

# EU-Flüchtlingsschutz durch militärische Bekämpfung von Menschenhandel und Menschenschleusung im Mittelmeer? – Eine rechtliche Bewertung von EUNAVFOR MED Operation Sophia

Desirée C. Schmitt\*

Inhalt	
A. Einleitung	552
B. Seerechtliche Anforderungen und die UNSR-Resolution 2240 (2015)	554
I. Phase 1 der Operation EUNAVFOR MED	554
1. Pflicht zur Hilfeleistung	555
2. Konkrete Anforderungen an EUNAVFOR MED	556
II. Phase 2 Teil 1 der Operation EUNAVFOR MED	561
1. Flaggenlosigkeit oder Genehmigung des Flaggenstaates?	561
2. Rechtfertigung durch die UNSR-Resolution?	562
a) Inhalt der UNSR-Resolution 2240 (2015)	564
b) Voraussetzungen von Kapitel VII der UN-Charta	564
c) Verbleibende Unklarheiten über eine neue Generation von UNSR-Resolutionen	569
III. Phase 2 Teil 2 sowie Phase 3 der Operation EUNAVFOR MED	570
C. Menschenrechtliche Anforderungen	572
I. Welches Menschenrechtsregime findet Anwendung und wer überwacht dieses?	572
II. Recht auf Leben	575
III. Recht auf Freiheit	576
IV. Flüchtlingsrecht	578
1. Non-Refoulement-Grundsatz	578
2. Verfahrensrechtlicher Schutz in Bezug auf die Ausweisung ausländischer Personen	579
3. Verbot von Kollektivausweisungen	580

\* Dipl.-Jur. Desirée C. Schmitt LL.M., Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht und Europäische Integration sowie Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht von Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. Der Beitrag basiert größtenteils auf der gleichlautenden Masterthesis, die am Europa-Institut zur Erlangung des Master of Laws eingereicht und mit Bestnote bewertet wurde. Ein besonderer Dank gilt Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. für seine wertvollen Anmerkungen.

V. Recht auf Eigentum	580
VI. Recht, ein Land zu verlassen	581
VII. Opferschutz	581
D. Weitere völkerrechtliche Anforderungen	582
I. Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg	583
II. Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels	583
III. SOLAS- und SAR-Übereinkommen	584
E. Ergebnis: hohe Anforderungen an eine fragwürdige Operation	584

## A. Einleitung

Die momentane sogenannte Flüchtlingskrise füllt Zeitungen, Medienberichte und auch Diskussionen unter Wissenschaftlern, mit Freunden und Familie. Sie ist allgegenwärtig und Gegenstand von Wahlkampf sowie parteiinternen Streitigkeiten. Inmitten dieser Krise finden wir eine Europäische Union vor, die auseinanderzubrechen droht. Grenzen werden geschlossen, das Schengen- und Dublin-System scheinen hoffnungslos zu sein. Es werden neue Kooperationspartner aus Drittstaaten gesucht, eigenen EU-Staaten droht man hingegen mit dem „Ausschluss“. Die Werte der Solidarität und der Wahrung der Menschenrechte (Art. 2 EUV) rücken in den Hintergrund. Das europäische Problem wird nicht als ein solches verstanden, vielmehr beharrt jeder Mitgliedstaat auf dem Fehlverhalten derjenigen an den EU-Außengrenzen.

Inmitten dieser Spannungen konnte sich die EU dennoch auf einige Maßnahmen zur Bewältigung der Flüchtlingskrise einigen.<sup>1</sup> Dabei verfolgt die EU einen sogenannten „*Comprehensive Approach*“, der zum einen die humanitäre Notsituation und die Fluchtursachen beseitigen möchte (Ursachenbekämpfung), zum anderen die Zerschlagung von Schleusernetzen und die Bekämpfung der Migrantenschleusung im Mittelmeer ins Auge fasst (Symptombekämpfung).<sup>2</sup> Mit Letzterem wird versucht zu verhindern, dass tausende Menschen ihr Leben bei der Überfahrt des „Massengrabs Mittelmeer“<sup>3</sup> in Richtung Europa verlieren.<sup>4</sup> Dieser Beitrag befasst sich mit genau diesem Versuch. Der Fokus wird dabei auf die Operation EUNAVFOR MED Ope-

1 Ausführlich *Schmitt*, Reaktionen der EU auf das starke Ansteigen des Flüchtlingszustroms seit April 2015 – Eine zeitliche Darstellung, Saar Blueprint 01/2016; *dies.*, Die Reaktionen der EU auf das starke Ansteigen des Flüchtlingszustroms – Update: Januar bis April 2016: eine Kehrtwende durch die Zusammenarbeit mit der Türkei?, ZEuS-Sonderband 2016, S. 13 ff.

2 So z.B. *Federica Mogherini* vor dem UN-Sicherheitsrat, Meeting No. 7439 v. 11.5.2016, S/PV.7439, S. 2, 4.

3 Siehe nur *Reuscher*, Das Mittelmeer ist ein Massengrab, Welt.de v. 19.4.2016.

4 2015 starben ca. 3.770 Menschen bei dem Versuch, über das Mittelmeer Europa zu erreichen, bis Oktober 2016 starben dabei bereits 3.671 Menschen; vgl. IOM, <http://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures> (23.11.2016).

ration Sophia gerichtet, die den Schleusern und Menschenhändlern im südlichen zentralen Mittelmeer mit militärischen Mitteln das Handwerk legen will. Deren Entwicklung sowie die Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen, insbesondere seerechtlichen und menschenrechtlichen Garantien werden im Folgenden erörtert.

Die Marineoperation *European Union Naval Force Mediterranean* (EUNAVFOR MED) wurde am 18. Mai 2015 auf Grundlage von Art. 42 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2 EUV durch den Rats-Beschluss (GASP) 2015/778<sup>5</sup> errichtet. Sie wurde kurz darauf in EUNAVFOR MED Operation Sophia umbenannt.<sup>6</sup> Sophia ist der Name eines somalischen Mädchens, das im August 2015 auf einem Militärschiff der Operation, mit dem die Mutter gerettet wurde, zur Welt kam.

Die Operation ist in drei Phasen aufgeteilt. Der Schwerpunkt von Phase 1 liegt auf der Beobachtung und Prüfung von Menschenschleusungs- und Menschenhandelsnetzen durch Patrouillieren auf Hoher See im südlichen zentralen Mittelmeer. Während Phase 2 soll nach verdächtigen Schiffen gesucht und diese sollen, wenn nötig, angehalten, durchsucht, beschlagnahmt und umgeleitet werden. Dabei soll dies in Teil 1 der Phase 2, der am 7. Oktober 2015 startete,<sup>7</sup> auf Hoher See stattfinden, in Teil 2 in Einklang mit etwaigen UNSR-Resolutionen oder mit Zustimmung des betroffenen Küstenstaates auch in den Hoheitsgewässern und inneren Gewässern dieses Staates. Die Phase 3 besteht darin, im Einklang mit etwaigen anwendbaren UNSR-Resolutionen oder mit Zustimmung des betroffenen Küstenstaates im Hoheitsgebiet dieses Staates – also an Land – alle erforderlichen Maßnahmen – einschließlich Zerstörung oder Unbrauchbarmachung – gegen Schiffe und zugehörige Gegenstände zu ergreifen, bei denen der Verdacht besteht, dass sie für Menschenschleusung oder -handel benutzt werden.

Auf UN-Ebene ergingen zwei SR-Resolutionen (2240 (2015) und 2292 (2016)), die sich indirekt mit EUNAVFOR MED befassen. Erstere kann als Autorisierung von EUNAVFOR MED im Kampf gegen Menschenhandel und -schleusung herangezogen werden, was nachfolgend ausführlich behandelt wird. Letztere soll die Waffenembargos gegen Libyen, die bereits mehrfach durch den UNSR verhängt, geändert

5 Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates v. 18.5.2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. L 122 v. 19.5.2015, S. 31; am 22.7.2015 wurde die Marineoperation EUNAVFOR MED durch den Beschluss (GASP) 2015/972 effektiv eingeleitet. Die volle Einsatzbereitschaft erreichte die Mission am 27.7.2015, Pressemitteilung des Hauptquartiers 01/15 v. 28.7.2015, [www.eas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/press-releases/20150728\\_en.htm](http://www.eas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/press-releases/20150728_en.htm) (23.11.2016). Zu diesem Zeitpunkt standen vier Marineeinheiten (1 italienisches, 2 deutsche und 1 britisches Schiff), fünf Flugeinheiten (1 französisches und 1 luxemburgisches Flugzeug, 2 italienische und 1 britischer Helikopter) bereit und in Position.

6 Beschluss (GASP) 2015/1926 des Rates v. 26.10.2015 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2015/778, ABl. L 281 v. 27.10.2015, S. 13. Im Folgenden wird die Operation dennoch nur EUNAVFOR MED genannt.

7 Beschluss (GASP) 2015/1772 des PSK v. 28.9.2015 betreffend den Übergang in die zweite Phase der Operation EUNAVFOR MED gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziffer i des Beschlusses (GASP) 2015/778, ABl. L 258 v. 3.10.2015, S. 5.

und bekräftigt wurden,<sup>8</sup> durchsetzen. Hierfür werden die Mitgliedstaaten bzw. ihre regionalen Organisationen autorisiert, Schiffe auf Hoher See vor der Küste Libyens zu inspizieren, wenn der begründete Verdacht eines Verstoßes gegen die Waffenembargos besteht. Aufgrund dieser Res. erging der Beschluss (GASP) 2016/993,<sup>9</sup> der die durch die Res. ermöglichten Erweiterungen implementierte und den ursprünglichen Einrichtungsbeschluss (GASP) 2015/778 entsprechend abänderte. Es erfolgte neben der Verlängerung der Mission um ein Jahr<sup>10</sup> auch eine zusätzliche Erweiterung der Aufgabenbereiche: EUNAVFOR MED wird künftig auch Schulungen für die libysche Küstenwache und die libysche Marine auf Hoher See oder aber auf Einladung im Hoheitsgebiet Libyens oder eines aufnehmenden Nachbarstaats Libyens anbieten.<sup>11</sup>

Insgesamt wurden bislang über 22.000 Menschen gerettet, 87 potentielle Schleuser den italienischen Behörden überstellt und 255 Schiffe einbehalten.<sup>12</sup> Damit verheißt die Operation eine Erfolgsgeschichte zu schreiben. Dennoch trägt sie auch ein Gefahrenpotenzial in sich. Im maßgeblichen Beschluss von EUNAVFOR MED (2015/778) wird an mehreren Stellen auf die Durchführung „im Einklang mit dem Völkerrecht“ hingewiesen (vgl. Erwägungsgründe 3, 6, 7, 9, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1). Doch welche Voraussetzungen statuiert das Völkerrecht und werden diese tatsächlich eingehalten? Diese Fragen sollen mittels einer Darstellung der in den jeweiligen Phasen der Operation<sup>13</sup> einzuhaltenden seerechtlichen, menschenrechtlichen und sonstigen völkerrechtlichen Bestimmungen erörtert werden.

## B. Seerechtliche Anforderungen und die UNSR-Resolution 2240 (2015)

### I. Phase 1 der Operation EUNAVFOR MED

In Phase 1 sollten gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a des Beschlusses 2015/778 Menschen- schleusungs- und Menschenhandelsnetze durch Patrouillieren auf Hoher See beobachtet und Informationen gesammelt werden. Das Seerecht ist grundlegend durch das

8 Vgl. die in Erwägungsgrund 1 der Präambel der Resolution 2292 (2016) aufgeführten Resolutionen 1970 (2011), 1973 (2011), 2009 (2011), 2040 (2012), 2095 (2013), 2144 (2014), 2174 (2014), 2213 (2015), 2214 (2015) und 2278 (2016).

9 Beschluss (GASP) 2016/993 des Rates v. 20.5.2016 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2015/778 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED Operation SOPHIA), ABl. L 162 v. 21.6.2016, S. 18.

10 EUNAVFOR MED endet damit am 27.7.2017.

11 Vgl. Art. 1 Nr. 1, 3 des Beschlusses (GASP) 2016/993, der den Beschluss (GASP) 2015/778 durch Modifizierung von dessen Art. 1 und durch Einführung eines neuen Art. 2a dahingehend abändert.

12 EUNAVFOR MED Operation Sophia authorised to start two additional supporting tasks, Pressemitteilung des Rates 491/16 v. 30.8.2016.

13 Auf die eben genannten erweiterten Aufgabengebiete kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Die nachfolgend besprochenen Anforderungen des Völkerrechts sind aber hier gleichfalls zu berücksichtigen. Insoweit können die Erörterungen auf diese neuen Aufgaben von EUNAVFOR MED übertragen werden.

SRÜ geregelt, dem alle EU-Mitgliedstaaten und auch die EU selbst beigetreten sind<sup>14</sup> und das überwiegend Völkergewohnheitsrecht abbildet.<sup>15</sup> Die in Phase 1 durchgeführten friedlichen Maßnahmen (vgl. Art. 88 SRÜ) tangierten keine Hoheitsrechte anderer Staaten, sondern waren im Rahmen der Freiheit der Hohen See nach Art. 87 SRÜ erlaubt.<sup>16</sup>

## 1. Pflicht zur Hilfeleistung

Dennoch griff bereits in dieser Phase die in Art. 98 Abs. 1 SRÜ verbrieftete Pflicht zur Hilfeleistung.<sup>17</sup> Hiernach muss jeder Staat den Kapitän eines seine Flagge führenden Schiffes dazu verpflichten, vorbehaltlich einer ernststen Gefährdung des Schiffes, der Besatzung oder der Fahrgäste, jeder Person, die auf See in Lebensgefahr angetroffen wird, Hilfe zu leisten (lit. a), und so schnell wie möglich Personen in Seenot zu Hilfe zu eilen, wenn er von ihrem Hilfsbedürfnis Kenntnis erhält, soweit dies vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann (lit. b).

Die Pflicht zur Rettung besteht, wenn eine *Seenot* vorliegt. Dieser Begriff wird in der Anlage, Kapitel 1.3.13, des Internationalen Übereinkommens über den Such- und Rettungsdienst auf See von 1979<sup>18</sup> (SAR-Übereinkommen) definiert als „[a] *situation wherein there is a reasonable certainty that a person, a vessel or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance.*“ Hierunter fallen auch die Überladung von Schiffen mit Fahrgästen, Mangel an Wasser oder Nahrung an Bord oder eine ungenügende Anzahl von Rettungswesten.<sup>19</sup> In der Regel wird eine akute Seenot vorliegen, wenn sich überladene, seeuntaugliche Boote auf der Hohen See befinden. Zudem wird über eine Erweiterung dahingehend nachgedacht, dass die Rettungspflicht bereits bei bloßem Vorliegen eines seeuntüchtigen Bootes aktiviert wird.<sup>20</sup>

14 Beschluss 98/392/EG des Rates v. 23.3.1998 über den Abschluß des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 und des Übereinkommens v. 28.7.1994 zur Durchführung des Teils XI des Seerechtsübereinkommens durch die Europäische Gemeinschaft, ABl. L 179 v. 23.6.1998, S. 1. Die Liste der 168 Mitglieder ist unter [www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm) (23.11.2016) abrufbar.

15 *Treves*, Law of the Sea, MPEPIL (online ed.), Rn. 59; *von Arnould*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 793; *Herdegen*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2015, § 16, Rn. 12.

16 Die Freiheit der Hohen See ist auch geltendes Völkergewohnheitsrecht, vgl. nur *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 281; *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 808.

17 Art. 98 SRÜ ist Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht, *Pallis*, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea, International Journal of Refugee Law 14 (2002), S. 333 f.; *Noyes*, Ships in Distress, MPEPIL (online ed.), Rn. 4 f. Zur Seenotrettungspflicht vgl. D.III.

18 In der Fassung, die durch die Resolution der IMO (MSC.70 (69) v. 18.5.1998 und MSC.155 (78) v. 20.5.2004) geändert wurde. Zum SAR-Übereinkommen siehe näher unter D.III.

19 *Weinzierl/Lisson*, Grenzschutz und Menschenrechte, 2007, S. 38, Fn. 213; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Seenotrettung durch deutsche Kriegsschiffe, 2016, S. 5 f.

20 CIVIPOL, Feasibility study on the control of the European Union's maritime border, Studie im Auftrag des Rates, Ratsdok. 11490/1/03, S. 57. Nach Ansicht des deutschen Verteidigungsministeriums ist dieser Fall rein hypothetisch, da die Flüchtlingsboote generell überladen und damit als nicht seetüchtig eingeschätzt werden müssten, vgl. FAZ v. 6.5.2015, Zwei deutsche Schiffe auf Rettungsmission im Mittelmeer.

*Inhalt der Rettungspflicht* ist gemäß der Anlage, Kapitel 1.3.2, des SAR-Übereinkommens „[a]n operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety“. Die diesbezüglichen Pflichten werden in der Anlage, Kapitel V, Regel 33, des Internationalen Übereinkommens von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (SOLAS-Übereinkommen) näher erläutert.

Neben der Gewährung einer Grundversorgung müssen die Geretteten an einen sicheren Ort verbracht werden. Was ein *sicherer Ort* ist, wird durch eine Richtlinie<sup>21</sup> der International Maritime Organization (IMO) definiert: „[...] a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs [...] can be met.“ Der sichere Ort kann ein Ort des Flaggenstaates, der nächste reguläre Anlaufhafen des rettenden Schiffes oder der am schnellsten erreichbare Hafen sein, nicht jedoch das rettende Schiff selbst.<sup>22</sup> Es muss jedenfalls vermieden werden, dass die Geretteten in einen Staat gebracht werden, in dem sie der Gefahr von Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt sind.<sup>23</sup> Wenn Staatsschiffe Menschen aus Seenot retten, nehmen sie hoheitliche Aufgaben wahr und unterliegen den Verpflichtungen aus den Menschenrechten und dem Flüchtlingsrecht.

## 2. Konkrete Anforderungen an EUNAVFOR MED

Welches Menschenrechtsregime *ratione personae* bei Bestimmung des sicheren Hafens Anwendung findet, hängt konkret davon ab, wem die im Rahmen von EUNAVFOR MED getroffenen Maßnahmen zurechenbar sind: den teilnehmenden Staaten und/oder der EU?

Gemäß Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses 2015/778 nimmt das Politische und Sicherheitspolitische Komitee – unter Verantwortung des Rates und der Hohen Vertreterin – die politische Kontrolle und strategische Leitung von EUNAVFOR MED wahr. Befehlshaber ist gemäß Art. 3 Konteradmiral *Enrico Credendino*. Der Militärausschuss der EU (EUMC) überwacht nach Art. 7 Abs. 1 („Militärische Leitung“) die ordnungsgemäße Durchführung von EUNAVFOR MED unter Verantwortung des Befehlshabers. Die Rechtsstellung der unionsgeführten Einheiten und ihres Personals wird entsprechend Art. 10 erforderlichenfalls nach Maßgabe des Völkerrechts festgelegt. Eine solche Festlegung ist bislang jedoch nicht (öffentlich zugänglich) erfolgt. Es finden daher die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts zur Verantwortlichkeit

21 IMO, Maritime Safety Committee, Res. MSC. 167(78) aus 2004, Annex 34, Ziffer 6.12. ff.

22 Ibid., Ziffer 6.13, 6.14.

23 Ibid., Ziffer 6.17; Parlamentarische Versammlung des Europarates, Resolution 1821 (2011), The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants, Ziffer 9.5; Forum Menschenrechte, Auslagerung der Grenzkontrollen, Militäreinsätze und Seenotrettung, 2015, S. 5; Meijers Committee, Military action against human smugglers: legal questions concerning the EUNAVFOR Med operation v. 23.9.2015, Pkt. 4. Hierzu näher unter C.

von Staaten und internationalen Organisationen Anwendung, die im Folgenden zu untersuchen sind.

Die EU ist gemäß Art. 47 EUV Völkerrechtssubjekt und daher „[...] a subject of international law and capable of possessing international rights and duties [...]“.<sup>24</sup> Nach Art. 3, 4 der ILC Draft Articles on the responsibility of international organizations (DARIO)<sup>25</sup> ist eine internationale Organisation für eine Maßnahme, die gegen internationales Recht verstößt und die dieser Organisation auch zurechenbar ist, verantwortlich. Es stellt sich nun die Frage, ob Maßnahmen im Rahmen einer GSVP-Mission wie EUNAVFOR MED der EU alleine oder (zumindest auch) den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind, die gem. Art. 42 Abs. 1 Satz 4, Abs. 3 EUV die militärischen Fähigkeiten zur Verfügung stellen.

Nach Art. 6 DARIO gilt, dass Maßnahmen eines Organs einer internationalen Organisation als Maßnahmen eben dieser gelten. Art. 7 DARIO bestimmt: „*The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.*“ Dieser „effective-control“-Test wurde im Zusammenhang mit der Staatenverantwortlichkeit auch vom IGH übernommen.<sup>26</sup> In der Kommentierung der ILC wird „effective control“ beschrieben als „*factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization's disposal.*“<sup>27</sup> Das betreffende Organ müsse „*under exclusive control, rather than on instruction from the sending state*“ handeln.<sup>28</sup> Im Gegensatz dazu wurde vom EGMR als maßgebliches Kriterium „*ultimate authority and control*“ im Sinne einer politischen Letztverantwortung angenommen.<sup>29</sup> Der ICTY tendiert in eine ähnliche Richtung: Im „Tadić“-Fall, bei dem es um die Frage der strafrechtlichen Ver-

24 IGH, *Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations*, Gutachten v. 11.4.1949, S. 9.

25 Die Draft Articles wurden von der International Law Commission (ILC) erarbeitet und kommentiert und von der UN-Generalversammlung am 9.12.2011 in der Resolution 66/100 begrüßt. Inwieweit DARIO Völkergewohnheitsrecht darstellt, ist unklar. Jedenfalls kann und wird vorliegend auf sie als maßgebliche Interpretationsquelle zurückgegriffen werden. So auch von Vooren/Wessel, *EU External Relations Law*, 2014, S. 240. Nach weitergehender Ansicht ist Art. 7 DARIO definitiv Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht, vgl. Aust, *Pirateriebekämpfung im Lichte von Grundgesetz und Völkerrecht auf dem verwaltungsgerichtlichen Prüfstand*, DVBl 2012, S. 489; Salomon, *Menschenrechte und die Strafverfolgung somalischer Piraten*, NordÖR 2012, S. 125 f.

26 IGH, *Nicaragua II* (Merits), Urte. v. 27.6.1986, Rn. 115.

27 Kommentierung der ILC zu DARIO, 2011, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf) (23.11.2016), Art. 7, Rn. 4. Siehe näher hierzu Tomuschat, *Attribution of International Responsibility*, in: Evans/Koutrakos (Hrsg.), *The International Responsibility of the EU*, 2013, S. 14 ff.

28 Kommentierung der ILC, (Fn. 27), Art. 7, Rn. 4.

29 EGMR (GK), Nr. 71412/01 und 78166/01, *Behrami u.a. v. Frankreich u.a.*, Urte. v. 2.5.2007, Rn. 133 ff.; von Arnould, (Fn. 15), Rn. 401. Dieses Urteil ist auf starke Kritik gestoßen: Kommentar der ILC, (Fn. 27), Art. 7, Rn. 10 ff. und Fn. 115 m.w.N. Möglicherweise ist das Urteil inzwischen überholt; in EGMR, Nr. 27021/08, *Al-Jedda v. VK*, Urte. v. 7.7.2011, Rn. 84, nahm der EGMR weder *effective control* noch *ultimate authority and control* an.

verantwortlichkeit ging, hat der ICTY den sogenannten „overall control“-Test angewendet.<sup>30</sup> Dieser fragt nach Planung, Organisation und Koordinierung von Völkerrechtsverbrechen im Sinne einer allgemeinen Kontrolle.<sup>31</sup> Die umstrittenen Kriterien stellen also auf unterschiedliche Parameter einer Militäroperation ab. Bei der nun folgenden Untersuchung dieser Parameter hinsichtlich der vorliegenden GSVP-Operation müssen die Besonderheiten der EU-Rechtsordnung beachtet werden.<sup>32</sup>

Die Mitgliedstaaten der EU spielen in der gemeinsamen Verteidigungspolitik grundsätzlich eine Doppelrolle: sie sind Mitwirkende der GSVP und gleichzeitig selbst Akteure, indem sie bestimmen, welche militärischen Fähigkeiten wie zur Verfügung gestellt werden.<sup>33</sup> Einerseits ist die GSVP auch nach dem Vertrag von Lissabon intergouvernemental ausgestaltet und betrifft nur eine gemeinsame Verteidigungspolitik und gerade keine gemeinsame Verteidigung.<sup>34</sup> Andererseits besteht ein Interesse der Mitgliedstaaten daran, die Entscheidungen der GSVP aufgrund eines „militärischen burden-sharing“ der EU zuzurechnen.<sup>35</sup> Auch die oben beschriebene Strukturierung der GSVP-Operationen mit internationalem Befehlshaber und EU-Einsatzregeln könnte für eine diesbzgl. Kontrolle der EU sprechen, die den strengsten „effective-control“-Test erfüllen könnte.

Ein Blick auf die erste militärische Operation der EU im Jahre 2003, die in der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien unter dem Namen Operation Concordia stattfand,<sup>36</sup> zeigt, dass es hier ein explizit die Frage der Haftung für Drittschäden regelndes Statusabkommen zwischen Mazedonien und der EU gab. Es orientiert sich dabei nicht an allgemeinen Zurechnungsregeln, sondern an einer speziellen Haftungsabgabe zwischen dem Host State Mazedonien und der EU: Letztere trifft die Haftung (zumindest) im Außenverhältnis, ihr sind die Handlungen folglich zurechenbar.<sup>37</sup> Obwohl derartige Abkommen auch nachfolgend bei mehreren Operatio-

30 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, ICTY-94-1, Urt. v. 15.7.1999, Rn. 120 ff., 145. Der Test wurde auch in darauffolgenden Urteilen bestätigt, siehe z.B. ICTY, *Blaskić*, IT-95-14-T, Trial Judgement v. 29.7.2004, Rn. 100 ff.

31 Siehe *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 407. Allerdings wird der „overall control“-Test bislang nur dann angewendet, wenn Staaten für die Handlung bewaffneter Gruppen verantwortlich gemacht werden, insbesondere wenn es um die Abgrenzung von internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten geht. *Heinsch*, Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, 2007, S. 103. Dennoch soll der Test an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben.

32 *Koutrakos*, The EU Common Security and Defence Policy, 2013, S. 128; *von Vooren/Wessel*, (Fn. 25), S. 430.

33 *Kuhn*, Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Mehrebenensystem, 2012, S. 116; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 39, Rn. 38.

34 *Arg. e contrario* Art. 42 Abs. 2 EUV; so auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 33), § 39, Rn. 27.

35 *Kuhn*, (Fn. 33), S. 116.

36 Gemeinsame Aktion 2003/92/GASP des Rates v. 27.1.2003 über die militärische Operation der EU in der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, ABl. L 249 v. 11.2.2003, S. 66.

37 Art. 13 des Abkommens zwischen der EU und der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, ABl. L 82 v. 29.3.2003, S. 45. Vgl. hierzu *Schmalenbach*, Die Haftung Internationaler Organisationen, 2004, S. 571 ff.

nen abgeschlossen wurden,<sup>38</sup> fehlt ein solches vorliegend, da es im Rahmen von EUNAVFOR MED keinen Host State gibt.

Die Einbindung in den rechtlichen Rahmen der GSVP und Unterstellung unter das Kommando eines internationalen Befehlshabers sprechen für eine „effective control“ der EU.<sup>39</sup> Andererseits stellen die Mitgliedstaaten ihr Mittel und Personal der EU zur Verfügung und können damit das Kommando hierüber behalten,<sup>40</sup> sodass höchstens eine „ultimate authority and control“ der EU vorliegen könnte. Eine Zurechnung zur handelnden Militäreinheit – und eben nicht zur EU – bejaht das VG Köln und, dies bestätigend, das OVG Nordrhein-Westfalen.<sup>41</sup> In beiden Urteilen wurde Deutschland für den Transfer von mutmaßlichen Piraten nach Kenia, die zunächst an Bord eines deutschen Schiffes der EU-Mission Atalanta genommen wurden, verantwortlich gemacht.

Die Details zu Kommando und Unterstellung können ohne Einsicht in den Operationsplan nicht beurteilt werden, weswegen die Anwendung der verschiedenen Tests vorliegend Schwierigkeiten verursacht. Die neuere Rechtsprechung des EGMR<sup>42</sup> und des Human Rights Committee (CCPR) des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)<sup>43</sup> zeigt jedoch, dass eine ausschließliche Verantwortlichkeit einer internationalen Organisation grundsätzlich verneint wird. Zudem spricht die Möglichkeit der Beteiligung von Nicht-EU-Mitgliedstaaten an der Operation nach Art. 9 des Beschlusses gegen eine alleinige Zurechnung zur EU: Diese sind nicht in den institutionellen Rahmen der GSVP eingebunden und werden sich nicht einer ultimativen EU-Kontrolle unterwerfen.<sup>44</sup> Darüber hinaus dürfen die Staaten nicht ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit dadurch umgehen können, dass sie

38 Vgl. hierzu *Naert*, The International Responsibility of the Union in the Context of its CSDP Operations, in: *Evans/Koutrakos*, (Fn. 27), S. 321 ff.

39 *Ibid.*, S. 335.

40 *Meijers Committee*, (Fn. 23), Pkt. 6.

41 VG Köln, Urt. v. 11.11.2011 – 25 K 4280/09; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 18.9.2014 – 4 A 2948/11. Siehe hierzu auch *Aust*, (Fn. 25), S. 484 ff.; *Salomon*, (Fn. 25), S. 124 ff.

42 Zwar war der EGMR sehr großzügig in EGMR (GK), Nr. 71412/01 und 78166/01, *Behrami u.a. v. Frankreich u.a.*, Urt. v. 2.5.2007; eine Änderung ist in EGMR, Nr. 27021/08, *Al-Jedda v. VK*, Urt. v. 7.7.2011, aber offen gelassen worden; für Fälle des Einfrierens von Geldern und damit zum Vollzug von Unionsrecht bzw. von UNSR-Resolutionen, vgl. EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus v. Irland*, Urt. v. 20.6.2005; EGMR (GK), Nr. 5809/08, *Al-Dulimi v. Schweiz*, Urt. v. 26.11.2013; EGMR, Nr. 10593/08, *Nada v. Schweiz*, Urt. v. 12.2.2012. In EGMR (GK), Nr. 5809/08, *Al-Dulimi v. Schweiz*, Urt. v. 21.6.2016, Rn. 150, hält das Gericht fest: „As regards the substance of the sanctions – the freezing of the assets and property of senior officials of the former Iraqi regime, as imposed by paragraph 23 of Resolution 1483 (2003) – the Court takes the view that the choice fell within the eminent role of the UN Security Council as the ultimate political decision-maker in this field. However, before taking the above-mentioned measures, the Swiss authorities had a duty to ensure that the listing was not arbitrary.“ Siehe dazu auch Fn. 136.

43 CCPR, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.13, Rn. 10 a.E.; CCPR, Bemerkung zum Staatenbericht Belgien, CCPR/C/79/Add.99 v. 19.11.1998, Rn. 14; CCPR, Bemerkung zum Staatenbericht Niederlande, CCPR/CO/72/NET v. 27.8.2001, Rn. 8; CCPR, Bemerkung zum Staatenbericht Belgien, CCPR/CO/81/BEL v. 12.8.2005, Rn. 6.

44 So auch *Geiß/Petrig*, Piracy and Armed Robbery at Sea, 2011, S. 123 f.

ihr Militär der EU zur Verfügung stellen.<sup>45</sup> Es muss – vor allem vor dem Hintergrund des Art. 275 AEUV – eine Entstehung von Rechtsschutzlücken vermieden werden.<sup>46</sup> Daher sind die truppenstellenden Mitgliedstaaten grundsätzlich weiterhin neben der EU verantwortlich. Diese parallele Zurechnung – auch „*shared responsibility*“ genannt<sup>47</sup> – hat den Vorteil, dass in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände entschieden werden kann, wer für eine konkrete Handlung verantwortlich ist.<sup>48</sup>

Vorliegend bedeutet dies, dass im Falle einer Zurechnung zum Flaggenstaat der handelnden Marineeinheit die für ihn geltenden menschenrechtlichen Verträge eingehalten werden müssen. Bei der Bestimmung des „sicheren Hafens“ können daher unterschiedliche Menschenrechtsschutz-Regime Anwendung finden.

Die EU ist an die Charta der Grundrechte der EU (GRCh) nach Art. 51 Abs. 1 GRCh und an sonstiges EU-Recht gebunden. Aus Art. 19 Abs. 2, Art. 2, 4 GRCh folgt die Verpflichtung, die Geretteten nicht in ein Land zu bringen, in dem Tod, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung oder eine Gefährdung des Lebens drohen. Zudem müssen bereits hier die aus Art. 19 Abs. 2, 18 GRCh, Art. 78 Abs. 1 Satz 2 AEUV i.V.m. Art. 33 GFK und Art. 9, 28 Abs. 2, 35 lit. b, 38 Abs. 1 lit. c, 39 Abs. 4 Verfahrens-RL<sup>49</sup> sowie Art. 21 Anerkennungs-RL geltenden Refoulement-Verbote beachtet werden.<sup>50</sup> An die EMRK hingegen ist die EU (bislang) nicht direkt gebunden: Ein Beitritt ist zwar in Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtend vorgesehen, jedoch durch das nach Art. 218 Abs. 11 AEUV erfolgte Gutachten des EuGH<sup>51</sup> in weite Ferne gerückt. Dennoch hat sich die EU über Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 GRCh selbst an die EMRK gebunden, weswegen sie der Sache nach Bestandteil des Primärrechts ist.

Für den konkret handelnden Flaggenstaat gilt *zudem* die (direkte) Bindung an die GFK und die EMRK sowie an die UN-Menschenrechtspakte und die UN-Anti-Folter-Konvention.<sup>52</sup> Insbesondere die aus diesen Abkommen resultierenden Refoule-

45 Art. 61 DARIO; *Wessel/den Hertog*, EU Foreign, Security and Defence Policy, in: Evans/Koutrakos, (Fn. 27), S. 353 f.

46 *Aust*, (Fn. 25), S. 489; *Geiß/Petrig*, (Fn. 44), S. 128; *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 402.

47 *Ibid.*, Rn. 402 und Fn. 32 m.w.N.

48 Eine parallele Verantwortlichkeit ist nach Art. 17, 19, 48 DARIO und Kommentierung der ILC, (Fn. 27), Art. 3, Rn. 6 möglich. Hierfür auch *Wessel/den Hertog*, (Fn. 45), S. 357; *Tomuschat*, (Fn. 27), S. 32 f.; *Aust*, (Fn. 25), S. 489; *Geiß/Petrig*, (Fn. 44), S. 126 ff. m.w.N.; *Selbmann*, Kriegsschäden ohne Folgen?, DÖV 2014, S. 278; Supreme Court of the Netherlands, Nr. 12/03324, *Nuhanović v. The Netherlands*, Urt. v. 6.9.2013, Rn. 3.11.2 ff.; Supreme Court of the Netherlands, Nr. 12/03329, *Mustafić-Mujić v. The Netherlands*, Urt. v. 6.9.2013, Rn. 3.9.4 ff. betreffend die Zurechnung zu den UN. In diese Richtung geht auch EGMR, Nr. 47708/08, *Jaloud v. Niederlande*, Urt. v. 20.11.2014, Rn. 146, in dem es um die parallele Verantwortlichkeit zweier Staaten für nationale/multinationale Truppen geht.

49 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. L 180 v. 29.6.2013, S. 60.

50 Siehe hierzu unter C.IV.1.

51 EuGH, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt*, EU:C:2014:2454.

52 Siehe hierzu unter C.

ment-Verbote finden Anwendung und unterliegen der Kontrolle des jeweiligen Vertragsorgans.

Sowohl nach der GRCh und den einschlägigen EU-Richtlinien als auch nach den soeben genannten Menschenrechtsverträgen dürfen die aus der Seenot Geretteten nicht nach Libyen gebracht werden. Aufgrund der dort herrschenden menschenrechtswidrigen Bedingungen,<sup>53</sup> können die dortigen Häfen nicht als „sichere Häfen“ im Sinne des Art. 98 SRÜ gelten.<sup>54</sup>

Aus alledem folgt, dass die Schiffe der EUNAVFOR MED Menschen, die sich in überfüllten, seeuntauglichen Booten auf Hoher See in Lebensgefahr befinden, *in allen Phasen* der Operation an Bord nehmen und in einen sicheren Hafen bringen müssen. Diese Verpflichtung wird in Erwägungsgrund 6 des Beschlusses aufgenommen und eine entsprechende Ausstattung der Schiffe versprochen. Da Libyen die oben beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt, müssen die Flüchtlinge in den nächstgelegenen sicheren Hafen gebracht werden, der aufgrund des Einsatzgebietes in Lampedusa gelegen ist.

## II. Phase 2 Teil 1 der Operation EUNAVFOR MED

Während Teil 1 der Phase 2 soll auf Hoher See nach verdächtigen Schiffen gesucht und sollen diese, wenn nötig, angehalten, durchsucht, beschlagnahmt und umgeleitet werden, Art. 2 Abs. 2 lit. b sublit. i) des Beschlusses 2015/778.

### 1. Flaggenlosigkeit oder Genehmigung des Flaggenstaates?

Auf Hoher See genießen Schiffe die Freiheit der Schifffahrt und unterliegen lediglich der Hoheitsgewalt des Flaggenstaates (Art. 87, 92 SRÜ). Wie Erwägungsgrund 7 des Beschlusses 2015/778 statuiert, dürfen Staaten Schiffe auf Hoher See abfangen, bei denen der Verdacht besteht, dass sie Migranten schleusen, sofern der *Flaggenstaat hierzu die Genehmigung erteilt hat oder das Schiff keine Staatszugehörigkeit besitzt*, und geeignete Maßnahmen gegen die Schiffe, Personen und/oder Ladung ergreifen. Die dies regelnden Art. 110 Abs. 1 lit. d SRÜ und Art. 8 Zusatzprotokoll Schleusung<sup>55</sup> ermächtigen jedoch – es sei denn anderweitig vom Flaggenstaat genehmigt – nur zum Anhalten, Betreten und Durchsuchen eines Schiffes, nicht hingegen zum

53 Amnesty International, *Libya is full of Cruelty*, 2015, S. 11 ff.; Human Rights Watch, *Libya: Whipped, Beaten, and Hung from Trees*, 22.6.2014.

54 So auch *Lehmann*, *The Use of Force Against People Smugglers: Conflicts with Refugee Law and Human Rights Law*, EJIL: Talk! v. 22.6.2015; Forum Menschenrechte, (Fn. 23), S. 6.

55 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 35. Das Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 4, ist sogar der Ansicht, dass Art. 8 Abs. 7 des ZP Schleusung die weitergehendere Rechtsgrundlage sei. Es sei jedoch eine UNSR-Resolution bereits bei Flaggenlosigkeit ratsam. Dem widerspricht *Capaldo*, *The EUNAVFOR MED Operation and the Use of Force*, ASIL Insights, Vol. 19, Issue 27 v. 18.12.2015.

Beschlagnahmen und Umleiten.<sup>56</sup> Daraus folgt, dass Teil 1 der Phase 2 zunächst die Genehmigung des Flaggenstaates oder ein flaggenloses Schiff voraussetzt. Zudem ist grundsätzlich auch dann nur das Anhalten, Betreten und Durchsuchen der verdächtigen Schiffe erlaubt.

Die Flüchtlinge werden meist auf flaggenlosen Schlauchbooten oder beflaggten kleinen Fischerbooten transportiert, die oft im libyschen Hafen Zuwaras starten.<sup>57</sup> Letztere werden entweder von Fischern als vermisst gemeldet und der Name vom Boot entfernt oder aber es wird eine Erlaubnis zur Ausfahrt erteilt – beides jedenfalls unter Bestechung der Küstenwache.<sup>58</sup> Fahren die Fischerboote unter libyscher Flagge, ist problematisch, wer überhaupt als Vertreter Libyens eine Genehmigung nach Art. 110 Abs. 1 SRÜ verbindlich aussprechen darf: Libyen ist ein sogenannter „*failing state*“ und hat momentan noch keine von allen Konfliktparteien anerkannte Regierung.<sup>59</sup> Die zumindest international anerkannte Regierung in Tobruk, die nun von der Regierung der Nationalen Einheit abgelöst wurde, hatte von Anfang an Zweifel an den Plänen der EU kundgetan.<sup>60</sup> Eine Genehmigung scheint deshalb vorliegend unwahrscheinlich.

## 2. Rechtfertigung durch die UNSR-Resolution?

Was die Zugriffe auf des Menschenhandels oder der Menschenschleusung verdächtige Schiffe durch Marineschiffe der EU-Mitgliedstaaten angeht, ist zu beachten, dass zivile Schiffe auf Hoher See ausschließlich der Hoheitsgewalt des Flaggenstaats unterstehen. Wenn dieser es nicht erlaubt, dass ein Marineschiff eines EU-Mitgliedstaats sein Schiff anhält, durchsucht, beschlagnahmt oder umleitet, liegt eine unbefugte Ausübung von Hoheitsgewalt und eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten vor. Wenn also ein beflaggtes Schiff vorgefunden wird, eine Genehmigung des Flaggenstaates nicht erteilt wird und/oder andere als die in Art. 110 SRÜ erlaubten Tätigkeiten vorgenommen werden, verstößt das Anhalten, Durchsuchen, Beschlagnahmen und Umlei-

56 *Lowe/Tzanakopoulos*, Ships, Visit and Search, MPEPIL (online ed.), Rn. 31, 33. Dies folgt auch aus einem Umkehrschluss zu Art. 105 SRÜ.

57 *Kingsley*, Libya's people smugglers: inside the trade that sells refugees hopes of a better life, *The Guardian* v. 24.4.2015.

58 *Ibid.*

59 Vgl. den Bericht des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte zu Libyen, Dok.-Nr. A/HRC/31/47 v. 15.2.2016, Rn. 7 ff.; *Lacher*, Konfliktporträt Libyen, bpb v. 20.2.2016. Siehe näher unter B.III.

60 Der UN-Botschafter Libyens, *Ibrahim Dabbashi*, nannte das Vorhaben der EU „*very worrying*“, *BBC News* v. 11.5.2015, Mediterranean migrants: Libya rejects EU military plans. Dass eine Zustimmung unwahrscheinlich ist, nimmt auch *Mananashvili*, The Legal and Political Feasibility of the EU's Planned 'War on Smuggling' in Libya, *EJIL:Talk!* v. 10.6.2015, an. So auch das Forum Menschenrechte, (Fn. 23), S. 3.

ten von Schiffen gegen die gerade beschriebene Freiheit der Hohen See<sup>61</sup> sowie gegen die Staatensouveränität und das Interventionsverbot gegenüber dem Flaggenstaat.<sup>62</sup>

Bei Anwendung militärischer Gewalt auf Hoher See gegen zivile Schiffe anderer Flaggenstaaten ist auch ein Verstoß gegen das in Art. 2 Nr. 4 UNCh vorgesehene sowie völkergewohnheitsrechtlich geltende Gewaltverbot<sup>63</sup> denkbar.<sup>64</sup> Dies erscheint fraglich, weil das Anhalten und Aufbringen von einzelnen zivilen Schiffen auf Hoher See, selbst wenn sie unter Androhung/Anwendung von Waffengewalt erfolgen, keine Gewaltanwendung entgegen Art. 2 Nr. 4 UNCh, sondern vielmehr eine Polizeiaktion unterhalb der Erheblichkeitsschwelle dieser Bestimmung darstellen könnte.<sup>65</sup> Selbst in Bezug auf die Beschießung und Versenkung eines einzelnen zivilen Schiffs würde dann nichts anderes gelten. Dass es im Rahmen von EUNAVFOR MED zu den letztgenannten Maßnahmen kommen wird, ist eher unwahrscheinlich, es sei denn, ein verdächtiges Schiff wendet seinerseits zuerst Waffengewalt an, was dann aber für das Marineschiff eine Selbstverteidigungssituation heraufbeschwören würde.

Selbst wenn man vorliegend keinen Verstoß gegen das Gewaltverbot annimmt, so bleibt es bei den oben genannten drohenden Verletzungen der Freiheit der Hohen See, der Staatensouveränität und des Interventionsverbots gegenüber dem Flaggenstaat. Daher bemühte sich die EU von Anfang an um eine diese Maßnahmen rechtfertigende UNSR-Resolution.

Vor diesem Hintergrund ist die UNSR-Resolution 2240 (2015) erlassen worden, die ein gestuftes Vorgehen der Mitgliedstaaten bzw. ihrer regionalen Organisationen vorsieht.<sup>66</sup>

61 Ein Recht zur Nacheile nach Art. 111 SRÜ besteht vorliegend nicht. Ob Menschenhandel unter Sklavenhandel i.S.d. Art. 110 Abs. 1 lit. b SRÜ subsumierbar ist und vorliegend ein Recht zum Betreten gewährt, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden.

62 Siehe zu diesen völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen die Friendly Relations Declaration, Anhang der UN-Generalversammlungs-Resolution 2626 v. 24.10.1970 sowie Art. 2 Nr. 1, 7 UNCh.

63 IGH, Urt. v. 27.6.1986, *Nicaragua II* (Merits), Rn. 172 ff.; *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 1006; *Stein/von Buttlar*, (Fn. 16), Rn. 773.

64 *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 824; *Epiney*, Das völkerrechtliche Gewaltverbot, ius.full 2006, S. 68.

65 *Arg. e contrario* Art. 3 lit. d der Aggressionsdefinition (Anhang der Generalversammlungs-Resolution 3314 (XXIX) v. 14.12.1974) verneint *Heintschel von Heinegg* einen Verstoß gegen das Gewaltverbot, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 51, Rn. 31. Vermittelnder Ansicht („Bei Hinzutreten besonderer Umstände“) ist *Bothe*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 585, Rn. 12. Zum Verhältnis zur Nacheile siehe *Woltenberg*, Die Nacheile zur See, AVR 2004, S. 217 ff.

66 Am 20.1.2016 wurde die Operation EUNAVFOR MED ermächtigt, entsprechend der UNSR-Resolution zu handeln und die Einsatzregeln entsprechend abzuändern; Beschluss (GASP) 2016/118 des Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees v. 20.1.2016 betreffend die Umsetzung der Resolution 2240 (2015) des Sicherheitsrats der VN durch die EUNAVFOR MED Operation Sophia, ABl. L 23 v. 29.1.2016, S. 63.

a) *Inhalt der UNSR-Resolution 2240 (2015)*

In Stufe 1 (Ziffer 5) dürfen verdächtige Schiffe, die *ohne Flagge* fahren, auf Hoher See vor der Küste Libyens inspiziert werden. In Stufe 2 (Ziffer 6) dürfen die Mitgliedstaaten und regionalen Organisationen verdächtige Schiffe auf Hoher See vor der Küste Libyens dann inspizieren, wenn ein *Einverständnis des Flaggenstaates* vorliegt. Diese beiden Stufen beinhalten einen Verweis auf bereits geltendes Völkerrecht (insbesondere Art. 110 Abs. 1 und Abs. 1 lit. d des Seerechtsübereinkommens der UN von 1982, SRÜ).<sup>67</sup>

Neu ist Stufe 3 (Ziffer 7): Die im Kampf gegen Menschenschleusung und -handel tätigen Mitgliedstaaten und regionalen Organisationen dürfen in einem Zeitraum von einem Jahr auf Hoher See vor der Küste Libyens verdächtige Schiffe auch dann *kontrollieren*, wenn sie sich nach bestem Wissen und Gewissen („*good faith efforts*“) bemüht haben, das Einverständnis des Flaggenstaates zu erlangen, es ihnen jedoch *nicht erteilt* wurde. Die nach Ziffer 7 inspizierten Schiffe dürfen *beschlaggenommen* werden, wenn sich bestätigt hat, dass diese für Menschenschleusung und -handel von Libyen aus benutzt wurden (Ziffer 8). Gleichzeitig wird unterstrichen, dass alle weiteren Aktionen, wie insbesondere die Beseitigung, im Einklang mit anwendbarem internationalem Recht und unter gebührender Berücksichtigung von Drittinteressen erfolgen.

In Ziffer 9 werden sodann die Flaggenstaaten aufgerufen, zu kooperieren und die unter Ziffer 7 und 8 handelnden Staaten aufgefordert, die betreffenden Flaggenstaaten im Anschluss an eine Aktion hierüber zu informieren.

Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten bzw. die für sie handelnden regionalen Organisationen *autorisiert, alle Maßnahmen zu ergreifen*, die den Umständen der Konfrontation mit Menschenschleusern/-händlern nach Ziffer 7, 8 entsprechen („*use all measures commensurate to the specific circumstances*“) und die im Einklang mit internationalem Menschenrechtsschutz stehen (Ziffer 10). Ziffern 12 und 13 weisen auf die Rechte der Migranten hin. Die Staaten werden in Ziffer 15 aufgefordert, die Straftaten der Menschenschleusung und des Menschenhandels zu verfolgen.

b) *Voraussetzungen von Kapitel VII der UN-Charta*

Die UNSR-Resolution wurde auf Grundlage von Kapitel VII UNCh erlassen. Die Anwendbarkeit des Kapitels setzt nach Art. 39 UNCh eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung voraus. Konkret kommt vorliegend nur ersteres in Betracht, wobei im Folgenden zu erörtern ist, inwieweit durch Schleuserkriminalität und Menschenhandel entsprechend Art. 39, 42 UNCh eine Bedrohung des Weltfriedens<sup>68</sup> und der internationalen Sicherheit hervorgerufen wird. Dabei hat der UNSR eine äußerst weite Einschätzungsprärogative: Die UN-Mitglieder haben

<sup>67</sup> Hierzu bereits unter B.II.1.

<sup>68</sup> In der authentischen englischen Sprachfassung lautet der Passus „*international peace and security*“.

ihm die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit übertragen (Art. 24 Abs. 1 UNCh).<sup>69</sup> Die EU-Delegation bei der UN twitterte bereits am 28. April 2015, dass eine Bedrohung für Frieden und Stabilität aller Länder existiere.<sup>70</sup> Doch was genau soll Ursprung dieser Bedrohung sein? Die Resolution 2240 (2015) fokussierte ursprünglich noch auf die Situation in Libyen,<sup>71</sup> in der Endfassung wird jedoch auf eine „[...] *recent proliferation of, and endangerment of lives by, the smuggling of migrants in the Mediterranean Sea, in particular off the coast of Libya*“ abgestellt.<sup>72</sup> Ob dies tatsächlich eine Maßnahme nach Kapitel VII rechtfertigt und ob andere Begründungsmöglichkeiten bestehen, soll nun genauer untersucht werden.

In der Resolution 688 (1991), die sich mit den Vertreibungen der Kurden im Irak 1991 auseinandersetzte, wurde „[...] *a massive flow of refugees towards and across international frontiers* [...]“ (Erwägungsgrund 3) als Bedrohung für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit angesehen. Der Flüchtlingsstrom als solcher und damit das menschliche Leiden der Flüchtlinge können also grundsätzlich als Bedrohung des Weltfriedens angesehen werden.<sup>73</sup>

Wenn man dies auch hinsichtlich des aktuellen Flüchtlingsstroms über das Mittelmeer annähme, würde Art. 42 i.V.m. Art. 48 UNCh<sup>74</sup> die Autorisierung von Gewaltanwendung in dem Umfang erlauben, der *erforderlich* ist um der Bedrohung entgegen zu treten. Dies bedeutet auch, dass die Gewaltanwendung geeignet sein muss, die Bedrohung zu beseitigen. Genau das erscheint vorliegend sehr fraglich: Eigentlich muss sich die Maßnahme gegen den Ursprung der Bedrohung richten, vorliegend zum Beispiel durch humanitäre Unterstützung oder Beseitigung der Push-Faktoren wie Bürgerkrieg, Hunger und Not. So wurden zum Beispiel durch die bereits genannte Resolution 688 (1991) humanitäre Hilfsmaßnahmen erlaubt, um die irakische

69 *Krisch*, in: Simma/Khan/Nolte/Paulus (Hrsg.), *The Charter of the UN*, Vol. II, 3. Aufl. 2012, Art. 39, Rn. 4 f.; *Gottlieb*, *The Security Council's Maritime Piracy Resolutions*, *Minnesota Journal of Int. Law* 24 (2015), S. 9.

70 „*Human trafficking is threat for security & stability for all countries & EU will work with all partners @FedericaMog*“, <https://twitter.com/EUatUN/status/593179186606559233> (23.11.2016).

71 *What's in Blue v. 8.10.2015*, Vote on a Resolution on Human Trafficking and Migrant Smuggling in the Mediterranean.

72 Erwägungsgrund 7 UNSR-Resolution 2240 (2015).

73 So *Fink*, *Protecting Europe or Irregular Migrants?*, *The (Mis)use of Force in the Mediterranean*, *EJIL: Talk!* v. 15.5.2015. Zu dieser „ethischen Frage“ auch *Allendorf*, *Militärische Intervention gegen Flüchtlingsboote?*, *BOFAXE Nr. 474D v. 26.5.2015*. Verneinend *Forum Menschenrechte*, (Fn. 23), S. 3.

74 Wenn man die vorliegende Operation als Polizeiaktion – und nicht als echte militärische Operation – einstuft, wäre Art. 41 i.V.m. Art. 48 UNCh die geeignetere Rechtsgrundlage. In der Resolution selbst wird nur pauschal auf Kap. VII verwiesen, sodass hieraus keine exakten Rückschlüsse möglich sind. Meines Erachtens nach ist die Anwendung von Waffengewalt i.d.S. zumindest nicht ausgeschlossen („*use all measures commensurate to the specific circumstances*“). Zudem fügt sich die vorliegende Resolution auch nicht in die in Art. 41 UNCh genannten Regelbeispiele ein, sondern entsprechend Art. 42 UNCh wurden Seestreitkräfte in das Mittelmeer entsandt. Aus diesen Gründen ist im Folgenden von Art. 42 i.V.m. 48 UNCh als Rechtsgrundlage auszugehen.

Bevölkerung (insbesondere die Kurden) vor staatlicher Repression zu schützen. Vor diesem Hintergrund wurden internationale Kräfte in kurdischen Gebieten eingesetzt, um eine Sicherheitszone innerhalb des Iraks zu bilden. Ein Abstellen auf die Resolution 688 (1991) als Präzedenzfall ist folglich verfehlt. Wenn Kapitel VII der UNCh wegen eines Flüchtlingsstroms aktiviert wird, müssen die Maßnahmen auf den Schutz von Flüchtlingen gerichtet sein.<sup>75</sup> Der militärische Kampf gegen Menschenhändler und -schleuser dient nicht dem direkten Schutz von Flüchtlingen. Daher kann diese Maßnahme auch nicht als geeignet bzw. erforderlich angesehen werden, um einer etwaigen durch den Flüchtlingsstrom selbst entstandenen Bedrohung des Weltfriedens zu begegnen.<sup>76</sup>

Man könnte auch die Lage in den Ankunftsstaaten als ebensolche Bedrohung betrachten.<sup>77</sup> Dies würde jedoch voraussetzen, dass die Maßnahmen bzw. das Unterlassen der europäischen Staaten und der EU zur Bewältigung der aktuellen Flüchtlingskrise zu einer Sicherheitskrise für die ganze Welt bzw. für die Region<sup>78</sup> geführt hätten – eine (zumindest noch) rein theoretische Entwicklung.

Menschenhandel und -schleusung selbst als diesbezügliche Bedrohung anzusehen, würde zu einer Subsumtion eines Kriminalitätsbereichs unter Art. 39 UNCh führen.<sup>79</sup> Dies hat der UNSR bislang nur bezüglich einiger schwerer Straftaten getan: Straftaten in Zusammenhang mit Terrorismus, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.<sup>80</sup> Einerseits sind solche Straftaten geprägt von besonderem Umfang und Schwere sowie Abscheulichkeit, andererseits beruhen sie weniger auf finanziellem Profit als auf politischer Motivation.<sup>81</sup> Der UNSR hat hier Zurückhaltung an den Tag gelegt, vielleicht auch um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, als Weltgesetzgeber zu agieren.<sup>82</sup>

Menschenhändler und -schleuser profitieren von dem Leid anderer, wobei der Fokus auf dem Erlangen eines finanziellen Vorteils liegt. Menschenhandel kann zwar gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. c des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs als Verbrechen gegen die Menschlichkeit angesehen werden, dies gilt jedoch nicht für Menschenerschleusung. Auch die politische Komponente ist nur minimal ausgeprägt. Vor dem Hintergrund, dass hinsichtlich Art. 42 UNCh und der Autorisierung von Gewaltanwendung Restriktivität geboten ist, sind Menschenhandel und -schleusung deshalb nicht den oben Genannten gleichzusetzen. Es verbietet sich folglich, diese selbst als Bedrohung im Sinne von Art. 42 UNCh anzusehen.

75 Forum Menschenrechte, (Fn. 23), S. 3; Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 3.

76 So auch *Fink*, (Fn. 73). Zum Schutz von Flüchtlingen siehe näher unter C.IV.

77 Dies ablehnend auch *Fink*, (Fn. 73).

78 Da der authentische Text der Art. 39, 42 UNCh von dem Begriff der „internationalen Sicherheit“ ausgeht, der die regionale Sicherheit umfasst, würde eine Sicherheitskrise in Europa genügen.

79 *Mananashvili*, (Fn. 60).

80 *Gottlieb*, (Fn. 69), S. 10 ff., 13.

81 *Ibid.*

82 *Ibid.*; *Treves*, Piracy, Law of the Sea, and Use of Force, *EJIL* 2 (2009), S. 401; generell hierzu *Talmon*, The Security Council as World Legislature, *AJIL* 99 (2005), S. 175 ff.

Bereits im 10-Punkte-Plan des Rates vom 20. April 2015<sup>83</sup> wurde ein Vergleich mit den positiven Erfahrungen der Operation Atalanta herangezogen. Diese widmet sich der Bekämpfung von Piraterie: Die EU-Marine-Einheiten schützen (insbesondere mit Hilfsgütern beladene) Schiffe vor der somalischen Küste und im Golf von Aden vor Piratenangriffen. Durch die UNSR-Resolution 1816 (2008) (zuletzt erneuert durch UNSR-Resolution 2184 (2014)) wurde die Ermächtigung erteilt, auch in die inneren Gewässer Somalias einzufahren und „*all necessary means*“ anzuwenden, um Piratenangriffe zu verhindern. Aber können Resolution 1816 (2008) und die Operation Atalanta mit Resolution 2240 (2015) und EUNAVFOR MED tatsächlich verglichen werden?<sup>84</sup>

Die ebenfalls auf Kapitel VII der UNCh gestützte Resolution 1816 (2008) sieht nicht die Piraterie selbst als Bedrohung für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit an, sondern die dadurch entstehende Verschärfung der Situation in Somalia.<sup>85</sup> Folglich kann die Resolution nicht als Vorbild dafür angesehen werden, Menschenhandel und -schleusung unter die Bedrohung im Sinne des Art. 42 UNCh zu subsumieren.

Hinzu kommt, dass die anerkannte somalische Regierung (*Somali Transitional Federal Government*) um Unterstützung gebeten wurde und ihr Einverständnis gegeben hat. Auch wenn dies nicht für ein Vorgehen nach Kapitel VII erforderlich ist, indiziert ein solches Einverständnis die Legitimität der Autorisierung.<sup>86</sup> Die Zusammenarbeit mit Somalia wird auch in Erwägungsgründen 10, 11, Ziffern 7, 9 der Resolution 1816 (2008) deutlich zum Ausdruck gebracht.

Wie bereits erörtert, ist Libyen vergleichsweise zurückhaltend und kritisch. Dennoch kann man auch ohne Zustimmung Libyens argumentieren, dass Menschenhandel und -schleusung dazu beitragen, die Lage in Libyen zu verschlimmern und dies eine Bedrohung im Sinne des Art. 42 UNCh darstellt.<sup>87</sup> Darauf wurde jedoch in der Endfassung verzichtet. *Mogherini* trug zwar vor, dass Schleusernetzwerke mit terroristischen Aktivitäten verlinkt sind und deshalb Instabilitäten nach Libyen bringen.<sup>88</sup> Dieser Zusammenhang ist jedoch nicht näher bewiesen worden und hat auch keinen Eingang in die Resolution gefunden.

Ein weiterer Unterschied ist, dass es für die Bekämpfung der Piraterie in Art. 100 ff. SRÜ bereits Rechtsgrundlagen gibt, die eine entsprechende Operation (auf

83 Gemeinsame Tagung des Rates Auswärtige Angelegenheiten und Justiz und Inneres: Zehn-Punkte-Plan zur Migration, Pressemitteilung IP/15/4813 v. 20.4.2015.

84 Ein Vergleich wird auch von *Mananashvili*, (Fn. 60); *Allendorf*, (Fn. 73); und *Bo*, Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling, EJIL:Talk! v. 30.10.2015, untersucht.

85 Letzter Erwägungsgrund der Präambel der Resolution 1816 (2008): „*Determining that the incidents of piracy and armed robbery against vessels in the territorial waters of Somalia and the high seas off the coast of Somalia exacerbate the situation in Somalia, which continues to constitute a threat to international peace and security in the region*“.

86 *Treves*, (Fn. 82), S. 406, geht davon aus, dass ohne Einverständnis die Resolution nicht zustande gekommen wäre.

87 Der UNSR hat dies auch generell für Libyen bereits getan, zuletzt in Erwägungsgrund 7 UNSR-Resolution 2208 (2015). Zur Argumentation siehe *Mananashvili*, (Fn. 60).

88 UN-Sicherheitsrat, Meeting No. 7439 v. 11.5.2016, S/PV.7439, S. 2.

Hoher See) ermöglichen. Für die Bekämpfung von Schleusernetzwerken ist im SRÜ von vornherein nichts Entsprechendes geregelt worden.<sup>89</sup>

Die Resolution 1816 (2008) beinhaltet die Möglichkeit (mit Zustimmung der somalischen Regierung) in innere Gewässer einzufahren und dort Gewalt gegen Piraten anzuwenden. Eine solch weitreichende Autorisierung hat Resolution 2240 (2015) gerade nicht zur Folge: Hier geht es nur um Maßnahmen auf Hoher See und damit um Phase 2 Teil 1 von EUNAVFOR MED. Jedoch sind die Schleuser meist auf Hoher See nicht mehr an Bord. Instruierte Flüchtlinge steuern die Boote – die Schleuser bleiben an Land im Hintergrund aktiv.<sup>90</sup> Die Zeitspanne, in der normale Fischerboote zu Flüchtlingsbooten „umgewidmet“ werden, ist sehr kurz und nur in Küstennähe erkennbar. Zudem sind die Eingriffsmöglichkeiten stark eingeschränkt, wenn die Flüchtlinge bereits an Bord sind, weil diese nicht zu Schaden kommen dürfen. Daher können Schleuser und deren Netzwerke nur an Land bzw. in den Gewässern in unmittelbarer Küstennähe wirksam bekämpft werden. Folglich ist die Resolution 2240 (2015) in ihrer Effektivität ebenfalls nicht mit Resolution 1816 (2008) und Operation Atalanta vergleichbar.

Der Erfolg von Operation Atalanta wird zudem mit einem gleichzeitigen Tätigwerden an Land begründet.<sup>91</sup> Die Reduzierung der Piratenangriffe stellte sich maßgeblich erst ab 2012 ein: Das zivile Engagement der EU führte dazu, dass den Menschen in Somalia ökonomische Perspektiven eröffnet und effektive Verwaltungsstrukturen aufgebaut wurden.<sup>92</sup> Ein solch ganzheitlicher Ansatz wäre auch für Libyen erforderlich, um beide Operationen überhaupt miteinander vergleichen zu können. Vielmehr noch ist die Lage vorliegend komplexer, weil nicht „nur“ die Situation in Libyen, sondern auch die in den diversen Herkunfts- und Transitstaaten der Flüchtlinge verbessert werden müsste, weshalb die „Lehre von Atalanta“ ist, dass ein ganzheitlicher Ansatz zur Bekämpfung der Fluchtursachen essenziell ist.<sup>93</sup>

Hinzu kommt, dass die Marine im Rahmen von Operation Atalanta durch das Stoppen der Piratenschiffe das Leben der *anderen* Schiffspassagiere schützt. Zu schützendes Schiff und „feindliches“ Schiff sind also verschieden. Doch das Anhalten, Durchsuchen, Beschlagnahmen und Umleiten von Schleuserbooten bringt auch die auf dem Schiff befindlichen Flüchtlinge in Gefahr. Es gibt also keine – von außen erkennbare – Verschiedenheit von Ziel- und Schutzobjekt. Daher sind die beiden Operationen auch aus diesem Grund nicht vergleichbar.<sup>94</sup>

89 Forum Menschenrechte, (Fn. 23), S. 3.

90 Hier und im Folgenden *Kingsley*, (Fn. 57).

91 *Kempin/Scheler*, Migration nach Europa: Mehr außenpolitisches Engagement der EU in ihrer Nachbarschaft nötig, SWP v. 28.4.2015.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

94 So auch *Fink*, (Fn. 73).

c) Verbleibende Unklarheiten über eine neue Generation von UNSR-Resolutionen

In der Resolution 2240 (2015) hat der UNSR auf die Zunahme von Menschenhandel und -schleusung und die dadurch entstehende Gefährdung von Menschenleben abgestellt. Dabei hat er dies nicht ausdrücklich als Ursache für eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit anerkannt, weswegen auch nicht gänzlich geklärt ist, ob nun der Kriminalitätsbereich selbst zur Begründung von Kapitel VII-Maßnahmen dient oder eben nur in Verbindung mit den Auswirkungen auf Menschenleben.<sup>95</sup> So gesehen passt die Resolution in keine der soeben besprochenen Kategorien. Auch ist unklar, warum der ursprüngliche Entwurf dahingehend abgeändert wurde. Die Autorisierung von Gewaltanwendung – die zwar im Hintergrund der Operation steht, aber eben doch präsent ist – sollte immer nur äußerstes Mittel sein. Es zeichnet sich jedoch eine Aufweichung der Unterscheidung zwischen Krieg und Kriminalitätsbekämpfung ab. Durch die zunehmende Praxis des UNSR, transnationale Kriminalität als direkte oder indirekte Bedrohung des Friedens anzusehen, werden gefährliche Präzedenzfälle geschaffen. Kombiniert mit dem Ermessensspielraum des UNSR sowie dem Machtungleichgewicht in diesem Gremium lässt sich auch an dem demokratischen Input einer solchen Resolution zweifeln.<sup>96</sup>

Daher sprechen viele Argumente dafür, dass der UNSR seinen weiten Ermessensspielraum vorliegend überschritten hat. Folgt man dieser Ansicht, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob sich die EU dennoch auf eine Autorisierung durch die Res. berufen kann.<sup>97</sup> Grundsätzlich gilt, dass ein als Ultra-vires-Akt zu qualifizierender, bindender Rechtsakt einer Internationalen Organisation nichtig ist.<sup>98</sup> Auf die rechtfertigende Wirkung eines solchen Rechtsakts kann man sich folglich auch nicht berufen,<sup>99</sup> weshalb Phase 2 Teil 1 der Operation – freilich nur ohne Zustimmung des konkret betroffenen Flaggenstaates – illegal wäre. Allerdings ist fraglich, wer zur gerichtlichen Überprüfung und Feststellung der Nichtigkeit einer UNSR-Resolution überhaupt berufen ist.<sup>100</sup>

Zusätzlich zu diesen Kritikpunkten verbleiben auch weitere Unklarheiten. Im Gegensatz zu den Maßnahmen im Kampf gegen Piraterie gibt es vorliegend keine Bestimmung hinsichtlich Festnahme und Inhaftierung von Verdächtigen. Eventuell fußt dies darauf, dass die Staaten hinsichtlich Piraterie universelle Jurisdiktion zur gericht-

95 *Bo*, (Fn. 84).

96 *Ibid.*

97 Grundlegend hierzu *Benzing*, International Organizations or Institutions, Secondary Law, MPEPIL (online ed.), Rn. 41 ff.; *Reisman/Pulkowski*, Nullity in International Law, MPEPIL (online ed.); *Schmalenbach*, International Organizations or Institutions, Legal Remedies against Acts of Organs, MPEPIL (online ed.); IGH, Gutachten v. 20.7.1962, *Certain Expenses of the United Nations*, Sondervotum von Richter *Morelli*, S. 221 ff.

98 *Benzing*, (Fn. 97), Rn. 41; *Reisman/Pulkowski*, (Fn. 97), Rn. 19, 22.

99 *Benzing*, (Fn. 97), Rn. 41; *Reisman/Pulkowski*, (Fn. 97), Rn. 35.

100 Siehe hierzu ausführlich *Richter*, Judicial Review of Security Council Decisions, Polish Yearbook of International Law 32 (2012), S. 271 ff.

lichen Verfolgung haben,<sup>101</sup> eine solche Regelung aber bei Menschenhandel und -schleusung fehlt.<sup>102</sup>

Des Weiteren wurde, obwohl noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen,<sup>103</sup> auf die Formulierung „*all necessary means*“ verzichtet. Vielmehr wird in Ziffer 10 folgende Phrase verwendet: „*use all measures commensurate to the specific circumstances in confronting migrant smugglers or human traffickers*“. Jedenfalls hinsichtlich der Autorisierung zu umfassenden Kontrollrechten, die über Art. 110 SRÜ und Art. 8 Zusatzprotokoll Schleusung hinausgehen, ist eine vergleichbare Formel bereits Gegenstand mehrerer UNSR-Resolutionen gewesen.<sup>104</sup> Diese ergingen zur Durchsetzung von UN-Maßnahmen, meist Embargos für bestimmte Rohstoffe oder Waffen.<sup>105</sup> Das Kriebsrecht diente als Vorbild für die Schaffung dieser „hybriden“ Inspektionsrechte, die weder dem Kriegs- noch dem Seerecht so entnommen werden können.<sup>106</sup> Es ist dennoch unklar, ob und welche Maßnahmen neben den Inspektionsrechten hiervon erfasst sind.<sup>107</sup> Ungewiss ist auch, wann ein Staat „*good faith efforts*“ bemüht hat, um die Zustimmung des Flaggenstaates zu erhalten. Gerade dies bedarf aber näherer Konkretisierung, um ein Spannungsverhältnis zwischen der EU, ihrer Mitgliedstaaten und Libyen zu vermeiden. Insgesamt bleiben daher sowohl Voraussetzungen der Rechtsgrundlage als auch inhaltliche Formulierungen unklar. Diese Bedenken treffen auf solche, die die Ineffektivität der Resolution und die Eskalation der Gewaltanwendung zum Gegenstand haben.

### III. Phase 2 Teil 2 sowie Phase 3 der Operation EUNAVFOR MED

In Phase 2 Teil 2 soll, in Einklang mit etwaigen UNSR-Resolution oder mit Zustimmung des betroffenen Küstenstaates, auch in den *Hoheitsgewässern und inneren Gewässern* dieses Staates nach verdächtigen Schiffen gesucht und diese, wenn nötig, angehalten, durchsucht, beschlagnahmt und umgeleitet werden. Phase 3 besteht darin, im Einklang mit etwaigen anwendbaren UNSR-Resolutionen oder mit Zustimmung des betroffenen Küstenstaates, *im Hoheitsgebiet* dieses Staates *alle erforderlichen Maßnahmen* – einschließlich Zerstörung oder Unbrauchbarmachung – gegen Schiffe

101 Art. 105 SRÜ; *Bantekas*, Criminal Jurisdiction of States under Int. Law, MPEPIL (online ed.), Rn. 9, 23.

102 *Bo*, (Fn. 84). Dafür, dass Art. 110 SRÜ keine Jurisdiktion zur gerichtlichen Verfolgung verleiht, spricht sich auch das Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 4 f., aus. Zum Vergleich: Im Rahmen der Operation Atalanta hatte die EU ein Abkommen mit Mauritius über die Bedingungen für die Überstellung mutmaßlicher Seeräuber abgeschlossen, das aufgrund Verfahrensfehler auch Gegenstand von EuGH, Rs. C-658/11, *Parlament/Rat*, EU:C:2014:2025, war. Siehe Näheres zur Inhaftierung unter C.III.

103 *What's in Blue*, (Fn. 71).

104 UNSR-Resolutionen 665 (1990), Ziffer 1; 787 (1992), Ziffer 12; 875 (1993), Ziffer 1. Inhaltlich ähnlich auch UNSR-Resolutionen 221 (1966), Ziffer 5; 820 (1993), Ziffern 17, 25; 1132 (1997), Ziffer 8. Hierzu *Lowel/Tzanakopoulos*, (Fn. 56), Rn. 24 f.

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*, Rn. 28.

107 *Bo*, (Fn. 84).

und zugehörige Gegenstände zu ergreifen, bei denen der Verdacht besteht, dass sie für Menschenschleusung oder -handel benutzt werden.

Ein Staat besitzt gemäß Art. 2 SRÜ in inneren Gewässern (Art. 8 SRÜ) sowie selbstverständlich in seinem Territorium die alleinige Hoheitsgewalt. Im Küstenmeer ist diese Souveränität zwar nach Art. 2 Abs. 3, 17 SRÜ durch das Recht der friedlichen Durchfahrt eingeschränkt.<sup>108</sup> Das Anhalten, Durchsuchen, Beschlagnahmen und Umleiten von Schleuser- und Menschenhändlerschiffen sowie die Zerstörung und Unbrauchbarmachung von Schiffen stellen aber keine friedliche Durchfahrt im Sinne des Art. 19 Abs. 1, 2 lit. a, I SRÜ dar. Folglich verletzen solche Maßnahmen auf dem Territorium, in inneren Gewässern und im Küstenmeer<sup>109</sup> die Souveränität und die territoriale Integrität des betroffenen Küstenstaates sowie das Interventionsverbot.<sup>110</sup> Darüber hinaus ist bei Anwendung von Gewalt im Hoheitsgebiet eines fremden Staates, insbesondere durch Zerstören und Unbrauchbarmachung von Schiffen, ein Verstoß gegen das Gewaltverbot denkbar.<sup>111</sup> Deshalb ist die Zustimmung des betroffenen Küstenstaates oder eine UNSR-Resolution erforderlich.

Zudem gilt die Seenotrettungspflicht auch im Küstenmeer. Art. 18 Abs. 2 Satz 1 SRÜ erfordert eine zügige Durchfahrt durch das Küstenmeer; zu den diesbezüglichen Ausnahmen nach Art. 18 Abs. 2 Satz 2 SRÜ zählt die Hilfeleistung für Personen, Schiffe oder Luftfahrzeuge in Gefahr oder Not. Im Sinne einer teleologischen Auslegung und dem Wortlaut „See“ anstatt „Hoher See“ in Art. 98 Abs. 1 lit. a SRÜ ist letztere Norm im Lichte des Art. 18 Abs. 2 SRÜ dahingehend auszulegen, dass die Rettungsverpflichtung auch im Küstenmeer gilt.<sup>112</sup> Im Rahmen dieser Seenotrettung stellen sich dann ebenfalls die zuvor geschilderten Probleme.<sup>113</sup>

Es ist, wie bereits dargestellt,<sup>114</sup> zur effektiven Bekämpfung von Menschenhändlern und -händlern notwendig, so nahe an die Küste heranzukommen wie möglich. Daher wird die EU auch diesbezüglich versuchen, eine Autorisierung durch eine

108 Auch das Küstenmeer-Regime des SRÜ spiegelt Völkergewohnheitsrecht wider, *Hakapää*, Innocent Passage, MPEPIL (online ed.), Rn. 4.

109 Eine etwaig erklärte Anschluss- und/oder Ausschließliche Wirtschaftszone kann bei der Betrachtung außen vor bleiben, da die Kontrollrechte der Küstenstaaten nach Art. 33 und 56 SRÜ nicht einschlägig sind.

110 *Mananashvili*, (Fn. 60); *Gallagher/David*, The International Law of Migrant Smuggling, 2014, S. 222.

111 Siehe zu diesbezüglichen Bedenken bereits unter B.II.2.

112 Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Seenotrettung durch deutsche Kriegsschiffe, 2016, S. 4 f.; Center for Oceans Law and Policy, UNCLOS: A Commentary, Bd. 3, 1995, S. 176 f.; *Noyes*, (Fn. 17), Rn. 6, 10. Diese Seenotrettungspflicht überschneidet sich dann mit der des Küstenstaates. In territorialen Gewässern – inkl. einer evtl. Ausweitung über das SAR-Übereinkommen, Anlage, Regel 2.1 – ist nur der betreffende Staat hinsichtlich der Seenotrettung zuständig. Beide Fälle sind hinsichtlich Libyen momentan nur theoretischer Natur. Bei Anwendung militärischer und damit Hoheitsgewalt durch die EU und der Mitgliedstaaten in den territorialen Gewässern bleibt deren Bindung an die folgend zu besprechenden Menschenrechtsverträge weiterhin bestehen.

113 Siehe unter B.I.

114 Siehe unter B.II.2.b).

UNSR-Resolution zu erhalten, was bislang jedoch nicht erfolgt ist.<sup>115</sup> Gleiches gilt hinsichtlich einer Zustimmung Libyens. Die EU hat nach Bildung der Regierung der Nationalen Einheit im Dezember 2015<sup>116</sup> insbesondere eine Verstärkung der Fähigkeiten im Rahmen von EUNAVFOR MED angeboten.<sup>117</sup> Aufgrund dieser Entwicklungen sind zudem die UNSR-Resolution 2292 (2016) und der Änderungsbeschluss (GASP) 2016/993 ergangen.<sup>118</sup>

### C. Menschenrechtliche Anforderungen

Art. 21 Abs. 1 EUV verlangt, dass GSVP-Maßnahmen (als integraler Bestandteil der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 42 EUV) von den Menschenrechten geleitet sein müssen. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwiefern EUNAVFOR MED diese Voraussetzung erfüllt.

#### I. Welches Menschenrechtsregime findet Anwendung und wer überwacht dieses?

Wie bereits erörtert, sind die Mitgliedstaaten und die EU parallel verantwortlich.<sup>119</sup> Dementsprechend kommen als menschenrechtlicher Prüfungsmaßstab die GRCh und die jeweiligen internationalen Menschenrechtsabkommen der Mitgliedstaaten in Betracht. Als Letztere sind insbesondere die EMRK, die GFK, die UN-Menschenrechtsabkommen und die UN-Anti-Folter-Konvention (CAT) relevant. Diese werden vom EuGH auch als Rechtserkenntnisquellen zur Bestimmung der Tragweite und der Auslegung der EU-Grundrechte berücksichtigt.<sup>120</sup>

115 Die unter B.II.4. erwähnte Ausbildung der libyschen Küstenwache und Marine soll zunächst auf Hoher See erfolgen oder nach (bislang nicht erfolgter) Einladung auf libyschem Territorium.

116 Statement by the Libyan Political Dialogue Members v. 10.3.2016, <http://unsmil.unmissions.org/LinkClick.aspx?fileticket=BMz4MEUuVto=&tabid=3559&mid=6187&language=en-US> (23.11.2016); Tagesschau.de v. 6.4.2016, Rücktritt des islamistischen Schattenkabinetts, [www.tagesschau.de/ausland/libyen-257.html](http://www.tagesschau.de/ausland/libyen-257.html) (23.11.2016). Dennoch erkennen nicht alle libyschen Milizen diese an.

117 Schlussfolgerungen des Rates zu Libyen, Pressemitteilung 13/16 v. 18.4.2016, Pkt. 9. Ähnlich klingt auch das Ministerial Meeting for Libya Joint Communique, Pressemitteilung des EEAS v. 16.5.2016, [http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2016/160516\\_01\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2016/160516_01_en.htm) (23.11.2016).

118 Siehe unter A.

119 Siehe unter B.I.2.

120 Z.B. in EuGH, Rs. C-540/03, *Parlament/Rat*, EU:C:2006:429, Rn. 36 ff. Für die Berücksichtigung der EMRK vgl. nur EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, EU:C:1991:254, Rn. 41; EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, EU:C:2004:614, Rn. 33. Für die Berücksichtigung des IPbPR siehe EuGH, Rs. 374/87, *Orkem/Kommission*, EU:C:1989:387, Rn. 31; EuGH, verb. Rs. C-297/88 und C-197/89, *Dzodzi*, EU:C:1990:360, Rn. 68.

Fraglich ist jedoch, ob die Bindung an besagte Abkommen auch auf Hoher See und damit im extraterritorialen Raum besteht.<sup>121</sup> Trotz unterschiedlicher Klauseln in den Menschenrechtsverträgen<sup>122</sup> muss die Anwendbarkeit *ratione loci* bei jeglicher Ausübung von Hoheitsgewalt zwingend zu bejahen sein, weil sich die Staaten ansonsten ihrer Bindung an Menschenrechtsverträge entledigen könnten.<sup>123</sup> Es darf ihnen außerhalb ihres Territoriums nicht etwas erlaubt sein, was in ihrem Territorium verboten wäre. Ansonsten würde eine vermehrte Auslagerung von Hoheitsgewalt zu einer Entleerung der Menschenrechtsgarantien führen.<sup>124</sup> Zutreffend stellt *von Arnould* fest: „Diese [mensenrechtlichen] Bindungen folgen vielmehr als rechtsstaatliche Hypothek der Staatsgewalt dorthin, wo immer sich diese manifestiert, ob im Inland, im Ausland oder an einem Ort, der keiner staatlichen Hoheitsgewalt untersteht.“<sup>125</sup>

Für die „Jurisdiction“ und die damit einhergehende Bindung der teilnehmenden Mitgliedstaaten an die Menschenrechtskonventionen ist es also egal, in welcher Phase von EUNAVFOR MED die Mitgliedstaaten operieren: Entweder üben sie effektive Kontrolle über das Wasser,<sup>126</sup> über die Person<sup>127</sup> oder aber über das betroffene Schiff<sup>128</sup> aus. Aufgrund dieser Erwägungen ist eine umfassende Bindung an die genannten Menschenrechtsverträge zu bejahen.<sup>129</sup>

121 Hierzu im Allgemeinen *Wenzel*, Human Rights, Treaties, Extraterritorial Application and Effects, MPEPIL (online ed.); *Costa*, The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties, 2012. Bejahend für die EMRK grundlegend EGMR, Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urt. v. 23.2.2012, Rn. 76 ff. Bejahend für den IPbPR siehe IGH, Gutachten v. 9.7.2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Rn. 107 ff.; IGH, Urt. v. 19.12.2005, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, Rn. 215 ff.; bejahend für das CAT siehe Conclusions and recommendations of the Committee against Torture, UK, CAT/C/CR/33/3 v. 10.12.2004, Rn. 4(b); USA, CAT/C/USA/CO/2 v. 25.7.2006, Rn. 14 f.; Committee against Torture, General Comment No. 2 v. 24.1.2008, Rn. 7, 16.

122 Art. 1 EMRK („to everyone within their jurisdiction“), Art. 2 Abs. 1 IPbPR („to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction“), Art. 2 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 CAT („in any territory under its jurisdiction“).

123 Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 6.

124 Vgl. zu Art. 1 EMRK *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 634.

125 *Ibid.*

126 Dies wäre z.B. denkbar, wenn mit Einverständnis/UNSR-Resolution das Küstenmeer Libyens effektiv und umfassend kontrolliert werden würde. EGMR, Nr. 15318/89, *Loizidou v. Türkei*, Preliminary Objections v. 23.3.1995, Rn. 62, Merits v. 18.12.1996, Rn. 52, GK v. 28.7.1998, Rn. 25; EGMR, Nr. 25781/94, *Zypren v. Türkei*, Urt. v. 10.5.2001, Rn. 69 ff.; EGMR (GK), Nr. 52207/99, *Banković v. Belgien u.a.*, Urt. v. 12.12.2001, Rn. 67 ff.; EGMR (GK), Nr. 48787/99, *Ilaşcu u.a. v. Moldau und Russland*, Urt. v. 8.7.2004, Rn. 310 ff.

127 EGMR, Nr. 47708/08, *Jaloud v. Niederlande*, Urt. v. 20.11.2014, Rn. 152. So für Art. 2 IPbPR Human Rights Committee (CCPR), Nr. 52/79, *López Burgos v. Uruguay*, Auffassung v. 29.7.1981, Rn. 12; CCPR, Nr. 56/79, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Auffassung v. 29.7.1981, Rn. 10; CCPR, Nr. 106/81, *Montero v. Uruguay*, Auffassung v. 31.3.1983, Rn. 5. Für Art. 3 Abs. 1 CAT, vgl. UN Committee against Torture, CAT/C/41/D/323/2007 v. 21.11.2008, *J.H.A. v. Spanien*, Rn. 8.2.

128 EGMR, Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urt. v. 23.2.2012, Rn. 81.

129 So auch Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 4; *Costa*, (Fn. 121), S. 301; *Zimmermann/Jötten*, Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen, MRM 2010, S. 10.

Anzumerken ist des Weiteren, dass der EuGH keine Zuständigkeit hinsichtlich GSVP-Maßnahmen besitzt.<sup>130</sup> Folglich sind die nationalen Gerichte der teilnehmenden Staaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV aufgefordert, die nationalen Rechtsbehelfe zu schaffen.<sup>131</sup> Fraglich ist daran anschließend, ob mitgliedstaatliche Gerichte GASP-Maßnahmen, die nach Art. 275 AEUV außerhalb der EuGH-Zuständigkeit liegen, ihrerseits am Maßstab des Primärrechts und der für die EU verbindlichen Völkerrechtssätze kontrollieren dürfen bzw. müssen. Das normalerweise vom EuGH beanspruchte Verwerfungsmonopol kann für diese GASP-Maßnahmen nicht gelten.<sup>132</sup> Für eine solche gewissermaßen stellvertretende Jurisdiktion der mitgliedstaatlichen Gerichte spricht der EU-Verfassungswert der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV). Zudem kann auch der Wortlaut des Art. 275 AEUV selbst angeführt werden, der die Unzuständigkeit nur des EuGH normiert.<sup>133</sup> Aus diesem Grund sind die mitgliedstaatlichen Gerichte zuständig für eine derartige Kontrolle.<sup>134</sup>

Zudem ist nach dem soeben Gesagten eine Individualbeschwerde zum EGMR, zum CCPR und zum UN Committee against Torture gegen die Mitgliedstaaten möglich. Ob die Kontrolle der EMRK durch den EGMR durch die im Fall *Bosphorus*<sup>135</sup> entwickelte „*equivalent protection doctrine*“ insofern modifiziert ist, dass eine Vermutung hinsichtlich eines der EMRK gleichwertigen (prozessualen und materiellen) Menschenrechtsschutzes auf EU-Ebene besteht, erscheint nach dem Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt zweifelhaft.<sup>136</sup> Hinzu kommt, dass die prozessuale Gleichwertigkeit gerade hier problematisch erscheint, da der EuGH keine Zustän-

130 Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 6 EUV, Art. 275 AEUV.

131 Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 6.

132 So auch Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 58. EL Januar 2016, Art. 275, Rn. 13; Regelsberger/Kugelman, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 275, Rn. 11.

133 In diese Richtung geht auch Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 275, Rn. 3.

134 Ebenfalls bejahend Dörr, (Fn. 132), Art. 275, Rn. 12 f.; Regelsberger/Kugelman, (Fn. 132), Art. 275, Rn. 10.

135 EGMR, Nr. 45036/98, *Bosphorus v. Irland*, Urt. v. 20.6.2005, Rn. 155.

136 So kann auch EGMR, Annual Report 2014, 2015, S. 6 interpretiert werden: „*More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation.*“ Befürchtungen werden auch von Lock, schlägt das Imperium zurück? Die Straßburger Reaktion auf das EuGH-Gutachten zum EMRK-Beitritt, VerfBlog v. 31.1.2015, geäußert. Die Kammer-Entscheidung des EGMR, Nr. 5809/08, *Al-Dulimi v. Schweiz*, übertrug die *equivalent protection doctrine* auch auf das Verhältnis des UN-Systems zur EMRK. Dieser Ansicht ist EGMR (GK), Nr. 5809/08, *Al-Dulimi v. Schweiz*, Urt. v. 21.6.2016, insb. Rn. 149 nicht gefolgt; vielmehr wendet sie die „*Al-Jedda-Presumption*“ an – „*Accordingly, where a Security Council resolution does not contain any clear or explicit wording excluding or limiting respect for human rights in the context of the implementation of sanctions against individuals or entities at national level, the Court must always presume that those measures are compatible with the Convention. In other words, in such cases, in a spirit of systemic harmonisation, it will in principle conclude that there is no conflict of obligations capable of engaging the primacy rule in Article 103 of the UN Charter*“ (Rn. 140) – und führt einen neuen „*arbitrariness-test*“ ein (Rn. 150 f.). Siehe hierzu *Milanovic*, Grand Chamber Judgment in *Al-Dulimi v. Switzerland*, EJIL:Talk! v. 23.6.2016; *Peters*, The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber *Al-Dulimi*, EJIL:Talk! v. 30.6.2016.

digkeit bezüglich der Kontrolle von GSVP-Operationen hat. Falls die Doktrin dennoch vom EGMR angewendet wird, muss ein Beschwerdeführer die Vermutung widerlegen, d.h. belegen, dass der unionsrechtliche Schutz im konkreten Fall „manifestly deficient“ war. Im Falle einer Abkehr von der Doktrin bzw. bei Verneinung einer prozessualen Gleichwertigkeit<sup>137</sup> wird der EGMR eine umfassende Prüfung der EMRK-Konformität der Maßnahme vornehmen.

Im Folgenden werden nun die verschiedenen Menschenrechte, die die EU sowie die beteiligten Mitgliedstaaten im Rahmen der Operation EUNAVFOR MED beachten müssen, näher beleuchtet.

## II. Recht auf Leben

Das Recht auf Leben wird in Art. 2 GRCh, Art. 2 EMRK und Art. 6 IPbPR gewährleistet.

Bei Einschränkungen des Rechts auf Leben gemäß Art. 6 Abs. 1 IPbPR muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein, um nicht dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt zu sein.<sup>138</sup> Der Kampf gegen Schleuserkriminalität und Menschenhandel ist ein legitimer Zweck. Die ergriffenen Maßnahmen müssen zudem erforderlich und angemessen sein. Nicht-militärische Maßnahmen, wie zum Beispiel die strafrechtliche Verfolgung von Schleusern und Menschenhändlern, sind daher vorrangig zu ergreifen; das Zielen mit Waffen auf die potenziellen Täter hingegen ist unverhältnismäßig. Insgesamt sollte die Operation so ausgestaltet sein, dass niemand an Bord des Schiffes ist, wenn darauf gezielt wird.<sup>139</sup> Dies wird sich deshalb als schwierig bis unmöglich erweisen, weil einerseits vor dem Borden nicht sicher festgestellt werden kann, ob es sich um ein Schleuser- oder Fischerboot handelt und andererseits bei aufgenommener Fahrt die Flüchtlinge (meist ohne Schleuser) an Bord sind. Um die daher drohende Verletzung von Art. 6 IPbPR zu beseitigen, könnte die UN-Resolution 2240 (2015) in den Begriff „willkürlich“ hineingelesen werden.<sup>140</sup> Dennoch müssten auch dann die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Eine andere Möglichkeit wäre die Annahme, dass die UNSR-Resolution nach Art. 103 UNCh die Menschenrechtsbestimmungen verdrängt.<sup>141</sup> Dass dies vorliegend nicht beabsichtigt ist, ergibt sich bereits aus den Erwägungsgründen 8, 9 und Ziffern 12, 13 der Resolution 2240 (2015).

137 So bereits einmal geschehen, EGMR, Nr. 12323/11, *Michaud v. Frankreich*, Urt. v. 6.12.2012, Rn. 114.

138 *Lehmann*, (Fn. 54).

139 *Ibid.* Auch der Europäische Auswärtige Dienst sieht die Gefahr von Kollateralschäden, WikiLeaks Release v. 25.5.2015, [www.statewatch.org/news/2015/may/eu-military-refugee-plan-EUMC.pdf](http://www.statewatch.org/news/2015/may/eu-military-refugee-plan-EUMC.pdf) (23.11.2016), Rn. 13.

140 *Lehmann*, (Fn. 54), unter Verweis auf CCPR, Nr. 1472/06, *Sayadi v. Belgien*, Auffassung v. 22.10.2008, Rn. 10.7 zu einer UNSR als mögliche Rechtfertigung für einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 IPbPR; *Diehl*, Tanklasterbeschluss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs, HuV-I, 2010, S. 12.

141 *Lehmann*, (Fn. 54); siehe hierzu *Akande*, The Security Council and Human Rights: What is the role of Art. 103 of the Charter?, EJIL:Talk! v. 30.3.2009.

Art. 2 EMRK ist gleichfalls nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen einschränkbar: Entweder die Voraussetzungen der Tatbestandsausnahmen nach Art. 2 Abs. 2 EMRK sind einschlägig oder es wird um eine Abweichung im Notstandsfall nach Art. 15 EMRK ersucht. Ersteres wäre möglich, wenn sich die EU bzw. die Mitgliedstaaten auf Art. 2 Abs. 2 lit. b Alt. 1 EMRK („um jemanden rechtmäßig festzunehmen“) berufen. Diese Einschränkungsmöglichkeit kann bereits bei einer Flucht vor einer Identitätsfeststellung greifen, da diese Maßnahme der Vorbereitung einer Festnahme dient.<sup>142</sup> Dann muss aber auch hier die Maßnahme „unbedingt erforderlich“ sein, wobei die eben angeführten Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit zum Tragen kommen. Eine gezielte Tötung läuft der Festnahmeabsicht und Fluchtverhinderung zuwider, ist mithin ungeeignet und daher stets unverhältnismäßig.<sup>143</sup> Eine Abweichung entsprechend Art. 15 EMRK ist im Hinblick auf Art. 2 EMRK nur bei rechtmäßigen Kriegshandlungen erlaubt, Art. 15 Abs. 2 EMRK. Ohne an dieser Stelle auf diese Voraussetzungen einzugehen, ist jedenfalls das nach Art. 15 Abs. 3 EMRK erforderliche Verfahren nicht durchlaufen worden. Daher scheidet eine Abweichung nach Art. 15 EMRK aus.

Die Einschränkungskriterien des Art. 2 EMRK sind über die Transferklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh auch auf den nach Art. 51 Abs. 1 GRCh anwendbaren Art. 2 GRCh zu übertragen.<sup>144</sup>

EUNAVFOR MED muss daher im Rahmen der Einsatzregeln gewährleisten, dass das Leben der Flüchtlinge und auch der Schleuser und Menschenhändler nicht gefährdet ist. Eine Verhaftung Letzterer (dazu sogleich) ist vorrangig vorzunehmen, eine Tötung hingegen ist unverhältnismäßig, es sei denn die Schleuser/Menschenhändler setzen ihrerseits Waffen ein.

### III. Recht auf Freiheit

Wenn des Menschenhandels oder der Menschenschleusung verdächtige Personen von Marineeinheiten der EU-Mitgliedstaaten festgenommen werden, müssen ihre Rechte aus Art. 6 GRCh, Art. 5 EMRK und Art. 9 IPbpR gewahrt werden. Obwohl in den GASP-Beschlüssen – wohl aber in dem nicht öffentlich zugänglichen Operationsplan – nicht explizit geregelt ist, wer für die Festnahme und strafrechtliche Verfolgung zuständig ist, zeigen Berichte und Äußerungen insb. des Europäischen Auswärtigen Dienstes, dass verdächtige Personen zunächst an Bord des handelnden Marineschiffes

142 Frowein, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 2, Rn. 14.

143 EGMR (GK), Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u.a. v. Bulgarien*, UrT. v. 6.7.2005, Rn. 95 ff.; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 2 EMRK, Rn. 45.

144 Wolfgang, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 52 GRCh, Rn. 21; Calliess, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 133), Art. 2 GRCh, Rn. 20 f.; Schmidt, Der Schutz der Menschenwürde als „Fundament“ der EU-GRCh, ZEuS 2002, S. 645.

festgenommen und dann an die italienischen Behörden übergeben werden.<sup>145</sup> In diesem Fall müssen die oben genannten Rechte gewahrt werden. Problematisch ist hierbei die in Art. 5 Abs. 3 EMRK<sup>146</sup> und Art. 9 Abs. 3 IPbpr vorgesehene Pflicht, den Festgenommenen *unverzüglich* einem Richter vorzuführen. Dies kann insbesondere dann schwierig sein, wenn sich das Schiff auf Hoher See und damit weit entfernt von der nächsten tauglichen Anlaufstelle befindet.

Was genau mit „unverzüglich“ in diesem Sinne gemeint ist, hängt von den Umständen des Falles ab; der EGMR nimmt aber für Art. 5 Abs. 3 EMRK an, dass hier nur geringe Flexibilität besteht.<sup>147</sup> Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des EGMR gilt, dass eine Vorführung nach mehr als vier Tagen *prima facie* eine Verletzung darstellt.<sup>148</sup> Allerdings kann ausnahmsweise die Frist dann länger sein, wenn eine Festnahme auf Hoher See mit einem anschließenden Verbringen in einen Hafen vorliegt.<sup>149</sup> In diesem Fall können je nach Umständen 13-16 Tage noch „unverzüglich“ sein.<sup>150</sup>

Das CCPR geht in seinem General Comment No. 9 davon aus, dass eine Dauer von mehr als 48 Stunden nur in Ausnahmefällen noch als „unverzüglich“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 IPbpr angesehen werden kann und zudem einer besonderer Begründung bedarf.<sup>151</sup> Ob eine Festnahme auf Hoher See zu einem solchen Ausnahmefall zählt, wurde zwar vom CCPR noch nicht entschieden, kann aber mit den gleichen Erwägungen wie im EGMR-Fall *Medvedyev* bejaht werden.

Aus alledem folgt, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten bei Festnahme auf Hoher See eine unverzügliche Vorführung vor einem Richter gewährleisten müssen. Dafür haben sie, je nach Entfernung zum Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates (hier: Italien), maximal 13-16 Tage Zeit.

145 Pressemitteilung des EEAS v. 25.7.2016, EUNAVFOR MED: the Spanish frigate REINA SOFIA conducts a boarding operation, [http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/news/20160725\\_01\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/news/20160725_01_en.htm) (23.11.2016). Hiernach werden bislang 78 mutmaßliche Menschenhändler/-schleuser in Italien strafrechtlich verfolgt. Auch die Bundeswehr berichtet über Strafverfolgungen in Italien: Schleusungen auf der Mittelmeerroute – „Wir sind nur Fischer“, Pressemitteilung v. 14.7.2016.

146 Über Art. 52 Abs. 3 GRCh gelten die nachfolgenden Erwägungen zu Art. 5 Abs. 3 EMRK auch für Art. 6 GRCh, Erläuterungen zu Art. 6 GRCh, ABl. C 303 v. 17.12.2007, S. 19; *Callies*, (Fn. 144), Art. 6 GRCh, Rn. 4.

147 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 143), Art. 5 EMRK, Rn. 65.

148 *Ibid.*; EGMR, Nr. 11209/84, 11234/84, 11266/84 und 11386/85, *Brogan u.a. v. VK*, Urte. v. 29.11.1988, Rn. 59, 62; EGMR, Nr. 543/03, *McKay v. VK*, Urte. v. 3.10.2006, Rn. 33.

149 EGMR (GK), Nr. 3394/03, *Medvedyev u.a. v. Frankreich*, Urte. v. 29.3.2010, Rn. 130 ff.; *Meyer-Ladewig*, (Fn. 143), Art. 5 EMRK, Rn. 65.

150 *Ibid.*

151 CCPR, General Comment No. 35, CCPR/C/GC/35 v. 16.12.2004, Rn. 33.

## IV. Flüchtlingsrecht

*Federica Mogherini* erklärte vor dem UNSR: „*Let me explicitly assure the Security Council that no refugee[s] or migrants intercepted at sea will be sent back against their will. Their rights under the Geneva Convention [...] will be fully honoured.*“<sup>152</sup> Im Folgenden gilt es zu erörtern, welche Rechte dies sind und welche Auswirkungen sie auf EUNAVFOR MED haben.

### 1. Non-Refoulement-Grundsatz

Die Pflicht zur Entgegennahme und Prüfung der Anträge auf internationalen Schutz, die im Küstenmeer eines EU-Mitgliedstaats oder an dessen Land- und Seegrenzen gestellt werden, ergibt sich bereits aus Art. 3 Abs. 1 Verfahrens-RL.<sup>153</sup> Diese Verpflichtung ist eine einfachrechtliche Ausformung des völkerrechtlichen Refoulement-Verbots aus Art. 33 GFK: Hiernach ist eine Ausweisung, Zurückweisung, Abschiebung oder Auslieferung einer Person in einen Staat verboten, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit wegen bestimmter Verfolgungsgründe bedroht sein würde.<sup>154</sup> Das auch völkergewohnheitsrechtlich geltende Verbot<sup>155</sup> gibt zwar kein generelles Recht auf internationalen Schutz, aber eine grundsätzliche Pflicht zur vorübergehenden Aufnahme zum Zwecke der Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz.<sup>156</sup> Das Recht, diesen Schutz zu beantragen, steht sowohl geschleusten Personen als auch Opfern von Menschenhandel zu.<sup>157</sup>

Die EU ist – obwohl nicht selbst Vertragspartei der GFK – über Art. 18 GRCh und Art. 78 Abs. 1 Satz 2 AEUV an das Refoulement-Verbot des Art. 33 Abs. 1 GFK gebunden.<sup>158</sup> Dieses Verbot gilt implizit auch über Art. 19 Abs. 2, Art. 2, 4, 5 GRCh. Für die Mitgliedstaaten gilt es zudem direkt über Art. 33 Abs. 1 GFK. Weiterhin leitet der EGMR implizite Refoulement-Verbote für die Vertragsstaaten daraus ab, dass diese eine Schutzpflicht vor Verletzungen von EMRK-Rechten im Zielstaat trifft. Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Schutzpflicht besonders hinsichtlich

152 UN-Sicherheitsrat, Meeting No. 7439 v. 11.5.2016, S/PV.7439, S. 3.

153 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 45.

154 *Ibid.*

155 Declaration of States Parties to the 1951 Refugee Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/MMSP/2001/09 v. 13.12.2001, Rn. 4; *Kálin*, Aliens, Expulsion and Deportation, MPEPIL (online ed.), Rn. 13.

156 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 46; Art. 9 und Art. 46 Abs. 5 Verfahrens-RL.

157 *Gallagher/David*, (Fn. 110), S. 158 f.; *Gallagher*, The International Law of Human Trafficking, 2010, S. 198 f.

158 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 2010, Anh. 1, Art. 18 GRCh; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 133), Art. 18 GRCh, Rn. 2.

Art. 3 EMRK,<sup>159</sup> aber auch für Art. 2 EMRK,<sup>160</sup> Art. 6 EMRK,<sup>161</sup> Art. 8 EMRK<sup>162</sup> und Art. 34 EMRK.<sup>163</sup> Diese Verbote greifen auch auf Hoher See, sofern der Flaggenstaat Hoheitsgewalt ausübt. Hierfür genügt es bereits, wenn Flüchtlinge an Bord eines Schiffes genommen werden.<sup>164</sup> Zudem werden aus Art. 3 Abs. 1 CAT, sowie Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 IPbPR implizite Refoulement-Verbote abgeleitet.<sup>165</sup> Teilweise wird das Refoulement-Verbot bei drohender Verletzung elementarster Menschenrechte auch als *ius cogens* angesehen.<sup>166</sup>

Das Verbringen an einen sicheren Ort im Rahmen der Seenotrettung stellt eine Handlung dar, die am Refoulement-Verbot zu messen ist.<sup>167</sup> Dies bedeutet vorliegend, dass bei Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz an Bord eines Schiffes der Operation EUNAVFOR MED eine Pflicht zur Antragsprüfung besteht. Mithin müssen dann auch Verfahrensrechte gewährt werden.<sup>168</sup> An Bord eines Schiffes ist dies jedoch nur begrenzt möglich. Als Konsequenz führen die Refoulement-Verbote faktisch dazu, dass die Antragsteller ein Recht auf Aufnahme zwecks Antragsprüfung durch einen EU-Mitgliedstaat haben.

## 2. Verfahrensrechtlicher Schutz in Bezug auf die Ausweisung ausländischer Personen

Alle EU-Mitgliedstaaten sind Vertragsparteien des IPbPR und damit auch an dessen Art. 13 gebunden. Dieser regelt die Voraussetzungen für eine Ausweisungsentscheidung eines Ausländers. Allerdings findet die Regelung nur auf solche Ausländer Anwendung, die sich bereits *rechtmäßig* im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhalten. Nicht erfasst werden demnach Flüchtlinge, die illegal die Grenze überqueren

159 EGMR, Nr. 14038/88, *Soering v. VK*, Urt. v. 7.7.1989, Rn. 81 ff.; EGMR, Nr. 15576/89, *Cruz Varas u.a. v. Schweden*, Urt. v. 20.3.1991, Rn. 69 f.; EGMR, Nr. 13163/87, *Vilvarajah u.a. v. VK*, Urt. v. 30.10.1991, Rn. 102 f.; EGMR, Nr. 22414/93, *Chahal v. VK*, Urt. v. 15.11.1996, Rn. 73 f.

160 Z.B. EGMR, Nr. 41015/04, *Kaboulov v. Ukraine*, Urt. v. 19.11.2009, Rn. 99 m.w.N.; *Meyer-Ladewig*, (Fn. 143), Art. 2 EMRK, Rn. 19; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 5. Aufl. 2012, S. 149, Rn. 5.

161 Z.B. EGMR, Nr. 14038/88, *Soering v. VK*, Urt. v. 7.7.1989, Rn. 113.

162 Z.B. EGMR, Nr. 12313/86, *Moustaquim v. Belgien*, Urt. v. 18.2.1991, Rn. 35 ff.; EGMR, Nr. 54273/00, *Boutif v. Schweiz*, Urt. v. 2.8.2001, Rn. 39 f.; EGMR, Nr. 53441/99, *Benhabba v. Frankreich*, Urt. v. 10.7.2003, Rn. 25; EGMR, Nr. 48321/99, *Slivenko v. Lettland*, Urt. v. 9.10.2003, Rn. 93 ff.

163 EGMR, Nr. 46827/99 und 46951/99, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, Urt. v. 4.2.2005, Rn. 108 ff.

164 EGMR (GK), Nr. 3394/03, *Medvedyev u.a. v. Frankreich*, Urt. v. 29.3.2010, Rn. 62 ff.; EGMR, Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urt. v. 23.2.2012, Rn. 81 ff.

165 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 45; *von Arnould*, (Fn. 15), Rn. 782.

166 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 46; *Doehring*, Die Verletzung der Menschenwürde und erniedrigende Behandlung als Ausweisungs- und Auslieferungshindernis, in: Hailbronner/Klein (Hrsg.), Einwanderungskontrolle und Menschenrechte, 1999, S. 211.

167 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 39 f.

168 So auch Art. 9 Verfahrens-RL; *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 49, 51.

wollen bzw. überquert haben.<sup>169</sup> Dies gilt ebenso für Art. 1 Protokoll Nr. 7 zur EMRK.<sup>170</sup> Die Verfahrensvorschriften aus Art. 41, 47 GRCh und Art. 13 EMRK sind hingegen einzuhalten.

### 3. Verbot von Kollektivausweisungen

Art. 4 Protokoll Nr. 4 zur EMRK und Art. 19 Abs. 1 GRCh verbieten Kollektivausweisungen. Dies sind solche, bei denen eine Einzelfallprüfung nicht stattfindet und Personengruppen nach generellen Kriterien mit einer einzigen Maßnahme ausgewiesen werden.<sup>171</sup> Keine Kollektivausweisungen stellen Ausweisungen dann dar, wenn sie auf individualisierten Begründungen beruhen.<sup>172</sup> Für Griechenland und das Vereinigte Königreich, die das Protokoll Nr. 4 nicht ratifiziert haben,<sup>173</sup> ist umstritten, ob das Verbot der Kollektivausweisung über Art. 19 GRCh bei Ausführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh wegen der Transferklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh Anwendung finden kann.<sup>174</sup> Zumindest alle anderen an EUNAVFOR MED teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie die EU müssen gewähren, dass an Bord genommene Flüchtlinge nicht kollektiv und ohne Einzelfallprüfung nach Libyen zurückgebracht oder ausgewiesen werden.

### V. Recht auf Eigentum

Bei Zerstörung der Schleuserboote muss zudem das Recht auf Eigentum nach Art. 1 Protokoll Nr. 1 zur EMRK beachtet werden.<sup>175</sup> Für eine diesbezügliche Einschränkung ist eine gesetzliche Grundlage sowie die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich. Die UN-Resolution 2240 (2015) sowie die GSVP-Beschlüsse können als eine solche Rechtsgrundlage dienen. Dennoch ist unklar, wie die Schleuserboote identifiziert werden können. Jedenfalls muss eine klare Abgrenzung

169 Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2010, S. 217, Rn. 489.

170 Ibid.; Frowein, (Fn. 142), Art. 1 ZP 7, Rn. 2; Zimmermann/Elberling, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 27, S. 1857. Das Protokoll Nr. 7 wurde von allen EU-Mitgliedstaaten bis auf Deutschland, die Niederlande und das Vereinigte Königreich ratifiziert (Stand März 2016), vgl. Council of Europe, Details of Treaty No. 117.

171 Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), GRCh, 4. Aufl. 2014, Art. 19 GRCh, Rn. 14; Frowein, (Fn. 142), Art. 4 ZP 4, Rn. 1.

172 Zimmermann/Elberling, (Fn. 170), S. 1859 unter Hinweis auf EGMR, Nr. 45917/99, *Andric v. Schweden*, Urt. v. 23.2.1999, Rn. 1; EGMR, Nr. 51564/99, *Conka v. Belgien*, Urt. v. 5.2.2002, Rn. 58; EGMR, Nr. 45223/05, *Sultani v. Frankreich*, Urt. v. 20.9.2007, Rn. 83. Keine individuelle Prüfung und damit eine Verletzung von Art. 4 Protokoll Nr. 4 zur EMRK fand insb. in folgenden Fällen statt: EGMR, Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urt. v. 23.2.2012, Rn. 166 ff.; EGMR, Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a. v. Italien*, Urt. v. 1.9.2015 (momentan anhängig vor der GK), Rn. 153 ff. Siehe zum letztgenannten Urteil auch Schmitt, Analyse des EGMR-Urteils „Khlaifia and Others v. Italy“, Jean Monnet Saar Blog, Saar Brief, Update v. 16.2.2016.

173 Council of Europe, Details of Treaty No. 046, August 2016.

174 Siehe hierzu ausführlich Schmitt, ZEuS-Sonderband, (Fn. 1).

175 Meijers Committee, (Fn. 23), Pkt. 5.

zu „normalen“ Fischerbooten erfolgen, um nicht dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt zu sein.<sup>176</sup> Zudem muss eine etwaige Kompensation gezahlt werden,<sup>177</sup> es sei denn es handelt sich um ein Verbrechenwerkzeug.<sup>178</sup>

## VI. Recht, ein Land zu verlassen

Bei Aufgreifen von Flüchtlingen auf dem Mittelmeer und Zurückbringen in das Land, von dem aus das Boot gestartet ist, könnte auch das Recht, ein Land, einschließlich das eigene Herkunftsland, verlassen zu können, einschlägig sein.<sup>179</sup> Ein solches Recht gewähren Art. 12 Abs. 2 IPbPR, Art. 2 Abs. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK und weitere Abkommen.<sup>180</sup> Dabei ist dieses Recht an das betreffende „Ausreiseland“ adressiert, das folglich grundsätzlich niemanden daran hindern darf zu gehen.<sup>181</sup> Ganz unzweifelhaft kann daraus aber niemand das Recht ableiten, in ein anderes Land einreisen zu dürfen.<sup>182</sup> Eine solch ungenehmigte Einreise darf dann auch verhindert werden, selbst wenn das im Ergebnis dazu führt, dass die betreffende Person ihr Land nicht verlassen kann. Die Anwendung von militärischer Gewalt ist jedoch grundsätzlich kein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel.<sup>183</sup>

## VII. Opferschutz

Der EGMR hat in seinem „Rantsev“-Urteil die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Identifizierung und Unterstützung von Opfern von Menschenhändlern aus Art. 4 EMRK festgestellt.<sup>184</sup> Die Vertragsstaaten treffen im Rahmen von Art. 4 EMRK positive Verpflichtungen den Opfern gegenüber, wie insbesondere einen angemessenen

176 Ibid.

177 Ibid., Pkt. 7.V; Meyer-Ladewig, (Fn. 143), Art. 1 ZP 1, Rn. 40 ff.; Peukert, in: Frowein/Peukert, (Fn. 142), Art. 1 ZP 1, Rn. 68 ff.; Grabenwarter, ECHR, 2014, Art. 1 Protocol No. 1, Rn. 18 ff.

178 Peukert, (Fn. 177), Art. 1 ZP 1, Rn. 73.

179 Hierzu Markard, Das Recht auf Ausreise zur See, AVR 2014, S. 449 ff.

180 Art. 13 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948; Art. 5 lit. d sublit. ii) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966; Art. 10 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes von 1989; Art. 8 Abs. 1 der Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990.

181 Siehe hierzu Schabas, ECHR, 2015, Part Four: Protocol No. 4, S. 1064 f.; Grabenwarter, ECHR, 2014, Art. 2 Protocol No. 4, Rn. 9. Im vorliegenden Fall richtet sich das Recht also insbesondere gegen Libyen, das nicht verhindern darf, dass eine Person das Land wieder verlässt. Allerdings sind Einschränkungen nach Art. 2 Abs. 3 Protokoll Nr. 4 zur EMRK, Art. 12 Abs. 3 IPbPR möglich.

182 Grabenwarter, (Fn. 181), Art. 2 Protocol No. 4, Rn. 6; Meyer-Ladewig, (Fn. 143), Art. 2 ZP 4, Rn. 3; CCPR, General Comment No. 27, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.9 v. 2.11.1999, Rn. 4.

183 Lehmann, (Fn. 54); Gallagher/David, (Fn. 110), S. 151 ff.

184 EGMR, Nr. 25965/04, Rantsev v. Zypern und Russland, Urt. v. 7.1.2010, Rn. 288 f. Siehe hierzu ausführlich Piotrowicz, States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings, Int. Journal of Refugee Law 24 (2012), S. 181 ff.

rechtlichen und administrativen Rahmen zu schaffen, Schutzmaßnahmen zu ergreifen und Menschenhandel prozessual effektiv zu untersuchen. Diese Verpflichtungen ergeben sich zudem auch aus dem Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels<sup>185</sup> sowie der Richtlinie 2011/36/EU. Hierzu gehört eine angemessene Schulung der mit potenziellen Opfern von Menschenhändlern in Berührung kommenden Bediensteten.<sup>186</sup> Die Pflicht zum Schutz besteht, wenn die zuständige Behörde Umstände kannte oder hätte kennen müssen, die den glaubhaften Verdacht begründen, dass eine Person in der Gefahr war oder ist, Opfer von Menschenhandel zu werden.<sup>187</sup> Die Behörde muss dann alles ihr Mögliche tun, um die Person aus der Gefahr zu befreien.<sup>188</sup> In Art. 5 Abs. 3 GRCh ist das Verbot des Menschenhandels ausdrücklich normiert. Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass nach Art. 52 Abs. 3 GRCh die Gewährleistungen des Art. 5 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie die des Art. 4 EMRK.<sup>189</sup> Die Schutzpflichtdimension des Art. 5 Abs. 3 GRCh beinhaltet folglich die gleichen verfahrensrechtlichen Pflichten wie Art. 4 EMRK.<sup>190</sup>

Opfer von Menschenhandel, die von EUNAVFOR MED aufgegriffen werden, müssen daher nach Art. 4 EMRK, Art. 10 Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels, Art. 5 Abs. 3 GRCh und Art. 11 ff. der Richtlinie 2011/36/EU identifiziert werden, um sie einerseits gemäß den Anforderungen versorgen zu können und andererseits Informationen für eine strafrechtliche Verfolgung der Menschenhändler zu erlangen. Daher ist eine Registrierung und Befragung aller Aufgegriffenen unabdingbar. Nur so kann festgestellt werden, ob eine Person Opfer von Menschenhandel geworden ist oder aber sich freiwillig in die Hände von Menschenschleusern begeben hat.

#### D. Weitere völkerrechtliche Anforderungen

Im Erwägungsgrund 6 des Einrichtungsbeschluss der Operation EUNAVFOR MED 2015/778 wird der internationalen Gemeinschaft zugesichert, dass die Operation im Einklang mit dem Völkerrecht durchgeführt wird. Neben den bereits unter B. und C. behandelten Anforderungen des Völkerrechts wird die Übereinstimmung mit den einschlägigen Bestimmungen des Zusatzprotokolls Schleusung, des Zusatzprotokolls Menschenhandel, des SOLAS-Übereinkommens sowie des SAR-Übereinkommens

185 Siehe hierzu *Scarpa*, Trafficking in human beings: Modern slavery, 2008, S. 149 ff. unter Hinweis auf Art. 10-17.

186 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 143), Art. 4 EMRK, Rn. 8.

187 *Ibid.*, Rn. 9; *Grabenwarter/Pabel*, (Fn. 160), S. 187, Rn. 59; *Lindner*, Anspruch auf umfassenden Schutz vor Menschenhandel nach Art. 4 EMRK, ZAR 2010, S. 140 f. unter Klarstellung einer normativen, operativen, prozeduralen und transnationalen Dimension der Verpflichtungen.

188 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 143), Art. 4 EMRK, Rn. 9. Die Pflicht ergibt sich auch aus Art. 10 Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels.

189 Erläuterung Nr. 1 zu Art. 5 GRCh, ABl. C 303 v. 17.12.2007, S. 19.

190 *Borowsky*, in: *Meyer*, (Fn. 171), Art. 5 GRCh, Rn. 41; *Jarass*, GRCh, 2. Aufl. 2013, Art. 5 GRCh, Rn. 2, 6.

garantiert. Im Folgenden sollen die Kernelemente der genannten Abkommen kurz dargestellt werden.

### **I. Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg**

Zweck des Zusatzprotokolls Schleusung ist es gemäß dessen Art. 2, die Schleusung von Migranten zu verhüten und zu bekämpfen sowie die diesbezügliche Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten zu fördern und dabei gleichzeitig die Rechte der geschleusten Migranten zu schützen. Alle EU-Mitgliedstaaten und auch die EU selbst sind Vertragsparteien.<sup>191</sup> Insbesondere wichtig erscheint vorliegend Art. 5, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Migranten für die Inanspruchnahme der Schleuser ausschließt. Art. 6 verpflichtet die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung der dort genannten Schleuseraktivitäten. Art. 8 befasst sich mit den Maßnahmen gegen die Schleusung von Migranten auf dem Seeweg. Hinsichtlich der dort geregelten Voraussetzungen an eine Anhalte- bzw. Durchsuchungs-Genehmigung des Flaggenstaates kann nach oben verwiesen werden.<sup>192</sup> In weiteren Artikeln finden sich Schutzvorschriften zugunsten von Migranten (insbesondere Art. 9, 15, 16).

### **II. Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels**

Ziel des Zusatzprotokolls Menschenhandel ist es entsprechend dessen Art. 2, den Menschenhandel zu verhüten und zu bekämpfen (wobei Frauen und Kindern besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird), die Opfer des Menschenhandels zu schützen und ihnen zu helfen sowie die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten zur Verwirklichung dieser Ziele zu fördern. Auch hier sind alle EU-Mitgliedstaaten und die EU Vertragsparteien.<sup>193</sup> Art. 5 fordert die Kriminalisierung des Menschenhandels durch die Vertragsparteien. Der EMRK-rechtliche Opferschutz wurde bereits beschrieben.<sup>194</sup> Ergänzende und spezifizierende Ausgestaltungen befinden sich in Kapitel II des Zusatzprotokolls Menschenhandel (Art. 6 ff.). Interessant ist Art. 7 Abs. 1, der den Opfern ein Bleiberecht im Hoheitsgebiet des betreffenden Staates in Aussicht stellt. Wie bereits erörtert, müssen die EU und die teilnehmenden Vertragsstaaten von EUNAVFOR MED sicherstellen, dass ein Flüchtling als Opfer von Men-

191 Protokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg, in Ergänzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, Resolution der UN-Generalversammlung 55/25 v. 15.11.2000; in Kraft seit 2003, mittlerweile für 112 Parteien (inkl. der EU).

192 B.II.1.

193 Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, Resolution der UN-Generalversammlung 55/25 v. 15.11.2000; in Kraft seit 2003, mittlerweile für 117 Parteien (inkl. der EU).

194 C.VII.

schenhandel erkannt wird, um auch die in dem Zusatzprotokoll Menschenhandel normierten Vorschriften einzuhalten.

### III. SOLAS- und SAR-Übereinkommen

Das SOLAS-Übereinkommen ist dem Schutz des menschlichen Lebens auf See gewidmet. Die materiellen Vorschriften des 1998 maßgeblich geänderten Abkommens befinden sich in der Anlage, die in 12 Kapitel untergliedert ist. Dabei werden hauptsächlich technische Anforderungen an bestimmte Schiffe normiert, um hierüber die Sicherheit auf See zu gewährleisten. Nur Kapitel 5 findet auf alle Schiffe Anwendung. Das SAR-Übereinkommen und seine Anlage befassen sich ebenfalls mit dem Schutz von Menschenleben auf See, allerdings speziell mit den Anforderungen an Such- und Rettungsdienste der Küstenstaaten.

Beide von allen EU-Mitgliedstaaten ratifizierten Abkommen<sup>195</sup> beinhalten, ähnlich Art. 98 SRÜ, die Verpflichtung, Menschen in Seenot zu helfen und Überlebende an einen sicheren Ort zu bringen.<sup>196</sup> Zudem gibt es eine diesbezügliche Richtlinie der International Maritime Organization (IMO)<sup>197</sup> sowie Beschlüsse des UNHCR.<sup>198</sup> Die Pflicht, die notwendigen Überwachungs-, Kommunikations- und Operationsmaßnahmen zu ergreifen und Vereinbarungen zu treffen, um die Seenotrettung entlang der Küsten zu gewährleisten, beschränkt sich nicht auf das Küstenmeer der Staaten, sondern geht darüber hinaus.<sup>199</sup>

Zu diesem Zweck werden die der EUNAVFOR MED zugewiesenen Schiffe bereit stehen und ausgestattet sein, um die entsprechenden Aufgaben unter der Koordinierung der zuständigen Rettungsleitstelle wahrzunehmen (Erwägungsgrund 6 des Beschlusses 2015/778).

#### E. Ergebnis: hohe Anforderungen an eine fragwürdige Operation

EUNAVFOR MED verspricht, mit dem Völkerrecht in Einklang zu stehen. Um diesem Versprechen gerecht zu werden, müssen verschiedenste Voraussetzungen erfüllt sein.

Schon in Phase 1 sind die Freiheit der Schifffahrt auf Hoher See und die Seenotrettung zu gewähren. Bereits bei der Bestimmung des sicheren Hafens ist eine Bindung sowohl der EU als auch der teilnehmenden Mitgliedstaaten an die Menschenrechte zu

195 Siehe die IMO-Dokumentation SOLAS, <https://imo.amsa.gov.au/public/parties/solas74.html> (23.11.2016), und SAR, <https://imo.amsa.gov.au/public/parties/sar79.html> (23.11.2016). Eine Übersicht über die vielzähligen Änderungen ist unter [www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202016.pdf](http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202016.pdf) (23.11.2016) abrufbar.

196 SOLAS, Anlage, Kap. V, Regel 7, Abs. 1; SAR, Anlage, Regeln 1.3.2. und 2.1.10.

197 IMO, Maritime Safety Committee, Resolution MSC. 167(78) aus 2004, Annex 34.

198 Z.B. Beschluss Nr. 38 (XXXVI) zur Rettung von in Seenot geratenen Asylsuchenden; Beschluss Nr. 97 (LIV) über Schutzgarantien bei Aufgriffsmaßnahmen.

199 *Weinzierl/Lisson*, (Fn. 19), S. 36.

beachten. In Phase 2 Teil 1 sind zudem die Hoheitsgewalt des Flaggenstaates, das Interventions- und das Gewaltverbot sowie die damit einhergehenden Voraussetzungen des Art. 110 SRÜ bzw. diejenigen der UNSR-Resolution 2240 (2015) – bei Unterstellung ihrer Gültigkeit – zu berücksichtigen. Auch in Phase 2 Teil 2 und Phase 3 werden tragende völkerrechtliche Prinzipien wie die Staatensouveränität, das Interventionsverbot, die territoriale Integrität und das Gewaltverbot tangiert. Daher ist an dieser Stelle besondere Achtsamkeit geboten.

Hinzu kommt, dass in allen Phasen sowohl die EU als auch die teilnehmenden Mitgliedstaaten an verschiedene Menschenrechtsregime gebunden sind. Sie müssen vor allem das Recht auf Leben, Rechte in Zusammenhang mit dem Flüchtlingsschutz, das Eigentumsrecht, das Recht, ein Land zu verlassen sowie die Rechte von Opfern des Menschenhandels gewährleisten. Zudem besteht die Bindung an weitere völkerrechtliche Abkommen, wie das Zusatzprotokoll Schleusung, das Zusatzprotokoll Menschenhandel, das SOLAS- und das SAR-Übereinkommen.

Diese Untersuchung zeigt, dass EUNAVFOR MED in einem Spannungsverhältnis zu Normen verschiedenster Konventionen und Übereinkommen steht. Da die genauen Einsatzregeln nicht öffentlich zugänglich sind, ist es an dieser Stelle nur möglich aufzuzählen, welche Voraussetzungen einzuhalten sind, nicht hingegen, ob diese auch tatsächlich eingehalten werden. Das Spannungsverhältnis ist auch deshalb problematisch, weil militärische Operationen (mit fragwürdigem Erfolg) in *failed states* wie Libyen für zusätzliche Spannungen sorgen können.

Zu rechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich des militärischen Kampfes der EU gegen Menschenhändler und -schleuser gesellen sich auch moralische Bedenken.

Aufgrund der spezifischen Funktionsweise der Schleusung bewirken Phase 1 und Phase 2 Teil 1 – also die gegenwärtige Operation – mehr Seenotrettung als Bekämpfung von Menschenhändlern und -schleusern.<sup>200</sup> Daran ist natürlich prinzipiell nichts auszusetzen, nur bedarf es hierfür nicht einer Militäraktion. Vielmehr könnten die Mittel gleich in „*Search and Rescue*“-Operationen investiert werden. Es stellt sich nämlich die Frage, ob man die vorhandenen Ressourcen direkt für die Rettung von Menschenleben oder aber für militärische Missionen und damit Abschreckung einsetzen möchte. Es wird vor diesem Hintergrund von der Verlagerung von Prioritäten gesprochen.<sup>201</sup> Die EU mobilisiere alle Maßnahmen, um sich selbst zu schützen, nicht um die Flüchtlinge zu schützen.<sup>202</sup> Ist der Krieg gegen Schleuser in Wahrheit ein Krieg gegen Flüchtlinge? Die zukünftigen Entwicklungen und Erweiterungen der Mission – Ausbildung der libyschen Küstenwache und der Durchsetzung eines UN-Waffenembargos – werden zeigen, wo die Prioritäten von EUNAVFOR MED tatsächlich liegen.

200 Zu diesem Ergebnis kommt auch der umfassende Bericht des House of Lords v. 13.5.2016, Operation Sophia, [www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lddeucom/144/144.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lddeucom/144/144.pdf) (23.11.2016), Rn. 67 f.

201 Gebauer, Schlepper-Jagd im Mittelmeer: Bundeswehr rettet unter EU-Kommando weniger Flüchtlinge, Spiegel online v. 24.9.2015.

202 So auch Fink, (Fn. 73).

Die Zeitspanne, in der Schleuserboote als solche identifiziert werden können, gleichzeitig aber die Flüchtlinge noch nicht an Bord sind, ist sehr kurz.<sup>203</sup> Deswegen wird die Operation darauf hinauslaufen, dass die militärische Präsenz so nahe wie möglich an die libysche Küste herankommt.<sup>204</sup> Für die dies ermöglichenden Phasen 2 Teil 2 und 3 ist jeweils eine weitere UNSR-Resolution bzw. die Zustimmung Libyens erforderlich. *Federica Mogherini* hat im Mai 2015 noch versucht zu vermitteln, die Operation würde nicht zu „*boots on the grounds*“ in Libyen führen,<sup>205</sup> allerdings wird zwangsläufig genau dies die Konsequenz sein.<sup>206</sup>

Die hier beschriebene Bekämpfung von Menschenhändlern und -schleusern stellt eine schlichte Symptombekämpfung dar. Wie bereits zu Beginn beschrieben, ist dieser Kampf eingegliedert in den *Comprehensive Approach* der EU, der auch die Ursachenbekämpfung fokussiert. Jedoch ist diese Symptombekämpfung bis zum Eintritt in die Phase 2 Teil 2 ineffektiv, weil die Netzwerke der Menschenhändler und -schleuser nur in unmittelbarer Küstennähe wirksam zerlegt werden können. Da es keine militärische Lösung dafür gibt, dass Menschen vor Krieg und Armut fliehen,<sup>207</sup> werden nur „*Root-Solutions*“ den Zustrom der Flüchtlinge in die EU dauerhaft bändigen und damit das Geschäft für Menschenschleuser tatsächlich unattraktiv machen.<sup>208</sup> EUNAVFOR MED wird die Flüchtlinge nicht davon abhalten, sich in die Hände von Menschenschleusern zu begeben: Es gibt zu wenige legale Einwanderungswege, daher sind die Schleuser oftmals ihre einzige Chance. Wird denen das Geschäft erschwert, so werden alternative, vielleicht längere und gefährlichere Routen gefunden, der Preis wird steigen und viele Flüchtlinge werden in Libyen gefangen sein. Hierdurch wird das Leiden der Flüchtlinge nicht gemindert, sondern verstärkt.<sup>209</sup>

Auch die Umbenennung der Mission in Operation Sophia hat einen bitteren Beigeschmack. Es soll der Militäroperation hierdurch wohl eine „menschliche“ und „weiche“ Erscheinung und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit gegeben werden – angesichts der Zwecksetzung und des Spannungsverhältnisses zu diversen menschenrechtlichen Vorschriften eine zynische Angelegenheit. Unter dem Stichwort „Zynismus“ ist auch der folgende Satz eines Schleusers einzuordnen: „*One of the reasons why [Libyan] fish is expensive is the lack of fishing boats going out to sea to fish.*“<sup>210</sup> Durch die Fischereipolitik der EU ist auch sie direkt in die Entstehung von Fluchtursachen involviert.<sup>211</sup> Der massive Arbeitsplatzverlust der lokalen Fischer kommt

203 Siehe den Bericht über das Schleuser-Geschäft von *Kingsley*, (Fn. 57).

204 *Lehmann*, (Fn. 54).

205 *Neslen*, EU to launch Mediterranean naval mission to tackle migrant crisis, *The Guardian* v. 18.5.2015.

206 So auch *Lehmann*, (Fn. 54).

207 *Kingsley*, Libya's people smugglers: military action won't stop this multifaceted trade, *The Guardian* v. 10.5.2015. Auch UN-Sekretär *Ban Ki Moon* ist dieser Ansicht, *Binnie/King*, No military solution to boat migrant crisis: U.N. chief to paper, *Reuters* v. 26.4.2015.

208 *Hathaway*, Moving Beyond the Asylum Muddle, *Verfassungsblog* v. 14.9.2015.

209 So auch *Fink*, (Fn. 73).

210 *Kingsley*, (Fn. 57).

211 *Forum Menschenrechte*, (Fn. 23), S. 13; *Buckel*, *Welcome to Europe*, 2013, S. 179 ff.

„wie ein Bumerang“ in die EU zurück.<sup>212</sup> Daher ist es zu einfach, allein die Schleuser als Sündenböcke anzusehen. Vielmehr könnte man EUNAVFOR MED und den Kampf gegen Schleuser und Menschenhändler in der jetzigen Phase fast schon als Aktionismus bezeichnen.

Dass auch die EU andere (effektivere) Wege sucht, um die Attraktivität des Schleusergeschäfts zu verringern, zeigt die aktuelle Kooperation mit der Türkei. Aber auch diese birgt allerlei rechtliche Bedenken. Es ist selbstverständlich immer einfacher, Lösungsansätze zu kritisieren, anstatt eigene Alternativen aufzuzeigen. Dennoch war es selten so einfach, die EU und ihre Maßnahmen zu kritisieren, wie in der aktuellen Flüchtlingskrise.

212 *Buckel*, (Fn. 211), S. 182.