

# Zurückweisungen von Migranten durch zivile Schiffe auf See

## Eine strafrechtliche Perspektive

Von Wiss. Mitarbeiterin **Johanna Hahn**, Leipzig, Wiss. Mitarbeiter **Valentin J. Schatz**, Hamburg\*

*The article analyzes the phenomenon of push-backs of migrants and refugees rescued in the Mediterranean to Libya carried out by non-governmental vessels (so-called privatized push-backs). It does so from the perspective of German criminal law with respect to vessels flying the German flag. The article first provides an overview of the factual and legal background that has given rise to the phenomenon of privatized push-backs (including by vessels of German ship-owners), before turning to the issue of resistance by rescued migrants and refugees facing such illicit push-backs. The issue is illustrated by three relevant examples involving the vessels Vos Thalassa, Nivin and El Hiblu I. Next, the article examines the role of the prohibition of refoulement under the European Convention on Human Rights in the context of privatized push-backs, which does not directly apply to the conduct of private actors, but which is relevant to the interpretation and application of national criminal law. Against this background, the article analyzes the criminal liability of crew members of vessels involved in push-backs of migrants and refugees to Libya, concluding that such conduct may constitute criminal abandonment (“Aussetzung”) pursuant to Section 221 (1) of the German Criminal Code. Finally, the article addresses the question of whether (violent) resistance by rescued migrants and refugees facing illicit push-backs may result in criminal liability. It shows that such conduct may constitute an attack on maritime traffic pursuant to Section 316c (1) of the German Criminal Code, but also that – in the vast majority of cases – this conduct would be justified either as self-defense under Section 32 or due to necessity under Section 34 of the German Criminal Code. The article concludes that while German Criminal Law is in principle able to address privatized push-backs, the current factual situation leaves private actors – both commercial and activist – with an unacceptable burden and legal risk.*

### I. Einleitung

Der Umgang mit Migration und Flucht von Menschen aus Libyen auf dem Seeweg über das zentrale Mittelmeer nach Europa wirft nach wie vor wichtige politische und rechtliche Fragen auf. Eine rechtliche Thematik, die jedenfalls in Deutschland noch einer genaueren Untersuchung bedarf, ist die strafrechtliche Beurteilung von Zurückweisungen aus Seenot geretteter Migranten<sup>1</sup> nach Libyen durch die Besat-

zungen ziviler Schiffe (sog. privatized push-backs).<sup>2</sup> Für auf deutschen Schiffen außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets begangene Taten ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts aus § 4 StGB.<sup>3</sup> Diese Norm macht für das deutsche Strafrecht vom seevölkerrechtlichen Flaggenprinzip als Anknüpfungspunkt für staatliche Hoheitsgewalt Gebrauch, das in Art. 92 Abs. 1 SRÜ normiert ist.<sup>4</sup> Die Problematik von privatized push-backs ist, wie die Fälle der Vos Thalassa, der Nivin und der El Hiblu 1 zeigen, keinesfalls rein hypothetisch, zumal auch Schiffe unter deutscher Flagge betroffen sein können (II).<sup>5</sup> Gerade NGOs, die mit solchen Schiffen

---

der. – Die Verfasser danken *Julia Trinh*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften (Prof. Dr. Heghmanns) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, *Tobias Gafus*, Redakteur beim Verfassungsblog, sowie *Nassim Madjidian*, wissenschaftliche Mitarbeiterin, *Christopher Janz* und *Rahel Schwarz*, wissenschaftliche Hilfskräfte, alle am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Alexander Proelß) an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Dieser Beitrag verwendet den Begriff „Migrant“ in Anlehnung an das Begriffsverständnis der International Organization for Migration (IOM) als Überbegriff, der auch Geflüchtete einschließt; vgl. IOM, Who is a migrant?, abrufbar unter <https://www.iom.int/who-is-a-migrant> (3.11.2020).

<sup>2</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, Ausarbeitung: Seenotrettung durch nicht-staatliche Akteure im rechtlichen Spannungsfeld zwischen „pull-back“-Operationen der libyschen Küstenwache und dem Refoulementverbot, WD 2 - 3000 - 014/20, 3. März 2020, S. 21 f.

<sup>3</sup> Siehe allgemein: *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 5–8; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 2; *Roitsch*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 2; siehe auch *Kolb/Neumann/Salomon*, ZaöRV 2011, 191; *Salomon*, DRiZ 2012, 307. Auf detaillierte Ausführungen zum Flaggenprinzip und seinem Verhältnis zur zonal bestimmten Strafgewalt der Küstenstaaten wird an dieser Stelle verzichtet. Siehe dazu etwa: *Proelß/Hofmann*, in: Hauck/Peterke (Hrsg.), International Law and Transnational Organised Crime, 2016, S. 422 ff.; sowie die Beiträge in *Papastavridis/Trapp* (Hrsg.), Crimes at Sea/La Criminalité en Mer, 2014.

<sup>4</sup> Vgl. *Ambos* (Fn. 3), § 4 Rn. 5; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1 f.

<sup>5</sup> Freilich wäre es allenfalls von akademischem Interesse, eine Problematik aus Sicht des deutschen Strafrechts zu analysieren, bei der Anwendungsfälle praktisch ausgeschlossen werden können – wie etwa die medial viel beachtete Einfahrt der Sea-Watch 3 unter Kapitänin Carola Rackete in den Hafen von Lampedusa am 29. Juni 2019, die sich nach italienischem

---

\* Die Verfasserin *Hahn* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht (Prof. Dr. Elisa Hoven) an der Universität Leipzig. Der Verfasser *Schatz* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Alexander Proelß) an der Universität Hamburg. Er berät zudem die Rettungsorganisation Sea-Eye in rechtlichen Fragen der zivilen Seenotrettung. Dieser Beitrag gibt allein seine persönliche Auffassung wie-

Seenotrettung betreiben und daher oft Migranten an Bord nehmen, sind auf Rechtssicherheit bei der Frage der Auswahl eines Zielhafens angewiesen, zumal sie oft ausdrücklich oder implizit zur Rückführung geretteter Menschen aufgefordert werden. Dass Deutschland als Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>6</sup> keine solchen Zurückschiebungen mit staatlichen Schiffen durchführen dürfte, darf nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum sog. Refoulement-Verbot als geklärt gelten (III.).<sup>7</sup> Schwieriger zu beurteilen sind die hier in Rede stehenden Zurückschiebungen durch zivile Schiffe, da sich die Wertungen des Refoulement-Verbots, das sich nicht unmittelbar an Private richtet, nicht ohne Mühe im deutschen Strafrecht abbilden lassen (IV.). Eine besondere dogmatische Herausforderung stellt schließlich die Frage dar, ob die Systematik der Rechtfertigungsgründe des deutschen Strafrechts das für Deutschland geltende Verbot abbilden kann und ob ein Staat seine Strafgewalt gegen Personen in Ansatz zu bringen vermag, die sich gegen rechtswidrige Zurückschiebungen durch zivile Schiffe zur Wehr setzen (V.).

## II. Problematik der Zurückschiebungen durch zivile Schiffe

Nach dem fast vollständigen Abzug europäischer staatlicher Rettungskapazitäten aus dem zentralen Mittelmeer<sup>8</sup> im Rah-

---

Recht beurteilt. Siehe aber *Lenk*, *ZaöRV* 2019, 713, der den Fall im Lichte des deutschen Strafrechts darstellt, ohne auch nur auf das allein anwendbare italienische Recht einzugehen. Für eine Bestandsaufnahme des auf solche Fälle anwendbaren italienischen (Straf-)Rechts, siehe *Oellers-Frahm*, *AVR* 2019, 345; *Schatz/Fantinato*, *The International Journal of Marine and Coastal Law* 35 (2020), 740 m.w.N. auch zur italienischen Rechtsprechung und Literatur. Siehe zur jüngsten Rechtsprechung im Fall *Rackete* *Freudenberg/Mauer/Schöler/Goldoni*, *Verfassungsblog* v. 11.3.2020, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/the-island-of-hope-in-a-sea-of-misery/> (3.11.2020); *Oellers-Frahm*, *AVR* 2020, 337.

<sup>6</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (angenommen am 4.11.1950, in Kraft getreten am 3.9.1953), abrufbar unter <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts> (3.11.2020).

<sup>7</sup> Siehe nur EGMR (Große Kammer), Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09 (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*).

<sup>8</sup> Auch Schiffe der deutschen Marine waren – insbesondere im Rahmen der EUNAVFOR MED Operation Sophia – vielfach in die Rettung von Migranten im zentralen Mittelmeer involviert. Siehe dazu:

<https://www.operationsophia.eu/> (3.11.2020). Die neue EUNAVFOR-MED-Operation IRINI wird ein engeres Mandat und Einsatzgebiet haben, das Seenotrettung faktisch ausschließt. Siehe Council Decision on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), 31 March 2020, abrufbar unter

men der zunehmend restriktiven Migrationspolitik der EU ist dort ein Vakuum an staatlicher Wahrnehmung von Rettungsaufgaben entstanden.<sup>9</sup> Nach Angaben des United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) sind im Jahr 2019 123.663 Menschen auf dem Seeweg (und teilweise auf dem Landweg) über die Mittelmeerroute nach Europa gelangt, während 1.319 Personen als auf der Überfahrt vermisst oder verstorben registriert sind.<sup>10</sup> Für das Jahr 2020 meldet UNHCR bisher 88.553 Ankünfte über den Seeweg und 902 Tote oder Vermisste.<sup>11</sup> Das entstandene Vakuum staatlicher Seenotrettung rückt die Rolle nichtstaatlicher Akteure in den Vordergrund.

Alle Schiffe bzw. deren Besatzungen sind zur Hilfeleistung in Fällen von Seenot verpflichtet. Insoweit gibt es zunächst eine völkerrechtliche Verpflichtung aller Flaggenstaaten, durch ihr nationales Recht und dessen Durchsetzung dafür zu sorgen, dass Schiffe unter ihrer Flagge in Fällen von Seenot Hilfe leisten.<sup>12</sup> Die völkerrechtliche Pflicht zur Seenotrettung richtet sich also grundsätzlich nicht unmittelbar an Private, sondern muss erst durch entsprechende Regelungen

---

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6414-2020-INIT/en/pdf> (3.11.2020).

<sup>9</sup> Siehe zur maritimen Komponente der Externalisierung der Migrationskontrolle der EU im zentralen Mittelmeer durch die Unterstützung Libyens bei gleichzeitigem Abzug eigener Rettungskapazitäten etwa *Ghezalbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, *International & Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 315; *Moreno-Lax*, *Journal of Common Market Studies* 56 (2018), 119; *Fantinato*, in: *Cataldi/Liguori/Pace* (Hrsg.), *Migration in the Mediterranean Area and the Challenges for „Hosting“ European Society*, 2017, S. 195 (209 ff.).

<sup>10</sup> UNHCR, *Mediterranean Situation*, abrufbar unter <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean> (8.12.2020).

<sup>11</sup> UNHCR, *Mediterranean Situation* (Fn. 10).

<sup>12</sup> Art. 98 der United Nations Convention on the Law of the Sea (angenommen am 10.12.1982, in Kraft getreten am 16.11.1994); siehe dazu *Guilfoyle*, in: *Proelß* (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, 2017, UNCLOS Art. 98 Rn. 7–12. Diese Verpflichtung findet sich – teilweise in konkretisierter Form – auch in anderen völkerrechtlichen Regelwerken. Siehe etwa Regel 33 der International Convention for the Safety of Life at Sea (angenommen am 1.11.1974, in Kraft getreten am 25.5.1980); Art. 10 der International Convention on Salvage (angenommen am 28.4.1989, in Kraft getreten am 14.7.1996). Diese Verpflichtung ist zudem als Regel des Völkergewohnheitsrechts anerkannt, siehe dazu *Papanicolopulu*, *International Review of the Red Cross* 98 (2016), 491 (501); *dies.*, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 189; *Ghezalbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, *International & Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 315 (322 f.) m.w.N.; *Gombeer/Fink*, *Maritime Safety and Security Law Journal* 4 (2018), 1 (3) m.w.N.; UNHCHR, *Joint Communication from Special Procedures*, 15.5.2019, S. 3, abrufbar unter <http://www.statewatch.org/news/2019/may/un-it-sr-letter-directive-sar-libya-human-rights-5-19.pdf> (3.11.2020).

des nationalen Rechts für diese anwendbar gemacht werden. Ein Unterlassen von Hilfeleistung in Fällen von Seenot kann im deutschen Recht beispielsweise im Rahmen von § 323c Abs. 1 StGB strafrechtlich und im Falle einer Zuwiderhandlung gegen Anordnungen einer Seenotleitstelle (Maritime Rescue Coordination Centre [MRCC]) nach §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 10 Abs. 1 Nr. 1 SeeFSichV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Zivile Schiffe, die dieser Pflicht im zentralen Mittelmeernachkommen und in Seenot geratene Migranten retten, finden sich häufig in einer schwierigen Situation wieder. Sie müssen die Geretteten zwar unstreitig an einen sicheren Ort verbringen.<sup>13</sup> Im Kontext der Migration über die Mittelmeerroute ist aber politisch und rechtlich umstritten, welcher Ort bzw. Staat hierfür auszuwählen ist und ob damit eine Pflicht von bestimmten Hafenstaaten zur Duldung einer Ausschiffung der Migranten verbunden ist.<sup>14</sup> Zivile Schiffe – also etwa die Schiffe von zivilen Rettungsorganisationen und Handelsschiffe – können regelmäßig zunächst mit keiner Unterstützung durch Italien und Malta rechnen, sondern müssen vielmehr sogar mit abschreckenden Maßnahmen wie wochenlangen Hafensperrungen, Bußgeldern, Festsetzungen von Schiffen und Strafverfahren gegen Besatzungsmitglieder rechnen.<sup>15</sup>

Von diesen Maßnahmen sind besonders zivile Seenotrettungsorganisationen betroffen, die sich weigern, Zurückschiebungen durchzuführen. Zivile Seenotrettung wird vielfach auch durch deutsche Organisationen betrieben, die sich zu diesem Zweck zusammengeschlossen haben. Die von diesen Organisationen eingesetzten Schiffe führen anfangs meist nicht unter deutscher Flagge, sondern unter der Flagge anderer Staaten (insbesondere der Flagge der Niederlande). Mittlerweile werden aber auch vermehrt Schiffe unter deut-

scher Flagge eingesetzt. Hier sind etwa die Alan Kurdi von Sea-Eye, die Sea-Watch 3 und 4 von Sea-Watch (letztere gemeinsam mit dem unter anderem von der evangelischen Kirche getragenen Bündnis United4Rescue<sup>16</sup>) und die Eleonore von Mission Lifeline zu nennen. Deutsche Rettungsschiffe werden bei Rettungen innerhalb der libyschen Search and Rescue Region (SRR) regelmäßig vom zuständigen MRCC dazu aufgefordert, die Geretteten entweder auf See an die libysche Küstenwache zu übergeben oder in einen libyschen Hafen zu bringen.<sup>17</sup> Soweit ersichtlich ist bisher keine NGO diesen Anweisungen nachgekommen. Umso wichtiger ist für die Position der NGOs eine Klarstellung der strafrechtlichen Situation, da so Risiken identifiziert und die Ablehnung von Zurückweisungen rechtlich klarer kommuniziert werden können.

Anders stellt sich die Situation für Handelsschiffe dar. Für diese stellen unter anderem die zu erwartenden Verzögerungen ein großes wirtschaftliches Risiko dar, weshalb das betroffene Gebiet mitunter umfahren,<sup>18</sup> eine Rettung unterlassen oder eine Zurückschiebung durchgeführt wird.<sup>19</sup> Untersuchungen zufolge hat die Anzahl der durch Handelsschiffe durchgeführten Zurückschiebungen seit 2018 stark zugenommen – mit 30 bestätigten Fällen, die 1.800 Migranten betrafen und einer vermutlich signifikanten Dunkelziffer.<sup>20</sup> Auch deutsche Reedereien waren bereits in Zurückschiebungen von Migranten nach Libyen involviert – wenn auch (soweit ersichtlich) mit Schiffen, die nicht unter deutscher Flagge registriert waren.<sup>21</sup> Daher war auf die bekannten Vorfälle

<sup>16</sup> Siehe dazu

<https://www.united4rescue.com/partners> (3.11.2020) und <https://www.ekd.de/faqs-zur-seenotrettung-49588.html> (3.11.2020).

<sup>17</sup> Die MRCCs von Malta und Italien erklären sich in diesen Situationen regelmäßig für unzuständig und verweisen auf das libysche MRCC.

<sup>18</sup> Welt v. 14.7.2020, abrufbar unter

<https://www.welt.de/politik/fluechtlinge/article196811923/Handelsschiffahrt-Reeder-aendern-Routen-um-nicht-auf-Fluechtlingsboote-zu-treffen.html> (3.11.2020).

<sup>19</sup> Siehe ausführlich *Forensic Oceanography*, The Nivin Case: Migrants' resistance to Italy's strategy of privatized push-back, 2019, S. 60–67, aufrufbar unter

<https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/12/2019-12-18-FO-Nivin-Report.pdf>

(3.11.2020); siehe auch *Papachristodoulou*, International Law Blog v. 27.6.2019, aufrufbar unter

<https://internationallaw.blog/2019/06/27/the-principle-of-saving-lives-at-sea-just-a-fools-hope/> (3.11.2020); Berichte zu solchen Situationen finden sich auch auf der Webseite der

Organisation Alarmphone, siehe <https://alarmphone.org/> (3.11.2020).

<sup>20</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 25–51; siehe auch *Kingsley*, The New York Times v. 20.3.2020, abrufbar unter

<https://www.nytimes.com/2020/03/20/world/europe/mediterranean-libya-migrants-europe.html> (3.11.2020).

<sup>21</sup> Derzeit sind 304 Handelsschiffe unter deutscher Flagge registriert. Siehe

<sup>13</sup> Abs. 1.3.2. und 3.1.9. des Anhangs zur International Convention on Maritime Search and Rescue (angenommen am 27.4.1979, in Kraft getreten am 22.6.1985) 1405 UNTS 118 (ergänzt in 1998 und 2004).

<sup>14</sup> Die Thematik kann hier nicht im Detail erläutert werden und die Literatur dazu ist umfangreich, siehe etwa *Gulfoyle*, (Fn. 12), UNCLOS Art. 98 Rn. 10; *Neri*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 47; *Bevilacqua*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 11; *Turrini*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 29; *Klepp*, International Journal of Refugee Law 23 (2011), 538; *Trevisanut*, International Journal of Marine and Coastal Law 25 (2010), 523 (531); *Ratcovich*, International Law and the Rescue of Refugees at Sea, 2019, S. 289–292; *Fantinato*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 63; *De Vittor/Starita*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 77.

<sup>15</sup> Siehe zur Problematik der staatlichen Maßnahmen gegen zivile Seenotrettung etwa *Gombeer/Fink*, Maritime Safety and Security Law Journal 4 (2018), 1; *Ghezelbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, International & Comparative Law Quarterly 67 (2018), 315 (322 f.); *Tzevelekos/Proukaki*, Nordic Journal of International Law 86 (2017), 427; *Cusumano*, Mediterranean Politics 24 (2019), 106; *Schatz/Endemann*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 97.

kein deutsches Strafrecht anwendbar. Besonders auffällig ist die Hamburger Reederei Opielok<sup>22</sup>, die mit Versorgungsschiffen in libyschen Ölfeldern tätig und daher oft mit Seenotfällen konfrontiert ist.<sup>23</sup> Beispielsweise verbrachte das unter der Flagge Liberias registrierte Versorgungsschiff OOC Emerald Berichten zufolge am 12.03.2019 insgesamt 23 gerettete Migranten nach Libyen.<sup>24</sup> Am 30.11.2019 übergab das ebenfalls unter der Flagge Liberias registrierte Versorgungsschiff OOC Panther offenbar insgesamt 68 gerettete Migranten an bewaffnete Kräfte der libyschen Küstenwache, wobei zwei Personen aus Furcht ins Wasser sprangen und eine Person sich mit Treibstoff übergoss und damit drohte, sich anzuzünden.<sup>25</sup> Wie sich die Situation darstellen kann, wenn sich ein Handelsschiff gegen eine Zurückschiebung entscheidet, zeigt der Fall des in Antigua und Barbuda registrierten Containerschiffes MV Marina der schleswig-holsteinischen Reederei Klingenberg, das im Mai 2020 insgesamt 79 Migranten rettete und in der Folge zunächst keine Einfahrtserlaubnis von Malta und Italien erhielt.<sup>26</sup> In der Zwischenzeit kam es Berichten zufolge zu „Aggressionsausbrüchen“ an Bord, wegen derer sich die Crew „verschanzte“ habe.<sup>27</sup>

Nach deutschem Strafrecht können Zurückschiebungen von Geretteten nach Libyen bzw. eine Übergabe dieser Personen an die libyschen Behörden unter anderem als Aussetzung gem. § 221 StGB strafbar sein.<sup>28</sup> Das Dilemma wird durch die nicht unerheblichen faktischen und rechtlichen Risiken verstärkt, die Widerstandshandlungen der Geretteten gegen eine solche Zurückschiebung nach Libyen bergen, zumal diese im Einzelfall nach § 32 oder § 34 StGB gerechtfertigt sein können.<sup>29</sup> Letztere Thematik wird zunächst anhand einiger Beispiele veranschaulicht.

<https://www.deutsche-flagge.de/de/flagge/handelsflotte> (Stand: 8.12.2020).

<sup>22</sup> Website der Reederei: <http://www.opielok.de/> (3.11.2020).

<sup>23</sup> Lobstein, ZEIT-Online v. 3.4.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2019/15/christopher-opielok-reederei-rettungsschiffe-fluechtlinge-mittelmeer> (3.11.2020).

<sup>24</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 44.

<sup>25</sup> Kingsley (Fn. 20); Welt v. 1.12.2019, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article203966038/Aus-Angst-vor-Rueckkehr-nach-Libyen-springen-Migranten-ins-Mittelmeer.html> (3.11.2020); Für einen detaillierten Bericht, siehe Central Mediterranean Regional Analysis, Alarmphone v. 5.1.2020, abrufbar unter <https://alarmphone.org/en/2020/01/05/central-mediterranean-regional-analysis/> (3.11.2020).

<sup>26</sup> szh.de v. 5.5.2020, abrufbar unter <https://www.szh.de/28229352> (3.11.2020).

<sup>27</sup> NDR v. 9.5.2020, abrufbar unter <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Reederei-Gerettete-Menschen-verlassen-Containerschiff-marina146.html> (3.11.2020).

<sup>28</sup> Siehe dazu unten IV.

<sup>29</sup> Siehe dazu unten V.

### 1. Der Fall der Vos Thalassa

Im Juli 2018 rettete das in Italien registrierte Schiff Vos Thalassa eine Gruppe von 67 Migranten aus dem Mittelmeer und versuchte, diese nach Libyen zurückzuschieben.<sup>30</sup> Als die Migranten bemerkten, dass sie zurück nach Libyen verbracht werden sollten, kam es Berichten zufolge an Bord zu Unruhen, woraufhin die Vos Thalassa Kurs auf Italien nahm und die Migranten an das Schiff Diciotti der italienischen Küstenwache übergab.<sup>31</sup> Der Vorfall war Gegenstand erheblicher medialer Berichterstattung, weil der damalige italienische Innenminister Matteo Salvini daraufhin der Diciotti zunächst die Einfahrt in den Hafen von Trapani sowie die Ausschiffung der Migranten verweigerte, obwohl die Diciotti ein Schiff der ihm unterstellten Behörden war.<sup>32</sup> In der Folge wurden zwei der geretteten Migranten aufgrund ihrer Widerstandshandlungen angeklagt<sup>33</sup>, aber im Mai 2019 von einem italienischen Strafgericht in Trapani freigesprochen.<sup>34</sup> Das Gericht nahm vor dem Hintergrund der durch die versuchte Zurückschiebung nach Libyen gefährdeten bedeutenden Rechtsgüter der beiden Angeklagten und der auf Seiten der Besatzung der Vos Thalassa lediglich beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit einen verhältnismäßigen Fall von Notwehr an.<sup>35</sup> Bei der Auslegung der entsprechenden Vorschriften des

<sup>30</sup> Siehe zum Sachverhalt *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 38 f.

<sup>31</sup> InfoMigrants v. 16.7.2019, abrufbar unter <https://www.infomigrants.net/en/post/10645/diciotti-s-journey-ends-as-probe-focuses-on-alleged-threats> (3.11.2020).

<sup>32</sup> Rüb, FAZ v. 19.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/salvini-untersagt-italienischem-schiff-die-hafeneinfahrt-15745455.html> (3.11.2020). Wegen eines ähnlichen Vorfalls mit dem Küstenwachtschiff Gregoretti wurde mittlerweile ein Strafverfahren gegen Salvini eingeleitet, siehe ZEIT-Online v. 12.2.2020, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-02/italien-senat-ermoglicht-prozess-gegen-matteo-salvini> (3.11.2020).

<sup>33</sup> Vorgeworfen wurde den Migranten der Widerstand gegen Inhaber eines öffentlichen Amtes (vgl. Art. 336, 337, 339 des italienischen Strafgesetzbuches). Zwar handelte es sich bei der Vos Thalassa um ein ziviles Schiff und bei dem Kapitän um eine Privatperson; nach Art. 292bis des italienischen Codice Navigazione erfüllen Kapitäne aber allgemein öffentliche Funktionen an Bord ihres Schiffes, sodass sie nach Art. 357 des italienischen Strafgesetzbuches für die Zwecke der konkreten strafrechtlichen Norm Personen gleichstehen, die bestimmte öffentliche Aufgaben wahrnehmen und besonders geschützt sind.

<sup>34</sup> Tribunale di Trapani, Urt. v. 23.5.2019, aufrufbar unter <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/GIP-Trapani%20%281%29.pdf> (3.11.2020).

<sup>35</sup> Tribunale di Trapani, Urt. v. 23.5.2019 (Fn. 34), S. 67. Anders als im deutschen Recht ist nach italienischem Recht eine Verteidigungshandlung im Rahmen der Notwehr nur gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig ist. Siehe Art. 52 des italienischen Strafgesetzbuchs: „Non è punibile chi ha com-

italienischen Strafrechts maß das Gericht angesichts der Situation in Libyen dem völkerrechtlichen Refoulement-Verbot (III.) große Bedeutung bei.<sup>36</sup>

### 2. Der Fall der Nivin

Im November 2018 rettete das in Panama registrierte Handelsschiff Nivin auf dem Weg nach Misrata (Libyen) eine Gruppe von 93 Migranten.<sup>37</sup> Die Besatzung der Nivin erzählte den Geretteten, dass sie nach Italien gebracht würden, fuhr stattdessen aber weiter in Richtung Misrata.<sup>38</sup> Als schließlich ein Schiff der libyschen Küstenwache zur Übernahme der Migranten heranfuhr und libysche Einsatzkräfte an Bord kamen, wurden sich die Geretteten ihrer Lage bewusst und wehrten sich mehrheitlich gegen einen Transfer auf das libysche Schiff.<sup>39</sup> Im Hafen von Misrata angekommen weigerten sich die Migranten, das Schiff zu verlassen. Nach einer zehntägigen Pattsituation wurden sie aber unter Einsatz von Waffengewalt von libyschen Einsatzkräften von der Nivin gebracht, wobei einige Migranten Verletzungen erlitten.<sup>40</sup> In der Folge wurden die Migranten in Libyen inhaftiert und teilweise verhört, gefoltert oder mussten Zwangsarbeit verrichten.<sup>41</sup>

### 3. Der Fall der El Hiblu 1

Im März 2019 stoppten und stürmten maltesische Streitkräfte den unter palauischer Flagge registrierten Tanker El Hiblu 1 bei seiner Einfahrt in das maltesische Küstenmeer.<sup>42</sup> Zuvor

hatte der Kapitän des Schiffes einen Notruf abgesetzt und angegeben, am Tag zuvor aus Seenot gerettete Migranten hätten sein Schiff unter Androhung von Gewalt unter ihre Kontrolle gebracht und ihn gezwungen, Kurs auf Malta zu nehmen. Tatsächlich hatte die El Hiblu 1 auf ihrer Fahrt nach Tripolis mehr als 100 Personen gerettet und ihren Kurs danach zunächst beibehalten. Erst kurz vor Tripolis drehte das Schiff plötzlich ab und nahm Kurs auf Malta. Die Crew der El Hiblu 1 gab an, dass den Geretteten zu diesem Zeitpunkt bewusst wurde, dass das Schiff auf dem Weg nach Tripolis sei und sich hiergegen Widerstand formierte.<sup>43</sup> Gewalt sei aber nicht angewendet worden. In Malta wurde schließlich ein Strafverfahren gegen drei Personen aus der Elfenbeinküste und aus Guinea im Alter von 15, 16 und 19 Jahren eingeleitet, die von den Behörden als mutmaßliche Täter identifiziert wurden. Unter den Straftaten, die die maltesische Staatsanwaltschaft ihnen vorwirft, sind auch terroristische Handlungen, die als schwere Verbrechen eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Folge haben können.<sup>44</sup> Der Umgang der maltesischen Behörden mit dem Fall, insbesondere im Hinblick auf die Bewertung der Taten als Terrorismus und die verkürzte Auseinandersetzung mit möglicherweise einschlägigen Rechtfertigungsgründen, hat international Kritik hervorgerufen.<sup>45</sup> Das Verfahren ist derzeit noch anhängig (Stand Dezember 2020).

### III. Das Refoulement-Verbot der EMRK

Als Refoulement-Verbot wird das Verbot bezeichnet, Menschen aus dem Machtbereich eines Staates in den Machtbereich eines anderen Staates zurückzuweisen (französisch: *refouler*), in dem diesen Menschen eine aus menschen- oder

---

messo il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.“ Sinngemäße Übersetzung: „Nicht bestraft wird, wer die Straftat begangen hat, weil er gezwungen wurde, ein eigenes Recht oder das Recht anderer gegen die gegenwärtige Gefahr einer ungerechten Straftat zu verteidigen, vorausgesetzt, dass die Verteidigung in einem angemessenen Verhältnis zu der Straftat steht.“

<sup>36</sup> Tribunale di Trapani, Urteil vom 23.05.2019 (Fn. 34), S. 32 ff.

<sup>37</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 60–67.

<sup>38</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 67.

<sup>39</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 67 f.

<sup>40</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 69–73.

<sup>41</sup> *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 73–75.

<sup>42</sup> Siehe zum Sachverhalt: *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 44–47; ZEIT-Online v. 30.3.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-03/mittelmeer-handelsschiff-el-hiblu-kapern-migranten-terrorismusvorwurf-malta> (3.11.2020); The Guardian v. 30.3.2019, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/world/2019/mar/30/hijacked-captain-recalls-horror-in-mediterranean-sea-as-migrants-took-over-ship> (3.11.2020); The New York Times v. 31.3.2019, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/03/31/world/europe/migrants-hijacking-ship-malta.html> (3.11.2020). Eine detaillierte Bestandsaufnahme aus Medienberichten und Informationen aus dem Strafverfahren liefert *Amnesty International*, Malta: The El Hiblu 1 Case: Three Teenagers in the Dock for Daring to

---

Oppose Their Return to Suffering in Libya, S. 1–6, abrufbar unter

[https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR331270\\_2019ENGLISH.PDF](https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR331270_2019ENGLISH.PDF) (3.11.2020).

<sup>43</sup> Interview mit der Besatzung: *Schwenn*, VICE v. 30.3.2019, abrufbar unter

<https://www.vice.com/de/article/eveexj/wir-haben-mit-der-crew-gesprochen-deren-schiff-von-gefluchteten-gekapert-wurde> (3.11.2020).

<sup>44</sup> Vgl. Art. 328A (1) (b), (2) (e) Maltese Criminal Code – act of terrorism, involving the seizure of a ship; Art. 328A (1) (b), (2) (d), (k) Maltese Criminal Code – act of terrorism, involving the extensive destruction of private property; Art. 328A (4) (i) Maltese Criminal Code – terrorist activities.

<sup>45</sup> Siehe Amnesty International (Fn. 42); *Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights: Ravina Shamdasani*, Press briefing note on Malta v. 7.5.2019, aufrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24569&LangID=E> (11.06.2020); *European Democratic Lawyers*, No Prosecution for the El Hiblu 3, 26.03.2019, aufrufbar unter <http://www.aeud.org/2020/03/no-prosecution-for-the-el-hiblu-3/> (3.11.2020); Free El Hiblu 3, Homepage abrufbar unter <https://elhiblu3.info/> (3.11.2020).

flüchtlingsrechtlicher Sicht rechtswidrige Behandlung droht.<sup>46</sup> Dabei folgt die Rechtswidrigkeit der Zurückweisung regelmäßig nicht unmittelbar aus einem Verstoß gegen menschen- oder flüchtlingsrechtliche Garantien, sondern daraus, dass die betroffene Person dadurch in eine Situation gerät, in der Verstöße gegen diese Garantien – also etwa Folter oder anderweitige unmenschliche Behandlung – durch einen anderen Staat drohen.<sup>47</sup> Die tatsächliche Gefahr geht also von dem Staat aus, in den die Person zurückgewiesen wird.<sup>48</sup> Es geht daher letztlich um Schutzpflichten des zurückweisenden Staates.<sup>49</sup> Solche Verpflichtungen folgen mit unterschiedlichem Gehalt und variierenden Geltungsbereichen aus menschen- und flüchtlingsrechtlichen Verträgen,<sup>50</sup> aber auch aus dem Völkergewohnheitsrecht,<sup>51</sup> dem Unionsrecht<sup>52</sup> und dem nationalen Recht, also beispielsweise dem Grundgesetz.<sup>53</sup> Diese Verbote überschneiden sich weitgehend und werden daher meist gemeinsam als „das“ Refoulement-Verbot bezeichnet. Es wird allgemein angenommen, dass eine Zurückweisung geretteter Migranten nach Libyen durch einen europäischen Staat gegen das Refoulement-Verbot verstoßen würde.<sup>54</sup>

<sup>46</sup> *Lauterpacht/Bethlehem*, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, S. 89; *Michaelsen*, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (2012), 750 (752); *Papastavridis*, *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), 75 (102 f.); *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934).

<sup>47</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16; *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934); vgl. *Haefeli*, *ZAR* 2020, 25 (27).

<sup>48</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16.

<sup>49</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16.

<sup>50</sup> Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (angenommen am 28.7.1951, in Kraft getreten am 22.4.1954); Art. 3 der Anti-Folter-Konvention (angenommen am 10.12.1984, in Kraft getreten am 26.6.1987).

<sup>51</sup> Vgl. *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. 2013, Rn. 1493; *Rah*, *Asylsuchende und Migranten auf See*, 2009, S. 258.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 19 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Siehe allgemein: *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 7–9; speziell zum Kontext des Refoulements auf See *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 19 Rn. 29–31.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Siehe dazu *Hong*, *Verfassungsblog* v. 17.6.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/warum-auch-das-grundgesetz-bestimmten-zurueckweisungen-an-der-grenze-entgegensteht/> (3.11.2020); anschaulich BVerfGE 140, 317 (347 f.): Die deutsche Hoheitsgewalt darf „die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen“.

<sup>54</sup> *Trevisanut*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12 (2008), 205 (210); *Goodwin-Gill*, *International Journal of*

Im Folgenden soll vor allem das Refoulement-Verbot in den Blick genommen werden, das aus Art. 3 EMRK hergeleitet wird und in seiner Anwendung auch auf staatliche Zurückweisungen auf See allgemein anerkannt ist.<sup>55</sup> So hat der EGMR in seinem Urteil im Fall *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* aus dem Jahr 2012 Italien wegen einer Zurückweisung auf See aufgegriffener Migranten nach Libyen verurteilt und unter anderem einen Verstoß gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK angenommen.<sup>56</sup> Nach dieser Rechtsprechung hat das Refoulement-Verbot also extraterritoriale Geltung<sup>57</sup> auf Schiffen, soweit ein Staat Gewalt über die betroffenen Personen ausübt, also beispielsweise dann, wenn sich die Personen auf einem staatlichen Schiff befinden, oder wenn staatliche Einsatzkräfte die Kontrolle über ein ziviles Schiff übernommen haben.<sup>58</sup> Auch die jüngste Entscheidung des EGMR in *N.D. and N.T. v. Spain*, die einen restriktiveren Ton in Fragen der Migrationskontrolle an den EU-Außengrenzen anschlägt,<sup>59</sup> hat hieran nichts geändert.<sup>60</sup>

Jenseits der extraterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots für Staaten stellt sich die Frage, wie sich die Rechtslage für Private auf zivilen Schiffen darstellt. Effektive Kontrolle im Sinne der vom EGMR aufgestellten Maßstäbe für eine extraterritoriale Anwendung der EMRK übt der Flag-

*Refugee Law* 23 (2011), 443 (449); *Giuffré*, in: Moreno-Lax/Papastavridis (Hrsg.), *Boat Refugees and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, 2016, S. 248 (262).

<sup>55</sup> Siehe allgemein *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934); *Westphal*, *NVwZ* 2019, 1329 (1330 f.).

<sup>56</sup> EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09*, (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*).

<sup>57</sup> Vgl. zur extraterritorialen Wirkung der EMRK im Allgemeinen *Janik*, *ZaöRV* 2010, 127 (134).

<sup>58</sup> EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09*, (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*), Rn. 75, 77; EGMR (Große Kammer), *Entsch. v. 12.12.2001 – 52207/99* (*Bankovic u.a. v. Belgien, Dänemark, Deutschland u.a.*), Rn. 73; EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 29.3.2010 – 3394/03* (*Medvedyev u.a. v. Frankreich*), Rn. 63–67; *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, *Sachstand: Anwendung der EMRK an Bord von deutschen Kriegsschiffen im Rahmen der NATO-Seeraumüberwachungsoperation in der Ägäis*, WD 2 - 3000 - 049/16, 1. April 2016, S. 4; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch*, 6. Aufl. 2016, § 17 Rn. 15.

<sup>59</sup> *Moreno*, *Verfassungsblog* v. 14.2.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> (3.11.2020); *Uerpmann-Witzack*, *Völkerrechtsblog* v. 14.2.2020, abrufbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/> (3.11.2020).

<sup>60</sup> EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 13.2.2020 – 8675/15*, und *8697/15* (*N.D. und N.T. v. Spanien*), Rn. 201; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 59); *Hruschka*, *Verfassungsblog* v. 21.2.2020, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/> (3.11.2020).

genstaat in einer solchen Situation regelmäßig nicht aus, auch wenn seine Rechtsordnung auf dem Schiff Anwendung findet.<sup>61</sup> Hiervon ausgenommen sind freilich Situationen, in denen ein Staat gezielt vermeintlich zivile Schiffe einsetzt, um das Refoulement-Verbot zu umgehen – eine Praxis, mit der jüngst Malta aufgefallen ist.<sup>62</sup> Auch hier geht es aber letztlich um ein dem Staat zurechenbares Verhalten. Im Verhältnis zwischen Privaten kommt das völkerrechtliche Refoulement-Verbot, das sich an Staaten richtet, nicht unmittelbar zur Anwendung. Eine unmittelbare Geltung für Private kommt nur dann in Betracht, wenn sie durch den nationalen Gesetzgeber durch Ge- und Verbote im nationalen (Straf-) Recht angeordnet wird.<sup>63</sup>

Da es dem deutschen Strafrecht an Normen mangelt, die das an Staaten gerichtete Refoulement-Verbot für das Verhältnis von Privaten zueinander umsetzen, lassen sich die Wertungen des Refoulement-Verbots nur mit Mühe dogmatisch abbilden.<sup>64</sup> Völkerrechtliche Verträge wie die EMRK

haben im deutschen Recht den Rang einfacher Gesetze, da sie gem. Art. 59 Abs. 2 GG durch Vertragsgesetze in die deutsche Rechtsordnung überführt werden.<sup>65</sup> Soweit das Refoulement-Verbot also direkt aus Art. 3 EMRK hergeleitet wird, ist ihm – in seiner völkervertragsrechtlichen Ausgestaltung – grundsätzlich der Rang einer einfachen Gesetzesnorm zuzusprechen.<sup>66</sup> Auf Grund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist die EMRK jedoch bei der Auslegung der Grundrechte zu berücksichtigen<sup>67</sup> und beeinflusst dadurch mittelbar auch die Interpretation des einfachen Rechts. Daher haben deutsche Gerichte die EMRK – darunter das aus Art. 3 EMRK abgeleitete Refoulement-Verbot – „im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden“.<sup>68</sup> Das gilt für die EMRK im Vergleich zu den anderen genannten Verträgen aufgrund der hervorgehobenen Bedeutung des Grund- und Menschenrechtsschutzes im Grundgesetz in besonderer Weise.<sup>69</sup>

#### IV. Strafbarkeit von Zurückschiebungen durch zivile deutsche Schiffe

Die Übergabe der Migranten an die Küstenwache eines unsicheren Staates wie Libyen, wo ihnen Folter und unmenschliche Behandlung droht, kann als Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein.<sup>70</sup> Welche Besatzungsmit-

gungen zu ignorieren“ vornimmt, vgl. *Lenk*, ZaöRV 2019, 711 Fn. 11.

<sup>61</sup> *Pieper*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2020, Art. 59 Rn. 41.

<sup>62</sup> Zum Teil wird darüber hinaus vertreten, das Refoulement-Verbot sei als Regel des Völkergewohnheitsrechts einzuordnen und habe daher nach Art. 25 S. 1 GG Vorrang vor dem einfachen Recht, so etwa *Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2017, Rn. 39 m.w.N.; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 25 Rn. 14; *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 20.

<sup>63</sup> BVerfGE 112, 1; BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 25 Rn. 6 ff.

<sup>64</sup> BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408).

<sup>65</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); mit Andeutung der besonderen Bedeutung von Menschenrechtsverträgen BVerfG NJW 2016, 1295 (1301, Verstöße gegen die EMRK ggf. nicht ohne Weiteres durch einfaches Gesetz als lex posterior zulässig).

<sup>66</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 22. Eine Strafbarkeit nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB kommt ebenfalls in Betracht (die Pflichtenstellung kann sich daraus ergeben, dass die Besatzung durch die Seenotrettung zunächst Hilfe leistet und dadurch die Situation der Migranten wesentlich verändert, vgl. dazu BGH NStZ 1994, 84), allerdings tritt diese Vorschrift nach überwiegender Auffassung hinter § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück (*Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 221 Rn. 45 m.w.N.).

<sup>61</sup> *Farahat/Markard*, Places of Safety in the Mediterranean: The EU's Policy of Outsourcing Responsibility, 2020, S. 38, aufrufbar unter <http://www.eu.boell.org/en/2020/02/18/places-safety-mediterranean-eus-policy-outsourcing-responsibility> (3.11.2020).

<sup>62</sup> *Tondo*, The Guardian v. 19.05.2020, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/global-development/2020/may/19/exclusive-12-die-as-malta-uses-private-ships-to-push-migrants-back-to-libya> (3.11.2020); *Kingsley* (Fn. 20); *Kingsley/Willis*, The New York Times v. 30.4.2020, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2020/04/30/world/europe/migrants-malta.html> (3.11.2020); *Council of Europe*, Commissioner urges Malta to meet its obligations to save lives at sea, ensure prompt and safe disembarkation, and investigate allegations of delay or non-response to situations of distress, 11.5.2020, abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-malta-to-meet-its-obligations-to-save-lives-at-sea-ensure-prompt-and-safe-disembarkation-and-investigate-allegations-of-delay-or-no> (3.11.2020).

<sup>63</sup> *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (935); *Talmon*, JZ 2019, 803 (805); so auch *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 18; ebenso die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, siehe BT-Drs. 19/3762, S. 41; allgemein eine unmittelbare Drittwirkung der EMRK ablehnend *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 58), § 19 Rn. 8; *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees to the UN General Assembly*, The treatment of persons rescued at sea: conclusions and recommendations from recent meetings and expert round tables convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, UN Doc. A/AC.259/17, 11. April 2008, Rn. 32.

<sup>64</sup> Unklar ist, welche dogmatische Einordnung *Lenk* mit der Aussage „[z]war richten sich diese Vorschriften [aus denen das Refoulement-Verbot folgt] in erster Linie gegen Staaten, doch wird man Privaten nicht zumuten können, diese Erwä-

gliedert sich neben dem Kapitän strafbar machen, hängt vom konkreten Fall und auch der zum Tatzeitpunkt geltenden Befehlsstruktur an Bord ab.<sup>71</sup> Mit der Verbringung in solche Staaten werden die Migranten in eine hilflose Lage i.S.d. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB versetzt, wenn sie dort einer (abstrakten) Gefahr für Leib oder Leben ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt sind.<sup>72</sup> Dabei ist unerheblich, dass die Migranten zuvor womöglich der Gefahr zu ertrinken ausgesetzt waren, denn das Opfer wird auch dann in eine hilflose Lage versetzt, wenn es sich bereits zuvor in einer (anderen) hilflosen Lage befunden hat.<sup>73</sup> Es gibt nicht die hilflose Lage „an sich“, vielmehr bezieht sich die Hilflosigkeit immer auf bestimmte Gefahren.<sup>74</sup> Erst recht gilt dies dann, wenn der Täter – wie hier – zwischenzeitlich das Opfer in Sicherheit gebracht hat.<sup>75</sup> Durch die Verbringung Geretteter nach Libyen oder deren Übergabe an die libysche Küstenwache setzt die Schiffsbesatzung diese der (konkreten) Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung<sup>76</sup> aus: Es hängt mitunter nur noch vom Zufall ab, ob sie in einem libyschen Flüchtlingslager Opfer von Folter oder anderweitiger unmenschlicher Behandlung werden oder dort sogar den Tod finden.<sup>77</sup> Wohlgemerkt ist also erforderlich –

<sup>71</sup> Diese Thematik kann hier nicht abschließend erörtert werden. Auch die Frage, wie es sich auswirkt, wenn einzelne Besatzungsmitglieder der Übergabe an die Küstenwache nicht zustimmen, bedarf einer gesonderten Erörterung und soll in diesem Beitrag nicht weiter vertieft werden.

<sup>72</sup> Zur Definition der hilflosen Lage BGH NStZ 2008, 395; BGH NStZ 2018, 209 (210); *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2020, § 221 Rn. 1. Für eine prägnante Übersicht der menschenrechtlichen Lage in den nordafrikanischen Staaten Algerien, Ägypten, Libyen, Marokko und Tunesien, siehe *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 18–31 m.w.N.

<sup>73</sup> *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 15; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 221 Rn. 8; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 221 Rn. 4a.

<sup>74</sup> *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 15 m.w.N.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 221 Rn. 3 m.w.N.; jeweils auch mit Nachweisen zur Gegenauffassung; vgl. auch BGH NStZ 1994, 84 (85).

<sup>75</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 73), § 221 Rn. 4a.

<sup>76</sup> Zum Begriff der schweren Gesundheitsschädigung etwa *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 33.

<sup>77</sup> *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 22–27 m.w.N. Die Vornahme von Folterhandlungen durch Personen in Libyen führt bei § 221 StGB nicht zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs wegen eines eigenverantwortlichen Dazwischentretens. Denn woher die Gefahr kommt, ist bei § 221 StGB unerheblich, sodass auch Straftaten Dritter eine Gefahrenquelle sein können (LG Kiel, Urt. v. 17.9.2008 – 8 Ks 6/08; *Hardtung* [Fn. 73], § 221 Rn. 22). In den sonst anerkannten Zurechnungsausschlussgründen realisieren sich gerade die Gefahren der Aussetzungshandlung (*Eser/Sternberg-Lieben* [Fn. 73], § 221 Rn. 8).

aber auch ausreichend – für den Tatbestand der Aussetzung, dass eine *Gefahr* des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bestand. Diese liegt angesichts der prekären Zustände in den Flüchtlingslagern nahe. Ob sich diese Gefahr im Verletzungserfolg (Tod, schwere Gesundheitsschädigung) *realisiert* hat, ist unerheblich.<sup>78</sup>

Vorsatz im Hinblick auf die hilflose Lage der Geretteten und deren konkrete Gefährdung wird bei einem offenkundig unsicheren Land wie Libyen, dessen menschenunwürdige Flüchtlingslager häufig Gegenstand medialer Berichterstattung sind,<sup>79</sup> regelmäßig anzunehmen sein. Dies gilt für Crewmitglieder im Mittelmeer eingesetzter Schiffe erst recht. Es ist davon auszugehen, dass die Besatzung die mögliche Gefahr von unmenschlicher Behandlung für die Migranten kennt, was für bedingten Vorsatz ausreicht.<sup>80</sup> Refoulement durch Private wird daher regelmäßig den Tatbestand der Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen. Für Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe ist in den bekannt gewordenen Fällen von Zurückschiebungen durch Handelsschiffe (z.B. jene der Reederei Opielok) nichts ersichtlich, zumal rein wirtschaftliche Nachteile regelmäßig gegenüber Persönlichkeitswerten wie Leben, Gesundheit und körperliche Integrität nachrangig sind.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> BGH NStZ 1994, 84 (85).

<sup>79</sup> Siehe etwa *Hayden*, ZEIT-Online v. 18.4.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-04/libyen-tripolis-kaempfe-migration-europa-fluechtlinge-gefangenenlager>

(3.11.2020); ZEIT-Online v. 20.9.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/2019-09/migration-libyen-fluechtling-erschuessung-zwangseinweisung-lager>

(3.11.2020); *Lobenstein*, ZEIT-Online v. 26.4.2017, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/2017/18/zwangsarbeit-libyen-fluechtlinge-sklaven>

(3.11.2020); *Buchen/Edelhoff/Kailouli/Schreijäg*, Das Erste v. 30.1.2020, abrufbar unter

<https://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/UNO-Fluechtlingswerk-schliesst-Fluechtlingslager-in-Libyen,libyen272.html>

(3.11.2020); *Buchen/Edelhoff/Kailouli/Schreijäg*, Das Erste v. 23.1.2020, abrufbar unter

<https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2020/EU-Politik-Weniger-Fluechtlinge-hier-mehr-Leid-in-Libyen,libyen262.html>

(3.11.2020); FAZ v. 19.5.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/un-eu-darf-fluechtlingslager-in-libyen-nicht-hinnehmen-16194885.html>

(3.11.2020); *Ehrhardt/Jansen/Martens/Rössler/Rüb*, FAZ v. 3.7.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/so-schlimm-sind-die-zustaende-in-libyens-fluechtlingslagern-16265252.html>

(3.11.2020).

<sup>80</sup> So auch *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 22. Bedingter Vorsatz genügt nach h.M. auch im Rahmen des § 221 StGB, siehe nur *Hardtung* (Fn. 73), § 221 Rn. 25 m.w.N.

<sup>81</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1975 – 4 StR 28/75; *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 3), § 34 Rn. 140; *Perron*, in: Schönke/Schröder

## V. Strafbarkeit von Widerstandshandlungen durch Migranten

Im Hinblick auf etwaige Widerstandshandlungen geretteter Migranten – wie oben anhand der Fälle der Vos Thalassa, der Nivin und der El Hiblu 1 skizziert – kommt insbesondere eine Strafbarkeit nach § 316c Abs. 1 StGB in Betracht. Zudem können je nach Fallkonstellation die Straftatbestände der §§ 223 ff., 240 und 303 StGB verwirklicht sein. Allerdings dürften die Taten regelmäßig wegen Notwehr oder Notstands gerechtfertigt sein.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit (§ 316c Abs. 1 StGB)

Wenn gerettete Migranten durch Zwang die Schiffsbesatzung davon abhalten, sie nach Libyen zu verbringen oder an die libysche Küstenwache zu übergeben, wird regelmäßig ein Angriff auf den Seeverkehr in der Variante des § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB anzunehmen sein. Neben unmittelbarer Gewaltanwendung sind auch Drohungen von Seiten der Migranten erfasst, denn diese stellen einen tatbestandlichen Angriff (eine unmittelbar feindselige Einwirkung<sup>82</sup>) auf die Entschlussfreiheit einer Person dar.<sup>83</sup> Zudem dürften die Widerstandshandlungen regelmäßig darauf gerichtet sein, die Herrschaft über das Schiff zu erlangen oder zumindest auf dessen Führung einzuwirken. Der Tatbestand des § 316c Abs. 1 StGB setzt nicht voraus, dass die Drohung erfolgreich ist.<sup>84</sup> Widerstandshandlungen von Migranten können daher auch dann den Tatbestand des § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB erfüllen, wenn die Besatzung der Drohung (zunächst) keine Folge leistet und den Kurs nicht ändert.<sup>85</sup> Daneben oder stattdessen kommen bei Gewaltanwendung Körperverletzungsdelikte gem. §§ 223 ff. StGB sowie Sachbeschädigung nach § 303 StGB in Betracht und bei Drohungen zusätzlich auch Nötigung gem. § 240 StGB.

### 2. Rechtfertigung wegen Notwehr nach § 32 StGB

Ist die Besatzung eines Schiffes kurz davor, die geretteten Migranten an die libysche Küstenwache zu übergeben, liegt

eine Rechtfertigung dieser Widerstandshandlungen durch Notwehr nahe.

#### a) Notwehrlage wegen bevorstehender Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Schiffsbesatzung

Wie bereits unter IV. erörtert, kann die Übergabe von Migranten an die Küstenwache unsicherer Staaten wie Libyen eine Aussetzung darstellen und damit einen rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB begründen. Im Rahmen der Notwehr ist dabei unbeachtlich, ob die Schiffsbesatzung im Hinblick auf die menschenunwürdige Behandlung der Migranten im Zielland vorsätzlich handelt, denn auch unvorsätzliches Verhalten kann ein Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB sein.<sup>86</sup>

Ob dieser rechtswidrige Angriff im Einzelfall auch gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB ist, wird Tatfrage sein. Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann und beginnt bereits mit der Handlung, die dem Versuchsbeginn (also dem unmittelbaren Ansetzen i.S.v. § 22 StGB) „unmittelbar vorgelagert“<sup>87</sup> ist.<sup>88</sup> Dabei kommt es insbesondere auf den zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der bevorstehenden Tat an.<sup>89</sup> Die El Hiblu 1 befand sich zum Tatzeitpunkt beispielsweise lediglich etwa sechs Seemeilen (ca. 11 km) entfernt von dem libyschen Hafen Tripolis, also sogar bereits im libyschen Küstenmeer, sodass ein baldiges Ergreifen der Migranten durch die libyschen Behörden in Aussicht stand.<sup>90</sup> Auch im Fall der Vos Thalassa war eine Übergabe an die libysche Küstenwache in naher Zukunft zu erwarten, als Widerstand unter den geretteten Migranten

(Fn. 4), § 34 Rn. 23; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 34 Rn. 72; Momsen/Savic, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 72), Stand: 1.11.2020, § 34 Rn. 9.1; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 27. Bei gewaltsamer Übergabe der Geretteten an die libysche Küstenwache kommen zudem Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) in Betracht.

<sup>82</sup> Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 316c Rn. 24; Heger (Fn. 74), § 316c Rn. 7.

<sup>83</sup> Vgl. Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 24.

<sup>84</sup> Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 3; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 316c Rn. 20.

<sup>85</sup> § 240 Abs. 1, 2 StGB tritt dahinter zurück, Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316c Rn. 38; Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 57.

<sup>86</sup> So die h.M., siehe dazu etwa Engländer (Fn. 81), § 32 Rn. 19; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 32 Rn. 29; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 3.

<sup>87</sup> BGH NStZ 2018, 84; so auch die h.A. in der Literatur, siehe nur Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 24; Erb (Fn. 81), § 32 Rn. 107; Perron/Eisele (Fn. 86), § 32 Rn. 14; Kindhäuser (Fn. 86), § 32 Rn. 52; anders die sog. Versuchslösung, die den Beginn des Angriffs analog zu § 22 StGB bestimmen will, so etwa Engländer (Fn. 81), § 32 Rn. 14 m.w.N.

<sup>88</sup> Da der Versuchsbeginn nur dazu dient, den Beginn des Angriffs zu bestimmen, dürfte unbeachtlich sein, dass der Versuch einer Aussetzung nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB, die lediglich ein Vergehen darstellt, nicht strafbar ist. Im Übrigen käme auch der Versuch einer qualifizierten Aussetzung nach §§ 221 Abs. 2 Nr. 2, 22, 23 StGB in Betracht, sofern man den Versuch einer Erfolgsqualifikation auch bei fehlender Strafbarkeit des Grunddeliktsversuchs für strafbar hält (siehe etwa Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder [Fn. 4], § 18 Rn. 12; offengelassen für § 221 StGB von BGH StV 1986, 201 mit Anm. Ulsenheimer).

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 30.4.1980 – 3 StR 108/80 = NJW 1980, 1759; BGH, Beschl. v. 16.7.2015 – 4 StR 219/15 = BeckRS 2015, 14775.

<sup>90</sup> Eine Reaktion der libyschen Behörden blieb an diesem Tag aber aus.

ausbruch. Im Fall der Nivin wehrten sich die Geretteten unmittelbar gegen eine Übergabe, bei der bereits Mitglieder der libyschen Küstenwache an Bord des Schiffes gekommen waren, sowie gegen eine Ausschiffung, als die Nivin bereits im Hafen lag. In solchen Situationen steht der Angriff der Schiffsbesatzung auch bei strenger Betrachtung des Zeitmoments entweder unmittelbar bevor oder hat bereits begonnen und ist daher gegenwärtig.

Wenn eine bevorstehende Aussetzung oder andere Straftat ausscheidet, wird ein Rückgriff unmittelbar auf das Refoulement-Verbot nicht ausreichen, um einen rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB zu begründen. Wie bereits unter III. ausgeführt dürfte eine mittelbare Drittwirkung des Refoulement-Verbots zwischen Privaten zu verneinen sein, sodass nur ein Verstoß eines Staates (etwa Italien oder Malta) selbst als rechtswidriger Angriff eingestuft werden könnte.<sup>91</sup> Der wertende Rahmen, den das Refoulement-Verbot in der staatlichen Ordnung setzt, lässt sich – wie im Folgenden gezeigt – dogmatisch überzeugender bei der Interessenabwägung im Rahmen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB in Ansatz bringen. Wenn sich das Schiff bereits in großer Nähe zur Küstenwache des Staates befindet, in dem unmenschliche Behandlung droht, so besteht wegen der bevorstehenden Aussetzung aber ohnehin eine Notwehrlage.

#### b) Widerstandshandlungen gegen die Schiffsbesatzung als Notwehrhandlungen

Soweit eine Notwehrlage angenommen wird, stellt sich die Frage, ob und in welchem Rahmen Widerstandshandlungen von Migranten gegen die Schiffsbesatzung ziviler Schiffe als zulässige Notwehrhandlungen zu qualifizieren sind.

Dies ist weitgehend unproblematisch. Drohungen oder Gewaltanwendung sind geeignet zur Abwehr des Angriffs der

Besatzung. Sie sind auch erforderlich<sup>92</sup>, da obrigkeitliche Hilfe – die grundsätzlich vorrangig in Anspruch genommen werden muss<sup>93</sup> – in den hier in Rede stehenden Fällen regelmäßig nicht zur Verfügung steht. Es liegt auf der Hand, dass die Behörden eines Staates wie Libyen, auf deren Praktiken die der Notwehrlage zugrunde liegende Gefahrenlage ja gerade zurückgeht, nicht als hoheitliche Hilfe *gegen* eine Aussetzung vonseiten der Schiffsbesatzung in Betracht kommt. Eine Kontaktaufnahme mit dem Flaggenstaat des Schiffes, also Deutschland, wird für die Geretteten aus praktischen Gründen (sei es mangels Kommunikationsmöglichkeit oder mangels Kenntnis der zuständigen Behörden) regelmäßig nicht in Betracht kommen. Jedenfalls aber dürfte im zentralen Mittelmeer Hilfe durch deutsche Einsatzkräfte nicht zu erwarten sein.

Über die Erforderlichkeit hinaus ist im deutschen Strafrecht – anders als nach dem im Vos Thalassa Fall anwendbaren italienischen Recht<sup>94</sup> – eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorzunehmen.<sup>95</sup> Zwar wird eine „sozialethische Einschränkung“ des Notwehrrechts erwogen, wenn der Verteidiger den Angriff vorwerfbar herbeigeführt hat.<sup>96</sup> Es erscheint allerdings bereits höchst fragwürdig, anzunehmen, dass die Migranten in den hier behandelten Fällen vorwerfbar die Gefahr, in Seenot zu geraten, verursacht haben. Jedenfalls verursachen sie – auch vor dem Hintergrund des Refoulement-Verbots – nicht *schuldhaft* die hier in Rede stehende Gefahr, von einem Schiff gerettet und daraufhin nach Libyen gebracht und dort menschenunwürdiger Behandlung ausgesetzt zu werden.<sup>97</sup> Dabei spielt es keine Rolle, aus welchen Gründen die Migranten ihr Heimatland verlassen haben (also etwa aus politischen Gründen, wegen eines Krieges, wegen einer Hungersnot oder aus wirtschaftlichen Motiven). Diese Fragen sind für die Beurteilung des Status der Migranten nach den einschlägigen migrationsrechtlichen Vorschriften von Bedeutung. Für die Frage, ob durch eine Ausreise aus Libyen die Gefahr einer *rechtswidrigen* Zurückschiebung nach einer Rettung schuldhaft herbeigeführt wurde, spielt der Grund für die Emigration aus dem Heimatland keine Rolle. Die Kenntnis der Gefahr rechtswidriger Zurückweisungen bei einer Ausreise aus Libyen auf dem Seeweg unterscheidet sich nicht bei Personen, die aus Sicht des Migrationsrechts in Deutschland einen Anspruch etwa auf Asyl haben und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Aus *objektiver* strafrechtlicher Sicht kann es daher nicht zu einem Verlust des Notwehrrechts führen, dass der ursprüngliche Migrations- bzw. Fluchtgrund aus dem Heimatland nicht migrationsrecht-

<sup>91</sup> Dabei würde sich die bislang – soweit ersichtlich – in Rspr. und Lit. noch nicht diskutierte Frage stellen, ob Menschen Notwehr gegen Refoulement durch Hoheitsträger üben dürfen, welche die Betroffenen der Staatsgewalt eines Landes übergeben wollen, in dem Folter und unmenschliche Behandlung droht. Denn nach der Rspr. gilt bei Notwehr gegen hoheitliche Diensthandlungen ein „strafrechtlicher Rechtswidrigkeitsbegriff“ (siehe nur BGH NJW 2015, 3109, zur Notwehr gegen verwaltungsrechtswidriges Staatshandeln): Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hänge lediglich davon ab, dass „die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“ gegeben seien, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein – ihm gegebenenfalls eingeräumtes – Ermessen pflichtgemäß ausübt. Hier würde sich also die Frage stellen, ob konventionswidriges Refoulement durch Hoheitsträger sich im Einzelfall als Willkür oder noch als pflichtgemäße Ermessensausübung darstellt. Zur Differenzierung auch danach, ob der Hoheitsträger eigenverantwortlich oder auf Anweisung handelt, siehe etwa *Kindhäuser* (Fn. 86), § 32 Rn. 68 ff.

<sup>92</sup> Zur Definition siehe statt aller *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 74), § 32 Rn. 9 m.w.N.

<sup>93</sup> *Erb* (Fn. 81), § 32 Rn. 145 m.w.N.

<sup>94</sup> Siehe oben Fn 35.

<sup>95</sup> BGH NJW 2003, 1955 (1957).

<sup>96</sup> Zu den Ansichten im Einzelnen ausführlich etwa *Perron/Eisele* (Fn. 86), § 32 Rn. 58 ff.

<sup>97</sup> Zu der Frage, ob die Herbeiführung einer *Notstandslage* im Rahmen der Inanspruchnahme des Nothafenrechts Folgen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit hat, siehe *Lenk*, ZaöRV 2019, 713.

lich anerkannt ist. Mit anderen Worten: Das strafrechtliche Notwehrrecht ist nicht akzessorisch zum Migrationsverwaltungsrecht. Zudem ist in der Praxis regelmäßig von gemischter Migration auszugehen, bei der die Risiken einer Zurückschiebung für alle Migranten gleich zu bewerten sind. Eine Unterscheidung würde daher zu dem zweifelhaften Ergebnis führen, dass bei einer rechtswidrigen Zurückschiebung manche Migranten an Bord desselben Schiffes Notwehr üben dürften, andere aber nicht. Auch den Besatzungen der Schiffe, die die Rettung durchgeführt haben, ist damit nicht geholfen, denn sie sind zu einer Prüfung der Migrations- bzw. Fluchtgründe weder befähigt noch befugt.

Somit kommt keine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht. Im Ergebnis wäre in den hier ins Auge gefassten Situationen der Widerstand der Migranten gegen die bevorstehende Aussetzung – auch mit Gewalt – zulässig.

Dabei kann auch der Angriff auf den Seeverkehr durch Notwehr gerechtfertigt werden. Zwar schützt § 316c StGB neben Individualrechtsgütern (Leib, Leben und Freiheit<sup>98</sup>) auch das Allgemeinrechtsgut der Sicherheit des zivilen Luft- und Seeverkehrs.<sup>99</sup> Eine solche Tat beeinträchtigt daher – grundsätzlich unzulässigerweise<sup>100</sup> – nicht nur Rechtsgüter des Angreifers, sondern auch Rechtsgüter Unbeteiligter (der Allgemeinheit). In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass auch die Verletzung von Allgemeinrechtsgütern ausnahmsweise durch Notwehr gerechtfertigt sein kann, wenn diese Verletzung „untrennbar mit der erforderlichen Verteidigung verbunden ist“<sup>101, 102</sup>. Daher kann die Notwehr

im Einzelfall auch den Angriff auf den Seeverkehr nach § 316c StGB rechtfertigen.<sup>103</sup>

### 3. Rechtfertigung wegen Notstands nach § 34 StGB

Ist in einem konkreten Fall die ggf. drohende Aussetzung durch die Besatzung noch nicht gegenwärtig oder ist ein rechtswidriger Angriff durch die Besatzung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB zu verneinen, so dürften die Widerstandshandlungen von Migranten jedenfalls durch Notstand nach § 34 StGB gerechtfertigt sein.

#### a) Refoulement durch Private als Notstandslage

Die Übergabe geretteter Migranten an die libysche Küstenwache begründet regelmäßig einen Zustand, bei dem es nach den konkreten tatsächlichen Umständen wahrscheinlich ist, dass es zu einem schädigenden Ereignis kommt<sup>104</sup> – und damit eine Gefahr i.S.d. § 34 S. 1 StGB. Wie wahrscheinlich dieser Schadenseintritt sein muss, hängt dabei auch von der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und dem Ausmaß des möglichen Schadens ab.<sup>105</sup> Auf Grund der überragenden Bedeutung<sup>106</sup> des absoluten Folterverbots nach Art. 3 EMRK, aus dem das Refoulement-Verbot abgeleitet wird,<sup>107</sup> und des drohenden Schadensausmaßes (Folter, Zwangsarbeit, ggf. Tod) dürfen daher an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Im Übrigen handelt es sich bei der Gefahr von Folter oder anderer unmenschlicher Behandlung nicht nur um ein abstraktes Risiko, dem jedermann in Libyen ausgesetzt ist.<sup>108</sup> Vielmehr sind Migranten in besonderer Weise gefährdet.<sup>109</sup>

<sup>98</sup> Zu der Frage, ob auch die Luft- oder Seefracht geschützt ist, siehe etwa *Hecker* (Fn. 84), § 316c Rn. 2.

<sup>99</sup> BT-Drs. 11/4946, S. 5 f.; *Zieschang* (Fn. 85), § 316c Rn. 5; *Wieck-Noodt* (Fn. 82), § 316c Rn. 1; *Hecker* (Fn. 84), § 316c Rn. 2; *Heger* (Fn. 74), § 316c Rn. 1 („vornehmlich Leib und Leben“); a.A. (nur Schutz der Individualrechtsgüter Leben und Gesundheit): *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 316c Rn. 2.

<sup>100</sup> Im Ausgangspunkt heute allgemeine Meinung, siehe nur m.w.N. *Perron/Eisele* (Fn. 86), § 32 Rn. 31.

<sup>101</sup> BGH NJW 2013, 2133 (2136, zu § 315b StGB) mit ablehnender Anm. *Brüning*, ZJS 2013, 511 (517); *Engländer*, HRRS 2013, 389 (393); mit anderer Begründung, im Ergebnis aber zustimmend *Mitsch*, JuS 2014, 593 (596).

<sup>102</sup> Zu diesem Ergebnis kommt *Mitsch* im Rahmen des § 315b StGB mit einer anderen Begründung: § 315b StGB fordere neben der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs auch einen konkreten Gefährdungserfolg. Wenn letzterer allein darin bestehe, dass Rechtsgüter des Angreifers betroffen seien, so werde „der Unrechtsgehalt der tatbestandsmäßigen konkreten Individualgutsgefährdung durch die insoweit erfüllten Notwehrvoraussetzungen vollständig neutralisiert“. Dadurch fehle ein Teil des tatbestandlichen Unrechts, sodass eine Bestrafung nach § 315b StGB nicht mehr möglich sei. Dazu ausführlich *Mitsch*, JuS 2014, 593 (596); dem zustimmend etwa *Erb* (Fn. 81), § 32 Rn. 123. Diese Argumentation lässt sich auf § 316c StGB gut übertragen:

Wenn die Tathandlung im Rahmen des § 316c StGB (hier: der Angriff auf die Entschlussfreiheit einer Person) sich ausschließlich gegen den Angreifer richtet, so wird diese durch die Notwehr vollständig neutralisiert. Dass bei § 316c StGB eine Tathandlung und bei § 315b StGB ein Taterfolg neutralisiert wird, macht keinen entscheidenden Unterschied.

<sup>103</sup> So im Ergebnis – allerdings ohne Begründung – auch *Bohle*, Piraterie und Strafrecht, 2018, S. 92; *Stoll*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 72), Stand: 1.11.2020, § 316c Rn. 18.

<sup>104</sup> Zum Begriff der Gefahr BGHSt 18, 271; *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 4; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 39 ff.; *Perron/Eisele* (Fn. 86), § 34 Rn. 12. Ausführlich und kritisch jüngst *Rotsch*, in: *Saliger u.a.* (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1009.

<sup>105</sup> *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 86; *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 39; *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 15; dazu *Engländer* (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

<sup>106</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 12.5.2005 – 46221/99 (*Öcalan v. Türkei*), Rn. 179: „Article 3 enshrines one of the fundamental values of democratic societies“; *Ladewig/Lehnert*, in: *Ladewig/Lehnert/v. Raumer* (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Art. 3 Rn. 1.

<sup>107</sup> Dazu bereits oben unter III.

<sup>108</sup> Ein solches abstraktes Risiko, das jedermann betrifft, etwa die Gefahr eines Atomkriegs, genügt nicht, OLG Köln NStZ

Diese Gefahr für Leib und Freiheit (im Einzelfall auch Leben) ist auch gegenwärtig. Anders als der „gegenwärtige Angriff“ in § 32 Abs. 2 StGB ist die „gegenwärtige Gefahr“ in § 34 S. 1 StGB nicht notwendig ein punktuellere Ereignis<sup>110</sup>, sondern kann auch einen Zustand erfassen, der erst nach Ablauf einer gewissen Zeit in einem Schaden einschlägt.<sup>111</sup> Im Unterschied zur Notwehr kommt es beim Notstand nicht darauf an, ob der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht, sondern vielmehr darauf, ob zur Abwendung des Schadens ein sofortiges Handeln nötig ist.<sup>112</sup> Die Gefahr von Folter oder unmenschlicher Behandlung ist daher bereits dann gegenwärtig i.S.d. § 34 S. 1 StGB, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr oder nur noch unter erheblich größeren Risiken abgewendet werden könnte.<sup>113</sup> Selbst wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Schadensabwehr noch möglich ist, so ist jedoch von Bedeutung, ob das Abwarten ein deutlich gesteigertes Risiko eines Fehlschlags mit sich bringt, das im Rahmen der bei § 34 StGB gebotenen Interessenabwägung nicht mehr zumutbar ist.<sup>114</sup> Eine unmittelbar bevorstehende Übergabe der Migranten an ein Schiff der libyschen Küstenwache oder ein baldiges Eintreffen im libyschen Küstenmeer oder gar einem Hafen dürften regelmäßig eine gegenwärtige Gefahr begründen. Das im Rahmen der Gegenwartigkeit nach § 32 Abs. 2 StGB zu den Fällen der *Vos Thalassa*, *Nivin* und *El Hiblu 1* Gesagte gilt im Hinblick auf die Gegenwartigkeit nach § 34 S. 1 StGB erst recht.

#### *b) Widerstandshandlungen gegen die Schiffsbesatzung als Notstandshandlungen*

Widerstandshandlungen geretteter Migranten gegen die Schiffsbesatzung werden in den meisten Fällen zulässige Notstandshandlungen sein.

Die Voraussetzung, dass die Gefahr nicht anders abwendbar sein darf, entspricht im Wesentlichen dem Merkmal der Erforderlichkeit im Rahmen des § 32 Abs. 2 StGB.<sup>115</sup> Allerdings besteht der Unterschied, dass es im Rahmen des Notstands an der Erforderlichkeit fehlt, wenn ein Ausweichen<sup>116</sup> oder eine Flucht<sup>117</sup> vor der Gefahr möglich ist. Auf einem auf See befindlichen Schiff kommen freilich weder ein Ausweichen noch eine Flucht in Betracht. Auch im Rahmen von § 34 StGB wäre die Gefahr anders abwendbar, wenn rechtzeitig

obrigkeitliche Hilfe geholt werden könnte,<sup>118</sup> was aber – wie oben unter 2. b) erläutert – in den hier betrachteten Fallkonstellationen regelmäßig ausscheidet.

Die Interessenabwägung dürfte in den meisten Fällen zugunsten der Migranten ausgehen. Im Rahmen dieser ist zu ermitteln, ob im konkreten Fall das Erhaltungsgut (hier: körperliche Unversehrtheit, Freiheit, ggf. Leben der Migranten) schutzwürdiger ist als das Eingriffsgut (hier: Allgemeinrechtsgut der Sicherheit des zivilen Seeverkehrs, Willensfreiheit und ggf. körperliche Unversehrtheit der Schiffsbesatzung, bei Sachbeschädigung auch Eigentum). In die Abwägung sind insbesondere die betroffenen Rechtsgüter und der Grad der ihnen drohenden Gefahren einzubeziehen; zusätzlich („namentlich“) können auch andere Faktoren relevant werden.<sup>119</sup>

#### *aa) Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter*

Auf Seiten der geretteten Migranten ist insbesondere die herausgehobene Bedeutung<sup>120</sup> des Folterverbots nach Art. 3 EMRK, welches auch das Refoulement-Verbot beinhaltet, in die Abwägung einzustellen: dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit kommt – gerade bei drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung – besondere Wichtigkeit zu. Dieser abstrakte Rang eines Rechtsguts innerhalb der Rechtsordnung ist ein erster Anhaltspunkt;<sup>121</sup> sodann ist die Intensität der Beeinträchtigung in concreto zu betrachten,<sup>122</sup> daneben auch die Nachhaltigkeit der Beeinträchtigung und die Möglichkeit der Wiederherstellung.<sup>123</sup> Über die temporären und bleibenden Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit (einschließlich psychischer Schäden) durch Folter sind an dieser Stelle zusätzliche Ausführungen entbehrlich.<sup>124</sup> Die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit der Schiffsbesatzung hinsichtlich der Fahrtrichtung wird ebenfalls stark beeinträchtigt. Gleichzeitig ist diese Beeinträchtigung aber nur von vorübergehender Dauer und hat keine nachhaltigen bzw. nur (insoweit im Einzelfall jedoch schwerwiegende) wirtschaftliche Folgen. Je nach Fallkonstellation kann jedoch auch die körperliche Unversehrtheit der Besatzung als ein Rechtsgut von hohem Rang betroffen sein.

1985, 550 (551); zu diesen Fällen auch BVerfGE 66, 39 (59); 77, 170 (194 f.).

<sup>109</sup> Vgl. *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 22–27 m.w.N., und die Nachweise in Fn. 79.

<sup>110</sup> Dazu *Erb* (Fn. 81), § 32 Rn. 105.

<sup>111</sup> *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 17.

<sup>112</sup> *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 17; *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 98 ff.; in diese Richtung auch (zur Gegenwartigkeit der Gefahr bei § 35 StGB) BGH NJW 1979, 2053.

<sup>113</sup> *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 56.

<sup>114</sup> *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 98.

<sup>115</sup> *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 7; *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3.

<sup>116</sup> *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 58; *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3.

<sup>117</sup> *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3

<sup>118</sup> BGHSt 39, 133 m. Anm. *Roxin*, NStZ 1993, 333 (335 f.).

<sup>119</sup> *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 65.

<sup>120</sup> Dazu bereits oben 3. a).

<sup>121</sup> *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 138; *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 23; *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 9.

<sup>122</sup> *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 141.

<sup>123</sup> *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 11; *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 26.

<sup>124</sup> Siehe nur die die Fallbeispiele bei *van der Berg*, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, 2019, teilweise unter Verweis auf die vor dem EGMR festgestellten medizinischen Diagnosen.

*bb) Grad der den Rechtsgütern drohenden Gefahren*

Weiterhin ist bei der Interessenabwägung der Grad, also die Wahrscheinlichkeit<sup>125</sup> der drohenden Gefahren zu berücksichtigen. Die Willensfreiheit der Besatzung wird nicht nur wahrscheinlich, sondern definitiv beeinträchtigt. Die Aussicht von Folter und unmenschlicher Behandlung ist je nach Fallkonstellation zunächst („nur“) eine Gefahr, sodass es nicht um die Abwendung eines sicheren Erfolgs, sondern eines Risikos geht.

*cc) Weitere abwägungsrelevante Faktoren: Verantwortlichkeit für die Notstandslage*

Weiterhin kann der Aspekt der Verantwortlichkeit für die Notstandslage in die Abwägung eingestellt werden: Wer die Notstandslage herbeigeführt hat, muss weitreichendere Eingriffe dulden als derjenige, der unverschuldet mit ihr konfrontiert ist. Hierbei ist zwischen der Verantwortlichkeit des Inhabers des Eingriffsguts für die Notstandslage (Defensivnotstand) und der Verantwortlichkeit des Inhabers des Erhaltungsguts für die Notstandslage (verschuldete Notstandslage) zu unterscheiden.

In Fällen des Defensivnotstands hat der Inhaber des Eingriffsguts weitreichendere Eingriffe zu dulden als in Fällen des Aggressivnotstands (Beeinträchtigung von Rechtsgütern Unbeteiligter).<sup>126</sup> In diesen Konstellationen geht es um eine Gefahrverursachung durch die Inhaber des Eingriffsguts (hier: die Schiffsbesatzung), die nicht die Schwelle eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erreicht.<sup>127</sup> Wenn das Verhalten der Besatzung<sup>128</sup>, also das Zusteuern auf das unsichere Zielland und mögliche Absprachen mit den dortigen Behörden, (noch) keine (gegenwärtige) Aussetzung darstellt, so schafft es doch jedenfalls faktisch die Gefahr von Folter und unmenschlicher Behandlung der Migranten. Dabei ist – wie bei der Aussetzung – unerheblich, dass die Migranten sich zuvor bereits in der Gefahr zu ertrinken befanden, handelt es sich doch bei der von der Schiffsbesatzung geschaffenen Gefahr um eine neue, andere Gefahrenlage.<sup>129</sup> Die Schiffsbesatzung verursacht die Gefahr von Folter und unmenschlicher Behandlung der Migranten spätestens dadurch, dass sie die Migranten an die Küstenwache des unsicheren Ziellandes übergibt. Sie hat damit weitreichendere Eingriffe zu dulden als wenn es sich um eine von ihr nicht beeinflusste Gefahr handeln würde.

Des Weiteren wäre zu berücksichtigen, wenn die Notstandslage von den Inhabern des Erhaltungsguts (hier: den

<sup>125</sup> Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 27; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

<sup>126</sup> H.M., siehe Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 30; Kühl (Fn. 92), § 34 Rn. 9; Erb (Fn. 81), § 34 Rn. 21; a.A. (analoge Anwendung des § 228 BGB) Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 86.

<sup>127</sup> Andernfalls wäre § 32 StGB anwendbar, siehe oben 2.

<sup>128</sup> Wie oben Fn. 71 erwähnt, bedürfte etwa die Frage, wie es sich auswirkt, wenn einzelne Besatzungsmitglieder der Übergabe an die Küstenwache nicht zustimmen, einer gesonderten Erörterung und wird hier nicht vertieft.

<sup>129</sup> Vgl. oben IV.

Migranten) selbst verschuldet wäre.<sup>130</sup> Die schuldhafte Herbeiführung der Notstandslage führt nicht zu einem Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 34 StGB,<sup>131</sup> jedoch ist dies im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.<sup>132</sup> Wie oben unter 2. b) bereits unter dem Aspekt der vorwerfbareren Herbeiführung der Notwehrlage erläutert, kann nicht davon gesprochen werden, dass die Migranten die Gefahr, Opfer von Folter und unmenschlicher Behandlung zu werden, geschaffen hätten.

*dd) Fazit zur Interessenabwägung*

Berücksichtigt man die überragende Bedeutung des aus dem Verbot der Folter nach Art. 3 EMRK folgenden Refoulement-Verbots, die möglichen schwerwiegenden und langanhaltenden Folgen von Folter und unmenschlicher Behandlung und die Tatsache, dass die Schiffsbesatzung schuldhaft die Gefahr für die Migranten durch die geplante Übergabe an die libysche Küstenwache herbeiführt, so wird deutlich, dass eine Interessenabwägung im Rahmen des § 34 StGB regelmäßig zugunsten der Migranten ausfallen dürfte. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB liegt demnach – je nach den Umständen des Einzelfalls – nahe.

Daher kann auf eine detaillierte Prüfung des entschuldigenden Notstands nach § 35 StGB verzichtet werden, zumal jedenfalls bei Bejahung einer Gefahr<sup>133</sup> keine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, sondern lediglich eine Prüfung der Zumutbarkeit der Gefahr vorzunehmen ist.<sup>134</sup> Es sei auch noch darauf verwiesen, dass § 316c Abs. 2 StGB einen minder schweren Fall des Angriffs auf den Seeverkehr vorsieht, dessen Anwendung selbst in nicht durch einen Notstand gerechtfertigten oder entschuldigten Fällen von Widerstandshandlungen (etwa wenn im Einzelfall keine hinreichend große Gefahr droht) bei aus Verzweiflung begangenen Taten ohne nennenswerte Schäden anzuwenden sein dürfte.<sup>135</sup>

**VI. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung**

Für zivile Schiffe im zentralen Mittelmeer besteht ein Risiko, nach einer Rettung von Migranten in Seenot in ein von großen politischen und rechtlichen Unsicherheiten geprägtes Dilemma zu geraten. Einerseits besteht eine straf- und ord-

<sup>130</sup> So auch Lenk, ZaöRV 2019, 713.

<sup>131</sup> BayObLG NJW 1978, 2046 (2047); Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 30; Kühl (Fn. 92), § 34 Rn. 2; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 13.

<sup>132</sup> Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“, 1983, S. 24, 160; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 13; Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 95 ff.

<sup>133</sup> Der einzige Unterschied besteht darin, dass § 35 StGB enumerativ die tauglichen Erhaltungsgüter (Leben, Leib und Freiheit) vorgibt, sodass hier die anderen durch mögliche Folter gefährdeten Rechtsgüter der Migranten (z.B. deren Willensfreiheit) nicht in Betracht kommen.

<sup>134</sup> Siehe § 35 Abs. 1 S. 2.

<sup>135</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 59; Bohle (Fn. 103), S. 93.

nungswidrigkeitenrechtlich abgesicherte Rechtspflicht zur Rettung und Verbringung der Geretteten an einen sicheren Ort. Andererseits sind Schiffe, die dieser Pflicht nachkommen, regelmäßig mit (oft ihrerseits rechtswidrigen) Abschreckungsmaßnahmen durch Italien und Malta konfrontiert, die eine Zurückschiebung nach Libyen befürworten.

Da auch deutsche Schiffe im zentralen Mittelmeer im Einsatz sind (und darunter mehrere zivile Rettungsschiffe), können solche Vorfälle nach deutschem Recht zu beurteilen sein. Zurückschiebungen durch die Besatzungen ziviler Schiffe unter deutscher Flagge können nach deutschem Strafrecht unter anderem als strafbare Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bewerten sein und Widerstandshandlungen der Geretteten wie in den Fällen der *Vos Thalassa*, *Nivin* und *El Hiblu 1* zur Folge haben. Solche Widerstandshandlungen erfüllen zwar gegebenenfalls den Tatbestand von Strafnormen wie § 316c Abs. 1 StGB. Sie dürften aber insbesondere in Fällen von gegen das Refoulement-Verbot der EMRK verstoßenden Zurückschiebungen durch zivile Schiffe ihrerseits wegen Notwehr nach § 32 StGB oder Notstands nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Dieses Ergebnis erscheint nicht nur der faktischen Situation angemessen, sondern vermeidet auch Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung, indem es Personen, die sich gegen schwerwiegende Gefahren wehren, nicht der zusätzlichen Gefahr einer Strafbarkeit sowie einer rechtmäßigen Notwehr durch die Schiffsbesatzung aussetzt.

Dabei kommt es für die Zulässigkeit von Notstands- oder Notwehrhandlungen nicht darauf an, ob die drohende Gefahr für die Migranten im Einzelfall der Besatzung des Schiffes bekannt ist. Umgekehrt kann von einer Schiffsbesatzung, sei es auf einem zivilen Rettungsschiff oder einem Handelsschiff, im Einzelfall keine umfassende Prüfung der individuellen Bedrohungslage der geretteten Personen erwartet werden. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit führt – in Verbindung mit der Abwesenheit staatlicher Aufgabenwahrnehmung im zentralen Mittelmeer – zu einer erheblichen Verlagerung des rechtlichen Risikos auf Private. Für zivile Rettungsorganisationen stellt sich die Abwägung aufgrund selbst gesetzter Ziele trotz des durch die Küstenstaaten der EU ausgeübten Drucks vergleichsweise einfach dar, da sie nicht wirtschaftlich tätig und Repressalien in Kauf zu nehmen bereit sind. Der Handelsschiffahrt droht hingegen eine Situation, in der auf der einen Seite eine Strafbarkeit sowie gerechtfertigte Widerstandshandlungen geretteter Migranten stehen und auf der anderen Seite staatliche Maßnahmen wie Hafensperrungen und daraus resultierende erhebliche wirtschaftliche Verluste. Dass auf diese Weise keine Anreize für die Rettung von Menschenleben gesetzt werden, liegt auf der Hand. Den betroffenen privaten Akteuren ist daher jedenfalls aus rechtlicher Sicht zu raten, ihre Praxis den beschriebenen Unsicherheiten und rechtlichen Risiken anzupassen und generell von der Verbringung Geretteter nach Libyen sowie von einer Übergabe solcher Personen an die libyschen Behörden abzusehen. Auch wenn die hier vorgenommene Analyse das deutsche Strafrecht in den Fokus nimmt, sollte nicht ausgeschlossen werden, dass auch das Strafrecht anderer (Flaggen-)

Staaten ähnlich konzipiert sein kann – wie auch der Freispruch im Fall der *Vos Thalassa* zeigt.