

## 2. Zurechnung potenziell völkerrechtswidriger Handlungen über DARIO

Potenzielle völkerrechtswidrige Handlungen sind den internationalen Organisationen über Art. 6 DARIO oder aber über die Art. 14ff. DARIO als Beihilfehandlung zuzurechnen. Dies eröffnet aufgrund der fehlenden Qualifikation als Völker gewohnheitsrecht zumindest *de lege ferenda* die Möglichkeit der Verantwortlichkeit der internationalen Organisationen auch unterhalb der Verletzungsschwelle.<sup>162</sup>

## B. Jurisdiktion und öffentlich-rechtlicher Gewaltbegriff

Im folgenden Abschnitt wird zunächst der Jurisdiktionsbegriff in extraterritorialem,<sup>163</sup> menschen- und flüchtlingsrechtlichem Kontext geklärt (dazu I.) und dann die Jurisdiktion europäischer Gerichte im Migrationsmanagement überprüft (dazu II. und III.). In diesem Zusammenhang findet schließlich eine Zuspritzung auf das Problem des öffentlich-rechtlichen Gewaltbegriffs statt (dazu IV.).

### I. Jurisdiktionsbegriff

Insbesondere über den Nutzen und die Notwendigkeit des Begriffs für die Verantwortlichkeit von Verstößen gegen Menschen- und Flüchtlingsrechte herrscht Uneinigkeit.<sup>164</sup> Dabei finden sich Argumente zu der fehlenden Notwendigkeit der Jurisdiktion,<sup>165</sup> über die Skepsis bezüglich eines verallgemeinernden Konzepts in Bezug auf die verschiedensten menschen- und flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen<sup>166</sup> bis hin zu Autor:innen, die die Jurisdiktion als Grundlage für das Verhältnis zwischen Menschenrechtsberechtigten und -verpflichteten sehen.<sup>167</sup>

Nach völkerrechtlichen Grundsätzen<sup>168</sup> unterliegen alle Personen, die sich auf dem Territorium des Staates befinden, auch seiner Jurisdiktion. Territorialität generiert in diesem Zusammenhang aber nur die widerlegbare Vermutung für die Existenz einer Verbindung zwischen Individuum und Staat. Diese fehlt von vornherein in extraterritorialen Situationen wie dem europäischen Migrationsma-

<sup>162</sup> Für die sekundäre Verantwortlichkeit von internationalen Organisationen siehe ebenda, S. 39.

<sup>163</sup> Zur Extraterritorialität ausführlich *Jankowska-Gilberg*: Extraterritorialität der Menschenrechte, S. 23ff.

<sup>164</sup> Als Überblick zu den unterschiedlichen Verständnissen von Jurisdiktion *Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction*, S. 386.

<sup>165</sup> *Scheinin*: Just another word?

<sup>166</sup> Darauf beziehend *Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction*, S. 396.

<sup>167</sup> *Besson*: The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights.

<sup>168</sup> Dazu siehe ausführlich *Jankowska-Gilberg*: Extraterritorialität der Menschenrechte, S. 25ff.

nagement und wird von der Rechtsprechung über das Konstrukt der »effektiven Kontrolle« auch auf extraterritoriale Gebiete erweitert.

## II. Jurisdiktion im Transitlager

Die Refoulement-Verbote aus EMRK, GFK und GrCH sind dem Grunde nach auf das Territorium der jeweiligen Konventionsstaaten begrenzt. Weil die Offshoring-Praxen auch eine extraterritoriale Anwendbarkeit der einzelnen Schutznormen voraussetzen, ist die Jurisdiktionsverantwortlichkeit der Hoheitsträger:innen auch außerhalb des jeweilig definierten territorialen Schutzbereichs durch die Rechtsprechung für alle drei Menschenrechtsregime ausbuchstabiert worden.

Als abstrakter Maßstab zur Jurisdiktion und damit zur Annahme von hoheitlicher europäischer Gewalt gilt dabei die »effektive Kontrolle über ein Gebiet eines anderen Staates«. Dies soll im Folgenden als allgemeine Jurisdiktionsvoraussetzung der relevanten Menschenrechtsregime von EMRK, GFK und GrCH herausgearbeitet werden.

### 1. EMRK

Art. 1 der EMRK lautet in der deutschen nicht-amtlichen Übersetzung: »Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.« Diese Vorgaben, die bezüglich der migrationsrechtlichen Maßnahmen (Auslieferung, Ausweisung, Abschiebung) für die Situation entwickelt wurden, in der sich die Person bereits auf dem Territorium des handelnden Staates befindet, müssten auch für die extraterritorialen Praxen des europäischen Migrationsmanagements in Drittstaaten Anwendung finden.

Art. 1 EMRK regelt, dass Staaten »allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden« Personen (»everyone within [the High Courts] jurisdiction«) die Menschenrechte der EMRK verleihen. Allein der Terminus »Jurisdiction« ist damit für die Verantwortung eines Staates für die Verletzung menschenrechtlicher Verpflichtungen maßgebend.<sup>169</sup> In der *Bankovic*-Entscheidung<sup>170</sup> beruft sich der EGMR in der Auslegung auf die völkerrechtliche Bedeutung des Jurisdiktionsbegriffs<sup>171</sup>, was in der Völkerrechtsliteratur jedoch eher kritisch aufgenommen wurde.<sup>172</sup>

Dies bedeutet für das extraterritoriale europäische Migrationsmanagement Folgendes: Solange Akte außerhalb des europäischen Territoriums, aber unter

<sup>169</sup> Jankowska-Gilberg: Extraterritorialität der Menschenrechte, S. 136.

<sup>170</sup> Kritisch Lawson: Life after Bankovic.

<sup>171</sup> Zur Kritik siehe Jankowska-Gilberg: Extraterritorialität der Menschenrechte, S. 138ff.

<sup>172</sup> M.w.N. ebenda, S. 141.

Hoheitsgewalt ausgeübt werden, ist ein Konventionsstaat der EMRK im Grundsatz auch für das Handeln seiner Organe und Institutionen verantwortlich.<sup>173</sup> Dieses ist Ausdruck seiner Jurisdiktion.<sup>174</sup> Jurisdiktion dient damit als Anwendungsschwelle<sup>175</sup> der Rechte der EMRK und erweitert die Verpflichtungen der Konventionsstaaten auf die Bereiche, in denen sie *de facto* und *de jure* dazu in der Lage sind, diesen Verpflichtungen nachzukommen.<sup>176</sup> Jurisdiktion liegt nach dem EGMR dann ausnahmsweise<sup>177</sup> vor, wenn Organe des Konventionsstaates über ein Gebiet die »effektive Gesamtkontrolle« (»effective overall control«<sup>178</sup>) ausüben oder einzelne Personen oder Personengruppen der »Gewalt und Kontrolle« (»authority and protection«<sup>179</sup>) seiner Amtsträger:innen unterliegen<sup>180</sup> (im Folgenden immer »effektive Kontrolle«).

Für die »wirksame Gesamtkontrolle« über ein Gebiet berücksichtigt der EGMR den Umfang der militärischen Präsenz und die wirtschaftliche und politische Unterstützung der lokalen Verwaltung des konventionsverpflichteten Staates.<sup>181</sup> Direkter physischer Kontakt zu den Betroffenen ist dabei nicht immer notwendig, solange die Kontrolle über die Person effektiv bleibt.<sup>182</sup>

»Authority and Protection« besteht nach dem EGMR zum einen dann, wenn ein Mitgliedstaat der EMRK mit Zustimmung oder Duldung eines Drittstaats

173 EGMR Bankovic v. Belgien und 16 anderen, Nr. 52207/99; Meyer-Ladewig/Nettesheim: Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 1 EMRK, Rn. 30.

174 Dazu ausführlich Moreno-Lax: Accessing Asylum in Europe, S. 272ff.; Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction, S. 396ff., m.w.N.; Biehl: Die Europäische Menschenrechtskonvention in internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, S. 43ff.; Besson: The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights; Lawson: Life after Bankovic.

175 Dazu kritisch Moreno-Lax: Accessing Asylum in Europe, S. 273ff.

176 Johann, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 1 EMRK, Rn. 18.

177 EGMR, Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Nr. 55721/07; dazu siehe ausführlich Jankowska-Gilberg: Das Al-Skeini-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Abkehr von Banković?, und Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg.

178 EGMR Bankovic v. Belgien und 16 anderen, Nr. 52207/99; Meyer-Ladewig/Nettesheim: Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 1 EMRK, Rn. 31.

179 EGMR, Öcalan, Nr. 46221/99.

180 EGMR, Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Nr. 55721/07; EGMR Hirsi and Others v. Italien, Nr. 27765/09; Besprechung des Urteils ausführlich bei Buckel: »Welcome to Europe«, S. 289ff.; zuletzt EGMR, Ilias and Ahmed v. Ungarn, Nr. 47287/15; kritisch hierzu siehe Pichl: Alles eine Frage der eigenen »Wahl«?; Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction, S. 398ff.

181 Goodwin-Gill/McAdam: Non-Refoulement in the 1951 Refugee Convention, S. 245f., m.w.N.

182 EGMR, Woman on Waves v. Portugal, Nr. 31276/05.

Regierungs- oder Verwaltungsbefugnisse ausübt,<sup>183</sup> zum anderen auch dann, wenn Organe eines Mitgliedstaats über eine Person oder Personengruppe unmittelbare psychische Gewalt ausüben.<sup>184</sup> Während das Territorialprinzip des Völkerrechts davon ausgeht,<sup>185</sup> dass also jeder Staat nur auf seinem eigenen Territorium unbeschränkt Hoheitsmacht ausübt, geht der EGMR davon aus, dass die extraterritoriale Ausübung von Hoheitsmacht im Sinne des Art. 1 EMRK grundsätzlich möglich, aber gegenüber der Territorialhoheit des anderen Staates nachrangig ist und nur dann Hoheitsgewalt ausgeübt werden kann, wenn Letzterer es gestattet.<sup>186</sup>

Relevant für das Neo-Refoulement ist auch die Rechtsprechung des EGMR in Sachen *Issa ./. Turkey*. Dort formulierte der EGMR ein menschenrechtliches Umgehungsverbot für extraterritoriales Handeln.<sup>187</sup> Art. 1 EMRK umfasse das Verbot, dass Konventionsstaaten die Rechte und Pflichten, die ihm auf dem eigenen Territorium durch die EMRK auferlegt sind, durch Verlagerung der Handlung auf extraterritoriales Gebiet, umgehen.<sup>188</sup>

Für Grenzschutzmaßnahmen mit hoheitlichem Charakter von Konventionsstaaten der EMRK auf dem Territorium von Drittstaaten hat der EGMR entschieden, dass diese einen funktionalen Territorialbezug haben. Dieser relativiere die Extraterritorialität und führe zur Anwendbarkeit der EMRK.<sup>189</sup> Zu der Frage, ob Maßnahmen unterhalb dieses Eingriffsmaßstabs (zum Beispiel reine Patrouillen) entsprechende hoheitliche Maßnahmen sind und deswegen überhaupt vom Anwendungsbereich des Art. 1 EMRK umfasst sind, hat sich der EGMR bisher nicht geäußert.<sup>190</sup>

## 2. GFK

Das Non-Refoulement-Prinzip aus Art. 33 GFK beansprucht auf europäischem Territorium volle Geltung, da alle Mitgliedstaaten der EU der GFK beitreten sind. Im Falle des europäischen Migrationsmanagements ist allerdings die Frage interessant, ob Art. 33 Abs. 1 GFK auch außerhalb des europäischen Territoriums anwend-

<sup>183</sup> Anders noch Bankovic-Entscheidung im Jahre 2001, EGMR, *Bankovic and Others v. Belgium and 16 other contraction States*, Nr. 52207/99 (Große Kammer), Rn. 61ff.; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*: Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 1 EMRK, Rn. 32.

<sup>184</sup> *Meyer-Ladewig/Nettesheim*: Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 1, Rn. 32.

<sup>185</sup> EGMR *Bankovic v. Belgien und 16 anderen*, Nr. 52207/99.

<sup>186</sup> Ebenda; *Fischer-Lescano/Löhr*: Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, S. 14.

<sup>187</sup> EGMR, *Issa and Others/Turkey*, No. 31821/96.

<sup>188</sup> *Fischer-Lescano/Löhr*: Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See; *Weinzierl/Lisson*: Border management and human rights, S. 43.

<sup>189</sup> EGMR, *Xhava u.a. ./.Italien und Albanien*, Nr. 39473/98.

<sup>190</sup> *Lehnert*: Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, S. 196.

bar ist – dies ist im Ergebnis anzunehmen.<sup>191</sup> Dafür spricht neben dem Wortlaut (»[...] über die Grenzen von Gebieten [...]«) und dem Sinn und Zweck der Vorschrift (Schwerpunkt auf Effektivität des gewährten Schutzes)<sup>192</sup> auch, dass Art. 33 GFK – anders als zum Beispiel die Art. 14-19 GFK – keine örtliche Eingrenzung des Verbots des Refoulement nennt:<sup>193</sup> »On the contrary, it prohibits the return of refugees >in any manner whatsoever.<«<sup>194</sup>

Die einzige territoriale Einschränkung der Anwendung des Art. 33 GFK besteht durch Art. 1 A Ziff. 2 der GFK. Danach schützt die GFK nur solche Geflüchtete, die sich außerhalb des Landes befinden, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen.<sup>195</sup> Diese Einschränkung ist vorliegend für das Neo-Refoulement weniger von Bedeutung. In Abgrenzung zu den Flüchtlingslagern, die vor allem intern Vertriebene (Internally Displaced Persons, IDPs) aufnehmen und bei denen sich deswegen die Frage stellt, ob die Menschen unter den Schutz der GFK fallen, sind Transitlager Orte für Rückgeschobene und auf dem Weg Richtung Europa Gestrandete. Auch wenn nicht auszuschließen ist, dass sich in den Transitlagern in Niger Menschen nigrischer Staatsangehörigkeit aufhalten, ist davon auszugehen, dass die GFK bezüglich des Schutzes aus Art. 33 GFK auf die Praktiken des Neo-Refoulement anwendbar ist.

Damit ist auch im Rahmen des Art. 33 GFK nicht der Ort entscheidend, an dem sich die Betroffene der staatlichen Maßnahme befindet, sondern die Jurisdiktion staatlicher Organe über die Betroffene (»[...] relationship between the individual and the State concerned«<sup>196</sup> oder »[...] they were under the effective control of, or were affected by those acting on behalf of, the State in question«<sup>197</sup>).

<sup>191</sup> Lauterpacht/Bethlehem: The Scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, S. 108ff.; Moreno-Lax: Accessing Asylum in Europe, S. 253ff.; Goodwin-Gill/McAdam: Non-Refoulement in the 1951 Refugee Convention, S. 244; Weinzierl: The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders; dazu ausführlich und m.w.N. Lehnert: Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außenrändern, S. 186ff.; Diehl, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Art. 33 GFK, Rn. 19ff., m.w.N.; UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligation under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugee and Its 1967 Protocol, 26.01.2007; andere Ansicht Beuhause, ZAR 2010, 45, Rn. 48ff. unter Bezugnahme auf den US-Supreme Court (Sale v. Haitian Centers Council, Inc – 509 U.S. 155 (1993), vom 2.3.1993).

<sup>192</sup> Diehl, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Art. 33 GFK, Rn. 11; so auch Fischer-Lescano/Löhr: Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, S. 24.

<sup>193</sup> Goodwin-Gill: The Haitian Refoulement Case, S. 103ff.

<sup>194</sup> Ebenda, S. 103ff.

<sup>195</sup> Dazu ausführlich Hathaway: The rights of refugees under international law, S. 307ff.

<sup>196</sup> Goodwin-Gill/McAdam: Non-Refoulement in the 1951 Refugee Convention, S. 245, m.w.N.

<sup>197</sup> Lauterpacht/Bethlehem: The Scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, S. 110.

Damit ist in Bezug auf den Flüchtlingsschutz der GFK bei den Neo-Refoulement-Praktiken des europäischen Migrationsmanagements nicht die Territorialverantwortlichkeit, sondern die Jurisdiktionsverantwortlichkeit der entscheidende Anknüpfungspunkt für die extraterritoriale Anwendbarkeit des Non-Refoulement-Prinzip des Art. 33 der GFK.<sup>198</sup> Hierbei wird zur Auslegung die Rechtsprechung des EGMR herangezogen,<sup>199</sup> sodass hier auf die entsprechenden Ausführungen im vorgegangenen Abschnitt verwiesen werden kann.

### 3. GrCH

Der Anwendungsbereich der GrCH ist in Art. 51 GrCH bestimmt, enthält aber ausschließlich Regelungen zur institutionellen Anwendbarkeit und bestimmt den Kreis der Grundrechtsverpflichteten.<sup>200</sup>

In Bezug auf das extraterritoriale europäische Migrationsmanagement ist relevant, dass die EU-Grundrechte im Geltungsbereich des Unionsrechts (Art. 52 EUV/ Art. 355 AEUV) Anwendung finden.<sup>201</sup> Es bedürfe eines »[...] räumlichen Bezug(s) zum Gebiet der Gemeinschaft«,<sup>202</sup> dies entspricht dem Jurisdiktionsverständnisses des EGMR in Bezug auf die EMRK. Darüberhinausgehende Bestimmungen zum räumlichen Anwendungsbereich enthält die GrCH nicht und auch der EuGH hat hierzu noch nicht abschließend Stellung genommen. Die Frage nach einer extraterritorialen Geltung der GrCH ist daher noch nicht geklärt.<sup>203</sup>

Jarass meint, dass zumindest bei der Abwehrfunktion von Grundrechten auch Hoheitsakte der Grundrechtsverpflichteten erfasst sein dürften, die außerhalb des europäischen Territoriums stattfinden.<sup>204</sup> Dies ist im Unterschied zum EGMR, der auf die effektive Kontrolle (der Hoheitsgewalt) eines Grundrechtsverpflichteten abstellt, ein offeneres Verständnis der räumlichen Anwendbarkeit der GrCH.<sup>205</sup>

---

<sup>198</sup> Fischer-Lescano/Tohidipur: Europäisches Grenzkontrollregime, S. 1245.

<sup>199</sup> Lauterpacht/Bethlehem: The Scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion, S. 110; Goodwin-Gill/McAdam: Non-Refoulement in the 1951 Refugee Convention, S. 245; Fischer-Lescano/Löhr: Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, S. 8, m.w.N.

<sup>200</sup> Ausführlich Moreno-Lax: Assessing Asylum in Europe, S. 289ff.

<sup>201</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 51 GrCH, Rn. 44; Art. 52 EUV und Art. 355 AEUV enthalten allein Kompetenznormen der EU als internationale Organisation, welcher nur ein durch ihre Mitgliedstaaten vermitteltes Hoheitsgebiet zukommt, Lehnert: Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, S. 197.

<sup>202</sup> EuGH, C-36/74, Rn. 28 f; Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 51 GrCH, Rn. 44.

<sup>203</sup> Schwerdtfeger, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, 2019, Art. 51, Rn. 62.

<sup>204</sup> Jarass: Charta der Grundrechte der EU, Art. 51 GrCH, Rn. 39.

<sup>205</sup> Ebenda, Rn. 44.

*Lehnert* stellt hingegen wegen fehlender eigenständiger Dogmatik bei Festlegung des räumlichen Anwendungsbereichs der GrCH maßgeblich auf die EMRK ab und greift auf die Erkenntnisse zu Art. 1 EMRK zurück.<sup>206</sup> Wegen des maßgeblichen Abstellens der GrCH aus Art. 52 Abs. 3 GrCH auf die EMRK kann bei Jurisdiktion der handelnden Organe grundsätzlich von einer territorialen Unbeschränktheit der Verpflichtungen ausgegangen werden.<sup>207</sup> Argumentativ wird dabei auf die Entstehungsgeschichte der GrCH abgestellt, welche zeigt, dass »[...] in wesentlichen Teilbereichen die EMRK Pate gestanden hat.«<sup>208</sup> Der Einfluss der EMRK ist nicht nur im gleichen Wortlaut mancher Bestimmungen sichtbar, sondern auch, weil der 5. Abschnitt der Präambel der GrCH neben der EMRK auch die Rechtsprechung des EGMR als mitkonstituierendes Element der Grundrechte nennt.<sup>209</sup>

*Fischer-Lescano/Tohidipur* stellen in Bezug auf die Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon fest, dass Art. 51 GrCH nicht auf das Territorium, sondern auf die verpflichteten Hoheitsträger:innen abzielt.<sup>210</sup> Die Heranziehung der EMRK ist nicht auf das materielle Recht beschränkt, weswegen die Grundsätze der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK zu den vom EuGH zu beachtenden Rechtnormen im Bereich des europäischen Grundrechtsschutzes gehören.<sup>211</sup>

Auch der EuGH hat zur räumlichen Anwendung, allerdings zu Art. 277 EGV a.F (Art. 355 AEUV/Art. 52 EUV), entschieden, dass der dort genannte Geltungsbereich nicht ausschließe, »[...] daß die Regeln des Gemeinschaftsrechts auch außerhalb des Gemeinschaftsgebiets Wirkungen entfalten können.«<sup>212</sup> Das Gemeinschaftsrecht sei auch außerhalb des Gemeinschaftsgebiet anwendbar, wenn ein sachlicher<sup>213</sup> und hinreichend enger Bezug zum Gemeinschaftsrecht vorliege.<sup>214</sup>

Zumindest für Art. 19 Abs. 1, 2 GrCH ergibt sich die extraterritoriale Anwendbarkeit nach den Maßgaben der EMRK unstreitbar schon aus Art. 52 Abs. 3 GrCH. Danach haben gleichlautende Regelungen der EU-Grundrechtecharta die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sich diese aus der EMRK ergeben.<sup>215</sup>

<sup>206</sup> *Lehnert*: Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, S. 196.

<sup>207</sup> Ebenda, S. 196f., m.w.N.

<sup>208</sup> *Grabenwarter/Pabel*: Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch, § 4, Rn. 6.

<sup>209</sup> Ebenda, § 4, Rn. 6.

<sup>210</sup> *Fischer-Lescano/Tohidipur*: Europäisches Grenzkontrollregime, S. 1247.

<sup>211</sup> Ebenda, S. 1248.

<sup>212</sup> EuGH, Urteil vom 30.4.1996, C-214/94, Rn. 14

<sup>213</sup> *Fischer-Lescano/Löhr*: Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, S. 18.

<sup>214</sup> EuGH, Urteil vom 30.4.1996, C-214/94, Rn. 15

<sup>215</sup> *Jarass*: Charta der Grundrechte der EU, Art. 19 GrCH, Rn. 1.

### III. Effektive Kontrolle?

Um Verstöße gegen die Non-Refoulement-Gebote aus der EMRK, GFK und GrCH festzustellen, müssten die Neo-Refoulement-Praxen die erforderliche Anwendungsschwelle der »effektiven Kontrolle« überschreiten. Die Jurisdiktion europäischer Gerichte über Neo-Refoulement-Praxen der EU und der IOM scheitert allerdings an der »effektiven Kontrolle« als Maßstab hoheitlicher europäischer Gewalt. Und dennoch wirken die Neo-Refoulement-Maßnahmen *de facto* so, dass sie eine Asylantragstellung auf europäischem Territorium zu verhindern versuchen.

Jurisdiktion im Transitlager in Niger entsteht bei »effektiver Gesamtkontrolle« über das Transitlager oder aber dann, wenn die Menschen in den Transitlagern unter der Gewalt und Kontrolle der Amtsträger:innen stehen. Als Maßstab dient hier die militärische Präsenz sowie die wirtschaftliche und politische Unterstützung der lokalen Verwaltung.<sup>216</sup>

Die klassischen Remote-Control- und Remote-Protection-Praxen der EU im europäischen Migrationsmanagement entsprechen als unmittelbare und staatliche Maßnahmen klassischen Grenzkontrollmaßnahmen der EU und damit dem Eingriffsmaßstab der »effektiven Kontrolle«.<sup>217</sup> Die EU als internationale Organisation supranationaler Art kann gemäß Art. 288 AEUV über Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen hoheitlich handeln. Zudem kann sie im Rahmen ihrer – von den Mitgliedstaaten – übertragenen Kompetenzen nach dem AEUV handeln und gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV mit Drittstaaten und internationalen Organisationen internationale Abkommen schließen, wenn die Verträge dies vorsehen. Die Abschlüsse von Verträgen und Abkommen im Kontext des Migrationsmanagements sind klassische hoheitliche Handlungen, die in jedem Fall eine »effektive Kontrolle« im oben genannten Sinne ausüben. Für die Rückübernahmeabkommen mit Drittstaaten ergibt sich der hoheitliche Charakter aus Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 218 AEUV. Innerhalb dieses Rahmens kann die EU als internationale Organisation hoheitlich handeln.

Die Kooperation der EU<sup>218</sup> mit der IOM basiert auf dem EU-IOM Strategic Cooperation Framework aus Juli 2012<sup>219</sup> und kann im Rahmen der EU-IOM Joint

<sup>216</sup> So Goodwin-Gill/McAdam: *Non-Refoulement in the 1951 Refugee Convention*, S. 245f., m.w.N.

<sup>217</sup> Zu den klassischen Remote-Control-Maßnahmen und deren Eingriffe in GFK, EMRK und GrCH siehe Moreno-Lax: *Accessing Asylum in Europe*, S. 298, m.w.N.

<sup>218</sup> Konkret die Generaldirektionen als Unterorgane der Kommission, DG Home, DG DEVCO, DG ECHO und EEAS

<sup>219</sup> Brief vom 12.7.2012 von EU-KOM, EEAS an die IOM, Dok.Nr: HOME.02 RR/cd ARES(2012)577817, der Schriftwechsel zur Begründung der Kooperation zwischen IOM und der EU liegt der Autorin zum Teil vor. Auch diese Dokumente waren nicht öffentlich und sind teilweise geschwärzt über die Transparenzanfrage zugänglich gemacht worden.

Initiative for Migrant Protection and Reintegration und dem EU Emergency Trust Fund for Africa im Rahmen des vom Migrant Resource and Response Mechanism (MRRM) finanzierten und von der IOM verwalteten Transitlager in Niger konkretisiert werden.<sup>220</sup> Die Kooperation mit der IOM ist über Art. 216 Abs. 1 AEUV als souveräne hoheitliche Handlung zu charakterisieren.

In Bezug auf die Finanzierung des Transitlagers über den European Union Trust Fund for Africa im Rahmen der EU-IOM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration stellt sich die Situation hingegen anders dar. Diese hat den Charakter einer unionalen hoheitlichen Handlung, erreicht aber die Anwendungsschwelle der »effektiven Kontrolle« im Sinne der oben dargestellten Jurisdiktionsbegriffs der herrschenden Meinung nicht.

Andere Neo-Refoulement-Praxen der EU – die Verwaltung des Transitlagers, die Umsetzung der Programme der »freiwilligen« Rückkehr der EU im Transitlager und die Informationskampagnen – werden von der IOM (und von Drittstaaten) umgesetzt. Die Outsourcing-Praxen des europäischen Migrationsmanagements an internationale Organisationen führen dazu, dass keine – im klassischen Sinne – staatlich-autoritären und damit gerichtlich überprüfaren Handlungen vorliegen. Und selbst wenn dies der Fall wäre, dann würden die Neo-Refoulement-Praxen den in der Praxis herkömmlichen Maßstab an »effektiver Kontrolle« nicht erreichen. Damit erfüllt dann auch die Offshoring-Strategie ihren Zweck: der extraterritoriale jurisdiktionale Link, der gegenüber der territorialen Anwendbarkeit der EMRK deutlich erhöht ist, wird nicht erreicht und damit der Jurisdiktion des EGMR und der europäischen Gerichtsbarkeit entzogen. Denn, anders als Staaten kann die IOM nach herkömmlicher Meinung nicht einmal im Sinne der Umsetzung souveräner Autorität gegenüber den Migrant:innen hoheitlich handeln. Sie hat als partielles Völkerrechtssubjekt weder Staatsgebiet noch Staatsangehörige und keine Möglichkeit, die damit verbundenen Hoheitsrechte auszuüben.

Die einzelnen Praxen als zahlreiche geringfügige Eingriffe wirken jedoch kumuliert wie eine neuartige Form der Gewalt. Sie sind nicht-hoheitlich, weil internationale Organisationen handeln. Sie sind ständig nicht-rechtsförmlich und wirken unterhalb des klassischen öffentlich-rechtlichen Gewaltbegriffs. Ohne eine

<sup>220</sup> Dabei interessiert nicht, ob die Kooperationsvereinbarungen mit den Drittstaaten und internationalen Organisationen selbst gegen Menschen- und Flüchtlingsrechte verstößen. Diese können zumindest menschen- und flüchtlingsrechtsadäquat ausgelegt werden, wie es die Kämpfe um die Aufnahme von Due-Diligence-Pflichten der EU im Kontext des Migrationsmanagements (*Gammeltoft-Hansen/Hathaway: Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence; Ferstman: Human Rights Due Diligence Policies Applied to Extraterritorial Cooperation to Prevent »Irregular« Migration; Jarass: Charta der Grundrechte der EU, Art. 51 GrCH, Rn. 46.*) und der Menschenrechtsklauseln in den Frontex-Verordnungen (*Moreno-Lax: Assessing Asylum in Europe, S. 160ff., S. 197*) zeigen.

souveräne Autorität kann allerdings nach der dargestellten herkömmlichen Auffassung keine extraterritoriale Jurisdiktion europäischer Gerichte im oben genannten Sinne entstehen. Um allerdings zu verhindern, dass das Refoulement-Verbot umgangen wird, muss ein Verständnis von öffentlich-rechtlicher Gewalt entwickelt werden, dass die dargestellten Maßnahmen menschenrechtsadäquat einhegen kann.

Die Unterbringung in den Transitlagern ist formal freiwillig und dient einziger Rückkehr in die Heimatländer der betroffenen Menschen. Der Vergleich mit der Rechtsprechung zu den Transitzonen in Ungarn und in Flughäfen zeigt, dass es entscheidend auf die Wahlmöglichkeit des rechtmäßigen Verlassens der Transitzone ankommt. Im Transitlager in Niger besteht weder eine rechtliche Verpflichtung, sich ständig im Lager aufzuhalten, noch das Verbot, dieses in welche Richtung auch immer zu verlassen. Die Anwendungsschwelle von »effektiver Kontrolle«, wie es die Rechtsprechung in Auslegung der Normen der EMRK, GFK und GrCH entwickelt hat, wird damit nicht erreicht. Gleiches gilt für die Umsetzung der AVRR-Programme im Transitlager: Reintegrationsunterstützung im Transitlager ist formal freiwillig, dient aber im Migrationsmanagement trotzdem sehr effizient der Steuerung und Verhinderung der Migration.

Schließlich sind die Transitlager auch Orte der Informations-, Wissens- und Diskursproduktion über das europäische Migrationsmanagement, welche Migrationsverhinderung nach Europa normalisiert und ein klassisches Remote-Control-Instrument des europäischen Migrationsmanagements darstellt. Gerade Informationskampagnen dienen dazu, Drittstaatsangehörige durch gezielte Informationen – und eben nicht durch den klassischen hoheitlich-finalen Eingriff – von der Migration nach Europa abzuhalten. Daher ist festzustellen, dass Neo-Refoulement-Maßnahmen des europäischen Migrationsmanagements ohne die klassischen hoheitlichen Maßnahmen des Refoulement auskommen.

Damit wird auch am Beispiel des Transitlagers in Niger deutlich, dass die oben genannte Kritik an der Jurisdiktionsrechtsprechung des EGMR zutrifft. Die Schwerpunktsetzung auf die *De-facto*-Gewaltausübung gegenüber Migrant:innen und Geflüchteten führt zu einer Rechtsschutzlücke, die durch Zusammenarbeit mehrerer staatlicher und nicht-staatlicher Akteur:innen im Rahmen des europäischen Migrationsmanagements – zum Beispiel im Kontext von Kapazitätenbildung und finanziellen Transfers<sup>221</sup> und eben auch in der Verwaltung und Nutzung von Transitlagern – überhaupt erst entsteht.

---

<sup>221</sup> So Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction, S. 387.

## IV. Entsubjektivierung

Neo-Refoulement-Praxen wirken auf der tatsächlichen Ebene nicht nur migrationsverhindernd, sondern zielen ganz konkret auf die Verhinderung der Asylantragstellung auf europäischem Territorium ab. Auf der rechtlichen Ebene findet eine Entsubjektivierung der Migrant:innen statt, indem die Neo-Refoulement-Praxen gezielt auf die Verhinderung des Zugangs zu rechtsstaatlichen Verfahren der europäischen Gerichtsbarkeit zielen. Sie verunmöglichen damit den Betroffenen, ihre subjektiven Rechte einzufordern. Dies geschieht insbesondere durch die Ausnutzung einer fehlenden Jurisdiktion der Gerichte, denn durch Offshoring und Outsourcing zielt das Migrationsmanagement gerade auf extraterritoriale und nicht-staatliche Maßnahmen ab. Der der Jurisdiktion zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Gewaltbegriff ist für die europäische Migrationspolitik, die sich der Praxen des Neo-Refoulement bedient, auf zwei Ebenen in Bezug auf den Flüchtlingsschutz inadäquat.

Erstens können Eingriffe mangels einer progressiven Ausdeutung des Jurisdiktionsbegriffs durch die europäische Gerichtsbarkeit nicht überprüft und gehandelt werden, weil die Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendung der Menschenrechtsregime nur die Ausnahme der »effektive Kontrolle« umfasst und somit ein enges Verständnis von jurisdiktiven Maßnahmen hat.<sup>222</sup> Das vorherrschende Konzept von »effektiver Kontrolle« misst damit physischer (*de facto*) Gewalt große Bedeutung bei, während *de-jure*-Faktoren unberücksichtigt bleiben.<sup>223</sup> Eine rechtsdogmatische Eingrenzung erfährt diese Entwicklung über das Konzept der »funktionalen Jurisdiktion«. »Funktionale Jurisdiktion« ermöglicht die Abkehr von der bisherigen Diskussion um die Unterscheidung von extraterritorialer und territorialer sowie räumlicher und personeller Anwendbarkeit von Rechtsnormen.<sup>224</sup> Der Weiterentwicklung des Konzepts der »effektiven Kontrolle« liegt der Fall *S.S. and Others v. Italy*<sup>225</sup> zugrunde. Ebenso wie die in dieser Arbeit vorgestellten nicht-förmlichen und nicht-hoheitlichen Neo-Refoulement-Praxen geht es in diesem Fall um Maßnahmen (konkret »contactless control«<sup>226</sup>) nicht-europäischer Akteur:innen, die im Kontext des europäischen Migrationsmanagements als Stellvertreter:innen der Mitgliedstaaten und der Union auf außereuropäischen

<sup>222</sup> Moreno-Lax: The Architecture of Functional Jurisdiction, S. 399ff.

<sup>223</sup> Ebenda, S. 401.

<sup>224</sup> Ebenda.

<sup>225</sup> S.S. and Others v. Italy, App. No. 21660/18; mehr zu dem Fall von Forensic Architecture <http://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard> (letzter Zugriff am 07.12.2020); Heller/Pezzani: Mare Clausum.

<sup>226</sup> Giruffré/Moreno-Lax: The rise of consensual containment.

Territorium aktiv werden. Funktionale Kontrolle ist demnach auch für die Neo-Refoulement-Praxen des europäischen Migrationsmanagements interessant, denn es betrifft »[...] the establishment of extraterritorial jurisdiction, highlighting the importance of the normative foundation of sovereign authority overall, whether exercised territorially or abroad. It is predicated in the exercise of *public* powers, such as those ordinarily assumed by a territorial sovereign, taking the form of policy delivery and/or operational action translating into ›situational control‹«.<sup>227</sup> Dies ist relevant, weil die in dieser Arbeit maßgeblichen Praxen des europäischen Migrationsmanagements ausschließlich nicht-förmlichen Charakter haben und genau deswegen darauf ausgelegt sind, effektiv ohne die unter den bisherigen Jurisdiktionsbegriff fallenden Maßnahmen auszukommen. *Moreno-Lax* erklärt, dass »[...] ›contactless‹ control by an ECHR party exercised through remote management techniques and/or in cooperation with a local administration acting as a proxy, may nonetheless amount to ›effective‹ control and engage Convention obligations – whether it be exercised over persons, territory, or specific situations abroad«.<sup>228</sup> Damit entwickelt sie unter Bezugnahme auf die Al-Skeini-Rechtsprechung<sup>229</sup> und die Auseinandersetzung damit in der Literatur<sup>230</sup> die »funktionelle Jurisdiktion«. Auch *Moreno-Lax* stellt auf das Konzept der öffentlichen Gewalt ab – bleibt allerdings der Akteur:innenebene der Staatskonzeption des Völkerrechts verhaftet. Für die rechtliche Einhegung des europäischen Migrationsmanagements ist es aber wichtig, auch nicht-staatliche Akteur:innen in eine Weiterentwicklung der Rechtsdogmatik einzubeziehen.

Damit wird deutlich, dass der Gewaltbegriff, der der Jurisdiktion – und auch einem funktionellen Jurisdiktionsbegriff – zugrunde liegt, auch auf einer zweiten Ebene inadäquat ist. Neo-Refoulement-Betroffenen stehen zum einen hoheitliche Akteur:innen von Drittstaaten, zum anderen aber auch nicht-staatliche Akteur:innen – hier insbesondere der EU und der IOM – gegenüber, die keine hoheitliche Gewalt im herkömmlichen Sinne ausüben können. Neo-Refoulement-Maßnahmen als Eingriffe in die Schutzbereiche des menschenrechtlichen Refoulement-Verbots durch nicht-staatliche Akteur:innen können deswegen nicht als herkömmliche Akteure öffentlicher Gewalt verstanden werden, obwohl die DARIO-Regelungen der ILC eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der internationalen Organisation nahelegen.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> *Moreno-Lax*: The Architecture of Functional Jurisdiction, S. 386f. (Hervorhebung im Original).

<sup>228</sup> Ebenda, S. 387.

<sup>229</sup> EGMR, Al-Skeini and others v. The United Kingdom, Nr. 55721/07.

<sup>230</sup> Jankowska-Gilberg: Das Al-Skeini-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Abkehr von Banković?

<sup>231</sup> Dabei ist sicherlich zu bedenken, dass ARIÖ zum jetzigen Zeitpunkt weder Vertrags- noch Völkergewohnheitsrecht ist, wobei sich Letzteres bei der zunehmenden Relevanz von internationalen Organisationen in inter- und transnationalen Konstellationen ändern wird.