

Piraterie und Menschenrechte: Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta

Fischer-Lescano, Andreas; Kreck, Lena

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Fischer-Lescano, A., & Kreck, L. (2009). *Piraterie und Menschenrechte: Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta*. (ZERP-Diskussionspapier, 3). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62220-4>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Piraterie und Menschenrechte

Rechtsfragen der Bekämpfung
der Piraterie im Rahmen der
europäischen Operation Atalanta

Andreas Fischer-Lescano / Lena Kreck

zerp

zentrum für
europäische
rechtspolitik

centre of
european law
and politics



Andreas Fischer-Lescano ist geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Er lehrt Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen. *Lena Kreck* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Rechtspolitik sowie am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen. Dank geht an *Sebastian Eickenjäger* für die Unterstützung bei der Recherche, sowie an *Lars Viellechner* für konstruktive Kritik. Der Text ist die überarbeitete Fassung eines Gutachtens, das RA *Oliver Wallasch* im Mai 2009 in ein verwaltungsgerichtliches Verfahren beim VG Berlin (Az. 34 K 192.09) eingebracht hat.

IMPRESSUM

| | |
|------------------------|--|
| Herausgabe & Vertrieb: | Zentrum für Europäische Rechtspolitik Fachbereich Rechtswissenschaft Universität Bremen Universitätsallee, GW 1 28359 Bremen www.zerp.eu |
| Schutzgebühr: | € 8,- (zzgl. Versandkosten) |
| Nachdruck: | Nur mit Genehmigung des Herausgebers |
| ISSN: | 0947 — 5729 |
| ISSN (Internet): | 1868 — 3797 |

Bremen, im Juni 2009

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| I. Einführung | 1 |
| II. Exterritorialität der Grund- und Menschenrechte | 2 |
| 1. Geltung der Grund- und Menschenrechte ohne Territorialbezug? | 4 |
| a) Exterritoriale Geltung nach dem Grundgesetz | 4 |
| b) Exterritoriale Geltung nach der EMRK | 5 |
| aa) Exterritorial ausgeübte effektive Hoheitsgewalt | 8 |
| bb) Seerechtliche Flaggenhoheit als Hoheitsgewalt | 9 |
| cc) Fiktion von Hoheitsgewalt durch das Umgehungsverbot | 10 |
| c) Exterritoriale Geltung nach der EU-Grundrechtecharta | 10 |
| d) Exterritoriale Geltung nach dem UN-Zivilpakt | 12 |
| e) Zwischenergebnis | 12 |
| 2. Keine Spezialität des humanitären Völkerrechts | 12 |
| a) Anwendung der Genfer Abkommen | 13 |
| b) Kein Spezialitätsverhältnis | 14 |
| 3. Keine Übertragung deutscher Hoheitsgewalt | 15 |
| 4. Zwischenergebnis | 16 |
| III. Rechtsfragen der Festnahme | 16 |
| 1. Eingriffe in Schutzbereiche | 16 |
| a) Freiheitsentziehung | 16 |
| b) Richtervorbehalt | 17 |
| c) Zwischenergebnis | 20 |
| 2. Eingriffsgrundlagen | 20 |
| a) § 127 StPO | 20 |
| b) Art. 105 SRÜ i.V.m. den Resolutionen des Sicherheitsrates | 21 |
| aa) Die UN-Resolutionen | 22 |
| bb) Keine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage | 24 |
| (1) EGMR: Die Entscheidung Medvedyev | 24 |
| (2) Bestimmtheitsanforderungen nach dem GG | 25 |
| (3) Zwischenergebnis | 26 |
| c) Recht der EU: Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP | 26 |
| d) Zwischenergebnis | 27 |
| 3. Kompetenzzuweisung | 27 |
| a) Art. 87a GG | 27 |
| aa) Ausdrückliche Rechtfertigung in Art. 25 GG? | 28 |
| bb) Ausdrückliche Rechtfertigung in Art. 24 Abs. 2 GG? | 30 |
| b) Trennungsgebot | 33 |
| 4. Zwischenergebnis | 35 |

| | |
|---|-----------|
| IV. Rechtsfragen der Überstellung | 35 |
| 1. Verbot der Überstellung aus Art. 105 SRÜ | 36 |
| 2. Schutzpflichten bei „begründeten Anhaltspunkten“ | 37 |
| a) Anhaltspunkte..... | 37 |
| b) Schutzpflichten..... | 39 |
| aa) Diplomatische Zusicherung | 39 |
| bb) Verbot der Überstellung..... | 40 |
| 3. Subjektive Sekundärrechte..... | 41 |
| 4. Zwischenergebnis..... | 43 |
| V. Fazit | 44 |

I. Einführung

Auf Antrag der deutschen Bundesregierung vom 10. Dezember 2008¹ hat der Deutsche Bundestag in seiner Sitzung am 19. Dezember 2008 einer Entsendung der Bundeswehr zur Beteiligung an Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta zugestimmt. Der Beschluss sieht die Entsendung von bis zu 1400 Soldaten der Bundesmarine im Rahmen der Operation Atalanta vor. Die Operation Atalanta, mit deren Ausführung am 08. Dezember 2008 begonnen wurde, ist Resultat der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP des Rates der Europäischen Union vom 10. November 2008.² Die Operation soll ihre völkerrechtliche Rechtfertigung in den Normen des Seerechtsübereinkommens (SRÜ)³ und ferner in Beschlüssen des UN-Sicherheitsrates finden, der sich unter Berufung auf seine Kompetenzen, nach Art. 39 der UN-Charta „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen“, in einer ganzen Reihe von Resolutionen unter Hinweis auf Kap. VII der UN-Charta der Bekämpfung der Piraterie angenommen hat. Die Resolutionen 1814 (2008) vom 15. Mai 2008, 1816 (2008) vom 2. Juni 2008, 1838 (2008) vom 7. Oktober 2008, 1846 (2008) vom 2. Dezember 2008 und 1851 (2008) vom 16. Dezember 2008 des UN-Sicherheitsrats sollen die völkerrechtliche Grundlage dafür bieten, dass die Pirateriebekämpfung nunmehr nicht nur auf Hoher See sondern auch in den Küstengewässern und dem Territorium Somalias stattfinden kann.⁴

Nach dem Beschluss des Deutschen Bundestages vom 19. Dezember 2008 sollen im Rahmen der Operation Atalanta durch die Bundeswehr folgende militärische Fähigkeiten bereitgestellt werden: Führung, Führungsunterstützung, Aufklärung, einschließlich der weiträumigen Aufklärung des Einsatzgebietes,

1 BT-Drs. 16/11337 v. 10.12.2008.

2 Rat der Europäischen Union, Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP vom 10. November 2008, ABl. L 301 v. 12.11.2008, 33 ff.

3 BGBl. 1994 II 1798. Siehe ferner das Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt vom 10. März 1988 (BGBl. 1990 II 496).

4 Hierzu: Fischer-Lescano/Tohidipur, Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen die Seepiraterie, NJW 62 (2009), S. 1243 ff.; Kontorovich, “A Guantanamo on the Sea”: The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists, in California Law Review 98 (2010), i.E., abrufbar über <http://ssrn.com/abstract=1371122>; Guilfoyle, Piracy off Somalia. UN Security Council Resolution 1816 and IMO regional Counter-Piracy Efforts, in: The International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), S. 690 ff.; Stehr, UN-Resolution 1816: Neue internationale Dimension der Pirateriebekämpfung, in: Marineforum: Zeitschrift für maritime Fragen – Offizielles Organ der Marine-Offizier-Vereinigung 83 (9/2008), S. 4 ff.

Seeraumüberwachung, Lagebilderstellung und -austausch, einschließlich des Lagebild austausches mit anderen Organisationen und Einrichtungen zum Zweck der Bekämpfung der Piraterie, Sicherung und Schutz einschließlich des Begleitschutzes, der Einschiffung von Sicherungskräften auf zivilen Schiffen sowie der gewaltsamen Beendigung von Akten der Piraterie, Ingewahrsamnahme einschließlich des Zugriffs, des Festhaltens sowie des Transportes zum Zwecke der Übergabe an die zuständigen Strafverfolgungsorgane, operative Information, sanitätsdienstliche Versorgung, Evakuierung einschließlich medizinischer Evakuierung, logistische Unterstützung einschließlich Transport und Umschlag. Weiterhin sollen Kräfte zur Verwendung in den zur Führung der Operation Atalanta gebildeten Stäben und Hauptquartieren einschließlich der Kräfte zur Unterstützung der Führungsfähigkeit sowie – soweit erforderlich – Kräfte als Verbindungsorgane zu nationalen und internationalen Dienststellen, Behörden und Organisationen eingesetzt werden.

Zwischenzeitlich ist es zu Festnahmen von der Piraterie verdächtigen Personen durch deutsche Staatsorgane gekommen. Teilweise wurden auf der Grundlage eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Union und Kenia vom 06. März 2009⁵ der Piraterie verdächtige Personen an Kenia überstellt.⁶ Der folgende Beitrag widmet sich vor diesem Hintergrund den verfassungsrechtlichen, europarechtlichen und völkerrechtlichen Fragen im Hinblick auf den Umgang mit diesen Personen.

Zunächst gehen wir auf die Frage ein, ob die Grund- und Menschenrechte für deutsche Hoheitsträger auch exterritorial gelten (hierzu II.). Sodann prüfen wir, ob es für die Festnahme der Verdächtigen eine Eingriffsnorm gibt und wie die Fragen der exterritorialen Kriminalitätsbekämpfung im Bereich der Piraterie in kompetenzrechtlicher Hinsicht ausgestaltet sind (hierzu III.). Zuletzt fragen wir, ob die Überstellung der Piraterie Verdächtigen an die Kenianische Justiz auf Grundlage der Vereinbarung zwischen der EU und Kenia grund- und menschenrechtskonform ist (hierzu IV.).

II. Exterritorialität der Grund- und Menschenrechte

Fraglich ist zunächst, ob bei den Maßnahmen zur Pirateriebekämpfung durch die Bundeswehr auf Hoher See bzw. den Küstengewässern Somalias überhaupt

5 ABl. L 79 vom 25.03.2009, S. 49-59; hierzu Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/12648 vom 17.04.2009.

6 Für einen Überblick über die Maßnahmen der Pirateriebekämpfung: Report of the Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1846 (2008), 16.03.2009, S/2009/146.

eine Bindung deutscher Hoheitsorgane an Grund- und Menschenrechte besteht. Die Grundrechtsbindung von Hoheitsträgern ist bei Sachverhalten, in denen diese im deutschen Staatsgebiet handeln und die Hoheitsgewalt innerstaatlich wirkt, unstrittig. Welche Geltung die Grund- und Menschenrechte für das Handeln von deutschen Hoheitsträgern exterritorial haben, bedarf einer vertiefenden Prüfung. Immerhin spricht einiges dafür, dass der historische Verfassungsgesetzgeber die im Zusammenhang mit Eingriffen durch Mitglieder der Bundeswehr im Zuge internationaler Ordnungsmaßnahmen interessierende Frage hinsichtlich eines grundrechtlichen Schutzes nicht bedacht haben konnte, schließlich datiert Art. 87a GG erst auf das Jahr 1968.⁷ Hieraus kann aber keinesfalls geschlossen werden, dass zwingend kein grundrechtlicher Schutz bei exterritorialen Maßnahmen deutscher Hoheitsträger gegeben ist.⁸ Vielmehr hat das BVerfG in einer Vielzahl von Entscheidungen Grundsätze einer exterritorialen Grundrechtsgeltung entwickelt. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in verschiedenen Entscheidungen mit der Exterritorialgeltung der Europäischen Menschenrechtskonvention befasst. Des Weiteren sind in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und in dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte Grund- und Menschenrechte verbrieft, die deutsche Hoheitsträger auch exterritorial binden könnten.

In einem ersten Schritt (II.1.) wird deshalb untersucht, woraus sich eine exterritoriale Geltung von Grund- und Menschenrechten für deutsche Hoheitsträger ergibt und in welchen Sachverhalten diese Exterritorialgeltung anzunehmen ist. In einem zweiten Schritt (II.2.) wird zu prüfen sein, ob die Menschen- und Grundrechte möglicherweise wegen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des humanitären Völkerrechts nicht zur Anwendung kommen können. Zuletzt (II.3.) ist zu prüfen, ob die Soldatinnen und Soldaten der Bundesmarine bei dem hier vorliegenden Sachverhalt deutsche Hoheitsgewalt ausüben oder ob eine Übertragung der Hoheitsgewalt stattgefunden hat mit der eventuellen Konsequenz, dass eine Anwendbarkeit des GG und der völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge ausscheidet.

7 BGBl. 1968 I 709 ff.

8 Baldus, Transnationales Polizeirecht. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten, Baden-Baden 2000, S. 148; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988, S. 1226; Gröpl, Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG, ZRP 1995, S. 13 (15).

1. *Geltung der Grund- und Menschenrechte ohne Territorialbezug?*

Im Hinblick auf die Exterritorialbindung der deutschen Bundesmarine an Grund- und Menschenrechte kommen verschiedene Rechtsquellen in Betracht. Grundsätzlich kann sich neben der Bindung an das Grundgesetz die Bindung an Grund- und Menschenrechten auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte ergeben.

a) *Exterritoriale Geltung nach dem Grundgesetz*

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Das BVerfG hat bereits im Jahr 1957 festgestellt, dass „die Grundrechte die deutsche öffentliche Gewalt auch [binden], soweit Wirkungen ihrer Betätigung im Ausland eintreten“.⁹ Während in dieser Entscheidung des BVerfG eine Grundrechtsbindung bei einer innerstaatlichen Handlung mit Wirkung im Ausland angenommen wurde, macht das Gericht in einer anderen Entscheidung deutlich, dass sich Art. 1 Abs. 3 GG allein über das „Ob“ der Grundrechtsbindung von Hoheitsgewalt ausspricht.¹⁰ Demnach ist nicht nach dem Ort der Handlung zu differenzieren und auch nicht nach deren Wirkung, weder nach der Art, der gewählten Rechtsform, noch nach der Staatsangehörigkeit der von diesem Handeln Betroffenen. Vielmehr gilt: Sobald die vom Grundgesetz verfasste staatliche Gewalt handelt, handelt sie grundrechtsgebunden.¹¹ Dies entspricht dem Gedanken, dass die Grundrechte die Staatsgewalt absolut und umfassend binden, es keine Leerstellen der Grundrechtsanwendung geben darf und die Grundrechtsbindung auch räumlich effektiv sein muss.¹²

Und dennoch gehen Rechtsprechung und die überwiegende Auffassung in der Literatur von der Möglichkeit einer Einschränkung der Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug aus und begründen dies mit einer Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.¹³ Das Grundgesetz begnüge sich

9 BVerfGE 6, 290 (295); 57, 9 (23); Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, Berlin 1993, S. 31 ff.

10 BVerfGE 61, 127 (137).

11 Mit weiteren Nachweisen: Baldus, Transnationales Polizeirecht. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfach-gesetzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten, Baden-Baden 2000, S. 147 ff.

12 Vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988, S. 1230.

13 BVerfGE 6, 311 (362 ff.); 18, 112 (121); 31, 58 (75) und (77); 92, 26 (48); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988, S. 1243;

nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimme auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Das BVerfG geht insofern von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus und hält fest: „Zum einen ist der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 66, 39 [57 ff.]; 92, 26 [47]). Zum anderen muss das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden. Dieses schließt freilich eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen nicht prinzipiell aus. Ihre Reichweite ist vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei können je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein (vgl. BVerfGE 31, 58 [72 ff.]; 92, 26 [41 f.]).“¹⁴

Für unverzichtbar hält das BVerfG neben anderen Grundsätzen auch bei exterritorialem Handeln den in Art. 20 GG verbrieften Verfassungsgrundsatz des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip findet neben der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit, dem Rückwirkungsverbot und der Verhältnismäßigkeit auch in einer Reihe von Verfahrensgarantien seinen Ausdruck; auch auf diese Verfahrensgarantien ist der völkerrechtliche Mindestschutz zu beziehen.¹⁵ So ist rechtliches Gehör zu gewähren (Art. 103 Abs. 1 GG), darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), ist die Unabhängigkeit der Richter zu gewährleisten (Art. 97 Abs. 1 GG) sowie eine Mehrfachbestrafung verboten (Art. 103 Abs. 3 GG). Des Weiteren sind Garantien bei Freiheitsentziehung zu gewährleisten. Hiervon ist umfasst, dass die Freiheit einer Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden darf und dass dieser Freiheitsentzug unter einen Richtervorbehalt (Art. 104 Abs. 2 und 3 GG) fällt.

Die Exterritorialbindung deutscher Hoheitsorgane an die o.g. Grundrechte des Grundgesetzes steht demnach außer Frage.

b) *Exterritoriale Geltung nach der EMRK*

Die Frage der Exterritorialität der Bindung an die EMRK bemisst sich nach deren Art. 1. Die Norm lautet in ihrer authentischen Sprachfassung:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdic-

Waitz von Eschen, Internationale Zusammenarbeit, BayVBl 1991, S. 321 ff. (324).

14 BVerfGE 100, 313 (362 f.).

15 BVerfG, 2 BvR 685/03 v. 24.06.2003.

tion the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

Das betont durch die Bezeichnung “to everyone” den universellen Charakter der Konventionsrechte. Die Mitgliedstaaten der EMRK müssen also die menschenrechtlichen Garantien der Konvention für jedermann sichern, der ihrer Hoheitsgewalt untersteht. Allerdings nennt Art. 1 EMRK nicht die staatlichen Organe, die zur Gewährleistung der Menschenrechte verpflichtet sind. Art. 1 Abs. 3 GG ist an dieser Stelle umfassend, indem er “alle staatliche Gewalt” verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Nach Art. 1 EMRK sind nur diejenigen zu schützen, die der staatlichen Hoheitsgewalt unterstehen.¹⁶ Deshalb stellt sich die Frage, ob und inwiefern staatliche Hoheitsgewalt auch außerhalb des inländischen Staatsgebietes an die EMRK gebunden ist bzw. wie der Begriff “jurisdiction” im Sinne von Art. 1 EMRK zu verstehen ist.

Der EGMR hat sich mehrfach mit der extraterritorialen Wirkung der EMRK befasst. Im Zentrum der Beurteilung steht stets die Frage, ob sich die betroffenen Personen gemäß Art. 1 EMRK in der Hoheitsgewalt des handelnden Staates befinden. Schon die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) erkannte die grundsätzliche Möglichkeit der extraterritorialen Wirkung der EMRK in mehreren Entscheidungen an. Der Begriff „within their jurisdiction“ i.S.d. Art. 1 EMRK sei nicht als Beschränkung auf das Staatsgebiet zu verstehen. Es komme darauf an, ob ein Staat tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Person ausübe, von der die Person oder ihr Eigentum betroffen ist. Ist dies der Fall, sei der Staat hierfür verantwortlich. Ob dies inner- oder außerhalb des eigenen Territoriums geschehe, sei irrelevant.¹⁷ Der EGMR bestätigte dies mehrfach beinahe wortgleich und ohne weitere Einschränkungen.¹⁸ Ergänzend leitete er in *Loizidou*¹⁹ und späteren Fällen²⁰ die Eröffnung des Anwendungsbereichs nicht nur aus der effektiven Kontrolle über Personen, sondern auch daraus ab, dass der Staat aufgrund militärischer Besatzung, gleich ob legal oder illegal, effektive Gebietshoheit über fremdes oder eigenes Territorium ausübe.

Dieser Grundsatz extraterritorialer Anwendbarkeit der EMRK hat 2001 in der

16 Jankowska-Gilberg, *Extraterritorialität der Menschenrechte*, Baden-Baden 2008, S. 32.

17 EKMR, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, *Decisions and Reports* 2 (1975), 125, 136; EKMR, *Hess v. UK*, Entscheidung vom 28.05.1975, Appl. No. 6231/73, *Decisions and Reports* 2 (1975), 72, 73; EKMR, *W.M. v. Denmark*, Entscheidung vom 14.10.1992, Appl. No. 17392/90, § 2.

18 EGMR, *Stocké v. Germany*, Urteil vom 19.03.1991, Appl. No. 11755/85, § 166; EGMR, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Urteil vom 26.06.1992, Appl. No. 12747/87, § 91.

19 EGMR, *Loizidou v. Turkey*, 23.03.1995, Appl. No. 40/1993/435/514, § 62.

20 EGMR, *Cyprus v. Turkey*, Urteil vom 10.05.2001, Appl. No. 25781/94, § 77; EGMR, *Dijavit An v. Cyprus*, Urteil vom 20.02.2003, Appl. No. 20652/92, §§ 18-23.

scharf kritisierten²¹ Entscheidung Bankovic eine gewisse Einschränkung erhalten. Der EGMR sah die Bombardierung Jugoslawiens durch mehrere Vertragsstaaten nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt an. Er betonte nunmehr das Regel-Ausnahmeverhältnis: Art. 1 EMRK statuiere das territoriale Konzept der Hoheitsgewalt als Regel. Die extritoriale Anwendung der EMRK könne nur die Ausnahme sein, die bei besonderen Umständen des Einzelfalls anzunehmen sei.²² Ausgangspunkt der in Bankovic gegebenen Begründung ist das Territorialitätsprinzip. Hiernach übt jeder Staat auf seinem Staatsgebiet unbeschränkte Hoheitsmacht aus. Unter Berufung hierauf betont der EGMR, dass die extritoriale Ausübung von Hoheitsmacht i.S.d. Art. 1 EMRK gegenüber der Territorialhoheit des anderen Staates nachrangig sei. Zudem dürfe ein Staat grundsätzlich nur dann auf fremdem Gebiet eines anderen Staates Hoheitsgewalt ausüben, wenn letzterer es ihm gestatte.²³ Obwohl dies zunächst auf eine starke Einschränkung der extritorialen Geltung hinzudeuten schien, hat der Gerichtshof auch nach Bankovic mehrfach eine extritoriale Geltung angenommen.²⁴ Das Urteil kann man daher keinesfalls als pauschales Argument gegen extritoriale Geltung heranziehen.²⁵ Das gilt umso mehr, als der Gerichtshof seine vorangegangene Rechtsprechung in Bankovic grundsätzlich bestätigte²⁶ und den Anwendungsbereich der EMRK nur aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht als gegeben ansah.²⁷

Vor allem hat der EGMR in der Folge der Entscheidung Bankovic verschiedene Ausnahmetatbestände für eine extritoriale Wirkung der EMRK weiterentwickelt, die in seiner Rechtsprechung schon früh angelegt waren.²⁸ Die für den vorliegenden Sachzusammenhang der Pirateriebekämpfung auf

21 Vgl. Breuer, Völkerrechtliche Implikationen des Falles Öcalan, EuGRZ 2003, S. 449 (450); Lawson, in: Coomans / Kamminga, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Morsel 2004, S. 83 ff.

22 EGMR, Bankovic and Others v. Belgium and Others, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 59 ff.

23 EGMR, a.a.O., §§ 60 f; zu weiteren Argumenten vgl. §§ 61-75.

24 EGMR, Öcalan v. Turkey, Urteil vom 12.03.2003, Appl. No. 46221/99, § 93; Öcalan v. Turkey, Urteil vom 12.12.2005 (Grand Chamber), Appl. No. 46221/99, § 91; i. Erg. ebenso, aber aufgrund der Tatsachenlage abgelehnt Issa and Others v. Turkey, Urteil vom 16.11.2004, Appl. No. 31821/96, § 71 ff.

25 Ebenso Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Oxford 1996, S. 246.

26 EGMR, Bankovic and Others v. Belgium and Others, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, §§ 67-73.

27 EGMR, a.a.O., §§ 74 ff.

28 Ausf. zur Systematik der Extritorialität der EMRK-Rechte Fischer-Lescano/Löhr/Tohidipur, Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law, International Journal of Refugee Law 21 (2009), S. 256 ff.

Hoher See und in fremdstaatlichen Küstengewässern relevanten Linien der Rechtsprechung des EGMR kann man wie folgt zusammenfassen:

aa) Exterritorial ausgeübte effektive Hoheitsgewalt

Zunächst kann eine extritoriale Wirkung von Art. 1 EMRK zumindest dann angenommen werden, wenn ein Staat zwar keine effektive Gesamtkontrolle über ein bestimmtes Gebiet ausübt, jedoch im Einzelfall Personen dergestalt in seinen Einflussbereich bringt, dass sie – wie im Fall von Festnahmen im Ausland – unter dessen „Gewalt und Kontrolle“ („authority and control“) stehen. Diese Ausnahme von der Territorialität der Geltung der EMRK ergibt sich insbesondere aus der Entscheidung im Fall *Öcalan*.²⁹ Diesem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Jahr 1999 wurde der Beschwerdeführer Abdullah Öcalan, früherer Anführer der Kurdischen Arbeiterpartei, in Kenia von türkischen Spezialeinheiten verhaftet. Er wurde mit einem Flugzeug unbekannter Flagge in die Türkei geflogen und dort in ein Hochsicherheitsgefängnis verbracht. Da die Verhaftung außerhalb des türkischen Territoriums geschah, war zu prüfen, ob diese extritoriale Handlung an die EMRK gebunden war. Der EGMR bejaht eine Geltung der EMRK auch außerhalb des türkischen Staatsgebietes. Zur Begründung wird ausgeführt, dass sich der Beschwerdeführer unter effektiver, türkischer Hoheitsgewalt befand. Denn nach der Verhaftung wurde der Beschwerdeführer physisch zur Rückkehr in die Türkei gezwungen. In der Entscheidung der Grand Chamber hat der EGMR festgehalten:

“It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey (see, in this respect, the aforementioned decisions in the cases of *Illich Ramirez Sánchez v. France* and *Freda v. Italy*; and, by converse implication, the *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States* decision ((dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII)).³⁰

Für den vorliegenden Zusammenhang der Pirateriebekämpfung bedeutet das, dass der Anwendungsbereich spätestens dann eröffnet ist, wenn die Verdächtigen sich in der Hand der Hoheitsorgane eines Mitgliedstaates der EMRK be-

29 EGMR, *Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12.03.2003, Appl. No. 46221/99.

30 EGMR, Grand Chamber, *Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12.05.2005, Appl. No. 46221/99, Rdnr. 91.

finden oder durch Anordnungen (Zurückweisungen, Androhungen von Verwaltungszwang etc.) unmittelbar durch Hoheitsakte betroffen sind.

bb) Seerechtliche Flaggenhoheit als Hoheitsgewalt

Eine effektive Ausübung der Hoheitsgewalt außerhalb des Territorialgebietes ist darüber hinaus gegeben, wenn die faktische oder rechtliche Hoheitsbeziehung auf Schiffen der Mitgliedstaaten der EMRK eintritt. Der EGMR bejaht ausdrücklich die extritoriale Wirkung der EMRK an Bord von Schiffen.³¹ Dem ist als unmittelbare Konsequenz aus Art. 92 SRÜ zuzustimmen. Diese Norm definiert die sogenannte Flaggenhoheit. Sie führt als funktionale Hoheitsgewalt dazu, dass der Staat auf einem Schiff, das unter seiner Flagge fährt, Hoheitsgewalt ausübt. Daher gilt an Bord auch die Rechtsordnung des Flaggenstaates.³² Gegenüber allen Personen, die sich an Bord eines unter der Flagge eines Mitgliedstaates fahrenden Schiffes befinden, ist die Besatzung an die EMRK gebunden.³³ Fraglich ist aber, ob an Bord befindliche Besatzungsmitglieder aufgrund der Flaggenhoheit auch gegenüber solchen Personen an die EMRK gebunden sind, die sich im Wasser oder an Bord anderer Schiffe befinden. Diese Konstellation ist vom EGMR noch nicht explizit judiziert worden. In der Zulässigkeitsentscheidung im Fall *Xhavara* hat der EGMR in dieser Hinsicht aber entschieden, dass Grenzkontrollmaßnahmen italienischer Behörden auf Hoher See und im Küstengewässer Albaniens, die auf Grundlage einer bilateralen Vereinbarung zwischen Italien und Albanien stattfinden, die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Italiens begründen und die Anwendbarkeit der EMRK auslösen können.³⁴ Das spricht letztlich für eine Anwendbarkeit der Menschenrechte nicht nur an Bord der Schiffe der Mitgliedstaaten, sondern auch im Hinblick auf Personen im Umfeld der jeweiligen Schiffe, sofern eine faktische Hoheitsbeziehung besteht.

31 EGMR, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Entscheidung vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, S. 333, § 73, unter Verweis auf Gewohnheits- und Völkervertragsrecht; ebenso bereits die Kommission, vgl. EKMR, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, Decisions and Reports 2 (1975), 125, 136.

32 Röben, in: Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar EMRK/GG, Tübingen 2006, Kap. 5, Rdnr. 89; Oxman, in: Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Vol. II, Jurisdiction of States, Tokyo 1995, S. 55 (58).

33 Ebenso Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Berlin 2007, S. 41.

34 EGMR, *Xhavara u.a. v. Italien & Albanien*, 39473/98, Entscheidung vom 11.01.2001.

cc) *Fiktion von Hoheitsgewalt durch das Umgehungsverbot*

Zudem formulierte der EGMR in der Entscheidung *Issa* ein menschenrechtliches Umgehungsverbot für extratoriales Handeln. Art. 1 EMRK müsse in einer Weise interpretiert werden, die es Staaten nicht erlaubt, auf dem Territorium eines anderen Staates Handlungen zu begehen, die er auf eigenem Territorium nicht vornehmen dürfte:

“Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully - in the latter State (see, *mutatis mutandis*, *M. v. Denmark*, application no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193; *Illich Sanchez Ramirez v. France*, application no. 28780/95, Commission decision of 24 June 1996, DR 86, p. 155; *Coard et al. v. the United States*, the Inter-American Commission of Human Rights decision of 29 September 1999, Report No. 109/99, case No. 10.951, §§ 37, 39, 41 and 43; and the views adopted by the Human Rights Committee on 29 July 1981 in the cases of *Lopez Burgos v. Uruguay* and *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, nos. 52/1979 and 56/1979, at §§ 12.3 and 10.3 respectively). Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (*ibid.*).”³⁵

Hinzu kommt, dass der Gerichtshof das Erfordernis extratorialer Geltung an anderer Stelle damit begründet hat, dass das Entstehen eines menschenrechtlichen Vakuums verhindert werden müsse. Er bezog sich dabei auf Aktionen türkischer Sicherheitskräfte im Norden Zyperns und sah die Ordnung der EMRK dadurch als gefährdet an, dass die zypriotische Regierung als Vertragsstaat der EMRK nicht in der Lage war, ihrer menschenrechtlichen Garantstellung gerecht zu werden.³⁶

c) *Extratoriale Geltung nach der EU-Grundrechtecharta*

Eine Extratorialbindung könnte sich daneben auch aus der europäischen Grundrechtecharta (GRCh) ergeben. Bis zum Inkrafttreten des Lissabonvertrages sind der GRCh zwar keine formellen Rechtsbindungen zu entnehmen. Der EuGH bezieht die GRCh aber in seiner jüngsten Rechtsprechung in die Er-

35 EGMR, *Issa and Others v. Turkey*, Urteil vom 16. November 2004, Appl. No. 31821/96, § 71.

36 EGMR, *Cyprus v. Turkey*, Urteil vom 10. Mai 2001, Appl. No. 25781/94, § 78.

kenntnisquellen ein, anhand derer er die Europäischen Grundrechte entwickelt.³⁷ Art. 51 GRCh, der den Anwendungsbereich der GRCh regelt, stellt nicht auf das Territorium, sondern auf die verpflichteten Hoheitsträger ab. Die GRCh gilt für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten. Voraussetzung ist, dass es sich um Maßnahmen handelt, die im Rahmen der Durchführung des Rechts der Union stehen.³⁸ Das ist bei den Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie der Fall, sofern sie im Zusammenhang der Operation Atalanta stehen.

Die Operation Atalanta ist Resultat der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP des Rates der Europäischen Union vom 10. November 2008.³⁹ Gemeinsame Aktionen des Rates finden im Primärrecht der EU ihre Rechtsgrundlage in den Artikeln 14, 25 Abs. 3 und 28 Abs. 3 EU. Nach Art. 14 Abs. 3 EU sind Gemeinsame Aktionen für die Mitgliedstaaten bei ihren Stellungnahmen bindend. Im Rahmen der Operation Atalanta führen die Mitgliedstaaten der EU daher Unionsrecht i.S.d. Art. 51 GRCh durch.

Die Eröffnung des Geltungsbereichs der GRCh im vorliegenden Sachverhalt führt nicht dazu, dass die grundgesetzlichen Wertungen über den Anwendungsvorrang des supranationalen Rechts verdrängt würden. Gemeinsame Aktionen des Rates sind Maßnahmen der „Dritten Säule“ der Europäischen Union und stehen außerhalb der supranationalen Entscheidungsstruktur. Wie das BVerfG in der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl festgehalten hat, ist das Unions- im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht trotz des fortgeschrittenen Integrationsstandes weiterhin eine Teilrechtsordnung, die bewusst dem Völkerrecht zugeordnet ist. Die mitgliedstaatlichen Legislativorgane behalten die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung. Das Unionsrecht und die gebotene Anwendbarkeit der GRCh stehen der Anwendbarkeit der grundgesetzlich geschützten Grundrechte in diesem Bereich nicht entgegen, eine wie auch immer geartete Vorrangwirkung scheidet aus.⁴⁰

Die Geltung der Grundrechte der EU tritt somit neben die Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes, einen Anwendungsvorrang gibt es in dieser Hinsicht nicht.

37 EuGH, Rs. C-291/05, Familiennachzug, Urteil v. 27. Juni 2006, Rn. 38 m.w.N.

38 Details bei Borowsky, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2006, Art. 51, Rdnr. 16 ff.

39 Rat der Europäischen Union, Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP vom 10. November 2008, ABl. L 301 v. 12.11.2008, 33 ff.

40 BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.07.2005, Rdnr. 80 f.

d) *Exterritoriale Geltung nach dem UN-Zivilpakt*

Daneben könnte in den Fällen der Pirateriebekämpfung der Anwendungsbereich des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt)⁴¹ eröffnet sein. Der Schutz des Paktes erstreckt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 UN-Zivilpakt auf alle Personen, die sich im Gebiet eines Vertragsstaates und seiner Hoheitsgewalt befinden. Das vertraglich zuständige Überwachungsorgan, der Ausschuss für Menschenrechte, geht auch von einem extritorialen Schutz des Paktes aus. Der Ausschuss hat bereits 1981 festgestellt, dass es für die nach Art. 2 Abs. 1 des UN-Sozialpaktes erforderliche Begründung von Herrschaftsgewalt nicht auf den Ort der staatlichen Handlung ankomme, sondern darauf, ob sich in der Beziehung zwischen Staat und Individuum eine Menschenrechtsverletzung ergebe.⁴² Der Ausschuss bekräftigte dies 2004 in seinem General Comment No. 31 und stellte unabhängig vom Ort des Geschehens allein darauf ab, ob sich die Person in der Gewalt oder unter effektiver Kontrolle des Staates befindet.⁴³

e) *Zwischenergebnis*

Exterritoriale Bindungswirkungen an die Grund- und Menschenrechte ergeben sich für deutsche Hoheitsorgane nicht nur aus dem Grundgesetz, sondern insbesondere auch aus der EMRK, den Unionsgrundrechten und dem UN-Zivilpakt.

2. *Keine Spezialität des humanitären Völkerrechts*

Nach früheren Auffassungen zur Exklusivität des humanitären Völkerrechts wäre es denkbar, dass die Anwendbarkeit der Grund- und Menschenrechts-

41 BGBl. 1973 II 1534.

42 Human Rights Committee, Delia Saldias de Lopez v. Uruguay, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (29.07.1981), §§ 12.1.-12.3.; ebenso Human Rights Committee, Communication No. 106/1981: Uruguay, UN Doc. CCPR/C/18/D/106/1981 (31.03.1983), § 5.

43 Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26.05.2004), § 10: „States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.“

normen daran scheitert, dass bei den Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie der Anwendungsbereich der Genfer Abkommen eröffnet wäre.

a) *Anwendung der Genfer Abkommen*

Die Anwendung der Genfer Abkommen (GA) setzt voraus, dass es sich bei dem Delikt der Piraterie und den in diesem Zusammenhang stehenden Bekämpfungsmaßnahmen um einen „bewaffneten Konflikt“ i.S.d. humanitären Völkerrechts handelt. Dass zwischen den der Piraterie Verdächtigen und den Mitgliedstaaten, die Maßnahmen gegen die Piraterie ausüben, ein internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt, würde voraussetzen, dass die Auseinandersetzungen einen staatsbezogenen Charakter haben. Denn Art. 2 GA verlangt, dass ein bewaffneter Konflikt zwischen Nationalstaaten vorliegt.

Eine solche zwischenstaatliche Situation gibt es bei der Piraterie und den Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung nicht. Piraterie ist seit dem Inkrafttreten des SRÜ in der *lex specialis* des Art. 101 lit. a) SRÜ legaldefiniert als „jede rechtswidrige Gewalttat oder Freiheitsberaubung oder jede Plünderung, welche die Besatzung oder die Fahrgäste eines privaten Schiffes oder Luftfahrzeugs zu privaten Zwecken begehen und die gerichtet ist i) auf Hoher See gegen ein anderes Schiff oder Luftfahrzeug oder gegen Personen oder Vermögenswerte an Bord dieses Schiffes oder Luftfahrzeugs; ii) an einem anderen Ort, der keiner staatlichen Hoheitsgewalt untersteht, gegen ein Schiff, ein Luftfahrzeug, Personen oder Vermögenswerte“. Die Privatgerichtetheit des Delikts macht diese Akte zu deliktischen Handlungen, die nicht nur nicht staatsgerichtet sind, sondern die die Annahme eines internationalen bewaffneten Konfliktes ausschließen.

Bleibt die Frage, ob es sich um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt handeln könnte. In Art. 1 Abs. 2 des ZP II zu den GA wird der Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten für „Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen, die nicht als bewaffnete Konflikte gelten“, ausgeschlossen. Das ICTY hatte in der Tadic-Entscheidung 1997 hier präzisiert und den bewaffneten Konflikt von „banditry, unorganized and short-lived insurrections“ abgegrenzt.⁴⁴

Delikte der Piraterie, sofern sie von Privaten gegen Private verübt werden, unterfallen daher im Grundsatz nicht den Genfer Abkommen.⁴⁵

44 ICTY, Tadic, IT-94-I-T, 7.5.1997, Rdnr. 562.

45 Das mag anders sein, wenn man es mit Fällen von Mitgliedern der Somalischen Kü-

b) *Kein Spezialitätsverhältnis*

Selbst wenn der Anwendungsbereich der Genfer Abkommen eröffnet wäre, verdrängt dies nach mittlerweile herrschender Auffassung nicht im Wege der Exklusivität das Friedensvölkerrecht in genereller Form.⁴⁶ In diesem Sinne hat auch der EGMR in den Entscheidungen im Loizidou-Fall, im Khashiyev-Fall, im Ergi-Fall und im Fall Isayeva die Anwendbarkeit der EMRK bei bewaffneten Auseinandersetzungen nicht ausgeschlossen.⁴⁷

Auch der IGH hält die allgemeinen Menschenrechte im Fall bewaffneter Konflikte für anwendbar. In seinem Gutachten im Fall Construction of a Wall hat er festgestellt:

„More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.“⁴⁸

Konsequenterweise verlangt auch die Resolution 1851 (2008) des UN-Sicherheitsrates, in der dieser zu weiteren Maßnahmen gegen die Seepiraterie vor Somalia ermächtigt in Ziff. 7 explizit, dass die

„ergriffenen Maßnahmen im Einklang mit dem anwendbaren humanitären Völkerrecht und den internationalen Menschenrechtsnormen stehen müssen“.

tenwache zu tun hat, hierzu: Passman, Protections afforded to Captured Pirates under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal 33 (2008), S. 1 ff. (16 ff.).

46 Bothe, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte: Auf der Suche nach Synergien und Schutzlücken, in: Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl 2006, S. 63 ff; siehe ferner Meron, The Humanization of Humanitarian Law, AJIL 94 (2000), S. 239 ff. (266-73) und Watkin, Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, AJIL 98 (2004), S. 1 ff.

47 EGMR, Loizidou. ./ Türki, Ser. A 310 = EuGRZ 1997, S. 555 ff.; EGMR, Khashiyev & Akayeva ./ Russland, Appl. No. 57942/00 & 57945/00, 24.02.2005; EGMR, Ergi ./ Türki, Appl. No. 23818/94, 28.07.1998; siehe ferner: EGMR, Gul ./ Türki, Appl. No. 22676/93, 14.12.2000 und Ahmet ./ Türki, Appl. No. 21689/93, 6.4.2004; EGMR, Isayeva u.a. ./ Russland, Appl. No. 57950/00 24.02.2005, Rdnr. 191.

48 IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten, 9. Juli 2004, Ziff. 106.

3. *Keine Übertragung deutscher Hoheitsgewalt*

Voraussetzung einer Bindung deutscher Hoheitsorgane an Grund- und Menschenrechte im genannten Sinn ist ferner, dass die Soldatinnen und Soldaten „deutsche Hoheitsgewalt“ ausüben, also dass die Hoheitsgewalt nicht auf eine Internationale Organisation übertragen worden ist.

Das wäre der Fall, wenn die Rechtsprechung des EGMR für Einsätze im Rahmen der Treuhandverwaltung der Vereinten Nationen in der Entscheidung *Behrami & Saramati* vom 31. Mai 2007 auf die vorliegende Konstellation des Atalanta-Einsatzes anzuwenden wäre. Nach der Entscheidung des EGMR soll eine Anwendbarkeit der EMRK nicht gegeben sein, wenn Staaten Hoheitsgewalt an Internationale Organisationen übertragen und diese – wie im konkret entschiedenen Einsatz im Rahmen der Peacekeeping-Mission im Kosovo – außerhalb des Territoriums der jeweiligen Staaten ausgeübt wird.⁴⁹ Ist aber keine Hoheitsgewalt an Internationale Organisationen übertragen worden, so ist die EMRK anwendbar. In der Entscheidung *Behrami Saramati* war die besondere Delegationsausgestaltung in der Resolution 1244 (1999) ausschlaggebend. Eine solche enge Einbindung und operative Vorstrukturierung der militärischen Operation Atalanta finden sich in den die Piraterie betreffenden Resolutionen 1814 (2008) vom 15. Mai 2008, 1816 (2008) vom 2. Juni 2008, 1838 (2008) vom 7. Oktober 2008, 1846 (2008) vom 2. Dezember 2008 und 1851 (2008) vom 16. Dezember 2008 des UN-Sicherheitsrats nicht. Eine Übertragung der Hoheitsgewalt auf die Vereinten Nationen hat demnach nicht stattgefunden.

Auch an die EU wurden keine Hoheitsrechte übertragen. Nach Art. 14 Abs. 3 EU sind Gemeinsame Aktionen für die Mitgliedstaaten völkerrechtlich verbindlich. Sie verpflichten zur Kohärenz des gemeinsamen außenpolitischen Vorgehens und verhindern abweichendes einzelstaatliches Verhalten. Allerdings bedeutet dies nicht, dass die Staaten im Rahmen einer Gemeinsamen Aktion die Hoheitsgewalt übertragen.⁵⁰ Denn Gemeinsame Aktionen entwickeln keine unmittelbare Rechtskraft. Vielmehr werden die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert, auf nationalstaatlicher Ebene entsprechende Regelungen zu treffen. In der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP vom 10. November 2008 finden sich dann zwar Regelungen wie Art. 6, der die politische Kontrolle und strategische Leitung der Aktion betrifft. Das impliziert aber keinen Übergang der Hoheitsgewalt.

49 EGMR, *Behrami v. France & Saramati v. France, Germany & Norway*, Appl. No. 78166/01 & 71412/01, Entscheidung vom 31.05.2007, § 151.

50 Details bei Bashlinskaya, *Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz*, ZERP-Diskussionspapier 2/2005, abrufbar über <<http://www.zerp.eu>>, S. 30 f.

Eine Übertragung von Hoheitsgewalt im Rahmen der Atalanta-Maßnahmen hat weder auf die UN noch auf die EU stattgefunden. Die Angehörigen der deutschen Bundesmarine üben im Rahmen der Maßnahmen „deutsche Hoheitsgewalt“ i.S.d. Art. 1 EMRK aus.

4. *Zwischenergebnis*

Die Bundesmarine ist bei den Maßnahmen zur Bekämpfung der Seepiraterie auf Hoher See und in den Küstengewässern Somalias an die Grund- und Menschenrechte gebunden. Das gilt insbesondere für die sich aus dem Grundgesetz, der EMRK, dem Unionsrecht und dem UN-Zivilpakt ergebenden Pflichten. Die Normen des humanitären Völkerrechts schließen eine Anwendung der Grund- und Menschenrechte nicht aus. Eine Übertragung der Hoheitsgewalt hat weder auf die Vereinten Nationen noch die EU stattgefunden.

III. Rechtsfragen der Festnahme

Da deutsche Hoheitsträger auch exterritorial an Grund- und Menschenrechte gebunden sind, ist zu prüfen, ob sie durch die Festnahme von der Piraterie verdächtigen Personen in den Schutzbereich eines Grund- bzw. Menschenrechts eingreifen (hierzu III.1.), ob – für den Fall, dass ein Grundrechtseingriff gegeben ist – eine Rechtfertigungsgrundlage für den Eingriff (hierzu III.2.) vorliegt und ob die Bundeswehr (hierzu III.3.) zu einem solchen Grundrechtseingriff befugt ist.

1. *Eingriffe in Schutzbereiche*

Fraglich ist, ob die Festnahme von der Piraterie Verdächtigen im Rahmen der Operation Atalanta in den Schutzbereich der Grund- und Menschenrechte eingreift.

a) *Freiheitsentziehung*

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt wie auch Art. 5 Abs. 1 EMRK, Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 9 des UN-Zivilpaktes die Freiheit der Person. Der Schutz nach dem Grundgesetz umfasst die körperliche Bewegungsfreiheit jeder natürlichen Person. Eine Beeinträchtigung dieses Grundrechts liegt immer dann vor, wenn Maßnahmen der öffentlichen Gewalt die Bewegungsfreiheit des Grundrechtsträgers gänzlich oder auf einen engsten

Raum beschränken. Auf den Zweck einer Freiheitsentziehung kommt es für einen Eingriff nicht an.⁵¹

Der Schutzbereich eines Grundrechts ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht anders als bei Fällen ohne transnationale Elemente zu bestimmen. Die Eröffnung des Schutzbereichs ist insbesondere nicht abhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage die jeweiligen Maßnahmen stattfinden. Das Grundgesetz determiniert die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen, nicht die Rechtsgrundlagen determinieren die Anforderungen des Grundgesetzes. Der Schutzbereich der Grund- und Menschenrechte ist im Bereich der o.g. Mindestgarantien auch bei transnationalen Sachverhalten nach traditionellen Regeln festzulegen.⁵² Sobald jemand festgenommen wird, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vor. In Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK, Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 9 UN-Zivilpakt wird wortgleich jeder Person „das Recht auf Freiheit und Sicherheit“ zugesprochen. Auch in diese Schutzbereiche wird mit einer Festnahme eingegriffen. Dies ergibt sich bereits aus den ergänzenden Regelungen, auf die im Folgenden eingegangen wird.

b) Richtervorbehalt

Als solche ergänzende Regelungen könnten Normen, die in einem systematischen Zusammenhang mit dem Recht auf Freiheit der Person stehen, durch eine Festnahme angetastet sein.

Im Fall einer Festnahme von der Piraterie Verdächtigen durch Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr kommen auch Art. 104 Abs. 2 und 3 GG zur Anwendung. Nach Art. 104 Abs. 3 GG ist jeder „wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat“. Hier ist zu beachten, dass Art. 104 Abs. 3 GG strengere Anforderungen stellt als etwa Art. 104 Abs. 2 GG, indem nicht nur eine richterliche Entscheidung, sondern eine persönliche Gegenüberstellung des vorläufig Festgenommenen erfolgen muss.⁵³ Art. 104 Abs. 3 S. 2 GG regelt des Weiteren, dass die Gegenüberstel-

51 BVerfGE 83, 24 (31).

52 Baldus, Transnationales Polizeirecht. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten, Baden-Baden 2000, S. 160.

53 Dürig, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 54. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 42; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 5. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 39; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München 2005, Art. 104, Rdnr. 50.

lung unverzüglich zu erfolgen hat. „Unverzüglich“ ist hier nicht im Sinne des § 121 BGB zu verstehen, sondern bedeutet, dass die Gegenüberstellung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen (tatsächlichen oder rechtlichen) Gründen rechtfertigen lässt, erfolgen muss.⁵⁴ Dies ist nach objektiven Maßstäben zu bewerten.⁵⁵ Allerdings setzt Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG eine Höchstdauer der Freiheitsentziehung von 48 Stunden fest. Diese Frist bindet nicht nur die Polizei, da sich Art. 104 GG gegen jede öffentliche Gewalt richtet. Wenn die Bundeswehr rechtswidrig einen einer Straftat Verdächtigen festnimmt, kann die Bindung an Art. 104 GG nicht unterbleiben. Denn Adressaten des Art. 104 GG sind primär die öffentlichen Gewalten, also staatliche Stellen.⁵⁶

Ist binnen der in Art. 104 Abs. 3 S. 2 GG bestimmten Frist keine Vorführung vor einen Richter möglich, so sind die vorläufig Festgenommenen aus der Haft zu entlassen.⁵⁷ Andernfalls ist der Tatbestand der Freiheitsberaubung im Amt erfüllt.⁵⁸ Der Wortlaut des Grundgesetzes ist in dieser Hinsicht strikt. Zu einer Fristverlängerung darf es auch dann nicht kommen, wenn bereits festgestellt worden ist, dass die richterliche Entscheidung nicht mehr rechtzeitig ergehen kann, weil beispielsweise die Entscheidung nicht unverzüglich beantragt worden ist.⁵⁹ Eine Ausdehnung der 48-Stunden-Frist kommt nicht in Betracht. Allenfalls im Verteidigungsfall nach Art. 115 a GG darf die Polizei gemäß Art. 115 c Abs. 2 Nr. 2 GG zur Freiheitsentziehung bis zu vier Tagen ermächtigt werden, sofern es ihr nicht möglich ist, den Festgenommenen unverzüglich einem Richter vorzuführen.⁶⁰ Hier ist jedoch ganz offensichtlich nicht der Verteidigungsfall gegeben.

54 BVerfGE 105, 239, 249; BVerwGE 45, 51, 63; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 5. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 33; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München 2005, Art. 104, Rdnr. 67.

55 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 28.

56 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München 2005, Art. 104, Rdnr. 16.

57 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 28; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München 2005, Art. 104, Rdnr. 67.

58 Dürig, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 54. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 2 und 42; Schulze-Fielitz, in: Dreier, 2. Aufl., Grundgesetz, Tübingen 2008, Art. 104, Rdnr. 55; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 28.

59 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl., München 2009, Art. 104, Rdnr. 28.

60 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München 2005, Art. 104, Rdnr. 59.

Man kann auch nicht, in diese Richtung gingen Überlegungen von Jochen Frowein,⁶¹ zwischen einem unfreiwilligen Aufenthalt eines Piraten auf einem deutschen Kriegsschiff und einer förmlichen Festnahme differenzieren und damit eine Gewahrsamkategorie schaffen, die Freiheitsentziehungen aus dem Schutzbereich des Art. 104 GG herausdefiniert. Diese Rechtsauffassung widerspricht auch den Entscheidungen des EGMR. Die EMRK sieht in Art. 5 Abs. 1 c) EMRK einen Richtervorbehalt vor. Demnach ist eine Festnahme bzw. Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde dann rechtmäßig, „wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern“. Nach Art. 5 Abs. 3 EMRK muss jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die EMRK verlangt demnach nur „Unverzüglichkeit“, sie setzt keine Ausschlussfrist wie das Grundgesetz. Dementsprechend hat der EGMR in der Rechtssache Medvedyev gegen Frankreich auch einen längeren Aufenthalt an Bord nicht als Verletzung des Unverzüglichkeitserfordernisses gesehen.⁶²

Auch Art. 9 Abs. 3 UN-Zivilpakt stellt auf diese Unverzüglichkeit ab, indem dort geregelt ist, dass

„jeder, der unter dem Vorwurf einer strafbaren Handlung festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Amtsperson vorgeführt werden [muss] und Anspruch auf ein Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung aus der Haft [hat].“

61 Frowein, Deutschlands Marine darf schon jetzt Piraten verfolgen (Interview), Spiegel online v. 26.11.2008, abrufbar unter (25.05.2009) <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,592618,00.html>>: „Klar ist, dass die Piraten vor deutsche Gerichte gebracht werden dürfen. Und was nach dem Grundgesetz sichergestellt sein muss, ist, dass sie am nächsten Tag nach der förmlichen Festnahme – per Hubschrauber und Flugzeug – einem deutschen Haftrichter vorgeführt werden. Ich sehe wirklich keinen Grund, warum das nicht möglich sein sollte, wenn es sich um Fälle von Gewicht handelt. Ob dabei jeder unfreiwillige Aufenthalt eines Piraten auf einem deutschen Kriegsschiff als förmliche Festnahme zu qualifizieren ist, die diese Frist auslöst, bedarf noch der Prüfung.“

62 EGMR, Medvedyev et al. v. Frankreich, Appl. No. 3394/03, Urteil vom 10. Juli 2008.

c) *Zwischenergebnis*

Bei Festnahmen von der Piraterie verdächtigten Personen sind die Festgenommenen nach den völkerrechtlichen Normtexten unverzüglich, nach dem Grundgesetz spätestens binnen 48 Stunden einem zuständigen Richter vorzuführen. Das Grundgesetz sieht in dieser Frage die strengere Regel vor. Diese wird durch die völkerrechtlichen Normen nicht derogiert. Nach spätestens 48 Stunden haben also deutsche Hoheitsträger die Festgenommenen einem Richter zuzuführen.

2. *Eingriffsgrundlagen*

Die hier angetasteten Grundrechte gelten nicht schrankenlos. So kann nach dem Grundgesetz die Freiheit auf Grund eines förmlichen Gesetzes und unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden (Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG). Der Gesetzesvorbehalt gilt auch nach Art. 5 EMRK. Deshalb ist zu prüfen, ob hier Eingriffsgrundlagen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen könnten, gegeben sind. Hier kommt vor allem eine Rechtfertigung nach Art. 105 SRÜ i.V.m. den Resolutionen des UN-Sicherheitsrates und eine Rechtfertigung nach § 127 StPO in Frage.

a) *§ 127 StPO*

Zunächst zu § 127 StPO: Nach § 127 Abs. 1 StPO ist jedermann berechtigt, eine Person festzunehmen, die auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird, wenn sie der Flucht verdächtig ist oder ihre Identität nicht sofort festgestellt werden kann.

Zunächst ist zu beachten, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, § 127 StPO als Rechtsgrundlage für die gezielte Entsendung in vorläufige Festnahmesituationen zu nutzen. Hinzu kommt, dass § 127 StPO exterritorial keine Anwendung findet. Als Umkehrschluss aus § 10a StPO („Ist für eine Straftat, die außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes im Bereich des Meeres begangen wird, ein Gerichtsstand nicht begründet, so ist Hamburg Gerichtsstand; zuständiges Amtsgericht ist das Amtsgericht Hamburg.“) ergibt sich, dass die StPO auf Hoher See und in fremden Küstengewässern nicht zur Anwendung kommt. Auch über § 10 StPO kann eine Anwendbarkeit des § 127 StPO in der Bekämpfung der Piraterie vor Somalia nicht begründet werden. In diesem Sinn hat der BGH im April 2009 entschieden, dass die StPO auch nicht an Bord der vor Somalia stationierten Schiffe zur Anwendung kommt. Zwar treffe es zu, dass nach dem Flaggengrundsatz die Hoheitsgewalt über Schiffe dem Staat zustehe, unter dessen Flagge es registriert ist. Der Flaggenstaat übe damit auch

die Strafgewalt über die auf dem Schiff begangenen Straftaten aus, unabhängig davon, wo es sich zum Tatzeitpunkt befindet und welche Staatsangehörigkeit die Täter haben:

„Aus dieser ‚pragmatischen extraterritorialen Hoheits- und Strafgewaltserstreckung‘“, so der BGH unter Berufung auf Kai Ambos, „kann jedoch für den Anwendungsbereich des § 10 StPO nicht gefolgert werden, dass Straftaten auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Schiff innerhalb des Geltungsbereichs der Strafprozessordnung begangen worden sind. Dass eine solche Auslegung nicht zutreffen kann, ergibt sich bereits daraus, dass sie dem § 10 StPO keinen Anwendungsbereich beließe. Vielmehr entspricht der Geltungsbereich der Strafprozessordnung im Sinne des § 10 Abs. 1 StPO dem Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland: Er umfasst an Land das Gebiet innerhalb der Bundesgrenzen, an der deutschen Küste die Eigengewässer und das Küstenmeer sowie allgemein den über den vorgenannten Bereichen liegenden Luftraum. Jenseits dieser Gebiete beginnt der von § 10 erfasste Bereich (Löwe-Rosenberg/Erb StPO 26. Aufl. § 10 Rdnr. 1). Diese Bestimmung ist also nur dann unanwendbar, wenn die Tat ausschließlich in dem vorbezeichneten räumlichen Bereich begangen worden ist (Erb aaO Rn. 3); so liegt der Fall hier indes nicht.“⁶³

Demnach scheidet eine Anwendbarkeit des § 127 StPO sowohl auf Hoher See, als auch in den Gewässern Somalias sowie auf den unter deutscher Flagge fahrenden Schiffen vor Somalia aus. Die Norm stellt keine Eingriffsgrundlage für Festnahmen Verdächtiger dar.

b) Art. 105 SRÜ i.V.m. den Resolutionen des Sicherheitsrates

Denkbar ist ferner, dass die UN-Resolutionen i.V.m. mit Art. 105 SRÜ, sofern die Norm mit dem deutschen Umsetzungsgesetz⁶⁴ nach Art. 59 GG bzw. als völkergewohnheitsrechtlicher Rechtssatz über Art. 25 GG in die deutsche Rechtsordnung eingeführt wird, eine Eingriffsgrundlage darstellen. Art. 105 SRÜ besagt:

„Jeder Staat kann auf Hoher See oder an jedem anderen Ort, der keiner staatlichen Hoheitsgewalt untersteht, ein Seeräuberschiff oder -luftfahrzeug oder ein durch Seeräuberei erbeutetes und in der Gewalt von Seeräubern stehendes Schiff oder Luftfahrzeug aufbringen, die Personen an Bord des Schiffes oder Luftfahrzeugs festnehmen und die dort befindlichen Vermögenswerte beschlagnahmen. Die Gerichte des Staates, der das Schiff oder Luftfahrzeug aufgebracht hat, können über die zu verhängenden Strafen entscheiden sowie die Maßnahmen festle-

63 BGH, 2. Strafsenat, 07.04.2009, 2 ARs 180/09.

64 BGBl. 1994 II 1798.

gen, die hinsichtlich des Schiffes, des Luftfahrzeugs oder der Vermögenswerte zu ergreifen sind, vorbehaltlich der Rechte gutgläubiger Dritter.“

Art. 107 SRÜ, der in diesem Zusammenhang zu nennen ist, lautet:

„Ein Aufbringen wegen Seeräuberei darf nur von Kriegsschiffen oder Militärluftfahrzeugen oder von anderen Schiffen oder Luftfahrzeugen vorgenommen werden, die deutlich als im Staatsdienst stehend gekennzeichnet und als solche erkennbar sind und die hierzu befugt sind.“

Insgesamt kann man sagen, dass das Völkergewohnheitsrecht weitgehende Pflichten hinsichtlich der Pirateriebekämpfung statuiert. Piraten gelten als *hostis humani generis*.⁶⁵ Sie können in völkerrechtlicher Hinsicht – davon ist die Frage zu unterscheiden, ob es eine Ermächtigungsgrundlage zum Eingriff in Individualrechte gibt – polizeilichen Maßnahmen ausgesetzt sein.⁶⁶ Diese völkerrechtliche Befugnis gilt zunächst einmal nur im zwischenstaatlichen Verhältnis; dies auch nicht unbegrenzt. Das ist der Hintergrund der Sicherheitsratsresolutionen, die zunächst dargestellt werden sollen (aa), sodann soll genauer auf den Inhalt des SRÜ i.V.m. den Resolutionen eingegangen werden (bb).

aa) Die UN-Resolutionen

Bei der Bekämpfung der Piraterie sind die Hoheitsrechte anderer Staaten zu berücksichtigen. Das SRÜ lässt gerade auch die letztgenannten Rechte im Hinblick auf die Territorialsouveränität zunächst einmal unangetastet, d.h. die Erlaubnis zur Pirateriebekämpfung geht nicht so weit, dass die territorialen Hoheitsrechte betroffener Staaten – z.B. hinsichtlich ihrer Küstengewässer – eingeschränkt werden dürften. Das ist der Hintergrund der Resolutionen des UN-Sicherheitsrates hinsichtlich der Piraterie in Somalia. Unter Berufung auf seine Kompetenzen, nach Art. 39 der UN-Charta „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen“, hat der Sicherheitsrat in einer ganzen Reihe von Resolutionen zu Somalia unter Hinweis auf

65 Burgess, *Hostis humani generis. Piracy, Terrorism and a New International Law*, in: *International and Comparative Law Review* 13 (2006), S. 293 ff.; Goodwin, *Universal jurisdiction and the Pirate*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39 (2006), S. 973 ff.

66 Details bei Michel, *War, Piracy and Terror*, in: *The Journal of International Maritime Law* 12 (2006), S. 313 ff.; Bahar, *Attaining optimal Deterrence at Sea. A legal and strategic Theory for naval Anti-Piracy Operations*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40 (2006), S. 1 ff.; Gabel, *Smoother Seas ahead. The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy*, in: *Tulane Law Review* 81 (2007), S. 1433 ff.; Fouché, *Policing Piracy and Armed Robbery of Ships in South Africa's Territorial Waters and Contiguous Zone*, 2006, S. 96 ff.

Kap. VII der UN-Charta genau diese Souveränitätsrechte in Bezug genommen.⁶⁷ Die Resolutionen 1814 (2008) vom 15. Mai 2008, 1816 (2008) vom 2. Juni 2008, 1838 (2008) vom 7. Oktober 2008, 1846 (2008) vom 2. Dezember 2008 und 1851 (2008) vom 16. Dezember 2008 des UN-Sicherheitsrats sollen die völkerrechtliche Grundlage dafür bieten, dass die Pirateriebekämpfung nunmehr nicht nur auf Hoher See, sondern auch in den Küstengewässern und dem Territorium Somalias stattfinden kann. Zuletzt hat der Sicherheitsrat in Resolution 1846 (2008) beschlossen, dass die Staaten und Regionalorganisationen, die mit der Übergangs-Bundesregierung Somalias bei der Bekämpfung der Seeräubererei und bewaffneter Raubüberfälle auf See vor der Küste Somalias zusammenarbeiten und deren Namen dem Generalsekretär von der Übergangs-Bundesregierung vorab notifiziert wurden, für einen Zeitraum von 12 Monaten ab dem Datum dieser Resolution ermächtigt sind, (1) seeräuberische Handlungen und bewaffnete Raubüberfälle auf See *im Einklang* mit den nach dem einschlägigen Völkerrecht *auf Hoher See* zulässigen Maßnahmen gegen Seeräubererei zu bekämpfen und (2) *innerhalb der Hoheitsgewässer Somalias* im Einklang mit den nach dem einschlägigen Völkerrecht auf Hoher See zulässigen Maßnahmen gegen Seeräubererei alle notwendigen Mittel zur Bekämpfung seeräuberischer Handlungen und bewaffneter Raubüberfälle auf See anzuwenden. Noch weiter geht Resolution 1851 (2008). Auch wenn in dieser nicht ausdrücklich erlaubt ist, im Kampf gegen die Piraten auch den somalischen Luftraum zu nutzen, beinhaltet die Resolution 1851 doch eine Ermächtigung zum Gewalteinsatz auch „in Somalia“, d.h. über die Küstengewässer hinaus.

Die primäre Funktion der Resolutionen des Sicherheitsrates ist es demnach, im zwischenstaatlichen Verhältnis eine Rechtsgrundlage zum Einsatz aller notwendigen Mittel zu schaffen. Adressaten der Resolutionen sind nach Art. 25 UN-Charta ausschließlich die Mitgliedstaaten, die zur Umsetzung nach ihren jeweiligen Rechtsordnungen verpflichtet sind. Die UN-Resolutionen zielen, was die Individualrechte Verdächtiger betrifft, denn auch nicht unmittelbar auf Individualakteure. Sie gehen auch nicht über das Völkergewohnheitsrecht hinaus, denn die Resolutionen verlangen, dass die Maßnahmen „*im Einklang* mit den nach dem einschlägigen Völkerrecht *auf Hoher See* zulässigen Maßnahmen gegen Seeräubererei“ stehen.

67 Guilfoyle, Piracy off Somalia. UN Security Council Resolution 1816 and IMO regional Counter-Piracy Efforts, in: The International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), S. 690 ff.; Stehr, UN-Resolution 1816: Neue internationale Dimension der Pirateriebekämpfung, in: Marineforum: Zeitschrift für maritime Fragen – Offizielles Organ der Marine-Offizier-Vereinigung 83 (9/2008), S. 4 ff.

bb) Keine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage

Genau hier stellt sich die Frage, ob das einschlägige Völkerrecht, auf das die Resolutionen verweisen, also Art. 105 i.V.m. Art. 107 SRÜ, eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt.

In Bezug auf die potentiellen Rechtsgrundlagen ist allerdings noch zu fragen, ob der Gesetzgeber bei grenzüberschreitenden Sachverhalten den gleichen Anforderungen genügen muss wie bei innerstaatlichen Konstellationen. Immerhin hat das BVerfG erkannt, dass der „allgemeine Vorbehalt des Gesetzes im Bereich des Art 59 Abs. 2 S. 1 GG insoweit“ nicht gelte, „als er Anforderungen an die Dichte der Regelung des vom Vertrag erfassten Sachbereiches“ stelle, da anderenfalls die Bundesrepublik Deutschland außenpolitisch handlungsunfähig sei. Davon ist jedoch die Frage nicht berührt, inwieweit der Vollzug eines völkerrechtlichen Vertrages im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes weiterer gesetzlicher Regelungen bedarf⁶⁸.

Die in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen genügen nur dann den Bestimmtheitserfordernissen, wenn die völkerrechtlichen Normen insofern self-executing⁶⁹ sind bzw. wenn eine einfachgesetzliche Ermächtigungsnorm zur Verfügung steht, die hinreichend präzise ist. Nur dann ist dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan.

(1) EGMR: Die Entscheidung Medvedyev

Zentral ist, dass die einschlägigen Normen in präziser Form hinreichend bestimmte Regelungen im Hinblick auf die Einschränkung der Freiheitsgrundrechte vorsehen. Zu einer parallelen Fragestellung im Rahmen der EMRK hatte der EGMR in der bereits zitierten⁷⁰ Entscheidung Medvedyev im Jahr 2008 Stellung zu beziehen und hierin eine Reihe von Bestimmtheitsanforderungen konkretisiert. Diese lassen sich auch im vorliegenden Kontext als Maßstab heranziehen, da auch in Medvedyev eine Festnahme auf See im Streit stand.⁷¹

Der EGMR hat in Medvedyev verlangt, dass die Festnahmeregularien detailliert in der jeweiligen Rechtsgrundlage zu regeln sind. In den Worten des EGMR:

68 BVerfGE 77, 170 (231 ff.); 89, 155 (187 ff.); vgl. hierzu auch Baldus, *Transnationales Polizeirecht. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfach-gesetzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten*, Baden-Baden 2000, S. 179 ff.

69 Details bei Caleb, *The Treaty Power and Self-Execution*, *Virginia Journal of International Law* 42 (2001/2002), S. 801 ff.

70 Siehe obere Fn. 62.

71 EGMR, *Medvedyev et al. v. Frankreich*, Appl. No. 3394/03, Urteil vom 10. Juli 2008.

„Furthermore, the Court considers that the above-mentioned legal provisions do not afford sufficient protection against arbitrary violations of the right to liberty. None of those provisions refers specifically to depriving the crew of the intercepted ship of their liberty. It follows, therefore, that they do not regulate the conditions of deprivation of liberty on board ship, and in particular the possibility for the persons concerned to contact a lawyer or a family member. Nor do they place the detention under the supervision of a judicial authority (see, *mutatis mutandis*, the *Amuur* judgment, cited above, § 53)⁷².”

Die Entscheidung ist vielschichtig. Im Fall *Medvedyev* ermangelte es, so der EGMR, bereits an einer Norm, die die Möglichkeit einer Festnahme explizit erwähnt hätte. Art. 108 SRÜ, der hier der Prüfungsmaßstab war, erwähnt die Festnahme nicht. Das ist bei Art. 105 SRÜ anders. In Art. 105 SRÜ ist die Möglichkeit der Festnahme erwähnt.

Doch genauso wie Art. 105 SRÜ in nicht hinreichend bestimmter Form den Straftatbestand und die Rechtsfolgen des Delikts der Piraterie normiert und es zur Ausführung der in Art. 105 SRÜ völkerrechtlich ermöglichten Jurisdiktion weiterer Umsetzungsgesetzgebung bedarf, genauso bedarf es des legislativen Tätigwerdens im Hinblick auf die Festlegung der Regularien der Festnahme. Der EGMR kritisiert in *Medvedyev* nicht nur, dass die betreffende Norm die Möglichkeit der Festnahme nicht erwähnt hatte, sondern auch, dass diese Norm nichts zu den Bedingungen der Freiheitsbeschränkung sagt, nichts zu den anwaltlichen Zugangsrechten, nichts zum Richtervorbehalt, nichts zum Zugang zu Familienmitgliedern. Die Fragen, wie auf Hoher See mit dem Richtervorbehalt zu verfahren ist, welche anwaltlichen Zugangsrechte es gibt, wie Familienangehörige zu informieren sind, dürfen nicht durch die militärische Praxis entschieden werden, sondern müssen im Wege eines formellen Parlamentsgesetzes beantwortet werden.

Wie Art. 108 SRÜ, der Gegenstand der Entscheidung durch den EGMR war, schweigt auch Art. 105 SRÜ, der im vorliegenden Zusammenhang einschlägig ist, zu all diesen Fragen. Auch sagt Art. 107 SRÜ nicht hinreichend, welchen Staatsorganen die Kompetenz zur Festnahme zukommen soll. Insgesamt genügen die Normen nicht den durch den EGMR aufgestellten Standards für Eingriffe in Individualrechte.

(2) *Bestimmtheitsanforderungen nach dem GG*

Auch aus dem GG ergeben sich Bestimmtheitsanforderungen, die durch die gegebene Rechtslage nicht erfüllt werden. So ist Art. 20 Abs. 3 GG im Hin-

72 EGMR, a.a.O., Rdnr. 61.

blick auf die Bestimmtheit die Regel zu entnehmen, dass je bedeutsamer die Norm ist, insbesondere je intensiver die damit verbundene Freiheitseinschränkung des Bürgers ausfällt, desto höher das Maß der gebotenen inhaltlichen Bestimmtheit der Norm ist. Sofern die Norm hingegen nur von geringer Bedeutung ist, vor allem weil sie nicht oder nur in geringem Maße in die Freiheit der Bürger eingreift, fällt das Maß der gebotenen Bestimmtheit geringer aus. Nach der Rechtsprechung des BVerfG dienen die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen.⁷³ Dazu gehöre, dass die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein darf.⁷⁴ Dem Gesetz komme im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Betroffenen vor staatlichem Missbrauch schützen soll.⁷⁵

Die in Art. 105 SRÜ erwähnte Festnahme stellt kein die Kriterien dieser Rechtsprechung erfüllendes Normprogramm bereit. Der Gesetzgeber hat wesentliche Fragen bislang nicht in formelle Gesetzesform gebracht. Das betrifft neben den Umständen und Voraussetzungen der Festnahme und der Inhaftierung (Welches sind die Haftgründe? Genügt hinreichender Tatverdacht oder bedarf es des dringenden Verdachts? etc.) die Fragen der effektiven Rechtsverteidigung genauso wie den Umgang mit dem Richtervorbehalt und der damit zusammenhängenden Benachrichtigungspflicht nach Art. 104 Abs. 4 GG, die verhindern soll, dass Personen an unbekanntem Orten ohne jedwede Kommunikationsmöglichkeit festgehalten werden.⁷⁶

(3) *Zwischenergebnis*

Es fehlt also an einer hinreichend bestimmten Eingriffsnorm für die Festnahme der Verdächtigen. Das Völkerrecht und die in diesem Zusammenhang ergangenen Umsetzungsakte stellen eine solche Norm nicht bereit.

c) *Recht der EU: Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP*

Bleibt die Möglichkeit, dass sich die einschlägige Ermächtigungsgrundlage aus dem Recht der EU ergibt. Die Operation Atalanta, mit deren Ausführung am 8.

73 BVerfGE 56, 1 (12); st. Rspr.

74 BVerfGE 78, 214 (226).

75 BVerfGE 110, 33 (53).

76 Zur Funktion von Art. 104 Abs. 3 GG siehe Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, 53. Aufl. 2009, Art. 104, Rdn. 43.

Dezember 2008 begonnen wurde, ist Resultat der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP des Rates der Europäischen Union vom 10. November 2008⁷⁷. Solche gemeinsamen Aktionen des Rates haben im Primärrecht der EU ihre Rechtsgrundlage in den Artikeln 14, 25 Abs. 3 und 28 Abs. 3 EU. In der Operation Atalanta wird dem EU-Marineverband die Überwachung eines Seegebietes überantwortet, das sich bis zu 500 Seemeilen vor der Küste Somalias und seiner Nachbarländer erstreckt. Der europäische Seeverband, der derzeit aus drei Fregatten, einem Versorgungsschiff und drei Seefernaufklärungsflugzeugen besteht, soll im Rahmen eines sog. „robusten Mandates“ Piraten notfalls mit Gewalt von Raubüberfällen abhalten. Der Terminus „robustes Mandat“ spielt auf die Legitimation des Sicherheitsrates zum Einsatz „aller notwendigen Mittel“ an.

Der Ratsbeschluss schweigt aber weitgehend zu den betroffenen Individualrechten. Auch der Beschluss stellt somit keine hinreichend bestimmte Eingriffsnorm dar. Das ist regelungstechnisch im Rahmen der GASP auch nicht möglich, denn die einschlägigen Maßnahmen entfalten gerade keine individuelle Wirkung, sie sind lediglich im Inter-Staatenverhältnis relevant.

d) Zwischenergebnis

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Festnahme ergibt sich weder unmittelbar aus dem Völkerrecht noch aus EU-Recht. Auch das deutsche Recht, § 127 StPO und die Umsetzgesetzgebung zum SRÜ scheidet als Rechtsgrundlage aus.

3. Kompetenzzuweisung

Selbst wenn eine Eingriffsgrundlage zur Verfügung stünde, stellt sich die Frage, ob die betreffende Ausführungskompetenz gerade bei der Bundeswehr angelagert ist.

a) Art. 87a GG

Die Bundeswehr – und damit auch die Marine – kann nur im Ausland oder auf Hoher See eingesetzt werden, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich ermöglicht. Im deutschen Verfassungsrecht liest sich der Grundsatz über die Zulässigkeit des Militäreinsatzes wie folgt: „Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich

⁷⁷ Rat der Europäischen Union, Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP vom 10. November 2008, ABl. L 301 v. 12.11.2008, 33 ff.

zulässt“ (Art. 87a Abs. 2 GG). Verteidigung in diesem Sinne setzt einen Territorialbezug des Angriffs voraus, der bei den Vorkommnissen vor der Küste Somalias nicht gegeben ist. Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des „Einsatzes“⁷⁸ bedarf es daher nach Art. 87a Abs. 2 GG einer „ausdrücklichen Zulassung“ durch das Grundgesetz selbst.

aa) *Ausdrückliche Rechtfertigung in Art. 25 GG?*

Nach einer im Vorfeld der Operation Atalanta vor allem durch die FDP-Abgeordneten Stinner und Homburger vertretenen Auffassung soll in Art. 25 GG eine solche ausdrückliche Zulassung zu finden sein.⁷⁹ Jochen Frowein hat dies im Interview mit Spiegel online wie folgt expliziert:

„Laut Grundgesetz darf die Bundeswehr "außer zur Verteidigung" nur eingesetzt werden, wenn das Grundgesetz das vorsieht. Gemäß Artikel 25 des Grundgesetzes sind die Regeln des Völkergewohnheitsrechts ein solcher Ausnahmefall; dazu gehört die Bekämpfung der Piraterie [...] Wegen Artikel 25 des Grundgesetzes sind solche völkergewohnheitsrechtlichen Regeln deutsches Recht – und sie gehen danach sogar einfachen Gesetzen vor. Da das Völkergewohnheitsrecht die Festnahme von Piraten durch das Militär erlaubt, sehe ich hier kein Problem.“⁸⁰

Diese Aussagen unterschlagen aber einen entscheidenden Zusatz in Art. 107 des SRÜ. So gestattet die Norm ein „Aufbringen wegen Seeräuberei“ in völkerrechtlicher Hinsicht nur „Kriegsschiffen oder Militärluftfahrzeugen oder

78 Der Einsatz vor Somalia ist wegen des Einsatzes des spezifisch militärischen Potentials der Streitkräfte mehr als eine bloße „Verwendung“ z.B. zur Unterstützung des technischen Hilfswerkes – zu dieser wichtigen Differenz (gerade im Hinblick auf Einsätze der Bundeswehr im Inneren) siehe z.B. Linke, Innere Sicherheit durch die Bundeswehr?, AöR 129 (2004), S. 489 ff.

79 Zur Auffassung Stiners siehe Löwenstein, Mit Kriegsschiffen gegen Piraten?, FAZ v. 05.06.2008. Bei Homburger (FDP), Deutscher Bundestag, Debatte v. 19.12.2008, Vorläufiges Plenarprotokoll 16/197 (2008), findet sich der Vorwurf: „Die Tatsache allerdings, dass die Bundesregierung der Meinung war, dass unter dem Mandat Operation Enduring Freedom eine Pirateriebekämpfung nicht zulässig sei, obwohl Deutschland das Seerechtsübereinkommen ratifiziert hat, hat dazu geführt, dass deutsche Soldatinnen und Soldaten vor Ort in schwierige Situationen gebracht wurden.“

80 Frowein, Deutschlands Marine darf schon jetzt Piraten verfolgen (Interview), Spiegel online v. 26.11.2008, abrufbar unter (25.05.2009) <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,592618,00.html>>; i.d.S. auch FAZ, Dokumentation: Zum Einsatz der Deutsche Marine zur Bekämpfung gegen Piraterie, 26.06.2008: „Damit stellt Art. 25 GG in Verbindung mit den oben genannten Regeln des SRÜ die verfassungsrechtliche Grundlage für den Marineeinsatz zur Pirateriebekämpfung auf Hoher See.“

[...] anderen Schiffen oder Luftfahrzeugen [...], die deutlich als im Staatsdienst stehend gekennzeichnet und als solche erkennbar sind und die hierzu befugt sind.“

Hierbei ist dann fraglich, wie weit der explizite Vorbehalt nationaler Befugnis in Art. 107 SRÜ reicht. Die deutsche Übersetzung ist hier missverständlich, da in ihr die Zuordnung des Relativsatzes nicht eindeutig ist. Die authentischen Sprachfassungen scheinen den expliziten Befugnisvorbehalt nur für die „anderen Schiffe und Luftfahrzeuge“ vorzusehen, nicht aber für „Kriegsschiffe und Militärluftfahrzeuge“. So findet sich im englischen Text die Formulierung:

“A seizure on account of piracy may be carried out only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect.”

Die französische Formulierung lautet:

“Navires et aéronefs habilités à effectuer une saisie pour raison de piraterie
Seuls les navires de guerre ou aéronefs militaires, ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent effectuer une saisie pour cause de piraterie.”

Im Spanischen heißt es:

“Buques y aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería. Sólo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería.”

Die authentischen Sprachfassungen legen daher bei oberflächlicher Betrachtung nahe, dass der explizite Befugnisvorbehalt des SRÜ sich nur auf die nichtmilitärischen Schiffe und Luftfahrzeuge bezieht.

Die Norm hat ihren Hintergrund darin, dass das Völkerrecht eine klare und transparente Verantwortungsdelegation verlangt. Das gilt in besonderem Maße, wenn die Pirateriebekämpfung nicht durch militärische Schiffe und Fahrzeuge erfolgt, aber auch beim Einsatz von Kriegsschiffen. Hier wird die transparente und nationalrechtlich gerahmte Verantwortungsstruktur bereits per definitionem gefordert. So sieht die Legaldefinition in Art. 29 SRÜ vor, dass „Kriegsschiff“ i.S.d. SRÜ ein zu den Streitkräften eines Staates gehörendes Schiff ist, das die äußeren Kennzeichen eines solchen Schiffes seiner Staatszugehörigkeit trägt; Kriegsschiffe müssen nach Art. 29 SRÜ unter dem Befehl eines Offiziers stehen, der sich im Dienst des jeweiligen Staates befindet (im authentischen englischen Text: „duly commissioned by the government of the State“) und dessen Name in der entsprechenden Rangliste der Streitkräfte oder

in einer gleichwertigen Liste enthalten ist; die Besatzung muss den Regeln der militärischen Disziplin unterliegen.

In völkerrechtlicher Perspektive geht es bei den relevanten Normen um die Schaffung nationalrechtlicher Verantwortlichkeitsstrukturen, die einmal durch den expliziten Befugnisvorbehalt in Art. 107 SRÜ und einmal in Art. 29 SRÜ dadurch gesichert werden, dass die Kriegsschiffe unter dem Befehl von Offizieren stehen, die „duly commissioned by the government of the State“ sind und somit im Rahmen ihrer nationalrechtlichen Befugnisse und nicht ultra vires handeln. Darum kann die völkerrechtliche Befugnis zur Pirateriebekämpfung in keinem Fall eine verfassungsrechtliche Befugnis ersetzen.⁸¹

In Gesamtschau mit Art. 29 SRÜ setzt also Art. 107 SRÜ genau die Befugnis, die die Norm angeblich verleihen soll, voraus und verleiht sie gerade nicht. An beiden Stellen (wie auch andernorts bspw. in Art. 111 SRÜ) verweist das völkerrechtliche Seerecht auf das nationale Recht. Das Völkerrecht kann mithin eine nicht gegebene verfassungsrechtliche Kompetenz nicht substituieren. Dem Völkerrecht kann auch keine Derogationswirkung gegenüber einem verfassungsrechtlichen Gebot wie dem der Trennung von Polizei- und Militärtätigkeit (hierzu sogleich unter b)) zukommen.

Man kann deshalb mit dieser Norm nicht die verfassungsrechtlichen Einsatzbeschränkungen für das Militär aushebeln. Und noch weiter ist zu insistieren, dass Art. 25 GG wegen der Prozesshaftigkeit der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht – die Einflussmöglichkeiten des deutschen (Verfassungs-) Gesetzgebers auf diese Entstehungsprozesse sind in der Regel eher gering – in keinem Fall dem Ausdrücklichkeitsanforderung des Art. 87a Abs. 2 GG genügen kann.

bb) Ausdrückliche Rechtfertigung in Art. 24 Abs. 2 GG?

Anders ist dies bei Art. 24 Abs. 2 GG. Maßgeblich für dessen Ausdeutung ist die „Blauhelmentscheidung“ des BVerfG vom 12. Juli 1994. Das BVerfG hat in diesem Urteil drei Verfahren, die sich auf Entsendungen deutscher Streitkräfte nach Somalia, in die Adria und in den Luftraum Bosnien-Herzegowinas bezogen, miteinander verbunden. Nach dieser Entscheidung beinhaltet die Eingliederung in ein System „kollektiver Sicherheit“ auch die grundsätzliche Zulassung zur Beteiligung an Maßnahmen dieses Systems, sofern sich diese Maßnahmen „im Rahmen des Systems“ bewegen.⁸² Das soll, so das BVerfG in

81 In diesem Sinne Stiles, *Reforming Current International Law to Combat Modern Sea Piracy*, *Suffolk Transnational Law Review* 27 (2004), S. 299 ff.

82 BVerfGE 90, 286 (351 ff.).

einer bis heute umstrittenen Deutung,⁸³ selbst für Maßnahmen im Rahmen der NATO gelten.⁸⁴ Auch für militärische Maßnahmen, die im Rahmen der EU stattfinden, betrachtet das BVerfG in seiner Entscheidung vom 30. Juni 2009 zum Vertrag von Lissabon Art. 24 Abs. 2 GG als die einschlägige Norm. Das Gericht deutet insofern Art. 24 Abs. 2 GG als *lex specialis* mit Ausschließlichkeitscharakter und hebt hervor, dass Art. 24 Abs. 2 GG „in diesem Bereich wegen des – der Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG insoweit vorgehenden – Friedens- und Demokratiegebots eine Supranationalisierung mit Anwendungsvorrang im Hinblick auf den konkreten Einsatz deutscher Streitkräfte“ ausschließt.⁸⁵

Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für Maßnahmen „out of area“ sind, dass sie die völkerrechtlichen Regeln respektieren, dass sie „im Rahmen des Systems“ (also nicht *ultra vires*) stattfinden und dass sie den vom BVerfG in der Blauhelmentscheidung entwickelten „Parlamentsvorbehalt“ beachten. So hat das Gericht aus der Gesamtschau der wehrverfassungsrechtlichen Normen den Grundsatz des „konstitutiven Parlamentsvorbehalts“ entnommen.⁸⁶

Die Bundeswehr, so die nur ganz vereinzelt angegriffene, ansonsten jedoch einhellig vertretene Auffassung, darf, sofern ein „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“⁸⁷ vorliegt, grundsätzlich nur mit vorheriger Zustimmung durch den Bundestag entsendet werden. Die Bundeswehr ist ein „Parlamentsheer“.⁸⁸ Das Grundsatzjudikat aus dem Jahr 1994⁸⁹ ließ hinsichtlich der parlamentarischen Beteiligung an einer Auslandsentsendung deutscher Streitkräfte eine ganze Reihe von Fragen offen. Sie sollten, so schon die Forderung des BVerfG im Urteil, der legislativen Klärung zugeführt werden. Es dauerte mehr als zehn Jahre, bis der deutsche Gesetzgeber diesem Legislativauftrag durch den Erlass des Parla-

83 Deiseroth, Die NATO – Ein System „kollektiver Verteidigung“ oder „kollektiver Sicherheit“? Kritische Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Friedens-Warte 75 (2000), S. 101 ff.

84 BVerfGE 90, 286 ff. (351).

85 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Rdn. 254.

86 BVerfGE 90, 286 ff. (387).

87 Zum Streit über diese Zustimmungsschwelle siehe BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 07.05.2008 (Türkei-AWACS).

88 Zur positiven Aufnahme dieser Rechtsprechung in der Literatur jeweils m.w.N. Röben, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, S. 282 ff.; Wiefelspütz, Das Parlamentsheer, Berlin 2005; Paulus, Die Parlamentszustimmung zu Auslandseinsätzen nach dem Parlamentsbeteiligungsgesetz, in: Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, Baden-Baden 2007, S. 81 ff.

89 BVerfGE 90, 286 ff.

mentsbeteiligungsgesetzes nachgekommen ist.⁹⁰ Darin ist nunmehr festgelegt, dass, sofern ein solcher Einsatz gegeben ist, die Bundesregierung (als Kollektivorgan) vor der Truppenentsendung einen Antrag auf parlamentarische Zustimmung stellen muss. In diesem sind nach § 3 ParlBG Angaben über den Einsatzauftrag, das Einsatzgebiet, die rechtlichen Grundlagen des Einsatzes, die Höchstzahl der einzusetzenden Soldatinnen und Soldaten, die Fähigkeiten der einzusetzenden Streitkräfte, die geplante Dauer des Einsatzes und die voraussichtlichen Kosten und die Finanzierung zu machen. „Vorratsbeschlüsse“ und zeitlich unbefristete Beschlüsse sind untersagt, die Zustimmungsbeschlüsse müssen sich auf konkrete Maßnahmen beziehen. Das Parlament entscheidet letztlich über Grundsätze der jeweiligen Einsätze.

In seiner Lissabon-Entscheidung hat das BVerfG klargestellt, dass dieser Parlamentsvorbehalt auch für militärische Einsätze im europäischen Rahmen gilt. Der konstitutive Parlamentsvorbehalt sei verfassungsrechtlich unveränderlich. Würde auf europäischer Ebene nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon eine andere Regelung angestrebt, wäre der deutsche Vertreter im Rat „von Verfassung wegen verpflichtet, jeder Beschlussvorlage die Zustimmung zu verweigern, die den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt des Grundgesetzes verletzen oder umgehen würde“.⁹¹ In keinem Fall soll, so das BVerfG, eine mögliche Einigung zwischen den Mitgliedstaaten, Streitkräfte im europäischen Bündnis einzusetzen, in der Lage sein, „auf rechtlicher Ebene eine Handlungspflicht zu erzeugen, die den insoweit gegenüber Art. 23 GG spezielleren konstitutiven Parlamentsvorbehalt nach Art. 24 Abs. 2 GG überspielen könnte.“⁹²

Einen solchen demnach auch im Rahmen der Operation Atalanta unentbehrlichen Entsendebeschluss im Sinne des ParlBG fasste der Deutsche Bundestag auf Antrag der Bundesregierung vom 10. Dezember 2008⁹³ in seiner Sitzung am 19. Dezember 2008. Der Beschluss sieht die Entsendung von bis zu 1400 Soldaten der Bundesmarine im Rahmen der Operation Atalanta vor. Zur Unterstützung oder im Falle von Lageänderungen sollen weitere Kräfte aus anderen Operationen beziehungsweise der Standing NATO Maritime Group (SNMG) herangezogen und Atalanta unter Wahrung der im Mandat festgehaltenen Obergrenze unterstellt werden können.

90 Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz), BGBl. 2005 I 775 ff.

91 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Rdn. 388.

92 BVerfG, ebd., Rdn. 388.

93 BT-Drs. 16/11337 v. 10.12.2008.

Dieser Beschluss kann eine formelle gesetzliche Eingriffsgrundlage nicht ersetzen. Er stellt lediglich eine Möglichkeitsbedingung (unter anderen) für den rechtmäßigen Einsatz der deutschen Streitkräfte im Ausland dar. Er kann nicht als eigenständige Rechtsgrundlage zur Zuweisung von Eingriffsbefugnissen in Individualrechte dienen.

b) *Trennungsgebot*

In verfassungsrechtlicher Perspektive ist ferner problematisch, dass nach herrschender Meinung die Bundeswehr nicht zu Polizeimaßnahmen herangezogen werden darf. Das ergibt sich aus Art. 87a Abs. 2 GG, dem ein striktes Trennungsgebot zu entnehmen ist. Dieses Trennungsgebot hat nicht nur eine innerstaatliche Funktion, sondern gilt auch bei Außeneinsätzen.⁹⁴ Aus diesem Trennungsgebot, das die Etablierung eines Staatssicherheitsdienstes mit Universalzuständigkeit verhindern soll, ergibt sich, dass sicherzustellen ist, dass im Schwerpunkt polizeiliche Maßnahmen durch die Polizei (und hier in der Regel: Länderpolizei⁹⁵) und militärische Maßnahmen durch das Militär ausgeführt werden.⁹⁶ Allerdings gibt es immer wieder Überschneidungen (und Mischmandate seitens der UN) zwischen den Bereichen. Deshalb hat eine Rechtsbetrachtung auf den Schwerpunkt der jeweiligen Maßnahme abzustellen. Das ist bei dem Verhältnis von KFOR (Militär) und UNMIK (Polizei) im Kosovo nicht anders als bei ISAF (Militär) und EUPOL (Polizei) in Afghanistan.

Was die Maßnahmen gegen die Piraterie betrifft, so ist Piraterie qua definitionem ein privates Delikt. Kriminalitätsbekämpfung ist eine Polizeiaufgabe.⁹⁷ Das deutsche Recht weist nach § 6 des Bundespolizeigesetzes und nach § 1 Ziff. 3 i.V.m. §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 3 des Seeaufgabengesetzes⁹⁸ die Bekämpfung

94 Schultz, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung, Frankfurt am Main 1998, S. 128; Gusy, Gesetzliches Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz, Die Verwaltung 1991, S. 469 ff.

95 Denn eine allgemeine Bundespolizei darf es nach geltende Verfassungsrecht in der Bundesrepublik nicht geben, siehe BVerfGE 97, 198 ff. (214 ff.).

96 Fischer-Lescano, Verfassungsrechtliche Fragen der Auslandsentsendung des BGS, AöR 2003, S. 52 ff.

97 I.d.S. auch Fastenrath, freilich mit der abzulehnenden Auffassung, dass darum die verfassungsrechtlichen Bindungen aus Art. 87a Abs. 2 GG nicht zum Tragen kämen (ders., Ran an den Feind, in: FAZ v. 19.06.2008: „Es handelt sich aber auch nicht um einen Einsatz im Sinne von Artikel 87a. [...] Ein Einsatz gegen Piraten hat [...] polizeilichen Charakter“; hiergegen: Bothe, Völkerrecht und Verfassungsrecht, FAZ v. 30.06.2008, 9).

98 Seeaufgabengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juli 2002 (BGBl. I

fung der Piraterie der Bundespolizei (früher: BGS) zu. Die Bundespolizei hat im Grunde auch die Mittel dazu.⁹⁹ In jedem Fall existieren Einsatzkräfte und partiell technisches Gerät zur Durchführung solcher ordnungspolizeilichen Maßnahmen. In einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage formuliert das die Bundesregierung wie folgt:

„Derzeit ist die maritime Ausstattung der Bundespolizei für die umfassende Aufgabenwahrnehmung in der Nord- und Ostsee ausgelegt. Allerdings verfügen die GSG 9 der Bundespolizei und der Bundespolizei-Flugdienst über verschiedene Handlungsoptionen, die einen überregionalen, temporären Einsatz zur Pirateriebekämpfung ermöglichen. Die weitere Lageentwicklung während und nach der EU-Operation wird den künftigen Handlungsbedarf mit definieren.“¹⁰⁰

Und es ist auch kein Zufall, dass die Strafverfolgung – d.h. konkret die Festnahme von Seeräubern – im deutschen Recht nach der „Verordnung zur Bezeichnung der zuständigen Vollzugsbeamten des Bundes für bestimmte Aufgaben nach der Strafprozessordnung auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“, die auf § 4 III des Seeaufgabengesetzes beruht, „seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres“ (§ 1 ZustBV-See) der Bundespolizei obliegt.¹⁰¹ Denn das Grundgesetz und die deutsche Rechtsordnung trennen deutlich zwischen militärischen und polizeilichen Aufgabenwahrnehmungen.

Ein „Krieg gegen Piraten“ ist darum, sofern man unter Krieg die militärische Gewaltanwendung durch Staaten versteht und nicht nur eine Politfloskel wie den „Krieg gegen Drogen etc.“, ein performativer Widerspruch. Piraterie ist als krimineller Akt gerade ein privates Delikt, das damit nach polizeilich gesicherter Strafverfolgung verlangt.¹⁰² Die Bundeswehr darf weder in Maßnahmen gesendet werden, die im Schwerpunkt seeverkehrs- oder seeverkehrspolizeilichen Charakter haben, noch dürfen ihr Operationen überantwortet werden, die schwerpunktförmig als bewaffneter Werkschutz für Reeder und Expeditionen ausgestaltet sind.¹⁰³

2876), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 2. Juni 2008 (BGBl. 2008 II 520).

99 So auch Härpfer, Potemkinsche Dörfer gegen Piraten?, in: CD-Sicherheitsmanagement, Fachzeitschrift der deutschsprachigen Sicherheitsbranche 5/2008, S. 26 ff.

100 Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/11382 v. 17.12.2008, Ziff. 30.

101 Zuständigkeitsbezeichnungs-Verordnung See, ZustBV-See, 04.03.1994 (BGBl. I 442), zuletzt geändert durch Art. 121 des Gesetzes vom 21.06.2005 (BGBl. I 1818).

102 So auch Oshana, Krieg gegen Piraten, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 12/2008, S. 20 ff.

103 Zur Legitimation durch Nothilfe Affeld, Der aktuelle Fall: Seeraub und die seepolizeiliche Rolle der Deutschen Marine, in: Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften

4. *Zwischenergebnis*

Bei Festnahmen von der Piraterie verdächtigten Personen sind der Gesetzes- und der Richtervorbehalt zu beachten. Die Festgenommenen sind nach den völkerrechtlichen Normtexten unverzüglich, nach dem Grundgesetz spätestens binnen 48 Stunden einem zuständigen Richter vorzuführen. Das Grundgesetz sieht in dieser Frage die strengere Regel vor. Diese wird durch die völkerrechtlichen Normen nicht derogiert. Nach spätestens 48 Stunden haben also deutsche Hoheitsträger die Festgenommenen einem Richter zuzuführen.

Für die Festnahmen gibt es keine Rechtsgrundlage. Eine hinreichend bestimmte Eingriffsgrundlage kann in Art. 105 SRÜ i.V.m. den UN-Resolutionen nicht gesehen werden. § 127 StPO kommt auf Hoher See, in fremdstaatlichen Küstengewässern und auf Schiffen, die sich zwar unter deutscher Flagge aber außerhalb der deutschen Hoheitsgewässer befinden, nicht zur Anwendung. Selbst wenn eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage zur Verfügung stünde, scheidet eine Kompetenzzuweisung an die Bundeswehr wegen des verfassungsrechtlichen Trennungsgebotes von Militär und Polizei aus.

IV. Rechtsfragen der Überstellung

Fraglich ist sodann, ob eine Überstellung der Verdächtigen an die Gerichtsbarkeit in Kenia rechtens ist oder nicht.¹⁰⁴ Entscheidender Gesichtspunkt ist die Realität des Kenianischen Justizapparats, der weder rechtsstaatliche Behandlung noch eine ordentliche Inhaftierung der Verdächtigten garantiert. Dies ist problematisch, da nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG der Refoulementschutz Überstellungen an solche Staaten verbietet, für die ernsthafte Hinweise auf ein tatsächliches Risiko von Folter und unmenschlicher Behandlung nach der Überstellung bestehen. Dieser Verantwortung können die Staaten sich auch nicht im Wege diplomatischer Zusicherungen entheben. Im deutschen Recht ergibt sich die Pflicht, bei Überstellungen den völkerrechtlichen Mindeststandard zu beachten, unmittelbar aus Art. 25 GG. Insbesondere wenn „begründete Anhaltspunkte“ einer grausamen und unmenschlichen Behandlung und eines nicht rechtsstaatskonformen Verfahrens vorliegen, ist die Überstellung verfassungsrechtlich untersagt.¹⁰⁵ In der EMRK ist die einschlägi-

13 (2000), S. 95 ff.

104 Laut Presseberichten gibt es in dieser Frage auch unterschiedliche Einschätzungen zwischen dem Bundesjustizministerium und dem Auswärtigen Amt (Kreye, Korsarentwürfe, Süddeutsche Zeitung, 8.5.2009, S. V2, 1).

105 BVerfG, 2 BvR 685/03, 24.06.2003.

ge Norm Art. 3 EMRK, aus dem sich weitgehende Schutzpflichten ergeben, wenn ernsthafte Gründe dafür vorliegen, dass die Haftbedingungen und die rechtsstaatlichen Verfahrensnormen keine Beachtung finden.¹⁰⁶

1. *Verbot der Überstellung aus Art. 105 SRÜ*

Eine seerechtliche Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob Art. 105 SRÜ einer Überstellung an Drittstaaten nicht gänzlich im Wege steht.

Dass die Piraterie ein Delikt der Universaljurisdiktion darstellt und von allen Staaten der Welt strafrechtlich verfolgt werden kann, setzt hinsichtlich der Überstellung der jeweils strafrechtlich Verantwortlichen für die Zulässigkeit voraus, dass es sich um Piraten und nicht um Flüchtlinge, Fischer, private Küstenwache etc. handelt. Bewaffnete Seefahrt als solche ist kein strafrechtliches Delikt. Eine Überstellung von Nicht-Piraten als Piraten an Drittstaaten würde dann eine operative Vorwegnahme der gerichtlichen Hauptsacheentscheidung darstellen.

Aus diesem Grund sieht Art. 105 SRÜ im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung der Piraterie Verdächtiger vor, dass diese durch die Gerichte der Staaten durchzuführen ist, die die Maßnahme zu verantworten haben. „Die Gerichte des Staates“, so heißt es in Art. 105 S. 2 SRÜ, „der das Schiff oder Luftfahrzeug aufgebracht hat, können über die zu verhängenden Strafen entscheiden“. Dies bedeutet, dass das nationale Recht des aufbringenden Staates einschließlich seiner Normen zur Handhabung von Rechtskollisionen zur Anwendung kommt.¹⁰⁷ In der Entstehungsgeschichte des Art. 105 SRÜ zeigt sich, dass es ein wesentliches Motiv der Beteiligten war zu verhindern, dass Verdächtige in Drittstaaten transferiert werden.¹⁰⁸ Im Kommentar der ILC findet sich zu der in dieser Hinsicht regelungsidentischen Norm des Art. 43 des Entwurfs zum SRÜ von 1958 der Hinweis, dass eine Delegation der Pönalisierungsbefugnis unstatthaft ist: „This right cannot be exercised at a place under the jurisdiction of another State.“¹⁰⁹ Art. 105 SRÜ steht in dieser Lesart einer

106 Hier vor allem die Entscheidungen EGMR, Soering, 07.07.1989, Appl. No. 1/1989/161/217, NJW 1990, 2183 und zuletzt EGMR, 16.10.2006, Appl. No. 1101/04 und EGMR, Saadi v. Italy, 28.02.2008, Appl. No. 37201/06, Rdnr. 147-148.

107 Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A commentary, Band III, Dordrecht 1995, Art. 105, S. 216.

108 Kontorovich, International legal Responses to Piracy off the Coast of Somalia, ASIL insights 13/2 (2009) v. 06.02.2009, abrufbar über <<http://www.asil.org>>.

109 Report of the International Law Commission, in: Watts (hrsg.), The International law Commission, 1949-1998, Bd. 1: The Treaties, Convention on the Territorial Sea (1958), Oxford 1999, Kommentar zu Art. 43, S. 70.

Überstellung Verdächtiger zur Bestrafung durch Drittstaaten entgegen. Dies wäre bei einem internationalen Tribunal anders, da man es dann wie beim ICC mit einem internationalen Gericht zu tun hätte, für das diese Beschränkung nicht gilt.

2. *Schutzpflichten bei „begründeten Anhaltspunkten“*

Selbst wenn aber eine Überstellung dem Grunde nach möglich sein sollte, stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall nicht begründete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass den Verdächtigen im Sinne der genannten Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR Verletzungen fundamentaler Menschenrechte durch die Haftbedingungen und das Strafverfahren in Kenia drohen. Diese Anhaltspunkte könnten einer Überstellung an die Kenianische Justiz entgegenstehen, wenn sie dem überstellenden Staat bekannt waren bzw. hätten bekannt sein müssen.

a) *Anhaltspunkte*

Für die konkrete Gefährdung der Menschenrechte bei Überstellung an die Kenianische Justiz gibt es eine ganze Reihe von Anhaltspunkten.

Das betrifft zunächst einmal die Situation in den Haftanlagen. Der UN-Ausschuss nach dem UN-Zivilpakt hat schon im Jahr 2005 beanstandet,

„the extreme overcrowding of prisons, which was acknowledged by the delegation and which, combined with sanitation and health-care deficiencies, may result in life-threatening conditions of detention (articles 7 and 10 of the Covenant)”

und darum gefordert:

“The State party must guarantee the right of detainees to be treated humanely and with respect for their dignity, in particular their right to live in hygienic facilities and to have access to health care and adequate food.”¹¹⁰

In ähnlicher Form hat der Ausschuss nach der Anti-Folterkonvention der UN (CAT) im Januar 2009 kritisiert, dass es der Möglichkeiten ermangele, um “people under arrest with the appropriate legal safeguards, including the right to access a lawyer, an independent medical examination and the right to contact family members” zu versorgen. Der Ausschuss hat ferner seine Besorgnis über “the dire conditions of detention in Kenyan prisons, particularly the overcrowding, lack of appropriate health services and high levels of violence inside

110 Human Rights Committee, CCPR/CO/83/KEN, 29.02.2005, Rdnr. 19.

the prisons, including inter-prisoner violence” geäußert.¹¹¹

Neben den Zuständen in den Kenianischen Haftanstalten ist die mangelnde Unabhängigkeit der Kenianischen Justiz ein weiteres strukturelles Problem. Der Ausschuss nach dem UN-Zivilpakt hat diesbezüglich noch im Dezember 2008 die Korruption der Kenianischen Justiz kritisiert:

“The Committee regrets that, despite the State party’s ‚zero tolerance’ policy, corruption and patronage still adversely affect the realization of economic, social and cultural rights, and that there have been few prosecutions for corruption in the State party.”¹¹²

Im US-amerikanischen Menschenrechtsbericht, der die Lage in Kenia beschreibt, liest sich das im Februar 2009 wie folgt:

“the executive branch sometimes influenced the judiciary. In 2006 the African Peer Review Mechanism, an African Union (AU) initiative which evaluates AU member states for conformance with commonly agreed political and economic standards, reported a ‚visible lack of independence of the judiciary.’ In January after the controversial announcement of the presidential results, the opposition leader refused to file a court challenge to the announcement because he did not expect a fair hearing. The president has extensive powers over appointments, including of the attorney general, chief justice, and appellate and high court judges. The president can dismiss judges and the attorney general upon recommendation of a special tribunal appointed by him. Although judges have life tenure, except for a few foreign judges hired under contract, the president has authority over judicial transfers.”¹¹³

Auch Philip Alston, UN-Sonderberichterstatter, stellt im Mai 2009 fest, dass die Kenianische Justiz kein faires Verfahren sicherstellen kann. Denn:

„The judiciary in Kenya is an obstacle in the path to a well-functioning criminal justice system. Its central problems are crony opaque appointments, and extraordinary levels of corruption. I received considerable evidence of judges and magistrates being paid to slow the progress of cases, to “lose” files, or to decide a case in a particular manner. Many reports over the last decade have documented this, and significant structural reforms have repeatedly been proposed to increase the transparency and accountability of the judiciary. The Ki-

111 CAT, CAT/C/KEN/CO/1, 19.01.2009, Rdnr. 15.

112 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/KEN/CO/1 vom 01.12.2008, Rdnr. 10.

113 US Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, Country Reports: Kenya, 25.02.2009, abrufbar über <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/index.htm>>.

baki Government botched its 2003 “radical surgery” strategy, and has done little since, despite the strongly proclaimed views of the Prime Minister and the former Minister of Justice that drastic reforms are required. The Chief Justice is of the view that the courts generally function well, and that corruption and discipline are being adequately dealt with by the Judicial Service Commission (JSC). In fact the JSC has done precious little to improve the functioning of the courts, and they are in need of radical reform.”¹¹⁴

Insgesamt gibt es ernst zu nehmende und strukturelle Defizite indizierende Mängel im Kenianischen Justizsystem. Diese Anhaltspunkte sind konkret, sie sind aktuell und sie lassen eine konkrete Wahrscheinlichkeit der Menschenrechtsverletzung im Fall einer Überstellung erkennen.

b) Schutzpflichten

Angesichts dieser massiven Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung der Rechte der Verdächtigen stellt sich die Frage, ob die Maßnahmen der Bundesrepublik zum Schutz der Menschenrechte hinreichen. Relevanter Maßstab sind die prognosebezogenen Grundsätze aus der flüchtlingsrechtlichen Rechtsprechung. Der EGMR legt an die behördliche Methode der Entscheidungsfindung seit der Entscheidung Soering¹¹⁵ strenge Maßstäbe an. Diesen hat sich der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen im Grundsatz angeschlossen.¹¹⁶

aa) Diplomatische Zusicherung

Demgemäß ist zu betonen, dass der Briefwechsel der Europäischen Union und Kenia¹¹⁷ nicht hinreicht, um die Beachtung der auf die Menschenrechte bezogenen Schutzpflichten sicherzustellen. Der Briefwechsel bewirkt zunächst einmal nichts weiter als eine durch diplomatische Zusicherungen günstiger zu gestaltende Risikoprognose. Dies ist aber mit den jeweiligen Anhaltspunkten in Beziehung zusetzen.¹¹⁸ Der Tätigkeitsbericht des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter (CPT) aus dem Jahr 2005 ist darum im Hinblick auf die Wirksamkeit diplomatischer Zusicherungen äußerst zurückhaltend:

114 Philip Alston, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Mission to Kenya, Human Rights Council, A/HRC/11/2/Add.6, 26.05.2009, Rdnr. 31.

115 EGMR, Soering, 07.07.1989, Appl. No. 1/1989/161/217, NJW 1990, 2183.

116 UN-Committee on Human Rights, HRLJ 1993, 307 (314).

117 ABl. L 79/49 vom 25.03.2009.

118 CAT/C/CR/33/3, § 4, Nov. 2004.

„Das Einholen diplomatischer Zusicherungen in Ländern mit einer kläglichen Bilanz in Sachen Folter und Misshandlung ist besonders besorgniserregend. Eine solche Bilanz bedeutet nicht notwendigerweise, dass derjenige, der abgeschoben werden soll, persönlich einer tatsächlichen Gefahr ausgesetzt ist, in diesem Land misshandelt zu werden; vielmehr sind bei einer solchen Abwägung die spezifischen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Sollte aber ersichtlich sein, dass ein Risiko der Misshandlung tatsächlich vorliegt, können dann die diplomatischen Zusicherungen der Behörden eines Landes, in dem Folter und Misshandlung weit verbreitet sind, überhaupt einen hinlänglichen Schutz vor diesem Risiko bieten? Von einigen wird – sogar mit einer gewissen Überzeugungskraft – vorgebracht, dass, auch wenn man davon ausgeht, dass diese Behörden eine effektive Kontrolle bei den Stellen ausüben, unter deren Obhut der Betroffene wohl stehen wird (was nicht unbedingt zutreffen muss), keine Garantien dafür vorlägen, dass die erteilten Zusicherungen in der Praxis auch befolgt werden. Wie kann man, sollten diese Länder ihren Verpflichtungen aus internationalen Übereinkünften zum Thema Menschenrechte, die von ihnen ratifiziert worden sind, nicht nachkommen, darauf vertrauen, dass sie Zusicherungen befolgen werden, die sie im Einzelfall auf bilateraler Grundlage erteilt haben? [...] Hervorzuheben ist auch, dass Entscheidungen in Abschiebeverfahren unter Einbeziehung diplomatischer Zusicherungen im Vorfeld einer Rückführung vor einer unabhängigen Behörde angefochten werden können und dass alle Beschwerden im Hinblick auf die Vollstreckung der Abschiebemaßnahme aufschiebende Wirkung haben. Dies stellt die einzige Möglichkeit dar, eine eingehende und rechtzeitige Prüfung hinsichtlich der Sicherheit von Vereinbarungen zu gewährleisten, die im Einzelfall beabsichtigt sind.“¹¹⁹

bb) Verbot der Überstellung

Nach dem EGMR befreien diplomatische Zusicherungen darum auch nicht von der sorgfältigen und notwendigerweise strengen Prüfung, ob im konkreten Einzelfall derartige Zusicherungen in ihrer tatsächlichen Anwendung zureichende Garantien gegen eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung gewährleisten.¹²⁰ Es kommt stattdessen jeweils auf die Menschenrechtslage zum jeweiligen Überstellungszeitpunkt an. Diese Menschenrechtslage ist aber und war zum Zeitpunkt der Überstellung dergestalt, dass abseits öffentlichwirksam inszenierter Gerichtsverfahren die haft- und verfahrensbezogenen Menschenrechte aufgrund tiefgreifender struktureller Mängel des Kenianischen Justizsystems nicht gewährleistet sind.

119 CPT, 2005, Rdnr. 39 ff., zitiert nach EGMR, 16.10.2006, 1101/04.

120 EGMR, Urteil v. 28. Februar 2008, Appl. No. 37201/06, Rdnr. 147-148 – Saadi v. Italy.

Angesichts der ernsthaften und besorgniserregenden Anhaltspunkte für die Nichtbeachtung haft- und verfahrensbezogener Mindestgarantien widerspricht und widersprach eine Überstellung von Verdächtigen an die Kenianische Justiz den dargelegten menschenrechtlichen Schutzpflichten. Die strukturelle Problematik hat ein Ausmaß, das die konkrete Gefahr einer Menschenrechtsverletzung bei Überstellung nach sich zieht. Deutschen Hoheitsorganen ist es daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt untersagt, Verdächtige an Kenia zu überstellen.

3. *Subjektive Sekundärrechte*

Sollte eine Überstellung trotz des völkergewohnheitsrechtlichen Verbots stattgefunden haben, kommt den Betroffenen unmittelbar aus Völkergewohnheitsrecht ein subjektiver Anspruch auf Wiedergutmachung zu.

Das Völkergewohnheitsrecht auf Wiedergutmachung ist Ergebnis einer langjährigen Entwicklung.¹²¹ Detailliert aufgelistet werden die Kompensationsrechte in einer Resolution der Human Rights Commission der Vereinten Nationen aus dem Jahr 2005, die fordert, dass durch Verletzungen des humanitären Völkerrechts geschädigten Personen ein Rechtsweg vor staatlichen Gerichten zur Verfügung stehen muss, in dem diese ihren Schaden geltend machen können. In der Präambel dieser Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung (im folgenden „Grundprinzipien und Leitlinien“)¹²² betont die Human Rights Commission nachdrücklich, dass es sich bei der Zusammenstellung nicht um eine Fortentwicklung des Völkerrechts handelt, die neue Rechte und Pflichten schafft, sondern um *lex lata*. Die Grundprinzipien und Leitlinien beziehen sich insbesondere auf schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts und sind damit Ausdruck der Verschränkung der Verpflichtungen im Bereich des allgemeinen Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts.¹²³ Dass man es bei der Zusam-

121 Zu dieser ausf. Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln. Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, in: *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), S. 299 ff.

122 Commission on Human Rights, Resolution 2005/35 (19 April 2005).

123 Echeverria, Codifying the Rights of Victims in International Law: Remedies and Reparation, in: *The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (ed.), Redressing Injustices Through Mass Claims Processes Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford 2006, S. 279 ff.; vgl. Alam, Is there any Right to Remedy for Victims of Violations of International Humanitarian Law, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, 2006, S. 178 ff.

menstellung der „Grundprinzipien und Leitlinien“ nicht mit idealisierenden Vorschlägen *de lege ferenda* zu tun hat, sondern dass die darin genannten Rechtssätze eine Vertextlichung *de lege lata* geltender Normen darstellen, wird sowohl durch die o.g. Völkerrechtspraxis als auch durch die Billigung seitens der UN Generalversammlung indiziert. Deren Resolution 60/147 betont in der Präambel wie auch schon die Human Rights Commission nachdrücklich:

„dass die hier enthaltenen Grundprinzipien und Leitlinien keine neuen völkerrechtlichen oder innerstaatlichen rechtlichen Verpflichtungen nach sich ziehen, sondern Mechanismen, Modalitäten, Verfahren und Methoden für die Umsetzung der bestehenden rechtlichen Verpflichtungen nach den internationalen Menschenrechtsnormen und dem humanitären Völkerrecht aufzeigen, die komplementär sind, auch wenn sie unterschiedlichen normativen Gehalt haben“.¹²⁴

Insgesamt ist dem Völkergewohnheitsrecht das Recht von Opfern auf Entschädigung gegenüber dem Verletzerstaat zu entnehmen. Im Hinblick auf Anspruchsumfang und Haftungsgrenzen ist die völkergewohnheitsrechtliche Entwicklung maßgeblich durch die Kodifikationsarbeit der ILC hinsichtlich der Staatenverantwortlichkeit systematisiert worden. So sieht Art. 31 der Kodifikation vor:

- “1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.”

Der zentrale Grundsatz der Restitutionspflichten ergibt sich bereits aus einer frühen Entscheidung des StIGH im Fall *Factory at Chorzów*.¹²⁵ Der IAGMR hat in Fortführung dieser Rechtsprechung entschieden, dass

„full restitution (*restitutio in integrum*) includes the restoration of the prior situation, the reparation of the consequences of the violation, and indemnification for patrimonial and non-patrimonial damages, including emotional harm.“¹²⁶

Ähnlich die Rechtsprechung des EGMR, die auf eine gerechte Wiedergutmachung abstellt und u.a. auch immateriellen Schadensersatz gewährt, „in view of the extremely serious violations of the Convention [...] and the anxiety and distress that these undoubtedly caused.“¹²⁷

124 UN GA, 21. März 2006, A/RES/60/147, Präambel.

125 StIGH, *Factory at Chorzów*, P.C.I.J. Reports, Series A, No. 17, 1928, S. 47.

126 IAGMR, *Godinez Cruz v. Honduras*, Series C No. 8, *Compensatory Damages*, Urteil vom 21. Juli 1989, Ziff. 24.

127 Z.B. EGMR, *Aksoy v. Türkei*, 21987/93, Urteil vom 18. Dezember 1996, Rdn. 113;

Schließlich differenziert die Resolution der Generalversammlung zu den „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“ zwischen verschiedenen Formen der Wiedergutmachung und systematisiert auf diese Weise das geltende Völkergewohnheitsrecht, indem festgelegt wird, dass Wiedergutmachung die folgenden Formen annehmen kann: „Restitution, Entschädigung, Rehabilitierung, Genugtuung und Garantien der Nichtwiederholung [...]“¹²⁸

Zur Restitution bestimmen die Richtlinien sodann, dass die *estitution* das Opfer so weit wie möglich in den Stand versetzen soll, der vor der groben Verletzung der internationalen Menschenrechtsnormen oder dem schweren Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht bestand. Restitution umfasst in diesem Verständnis „je nach den Umständen die Wiederherstellung der Freiheit, des Genusses der Menschenrechte, der Identität, des Familienlebens und der Staatsangehörigkeit, die Rückkehr an den Wohnort, die Wiederherstellung des Beschäftigungsverhältnisses und die Rückgabe des Eigentums.“¹²⁹

Die Betroffenen haben einen von deutschen Gerichten nach Art. 25 GG zu beachtenden subjektiven Anspruch auf Kompensation, der im Fall einer rechtswidrig erfolgten Überstellung dahin geht, dass die Opfer dieses völkerrechtlichen Delikts vom deliktisch handelnden Staat verlangen können, alles dafür zu tun, eine Rücküberführung herbeizuführen.

4. *Zwischenergebnis*

Art. 105 SRÜ sieht im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung Verdächtiger vor, dass diese durch die Gerichte der Staaten durchzuführen ist, die die Maßnahme durchgeführt haben. Man wird nach ihrer Entstehungsgeschichte die Norm so zu lesen haben, dass sie einer Überstellung der Piraterie Verdächtiger an Drittstaaten entgegensteht.

Eine Überstellung an Drittstaaten scheidet ferner aus, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im betreffenden Drittstaat die haft- und verfahrensbezogenen Menschenrechte nicht dem völkerrechtlichen Mindeststandard gemäß beachtet werden. Da zahlreiche Berichte auch von Ausschüssen der Vereinten Nationen Anhaltspunkte für eine Nichtbeachtung der Menschen-

Aydin v. Türkei, Appl. No. 23178/94, Urteil vom 25. September 1997; Selmouni v. Frankreich, Appl. No. 25803/92, Urteil vom 28. Juli 1999.

128 UN GA, 21. März 2006, A/RES/60/147, Ziff. 18.

129 UN GA, ebd., Ziff. 19.

rechte durch die Kenianische Justiz darstellen, genügt der Hinweis auf den Briefwechsel zwischen der EU und Kenia nicht, um der Schutzpflicht bei der Überstellung hinreichend nachzukommen.

Eine Überstellung Verdächtiger an die Kenianische Justiz verbietet sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt wegen der konkreten, strukturell bedingten Gefahr der Menschenrechtsverletzung durch die Ausgestaltung der Haft- und Verfahrensbedingungen in Kenia. Sofern eine völkerrechtswidrige Überstellung an die Kenianischen Behörden stattgefunden hat, haben die Betroffenen gegen den (mit-)verantwortlichen Staat einen subjektiven Rechtsanspruch auf Kompensation.

V. Fazit

Sowohl im Hinblick auf die Festnahme als auch die Überstellung Verdächtiger an die Kenianische Justiz gibt es große Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen im Rahmen der Operation Atalanta. Der Gesetzgeber ist in Bezug auf die genannten Eingriffe in menschenrechtliche Schutzbereiche gefordert, die Rechtsgrundlagen der Auslandsentsendung der Bundeswehr und der Bundespolizei zu präzisieren. Der Regelungsbedarf im Hinblick auf globale Maßnahmen der Ordnungsbildung durch europäische Militär- und Polizeiverbände ist hierbei vielschichtig:

Auf *völkerrechtlicher* Ebene sind Rolle und Verantwortung der Vereinten Nationen aufzuwerten. Eine Stärkung des UN-Systems, beispielsweise durch einen zurückhaltenderen Gebrauch von Mandatierungen nach Kapitel VII der UN-Charta und durch eine Wiederanknüpfung an den ursprünglichen Gedanken dieses Kapitels, dass die UN selbst Herr solcher Operationen sein müssen,¹³⁰ sollte dann einher gehen mit einer Stärkung der Verantwortung der Generalversammlung und der globalen Zivilgesellschaft, sowie einer Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des UN-Systems (auch der Sicherheitsratsresolutionen), insbesondere durch den IGH, den EGMR, den EuGH und nationale Gerichte. Dies würde partialabsolutistischem Regieren entgegenwirken und dazu beitragen, dass globale Ordnungsbildungsmaßnahmen völkerrechtlichen Grundsätzen entsprechen. So darf es im Fall der Pirateriebekämpfung nicht dabei bleiben, dass gegen diese Deliktform weltpolizeilich vorgegangen wird. Wirksame Sicherheitspolitik im Bereich der Pirateriebekämpfung muss auch Entwicklungspolitik sein, die insbesondere auch gewährleisten muss, dass gleichermaßen gegen illegale Praktiken internationaler

130 Bothe, Streitkräfte internationaler Organisationen, Köln 1968.

Fangflotten und gegen Giftmüllverklappungen vor der Küste Afrikas vorgegangen wird. Parallel ist das Land durch entwicklungspolitische Maßnahmen bei der Erlangung von politischer Stabilität zu unterstützen. Schließlich bedürfte es keines weltpolizeilichen Vorgehens, wäre Somalia in der Lage, selbst ordnungspolitische Maßnahmen durchzuführen. Phänomene der Piraterie sind nicht von der sozialen und politischen Situation in Somalia und dem Agieren westlicher Akteure zu trennen. Man wird die sozioökonomische Situation gezielt verbessern und sich auf eine Befriedung Somalias hin orientieren müssen,¹³¹ wenn man tatsächlich Interesse daran hat, der Piraterie in nachhaltiger Form zu begegnen.¹³² Die Legitimation der völkerrechtlichen Ordnungsmaßnahmen hängt davon ab, dass die Durchsetzungsorgane die illegalen Praktiken vor der Küste Afrikas nicht mit zweierlei Maß messen.

In *völkerstrafrechtlicher* Hinsicht ist im Fall der Piraterie sicherzustellen, dass die Menschenrechte der Verdächtigen beachtet werden. Ein Outsourcing der Justizfunktion an Staaten, in denen die Menschenrechte in den Haftanstalten und im Gerichtsverfahren nicht garantiert werden können, verbietet sich daher. Es sollte darauf hingewirkt werden, dass die Zuständigkeit eines internationalen Gerichts begründet wird, wobei sich anbietet, die Expertise des Internationalen Seegerichtshofs zu nutzen und dort im Wege eines Zusatzprotokolls zum SRÜ eine Kammer für Völkerstrafrecht einzurichten.

Auf *europäischer* Ebene sind insbesondere der Parlamentsvorbehalt für Einsätze europäischer Verbände im Rahmen der EU und die Intensivierung der Kontrollmöglichkeit durch den EuGH Desiderat. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon festgestellt hat, dass der nationale konstitutive Parlamentsvorbehalt integrationsfest ist und eine mögliche politische Einigung zwischen den Mitgliedstaaten, Streitkräfte im europäischen Bündnis einzusetzen, in keinem Fall in der Lage sein soll, „auf rechtlicher Ebene eine Handlungspflicht zu erzeugen, die den insoweit gegenüber Art. 23 GG spezielleren konstitutiven Parlamentsvorbehalt nach Art. 24 Abs. 2 GG überspielen könnte,“¹³³ wäre es wünschenswert, dass auch auf europäischer Ebene ein konstitutiver Parlamentsvorbehalt eingeführt wird. Denn, so stellt auch das BVerfG fest, auf europäischer Ebene kann durch gubernatives Handeln eine Beschlusslage entstehen, nach der nationale Militär-

131 Zu Maßnahmen des state building siehe Oeter, *Prekäre Staatlichkeit und die Grenzen internationaler Verrechtlichung*, in: Kreide u.a. (Hrg.), *Transnationale Verrechtlichung*. Hauke Brunkhorst zum 60. Geburtstag, Frankfurt 2008, S. 90 ff.

132 Heinicke, *Piratenjagd vor der Küste Somalias*, *Kritische Justiz* 42 (2009), S. 178 ff.; Fischer-Lescano, *Bundesmarine als Polizei der Weltmeere?* in: *NordÖR* 12 (2009), S. 49 ff. (55), je m.w.N.

133 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Rdn. 388.

beiträge „politisch ‚geschuldet‘“¹³⁴ sind. Das Europäische Parlament sollte darum in den Entscheidungsprozess so früh wie möglich einbezogen werden, idealerweise bevor die Nationalstaaten Militärbeiträge ‚schulden‘.

Auf *verfassungsrechtlicher* Ebene sollte der Text des Grundgesetzes näher an die Verfassungswirklichkeit gerückt werden. Eine klare grundgesetzliche Regelung im Hinblick auf die Auslandsentsendungen der Bundeswehr würde deutlich machen, dass die grundgesetzlichen Regelungsregimes für den Einsatz des Militärs im Inneren und den Einsatz im Ausland voneinander zu trennen sind. Eine grundgesetzliche Regelung speziell für den Auslandseinsatz könnte hier verhindern, dass aus der militärischen Auslandsentsendep Praxis weiterhin falsche normative Schlüsse bezüglich einer angeblich gegebenen Notwendigkeit der Gestattung des Einsatzes der Bundeswehr auch im Innern gezogen werden.¹³⁵ An der grundsätzlichen Trennung polizeilicher und militärischer Maßnahmen wäre auch für Auslandsentsendungen festzuhalten, um spill over-Effekte auf das innerstaatliche Einsatzregime zu verhindern. Ferner sollte der konstitutive Parlamentsvorbehalt in den Wortlaut einer solchen Verfassungsnorm aufgenommen werden.

Auf *einfachgesetzlicher* Ebene bedarf es der Schaffung eines Gesetzes, das die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Bundespolizei und Bundeswehr im Ausland regelt. Die o.g. Fragen der Eingriffe in Menschen- und Grundrechte durch Festnahmen etc. sind durch ein formelles Parlamentsgesetz zu regeln, das die exekutivische Praxis in hinreichend bestimmter Form vorstrukturieren muss. Auch § 6 des Bundespolizeigesetzes ist keine Norm, die in bestimmter Form die mit Festnahmen von der Piraterie Verdächtigen auf Hoher See zusammenhängenden Grund- und Menschenrechtsfragen regeln würde, da nur pauschal auf eine zu unbestimmte Völkerrechtsnorm verwiesen wird. Eine Präzisierung des Bundespolizeigesetzes für Auslandseinsätze sollte zuletzt der Tatsache Rechnung tragen, dass die zunehmende Bedeutung und Zahl der Einsätze der Bundespolizei einen gesteigerten parlamentarischen Kontrollbedarf generiert. Der konstitutive Parlamentsvorbehalt sollte im Zuge einer Änderung des Bundespolizeigesetzes auch für bewaffnete Auslandseinsätze der Bundespolizei angeordnet werden. Wenn militärische und polizeiliche Vorgehensweisen nur vernetzt und integriert Sinn machen, wie die Bundeskanzlerin wiederholt und zuletzt auf der Münchner Sicherheitskonferenz 2009 betont hat,¹³⁶

134 BVerfG, ebd., Rdn. 387.

135 Zu dieser vorgeblichen Notwendigkeit der Entdifferenzierung innerer und äußerer Sicherheit sowie polizeilicher und militärischer Maßnahmen und dem dadurch vermeidlich generierten normativen Anpassungsbedarf Biermann, Schäuble will für Pirateneinsätze Grundgesetz ändern, in: Die Zeit v. 11.05.2009.

136 Bundeskanzlerin Angela Merkel, 45. Münchner Sicherheitskonferenz, 07. Februar

dann ist es wohl kaum sachgerecht,¹³⁷ einerseits eine parlamentarische Zustimmung für einen Einsatz der Bundeswehr (und damit auch des Kommandos Spezialkräfte (KSK)) im Rahmen der Operation Atalanta zu verlangen und zugleich für den Einsatz der GSG 9 und sonstiger Bundespolizisten im selben Kontext und mit paralleler Mission keine konstitutive parlamentarische Zustimmung vorzusehen.

Insgesamt betrachtet muss vor dem Hintergrund der zunehmenden Zahl und Intensität von Auslandsentsendungen der Bundeswehr und der Bundespolizei der Rechtsrahmen dieser Einsätze präzisiert werden. Ein demokratischer Rechtsstaat darf auch bei militärischen und polizeilichen Auslandseinsätzen wie der europäischen Operation Atalanta die Festlegung der menschen- und grundrechtlich relevanten zentralen Fragen nicht der exekutivischen Praxis europäischer Militär- und Polizeiapparate überlassen. Im Rechtsstaat obliegt die Strukturierung dieser Fragen der Legislative, nicht der Exekutive.

2009, abrufbar über (27.06.2009) <<http://www.bundestkanzlerin.de>>.

137 I.d.S. auch Hader, *Polizeisoldaten: Die Paramilitarisierung deutscher Außenpolitik, Wissenschaft und Frieden* 2006, S. 31 ff.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere seit 2002*

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E)

* Eine komplette Liste der ZERP-DP seit 1982 und der seit 2009 online abrufbaren ZERP-Arbeitspapiere finden Sie unter <<http://www.zerp.eu>> (Publikationen)

- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypotheec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, Februar 2009 (P/E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)

- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)