

Zur Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland für Handlungen der deutschen Marine im Rahmen der EU-geführten Mission ATALANTA (hier bejaht für die Übergabe eines mutmaßlichen somalischen Piraten an Kenia durch die Besatzung der Fregatte Rheinland-Pfalz am 10.3.2009).

Im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik trugen die Mitgliedstaaten für ihre diesbezüglichen Vollzugsakte jedenfalls eine Mitverantwortung mit der Folge, dass Rechtsschutz vor den mitgliedstaatlichen Gerichten zu ermöglichen ist.

Eine alleinige Verantwortlichkeit der EU ergibt sich auch nicht aus völkerrechtlichen Grundsätzen.

Eine danach von der Bundesrepublik Deutschland zu verantwortende Übergabe eines Gefangenen bedarf einer ausreichenden Eingriffsgrundlage.

Eine allein im deutschen Interesse erfolgende Übergabe an einen Drittstaat ist ohne Einschränkungen am Maßstab der deutschen Grundrechte zu messen; eine Absenkung auf den menschenrechtlichen Mindeststandard kommt nicht in Betracht.

Jedenfalls im März 2009 durfte die Bundesrepublik Deutschland nicht davon ausgehen, dass ein zu übergebender Piraterieverdächtiger in Kenia keinen menschenunwürdigen Haftbedingungen ausgesetzt sein würde. Auf eine gegenteilige Zusicherung Kenias durfte sie nicht vertrauen, da ihr hätte bewusst sein müssen, dass Kenia diese nicht einhalten konnte.

OVG NRW, Urteil vom 18.9.2014 – 4 A 2948/11 –

I. Instanz: VG Köln – 25 K 4280/09 –.

Der Kläger war mit weiteren acht Personen im März 2009 von einer Fregatte der deutschen Marine im Golf von Aden wegen des Verdachts aufgegriffen worden, einen unter der Flagge von Antigua und Barbados fahrenden, einer deutschen Reederei gehörenden Frachter angegriffen zu haben. Die Fregatte „Rheinland-Pfalz“ war Teil der Seestreitkräfte, die im Rahmen der EU-Mission „ATALANTA“ zur Abschreckung und Bekämpfung seeräuberischer Handlungen vor der Küste Somalias eingesetzt waren. Der Operation „ATALANTA“ liegt eine vom Rat der EU beschlossene Gemeinsame Aktion (GA) 2008/851/GASP vom 10.11.2008 zugrunde. Diese beruht wiederum auf den Resolutionen 1814 (2008) vom 15.5.2008, 1816 (2008) vom 2.6.2008 und 1838 (2008) vom 7.10.2008 des UN-Sicherheitsrates. Unmittelbar nach der Ergreifung leitete die Staatsanwaltschaft Hamburg ein Ermittlungsverfahren gegen die Männer ein. Am 6.3.2009 ergingen Haftbefehle, die erst am 12.3.2009 aufgehoben wurden. Das Ermittlungsverfahren wurde am 7.3.2009 nach § 153c StPO eingestellt, nachdem ein aus Vertretern des Bundesministeriums der Verteidigung (BMVg), des Auswärtigen Amtes (AA), des Bundesministeriums des Innern (BMI) und des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) bestehendes ressortübergreifendes Entscheidungsgremium (RÜEG) im Namen der beklagten Bundesrepublik

Deutschland der Staatsanwaltschaft Hamburg mitgeteilt hatte, dass der Kläger und die übrigen Verdächtigen auf der Grundlage eines Briefwechsels zwischen der EU und Kenia vom 6.3.2009 zur Strafverfolgung an kenianische Behörden übergeben würden. Die neun Piraterieverdächtigen wurden am 10.3.2009 den kenianischen Behörden zum Zwecke der Strafverfolgung übergeben. Das dortige Strafverfahren endete mit einer erstinstanzlichen Verurteilung im Juli 2013.

Der Kläger hatte ursprünglich die Feststellung begehrt, dass seine Festnahme, sein Festhalten auf der deutschen Fregatte und seine Übergabe an Kenia rechtswidrig gewesen seien. Das VG stellte unter Abweisung der Klage im Übrigen fest, dass die Übergabe an Kenia trotz der Einbindung in eine EU-Mission der deutschen Staatsgewalt zuzurechnen und rechtswidrig gewesen sei. Gegen diese Feststellung richtete sich die Berufung der Beklagten; sie blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Die Klage ist im noch anhängigen Umfang zulässig und begründet. Das VG hat zu Recht festgestellt, dass die Übergabe des Klägers an die Republik Kenia der Beklagten zuzurechnen und rechtswidrig gewesen ist.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten war die Übergabe des Klägers ein Akt deutscher Staatsgewalt und damit der Beklagten zuzurechnen. Der Umstand, dass die beteiligten deutschen Hoheitsträger im Rahmen der nach Art. 14 EUV a. F. beschlossenen Gemeinsamen Aktion (GA) 2008/851/GASP vom 10.11.2008 (Amtsblatt L-301,33 ff.) tätig geworden sind, lässt im vorliegenden Fall die Verantwortung der Beklagten nicht entfallen.

1.1 Die Annahme der Beklagten, für die Übergabe des Klägers an Kenia sei allein die EU verantwortlich, lässt bereits außer Betracht, dass zum Zeitpunkt des Einsatzes im März 2009 eine Zurechnung der (völkerrechtlichen) Verantwortlichkeit auf die EU nicht ohne weiteres möglich war. Denn nach den damals geltenden Regelungen des Amsterdamer Vertrages - der Vertrag von Nizza hat die Regelungen des V. Titels des EUV a. F. unverändert gelassen - verfügte die EU als solche – anders als die EG – nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Ob trotz des Umstandes, dass die Mitgliedstaaten von einer Art. 281 EGV

entsprechenden Regelung bewusst abgesehen hatten, die Annahme einer in der und durch die Praxis entstandenen Rechtspersönlichkeit zulässig war, war jedenfalls umstritten.

Vgl. dazu Cremer, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 24 EUV Rn. 8 f.; Terhechte, in: Schwarze, EUV-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 24 Rn. 3; König, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (BdGVR) 2010, 203, 233; Kreß, in: Weingärtner, Die Bundeswehr als Armee im Einsatz, 2010, S. 95, 106.

Die überwiegende Auffassung ging bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, der ausdrücklich (auch) die Europäische Union mit Rechtspersönlichkeit ausstattete (Art. 47 EUV), davon aus, dass diese nicht Völkerrechtssubjekt sei, da es an dem hierfür erforderlichen Willen der sie tragenden Mitgliedstaaten fehle. Dies könne durch praktisches Handeln, das möglicherweise den Rechtschein eines eigenständigen Handelns der Union erwecke, nicht ersetzt werden, zumal das Auftreten der Union nicht eindeutig auf eine Eigenständigkeit hindeute.

Vgl. Cremer, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 24 EUV Rn. 8 f.; König, BdGVR 2010, 203, 233.

Hierfür spricht nicht zuletzt, dass durch die Erklärung Nr. 4 zu Art. 24 und Art. 38 EUV zur Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam ausdrücklich klargestellt wurde, dass die der Union mit Art. 24 EUV eingeräumte Möglichkeit, Übereinkünfte für die Mitgliedstaaten abzuschließen, keine Übertragung von Zuständigkeiten von den Mitgliedstaaten auf die Union bedeuten sollte. Insbesondere war eine – für die Annahme von völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit konstitutive – Übertragung von Hoheitsrechten weder insoweit noch hinsichtlich der Gemeinsamen Aktionen vorgesehen.

Vgl. König, BdGVR 2010, 203, 232 ff.; für die völkerrechtliche Verbindlichkeit gemeinsamer Aktionen als im Ansatz Völkervertragsrecht vgl. Terhechte, a. a. O. Art. 11 Rn. 2, Art. 14 Rn. 2.

Die Anerkennung einer eigenen Rechtspersönlichkeit der EU in Bezug auf die GASP begegnete vor diesem Hintergrund aus deutscher Perspektive auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedarf die Übertragung von Hoheitsrechten einer gesetzlichen Grundlage, um innerstaatlich beachtlich zu sein, wobei dieses verfassungsrechtliche Erfordernis strikt auszu-legen ist.

BVerfG, Beschluss vom 23.6.1981- 2 BvR
1107/77 u. a. - BVerfGE 58, 1; vgl. auch Braun/
Plate, DÖV 2010, 203, 205 ff.

Angesichts dessen könnte eine etwaige völkerrechtliche Praxis, die sich neben dem Vertragstext und dem deutschen Zustimmungsgesetz entwickelt hat, nicht ausgereicht haben, um eine eigenständige Rechtspersönlichkeit zu begründen.

Aufgrund der jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon intergouvernementalen Ausgestaltung mit Einstimmigkeitserfordernis bestand auch keine zwingende Notwendigkeit, die EU als eigenständiges Zuordnungssubjekt des in einer Gemeinsamen Aktion formalisierten gemeinsamen Handelns im Rahmen der EU anzusehen. Es bestand ohne weiteres die Möglichkeit, die einzelnen Mitgliedstaaten als Rechtssubjekte heranzuziehen. Gleiches galt auch für die im Rahmen der GASP geschlossenen Verträge, etwa den hier in Rede stehenden Briefwechsel zwischen der EU und der Republik Kenia.

Vgl. dazu allgemein Terhechte, a. a. O. Art. 24
Rn. 3; König, BdGVR 2010, 203, 239; Cremer, in:
Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 4.
Aufl. 2011, Art. 37 EUV Rn. 4 m. w. N., auch auf
die Voraufgabe.

In dieser Weise als gemeinsames Abkommen der Mitgliedstaaten ist der Briefwechsel nicht zuletzt von der Beklagten auch behandelt worden. Aus dem darin ausdrücklich der EU überantworteten Monitoring hat keiner der Beteiligten, namentlich nicht die Beklagte, den Schluss gezogen, dieses könne nicht von den Mitgliedstaaten durchgeführt werden. Tatsächlich wurde es hier jedenfalls

zunächst allein von der Beklagten übernommen; zum Zeitpunkt der hier interessierenden Übergabe wurde eine exakte Zuordnung auch intern letztlich für überflüssig gehalten. Dies galt auch für den Vertragspartner. Der Rechtsberater des Operational Headquarter (OHQ) hält in seinem Bericht vom 17.3.2009 ausdrücklich fest, dass es für Kenia nicht besonders wichtig sei, ob die EU-Kommission, Mitgliedstaaten oder die Präsidentschaft handle. Die Unterscheidung verschiedener EU-Organe sei für nahezu alle kenianischen Behörden ziemlich unklar. Insoweit dürfte es jedenfalls im Hinblick auf die Republik Kenia auch an einem Rechtsschein gefehlt haben, der zur Grundlage für eine aus der Praxis entstandene Rechtspersönlichkeit gemacht werden könnte.

1.2 Unabhängig davon ist die Übergabe des Klägers auch bei – im Folgenden unterstellter – Annahme der Völkerrechtsfähigkeit der EU zum damaligen Zeitpunkt nach den hier festzustellenden konkreten Umständen des Einzelfalls schon deshalb der Beklagten zuzurechnen, weil sie ausweislich der vorgelegten Verwaltungsvorgänge letztlich alleinverantwortlich durch deutsche staatliche Stellen initiiert und umgesetzt wurde. Insoweit kann dahinstehen, ob die Bundeswehr-Fregatte „Rheinland-Pfalz“ grundsätzlich der operativen Befehlsgewalt des OHQ der European Naval Force (EUNAVFOR) unterstand.

Bereits bei der Sitzung des RÜEG am 4.3.2009 wurde deutlich, dass die beteiligten Ressorts die Übergabe an Kenia favorisierten und zwar unabhängig davon, ob der erst am 6.3.2009 geschlossene Briefwechsel der EU mit Kenia überhaupt zustande kommen würde. Das AA wurde beauftragt, bilateral die Möglichkeit einer Übergabe zu klären. Tatsächlich wurden die Weichen für die dann erfolgte Übergabe bereits bei einem Treffen des deutschen Botschafters mit dem kenianischen Außenminister am 5.3.2009 sowie bei einem Dialog zwischen dem ständigen Vertreter des deutschen Botschafters und dem Leiter der Europaabteilung des kenianischen Außenministeriums am 6.3.2009 gestellt – und zwar gerade anlässlich der Unterzeichnung des Briefwechsels. Deshalb hätte ohne weiteres die Möglichkeit der Einbeziehung der anwesenden EU-Ratspräsidentschaft bestanden. Dies war indes offenbar nicht gewollt.

Wie das VG zu Recht hervorgehoben hat, lässt sich dann und folgerichtig dem Protokoll der Sitzung des RÜEG vom 7.3.2014 die grundsätzliche Entscheidung der beteiligten Ministerien entnehmen, den Kläger an Kenia zu übergeben. Unter Ziffer 3. des Protokolls wird die Übergabe der Piraterieverdächtigen an Kenia ausdrücklich als Handlungsoption festgehalten. Dies kann angesichts der Zusammensetzung des Gremiums, das außerhalb des Rahmens der EUNAVFOR-Mission steht, lediglich als entsprechende Handlungsmöglichkeit der Bundesregierung verstanden werden. Demgemäß heißt es dann unter Ziffer 6. des Protokolls, es bestehe zwischen den Ressorts Einigkeit, eine solche Übergabe anzustreben. Dass dies gleichwohl – wie die Beklagte im gerichtlichen Verfahren geltend macht – kein Handeln oder Bestreben der Beklagten, sondern eines an dem RÜEG nicht beteiligten Dritten - der EU - sein sollte, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil hatte zumindest das AA im Vorfeld der Sitzung deutlich gemacht, dass eine Beschlussfassung im RÜEG notwendig sei, um alle beteiligten Ressorts in die Verantwortung für die Übergabeentscheidung zu nehmen. Hierfür hätte kein Anlass bestanden, wenn die Beklagte für das weitere Vorgehen nach vorläufiger Einstellung des Ermittlungsverfahrens ohnehin nicht mehr zuständig gewesen wäre. Zudem lässt sich die nunmehr vertretene Position nicht mit der gegenüber den Hamburger Justizbehörden eingenommenen vereinbaren, wonach die deutsche Marine zur Übergabe an kenianische Behörden in der Lage sei. Träfe es zu, dass die alleinige Entscheidungsgewalt der EU zukam und sich diese auch – ohne dass die Beklagte dies hätte verhindern können – für eine Freilassung hätte entscheiden können, wäre dies zumindest eine Irreführung der zuständigen Staatsanwaltschaft gewesen. Denn nach dem Kontext kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Staatsanwaltschaft Hamburg die Einstellung des deutschen Ermittlungsverfahrens davon abhängig machte, dass tatsächlich eine Strafverfolgung in Kenia erfolgen würde. Dies musste der Beklagten aus dem Inhalt des Schreibens der Staatsanwaltschaft Hamburg vom 7.3.2009 klar gewesen sein. Insofern hat sie mit ihrer Antwort eine Garantie für die Übergabe abgegeben, was sie wiederum nicht gekonnt hätte, wenn das weitere Verfahren nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens nicht mehr in ihrer Hand gelegen hätte. Anhaltspunkte hierfür sind indes nicht ersichtlich. Der Senat vermag deshalb

nicht zu unterstellen, dass die damalige Ausgangslage in dem in der Berufungsbegründung vertretenen Sinne zu beurteilen ist.

Dass tatsächlich die Beklagte eine eigene Entscheidung zur Übergabe getroffen hat, die in der Folgezeit umzusetzen war, bestätigt der weitere Geschehensablauf. Noch am Abend des 7.3.2009 - unmittelbar nach der vorläufigen Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft Hamburg - wies das AA die Deutsche Botschaft in Nairobi an, die notwendigen Absprachen mit der Republik Kenia für die beabsichtigte Übergabe zu treffen. Zugleich brachte das BMVg die - eigene - Absicht zum Ausdruck, die mutmaßlichen Piraten an Kenia zu übergeben. Hierin fügt sich auch der weitere Inhalt der vom VG als „Marschbefehl“ herangezogenen Email vom 7.3.2009 ein. Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung diese als „Mitteilung, keine Entscheidung“ herabstufen will, geht sie an deren Inhalt vorbei. Schon im Betreff (Thema) wird der Befehlscharakter deutlich, denn dort heißt es „Eilt sehr - Enthält Weisung“. Dies kann sich inhaltlich letztlich nur auf die Nr. 3 beziehen. Danach wird EinsFÜKdo angewiesen:

- Setzt Marsch der Fregatte Rheinland-Pfalz nach Mombasa weiter fort,
- Bereitet die Übergabe der mutmaßlichen Piraten und des Beweismaterials an die kenianischen Behörden vor.

Dass insoweit nur von einer Vorbereitung der Übergabe die Rede war, erschließt sich wiederum aus dem Umstand, dass noch die Zustimmung Kenias und die entsprechenden Handlungen des AA abzuwarten waren. Demgegenüber sind Anhaltspunkte dafür, dass damit der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angeführte, am 7.3.2009 jedenfalls noch ausstehende Übergabebefehl durch das OHQ angesprochen sein könnte, nicht zu erkennen. Insbesondere lässt sich dies kaum mit der unter Nr. 2 der Mail zum Ausdruck gebrachten Absicht des BMVg zur Übergabe vereinbaren. Im Übrigen hätte das BMVg – sein Verständnis eines Drittgewahrsams und der Rolle der Besatzung als EUNAVFOR-Soldaten als richtig unterstellt – auch insoweit kein Weisungsrecht mehr gehabt. Die Anordnung zur Vorbereitung der Übergabe hätte vielmehr allein das OHQ zu treffen gehabt. Dieses gehörte indes nicht einmal zu den Empfängern der Email.

Etwaige Zweifel am (beabsichtigten) Rechtscharakter des „Marschbefehls“ beseitigt schließlich die Nr. 8 der Email: „Die Weisung Ltr EFS vom 6.3.09 (19:00) wird aufgehoben und durch diese neue Weisung ersetzt.“ Die genannte Weisung vom 6.3.2009 enthielt den Befehl, deutsche Haftbefehle zu vollstrecken bzw. dies zu unterstützen.

Der innerstaatlich determinierte Geschehensablauf wird durch die am Folgetag präzisierten Weisungen an die Deutsche Botschaft in Nairobi fortgeführt. Mit Erlass vom 8.3.2009 wurde die Botschaft durch das AA angewiesen, am Folgetag bei Dienstbeginn das schriftliche Übernahmeersuchen per Verbalnote beim kenianischen Außenministerium einzureichen. Der Text dieser Verbalnote war zuvor mit den übrigen beteiligten Ressorts der Bundesregierung abgestimmt worden, nicht aber mit der EU bzw. der EUNAVFOR. Der Text der Verbalnote lässt auch keinen Zweifel daran, dass es die Bundesrepublik Deutschland ist, die im eigenen Namen die Republik Kenia um die Übernahme der Piraterieverdächtigen ersucht. Ihm ist an keiner Stelle zu entnehmen, dass die Beklagte dabei in Vertretung der oder für die EU oder die EUNAVFOR handelt oder zu handeln beabsichtigt. Zusätze, die ein solches Handeln im fremden Namen anzeigen könnten, fehlen. Dem Umstand, dass im Text der Verbalnote auf die EU-Mission ATALANTA hingewiesen und auf einen Gewahrsam der EUNAVFOR Bezug genommen wird, kommt hingegen insoweit keine für die Übergabe selbst ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn der Hinweis auf die Rahmenbedingungen ändert nichts daran, dass das Übernahmeersuchen ausdrücklich von der und für die Bundesrepublik Deutschland gestellt wurde. Den vorliegenden Verwaltungsvorgängen lässt sich auch nicht entnehmen, dass die EU an die Beklagte mit der Bitte um Tätigwerden in ihrem Namen herangetreten wäre. Im Gegenteil findet sich nur der Hinweis, dass das OHQ sich auf eine „Mitwirkung vorbereite und bisher kein Übernahmeersuchen gestellt habe“. Auch die Deutsche Botschaft in Nairobi gab lediglich zu bedenken, die EU-Ratspräsidentschaft „um Unterstützung“ zu bitten. Sie könne die Übernahme gegebenenfalls zusätzlich als Anliegen der EU darstellen (Hervorhebung durch den Senat). Hieraus folgt wiederum im Umkehrschluss, dass sie jedenfalls primär ein deutsches Anliegen

war, das entsprechend von deutschen staatlichen Stellen auch eigenverantwortlich verfolgt wurde.

Im Übrigen wäre die tschechische Ratspräsidentschaft, wie sich aus dem Bericht des Rechtsberaters des OHQ vom 17.3.2009 ergibt, bereit und in der Lage (gewesen), eine eigene Verbalnote an das (kenianische) Außenministerium zwecks Übergabe zu richten. Eine entsprechende Anfrage hat es aber offenbar nicht gegeben. Angesichts dessen ist auch nicht ersichtlich, auf welchem Wege es zu einer Vertretungsbefugnis der Bundesrepublik Deutschland für die EU hätte kommen können. Bitten der Vertretungsberechtigten, geschweige denn Bevollmächtigungen sind den vorliegenden Verwaltungsvorgängen nicht zu entnehmen und werden von der Beklagten auch nicht substantiiert dargelegt. Eine Eilzuständigkeit nach Art. 14 Abs. 6 EUV a. F., wie sie die Beklagte hilfsweise in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angeführt hat, scheidet bereits daran, dass die Ratspräsidentschaft handlungsfähig und –bereit war. Im Übrigen besagt die Regelung nichts darüber, wem ein entsprechendes Handeln zuzurechnen ist.

Das objektive Erscheinungsbild eines von deutschen Stellen eigenverantwortlich betriebenen Vorgangs wird schließlich dadurch abgerundet, dass bei der Übergabe der Piraterieverdächtigen am 10.3.2009 selbst neben der Besatzung der Fregatte Rheinland-Pfalz ausschließlich deutsche Diplomaten und ein Vertreter des Bundeskriminalamts anwesend waren. Dass diese in einer anderen Funktion als derjenigen der Vertreter der Bundesrepublik Deutschland tätig geworden sein könnten, ist weder dargelegt noch aus den Umständen ersichtlich. Im Gegenteil zeigen die nachfolgenden Berichte und Weisungen, die zwischen dem AA und der Deutschen Botschaft gewechselt wurden, dass es sich auch insoweit um ein letztlich autonomes Vorgehen deutscher Stellen handelte. Im Hinblick auf den für den nächsten Tag angesetzten Haftprüfungstermin wird ausdrücklich hervorgehoben, dass dort ein Vertreter der Deutschen Botschaft und nicht lediglich der Verbindungsbeamte des BKA anwesend sein solle.

Insgesamt finden sich damit keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass sich die beteiligten deutschen Stellen im vorliegenden Fall lediglich als ausführendes Organ anderer Institutionen gesehen haben könnten, geschweige denn, dass dies objektiv der Fall gewesen wäre. Insoweit sei abschließend angemerkt, dass man auch auf Seiten der Beklagten ursprünglich der Ansicht war, bei der Übergabe des Klägers an Kenia eigenverantwortlich gehandelt zu haben. In einem Drahtbericht des Ständigen Vertreters des deutschen Botschafters vom 8.4.2009 im Zusammenhang mit dem späteren Fall einer von der deutschen Fregatte „Spessart“ aufgegriffenen Gruppe Piraterieverdächtiger heißt es: „Habe gerade mit (Rechtsberater) gesprochen. Seine Haltung sei Weisungslage (aus Brüssel): Kein Übergabeversuch ohne schriftliche Übernahmeerklärung der kenianischen Regierung. Ich habe ihm die Lage eingehend erklärt, auch das Beispiel der Piraterieverdächtigen der MV Courier. Habe ihm gesagt, wir würden vom Außenministerium mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nichts bekommen. Er zieht sich auf seine Weisungslage zurück. Problem: Er ist sozusagen der EU Vertreter. Ein solcher fehlte bekanntlich beim MV Courier Fall.“

Vgl. dazu auch Bericht des Rechtsberaters des OHQ vom 17.3.2009: „Process went very smoothly because German diplomatic Staff in Kenya has done all practical arrangements.“; Kreß, a. a. O., S. 107 f.

1.3 An der Zurechenbarkeit der Übergabe des Klägers an die kenianischen Behörden am 10.3.2009 zur Beklagten ändert sich vorliegend auch dann nichts, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass hierfür grundsätzlich die EUNAVFOR bzw. die EU zuständig war.

1.3.1 Dies gilt schon deshalb, weil sich nicht feststellen lässt, dass die Übergabe tatsächlich kausal auf einem diesen Institutionen zurechenbaren eigenen Handeln beruhte. Ein auf dieser Ebene begonnener, parallel zum oben dargestellten nationalen Vorgehen ablaufender Prozess war jedenfalls bis zum 10.3.2009 nicht abgeschlossen.

Aus den vorliegenden Verwaltungsvorgängen ergibt sich zwar, dass das OHQ grundsätzlich von einer bestehenden Zuständigkeit ausging. Dies folgt namentlich aus der Stellungnahme des Rechtsberaters des OHQ vom 8.3.2009, mit der Entscheidung der deutschen Behörden, keine Strafverfolgung in Deutschland durchzuführen, sei von einem Gewahrsam der EUNAVFOR zum Zwecke der Übergabe an Drittstaaten auszugehen. Auch lässt sich dieser Mitteilung entnehmen, dass eine entsprechende Transferentscheidung im Grundsatz getroffen wurde. Indes macht sie zugleich deutlich, dass damit das Verfahren nur in Gang gesetzt, nicht aber beendet war. Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich die mitgeteilte Entscheidung auf einen Transfer „to any third country“ bezieht, ohne bereits ein konkretes Land zu bezeichnen. Im Hinblick auf eine eventuelle Übergabe beabsichtigte das OHQ im Übrigen, mit den kenianischen Behörden Kontakt aufzunehmen, damit diese die notwendige Zustimmung zur Übergabe erteilten. In dem Schreiben wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies einige Zeit in Anspruch nehmen könne, zumal noch die Ausführungsbestimmungen zum Briefwechsel zu verhandeln seien. Die erforderlichen Papiere seien bis jetzt noch im Entwurfsstadium. Die vorläufigen Dokumente würden trotzdem bereits übermittelt, damit „im Falle einer Übergabe“ (Hervorhebung durch den Senat) die Unterlagen „so gut wie möglich“ seien. Damit enthält dieses Schreiben - unabhängig von der Frage, ob es sich hierbei um einen vom OHQ erteilten Marschbefehl handeln könnte, wie die Beklagte meint - jedenfalls keine Anweisung zur Übergabe an die kenianischen Behörden. Daran hatte sich ausweislich einer weiteren Stellungnahme des Rechtsberaters auch am Folgetag nichts geändert. Bei den noch offenen Fragen handelte es sich aus der Sicht der EU um echte Bedingungen, nicht lediglich um technische Details, wie der spätere Fall der Fregatte „Spessart“ bestätigt. Dort verweigerte die EU die Übergabe unter Hinweis auf die noch fehlende schriftliche Übernahmezusage Kenias. Eine solche hat es hier nie gegeben, so dass danach die Voraussetzungen für eine Übergabe aus Sicht der und durch die EU am 10.3.2009 jedenfalls noch nicht vorlagen.

Dementsprechend ist nicht ersichtlich, dass es den nach dem Inhalt der Schreiben vom 8. und 9.3.2009 jedenfalls noch erforderlichen Übergabebefehl seitens des OHQ später gegeben hätte. Die von der Beklagten als entsprechen-

de Weisung bzw. Überstellungsbefehl gewertete Stellungnahme an den militärischen EU-Verbund (Combined Task Force) vom 9.3.2009 – die sich weder in den erstinstanzlich übersandten Akten des BMVg und des Einsatzführungsstabes noch in denjenigen des AA findet, sondern lediglich in der am 2.7.2014 übersandten, den Zeitraum ab dem 4.2.2011 umfassenden Beiakte – enthält eine solche Anordnung nicht. Die Beklagte zitiert hieraus nur selektiv. Nach der von ihr angeführten Passage heißt es nämlich (erneut): „The handover will take place in Mombassa as soon as all evidence and statements are ready to be delivered from RHLP to Kenyan authorities in accordance with OHQ guidance. We should not be surprised if this process takes longer than we would like The transfer of the nine suspect pirates to Kenyan Authorities is dependant on a coherent evidence trail and political will on the part of the Kenyans to accept suspect pirates for prosecution. Until both these are achieved it is important that the RHLP remains flexible. She should not commit to enter Mombassa until clear way ahead for the detainees has been agreed.” (GA S. 425 f. – Hervorhebung durch den Senat). Bis zur Übergabe war dies - wie ausgeführt - nicht der Fall. Hinzu kommt, dass dieses Schreiben offenbar jedenfalls nicht direkt an die Besatzung der Fregatte Rheinland-Pfalz gerichtet war.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt auch das Memorandum vom 19.4.2010 zu keiner anderen Bewertung. Abgesehen davon, dass dieses über ein Jahr nach den hier interessierenden Ereignissen verfasst wurde, bringt es allein durch seine Existenz, konkret aber durch seinen Inhalt lediglich zum Ausdruck, dass selbst ein Jahr später noch Unklarheiten bezüglich der genauen Aufgabenverteilung bestanden bzw. Mitgliedstaaten Zuständigkeiten ohne Rücksicht auf den aus Sicht der EUNAVFOR einzuhaltenden Rechtsrahmen wahrnahmen. Im Übrigen ändert es auch nichts daran, dass ein möglicherweise nach der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP erforderliches Verfahren tatsächlich nicht zu Ende geführt wurde, sondern durch das Verhalten der Beklagten überholt wurde. Damit fehlt es jedenfalls hier an einer Möglichkeit, die konkrete Übergabe der EU/der EUNAVFOR zuzuordnen. Ihr Verhalten kann – anders als dasjenige der deutschen Beteiligten – vielmehr hinweggedacht werden, ohne dass sich etwas an dem tatsächlichen und rechtlichen Übergabegeschehen änderte.

Angesichts dessen kann hier auch dahinstehen, ob in einem Schreiben des Rechtsberaters des OHQ an den Rechtsberater auf der Fregatte „Rheinland-Pfalz“ überhaupt ein Marschbefehl zur Übergabe der Piraterieverdächtigen an Kenia gesehen werden kann. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Rechtsberater insoweit eine Kommandogewalt hinsichtlich der deutschen Fregatte zugestanden hätte. Zudem hat das VG zu Recht festgestellt, dass der Inhalt der Entscheidung des OHQ nicht darauf schließen lässt, dass dieses einen eigenen Beschluss über eine grundsätzlich bestehende Möglichkeit der Übergabe getroffen hätte. In der Verwendung des Wortes „approve“ kommt vielmehr zum Ausdruck, dass einer bereits getroffenen Entscheidung zugestimmt wird. Nach Lage der Dinge kann dies allein die oben dargestellte deutsche Entscheidung zur Übergabe an die kenianischen Behörden gewesen sein.

1.3.2 Selbst wenn man aber unterstellte, die EU habe einen wesentlichen Beitrag zur Übergabe des Klägers an Kenia geleistet, bliebe es dabei, dass die Bundesrepublik Deutschland als handelnder Mitgliedstaat wie auch sonst bei dem Vollzug von Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht für diesen Vollzug (mit-)verantwortlich wäre.

Grundsätzlich besteht nach allgemeinem Völkerrecht im Rahmen internationaler Organisationen die Möglichkeit, dass die Bindung an deutsches Recht durch eine Bindung an das Recht der Internationalen Organisation ersetzt wird und damit auch die alleinige Verantwortlichkeit auf die internationale Organisation übergeht. Die Rechtmäßigkeit einer Handlung im Rahmen der Internationalen Organisation kann dann nicht von einzelstaatlichen Gerichten aufgrund einer Zuordnung zu den nationalen Stellen geprüft werden.

BVerfG, Beschluss vom 23.6.1981 - 2 BvR
1107/77 u. a. - BVerfGE 58, 1.

Dem Gemeinschafts-, jetzt Unionsrecht ist eine solche Lösung jedoch fremd. Jedenfalls dann, wenn es nicht (nur) von Unionsorganen, sondern (auch) durch die Mitgliedstaaten vollzogen wird, kommen grundsätzlich beide Rechtsordnun-

gen bei Anwendungsvorrang des Unionsrechts parallel zur Anwendung. Der Rechtsschutz obliegt dabei im Regelfall dezentral den mitgliedstaatlichen Gerichten. Dies ist für den Bereich des Gemeinschaftsrechts seit jeher ohne weiteres anerkannt. So werden etwa beim Vollzug von Verordnungen durch die Mitgliedstaaten selbst dann innerstaatliche Rechtsträger oder Behörden als richtiger Klagegegner angesehen, wenn die Verordnung den Mitgliedstaaten keinerlei Umsetzungsspielraum belässt, der Inhalt der Verwaltungsentscheidung durch die mitgliedstaatliche Behörde also vollständig festgelegt ist.

Vgl. dazu nur BVerfG, Beschluss vom 29.5.1974
- 2 BvL 52/71 -, BVerfGE 37, 271.

Damit besteht hier jedoch grundsätzlich keine alternative, sondern eine gestufte Verantwortlichkeit. Es ist nicht zu erkennen, warum dies im Bereich der GASP dann anders sein sollte, wenn hier tatsächlich Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen und von ihr wahrgenommen wurden. Im Gegenteil wird das Unionsrecht in einem noch stärkeren Maße als das klassische Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten umgesetzt. Dies wird im Rahmen des hier anwendbaren Art. 14 EUV, der der Gemeinsamen Aktion vom 10.11.2008 (2008/851/GASP) zugrunde lag, dadurch verdeutlicht, dass diese für die, aber nicht in den Mitgliedstaaten verbindlich ist. Angesichts dessen besteht jedoch kein Grund, im Bereich der GASP die Frage der Verantwortlichkeiten anders zu beantworten als im übrigen Unionsrecht. Vielmehr ist in Parallelität zum dortigen Verständnis davon auszugehen, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte für den Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Vollzugsakte zuständig sind. Diese Parallelität gilt entsprechend für das anwendbare Recht. Der Vollzug erfolgt nach den Regeln des mitgliedstaatlichen Rechts, soweit nicht vorrangig anwendbares Unionsrecht entgegensteht.

Vgl. zum ganzen Walter/Ungern-Sternberg, DÖV
2012, 861, 862 f.; im Ergebnis auch Ladiges,
NZWehrR 2012, 56, 62.

Vorstehendes gilt umso mehr, als sonst – anders als im Gemeinschaftsrecht – keinerlei Rechtsschutz vorhanden (gewesen) wäre. Maßnahmen der GASP

waren nach Art. 5 EUV i. V. m. Art. 46 EUV (jeweils Fassung Amsterdam) nicht der Kontrolle durch den EuGH unterworfen. Die Übertragung von Hoheitsrechten ist jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG von vornherein nur dann zulässig und innerstaatlich wirksam, wenn jedenfalls vergleichbare Vorkehrungen zur Rechtswahrung bestehen.

BVerfG, Beschluss vom 23.6.1981 - 2 BvR 1107/77 u. a. - BVerfGE 58, 1; Esser/Fischer, JR 2010, 513, 515 m. w. N.; König, BdGVR 2010, 203, 234.

Diese (potentiellen) Rechtsverstöße lassen sich hier indes (nur) durch ein Verständnis im Sinne einer geteilten Verantwortung vermeiden. Diese Auslegung dürfte vor dem Hintergrund von Art. 3, 6 EMRK und Art. 1, 19 Abs. 4, 20 GG jedenfalls dann zwingend sein, wenn - wie hier - unmittelbar die Verletzung fundamentaler Freiheitsrechte im Raum steht.

1.4 Unabhängig hiervon führt auch eine völkerrechtliche Betrachtung, wie sie im Ansatz das Verwaltungsgericht vorgenommen hat, zu keinem anderen Ergebnis.

1.4.1 Die hierauf bezogene Argumentation der Beklagten übersieht bereits, dass in diesem Fall nach völkerrechtlichen Zurechnungskriterien der Auslandseinsatz der Bundeswehr ausschließlich als Handlung einer internationalen Organisation gelten müsste. Das Grundgesetz erlaubt jedoch nur unter engen, hier nicht ohne weiteres gegebenen Voraussetzungen, von einer entsprechenden Nichtgeltung deutscher Grundrechte für einen Bundeswehreinsatz auszugehen. Im Regelfall kann sich deutsche Staatsgewalt nicht durch einen Verweis auf internationale Organisationen oder Aufträge ihren verfassungsrechtlichen Bindungen entziehen.

Vgl. Globke, JZ 2012, 370 f.; Thym, DÖV 2010, 621, 628 f.; vgl. auch Esser/Fischer, JR 2010, 513, 515, 518; Wiefelspütz, NZWehrR 2009, 133, 145; König, BdGVR 2010, 203, 233.

1.4.2 Selbst wenn man indes hiervon absähe und die grundsätzliche Möglichkeit einer fehlenden Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Einbindung in eine Befehlsstruktur der EU annähme, lagen die völkerrechtlichen Voraussetzungen für eine (ausschließliche) Verantwortung der beteiligten Internationalen Organisation – hier EU und/oder UN – nicht vor. Nach Art. 7 der „Draft articles on the Responsibility of International Organisations“ der International Law Commission (ILC) ist eine Internationale Organisation für das rechtswidrige Verhalten eines ihr zur Verfügung gestellten staatlichen Hoheitsträgers (nur) dann verantwortlich, wenn sie dessen konkretes Handeln effektiv unter Kontrolle hatte. Diesen bereits völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz,

vgl. Aust, DVBI 2012, 484, 489; Salomon, NordÖR 2012, 124, 125 f.,

hat der EGMR in seiner von der Beklagten herangezogenen Behrami-Entscheidung allerdings in wohl modifizierte Form („Ultimate Authority and Control - UAAC“) zugrunde gelegt. Der EGMR richtet das Augenmerk dabei in globalerer Betrachtung auf die Gesamtverantwortung für eine Operation – auf die einzelne Handlung scheint es hingegen nicht (mehr) anzukommen.

EGMR, Entscheidung vom 2.5.2007 – 71412/01 (Behrami u. a.) –, NVwZ 2008, 645.

Welcher Meinung zu folgen ist, kann hier offen bleiben, da es in beiden Fällen bei der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Beklagten bleibt.

Näher dazu Salomon, NordÖR 2012, 125 f.; Esser/Fischer, JR 2010, 513, 515 f.; König, BdGVR 2010, 203, 231 ff.; offen Kreß, a. a. O., S. 106 f.

1.4.2.1 Die Übergabe des Klägers an Kenia kann der UN nach den Grundsätzen der Behrami-Rechtsprechung nicht zugerechnet werden. Soweit der EGMR maßgeblich berücksichtigte, dass die UAAC im Fall des NATO-Einsatzes im Kosovo bei dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gelegen habe und deswegen eine Verantwortlichkeit der handelnden Staaten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht in Betracht komme, steht einer Übertragung

hier bereits entgegen, dass die einschlägigen Resolutionen des UN-Sicherheitsrates die Mitgliedstaaten lediglich zur Pirateriebekämpfung auch in den Hoheitsgewässern und auf dem Festland Somalias ermächtigen sollten. Die hier in Rede stehenden Maßnahmen auf Hoher See sind dagegen – wie bereits das VG zutreffend ausgeführt hat – bereits durch das Seerechtsübereinkommen selbst gedeckt. Einer Ermächtigung durch den Sicherheitsrat auf der Grundlage von Kapitel 7 der UN-Charta bedurfte es nicht.

König, BdGVR 2010, 203, 227; Weingärtner in: ders. (Hrsg), Die Bundeswehr als Armee im Einsatz, 2010, S. 12; Kreß a. a. O., S. 95, 100; Petrig, Arrest, Detention and Transfer of Piracy Suspects: A Human Rights Analysis, Dissertation Universität Basel 2013, S. 148 f.

Zudem ist weder geltend gemacht noch ersichtlich, dass es im Hinblick auf die Pirateriebekämpfung eine mit dem Einsatz im Kosovo vergleichbare, beim Sicherheitsrat der UN endende Befehlskette gegeben hätte – geschweige denn eine Organisationsstruktur, die der UN eine maßgebliche operative Rolle ermöglicht hätte. Allein der Umstand, dass es – wie die Beklagte geltend gemacht hat – Berichtspflichten gegenüber dem Sicherheitsrat gegeben haben mag, begründet jedenfalls keine Einwirkungsmöglichkeit im Hinblick auf konkrete operative Eingriffe, allenfalls erlauben sie eine nachträgliche Überwachung.

Selbst wenn man indes auch hiervon absieht, kommt es nach den Grundsätzen der Behrami-Rechtsprechung nicht in Betracht, die handelnden Vertragsstaaten von der Bindung an die EMRK zu befreien, da diese - wie ausgeführt - jedenfalls eine maßgebliche eigenverantwortliche Rolle innerhalb der Operation hatten; konkret hat hier die Beklagte durch eigene hoheitliche Maßnahmen entscheidend auf sie eingewirkt.

EGMR, Entscheidung vom 2.5.2007 – 71412/ 01 (Behrami u. a.) –, NVwZ 2008, 645, Rn. 138 ff.

1.4.2.2 Eine Zurechnung an die EU erlauben diese Grundsätze der Behrami-Rechtsprechung bereits von vornherein nicht. Der EGMR begründet

seine Entscheidung nämlich tragend mit dem Gewaltmonopol der UN und deren herausragender Rolle für die Wahrung des Weltfriedens. Eine vergleichbare Rolle kommt der EU indes nicht zu.

Unabhängig davon lässt sich für die der Operation zugrunde liegende Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP zwar feststellen, dass diese in Art. 2, 3 und 7 die Voraussetzungen für eine enge Führung der Mitgliedstaaten im Sinne des Konzepts der UAAC geschaffen hat. Dies ändert indes nichts daran, dass diese im Rahmen der gemeinsamen Aktion weiterhin – wie der vorliegende Fall zeigt – über maßgebliche eigene Entscheidungsbefugnisse verfügten. Dies hat das VG im Einzelnen und zutreffend ausgeführt, ergibt sich im Übrigen aber auch aus den obigen Ausführungen zu 1.2 sowie 1.3. Die effektive und letzte Kontrolle über den Einsatz lag zu jeder Zeit bei den teilnehmenden Mitgliedstaaten, wie sich nicht zuletzt aus der „Detention policy“ ergibt. Diese geht von einer vollen Kommandogewalt der Mitgliedstaaten über ihre eingebrachten Streitkräfte und von einem fallweisen, jederzeit revisiblen Übergang der Kommandogewalt auf das OHQ im Einzelfall aus. Im Hinblick auf die Übergabeentscheidung manifestiert sich dies schlagend darin, dass jedenfalls in der (weiteren) Praxis beide Beteiligten (EUNVFOR und handelnder Staat) zustimmen mussten.

Salomon, NordÖR 2012, 1124, 125 f.; allgemein
auch Petrig, a. a. O., S. 87 ff, 104.

1.4.3 Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der EU besteht erst recht nicht, wenn die Maßstäbe der ILC zugrunde gelegt werden. Danach ist maßgeblich, ob der nationale Hoheitsträger in Bezug auf die konkrete Handlung effektiv von der Internationalen Organisation gesteuert wurde. Wie ausgeführt, lag die Kontrolle über die konkrete Übergabe des Klägers an Kenia durchgängig bei der Beklagten.

1.5 Selbst wenn man indes mit der Beklagten annähme, die konkrete Entscheidung, den Kläger an Kenia zu übergeben, habe die EU autonom getroffen, bliebe eine den Feststellungsantrag rechtfertigende Verantwortung der Beklagten für das Geschehen bestehen. Denn die Übergabe war jedenfalls zwangsläufige

Folge ihrer Entscheidung, ihr Vorrecht auf eine Strafverfolgung in Deutschland nicht wahrzunehmen. Dass dies auch den Entscheidungsträgern bewusst war, ergibt sich zum einen aus dem Protokoll der Sitzung des RÜEG vom 7.3.2009, zum anderen aus der Mitteilung gegenüber der Staatsanwaltschaft Hamburg, die deutsche Marine könne die Übergabe gewährleisten. Diese Garantieerklärung kann nur bedeuten, dass die Übergabe an Kenia nicht nur die einzige Handlungsalternative war, die nach Einstellung des deutschen Ermittlungsverfahrens übrig blieb, sondern dass insoweit ein Automatismus bestand. Angesichts dessen muss sich die Beklagte die zwangsläufige Folge ihrer bewussten Entscheidung, ihr Recht des ersten Zugriffs nicht wahrzunehmen, ebenfalls zurechnen lassen. Auch wenn damit Anknüpfungspunkt der Verantwortung der Beklagten die vorgelagerte Entscheidung über ein Absehen von deutscher Strafverfolgung ist, ist auch die Rechtswidrigkeit der von dieser Entscheidung notwendig umfassten Konsequenz ihr gegenüber feststellungsfähig, zumal erst diese den Kläger unmittelbar betraf. Dies gilt jedenfalls in der vorliegenden Fallkonstellation, in der die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Übergabe selbst gegenüber der EU zum damaligen Zeitpunkt mangels Zuständigkeit des EuGH oder eines anderen Gerichts ausgeschlossen war.

2. Die nach alledem der Beklagten zurechenbare Übergabe des Klägers an die kenianischen Behörden zum Zwecke der Strafverfolgung am 10.3.2009 war rechtswidrig. Das ergibt sich schon daraus, dass eine Ermächtigungsgrundlage hierfür weder dargelegt noch ersichtlich ist. Unabhängig davon war - wie bereits das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat - zum maßgeblichen Zeitpunkt der Übergabe nicht hinreichend sichergestellt, dass keine menschenrechtswidrige Behandlung des Klägers erfolgen würde. Das war auch tatsächlich nicht der Fall.

2.1. Die Übergabe des Klägers an Kenia bedurfte als Eingriff in seine Freiheitsrechte einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage. Anders als für Auslieferungsfälle, die auf dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) basieren, fehlt es indes für die schlichte Übergabe an einer solchen gesetzlichen Grundlage.

Zur fehlenden analogen Anwendbarkeit des IRG
Kreß, a. a. O., S. 117 f.

Der Umstand allein, dass die Übergabe völkerrechtlich nicht zu beanstanden, sondern durch Art. 100, 105 Seerechtsübereinkommen (SRÜ) gedeckt sein dürfte,

vgl. Petrig, a. a. O., S. 318 ff.; a. A. Fischer-Lescarno, Gerichtsakte S. 62 f.: Art. 105 SRÜ solle eine Überstellung an Drittstaaten gerade ausschließen,

bedeutet nicht, dass die verfassungsrechtlich erforderliche Rechtsgrundlage vorliegt. Allerdings sind nach der Rechtsprechung des BVerfG gegebenenfalls Modifikationen hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Bestimmtheit und das „Normenprogramm“, denkbar.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.10.1987 - 2 BvR 624/83 u. a. -, BVerfGE 77, 170, 231 f.; Aust, DVBl. 2012, 484, 489.

Selbst unter diesen Einschränkungen lassen sich die Art. 100, 105 SRÜ jedoch nicht als Rechtsgrundlage heranziehen. Eine Befugnis zur Übergabe enthält Art. 105 SRÜ nicht, im Gegenteil regelt Art. 105 S. 2 SRÜ ausschließlich die (gerichtliche) Zuständigkeit des aufbringenden Staates. Art. 100 SRÜ wiederum begründet lediglich eine Kooperationspflicht der Staaten, lässt jedoch nicht erkennen, dass diese in einer Übergabe bestehen könnte oder müsste - und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dies stünde. Für eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage ist dies jedenfalls nicht bestimmt genug.

Vgl. dazu auch König, BdGVR 2010, 203, 226 ff.

Hinzu kommt, dass Art. 100 SRÜ nach Sinn und Zweck den vorliegenden Sachverhalt nicht erfasst. Zum einen hätte die Beklagte den Vorfall nach nationalem Recht verfolgen können, ohne dass dies in irgendeiner Weise Rechte Kenias berührt hätte. Zum anderen war allen Beteiligten klar, dass sich Kenia nicht aus

einem originär eigenen Interesse, sondern auf Veranlassung der EU und ihrer Mitgliedstaaten zur Strafverfolgung bereit erklärt hatte, wenn es damit auch Fernziele wie die fremdfinanzierte Verbesserung der eigenen Haftanstalten und einen allgemeine Prestigegewinn verbunden haben mag. Dies kommt deutlich in der Einschätzung des deutschen Botschafters in Nairobi zum Ausdruck, wonach Kenia „uns“ mit der Übernahme einen Gefallen getan habe.

Vgl. auch die Stellungnahme des AA vom 5.3. 2009: „Ich habe leichte Bedenken hinsichtlich der Formulierung für Botschaft Nairobi: Es soll Übergabe der neun Männer „angeboten“ werden. Das impliziert ein originäres kenianisches Interesse an der Strafverfolgung, was wohl nicht besteht. Besser aus meiner Sicht: „Bereitschaft zur Übernahme erfragen“.

Auch die von der Beklagten angeführten Art. 12 GA vom 10.11.2008 i. V. m. dem Briefwechsel zwischen der EU und Kenia bilden keine taugliche Ermächtigungsgrundlage. Die Gemeinsame Aktion der GASP war jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt eine zwischenstaatliche Kooperationsform, die allein für die beteiligten Staaten verbindlich war, ohne dass Rechtsakte in diesem Rahmen Durchgriffswirkung auf den Einzelnen hätten entfalten können. Dies gilt in verstärktem Maße für den Briefwechsel, der bereits die Anforderungen an die notwendige Formalität eines in Individualrechte eingreifenden Rechtsaktes nicht einhalten kann. Im Übrigen fehlt es (zumindest) an einem deutschen Zustimmungsgesetz, das ggf. als Rechtsgrundlage für seine innerstaatliche Anwendung dienen könnte.

Vgl. Aust, DVBl. 2012, 484, 489 f.; auch Kreß, a. O., S. 118, der aber offenbar eine Ermächtigungsgrundlage nicht für erforderlich hält.

2.2 Unabhängig davon hat das VG zu Recht angenommen, dass die Beklagte vorliegend die materiellen Mindestschutzstandards nicht hinreichend beachtet und den Kläger der realen Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung ausgesetzt hat.

2.2.1 Das VG hat dabei die Rechtsprechung des BVerfG in Auslieferungsfällen zugrunde gelegt, wonach die Gerichte bei einer Entscheidung über die Zulässigkeit einer Auslieferung zur Strafverfolgung im Wesentlichen nur zu prüfen haben, ob einer Auslieferung die Verletzung des völkerrechtlichen Mindeststandards entgegenstehen. Dagegen ist nicht zu prüfen, ob die vom Grundgesetz garantierten Grundrechte vollständig gewahrt werden. Insofern bedürfe es einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung und damit einer Beschränkung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen auf ihren Wesensgehalt. Eine Absenkung der Standards ist vorliegend indes nicht sachgerecht. Denn die Rechtsprechung des BVerfG beruht maßgeblich auf dem Gedanken, die Rücknahme des unbedingten Geltungsanspruchs der deutschen Grundrechte sei zugunsten der Funktionsfähigkeit des im gegenseitigen Interesse bestehenden zwischenstaatlichen Auslieferungsverkehrs und der Achtung des Interesses des Empfangsstaates an der mit dem Auslieferungersuchen zum Ausdruck kommenden eigenen Strafverfolgung vertretbar.

Etwa BVerfG, Beschluss vom 6.7.2005 - 2 BvR
2259/04 -, BVerfGE 113, 154, 163; vgl. auch
Roeser, EuGRZ 2009, 177, 196 m. w. N.

Diese Überlegungen kommen hier jedoch nicht zum Tragen. Die Übergabe erfolgte – anders als in Auslieferungsfällen – gerade nicht im Interesse des Aufnahmestaates. Ein Bezug zum „Austauschgedanken“ besteht nicht. Etwaige Einschränkungen des Menschenrechtsschutzes im Hinblick auf die Achtung des innerstaatlichen Rechts des Empfangsstaates müssen deshalb von vornherein außer Betracht bleiben.

Legt man demgemäß die in der Rechtsprechung der deutschen Straf(vollzugs)gerichte und der Verfassungsgerichte entwickelten allgemeinen Maßstäbe für eine menschenwürdige Unterbringung von Strafgefangenen vor dem Hintergrund von Art. 3 EMRK zu Grunde, stand deren Einhaltung von vornherein außerhalb des Erwartbaren. Danach steht etwa jedem Gefangenen eine Mindestzellgröße von 4-5 m² zu, eine gemeinsame Unterbringung ist nur bei

baulich abgetrennten sanitären Einrichtungen zulässig, eine Abtrennung etwa durch Vorhänge oder spanische Wände reicht nicht aus.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.11.2007 - 2 BvR 2354/04 -, juris; EGMR, Urteil vom 30.1.2008 - Nr. 20877/04 (Testa/Kroatien) -; VerfGH Berlin, Beschluss vom 3.11.2009 - 184/07 -, juris; BGH, Beschluss vom 11.10.2005 – V Ars (Vollz) 54/05 -, BGHSt 50, 234; OLG Hamm, Urteil vom 10.12.2010 - 11 U 125/10 u. a. -, juris; Beschluss vom 25.3.2009 - 11 W 106/08 -, NStZ-RR 2009, 326 f.

Diese Anforderungen erfüllten die Zustände in Shimo La Tewa zum Zeitpunkt der Übergabe ersichtlich nicht. Es fehlte bereits die Möglichkeit der baulichen Abtrennung der Sanitäreinrichtungen. Im Übrigen waren nicht einmal die abgesenkten Mindestanforderungen erfüllt (dazu sogleich).

2.2.2 Selbst wenn man indes, wie es das VG getan hat, die in Auslieferungsfällen anzulegenden Maßstäbe auf die vorliegende Übergabe überträgt, bleibt diese rechtswidrig. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG haben Gerichte bei einer Entscheidung über die Zulässigkeit einer Auslieferung zur Strafverfolgung zu prüfen, ob ihr die Verletzung des nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards sowie der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze ihrer öffentlichen Ordnung entgegenstehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.4.2004 - 2 BvR 253/04 -, juris; Beschluss vom 20.12.2007 - 2 BvR 1996/07 -, juris; Beschluss vom 31.3.1987 - 2 BvM 2/86 -, BVerfGE 75, 1 ff.; Beschluss vom 6.7.2005 - 2 BvR 2559/04 -, BVerfGE 113, 154; Beschluss vom 25.3.1981 - 2 BvR 1258/79 -, BVerfGE 57, 9; Beschluss vom 24.6.2003 - 2 BvR 685/03 -, BVerfGE 108, 122.

Im Ergebnis gleiche Anforderungen sind nach Art. 3 EMRK anzulegen, der in allen Auslieferungsfällen uneingeschränkt Anwendung findet.

EGMR, Urteil vom 15.11.1996 - 70/ 1995/576/662 (Chahal/GB) -, NVwZ 1997, 1093; Urteil vom 7.7.1989 - Nr. 1/1989/ 161/217 (Soering) -, NJW 1990, 2183; umfassend Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 391 ff.

Diese Grundsätze stehen jedenfalls Handlungen entgegen, mit der der ausliefernde Staat dazu beitragen würde, dass der Ausgelieferte der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt würde. Die Ächtung solcher Behandlungen gehört zum festen Mindestbestand des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes (Art. 3 EMRK und Art. 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte – IPBPR). Dementsprechend haben sich die Beklagte und die EU die Beachtung dieser Anforderungen in Art. 12 Abs. 2 der GA 2008/851/GASP als Bedingung für den Abschluss von Übernahmevereinbarungen gesetzt. Der hier in Rede stehende Briefwechsel zwischen der EU und der Republik Kenia übernimmt und präzisiert diese Gewährleistungen, insbesondere indem er ausdrücklich die Pflicht zu angemessener Unterbringung und Verpflegung der zu Übergebenden sowie den Anspruch jeder übergebenden Person auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist statuiert.

2.2.2.1 Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Übergabe des Klägers an die kenianischen Behörden durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass tatsächlich keine gegen diese Grundsätze verstoßende Behandlung des Klägers erfolgen würde. Hierzu reichte es namentlich nicht aus, dass die Republik Kenia die Einhaltung dieser Standards völkerrechtlich verbindlich zugesichert hat. Zwar ist eine solche Zusicherung grundsätzlich geeignet, Bedenken hinsichtlich der Einhaltung völkerrechtlicher Mindeststandards auszuräumen.

Vgl. dazu umfassend Schneider, EuGRZ 2014, 168 ff.; Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 402 ff.; BVerfG, Beschluss vom 20.12.2007 - 2 BvQ 51/07 -, juris; EGMR, Entscheidung vom 28.2.2008 - 37201/06 (Saadi/ Italien) - NVwZ 2008, 1330, 1333; Entscheidung vom 16.10.2006 - 1101/04 (G.S.B.O./Deutschland) - BeckRS 2008, 06601; Urteil vom 15. November 1996 -

70/1995/576/662 (Chahal/GB) -, NVwZ 1997, 1093; Alleweldt, NVwZ 1997, 1078, 1079 m. w. N.

Hierauf kann sich die Beklagte vorliegend jedoch nicht berufen. Denn ihr war bekannt oder hätte jedenfalls bekannt sein müssen, dass die Zustände in kenianischen Haftanstalten jedenfalls am 10.3.2009 die geforderte menschenwürdige Behandlung nicht ermöglichten.

Dazu allgemein BVerfG, Beschluss vom 20.12.2007 - 2 BvR 1996/07 -, juris (Rn. 23); EGMR, Entscheidung vom 10.5.2010 - Nr. 41015/04 (Kaboulov/Ukraine); Entscheidung vom 19.9.2008 - Nr. 8320/04 (Ryabikin/Russland) -; Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 395 ff., 402 ff.

Der Beklagten war ausweislich des Botschaftsberichtes vom 12.3.2009, der auf Feststellungen aus Dezember 2008 Bezug nimmt, bekannt, dass in der einzig realistisch in Betracht kommende Haftanstalt Shimo La Tewa dieser völkerrechtliche Mindeststandard nicht eingehalten wurde. In diesem Bericht wird unter anderem festgehalten, dass dort unerträgliche Hitze herrsche, Wasserleitungen oft tagelang unterbrochen seien, die Anstalt völlig überfüllt sei, so dass in den für 25 Personen angelegten Zellen teils 60 Personen untergebracht seien, sowie teils fehlende, teils völlig unzureichende sanitären Anlagen den Alltag prägten. Hinzu kam ein jedenfalls für westliche Mägen kaum genießbares Essen und Ungeziefer. Die hieraus vom VG gezogenen Schlussfolgerungen, es müsse von höchst beengten, hygienisch unhaltbaren Zuständen ausgegangen werden, die sich wohl bereits als gesundheitsgefährdend, jedenfalls aber als unerträglich und damit unmenschlich und entwürdigend anzusehen seien, sind ohne weiteres nachvollziehen.

Zustimmend auch Salomon, NordÖR 2012, 127; Ladiges, NZWehrR 2012, 56, 63; dass unzumutbare Haftbedingung unter die Rechtsprechung des BVerfG sowie unter Art. 3 EMRK zu subsumieren sind, entspricht auch der Rechtsprechung: vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2005 - 2 BvR 2259/04 -, BVerfGE 113, 154, pointiert in

abw. Meinung S. 163; EGMR, Urteil vom 7.7.1989 - Nr. 1/1989/161/217 (Soering) -, NJW 1990, 2183; Entscheidung vom 10.5.2010 - Nr. 41015/04 (Kaboulov/Ukraine); umfassend Petrig, a. a. O., S. 342 ff.

Dass insofern noch fast fünf Monate später keine entscheidende Verbesserung eingetreten war, zeigt nicht nur der Botschaftsbericht vom 23.7.2009 auf. Zwar wird von leichten Verbesserungen in der Versorgung berichtet - die allerdings auf einem Hungerstreik beruhten - jedoch hat sich an der Unterbringung selbst nichts geändert. Noch plastischer ergibt sich dies aus dem vom AA selbst als „alarmierend“ eingeschätzten Bericht der britischen EUNVFOR-Koordinatorin vom 29.7.2009. Darin wird nicht nur von einer Vielzahl von Erkrankungen aufgrund der Haftbedingungen bis hin zu Tuberkulose berichtet, sondern auch bestätigt, dass nicht einmal Matratzen für jeden übergebenen Häftling vorhanden waren. Trotz der verbreiteten Erkrankungen der Atemwege mussten die Piraterieverdächtigen vielmehr teilweise auf dem Boden schlafen. Hinzu kommt, dass eine medizinische Behandlung offenbar überwiegend nicht bzw. nur auf gerichtliche Anordnung erfolgte. Die Kostenfrage war jedenfalls nicht in dem Sinne geklärt, dass eine Behandlung in jedem Fall zunächst gewährt worden wäre. Im Gegenteil hält das AA diese Frage für offen, da im Briefwechsel nur der Zugang zu medizinischer Behandlung, nicht aber deren Kostenfreiheit geregelt sei.

Auch dies lässt erkennen, dass selbst fast fünf Monate nach Unterzeichnung des Briefwechsels und der Übergabe der ersten Piraterieverdächtigen Grundstandards nicht eingehalten waren. Schon deshalb lässt sich dieser Einschätzung entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entgegenhalten, dass sich das VG lediglich auf allgemeine Bedingungen in der Haftanstalt bezogen habe, während es für die vorliegende Frage allein darauf ankomme, wie die Piraterieverdächtigen untergebracht würden. Zwar trifft es zu, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR nicht die allgemeinen Zustände ausschlaggebend sind, sondern konkret diejenigen, die der Betroffene zu erwarten hat.

Schneider, EuGRZ 2014, 168 ff.; Roeser, EuGRZ 2009, 177, 196; BVerfG, Beschluss vom 6.6.2005

- 2 BvR 2259/04 -, BVerfGE 113, 154; EGMR, Entscheidung vom 28.2.2008 - 37201/06 (Saadi/Italien) NVwZ 2008, 1330, 1331ff.; vom 16.10.2006 - 1101/04 -, juris (Rn. 40 ff.) und vom 10.5.2010 - Nr. 41015/04 (Kaboulov/Ukraine); Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 395 ff.

Dies führt vorliegend jedoch zu keiner anderen Einschätzung. Es war zum Zeitpunkt der Übergabe realistischweise nicht zu erwarten, dass die Piraterieverdächtigen unter erheblich besseren Bedingungen untergebracht würden als die übrigen Gefangenen.

Dazu allgemein EGMR, Entscheidung vom 10.5.2010 – Nr. 41015/04 (Kaboulov/Ukraine) -; Entscheidung vom 19.9.2008 - Nr. 8320/04 (Ryabikin/Russland) -; Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 397 ff. m. w. N.

Worauf die Beklagte eine entsprechende Erwartung stützen will, bleibt offen. Auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Vertreter der Beklagten hierzu nichts Konkretes vortragen können. Allein der Umstand, dass die Piraterieverdächtigen getrennt von den übrigen Gefangenen untergebracht werden sollten und wurden, reichte angesichts der bekannten Zustände nicht aus. Es ist weder geltend gemacht noch ersichtlich, dass die Haftanstalt über einen „privilegierten“ Trakt verfügen könnte.

In diesem Sinne auch Salomon, NordÖR 2012, 126.

Im Gegenteil ist bereits dem Botschaftsbericht vom 12.3.2009 zu entnehmen, dass die Situation der Untersuchungsgefangenen sogar schlechter ist als die der bereits Verurteilten. Untersuchungsgefangene unterliegen demnach weitergehenden Beschränkungen als bereits Verurteilte; diese hätten etwas mehr Privilegien (Ausgangsstunden etc.). Eine Vorzugsbehandlung der Piraterieverdächtigen ließ sich auch bei den folgenden Besuchen im Gefängnis nicht feststellen, die Feststellung räumlicher Enge und unerträglicher Hitze etwa wird gerade für den Trakt der Untersuchungsgefangene mehrfach hervorgehoben. Auch das ungenießbare Essen und die offenbar auch mangelhafte Versorgung mit Getränken prägt die

ersten Erfahrungsberichte. So mussten die Piraterieverdächtigen die Versorgung mit Tee durch einen Hungerstreik erzwingen. Der Bericht der britischen EUNAVFOR-Koordinatorin vom 29.7.2009 lässt zudem fundamentale Mängel in der medizinischen Versorgung erkennen, die teilweise zu schweren Erkrankungen der Piraterieverdächtigen führten. Im Übrigen wird an verschiedenen Stellen hervorgehoben, dass eine Vorzugsbehandlung der ausländischen Gefangenen nicht erfolgen könne, um die Sicherheitslage im Gefängnis durch die sich zurückgesetzt fühlenden einheimischen Gefangenen nicht zu gefährden (vgl. etwa Botschaftsbericht vom 30.11.2009).

Hinzu kommt, dass die Beklagte hätte berücksichtigen müssen, dass die Haftbedingungen in Kenia üblicherweise durch familiäre Unterstützung der Inhaftierten erträglicher gemacht werden. Solche Hilfen waren für den Kläger indes nicht zu erwarten. Grundlegendere Verbesserungen in der Versorgung erfolgten erst in der zweiten Jahreshälfte durch die Einbindung einer lokalen Nichtregierungsorganisation, die die sonst familiären Unterstützungsleistungen übernahm.

Auch den vorgelegten Verwaltungsvorgängen lässt sich entnehmen, dass nicht nur von vielen Seiten im Vorfeld der Übergabe Zweifel an der Einhaltung der zugesicherten Schutzstandards geäußert wurden, sondern dass die Beteiligten sogar expliziert wussten, dass dies jedenfalls nicht ad hoc der Fall sein würde.

Vgl. dazu auch Salomon, NordÖR 2012, 124 ff.
m. w. N.; König, BdGVR 2010, 203, 240; Kress,
a. a. O., S. 119 f.

Solche Hinweise finden sich beispielsweise in der Email des Rechtsberaters an Bord der Fregatte „Rheinland-Pfalz“ vom 7.3.2009, noch deutlicher indes im Bericht des Rechtsberaters des OHQ vom 17.3.2009. Die kenianische Regierung wiederum hatte bereits am 10.3.2009 einen umfangreichen Anforderungskatalog mit Bitten um Unterstützung der EU übergeben, der am 20.3.2009 noch erweitert wurde. In diesen Schreiben bringt das kenianische Außenministerium klar zum Ausdruck, dass Kenia nicht in der Lage ist, die zugesagten Standards insbesondere im Bezug auf die Menschenrechte ohne Unterstützung internationaler Part-

ner einzuhalten. Das war auch der EU und ihren Mitgliedstaaten bekannt, wie sich nicht zuletzt aus der Regelung unter Ziffer 6 des Briefwechsels ergibt, in dem die EU ausdrücklich Hilfe bei der Erfüllung der kenianischen Verpflichtungen zusagte. Solche Hilfen waren bis zum 10.3.2009 nicht erfolgt; eine Verbesserung der bekannten Unterbringungsbedingungen war auch nicht ad hoc denkbar. Menschenwürdige Haftbedingungen konnten daher allenfalls in nicht absehbarer Zukunft erwartet werden. Insofern kann dahinstehen, ob sich an der Einschätzung etwas ändern könnte, wenn es nur um einen Anpassungszeitraum von wenigen Tagen gegangen wäre.

Insoweit ablehnend allerdings OLG Hamm, Beschluss vom 25.3.2009 - 11 W 106/08 -, juris (Rn. 33).

Dieser Befund wird durch zahlreiche allgemeine und unabhängige Berichte verschiedener Menschenrechtsorganisationen und –behörden aus der Zeit von 2007 bis 2009 bestätigt, die fundamentale und systemische Mängel im kenianischen Strafvollzug aufzeigen.

Vgl. dazu näher Salomon, NordÖR 2012, 124 ff. m. w. N.; König, BdGVR 2010, 203, 240; Kress, a. a. O., S. 119 f.

In diesem Zusammenhang hätte schließlich der von der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung angeführte Bericht der kenianischen Menschenrechtsbehörde Anlass zu durchgreifenden Zweifeln an der Einhaltung der Zusagen geben müssen, gerade weil darin die - unhaltbaren - Haftbedingungen in den Jahren 2007/2009 als „hoher Standard“ gewertet wurden.

Angesichts dessen ist im Hinblick auf die zu erwartende Behandlung des Klägers zudem der bereits im Botschaftsbericht vom 12.3.2009 angeführte Umstand zu berücksichtigen, dass die Vertreter der Deutschen Botschaft selbst auf die Haftbedingungen der deutschen Gefangenen allenfalls geringen Einfluss hatten. Vor diesem Hintergrund durfte die Beklagte auch nicht erwarten, dass sie auf die Haftbedingungen der Piraterieverdächtigen im Nachhinein nennenswert würde

einwirken können, zumal die Botschaft mehrfach davor warnte, beim Monitoring zu genau hinzuschauen. Das hätte eine vorherige sorgfältige Prüfung erforderlich gemacht. Es ist indes nicht zu erkennen, dass sich die Beklagte vor der Übergabe in ausreichendem Maße um die Einhaltung der erforderlichen Mindeststandards gekümmert hätte. Im Gegenteil haben die Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, da sie für die Übergabe nicht zuständig gewesen seien, seien Ermittlungen nicht erforderlich gewesen.

Zum erforderlichen Ermittlungsaufwand vor Überstellung Schneider, EuGRZ 2014, 168 ff.; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2005 - 2 BvR 2259/04 -, BVerfGE 113, 154; EGMR, Entscheidung vom 16.10.2006 - 1101/04 -, juris (Rn. 40 ff.); Entscheidung vom 19.9.2008 - Nr. 8320/04 (Ryabikin/Russland) -; Lorz/Sauer, EuGRZ 2010, 389, 390, 395 ff., 401 ff. m. w. N. insbesondere aus der Rechtsprechung des EGMR.

Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren geltend gemacht hat, es müsse berücksichtigt werden, dass die Zustände im Gefängnis möglicherweise für deutsche Gefangene unerträglich seien (der deutsche Botschafter spricht ausdrücklich von einem „Albtraum“), dies jedoch für die somalischen Piraterieverdächtigen nicht gelten könne, weil diese Zustände für sie „Alltag“ seien, vermag dies eine andere Einschätzung ebenfalls nicht zu begründen. Durch den Briefwechsel wurden ausdrücklich Menschenrechtsgewährleistungen eingefordert und zwar konkret für die Piraterieverdächtigen, die – wie alle Beteiligten wussten – jedenfalls typischerweise nicht aus Europa kamen. Von einem „Einheimischenabschlag“ hinsichtlich der menschenwürdigen Behandlung ist indes an keiner Stelle die Rede. Im Falle einer Strafverfolgung in Deutschland hätte ein Mindeststandard ebenfalls nicht mit Hinweis auf die Lebensumstände in Somalia oder Kenia unterschritten werden dürfen.

Vgl. in diesem Zusammenhang EGMR, Entscheidung vom 28.2.2008 – 37201/06 (Saadi/ Italien) -, NVwZ 2008, 1330, 1331; und vom 7.7.2011 - 55721/07 (Al-Skeini u. a./Vereinigtes Königreich) -, NJW 2012, 283, 286.

Ebenso wenig verfängt der Hinweis darauf, die Betroffenen hätten sich bei den Monitoring-Besuchen über die Haftbedingungen nicht beschwert und deshalb könne nicht von menschenrechtswidrigen Zuständen gesprochen werden. Abgesehen davon, dass dieser Schluss bereits grundsätzlich unzulässig sein dürfte, weil die Menschenwürde unverzichtbar ist, trifft schon seine Prämisse nicht zu. Klagen über die Essensversorgung wurden bereits beim ersten Botschafterbesuch im April 2009 geführt, kleinere Verbesserungen (Tee) mit Hungerstreiks erzwungen. Diese – wie es die Beklagte tut – auf die Garantien in dem Briefwechsel vom 6.3.2009 zurückzuführen, geht an den Tatsachen vorbei.

Abschließend und ergänzend weist der Senat – wie schon das VG – darauf hin, dass vorliegend nicht die heute herrschenden Zustände im Gefängnis Shimo La Tewa maßgeblich sind. Unzweifelhaft hat es ab der zweiten Jahreshälfte 2009 Verbesserungen gegeben, die heute eine menschenwürdige Unterbringung zumindest möglich erscheinen lassen.

2.2.2.2 Unabhängig hiervon durfte die Beklagte nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass Kenia in der Lage sein würde, die Strafverfahren innerhalb angemessener Frist zu einem Abschluss zu bringen. Denn zum Zeitpunkt des Abschlusses des Briefwechsels mit Kenia und der Übergabe des Klägers war bekannt, dass die kenianische Justiz „hoffnungslos überlastet“ war.

Vgl. Salomon, NordÖR 2012, 124 ff. m. w. N.

Zweifel an der Effizienz der kenianischen Gerichtsbarkeit durchziehen dementsprechend das gesamte Verfahren, wesentliche Teile der Strafverfolgung wurden von Beginn an von deutscher Seite geleistet. Auch in diesem Zusammenhang hatte Kenia im Übrigen bereits am 10.3.2009 offiziell einen umfangreichen „Wunschzettel“ übergeben, aus dem zumindest zu schließen ist, dass sich Kenia selbst nicht ohne Hilfe in der Lage sah, die Verfahren zeitlich und materiell angemessen zu erledigen.

Vgl. dazu allgemein auch Salomon, NordÖR 2012, 124 ff. m. w. N.

Vorliegend hat es bis zu einem erstinstanzlichen Urteil etwa vier Jahre und vier Monate gedauert, wobei sich die Dauer des Verfahrens nach den vorliegenden Unterlagen jedenfalls nicht ohne weiteres erklärt. Insbesondere die Dauer des Zwischenverfahrens bezüglich der Zuständigkeit kenianischer Gerichte von nahezu drei Jahren mit immer wieder verschobenen Verkündungsterminen lässt indes darauf schließen, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit betrieben wurde. Dieses Problem war offenbar auch der Beklagten bekannt – noch in der Klageerwiderung wird das Verfahren einschließlich der langen Auseinandersetzung um Zuständigkeitsfragen als für kenianische Verhältnisse normal und damit im Einklang mit den Zusagen im Briefwechsel bezeichnet. Hinzu kommt, dass nach Ergehen der letztinstanzlichen Entscheidung zur Zuständigkeit kenianischer Gerichte ein Weiterführen des Strafprozesses zunächst über geraume Zeit daran scheiterte, dass Akten nicht mehr auffindbar waren. Damit bestätigte sich die von Beginn an bestehende Befürchtung, die kenianische Justiz sei diesen Verfahren organisatorisch nicht gewachsen.

Diese Verzögerungen wiegen umso schwerer, als nach kenianischem Recht grundsätzlich die Dauer der Untersuchungshaft nicht auf die Dauer der Strafhaft angerechnet wird – dies war auch bei der Verurteilung des Klägers zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren nicht der Fall. Die tatsächliche Haft des Klägers hat sich durch die Dauer des Verfahrens selbst damit nahezu verdoppelt. Auch vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der desaströsen Haftbedingungen war die Übergabe damit konkret rechtswidrig.