

Neue Aspekte der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK

Die Strassburger Praxis zu Art. 1 EMRK anlässlich der möglichen Beteiligung der Schweiz an internationalen Polizeieinsätzen



MICHAEL DUTTWILER
Lic. iur., LL.M. (Essex),
Rechtsanwalt, Rheinfelden



ANNA PETRIG
Lic. iur., LL.M. (Harvard),
Fürsprecherin, Max Planck
Institut für ausländisches
und internationales
Strafrecht, Freiburg im
Breisgau

tert, doch die Diskussion über solche Einsätze ist damit nicht zu Ende geführt. Der Vorsteher des VBS hat vorgeschlagen, im Rahmen der Debatte über den bald erscheinenden Sicherheitspolitischen Bericht 2009 eine Grundsatzdiskussion über die Auslandseinsätze der Schweizer Armee zu führen.

Auslandseinsätze von Armee und Polizei werfen die Frage auf, unter welchen Umständen Schweizer Truppen im Ausland die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)² beachten müssen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK ist nicht gefestigt. Gerade in jüngster Zeit sind Entscheide ergangen, die neue Entwicklungen andeuten. Der vorliegende Aufsatz resümiert die einschlägige Praxis der Strassburger Menschenrechtsorgane und unterzieht die groben Entwicklungslinien einer kritischen Betrachtung.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Problematik
 - A. Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention
 - B. Zurechnung von Konventionsverletzungen
- III. Die Strassburger Praxis zur extraterritorialen Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention
 - A. Die Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte
 1. *Jurisdiction* im Bereich der *de jure* Hoheitsgewalt
 - a. *Jurisdiction* aufgrund einvernehmlicher Regelung
 - b. *Jurisdiction* kraft Flaggenprinzip
 2. *Jurisdiction* kraft *de facto* Hoheitsgewalt
 - B. Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
 1. *Jurisdiction* im Bereich der *de jure* Hoheitsgewalt
 - a. *Jurisdiction* aufgrund einvernehmlicher Regelung
 - b. *Jurisdiction* kraft Flaggenprinzip
 2. *Jurisdiction* kraft *de facto* Hoheitsgewalt
 - a. *Jurisdiction* im Bereich der Kontrolle über ein Gebiet
 - b. *Jurisdiction* kraft Kontrolle über Personen
- IV. Kritik
 - A. *Jurisdiction* als gebietsbezogener Begriff
 - B. Zum regionalen Kontext der EMRK
- V. Schluss

I. Einleitung

Der Bundesrat unterbreitete den eidgenössischen Räten im Frühjahr 2009 zwei Vorlagen, die die Beteiligung der Schweizer Armee an der EU-Pirateriebekämpfungsmision «Atalanta» sowie an anderen internationalen Polizeieinsätzen erlaubt hätten.¹ Die Vorlagen sind in den Räten geschei-

II. Die Problematik

A. Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Bereits heute ist es gesetzlich vorgesehen, dass Schweizer Polizei- und Militärtruppen gewisse Operationen im Ausland vornehmen. Im Polizeibereich lässt z.B. das Schengener Vertragswerk die grenzüberschreitende Nacheile und Observation auf fremdem Territorium zu.³ Auch der schweizerisch-deutsche Polizeivertrag erlaubt die Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf fremdem Territorium mit dem Ziel der grenzüberschreitenden Kriminalitätsbekämpfung.⁴ Im Militärbereich

¹ Botschaft zum Bundesbeschluss über den Einsatz der Armee im Assistenzdienst im Ausland zur Unterstützung der Operation NAVFOR Atalanta der EU sowie zur Änderung des Militärgesetzes vom 22. April 2009 (BB1 2009 4535) [folgend: BOTSCHAFT EUNAVFOR UND ASSISTENZDIENST].

² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

³ Art. 40 und Art. 41 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, Abl. 2000, L-239/19; Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der EU und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31.

⁴ Art. 16 (Nacheile) und Art. 17 (grenzüberschreitende verdeckte Ermittlung) des Vertrags vom 27. April 1999 zwischen der

können im Rahmen des sog. «Assistenzdienstes im Ausland» Schweizer Militärtruppen für die Unterstützung humanitärer Hilfeleistungen und den Schutz von Personen und besonders schutzwürdigen Sachen ins Ausland entsandt werden.⁵

Ein wichtiger Motor für die zunehmenden ausländischen Einsätze ist die intensiviertere Zusammenarbeit der Schweiz mit der EU im Rahmen der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (ESVP). So beteiligt sich die Schweiz gegenwärtig in Bosnien-Herzegowina an der Polizeiausbildung der zivilen EU-Polizeimission EUPM⁶ und an der militärischen EU-Friedensoperation EUFOR Althea⁷ sowie im Kosovo an der zivilen Justiz- und Polizeimission EULEX.⁸ Dass ein ESVP-Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU zur Regelung der Modalitäten der Zusammenarbeit angestrebt wird,⁹ deutet darauf hin, dass diese Art der Kooperation und daher auch extraterritoriales Handeln der Schweiz im Zunehmen begriffen ist.

Nachdem in den eidgenössischen Räten vor kurzem zwei Vorlagen gescheitert sind, die die Beteiligung der Schweiz an der EU-Pirateriebekämpfungsmission «Atalanta» und an anderen internationalen Polizeieinsätzen erlaubt hätten¹⁰, steht bei der Verabschiedung des Sicherheitspolitischen Berichts 2009 eine Grundsatzdiskussion über Auslandeinsätze der Schweizer Armee bevor.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass Schweizer Truppen auf Missionen im Ausland dereinst Personen festnehmen oder Waffengewalt anwenden müssen. Die Klärung der Frage, ob die davon betroffenen Personen in den Schutzbereich der EMRK fallen, ist unerlässlich.

Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justiz[i]elle Zusammenarbeit (schweizerisch-deutscher Polizeivertrag), SR 0.360.136.1.

⁵ Art. 69 Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung, SR 510.10.

⁶ Abkommen vom 11. Dezember 2002 zwischen der EU und der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung der Schweiz an der Polizeimission der EU (EUPM) in Bosnien und Herzegowina, Abl. 2003, L-239/14 (in der AS nicht publiziert).

⁷ Abkommen vom 22. Dezember 2005 zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft an der militärischen Krisenbewältigungsoperation der EU in Bosnien und Herzegowina, Operation ALTHEA, Abl. 2005, L-20/42, SR 0.510.268.1.

⁸ Abkommen zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft an der Rechtsstaatlichkeitsmission der EU im Kosovo, EULEX KOSOVO, Abl. 2008, L-217/24 (in der AS nicht publiziert).

⁹ Schweizerische Eidgenossenschaft, Integrationsbüro EDA/EVD, Friedensförderung: Informationsblatt, Mai 2009 (erhältlich unter www.europa.admin.ch/themen > weitere Dossiers CH-EU > Friedensförderung, besucht am 8. August 2009).

¹⁰ Sogenannter «Assistenzdienst für internationale Polizeieinsätze»; siehe BOTSCHAFT EUNAVFOR UND ASSISTENZDIENST (FN 1).

B. Zurechnung von Konventionsverletzungen

Eine ebenso wichtige Frage, die aber den Rahmen dieses Beitrags sprengt, ist jene der Zurechnung von Konventionsverletzungen zu den Mitgliedstaaten. Aufgrund des voranstehenden Abrisses wird bereits klar, dass die Schweiz bei Auslandeinsätzen häufig im Verbund mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen handelt. Dabei entstehen zum Teil äusserst komplexe Strukturen des Zusammenwirkens. Bei einer Teilnahme der Schweiz an der EU-NAVFOR würde die Schweiz z.B. keine eigenen Schiffe entsenden, sondern die Schweizer Militärangehörigen in die Kontingente Deutschlands integrieren.¹¹ Solche Kooperationsformen können die Zurechnung von allfälligen Konventionsverletzungen erschweren.

Wo internationale Organisationen involviert sind, stellt sich die Frage, ob das möglicherweise EMRK-widrige Handeln dem handelnden Staat, der Organisation oder beiden gemeinsam zuzurechnen ist. Im Verfahren *Behrami and Saramati*¹² entschied der EGMR beispielsweise, dass die zu beurteilenden Handlungen bzw. Unterlassungen der KFOR und der UNMIK schliesslich der UNO zuzurechnen seien. Da die UNO als selbständiges Rechtssubjekt nicht Vertragspartei der EMRK ist, konnte nach seiner Argumentation auch keine Verletzung der Konvention vorliegen. Unbesehen der Frage, ob dieser Entscheid rechtlich korrekt ist, legt er doch deutlich die Gefahr offen, dass die zunehmende Komplexität in den Kooperationsformen zu Lücken im Menschenrechtsschutz führt.

Die Frage der Zurechnung ist deutlich von jener der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK abzugrenzen, wenn dies auch in der Praxis der Strassburger Menschenrechtsorgane nicht immer geschieht. Beide Elemente müssen kumulativ gegeben sein, damit ein Staat für ein Verhalten ausserhalb seines Gebiets haftbar wird. Im Folgenden wird einzig die Frage, unter welchen Umständen die EMRK auf extraterritoriale Handlungen bzw. Unterlassungen Anwendung findet, eingegangen.

III. Die Strassburger Praxis zur extraterritorialen Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Art. 1 EMRK lautet in den authentischen Vertragssprachen Englisch und Französisch wie folgt:

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

¹¹ BOTSCHAFT EUNAVFOR UND ASSISTENZDIENST (FN 1), 4542.

¹² EGMR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway (GC)*, no. 71412/01 und 78166/01, Entscheid vom 31. Mai 2007.

Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.

Art. 1 EMRK definiert also den personellen Anwendungsbereich der Konvention. Die Mitgliedstaaten haben die in der Konvention verbrieften Rechte allen Personen zu gewähren, die ihrer «Hoheitsgewalt» (so die zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz bereinigte Übersetzung) unterstehen. Der räumliche Anwendungsbereich der EMRK ist nicht ausdrücklich geregelt; ob er überhaupt beschränkt ist, ist eine Frage, die gerade auch die Auslegung des Begriffs der *Jurisdiction* betrifft.

Ausdrücklich angesprochen wird der räumliche Geltungsbereich in Art. 56 EMRK, aufgrund dessen die Geltung der EMRK auf abhängige Überseegebiete ausgedehnt werden kann. Die Europäische Kommission für Menschenrechte¹³ hat schon früh festgestellt, dass sich davon nicht *e contrario* ableiten lässt, dass die EMRK nur auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats anwendbar ist.¹⁴ Art. 1 EMRK muss aber nach der Kommission und dem EGMR im Kontext von Art. 56 EMRK gelesen werden. Danach scheint die letztere Bestimmung im Bereich der *de jure* Hoheitsgewalt als *lex specialis* vorzugehen, sodass die EMRK in einem abhängigen Überseegebiet mangels Erklärung nicht anwendbar ist.¹⁵

A. Die Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte

Die Europäische Kommission für Menschenrechte (die «Kommission»), die bis 1998 dem EGMR als vorberatendes Organ vorgeschaltet war, nahm *Jurisdiction* in grundsätzlich zwei Konstellationen an: In der einen Konstellation hat *Jurisdiction* die Bedeutung der «Regelungskompetenz», also der *de jure* Hoheitsgewalt im Sinne der völkerrechtlichen Souveränitätslehre (sogleich hinten 1.). Die zweite Konstellation bezieht sich auf tatsächliche Verhältnisse: *Jurisdiction* ist dann gegeben, wenn ein Staat tatsächliche Herrschaft, also *de facto* Hoheitsgewalt, über Personen ausübt (hinten 2.). Diese Konstellationen können sich auch überschneiden. Ein Staat übt z.B. immer faktische Herrschaft aus, wenn er eine Person in seinem Gewahrsam hat, doch nicht in jedem Fall ist er zugleich unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten dazu befugt.

¹³ Die Fälle der Kommission (bei den Nachweisen: «EKMR») und des EGMR sind unter <http://www.echr.coe.int> > Case Law, über die Eingabe der Beschwerdenummer auffindbar. Die Fälle werden daher ohne die Fundstelle in der gedruckten amtlichen Sammlung zitiert.

¹⁴ EKMR, *Cyprus v. Turkey*, nos 6780/74 and 6950/75, Entscheid vom 26. Mai 1975, § 9 der rechtlichen Erwägungen.

¹⁵ EKMR, *Bui van Than et al. v. United Kingdom*, no. 16137/90, Entscheid vom 12. März 1990 (betreffend Hong Kong); EGMR, *Yonghong c. le Portugal*, no. 50887/99, Entscheid vom 25. November 1999 (betreffend Macao).

1. *Jurisdiction* im Bereich der *de jure* Hoheitsgewalt

Auf seinem Territorium hat ein Staat grundsätzlich die umfassende rechtliche Hoheitsgewalt, d.h. die Kompetenz, Recht zu setzen, zu sprechen und zu vollstrecken. Ausserhalb des Staatsgebiets lässt das Völkerrecht die Ausübung von Hoheitsgewalt nur zu, wenn die Erlaubnis des Gebietsstaates (siehe sogleich unter a.) oder sonst ein hinreichender Anknüpfungspunkt¹⁶ wie z.B. die Staatsangehörigkeit einer betroffenen Person (Personalitätsprinzip) oder eines Schiffes (Flaggenprinzip) vorliegen (siehe hinten b.).

a. *Jurisdiction* aufgrund einvernehmlicher Regelung

Staaten haben es in der Hand, die Reichweite ihrer *de jure* Hoheitsgewalt einvernehmlich auf extraterritoriale Sachverhalte auszudehnen. Einen klassischen Bereich der einvernehmlichen Ausdehnung von rechtlicher Hoheitsgewalt nimmt die konsularische und diplomatische Vertretung eines Staates im Ausland ein.¹⁷ Solche Vertretungen haben das Recht, gewisse Verwaltungsakte, z.B. im zivilstandsamtlichen oder einreiserechtlichen Bereich, vorzunehmen.¹⁸ Soweit ersichtlich war es ein solcher «Botschaftsfall», der die Kommission zum ersten Mal mit der Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK beschäftigte: Im Verfahren *X. v. The Federal Republic of Germany*¹⁹ machte ein deutscher Staatsangehöriger geltend, er sei auf Betreiben des deutschen Konsuls in Casablanca auf rechtswidrige Weise aus Marokko deportiert worden. Die Kommission bejahte die *Jurisdiction*. Sie hielt fest, dass die Angehörigen eines Staates auch im Ausland zu einem gewissen Grad in dessen rechtlicher Hoheitsgewalt bleiben. Sie stützte sich dabei wohl auf das Personalitätsprinzip ab. In anderen «Botschaftsfällen», namentlich in *S. v. The Federal Republic of Germany*,²⁰ *Gill and Malone v. the Netherlands and the United Kingdom*,²¹ und *X. v. the United*

¹⁶ Zu einer breit abgestützten Liste solcher Anknüpfungspunkte siehe die Empfehlung des Ministerrats des Europarats betreffend die Klassifizierung von Dokumenten über die völkerrechtliche Staatenpraxis vom 12. Juni 1997, Nr. R (97) 11, Anhang, Teil VIII.

¹⁷ Die Errichtung konsularischer oder diplomatischer Posten oder Missionen erfolgt in gegenseitigem Einvernehmen: Art. 2 ff. des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen (WÜK; SR 0.191.02) und des Wiener Übereinkommens vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen (WÜD; SR 0.191.01).

¹⁸ Art. 5 lit. a, d, f und j des WÜK (FN 17).

¹⁹ EKMR, *X. v. The Federal Republic of Germany*, no. 1611/62, Entscheid vom 25. September 1965.

²⁰ EKMR, *S. v. Federal Republic of Germany*, no. 10686/83, Entscheid vom 5. Oktober 1984.

²¹ EKMR, *Gill and Malone v. UK and The Netherlands*, no. 24001/94, Entscheid vom 11. April 1996.

*Kingdom*²² machten die Beschwerdeführer geltend, dass ihnen ihre Botschaft bei rechtlichen Problemen nicht zur Seite gestanden habe. Da die Beschwerdeführer jeweils Angehörige des beklagten Staates waren, stützte sich die Kommission wohl auch hier auf die konsularische *de jure* Hoheitsgewalt im Bereich der Personalhoheit. In *W.M. v. Denmark*²³ bestand das rechtliche Band der Staatsangehörigkeit hingegen nicht. W.M., Angehöriger der DDR, begab sich auf die dänische Botschaft in Ostberlin, wo er forderte, dass ihn seine Regierung nach Westdeutschland ausreisen lassen sollte. Nach erfolglosen Verhandlungen forderte der dänische Botschafter W.M. vergebens auf, die Botschaft zu verlassen. Schliesslich liess er ihn durch die Polizei abholen. Die Kommission bekräftigte, dass Staatsorgane im Ausland andere Personen in die *Jurisdiction* des Mitgliedstaates bringen, insofern sie Hoheitsgewalt über solche Personen ausüben, und bejahte, dass sich W.M. in der *Jurisdiction* von Dänemark befunden hatte. Da kein anderer Anknüpfungspunkt vorlag,²⁴ und die Kommission auf einen der genannten Botschaftsfälle verwies, nahm sie wohl an, dass die *Jurisdiction* auch hier im Bereich der konsularischen *de jure* Hoheitsgewalt begründet war.

Der Kommission lagen aber auch andere Formen der einvernehmlichen Abgrenzung der *de jure* Hoheitsgewalt vor, wie im Fall *X. and Y. v. Switzerland*.²⁵ Die schweizerische Fremdenpolizei hatte dem deutschen Staatsangehörigen X. ein Einreiseverbot für Liechtenstein erteilt. Sie stützte sich dabei auf den bilateralen Vertrag mit dem Fürstentum, der die Wirkung der schweizerischen Rechtserlasse über Ein- und Ausreise sowie Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern auf Liechtenstein ausdehnt.²⁶ Die Kommission befand, dass die Schweiz auf liechtensteinischem Territorium über rechtliche Hoheitsgewalt verfüge, weshalb die Beschwerdeführer ihrer *Jurisdiction* unterlagen.

b. *Jurisdiction* kraft Flaggenprinzip

Die Kommission hat früh erklärt, dass auch das Flaggenprinzip *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK begründen könne,²⁷ doch gab es soweit ersichtlich keinen Fall, in dem es für sich alleine ausschlaggebend war. Relevant war das Flaggenprinzip jedenfalls in *Rigopoulos c. l'Espagne*.²⁸ Die spanische Zollpolizei brachte ein unter panamesischer Flagge fahrendes Schiff auf hoher See auf, verhaftete den griechischen Kapitän und hielt ihn wegen Verdachts auf Drogenhandel 16 Tage auf einem spanischen Schiff fest. Die Kommission schien konkludent davon auszugehen, dass *Jurisdiction* gegeben sei, andernfalls sie wohl von Anfang an nicht auf die Beschwerde eingetreten wäre.²⁹ Es lassen sich zwei Phasen unterscheiden: In Bezug auf die Festnahme war die panamesische Flagge relevant. Panama hatte Spanien erlaubt, das Schiff aufzubringen, sodass zugleich ein Aspekt der einvernehmlichen Ausübung von *Jurisdiction* erkennbar ist.³⁰ In Bezug auf die Inhaftierung auf dem spanischen Schiff hatte Spanien (auch³¹) aufgrund seiner eigenen Flagge *Jurisdiction* über den Beschwerdeführer.

2. *Jurisdiction* kraft *de facto* Hoheitsgewalt

Die extraterritoriale *Jurisdiction* in den soeben unter 1. geschilderten Fällen bezeichnet das Ausmass einer Rechtsphäre: Sie reicht soweit wie die *de jure* Hoheitsgewalt, also soweit, wie ein Staat völkerrechtlich kompetent ist, ausserhalb (oder mit Wirkung für ausserhalb) seines Gebiets hoheitlich zu handeln. Im Gegensatz dazu ist in der nun darzulegenden Fallgruppe ein faktischer Umstand massgebend, nämlich die tatsächliche Herrschaft oder Kontrolle, die ein Staat über Personen oder Sachen ausübt.

Der erste dieser Fälle betraf die Situation in Nordzypern, das 1974 von der Türkei besetzt worden war. Zypern machte in einer Staatenbeschwerde geltend, dass die Türkei im besetzten Gebiet Konventionsrechte verletze. Die Türkei ihrerseits machte geltend, dass die EMRK einzig auf ihrem Staatsgebiet gelte und daher in Nordzypern nicht anwendbar sei. In ihrem Eintretensentscheid³² erläuterte die Kommission

²² EKMR, *X. United Kingdom*, no. 7547/76, Entscheidung vom 15. Dezember 1977. Die Beschwerdeführerin lebte allerdings im Vereinigten Königreich, sodass sie bereits aufgrund des Territorialitätsprinzips in die britische *Jurisdiction* fiel.

²³ EKMR, *W.M. v. Denmark*, no. 17392/90, Entscheidung vom 4. Oktober 1992.

²⁴ Andere Anknüpfungspunkte für rechtliche Hoheitsgewalt waren nicht gegeben. Das Botschaftsgelände stellt kein Staatsgebiet des Entsendestaats dar (Territorialitätsprinzip), und W.M. unterstand als Deutscher nicht der Personalhoheit Dänemarks (Personalitätsprinzip).

²⁵ EKMR, *X and Y v. Switzerland*, nos 7289/75 and 7349/76, Entscheidung vom 14. Juli 1977.

²⁶ Vereinbarung vom 6. November 1963 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über die Handhabung der Fremdenpolizei für Drittausländer im Fürstentum Liechtenstein und über die fremdenpolizeiliche Zusammenarbeit, SR 0.142.115.143.

²⁷ EKMR, *Cyprus v. Turkey*, nos 6780/74 and 6950/75, Entscheidung vom 26. Mai 1975.

²⁸ EKMR, *Rigopoulos c. l'Espagne*, no. 37388/97, Entscheidung vom 16. April 1998.

²⁹ Die Kommission kam nicht mehr dazu, den Fall materiell zu beurteilen, da sie per 1. November 1998 (Inkrafttreten des 11. Protokolls zur EMRK) abgeschafft wurde.

³⁰ Siehe dazu vorne unter a.

³¹ Der Aspekt der physischen Kontrolle über den Beschwerdeführer, der auch *Jurisdiction* begründen kann, wird sogleich unter 2. angesprochen.

³² EKMR, *Cyprus v. Turkey*, nos 6780/74 and 6950/75, Entscheidung vom 26. Mai 1975. Die Kommission bestätigte die in diesem Fall entwickelten Grundsätze im Rahmen der zweiten Staatenbeschwerde von Zypern gegen die Türkei: EKMR, *Cyprus v.*

zum ersten Mal ihre Interpretation des Begriffs *Jurisdiction* näher. Sie befand, der Begriff sei nicht deckungsgleich mit dem Staatsgebiet. Vielmehr müssten die Mitgliedstaaten die Konventionsrechte allen Personen unter ihrer tatsächlichen Hoheitsgewalt und Verantwortung, ob im In- oder Ausland, gewähren:

«It is clear ... that the High Contracting Parties are bound to secure the said rights and freedoms to all persons under their actual authority and responsibility, whether that authority is exercised within their own territory or abroad.»³³

Hieraus ergibt sich bereits, dass allein die tatsächlichen Umstände ausschlaggebend sind («under their actual authority», «relevant effectivement de leur autorité»). Aufgrund der Umstände – die Besetzung war angesichts des völkerrechtlichen Gewaltverbots unrechtmässig – war damit auch schon gesagt, dass die Legalität oder Illegalität der Ausübung der *de facto* Hoheitsgewalt keine Rolle spielt. Die Frage, ob der betreffende Staat im Rahmen seiner *de jure* Hoheitsgewalt handelt oder nicht, ist demnach hinfällig, solange er faktisch Hoheitsgewalt ausübt. Bevor die Kommission *in casu* zum Schluss kam, dass die türkische Armee bei der Besetzung Nordzyperns Personen und Sachen unter ihre *de facto* Hoheitsgewalt gebracht hatte, führte sie den Begriff der «Kontrolle» ein:

«[T]hese armed forces ... bring any other persons or property in Cyprus «within the jurisdiction» of Turkey ... to the extent that they exercise control over such persons or property.»³⁴

Aus der Handhabung der Kriterien «control» und «actual authority» ergibt sich, dass die «Kontrolle» ein Mass für die faktische Hoheitsgewalt ist: Personen oder Sachen unterliegen der *de facto* Hoheitsgewalt und damit der *Jurisdiction* eines Staates, soweit er die Kontrolle über sie ausübt.

Die Kommission war ausserdem mehrmals mit dem Sachverhalt konfrontiert, dass Staaten extraterritorial einzelne Personen im Gewahrsam hatten. Zur gleichen Zeit wie *Cyprus v. Turkey* entschied die Kommission den Fall *Hess v. the United Kingdom*.³⁵ Der Nazi-Verbrecher Rudolf Hess sass seine lebenslängliche Freiheitsstrafe im Berliner Kriegsverbrechergefängnis Spandau faktisch in Isolationshaft ab. Das Gefängnis unterstand der nach dem Einstimmigkeitsprinzip operierenden Alliierten Kommandatur, dem Exekutivor-

gan der vier Besatzungsmächte in Berlin (USA, Vereinigtes Königreich, UdSSR, Frankreich). Die Kommission befand, dass aus rechtlicher Sicht nichts dagegen spreche, dass die Handlungen britischer Behörden in Berlin die Verantwortlichkeit des Vereinigten Königreichs unter der EMRK nach sich ziehen.³⁶ Sie verneinte aber, dass der Gefangene in die *Jurisdiction* von Grossbritannien falle, weil die vier Mächte nicht ihre je eigene, sondern eine gemeinsame Herrschaft («joint authority») ausübten.

Richtig besehen fehlte hier die *Jurisdiction* als faktische Hoheitsgewalt nicht, da die tatsächliche Herrschaft über den Häftling – auch wenn gemeinsam ausgeübt – für jeden der beteiligten Staaten gegeben war. Die EMRK war demnach für das Vereinigte Königreich anwendbar. Da anscheinend die UdSSR mithilfe des Einstimmigkeitsprinzips die Entlassung des Häftlings blockierte, scheint die Kommission der Sache nach davon ausgegangen zu sein, dass die Isolationshaft nicht dem Vereinigten Königreich zugerechnet werden konnte. Die Kommission unterschied die Aspekte Anwendbarkeit und Zurechnung nicht deutlich. Der Entscheid ist aber ohnehin nicht unproblematisch. Es wäre absurd, wenn Staaten ein Gefängnis einfach unter multinationale Leitung stellen könnten, um sich ihrer Verpflichtungen unter der EMRK zu entledigen. Richtig gesehen müsste wohl die gemeinsame Herrschaft allen vier Mächten zugerechnet werden.

In den Fällen *Freda v. Italy*,³⁷ *Reinette v. France*³⁸ und *Sánchez Ramirez v. France*³⁹ hatte jeweils die Polizei eines Mitgliedstaates mit ausländischen Behörden kooperiert, um eine Person zu verhaften. Die Beschwerdeführer wurden in aussereuropäischen Staaten von dortigen Behörden aufgegriffen und auf einem lokalen Flughafen den Behörden der Mitgliedstaaten übergeben. Die Kommission befand, dass die Betroffenen jeweils mit der Aushändigung effektiv der Herrschaft des Mitgliedstaates und daher dessen *Jurisdiction* unterlagen. Ausschlaggebend war wohl die physische Kontrolle über die Verhafteten, doch lassen sich auch Aspekte der *de jure* Hoheitsgewalt erkennen: *Freda* und *Reinette* fielen wohl bereits wegen ihrer Staatsangehörigkeit in die *Jurisdiction* der empfangenden Mitgliedstaaten. *Sánchez Ramirez* war beschuldigt, in Paris zwei Morde verübt zu haben, sodass er aufgrund des Territorialitätsprinzips in die *de jure* Hoheitsgewalt Frankreichs fiel. Zudem hatten die Gebietsstaaten kooperiert, sodass ein Fall der einvernehmlichen Ausdehnung der Vollstreckungshoheit vorlag.

Turkey (2), no. 8007/77, Entscheid vom 10. Juli 1978, §§ 18 ff. der rechtlichen Erwägungen.

³³ *Cyprus v. Turkey* (FN 32), § 8 der Erwägungen. Dieser Grundsatz wurde später in den Fällen *Stocké* sowie *Drozd et Janousek* bekräftigt: Beide Fälle betrafen extraterritoriale Sachverhalte, konnten aber nicht den beklagten Staaten zugerechnet werden: EKMR, *Stocké v. the Federal Republic of Germany*, no. 11755/85, Bericht der Kommission vom 12. Oktober 1989, § 166; EKMR, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, no. 12747/87, Bericht der Kommission vom 11. Dezember 1990, § 79.

³⁴ *Cyprus v. Turkey* (FN 32), § 10 der Erwägungen.

³⁵ EKMR, *Hess v. United Kingdom*, no. 6231/73, Entscheid vom 28. Mai 1975.

³⁶ Diese Aussage betrifft die Zurechnung, ist aber zugleich eine deutliche Bestätigung dafür, dass die EMRK grundsätzlich extraterritorial anwendbar ist.

³⁷ EKMR, *Freda v. Italy*, no. 8916/80, Entscheid vom 7. Oktober 1980.

³⁸ EKMR, *Reinette v. France*, no. 14009/88, Entscheid vom 2. Oktober 1989.

³⁹ EGMR, *Sánchez Ramirez v. France*, no. 28780/95, Entscheid vom 24. Juni 1996.

De facto und *de jure* Hoheitsgewalt fielen auch im vorne erwähnten Fall *Rigopoulos*⁴⁰ zusammen, dem die Inhaftierung eines griechischen Kapitäns durch spanische Zollbehörden auf hoher See zugrunde lag. Neben dem Flaggenprinzip (*de jure* Hoheitsgewalt) begründete auch das Festhalten an Bord (*de facto* Hoheitsgewalt) über den Betroffenen *Jurisdiction*.

Nur die faktische Herrschaft war hingegen im Fall *Chrysostomos et al. v. Turkey*⁴¹ ausschlaggebend, der wiederum das besetzte Nordzypern betraf. Chrysostomos war von türkisch-zypriotischen Kräften in der neutralen UN-Pufferzone festgenommen und ins besetzte Gebiet verschleppt worden. Die Kommission verwies schlicht auf ihre Erwägungen in den Zypern-Fällen, wonach Staaten Personen in ihre *Jurisdiction* einbeziehen, soweit sie sie unter ihre tatsächliche Kontrolle bringen.

B. Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Die ältere Praxis des EGMR zur extraterritorialen *Jurisdiction* ist geprägt von Fällen, die er von der Kommission übernahm. Wie deutlich werden wird, knüpfte der EGMR eng an die Vorgaben der Kommission an. So bestätigte er bereits im ersten einschlägigen Urteil in der Sache *Drozd and Janousek*,⁴² dass *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK nicht deckungsgleich mit dem Staatsgebiet der Vertragsparteien sei, dass mithin die EMRK prinzipiell auch im Ausland anwendbar ist.⁴³ Die Praxis des EGMR kann daher im Ansatz ähnlich dargestellt werden wie jene der Kommission. Es lässt sich wiederum eine erste Fallgruppe bilden, in der Staaten im Rahmen ihrer *de jure* Hoheitsgewalt extraterritorial handeln (sogleich 1.). Sodann kann eine Gruppe von Fällen identifiziert werden, in denen die faktische Hoheitsgewalt im Sinne einer Kontrolle ausschlaggebend war (hinten 2.).

1. *Jurisdiction* im Bereich der *de jure* Hoheitsgewalt

a. *Jurisdiction* aufgrund einvernehmlicher Regelung

Der EGMR anerkannte im Fall *Gentilhomme et al. c. France*, dass ein Staat im Ausland *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK begründet, wenn er dort kraft eines Abkommens *de jure* Hoheitsgewalt ausübt:⁴⁴ *In casu* durfte Frankreich in Algerien

gestützt auf ein Abkommen französische Schulen betreiben. Nachdem Schulkinder mit französisch-algerischer Doppelbürgerschaft nicht mehr zugelassen wurden, erhoben einige Eltern EMRK-Beschwerde gegen Frankreich. Der EGMR bejahte, dass die Schulkinder auf der Basis des Abkommens in die *Jurisdiction* Frankreichs fielen.

Auch dem Fall *Xhavara et al. c. Italie et Albanie*⁴⁵ lag wohl die vertragliche Zuteilung von *Jurisdiction* zugrunde. Ein italienisches Armeebotz wollte 35 Seemeilen vor der Küste Italiens ein albanisches Fischerboot mit mutmasslichen Immigranten zur Rückkehr bewegen. Mit seinen riskanten Manövern brachte es das Fischerboot zum Kentern und 58 Personen ertranken. Der EGMR ging anscheinend konkludent davon aus, dass die Opfer in die *Jurisdiction* Italiens fielen, wenn er auch nicht auf die Beschwerde eintret.⁴⁶ Wie sich aus einem *obiter dictum* in einem späteren Entscheid ergibt,⁴⁷ stützte sich der EGMR wohl auf ein italienisch-albanisches Verwaltungsabkommen, das Italien erlaubte, in albanischen oder internationalen Gewässern Boote mit albanischen Passagieren zu kontrollieren.

Im Fall *K. v. Italy* ging es um eine Polin, der in Polen Unterhalt für ihr Kind zugesprochen wurde. Weil der in Italien lebende Schuldner nicht zahlte, eröffnete K. in Polen ein Verfahren auf Eintreibung. Das Verfahren wurde gestützt auf ein Rechtshilfeabkommen⁴⁸ von einem polnischen Gericht durchgeführt, sodass die Beschwerdeführerin nie mit den italienischen Behörden in Kontakt war. Der EGMR liess aber ihre Beschwerde gegen Italien zu mit der Begründung, Italien habe mit der Ratifikation des Rechtshilfeabkommens die Verantwortung für die Vollstreckung ausländischer Urteile übernommen.⁴⁹ Es handelt sich wohl der Sache nach um die vertragliche Delegation der Vollstreckungshoheit an einen anderen Staat. Italien vollstreckte ein ausländisches Urteil, wodurch die im Ausland weilende Begünstigte des Urteils in seine *Jurisdiction* gelangte.

b. *Jurisdiction* kraft Flaggenprinzip

Der EGMR übernahm auch den Fall *Rigopoulos* von der Kommission und stellte fest, dass der Beschwerdeführer unzweifelhaft in den Schutzbereich der EMRK falle.⁵⁰ Die *Jurisdiction* von Spanien wurde also konkludent angenommen,

⁴⁰ *Rigopoulos c. l'Espagne*, vgl. *supra* FN 28 und den zugehörigen Text.

⁴¹ EKMR, *Chrysostomos et al. v. Turkey*, nos 15299/89, 15300/89, and 15318/89, Entscheid vom 4. März 1991, §§ 30 ff. der rechtlichen Erwägungen.

⁴² EGMR, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, no. 12747/87, Urteil vom 26. Juni 1992.

⁴³ *Ibid.*, § 91.

⁴⁴ EGMR, *Gentilhomme et al. c. France*, nos 48205/99, 48207/99 et 48209/99, Urteil vom 14. Mai 2002, § 20.

⁴⁵ EGMR, *Xhavara et al. c. Italie et Albanie*, no. 39473/98, Entscheid vom 11. Januar 2001.

⁴⁶ Er begründete das Nichteintreten mit dem Fehlen verschiedener Eintretensvoraussetzungen, deren einzelne Prüfung bei mangelnder *Jurisdiction* nicht nötig gewesen wäre: *Ibid.*, 5 ff.

⁴⁷ EGMR, *Banković et al. v. Belgium et al. (GC)*, no. 52207/99, Entscheid vom 12. Dezember 2001, § 37.

⁴⁸ Übereinkommen vom 20. Juni 1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland, SR 0.274.15.

⁴⁹ EGMR, *K. v. Italy*, no. 38805/97, Urteil vom 20. Juli 2004, § 21.

⁵⁰ EGMR, *Rigopoulos c. l'Espagne*, no. 37388/97, Entscheid vom 12. Januar 1999.

wobei hier neben der tatsächlichen Herrschaft über den Beschwerdeführer⁵¹ wohl auch das Flaggenprinzip massgeblich war.⁵² Auch im hinten⁵³ noch näher zu beschreibenden Fall *Medvedyev*⁵⁴ war wohl das Flaggenprinzip relevant,⁵⁵ da die Beschwerdeführer auf einem Schiff auf hoher See festgehalten wurden. Der EGMR stützte aber seinen Entscheid ausdrücklich auf die physische Kontrolle, die die französischen Truppen über die Beschwerdeführer hatten.

2. Jurisdiction kraft de facto Hoheitsgewalt

Die weitaus wichtigeren Entwicklungen in der Praxis des EGMR betrafen aber Fälle, in denen *Jurisdiction* allein durch faktische Hoheitsgewalt begründet wurde. Anders als die Kommission erklärte der EGMR jedoch die physische Kontrolle nicht nur über Personen (siehe unter b.), sondern auch über ein ganzes Gebiet für relevant (sogleich unter a.).

a. Jurisdiction im Bereich der Kontrolle über ein Gebiet

Einen wegleitenden Entscheid fällt der EGMR im Verfahren *Loizidou v. Turkey*.⁵⁶ Der Beschwerdeführerin wurde seit der Besetzung Nordzyperns der Zugang zu ihren Grundstücken, und damit die Ausübung ihrer Eigentumsrechte verwehrt. Der EGMR bekräftigte eingangs die Praxis der Kommission, dass *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK nicht deckungsgleich mit dem Staatsgebiet sei. Ohne nähere Erörterung dieses Kernbegriffs stellte er fest, die Verantwortlichkeit eines Staates könne auch dort greifen, wo er infolge einer Militäraktion die tatsächliche Kontrolle über ein Gebiet ausserhalb seines Territoriums ausübe:

«[T]he responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory.»⁵⁷

Implizit sprach der EGMR damit aus, dass die tatsächliche Kontrolle über ein Gebiet *Jurisdiction* im Sinne von Art. 1 EMRK über die im Gebiet befindlichen Personen begründet. Aus dem Entscheid geht deutlich hervor, dass hierfür tatsächliche Umstände genügen: Die Pflicht zur Aufrechterhaltung

der Konvention «*derives from the fact of such control*».⁵⁸ Bedingung ist die «tatsächliche» Kontrolle über ein Gebiet («*effective*»; «*en pratique*»); ob diese Kontrolle rechtmässig etabliert wurde, ist unbeachtlich («*whether lawful or unlawful*»)⁵⁹ Gegenüber der Praxis der Kommission fällt auf, dass der EGMR von der Kontrolle über ein Gebiet spricht, während die Kommission von der Kontrolle über Personen und Sachen sprach. Damit nehmen sie aber bloss verschiedene Sichtweisen desselben Sachverhalts ein. Letztlich ausschlaggebend ist die *de facto* Hoheitsgewalt über Personen; die Kontrolle über ein Gebiet umfasst die Kontrolle über die darin befindlichen Personen. Der EGMR benutzt ausserdem die Worte «*effective control*», wo die Kommission vorwiegend von «*actual authority*» oder schlicht von «*control*» sprach. Damit scheint aber keine abweichende Bedeutung beabsichtigt zu sein. Der EGMR bestätigte die in *Loizidou* abgehandelten Prinzipien in *Cyprus v. Turkey*.⁶⁰ Neu findet sich hier ein teleologischer Argumentationsstrang, der darauf beruht, dass die EMRK ein Instrument des europäischen *ordre public* darstelle:⁶¹

«[T]he Court must have regard to the special character of the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings.»⁶²

Der EGMR befand, dass Nordzypern in die *Jurisdiction* der Türkei falle. Der gegenteilige Schluss – so der EGMR – müsse angesichts der Tatsache, dass Zypern permanent daran gehindert sei, im Norden des Landes die Konventionsrechte zu garantieren, zu einem «bedauerlichen Vakuum» («*regrettable vacuum*») im Menschenrechtsschutz der Einwohner Nordzyperns führen. Dies würde, so der EGMR weiter, im Widerspruch zum europäischen *ordre public* stehen.⁶³ Wie sich aus der Stellung dieser Erwägung ergibt – sie folgt nach der Schlussfolgerung, dass Nordzypern in die *Jurisdiction* der Türkei falle –, führt sie der EGMR nur zur Bestätigung seines Befunds an. Das Vokabular («bedauerliches Vakuum») deutet ausserdem darauf hin, dass es sich nicht um ein rechtliches, sondern um ein rechtspolitisches Argument zur Abstützung der *Jurisdiction* handelt.

Dass Gebietskontrolle *Jurisdiction* begründet, hat der EGMR seither bekräftigt. Bezüglich der Situation in Nordzypern kann statt vieler auf den jüngeren Fall *Solomou et*

⁵¹ Dazu sogleich hinten III.B.2.b.

⁵² Siehe für den Sachverhalt vorne unter III.A.1.b.

⁵³ Siehe die Ausführungen unter III.B.2.b.

⁵⁴ EGMR, *Medvedyev et al. c. France*, no. 3394/03, Urteil vom 10. Juli 2008.

⁵⁵ Der Flaggenstaat Kambodscha hatte Frankreich auf Anfrage erlaubt, das Schiff zu kontrollieren, und gegebenenfalls ein Strafverfahren einzuleiten. Es lag also (auch) die einvernehmliche Ausübung der *de jure* Hoheitsgewalt auf dem aufgebrachtten Schiff vor.

⁵⁶ EGMR, *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, no. 15318/89, Urteil vom 23. März 1995, § 62.

⁵⁷ *Ibid.*, § 62.

⁵⁸ *Ibid.*, § 62.

⁵⁹ *Ibid.*, § 62.

⁶⁰ EGMR, *Cyprus v. Turkey (GC)*, no. 25781/94, Urteil vom 10. Mai 2001, §§ 69 ff.

⁶¹ Dass die EMRK die Funktion eines europäischen Verfassungsinstrumentes erfülle, wurde schon im Kommissionsentscheid im Fall *Chrysostomos et al.* (FN 41, § 22 der rechtlichen Erwägungen) und im EGMR-Entscheid im Fall *Loizidou* (FN 56, § 75) bestätigt, jedoch in anderem Zusammenhang.

⁶² *Cyprus v. Turkey* (FN 60), § 78.

⁶³ Soweit ersichtlich, wurde das «Vakuum»-Argument erstmals von Zypern vor der Kommission vorgebracht: *Cyprus v. Turkey* (FN 27), § 2.a.cc der Parteibegehren.

al. v. Turkey verwiesen werden, dem die Erschiessung eines Zyprioten im besetzten Gebiet zugrundelag.⁶⁴ *Jurisdiction* kraft Gebietskontrolle lag auch im Fall *Ilaşcu et al. v. Moldova and Russia*⁶⁵ vor. Hier kam der EGMR zum Schluss, dass das Regime der selbsternannten «Transnistrischen Moldauischen Republik», und mittelbar Russland, faktisch die Kontrolle über eine Region Moldawiens habe.

Auch um eine Art der Gebietskontrolle ging es – zumindest argumentierten die Beschwerdeführer so – im Fall *Banković et al.*⁶⁶ Dem Fall lag die Zerstörung der serbischen Radio- und Fernsehanstalt RTS durch Luft-Boden-Raketen der NATO während des Kosovo-Konflikts im Jahr 1999 zugrunde, bei der mehrere Personen verletzt oder getötet wurden. Die Beschwerdeführer machten in Anlehnung an *Loizidou* geltend,⁶⁷ die Lufthoheit der NATO zum Zeitpunkt der Bombardierung sei so vollständig gewesen wie die Kontrolle der Türkei über Nordzypern. Daneben griffen die Beschwerdeführer das Argument des EGMR aus dem Fall *Cyprus v. Turkey* auf, dass die Ablehnung extraterritorialer Anwendung der EMRK ein Vakuum im Menschenrechtsschutz hinterlassen würde, was im Widerspruch zur *ordre public*-Funktion der EMRK stehen würde.

Der EGMR beleuchtete *in casu* den Begriff der *Jurisdiction* näher.⁶⁸ Er hielt eingangs fest, dass der Ausgangspunkt jeder Vertragsauslegung die gewöhnliche Bedeutung der Begriffe in ihrem Kontext und im Lichte des Vertragszwecks sei.⁶⁹ Die gewöhnliche Bedeutung von *Jurisdiction* sei jene von *de jure* Hoheitsgewalt im Sinne der Souveränitätslehre. Art. 1 EMRK müsse diese gewöhnliche, im Wesentlichen territoriale Bedeutung von *Jurisdiction* widerspiegeln. Andere Grundlagen für *Jurisdiction* seien Ausnahmen und müssten von Fall zu Fall auf ihre Berechtigung geprüft werden. Zur Bestätigung seines Befunds verwies der EGMR auf die Staatenpraxis in der Anwendung der Konvention⁷⁰ und die *travaux préparatoires* zur EMRK.⁷¹ Der EGMR schloss mit

der Aussage, dass er in seiner Praxis extraterritoriale *Jurisdiction* nur in Ausnahmefällen angenommen habe:

«[I]t has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.»⁷²

Mit etwas Kulanz können tatsächlich alle Fälle des EGMR bis zum *Banković*-Entscheid in eine der hier genannten Kategorien eingepasst werden; die Passage blendet jedoch die Praxis der Kommission aus, die Kontrolle über Personen ohne Gebietskontrolle (z.B. in Form einer Besetzung) für die Begründung von *Jurisdiction* genügen liess.

Der EGMR setzte sich in *Banković* schliesslich mit den Argumenten der Beschwerdeführer auseinander.⁷³ Er verwarf das Argument, dass die NATO-Staaten Gebietskontrolle im Sinne der *Loizidou*-Rechtsprechung ausgeübt hätten. Die Kontrolle war offensichtlich nicht so, dass die NATO-Staaten alle Rechte der EMRK in der Bundesrepublik Jugoslawien hätten gewähren können. Man hätte daher – so der EGMR – die Teilbarkeit der in der EMRK verbrieften Rechte und Grundfreiheiten und somit die Beschränkung der Verantwortlichkeit auf einzelne Handlungen annehmen müssen. Eine solche Aufspaltung von Art. 1 EMRK sei aber nicht möglich. Die Auslegung der Beschwerdeführer führe ausserdem so weit, dass die Wendung «*within their jurisdiction*» schlicht überflüssig werde, was nicht im Sinne der Vertragsschöpfer sein könne. Dem «Vakuum»-Argument der Beschwerdeführer entgegnete der EGMR, dass die Bewohner Nordzyperns, anders als die Opfer in *Banković*, auf ein Menschenrechtsregime hätten verzichten müssen, das sie ansonsten genossen hätten. Die EMRK, so der EGMR, funktioniere in einem hauptsächlich regionalen Kontext, und namentlich im Rechtsraum («*legal space*») der Vertragsparteien.⁷⁴ Die Bundesrepublik Jugoslawien als Nichtmitgliedstaat habe offensichtlich nicht zu diesem Rechtsraum gehört. Insgesamt kam der EGMR daher zum Schluss, dass die Opfer des Bombardements nicht in die *Jurisdiction* der beklagten Staaten gefallen seien.

b. *Jurisdiction* kraft Kontrolle über Personen

Die andere Form der faktischen Kontrolle, die im Verständnis des EGMR extraterritoriale *Jurisdiction* begründet, betrifft Fälle der Kontrolle über einzelne Personen. Der typische Fall in dieser Gruppe betrifft die Situation, dass ein Staat eine Person im Gewahrsam, also in seiner physischen Kontrolle

den Genuss der Konventionsrechte kommen sollen. Dies weist darauf hin, so der EGMR, dass *Jurisdiction* im Wesentlichen territoriale Bedeutung habe: *Ibid.*, § 63.

⁶⁴ *Ibid.*, § 71.

⁶⁵ *Ibid.*, § 74.

⁶⁶ *Ibid.*, §§ 80 ff.

⁶⁴ EGMR, *Solomou et al. v. Turkey*, no. 36832/97, Urteil vom 24. Juni 2008, §§ 43 ff.

⁶⁵ EGMR, *Ilaşcu et al. v. Moldova and Russia*, no. 48787/99, Urteil vom 8. Juli 2004, §§ 376 ff.

⁶⁶ EGMR, *Banković et al. v. Belgium et al. (GC)*, no. 52207/99, Entscheid vom 12. Dezember 2001.

⁶⁷ *Ibid.*, §§ 46 ff.

⁶⁸ *Ibid.*, §§ 55 ff.

⁶⁹ Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVÜ), SR 0.111.

⁷⁰ Er verwies auf den Umstand, dass kein Staat bei ausländischen Kriegsmissionen das Recht zur Derogation gemäss Art. 15 EMRK angerufen hatte. Davon lasse sich ableiten, dass Staaten jeweils von der Nichtanwendbarkeit der EMRK ausgingen: *Banković et al.* (FN 66), § 62.

⁷¹ Er stellte fest, dass im Verlauf der Entstehung von Art. 1 EMRK die Wendung «*all persons residing within their territories*» mit «*within their jurisdiction*» ersetzt wurde. Damit sollte nach dem Willen der Vertragsschöpfer klargestellt werden, dass nicht nur Niedergelassene im rechtlichen Sinn, sondern alle Menschen in

hat. Wie aber zu zeigen sein wird, tauchen in der jüngeren Praxis des EGMR Fälle auf, in denen keine Kontrolle mehr in diesem Sinn vorausgesetzt war.

Der erste Fall, der den extraterritorialen Gewahrsam über eine Person betraf, war soweit ersichtlich jener des griechischen Kapitäns *Rigopoulos*,⁷⁵ der von der spanischen Zollpolizei auf hoher See festgehalten wurde. Neben dem Flaggenprinzip⁷⁶ nahm der EGMR wohl auch den Gewahrsam als Grundlage für die *Jurisdiction* an.

Dem Verfahren *Öcalan v. Turkey*⁷⁷ lag die Situation zugrunde, dass der PKK-Führer an einem kenianischen Flughafen von türkischen Behörden verhaftet worden war. Es blieb unklar, ob die Operation mit Einverständnis Kenias vorgenommen wurde, ob also die Türkei im Rahmen ihrer *de jure* Hoheitsgewalt gehandelt hat.⁷⁸ Jedenfalls befand der EGMR unter Verweis auf die Entscheide *Freda* und *Sánchez Ramirez* der Kommission, dass *Öcalan* vom Moment der Verhaftung an der tatsächlichen Hoheitsgewalt und daher der *Jurisdiction* der Türkei unterstanden habe.⁷⁹ Beachtenswert ist, dass in diesem Fall, der materiell nach *Banković* entschieden wurde, das «*legal space*»-Argument nicht auftaucht. Dass *Öcalan* in Kenia verhaftet wurde, war für die *Jurisdiction* irrelevant.

In *Issa v. Turkey*⁸⁰ wurde vorgebracht, türkische Soldaten hätten auf irakischem Gebiet eine Gruppe von Schafhirten festgenommen, gefoltert und umgebracht. Es wäre wohl *Jurisdiction* kraft Gewahrsams gegeben gewesen (wobei der EGMR auch die Gebietskontrolle anprüfte), doch scheiterte die Beschwerde letztlich aus Mangel an Beweisen.⁸¹ Dennoch ist an diesem Urteil interessant, dass der EGMR auf das «*legal space*»-Argument aus *Banković* eingeht, dieses aber anders zu verstehen scheint:

«[I]f there is a sufficient factual basis for holding that ... the victims were within that specific area [in northern Iraq], it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey (and not that of Iraq, which is not a Contracting State and clearly does not fall within the legal space (espace juridique) of the Contracting States ...»

In *Banković* hatte das *legal space*-Argument noch mit dazu gedient, die Beschwerde mangels *Jurisdiction* für unzulässig zu erklären. Die EMRK sei dazu bestimmt, so die Grosse Kammer des EGMR, im Rechtsraum der Mitgliedstaaten zu wirken, und die Bundesrepublik Jugoslawien als Nichtmitgliedstaat gehörte nicht dazu. In *Issa* bekräftigte der EGMR

zwar, dass Irak nicht zum Rechtsraum der Vertragsparteien gehört, dies schien aber für die Beurteilung des Falles keine Rolle zu spielen. Vielmehr schien dem EGMR zu genügen, dass die Türkei als Mitgliedstaat ihre *Jurisdiction* auf irakischen Boden ausdehnt. Damit wäre aber das Kriterium des *legal space* – da deckungsgleich mit *Jurisdiction* – obsolet.

Neu formulierte der EGMR in *Issa* auch das Prinzip, dass den Mitgliedstaaten ausserhalb ihres Territoriums nicht erlaubt sein könne, was ihnen auf ihrem eigenen Gebiet verboten ist:

«... 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.»⁸²

Der EGMR paraphrasiert damit den UN-Menschenrechtsausschuss, der das Prinzip zuvor formuliert hatte.⁸³ Dieser Grundsatz kann als Umgehungsverbot verstanden werden:⁸⁴ Staaten können sich nicht ihrer Verantwortung unter der EMRK entziehen, indem sie ihr Handeln ins Ausland verlegen. Damit ist aber noch nichts über den Gehalt der *Jurisdiction* gesagt, die der EGMR als Kriterium sicherlich nicht komplett fallen lassen wollte. Ausserdem stellt die typische extraterritoriale Handlung wohl nicht eine Umgehung in dem Sinne dar, dass ein Staat Menschenrechtsverletzungen «auszulagern» versucht.

Der Fall *Isaak v. Turkey*⁸⁵ ereignete sich im Kontext der türkischen Besetzung Nordzyperns. Im August 1996 fanden beiderseits der UN-Pufferzone Demonstrationen statt. Dabei kam es zu Zusammenstössen innerhalb der Pufferzone. Ein zyprischer Demonstrant wurde dabei u.a. von türkisch-zyprischen Polizisten so verprügelt, dass er seinen Verletzungen erlag. Da die Pufferzone von der UNO kontrolliert wurde, lag kein Fall der *Jurisdiction* kraft Gebietskontrolle vor. Der EGMR stellte aber fest, dass die Türkei in der fraglichen Situation mit Hilfe ihrer *de facto*-Organe tatsächliche Herrschaft bzw. Kontrolle über das Opfer ausgeübt habe.⁸⁶ Es genügte demnach ein tätlicher Angriff auf eine Person, also eine Situation unterhalb der Schwelle des physischen Gewahrsams, um *Jurisdiction* zu begründen.

Auch im Fall *Pad et al. v. Turkey*⁸⁷ wäre wohl extraterritoriale *Jurisdiction* kraft Gewahrsams gegeben gewesen:

⁷⁵ EGMR, *Rigopoulos c. l'Espagne*, no. 37388/97, Entscheid vom 12. Januar 1999.

⁷⁶ Vgl. dazu vorne b.

⁷⁷ EGMR, *Öcalan v. Turkey*, no. 46221/99, Urteil vom 12. März 2003.

⁷⁸ *Ibid.*, § 11.

⁷⁹ *Ibid.*, § 93.

⁸⁰ EGMR, *Issa et al. v. Turkey*, no. 31821/96, Urteil vom 16. November 2004.

⁸¹ *Ibid.*, §§ 76 ff.

⁸² *Ibid.*, § 71.

⁸³ Es handelte sich um die folgenden Fälle: HRC, *Saldías de López v. Uruguay*, Communication no. 52/1979, Views of 29 July 1981, § 12.3; HRC, *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communication no. 56/1979, Views of 29 July 1981, § 10.3.

⁸⁴ ANDREAS FISCHER-LESCANO U.A., Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21 (2009), 256 ff., 276 f.

⁸⁵ EGMR, *Isaak et al. v. Turkey*, no. 44587/98, Entscheid vom 28. September 2006.

⁸⁶ *Ibid.*, 21.

⁸⁷ EGMR, *Pad et al. v. Turkey*, no. 60167/00, Entscheid vom 28. Juni 2007.

Gemäss den Beschwerdeführern waren die Opfer von türkischen Soldaten auf iranischem Boden aufgegriffen, per Hubschrauber in die Türkei geflogen und dort erschossen worden. Der Fall hilft jedoch wegen einer Besonderheit nicht weiter: Die Türkei hatte die Tötung der Männer durch die Armee eingestanden, beharrte aber darauf, dass sich der ganze Vorfall auf türkischem Boden ereignet hatte. Der EGMR stellte daher fest, dass das Vorliegen von *Jurisdiction* nicht strittig war, und prüfte die Frage nicht weiter.

Auch dem Verfahren *Andreou v. Turkey*⁸⁸ lag die Situation rund um das besetzte Nordzypern zugrunde. Die zypriotische Beschwerdeführerin hatte an einer Demonstration am südlichen Rand der UN-Pufferzone teilgenommen, in deren Verlauf ein zypriotischer Demonstrant in das besetzte Gebiet eindrang. Die türkisch-zyprischen Truppen erschossen ihn und feuerten anschliessend auf die Demonstranten. Dabei wurde die Beschwerdeführerin, die sich auf der griechisch-zyprischen Seite ausserhalb der Pufferzone befand, von einer Kugel schwer verletzt. Die Türkei machte vor dem EGMR geltend, dass sie mangels Herrschaft über die UN-Pufferzone oder das griechisch-zyprische Gebiet südlich davon keine *Jurisdiction* gehabt habe. Der EGMR widersprach dem:

«[E]ven though the applicant sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, was such that the applicant must be regarded as «within [the] jurisdiction» of Turkey».

Es genügte demnach, dass die Schussabgabe die direkte und unmittelbare Ursache («*direct and immediate cause*») für die Verletzungen war. Es fällt auf, dass der EGMR hier weder feststellte noch voraussetzte, dass das Opfer in der Kontrolle des Staates war. Zwar lässt sich sagen, dass ein Gewehr schützen auch eine Art Kontrolle über die anvisierte Person ausübt. Der EGMR äusserte sich aber nicht dazu und liess im Ergebnis schlicht einen engen Kausalzusammenhang zwischen dem Staatshandeln und der Verletzung genügen. Damit geriet der EGMR in Erklärungsnot, was die Ähnlichkeit des Falles mit *Banković* betrifft: Auch in jenem Fall wurden Schüsse mit Verletzungsfolge abgegeben, ohne dass vorher eine (vom EGMR anerkannte) Form der Kontrolle über die Opfer gegeben war. Der EGMR griff daher in *Andreou* auf die Idee des «*legal space*» zurück: Im Gegensatz zu den Opfern in *Banković* habe sich *Andreou* auf einem Gebiet befunden, das von der EMRK erfasst sei: «*Unlike the applicants in ... Banković ... she was ... within territory covered by the Convention*».⁸⁹

Dem Fall *Medvedyev et al. c. France*⁹⁰ lag die Situation zugrunde, dass ein französisches Militärschiff einen un-

ter kambodschanischer Flagge fahrenden Frachter namens *Winner* auf hoher See aufbrachte. Die französischen Truppen inhaftierten die Besatzung an Bord der «*Winner*» und hielten sie dort fast zwei Wochen lang fest. Hier mögen auch Aspekte der rechtlichen Hoheitsgewalt gegeben gewesen sein,⁹¹ doch der EGMR statuierte ausdrücklich, dass die physische Kontrolle über die Beschwerdeführer die *Jurisdiction* Frankreichs begründet hatte:

«[L]a Cour constate ... que nul ne conteste qu'entre le 13 juin 2002 (date de l'interception du Winner) et le 26 juin 2002 (date de son arrivée au port de Brest) le Winner et son équipage étaient sous le contrôle des forces militaires françaises, de sorte que, bien qu'en dehors du territoire français, ils se trouvaient sous la juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la Convention.»⁹²

Auch im Fall *Women on Waves*⁹³ drehte es sich um die physische, wenn auch lockere Kontrolle von Personen. Die niederländische Stiftung *Women on Waves* hatte geplant, in einer portugiesischen Hafenstadt Seminare rund um das Thema «Ungewollte Schwangerschaften» abzuhalten. Sie war zu diesem Zweck mit dem Schiff *Borndiep* von Amsterdam nach Portugal unterwegs. Als sich das Schiff Portugal näherte, verbot die portugiesische Regierung die Einfahrt der *Borndiep* in die Küstengewässer. Um das Verbot durchzusetzen, wurde ein Kriegsschiff der portugiesischen Marine neben der *Borndiep* positioniert. Der EGMR nahm konkludent an, dass in *casu* die *Jurisdiction* von Portugal gegeben war. Da die *Borndiep* noch ausserhalb der Küstengewässer lag,⁹⁴ nicht unter portugiesischer Flagge fuhr, und die Stiftung niederländisch ist, kann *Jurisdiction* im Sinne der *de jure* Hoheitsgewalt nicht vorgelegen haben.⁹⁵ Offenbar stützte sich der EGMR auf den Umstand, dass Portugal mittels des Kriegsschiffs die *Borndiep* physisch daran hindern konnte, in die Küstengewässer einzufahren. Ausschlaggebend war also auch eine Form der Kontrolle, selbst wenn diese erst nach Erlass des Verbots etabliert wurde, nicht absolut war und nur in eine Richtung wirkte.

Auch dem Fall *Stephens v. Malta* lag der tatsächliche Gewahrsam über den Beschwerdeführer zugrunde. Der Brite

⁹¹ Siehe die Ausführungen vorne unter b.

⁹² *Medvedyev et al.* (FN 90), § 50.

⁹³ EGMR, *Women on Waves et al. c. Portugal*, no. 31276/05, Urteil vom 3. Februar 2009.

⁹⁴ Zwar können Staaten gestützt auf Art. 25 Abs. 1 des Seerechtsübereinkommens sog. nichtfriedliche Durchfahrten in ihren Küstengewässern verhindern. Diese Bestimmung erlaubt die Vornahme entsprechender Massnahmen jedoch nur *in* den Küstengewässern: Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982, SR 0.747.305.15.

⁹⁵ Möglicherweise befand sich das Schiff bereits in der Anschlusszone, in der Portugal gestützt auf Art. 33 Abs. 1 lit. a des Seerechtsübereinkommens die «erforderliche Kontrolle» ausüben kann, um Verstösse gegen seine Gesundheitsgesetze in seinem Hoheitsgebiet verhindern. Dazu findet sich jedoch kein Hinweis im Urteil.

⁸⁸ EGMR, *Andreou v. Turkey*, no. 45653/99, Entscheid vom 3. Juni 2008.

⁸⁹ *Ibid.*, 11.

⁹⁰ EGMR, *Medvedyev et al. c. France*, no. 3394/03, Urteil vom 10. Juli 2008.

Stephens war auf Geheiss Maltas in Spanien mit dem Vorwurf verhaftet worden, er habe sich mit anderen zum Zweck verschworen, Betäubungsmittel nach Malta einzuschmuggeln. Malta schien seine Hoheitsgewalt auf das Schutzprinzip,⁹⁶ und damit auf einen Aspekt der *de jure* Hoheitsgewalt abzustützen. Der Haftbefehl stellte sich jedoch als rechtswidrig heraus, sodass für den EGMR wohl einzig der tatsächliche Gewahrsam relevant war. Der spanische Gewahrsam wurde im übrigen Malta zugerechnet, da es die Verhaftung gestützt auf das Europäische Auslieferungsübereinkommen⁹⁷ erwirkt hatte.⁹⁸

Der jüngste Fall dieser Gruppe, *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*,⁹⁹ ereignete sich im Irak. Die Beschwerdeführer waren durch britische Truppen festgenommen und vor Ort in britischen Gefängnissen festgehalten worden, bis sie Ende 2008 den irakischen Behörden überstellt wurden. Unter Mordverdacht stehend, machten die Beschwerdeführer in ihrer EMRK-Beschwerde geltend, dass die Überstellung an die irakischen Behörden sie dem Risiko eines unfairen Verfahrens und der Todesstrafe aussetze.¹⁰⁰ Der beklagte Staat argumentierte, dass die Beschwerdeführer nicht in seiner *Jurisdiction* gewesen seien. Sich u.a. auf *Banković* berufend, argumentierte er, die EMRK sei ein Instrument des europäischen *ordre public*, und ihre Anwendung sei auf den Rechtsraum der Mitgliedstaaten beschränkt.¹⁰¹ Zudem habe er nur *de facto*, aber nicht *de jure* Gewalt über die Beschwerdeführer ausgeübt.¹⁰² Sowohl das Festhalten als auch die Überstellung seien auf Ersuchen der irakischen Gerichte und auf der Basis von deren einseitig getroffenen Entscheidungen erfolgt. Diese Akte könnten daher nicht als Ausübung britischer Hoheitsgewalt gelten.¹⁰³ Der EGMR folgte dieser Argumentation nicht und befand, dass sich die Beschwerdeführer in der *Jurisdiction* des Vereinigten Königreichs befunden hatten. Er unterschied dabei zwei Phasen, doch war zu jeder Zeit die physische Kontrolle über die Häftlinge eine hinreichende Bedingung für die Etablierung von *Jurisdiction*. Während der Besetzungsphase hätten die britischen Truppen mittels militärischer Macht die Kontrolle und Hoheitsgewalt («*control and authority*») über die Beschwerdeführer ausgeübt. Später habe diese faktische

Kontrolle durch Resolutionen des UN-Sicherheitsrats und die Anordnungen der *Coalition Provisional Authority* zusätzlich einen rechtlichen Mantel erhalten. Aufgrund dieser vollständigen und ausschliesslichen *de facto* und später *de jure* Kontrolle über die Gefängnisse hätten sich die Beschwerdeführer bis zu ihrer Überstellung an die irakischen Behörden in britischer *Jurisdiction* befunden.¹⁰⁴ Dieser Entscheid bestätigt die bisherige Praxis, dass die physische Kontrolle über Personen ausreicht, um *Jurisdiction* zu begründen. Beachtlich ist, dass der EGMR mit keinem Wort auf das *legal space*-Argument der britischen Regierung einging. Es schien schlicht keine Rolle zu spielen, dass sich der Sachverhalt in einem Nichtmitgliedstaat ereignete.

IV. Kritik

Wie dieser Überblick zeigt, haben die Kommission und der EGMR die EMRK immer dort auf extraterritoriale Sachverhalte angewandt, wo Staaten jenseits ihrer Staatsgrenzen *de jure* oder *de facto* Hoheitsgewalt ausübten. Wo bloss faktische Hoheitsgewalt in Frage steht, dient das Kriterium der «Kontrolle» dazu festzustellen, inwiefern eine Person ihr unterworfen ist. Die Kontrolle umfasst entweder ein Gebiet, und bezieht dann alle darin befindlichen Personen in die Hoheitsgewalt des Staates ein, oder sie betrifft eine einzelne Person und besteht dann typischerweise im Gewahrsam über dieselbe. In Gewahrsamsfällen genügt, wie im Fall *Al-Saadoon and Mufdhi*, die Kontrolle über den Ort, an dem die Person festgehalten wird. In jüngeren Entscheiden des EGMR ist zudem die Tendenz feststellbar, dass das Kriterium der «Kontrolle» aufgeweicht wird. Im Fall *Andreou* genügte namentlich ein Schuss auf Distanz, um *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK zu begründen. Diese Entwicklung ist nur folgerichtig: Es ist unter Wertungsgesichtspunkten nicht einsehbar, weshalb die extraterritoriale Verhaftung, aber nicht die Erschiessung einer Person dem Regime der EMRK unterstehen soll. HANNUM hat diese Absurdität auf den Punkt gebracht:

«[S]imply shooting suspects is apparently immune from scrutiny, so long as you are careful not to arrest them first.»¹⁰⁵

Trotz des eindrücklichen Inventars an extraterritorialen Fällen geht der EGMR heute davon aus, dass Art. 1 EMRK den Anwendungsbereich der Konvention geographisch beschränke: «... *Article 1 sets a limit, notably territorial, on the reach of the Convention.*»¹⁰⁶ Diese Position beruht hauptsächlich auf zwei Gesichtspunkten, die zu kritisieren

⁹⁶ Das Schutzprinzip erlaubt Staaten das rechtliche Erfassen extraterritorialer Sachverhalte, wenn ihre vitalen Interessen involviert sind, vgl. die vorne (FN 16) erwähnte Empfehlung des Europarats.

⁹⁷ Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, SR. 0.353.1.

⁹⁸ EGMR, *Stephens v. Malta*, no. 11956/07, Urteil vom 21. April 2009, §§ 50 ff.

⁹⁹ EGMR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, Entscheid vom 30. Juni 2009.

¹⁰⁰ *Ibid.*, §§ 90 ff.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 75.

¹⁰² *Ibid.*, § 77.

¹⁰³ *Ibid.*, § 79.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §§ 88 f.

¹⁰⁵ HURST HANNUM, Remarks on «Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights», in: American Society of International Law Proceedings, Vol. 96 (2002), 95 ff., 98.

¹⁰⁶ *Al-Saadoon and Mufdhi* (FN 99), § 84.

sind. Einerseits geht der EGMR davon aus, dass *Jurisdiction* ein im Wesentlichen gebietsbezogener Begriff sei («*an essentially territorial notion*») (sogleich unter A.). Andererseits taucht in den Erwägungen des EGMR die Idee auf, dass die EMRK vorwiegend im Rechtsraum der Mitgliedstaaten, also auf dem Gebiet der Mitglieder des Europarats, anwendbar sei (hinten B).

A. *Jurisdiction* als gebietsbezogener Begriff

Der EGMR präsentierte in *Banković* erstmals das Argument, dass der zentrale Begriff *Jurisdiction* in Art. 1 EMRK als *de jure* Hoheitsgewalt im Sinne der Souveränitätslehre verstanden werden müsse. *Jurisdiction* in diesem Sinn grenzt zwischenstaatlich die Kompetenz ab, Sachverhalte hoheitlich zu regeln. Die Basis für diese Regelungskompetenz ist das Territorium eines Staates, weshalb der EGMR auch davon ausgeht, dass *Jurisdiction* im Wesentlichen gebietsbezogen sei. Diese Haltung überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht. *Jurisdiction* im so verstandenen Sinn bezeichnet, wann ein Staat das *Recht* hat zu handeln.¹⁰⁷ Die Kernfrage im Bereich von Art. 1 EMRK ist aber, wann er die *Pflicht* hat, die Konvention anzuwenden. Wenn diese Pflicht nur gegeben sein soll, wo ein Staat das Recht zum extraterritorialen Handeln hat, wird eine Gruppe problematischer Fälle ausgeschlossen: Dort, wo der Staat seine *de jure* Hoheitsgewalt überschreitet, also z.B. in völkerrechtswidriger Weise eine grenzüberschreitende Polizeiaktion unternimmt, soll die EMRK nicht anwendbar sein.¹⁰⁸ Dies widerspricht aber dem Grundprinzip, dass Menschenrechte besonders dann wirken müssen, wenn der Rechtsstaat in der Krise ist. Es muss also zumindest *auch* auf die tatsächliche Ausübung von Hoheitsgewalt ankommen. Der EGMR anerkennt dies selber auch bis zu einem gewissen Grad, indem er – wie die Kommission vor ihm – in diversen Fällen die *de facto* Hoheitsgewalt genügen lässt, um die EMRK zur Anwendung zu bringen.

B. Zum regionalen Kontext der EMRK

Ebenfalls in *Banković* hat der EGMR geäußert, dass die EMRK vorwiegend in einem regionalen, europäischen Kontext anwendbar sei – dem *legal space* der Mitgliedstaaten. In *Banković* erfolgten diese Äusserungen im Zusammen-

hang mit dem «Vakuum»-Argument der Beschwerdeführer. Sie hatten unter Berufung auf den Fall *Cyprus v. Turkey* geltend gemacht, dass die Ablehnung der extraterritorialen Anwendung ein Vakuum im Menschenrechtsschutz der Opfer hinterliesse.¹⁰⁹ Wie der EGMR nun klarstellte, hat das Vakuum-Argument in *Cyprus v. Turkey* dazu gedient, eine Rechtsschutzlücke dort zu verhindern, wo die EMRK normalerweise gilt, d.h. auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang stellte er in *Banković* fest, dass die EMRK ein Instrument des europäischen *ordre public* darstelle, und dass dies die hauptsächlich regionale Berufung («*essentially regional vocation*») des Konventionssystems unterstreiche. Die Konvention sei nicht dazu geschaffen, überall in der Welt Anwendung zu finden. Sie funktioniere in einem hauptsächlich regionalen Kontext («*essentially regional context*»), und namentlich im Rechtsraum («*legal space*») der Vertragsparteien.¹¹⁰ Die Bundesrepublik Jugoslawien als Nichtmitgliedstaat fiel nicht in diesen Rechtsraum; daher konnte im Verständnis des EGMR auch kein «Vakuum» im Menschenrechtsschutz der Opfer entstehen.

Der EGMR wollte jedoch kaum den strikten Grundsatz etablieren, dass extraterritoriale *Jurisdiction* nur im Rechtsraum der Vertragsparteien gegeben sein könne.¹¹¹ Erstens diene das *legal space*-Argument bloss zur Abweisung des «Vakuum»-Vorstosses, und zweitens relativierte der EGMR die Bedeutung des Rechtsraums gleich selber, indem er alles in unverbindliches Vokabular fasste: Sowohl die «Berufung» als auch der Anwendungsbereich der EMRK sind in seinen Feststellungen immer bloss «hauptsächlich» regional («*essentially regional*»). Diese Relativierung erstaunt nicht, wenn man bedenkt, dass der EGMR und die Kommission die EMRK auf zahlreiche aussereuropäische Sachverhalte angewendet haben: Die EMRK war nicht nur auf hoher See, sondern auch in verschiedenen Ländern auf dem amerikanischen, afrikanischen und asiatischen Kontinent anwendbar.¹¹² In keinem dieser Fälle hat die Kommission oder der EGMR *Jurisdiction* mit dem Argument abgelehnt, der Sachverhalt habe sich nicht im «Rechtsraum» der Mitgliedstaaten ereignet.

Dass das Rechtsraum-Argument kein striktes Auslegungskriterium darstellt, zeigt auch seine äusserst inkonsequente Anwendung seit *Banković*: In jenem Entscheid diene es mit dazu, die *Jurisdiction* zu verneinen, da sich der Sachverhalt in einem (*nota bene* europäischen) Nichtmitgliedstaat

¹⁰⁷ ALEXANDER ORAKHELASHVILI, Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: European Journal of International Law, Vol. 14 (2003), 529 ff., 539.

¹⁰⁸ MICHAEL GONDEK, Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights, in: Netherlands International Law Review, Vol. 52 (2005)/3, 349 ff., 364.

¹⁰⁹ *Banković* (FN 47), § 79.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 80.

¹¹¹ Dies hinderte freilich beklagte Staaten nicht, sich bei extraterritorialem Handeln fortan gegebenenfalls darauf zu berufen, dass sich der Sachverhalt in einem Nichtmitgliedstaat ereignet hatte. Vgl. das Vereinigte Königreich in *Al-Saadoon and Mufdhi* (FN 99), § 75.

¹¹² Algerien, Costa Rica, Irak, Iran, Kenia, Marokko, St. Vincent, Sudan.

ereignet hatte.¹¹³ In *Issa*¹¹⁴ sowie in *Al-Saadoon and Mufdhi*¹¹⁵ spielte es schlicht keine Rolle, dass sich der Sachverhalt in (*nota bene* aussereuropäischen) Nichtmitgliedstaaten ereignet hatte. Handkehrum diente die Idee des *legal space* in *Andreou* mit dazu, *Jurisdiction* zu bejahen, da der Verletzungserfolg auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats eintrat.¹¹⁶

Dass die EMRK nur auf dem Territorium der Mitgliedstaaten anwendbar sein soll, ist ohnehin aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen: Dass die EMRK ein Instrument (nur) des europäischen *ordre public* darstellt, ist zweifelhaft. Vielmehr kodifiziert die EMRK – materiell betrachtet – einen universellen *ordre public*. Dieser Bezug wird in der Präambel¹¹⁷ der EMRK mit aller Deutlichkeit herausgestrichen: Diese nimmt die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948¹¹⁸ als Referenzpunkt, also ein Instrument von universeller Bedeutung.¹¹⁹ Im letzten Absatz der Präambel deklarieren die Vertragsstaaten es als ausdrückliches Ziel, mit der EMRK «die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte zu unternehmen».¹²⁰ Die EMRK ist m.a.W. in einem gewissen Sinn ein Instrument zur Umsetzung bestimmter Aspekte der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Wenn aber ein universelles Instrument umgesetzt werden soll, ist die Annahme naheliegend, dass die EMRK von den Vertragsstaaten auch universell beachtet werden muss.¹²¹

Doch selbst wenn man dem Argument folgt, dass die EMRK einen bloss europäischen *ordre public* darstellt, ist der Schluss, dass sie deshalb ausserhalb Europas nicht anwendbar sei, nicht zwingend. Die EMRK beschreibt einen Verhaltenskodex für europäische Staaten. Es ist nicht ersichtlich, wieso sie diesen Kodex auf aussereuropäischen Missionen missachten dürfen sollten. Hier kann auf das vom EGMR in *Issa* formulierte Prinzip verwiesen werden, dass Staaten im Ausland nicht erlaubt sein kann, was ihnen auf ihrem eigenen Territorium verboten ist.

Schliesslich stösst das *legal space*-Argument auf ein weiteres Problem: Die Haftbarkeit des extraterritorial handelnden Staates wäre davon abhängig, dass der Gebietsstaat, in dem sich der Sachverhalt ereignet, die EMRK ebenso ratifiziert hat. Formal betrachtet würde damit neben der *Jurisdiction* ein zusätzliches, im Vertragstext nicht vorgesehenes Tatbestandselement geschaffen. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die völkerrechtlichen Verpflichtungen eines Drittstaates für die Verpflichtungen des handelnden Staates eine Rolle spielen sollten. Reziprozitätsüberlegungen haben in Abkommen humanitärer Natur grundsätzlich keinen Platz.¹²²

Ausserdem kreiert die *legal space*-Sicht unhaltbare Wertungswidersprüche: Das Argument erweckt den Anschein, dass die Menschenwürde mehr oder weniger wert sei, je nachdem, ob der extraterritorial handelnde Staat innerhalb oder ausserhalb des EMRK-Raums handelt.

Schliesslich führt die *legal-space*-Idee, konsequent zu Ende gedacht, zu unhaltbaren Resultaten, und ist kraft einer *reductio ad absurdum* abzulehnen: Ein Mitgliedstaat müsste eine Person nur über die Grenze in einen Nichtmitgliedstaat entlassen (die Kontrolle über sie aufgeben), und könnte sie dann ohne Haftungskonsequenzen mit einem gezielten Schuss über die Grenze hinweg töten.

V. Schluss

Für die von der Schweiz ins Ausland entsandten Truppen können nach dem Gesagten die folgenden Schlüsse gezogen werden: Angesichts der geringen Anzahl von Schweizer Truppen, die jeweils entsendet würden, ist nicht zu erwarten, dass die Konstellation der Gebietskontrolle einmal relevant wird.¹²³ Nicht auszuschliessen ist hingegen, dass Schweizer Truppen auf ihren Missionen Personen in Gewahrsam nehmen werden. In diesem Fall spielt es keine Rolle, wo der Gewahrsam begründet wird, ob auf hoher See, in einem fremden Staat oder auf einem Schiff mit fremder Flagge: Sobald der Gewahrsam gegeben ist, fällt die betreffende Person in die *Jurisdiction* der Schweiz und profitiert vom Schutz der EMRK. Gestützt auf den jüngeren Entscheid in *Andreou* bezieht u.E. auch die Schussabgabe – egal wo – die anvisierte Person in die *Jurisdiction* der Schweiz und damit in den Schutzbereich der EMRK ein. Der EGMR hat zwar die Haftungsfolge in *Andreou* noch mit davon abhängig gemacht, dass sich der Verletzungserfolg im Rechtsraum der Mitgliedstaaten ereignete. Das Kriterium des Rechtsraums ist jedoch aus den geschilderten Gründen nicht haltbar. Der EGMR wendet es schon heute sehr inkonsequent an, und es ist davon auszuge-

¹¹³ *Banković* (FN 47), § 80.

¹¹⁴ *Issa* (FN 80), § 74.

¹¹⁵ *Al-Saadoon and Mufdhi* (FN 99), § 84 ff.

¹¹⁶ *Andreou* (FN 88), 11.

¹¹⁷ Die Präambel als Kontextelement bei der Vertragsauslegung i.S.v. Art. 31 Abs. 1 und 2 des WVÜ wird vom EGMR kurioserweise ignoriert.

¹¹⁸ Resolution 217 (III) der UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948.

¹¹⁹ Abs. 1 f. der Präambel.

¹²⁰ Abs. 7 der Präambel.

¹²¹ Die Präambel betont in Abs. 5 ausserdem, dass die in der EMRK verbrieften Grundfreiheiten die Grundlage für Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildeten. Wenn die Mitgliedstaaten diese Prämisse schon als universell gültig anerkennen, wäre der Schluss widersprüchlich, dass sie ebendiese Grundlagen für Gerechtigkeit und Frieden im nichteuropäischen Ausland unterwandern dürften.

¹²² Vgl. Art. 60 Abs. 5 WVÜ.

¹²³ Allenfalls können Situationen auftreten, wo die Schweiz gemeinsam mit anderen Staaten ein Gebiet kontrolliert, wobei dann die Kernfrage in der Zurechnung liegt.

hen, dass er es früher oder später fallen lassen wird. So kann durchaus auch die Anwendung von Waffengewalt auf hoher See *Jurisdiction* i.S.v. Art. 1 EMRK begründen. Schweizer Truppen haben damit insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zum erlaubten Waffengebrauch zu beachten.¹²⁴

L'éventail des interventions policières et militaires par la Suisse à l'étranger s'étend de plus en plus. Cela soulève la question de savoir dans quelles circonstances les troupes suisses doivent observer la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) lorsqu'elles interviennent à l'étranger. Le présent article résume et analyse la pratique des organes des droits de l'homme à Strasbourg en la matière. Il en résulte que la CEDH est toujours appliquée dans les cas extraterritoriaux où les Etats exercent *de iure* ou *de facto* leur souveraineté (*jurisdiction*) au-delà de leurs frontières. En outre, il apparaît que le critère du «contrôle» qui sert à constater la souveraineté *de facto* a été assoupli dans les arrêts rendus récemment. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme, et avant elle la Convention européenne des droits de l'homme, ait appliqué la CEDH à des faits extra-européens dans de nombreux cas, elle semble encore et toujours considérer à ce jour que la CEDH s'applique surtout dans l'espace juridique des Etats parties à la Convention et que la *jurisdiction* est surtout une notion associée à un territoire. Le présent article examine ces deux arguments de manière critique.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

¹²⁴ Der *leading case* ist EGMR, *McCann v. the United Kingdom*, no. 18984/91, Urteil vom 27. September 1995, §§ 145 ff. Unter den jüngeren Urteilen vgl. EGMR, *Leonides v. Greece*, no. 43326/05, Urteil vom 8. Januar 2009, §§ 44 ff., und EGMR, *Khatsiyeva et al. v. Russia*, no. 5108/02, Urteil vom 17. Januar 2008, §§ 115 ff.