktiken anwendbar ist, da es nicht darauf ankommen kann, ob die Menschen bei einer physischen bzw. durch Drohung durchgesetzten Zurückweisung wie im *Hirsi*-Fall an Bord genommen werden oder nicht.⁷³

Nimmt man speziell die Koordination von Seenotrettungseinsätzen in den Blick, wächst die Bedeutung des funktionellen Verständnisses deutlich. Setzt ein Staat beispielsweise gezielt die seevölkerrechtliche Weisungsbefugnis und die damit verbundene situative Kontrolle seines MRCCs zweckwidrig dazu ein, Rettungseinsätze zu behindern, zu verzögern, ganz zu verhindern oder jedenfalls so zu steuern, dass gerettete Menschen von einem anderen Akteur nach Libyen zurückgewiesen werden („push-back by proxy“), kann dieses Verhalten nach dem funktionalen Ansatz an der EMRK gemessen werden.⁷⁴ Wird hingegen auf dem Erfordernis der effektiven Kontrolle beharrt, ist dies nicht der Fall. Ein insbesondere vor der Etablierung der libyschen SRR häufiger Anwendungsfall, der aktuell Gegenstand eines Verfahrens vor dem EGMR ist,⁷⁵ ist die Benachrichtigung und Einsetzung der libyschen Küstenwache als „on-scene-commander“ im Sinne des SAR-Übereinkommens durch das MRCC Rom in Kenntnis der Folge, dass die Menschen dadurch in sehr reale Gefahr für Leib und Leben gebracht werden und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch nach Libyen zurückgebracht werden.⁷⁶ Eine hinreichend enge faktische und seevölkerrechtliche Verbindung zwischen Staat und Person dürfte auch bestehen, wenn etwa ein italienisches Marineschiff außerhalb der italienischen SRR (aber innerhalb der maltesischen oder libyschen SRR) einen Seenotfall antrifft, aber selbst keine Rettung einleitet, sondern die libysche Küstenwache informiert, damit diese die Menschen an Bord nimmt und nach Libyen zurückbringt.⁷⁷ Ob dies im Falle des Refoulement-Verbotes auch bei einem reinen Unterlassen angenommen werden könnte, sich aus Art. 3 EMRK also insoweit eine positive Schutzpflicht ergibt, ist offen.⁷⁸ Zum Teil wird zudem vorgeschlagen, dass die Schwelle von hinrei-

73 Wissenschaftliche Dienste, Sachstand WD 2 – 3000 – 013/18, S. 13.

74 Vgl. *Trevisanut* (Fn. 48), S. 13 – 14 (allerdings im Kontext des Rechts auf Leben); *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 42 – 46.

75 EGMR, *S.S. and Others v. Italy* – Nr. 21660/18 – (pending).

76 *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 45. Auch aufgeworfen von *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, Sachstand WD 2 – 3000 – 013/18, S. 13.

77 Zweifelnd für den Fall eines Unterlassens: *Trevisanut* (Fn. 48), S. 12.

78 EGMR, *Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque v. 23.2.2012* – Nr. 27765/09 – *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, S. 69 – 70. Vgl. auch *Wissenschaftli-*

chend ausgeprägter „contactless control“ bereits dann überschritten ist, wenn Flugzeuge etwa von FRONTEX oder EU-Mitgliedstaaten die libysche Küstenwache über Seenotfälle in der libyschen SRR informieren.⁷⁹

2. Zurückweisungen durch zivile Schiffe

Ein weiterer in der Praxis wichtiger Anwendungsfall sind Zurückschiebungen durch zivile Schiffe (sog. „privatized push-backs“).⁸⁰ Immer wieder bringen Handelsschiffe im zentralen Mittelmeer gerettete Menschen (zurück) nach Libyen oder übergeben sie auf See der libyschen Küstenwache.⁸¹ Neben Handelsschiffen werden auch die Schiffe ziviler Rettungsorganisationen regelmäßig ausdrücklich oder implizit zu Zurückschiebungen aufgefordert – meist in Verbindung mit der Ankündigung des Verbots einer Einfahrt in Häfen oder sogar der Androhung strafrechtlicher Sanktionen.⁸² In solchen Fällen kann nach dem tradierten Verständnis nicht pauschal angenommen werden, dass der Flaggenstaat dieser Schiffe „effektive Kontrolle“ hat⁸³ – wohl aber bei einem funktionellen Verständnis.

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass Private nicht unmittelbar an die EMRK gebunden sind, womit auch – insoweit herrscht Einigkeit – das Refoulement-Verbot nicht unmittelbar zwischen Privaten zur Anwendung kommt.⁸⁴ Das hat aber nicht zur Folge, dass Private pauschal das Refoulement-Verbot missachten dürfen oder sogar müssen. Vielmehr ist insoweit zu differenzieren. Zum einen kommt jedenfalls im Ergebnis eine mittelbare Geltung menschenrechtlicher Gewährleistungen für Private in Betracht, wenn sie durch den nationalen Gesetzgeber im Rahmen strafrechtlicher Ge- und Verbote angeordnet wird.⁸⁵ Nach vorzugswürdiger Auffassung ist

che Dienste des deutschen Bundestags, Sachstand WD 2 – 3000 – 013/18, S. 10 – 11; Proelß (Fn. 57), S. 897.

79 *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 45 – 46.

80 Ausführlich zu dieser Thematik: *Hahn/Schatz*, ZIS 2020, 537.

81 *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 538 – 541, m. w. N.

82 *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 538 – 541.

83 *Rab*, Asylsuchende und Migranten auf See: Staatliche Rechte und Pflichten aus völkerrechtlicher Sicht, 2009, S. 179 – 180; *Farabat/Markard* (Fn. 50), S. 38; *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 541 – 542; a. A. *von Gadow-Stephani*, Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot, 2006, S. 371 – 372.

84 *Rab* (Fn. 83), S. 179 – 180; *Talmon* (Fn. 22), S. 805; *Proelß* (Fn. 57), S. 896 – 897; *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 543.

85 *Blanke/Joß* (Fn. 39), S. 935; *Talmon* (Fn. 22), S. 805; *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, Ausarbeitung WD 2 – 3000 – 014/20, S. 15; BT-Drucks.

dies beispielsweise in der deutschen Rechtsordnung durch den Straftatbestand der Aussetzung nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB geschehen.⁸⁶

Zum anderen kann bei der Bewertung von „privatized push-backs“ aus Sicht der EMRK regelmäßig auf staatliches Handeln abgestellt werden. Weisungen von MRCCs an zivile Schiffe, Zurückweisungen durchzuführen oder gerettete Menschen an die libysche Küstenwache oder sich auf dem Weg nach Libyen befindliche Handelsschiffe zu übergeben, fallen bei einem funktionellen Verständnis in den Anwendungsbereich der EMRK und sind daher am Refoulement-Verbot zu messen.⁸⁷ Setzt ein Staat gezielt zivile Schiffe unter seiner Kontrolle – etwa im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen – ein, um Menschen unter Umgehung des Refoulement-Verbots nach Libyen zurückzuschieben, ist die Anwendbarkeit der EMRK ebenfalls zu bejahen (keine „Flucht ins Privatrecht“).⁸⁸ Dies gilt erst recht, wenn ein Flaggenstaat private Akteure unter seiner Hoheitsgewalt durch hoheitliche Maßnahmen oder Gesetze zu Zurückschiebungen zwingt, die der Staat selbst wegen des Refoulement-Verbots nicht hätte durchführen dürfen.⁸⁹ Entgegen der nicht überzeugenden und – soweit ersichtlich – isolierten Auffassung von *Talmon* handelt es sich hierbei nicht um die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der EMRK,⁹⁰ sondern um hoheitliches Handeln, das selbstverständlich an der EMRK zu messen ist.⁹¹ Daher müssen etwa Schiffe unter deutscher Flagge bei EMRK-konformer Ausle-

19/3762, S. 41; *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees to the UN General Assembly*, The treatment of persons rescued at sea: conclusions and recommendations from recent meetings and expert round tables convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 11.4.2008, UN Doc. A/AC.259/17, Rn. 32.

86 *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 543 – 544.

87 So im Ergebnis auch *Farahat/Markard* (Fn. 50), S. 39 – 40.

88 *Rah* (Fn. 83), S. 180; *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 543, mit Verweis auf die zwischenzeitliche Praxis Maltas. Siehe dazu etwa *Council of Europe*, Commissioner urges Malta to meet its obligations to save lives at sea, ensure prompt and safe disembarkation, and investigate allegations of delay or non-response to situations of distress, 11.5.2020, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-malta-to-meet-its-obligations-to-save-lives-at-sea-ensure-prompt-and-safe-disembarkation-and-investigate-allegations-of-delay-or-no> (letzter Aufruf am 13.4.2021).

89 *Farahat/Markard* (Fn. 50), S. 40; *Proelß* (Fn. 57), S. 897. Siehe dazu auch *Moreno-Lax/Giuffrè*, The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows, in: Juss (Hrsg.), *Research Handbook on International Refugee Law* (Fn. 55), S. 101 ff.

90 So aber *Talmon* (Fn. 22), S. 805.

91 *Proelß* (Fn. 57), S. 897.

gung⁹² entgegen dem (zu allgemeinen) Wortlaut von § 2 Abs. 1 S. 2 SeeFSichV nicht Weisungen von MRCCs Folge leisten, die den Gewährleistungen der EMRK einschließlich des Refoulement-Verbots zuwiderlaufen – und kann die Nichtbefolgung solcher Weisungen auch nicht nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 SeeFSichV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.⁹³ Aus den gleichen Gründen scheidet regelmäßig eine Strafbarkeit von Widerstandshandlungen geretteter Menschen gegen Zurückschiebungen nach Libyen aus, da ein Staat nicht mit den Mitteln des Strafrechts die Duldung einer menschenrechtswidrigen Zurückweisung durch Private erzwingen darf.⁹⁴

VII. Fazit und Ausblick

Die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK nach Art. 1 EMRK kann im Kontext der Externalisierung der Kontrolle von maritimer Migration nicht mit einer starren Anwendung des tradierten Maßstabs der „effektiven Kontrolle“ beantwortet werden. Es widerspricht dem Sinn und Zweck der EMRK, Staaten aus ihrer menschenrechtlichen Verantwortung zu entlassen, wenn sie durch Modelle wie der im zentralen Mittelmeer von den europäischen Anrainerstaaten betriebenen Externalisierung *de facto* Zurückweisungen veranlassen, ohne die betroffenen Menschen physisch und/oder rechtlich in ihrer „effektiven Kontrolle“ zu haben. Dies hätte zur Folge, dass ausgerechnet in den bei maritimer Migration regelmäßig gegebenen Fällen von Seenot mangels eines menschenrechtlich verantwortlichen Staates eine Lücke in der Gewährleistung des Menschenrechtsschutzes entstünde. Vor dem Hintergrund, dass aufgrund der seevölkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln und den Verantwortlichkeiten von Flaggen- und Küstenstaaten im System des SAR-Übereinkommens in vielen Fällen eine konkrete Verbindung zwischen staatlichem Handeln und dem Schicksal

92 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – BvR 955/00, BVerfGE 112, 1; BVerfG, Beschl. v. 14. 10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfG NJW 2016, 1295 (1301). Siehe dazu *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 543.

93 In diese Richtung auch *Proelß* (Fn. 57), S. 897, ohne allerdings auf das einschlägige deutsche Recht einzugehen; a. A. *Talmon* (Fn. 22), S. 803 – 804, der allerdings wiederum die gebotene grundrechts- und EMRK-konforme Auslegung nicht thematisiert.

94 Ausführlich zur Anwendung von §§ 32 und 34 StGB *Hahn/Schatz* (Fn. 80), S. 545 – 549.

der Betroffenen besteht, wäre ein solches Ergebnis nicht sachgerecht. Solche Situationen können daher überzeugender durch einen funktionellen Ansatz abgebildet werden, der für eine Anwendbarkeit der EMRK auf staatliches Handeln abstellt, das im Rahmen der Wahrnehmung seevölkerrechtlicher Rechte und Verpflichtungen kausal und vorhersehbar die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung herbeiführt. Es ist zuzugeben, dass auch ein solcher Ansatz im Einzelfall der Konkretisierung und/oder Einschränkung bedarf, um nicht zu einer ausufernden extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK zu führen. Dennoch ist ein funktionelles Verständnis von „Hoheitsgewalt“ besser in der Lage, faktische und rechtliche Verantwortlichkeiten abzubilden und es der EMRK dadurch zu erlauben, mit der staatlichen Externalisierung von Verantwortung „mitzuwachsen“. Die Rechtsprechung des EGMR war zuletzt in Fragen der Externalisierung von Migrationskontrolle sehr restriktiv.⁹⁵ Daher bleibt abzuwarten, ob der EGMR bereit ist, in seiner bevorstehenden Entscheidung in *S.S. and Others v. Italy* einen funktionellen Ansatz zu wählen und damit zumindest teilweise dem progressiven Ansatz des UN-Menschenrechtsausschusses zu folgen.

95 Siehe etwa EGMR, Urt. v. 13.2.2020 – N.D. and N.T. v. Spain. Siehe zu diesem Fall *Ciliberto*, HRLR 2021 (203).