

Archiv des Völkerrechts

Herausgegeben von
Thomas Bruha · Philip Kunig · Werner Meng
Walter Rudolf · Daniel Thürer
Robert Uerpmann-Witzack

Jerzy Kranz
Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit
für die Anwendung militärischer Gewalt



Herausgeber:

Professor Dr. *Thomas Bruba*, Hamburg; Professor Dr. *Philip Kunig*, Berlin (geschäftsführend); Professor Dr. *Werner Meng*, Saarbrücken; Professor Dr. *Walter Rudolf*, Membre de l'Institut de Droit International, Mainz; Professor Dr. *Robert Uerpmann-Witzack*, Regensburg; Professor Dr. *Daniel Thürer*, Zürich.

Ständige Mitarbeiter:

Professor Dr. *Wolfgang Benedek*, Graz; Professor Dr. h.c. *Jochen A. Frowein*, Membre de l'Institut de Droit International, Heidelberg; Professor *L. C. Green*, LL.B, LL.D, F.R.S.C., University of Alberta, Edmonton, Canada; Professor Dr. *Peter Hilpold*, Innsbruck; Professor Dr. *Knut Ipsen*, ehem. Präsident des Deutschen Roten Kreuzes, Bochum; Professor Dr. *Zdzisław Kędzia*, Genf; Professor Dr. *Paolo Picone*, Rom.

Redaktionssekretär

Dr. *Günter Hoog*, Hamburg

Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Redaktion

Dr. Katharina Parameswaran

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist.

Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im On-Line-Verfahren zu verbreiten. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen, Beiträge und Berichte trägt ausschließlich der Verfasser die Verantwortung. Manuskriptsendungen sind zu richten an:

Redaktion Archiv des Völkerrechts
Institut für Internationale Angelegenheiten
der Universität Hamburg
Schlüterstr. 28
20146 Hamburg

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr ein Band zu 4 Heften mit je etwa 120–130 Seiten. Empfohlener Verkaufspreis pro Band: € 269,- für Institutionen einschließlich IP-gesteuertem, elektronischem Zugang mit Hyperlinks für eine mittelgroße Institution (bis 3.000 Arbeitsplätze). Größere Institutionen (über 3.000 Arbeitsplätze) bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt vom Verlag. Kontakt: sandra.witt@mohr.de. Abonnement für Privatpersonen: € 159,-, einschließlich elektronischem Zugang über Benutzername und Passwort. *Einzelheftpreis:* € 78,-, jeweils zuzüglich Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Jahresende für das folgende Jahr möglich. Die Abbestellung muß bis spätestens 30. November erfolgen. Eine Einbanddecke ist zum Preis von € 15,50 lieferbar. *Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. *Vertrieb:* erfolgt über den Buchhandel.

© 2010 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne die Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N. Druck: Müller + Bass, Tübingen.
ISSN 0003-892X

Zitierweise: AVR

Archiv des Völkerrechts
48. Band · 3. Heft

Inhalt dieses Heftes

Abhandlung

- Jerzy Kranz*: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt. Maßstäbe der Zurechenbarkeit ... 281

Beiträge und Berichte

- Charlotte Kreuter-Kirchhof*: Völkerrechtliche Schutzverantwortung bei elementaren Menschenrechtsverletzungen. Die Responsibility to Protect als Verantwortungsstruktur 338
- Björn Abl*: Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China – zur innerstaatlichen Bedeutung des chinesisch-australischen Konsularabkommens 383

Besprechungen

- Mortimer Sellers/Tadeusz Tomaszewski* (eds.): *The Rule of Law in Comparative Perspective*
Referent: *Herbert Küpper* 396
- Moritz von Unger*: *Menschenrechte als transnationales Privatrecht*
Referent: *Lars Viellechner* 398

Abhandlung

Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt

Maßstäbe der Zurechenbarkeit

Dr. iur. JERZY KRANZ

Professor an der Koźmiński-Universität in Warschau

1. Einleitende Überlegungen

Die Anwendung militärischer Gewalt¹ und die damit verbundenen Folgen lenken den Blick unweigerlich auf die Verantwortlichkeit der daran beteiligten Akteure. Diese Frage gewinnt auch vor dem Hintergrund der Militäroperationen im Rahmen bzw. unter Aufsicht internationaler Organisationen zunehmend an Bedeutung².

Was die dabei verletzten Rechtsnormen anbelangt, so geht es vor allem um das Verbot der Gewaltanwendung und das Verbot der Einmischung in innere Angelegenheiten eines Staates (beide Verbote spiegeln sich insbesondere in der UN-Charta wider), aber auch um Normen des humanitären Völkerrechts (International Humanitarian Law – IHL) und völkerrechtlich geschützte Menschenrechte (Human Rights Law – HRL). In Konfliktsituationen ist also stets nach der Verantwortung im Rahmen des *ius ad bellum* bzw. *ius in bello* zu fragen.

Abgesehen von der Ermittlung einer materiellen Rechtsnorm, aufgrund derer sich die Pflicht zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen ergibt, müssen auch der Normenverstoß durch ein bestimmtes Subjekt und dessen Verantwortlichkeit festgestellt werden. Auch wenn die Tatbestände ermittelt und mit dem Inhalt einer Rechtsnorm konfrontiert wurden, entsteht daraus nicht zwangsläufig eine Verantwortlichkeit, da näm-

¹ Vgl. *J. Kranz*, War, Peace or Appeasement? Völkerrechtliche Dilemmata bei der Anwendung militärischer Gewalt zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2009; *Cb. Gray*, International Law and the Use of Force, 2008; *K. Chainoglou*, Reconceptualising the Law of Self-defence, 2008; *Y. Dinstein*, War, Aggression and Self-Defense, 2005; *T. M. Franck*, Recourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks, 2002.

² International Law Commission (ILC). Responsibility of International Organizations (die Arbeiten der ILC sind noch nicht abgeschlossen).

lich auch Gründe zu berücksichtigen sind, die eine Rechtswidrigkeit ausschließen³.

Die Prämissen von Rechtsverletzungen sowie die Maßstäbe der Zurechnung einer bestimmten Handlung bzw. der diesbezüglichen Verantwortlichkeit finden sich in konkreten materiellen Rechtsnormen oder in den von der International Law Commission (ILC) aufgestellten allgemeinen Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidrige Handlungen⁴, wobei sich diese Maßstäbe in der nationalen und internationalen Rechtsprechung ständig weiterentwickeln.

Gemäß den ILC-Artikeln hat jede völkerrechtswidrige Handlung eines Staates seine völkerrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge⁵. Staaten und internationale Organisationen tragen (als Völkerrechtssubjekte) diese Verantwortung für das eigene Handeln. Eine Rechtsverletzung durch offizielle Staatsorgane und die einem Staat dabei zugerechnete Verantwortung lassen sich in der Regel leichter feststellen als im Falle von nichtstaatlichen Akteuren. Die Ermittlung der Verantwortlichkeit letztgenannter Subjekte gewinnt jedoch zunehmend an Aktualität.

Oftmals zeigen sich Probleme bei der Zurechnung einer Handlung (bezüglich der Ermittlung der Fakten und ihrer Beweiskraft, vor allem bei verdeckten Handlungen), die deren juristische Bewertung erschweren. Darüber hinaus ist die Jurisdiktion der internationalen Organe hinsichtlich der Rechtsverletzungen durch den Willen der Parteien begrenzt (IGH), oder aber die Beschlüsse dieser Organe sind rechtlich nicht bindend (z.B. UN-Menschenrechtsausschuss). Daher sind Verstöße gegen das Verbot der Gewaltanwendung und gegen Normen des humanitären Völkerrechts nur selten Gegenstand der Urteilsfindung unabhängiger Organe. Eine andere Situation herrscht hingegen im Rahmen der regionalen Verträge zum Schutz der Menschenrechte, da die Jurisdiktion regionaler Gerichte für die betreffenden Staaten obligatorischen Charakter hat. Abgesehen davon nimmt die Verantwortlichkeit für die Missachtung des Verbots der Anwendung militärischer Gewalt bzw. die Verantwortlichkeit für Verstöße gegen das IHL/HRL oftmals die Gestalt – einseitiger oder multilateraler – politischer Sanktionen an.

Eine eigene Betrachtung verdient die internationale strafrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen und die weiterhin bestehende Staatenimmunität gegenüber ausländischen nationalen Gerichten in Verfahren, die

³ ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001): Einwilligung (Artikel 20), Selbstverteidigung (Artikel 21), Gegenmaßnahmen (Artikel 22), höhere Gewalt (Artikel 23), Notlage (Artikel 24), Notstand (Artikel 25).

⁴ ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

⁵ ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), Art. 1 und 2.

von natürlichen oder juristischen Personen aufgrund von völkerrechtswidrigen Handlungen angestrengt wurden.

Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die Maßstäbe (bzw. Standard- oder Prüfkriterien) der einem Staat zuzurechnenden Verantwortung für eigene oder von fremden Akteuren im Ausland vollzogene Handlungen, wobei vor allem umstritten ist, inwieweit ein Staat für Aktionen nichtstaatlicher Subjekte zur Verantwortung gezogen werden kann. Die vorliegende Analyse geht zunächst auf die von Gerichten angewandten Maßstäbe der Zurechenbarkeit bezüglich des Verbots der Gewaltanwendung bzw. der Verletzung des humanitären Völkerrechts ein (siehe Punkt 2), untersucht dann die Menschenrechtsverletzungen vor dem Hintergrund von Konfliktsituationen und internationalen Spannungen (siehe Punkt 3) und beleuchtet schließlich Militäroperationen internationaler Organisationen in Hinblick auf die Einhaltung der HRL-Normen (siehe Punkt 4).

Die Grundsätze der Verantwortlichkeit beruhen auf Einzelnormen des materiellen Völkerrechts, die die Handlungsweise von Staaten regeln – sog. Primärregeln (primary rules). Diese Normen können sich auf Schuld, objektive Verantwortung oder mangelnde Sorgfalt beziehen – Elemente, die das ILC-Modell unberücksichtigt lässt⁶.

Die ILC-Artikel verkörpern ein allgemeines Modell der Verantwortlichkeit für die Verletzung von Normen des materiellen Völkerrechts. Sie sind also sog. Sekundärregeln (secondary rules). Diese weisen scheinbar starke Ähnlichkeit zum Modell der objektiven Verantwortlichkeit (strict liability) auf, das darauf beruht, Rechtsverletzungen ohne vorherige Berücksichtigung von Begleitumständen wie z.B. Vorsatz oder Schuld festzustellen. Das System der ILC-Artikel ist jedoch eher neutral als objektiv⁷.

⁶ J. Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility*, "European Journal of International Law" (EJIL), 1999, Vol. 10/2, S. 438: "The essential point is this, that different primary rules of international law impose different standards, ranging from 'due diligence' to strict liability, and that all of those standards are capable of giving rise to responsibility in the event of a breach. (...) [I]t depends on the interpretation of that rule in the light of its object or purpose. (...) [I]t is a serious error to think that it is possible to eliminate the significance of fault from the Draft Articles".

⁷ ILC, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) – Commentary to Art. 2: "3. Whether there has been a breach of a rule may depend on the intention or knowledge of relevant State organs or agents and in that sense may be 'subjective'. (...) In other cases, the standard for the breach of an obligation may be 'objective', in the sense that the advertence or otherwise of relevant State organs or agents may be irrelevant. Whether responsibility is 'objective' or 'subjective' in this sense depends on the circumstances, including the content of the primary obligation in question. (...) The same is true of other standards, whether they involve some degree of fault, culpability, negligence or want of due diligence. Such standards vary from one context to another for reasons which essentially relate to the object and purpose of the treaty provisions or other rule giving rise to the primary obligation. (...) Establishing these is a matter for the interpretation and application of the primary rules engaged in the given case".*

Obwohl die ILC-Artikel sicherlich ein wichtiges Instrument bei der Interpretierung des Rechts darstellen, spiegeln sie in ihrer Gesamtheit das allgemeine Völkergewohnheitsrecht nicht wider.

Die Primärregeln enthalten verschiedene Elemente der Zurechnung einer Handlung und der Verantwortlichkeit. Dazu gehören:

- 1) die bewusste Absicht, eine Handlung zu begehen (intention);
- 2) das Wissen um diese Möglichkeit und das stillschweigende, billigende Einverständnis (knowledge);
- 3) das Wissen, möglicherweise eine Handlung zu begehen und die in bewusster Fahrlässigkeit getroffene grundlose Annahme, dass es dazu nicht kommen werde (recklessness);
- 4) die unbewusste Fahrlässigkeit bzw. Leichtfertigkeit, beruhend auf Unbedachtsamkeit und mangelnder Sorgfalt beim Vorhersehen der weiteren Entwicklung (negligence).

Ganz offensichtlich sind also mehrere grundlegende Aspekte miteinander verwoben: die Voraussicht (kognitiver Aspekt) und das Einverständnis in eine Tat und die damit verbundenen Folgen (voluntaristischer Aspekt). Während der Täter in Variante 1 und 2 bewusst in die von ihm begangene Tat einwilligt (Vorsatz), ist dieses Einverständnis in Variante 3 und 4 gar nicht vorhanden (Fahrlässigkeit). In allen Varianten tritt indessen das Element der mangelnden Voraussicht – wenn auch in unterschiedlichem Grade (bis zu fehlender Bedachtsamkeit der Voraussicht) – auf.

Diese Verhaltensvarianten führen zur rechtlichen Bewertung der Schuldfrage, d.h. zur Festlegung, in welchem Grad ein bestimmtes Verhalten von der diesbezüglichen Rechtsnorm abweicht. Da Schuld eine normative Größe ist, besitzt sie auch unterschiedliche Abstufungen und bildet oftmals die juristische Richtschnur zur Ermittlung von Verantwortlichkeit. Ein Gericht kann daher faktengestützt eine eigene qualitative Bewertung der Handlungen des Täters vornehmen und diesem dabei verschiedene Formen von Verantwortlichkeit zuschreiben. Auf der Grundlage entsprechender Normen ist es aber auch möglich, den Täter von jeglicher Verantwortung frei zu sprechen.

Ein anderes Modell der normativen Bewertung von Rechtsverletzungen beruht auf dem Mangel an erforderlicher Sorgfalt⁸, d.h. auf dem Konstrukt der Unterlassung. Die Sorgfaltspflicht muss eine entsprechende – ausdrückliche oder zumindest kontextuelle Grundlage in konkreten Rechtsnormen aufweisen. Der konkrete Inhalt dieses Standardkriteriums ist je-

⁸ Vgl. R. P. Barnidge, Jr., Non-State Actors and Terrorism: Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle. 2008; J. A. Hessbruegge, The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law, New York University Journal of International Law and Policy, Vol. 36/2–3, 2004, S. 265–306; R. Pissillo-Mazzeschi, Due Diligence and the International Responsibility of States, German Yearbook of International Law, Vol. 35 (1992), S. 9–51.

doch von Fall zu Fall unterschiedlich, da es nämlich keinen einheitlichen Maßstab für erforderliche Sorgfalt gibt (ähnlich wie bei den Kriterien *reasonableness*, *Notstand* oder *Verhältnismäßigkeit*).

Die erforderliche Sorgfalt beruht in der Pflicht, durch eigenes Handeln und Vorhersehen etwaigen Rechtsverletzungen vorzubeugen⁹. Diese Pflicht kann gemäß den Regelungen des materiellen Rechts einerseits die Sorgfalt im Handeln betreffen (z.B. Durchführung oder Vorbereitung von Handels- oder Börsengeschäften bzw. notariellen Tätigkeiten), sich aber andererseits auch auf die Sorgfalt beim Erzielen einer bestimmten Wirkung beziehen. Das Recht kann vorsehen, dass gewöhnliche Sorgfalt nicht ausreicht, sondern dass die größtmögliche Sorgfalt angewandt werden muss (*beyond reasonable doubt*), da nur diese eine Verantwortlichkeit ausschließt. Die Pflicht zur erforderlichen Sorgfalt setzt allerdings nicht erst zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung ein, wobei fehlendes Handeln nicht durch die Annahme gerechtfertigt werden kann, dass etwaige Gegenmaßnahmen ohnehin unwirksam geblieben wären.

2. Die Verantwortung für Gewaltanwendung

Sowohl in der Staatenpraxis als auch in der Rechtsprechung stellen sich wesentliche Fragen zur Legalität von Gewaltanwendung und ihren Folgen, aber auch zur Art der Reaktion auf die Gewaltanwendung. Vorrangig geht es dabei um die faktische Feststellung von Rechtsverstößen. Erst in einem weiteren Schritt ergibt sich das Problem, eine bestimmte Handlung oder Unterlassung einem konkreten Subjekt zuzurechnen, so dass die völkerrechtliche Verantwortlichkeit bestimmt werden kann. Letztere ist bei zur Gewalt greifenden, nichtstaatlichen Akteuren kaum fassbar, da diese grundsätzlich gar nicht fähig sind, völkerrechtliche Verantwortung zu übernehmen.

Schematisch lässt sich das Problem wie folgt skizzieren: Wenn die Truppen von Staat A unrechtmäßig in das Territorium von Staat B einmarschieren, kommt dies grundsätzlich einem bewaffneten Angriff gleich (unter evtl. Verletzung des IHL/HRL). Staat A beruft sich jedoch häufig auf das Recht zur Selbstverteidigung und behauptet, lediglich auf den bewaffneten Angriff von Staat B bzw. auf den – von dessen Territorium ausgehenden und von diesem unterstützten – bewaffneten Angriff irregulärer Truppen zu reagieren. Staat B behauptet hingegen in der Regel, dass dies nicht seine

⁹ CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010 : «197. (...) L'obligation la diligence requise ('due diligence') vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties (...) implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre».

Truppen seien bzw. dass diese nicht in seinem Namen agieren oder allenfalls ideelle Unterstützung erhalten würden. Staat A wiederum unternimmt den Versuch, Staat B die Verantwortung für diese Aktivitäten zuzuweisen. In Reaktion darauf wirft Staat B dem Staat A vor, gegen humanitäres Völkerrecht zu verstoßen. Derart verzwickte Rechtspositionen kommen immer häufiger vor, was ihre Lösung keineswegs einfacher macht. Dabei ist unübersehbar, dass das derzeit geltende Völkerrecht mit den neuen Entwicklungstendenzen der internationalen Wirklichkeit kaum Schritt halten kann.

a) Der Rechtsverstoß. Zum Problem von bewaffnetem Angriff und Selbstverteidigung

Der erste Fragenkomplex betrifft die Legalität von Gewaltanwendung. Dabei geht es um den Begriff des bewaffneten Angriffs und um die Rechtmäßigkeit einer diesbezüglichen Reaktion (unabhängig von anderen Verträgen, insbesondere Art. 2 u. 51, UN-Charta). Diese Reaktion hängt eng mit der Selbstverteidigung und der Verantwortlichkeit des Staates zusammen, der als Erster Gewalt angewandt hat.

In seinem Urteil zum Fall der Geiselnahme von Angehörigen des Botschafts- und Konsularpersonals der USA in Teheran (1980) stellte der IGH fest, dass die Besetzung der dortigen amerikanischen Botschaft und die Geiselnahme ihres Personals durch sog. iranische Studenten einer Rechtsverletzung in Form eines bewaffneten Angriffs gleichkam¹⁰. Dieser Rechtsverstoß fand zwar auf iranischem Staatsgebiet statt, richtete sich aber gegen eine staatliche Institution der USA.

Im Rechtsstreit Nicaraguas gegen die USA (1986) unterschied der IGH zwischen Anwendung militärischer Gewalt, Intervention und bewaffnetem Angriff. Laut IGH-Urteil hatten die Vereinigten Staaten durch ihre damaligen Maßnahmen das Gewaltverbot und die territoriale Souveränität Nicaraguas verletzt – und sich darüber hinaus in die inneren Angelegenheiten dieses Staates eingemischt¹¹. Nach Meinung des IGH ist die Selbstverteidigung nur bei einem bewaffneten Angriff zulässig, wobei jedoch nicht alle Fälle von Gewaltanwendung zwangsläufig bewaffnete Angriffe darstellen. Daher ist laut IGH die Selbstverteidigung als Reaktion auf jede Art von Gewaltanwendung nicht immer möglich. Wenn es im Konflikt Nicaraguas mit einigen seiner Nachbarstaaten nicht zu einem bewaffneten Angriff gekommen ist, konnte aus dieser Situation auch kein Recht zur kollektiven Selbstverteidigung gegen Nicaragua entstehen (USA

¹⁰ International Court of Justice (ICJ). United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, § 57.

¹¹ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment of 27 June 1986, § 292; siehe auch §§ 239–249.

als Verbündeter El Salvadors)¹². Bei der Erläuterung der für das Recht zur Selbstverteidigung erforderlichen Voraussetzungen ging der IGH jedoch nicht auf die Frage ein, ob ein Staat, gegenüber dem das Verbot der Einmischung in seine inneren Angelegenheiten verletzt wurde (allerdings nicht in Form eines bewaffneten Angriffs), berechtigt wäre, in Reaktion darauf zu militärischer Gewalt zu greifen¹³.

Eine ähnliche Haltung bei der begrifflichen Deutung von bewaffnetem Angriff und Selbstverteidigung nahm der IGH in seinem Urteil zu den Erdölplattformen (2003) ein¹⁴.

Der IGH hielt an seiner Interpretationslinie auch im Rechtsstreit zwischen dem Kongo und Uganda (2005) fest und qualifizierte die ugandische Militäroperation auf kongolesischem Staatsgebiet (in Reaktion auf die vom Kongo aus durchgeführten Angriffe auf Uganda) als Verstoß gegen das Gewalt- und Interventionsverbot¹⁵. Indem der IGH es also für unmöglich erklärte, dem Kongo die Verantwortung für Aktivitäten irregulärer Truppen zuzuweisen, wichen die Richter der generellen Frage aus, ob die von irregulären Truppen vom Territorium eines Staates aus initiierten Kampfhandlungen auf fremdem Staatsgebiet bewaffneten Angriffen gleichkommen, die zur Selbstverteidigung berechtigen¹⁶. Nach Auffassung des IGH bedeutete das Ausbleiben einer Reaktion seitens des kongolesischen Staates gegenüber den Aktivitäten irregulärer Truppen auf seinem Territorium (u.a. wegen begrenzter Eingreifmöglichkeiten und ungünstiger Beschaffenheit des Geländes) keineswegs, dass der Kongo diese Aktivitäten erlaubte oder tolerierte¹⁷. Der IGH verurteilte die vom ugandischen Militär begangenen Verbrechen völlig zu Recht, hätte jedoch dessen Militäraktion als Selbstverteidigung in Reaktion auf den bewaffneten Angriff irregulärer Truppen ansehen können, die vom Kongo zumindest toleriert worden waren (Verstöße gegen Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht bilden einen eigenen Rechtsgrund für Verantwortlichkeit).

¹² ICJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 June 1986, §§ 195, 211, 249.

¹³ ICJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 June 1986, § 210.

¹⁴ ICJ, *Oil Platforms (Iran v. United States)*, Judgment of 6 November 2003: “The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the inherent right of self-defence” (§ 72); “The Court is not sufficiently convinced that the evidence available supports the contentions of the United States as to the significance of the military presence and activity on the Reshadat oil platforms. (...) However, even accepting those contentions (...) the Court is unable to hold that the attacks made on the platforms could have been justified as acts of self-defence. (...) The Court would also observe that (...) the United States forces attacked the R-4 platform as a ‘target of opportunity’, not one previously identified as an appropriate military target” (§ 76).

¹⁵ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, §§ 161, 165, 345 (1).

¹⁶ ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, § 147.

¹⁷ ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, § 301.

In dem hinsichtlich des Mauerbaus auf besetztem palästinensischem Gebiet verfassten Gutachten (2004) stellte der IGH fest, dass diese Bautätigkeit nicht die Prämissen der Selbstverteidigung erfülle, da Israel nicht von einem fremden Staat angegriffen worden sei (die Hisbollah ist kein Staat). Abgesehen davon seien die Angriffe von Gebieten erfolgt, die unter israelischer Besatzung und Kontrolle gestanden hätten. Die Richter ließen dabei jedoch unklar, was sie unter dem Begriff der Kontrolle eigentlich verstanden und machten es der israelischen Regierung unmöglich, sich bei dieser Aktion auf Art.51, UN-Charta zu berufen¹⁸.

Diese Haltung weckt beim Beobachter erhebliche Zweifel, da das Recht zur Selbstverteidigung in vorab geschildertem Fall nicht generell ausgeschlossen werden darf¹⁹. Außerdem formulieren weder die UN-Charta noch die Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 die Prämisse, dass ein bewaffneter Angriff stets das Werk eines Staates ist²⁰. Darüber hinaus ist auch der Status Palästinas keineswegs eindeutig, ähnlich wie der Rechtscharakter des israelisch-palästinensischen Konflikts strittig ist. Das IGH-Gutachten ist abgesehen davon auch insofern einseitig, als es zwar die Völkerrechtsverletzung durch Israel anprangert, aber auf den diesbezüglichen Rechtsbruch seitens der Palästinenser nicht eingeht. Dabei lässt nur die Verknüpfung beider Faktoren ein für beide Seiten zumutbares Urteil zu.

Ähnliche bautechnische Sicherheitsvorkehrungen leitete im Jahre 2008 auch Ägypten ein, um das Eindringen von Terroristen aus dem Gaza-Streifen zu verhindern²¹. Dabei sei darauf hingewiesen, dass die Regierung in Kairo die Grenzübergänge zum Gaza-Streifen während des militärischen Konflikts zwischen der Hamas und Israel (um die Jahreswende 2008/2009)²² geschlossen hielt.

¹⁸ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, § 139.

¹⁹ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004 – Separate opinion of Judge Higgins: “This is formalism of an unevenhanded sort” (§ 34); vgl. auch Separate Opinion of Judge Kooijmans (§ 35), Declaration of Judge Buergenthal (§ 6).

²⁰ Außerdem ist es kaum wahrscheinlich, dass dabei das Kriterium des externen Angriffs (eben darauf zielte das NATO-Gutachten vom September 2001 ab) ausschlaggebend gewesen ist. Der Terroranschlag vom 11. September 2001 wurde in seiner entscheidenden, letzten Phase von amerikanischem Boden aus durchgeführt (ähnlich wie 2004 in Madrid). Die Täter kamen jedoch aus dem Ausland und wurden von ausländischen Kräften gelenkt bzw. unterstützt. Etwas anders verhielt sich die Lage im Falle der Londoner Terroranschläge von 2005, hinter denen britische Staatsbürger standen, die schon seit langem oder von Geburt an in Großbritannien gelebt hatten. Dabei ist bis heute ungeklärt, ob und inwieweit die Terroristen externe Unterstützung erhielten.

²¹ Vgl. Gaza, Hundreds Protest Against Egyptian Wall, December 21, 2009 – <http://www.ansamed.info/en/news/ME03.XAM20095.html>; “The Weekly Standard” v. 28.4.2008.

²² Mubarak Resists Calls at Home, in Region to Admit Palestinians Fleeing Violence, The Washington Post v. 10.01.2009 (A01).

b) Maßstäbe der Zurechenbarkeit: vollständige Abhängigkeit, wirksame Kontrolle, allgemeine Kontrolle

Gemäß den ILC-Artikeln fallen unter die Handlungen eines Staates ggf. auch Aktivitäten von Subjekten, die de iure keine Organe dieses Staates sind (Art. 8), aber auch Aktivitäten auf dessen Territorium, falls eine offizielle Staatsgewalt nicht existiert oder nicht ausgeübt wird (Art. 9) sowie Aktivitäten aufständischer Bewegungen (Art. 10). Die ILC-Artikel beziehen sich ferner auf die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen eines Staates im Zuge der einem anderen Staat geleisteten Hilfe und Unterstützung (Art. 16) sowie auf die Verantwortlichkeit für das Handeln eines Staates, das von einem anderen Staat kontrolliert oder gelenkt wird (Art. 17)²³.

Um einem Staat völkerrechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen eines anderen Subjekts zurechnen zu können, verwendet man in der Praxis spezifische Standardkriterien. Eine wesentliche Rolle spielt in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung internationaler Gerichte, wobei die vom IGH angewandten Standardkriterien mit den in den ILC-Artikeln enthaltenen Maßstäben in Einklang stehen.

In seinem Urteil zum Anschlag auf die US-Botschaft in Teheran (1980) stellte der IGH fest, dass der iranische Staat bei diesem völkerrechtswidrigen bewaffneten Angriff in zweifacher Hinsicht eine Mitverantwortung trage. Erstens machten die Richter geltend, dass die Besetzung der Botschaft und die Geiselnahme ihrer Angehörigen in der Anfangsphase noch keine im Namen des iranischen Staates durchgeführte Handlung gewesen sei. Der Iran trage also keine Verantwortung für den Terrorakt an sich, sondern lediglich für das eigene Handeln, das die vom Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (1961) vorgesehene Sorgfaltpflicht verletzt habe²⁴. Zweitens wurde das Vorgehen der Täter der iranischen Staatsführung zugerechnet, da diese den Anschlag in einer später

²³ G. Nolte, *H.Ph. Aust, Equivocal Helpers – Complicit States, Mixed Messages and International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, Vol. 58, S. 1–30; siehe ILC, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries* (2001), Art. 16, Commentary: “(10) In accordance with article 16, the assisting State is responsible for its own act in deliberately assisting another State to breach an international obligation by which they are both bound. It is not responsible, as such, for the act of the assisted State”. Art. 17, Commentary: “(7) In the formulation of article 17, the term ‘controls’ refers to cases of domination over the commission of wrongful conduct and not simply the exercise of oversight, still less mere influence or concern. Similarly, the word ‘directs’ does not encompass mere incitement or suggestion but rather connotes actual direction of an operative kind. Both direction and control must be exercised over the wrongful conduct in order for a dominant State to incur responsibility. The choice of the expression, common in English, ‘direction and control’, raised some problems in other languages, owing in particular to the ambiguity of the term ‘direction’ which may imply, as is the case in French, complete power, whereas it does not have this implication in English”.

²⁴ ICJ, *United States of America v. Iran*, Judgment of 24 May 1980, § 63; siehe auch das

abgegebenen offiziellen Erklärung ausdrücklich gebilligt hatte. Die iranischen „Studenten“ traten daher nach Ansicht der Richter von einem gewissen Zeitpunkt an als de facto Staatsorgan auf²⁵.

Im Fall Nicaragua vs. USA (1986) stellte der IGH fest, dass die Vereinigten Staaten durch das Handeln ihrer Staatsorgane gegen das Gewaltverbot verstoßen und sich in die inneren Angelegenheiten Nicaraguas eingemischt hätten²⁶. Dennoch könne man die bewaffneten Aktionen der Contras (insbesondere die Verletzungen des humanitären Völkerrechts) nicht den USA zurechnen, da die Truppen der Contras nicht unter deren vollständiger Abhängigkeit (complete dependence) gestanden hätten (und somit auch kein amerikanisches de facto Staatsorgan gewesen seien²⁷). Außerdem machten die Richter geltend, dass Washington die einzelnen Militäroperationen der Contras gar nicht wirksam kontrolliert (effective control) habe²⁸.

In seinem Urteil zu den Erdölplattformen (2003) ging der IGH nicht so weit, dem Iran die Verantwortung für Handlungen zuzurechnen, die die Vereinigten Staaten als bewaffneten Angriff betrachtet hatten. Daher blieb die Verantwortlichkeit Teherans in dieser Angelegenheit ungeklärt²⁹.

Bezüglich des kongolesisch-ugandischen Konflikts (2005) stellte der IGH fest, dass man dem Kongo die von seinem Territorium ausgegangenen Angriffe irregulärer Truppen auf Uganda nicht zurechnen könne, da die kongolesische Staatsführung diese weder in eigenem Namen ausgesandt, noch deren Aktivitäten kontrolliert habe. Eine ähnliche Auffassung vertraten die Richter in Hinblick auf die Rolle Ugandas bei den Aktionen irregulärer Truppen, die von dessen Staatsgebiet ausgegangen waren³⁰. Unbe-

Urteil im Fall Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran, "Iran-U.S. Claims Tribunal Reports", 1987, Vol. IV, S. 92.

²⁵ ICJ, United States of America v. Iran, Judgment of 24 May 1980, § 74.

²⁶ ICJ, Nicaragua v. United States, Judgment of 27 June 1986, §§ 75–92.

²⁷ ICJ, Nicaragua v. United States, Judgment of 27 June 1986: "[T]he Court has to determine (...) whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government. (...) [T]here is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf" (§ 109).

²⁸ ICJ, Nicaragua v. United States, Judgment of 27 June 1986: "United States participation, even if preponderant or decisive in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself (...) for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. (...) For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed" (§ 115).

²⁹ Siehe Anm. 14.

³⁰ ICJ, Congo v. Uganda, Judgment of 19 December 2005, §§ 146, 160.

rührt ließ der IGH jedoch die rechtlichen Konsequenzen, die durch die Tolerierung oder Unterstützung dieser Truppen durch den Kongo entstanden waren (also die Verantwortlichkeit der kongolesischen Führung für fehlende eigene Maßnahmen). Darüber hinaus konstatierte der IGH lediglich eine eingeschränkte Kontrolle Ugandas gegenüber den irregulären Truppen, die natürliche Ressourcen im Kongo geplündert hatten³¹.

Sowohl die Appellationskammer des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (IStGHJ) als auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) weisen über das vom IGH formulierte Standardkriterium hinaus. Denn im Fall *Tadić* (1999) stellte der IStGHJ fest, dass die bloße Schulung, Finanzierung bzw. Waffenlieferungen an irreguläre Truppen seitens eines Staates nicht ausreichen, um diesem die Verantwortung für Handlungen dieser Truppen zuzurechnen. Vielmehr müsse der Staat auch bei der Organisation, Koordination oder Planung der Truppenaktivität mitwirken, um diesbezüglich Verantwortung zu tragen. Nach Auffassung der Appellationskammer ist es (im Gegensatz zum IGH) dabei nicht erforderlich, dass der betreffende Staat diese Truppen lenkt oder ihnen bei der Durchführung einzelner Operationen Anweisungen erteilt, d.h. eine wirksame Kontrolle ausübt³².

Die Appellationskammer unterschied also zwischen allgemeiner und wirksamer Kontrolle (overall bzw. effective control). Der IStGHJ äußerte sich in seinem Urteil allerdings nicht zur Staatenverantwortlichkeit, son-

³¹ ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, §§ 247–249.

³² International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999: “137. Where the question at issue is whether a single private individual or a group that is not militarily organised has acted as a de facto State organ when performing a specific act, it is necessary to ascertain whether specific instructions concerning the commission of that particular act had been issued by that State to the individual or group in question; alternatively, it must be established whether the unlawful act had been publicly endorsed or approved ex post facto by the State at issue. By contrast, control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training). This requirement, however, does not go so far as to include the issuing of specific orders by the State, or its direction of each individual operation. (...) The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of *de facto* State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts”; vgl. auch ICTY. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* (No. IT-95-14/1-A), Appeals Chamber, Judgment of 24 March 2000, §§ 145–146; ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (Aka “Pavo”), Hazim Delić and Esad Landžo (Aka “Zenga”)* (No. IT-96-21-A), Appeals Chamber, Judgment of 20 February 2001 (“*Celebići Case*”), §§ 14–26; ICTY. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović* (No. IT-98-34-T), Trial Chamber, Judgment of 31 March 2003, §§ 198–202; ICTY. *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* (No. IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, Judgment of 17 December 2004, §§ 307–313, 369.

den schuf nur das Rechtskonstrukt der allgemeinen Kontrolle, um den internationalen Charakter des Konflikts in Bosnien-Herzegowina zu beweisen. Somit konnte ein breiteres Spektrum an Normen des humanitären Völkerrechts angewandt werden³³. IstGHJ hielt sich dabei an die Rechtsprechung des EGMR³⁴. Die Auffassung des IstGHJ wurde vor einem ähnlichen Hintergrund im Fall Lubanga (2007) durch den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) bestätigt³⁵.

Besondere Beachtung verdient das IGH-Urteil von 2007 hinsichtlich der Anwendung der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (1948) im Fall Bosnien-Herzegowina vs. Serbien und Montenegro. Die Richter definierten darin das Massaker in Srebrenica zwar als Völkermord (im Sinne der Konvention)³⁶, stellten aber zugleich fest, dass man dieses Verbrechen nicht Serbien und Montenegro – der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien – zurechnen könne. Außerdem sah der IGH keine Verantwortlichkeit der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien für verschiedene Formen der Beteiligung an Rechtsverletzungen, wie der Mitäterschaft (*conspiracy, l'entente*), Anstiftung (*incitement, incitation*) oder Beihilfe (*complicity, complicité*). Die Richter machten lediglich geltend, dass die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien für die Verletzung der eigenen Sorgfaltspflicht bei der Verhütung des Völkermords völkerrechtlich verantwortlich sei.

Erstens vertrat der IGH die Auffassung, dass die Truppen der bosnischen Serben, die in Srebrenica Völkermord begangen hatten, keine *de iure* Organe der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien gewesen sind. Aber hätte man dieses Verbrechen nicht als Maßnahme jugoslawischer *de facto* Staatsorgane einstufen können? Wer war für die Finanzierung, Bewaffnung und politische Unterstützung dieser Truppen verantwortlich? Aus der Urteilsbegründung des IGH geht hervor, dass dahinter in hohem Grade die staatlichen Machthaber in Belgrad standen³⁷. Die Richter waren jedoch nicht imstande, überzeugende Beweise für die vollständige Abhän-

³³ ICTY. *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, § 104. *M. Sassòli*, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, "International Review of the Red Cross", 2002, Vol. 84, No. 846, S. 408.

³⁴ Siehe Punkt 3.

³⁵ Cour pénale internationale. *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), La Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, § 211.

³⁶ Vgl. zum Verbrechen des Völkermords *W. A. Schabas*, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, 2009; *J. B. Quigley*, *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, 2006.

³⁷ ICJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, § 388.

gigkeit der bosnischen Kampfseinheiten von der Belgrader Führung anzuführen³⁸.

Unter Verweis auf die ILC-Artikel (Artikel 8) und frühere Urteilsprüche machte der IGH geltend, dass ein Staat grundsätzlich nur für Maßnahmen seiner eigenen Organe verantwortlich sein könne. Dagegen trage ein Staat für Handlungen nichtstaatlicher Akteure (z.B. irregulärer Truppen oder Machtstrukturen) nur dann Verantwortung, wenn diese voll von ihm abhängig seien oder in ihren konkreten Aktivitäten von ihm wirksam kontrolliert würden. Nur in diesen beiden Fällen seien nichtstaatliche Akteure *de facto* als Staatsorgane anzusehen. In ersterem Fall wäre die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien für sämtliche Aktionen der bosnischen Serben verantwortlich gewesen, während sie im zweiten Fall lediglich für deren konkrete, rechtswidrige Handlungen Verantwortung trüge – und auch nur dann, wenn man der Führung in Belgrad diesbezüglich eine wirksame Kontrolle hätte nachweisen können. Das Verbrechen hätte also auf ausdrückliche Anweisung (*instruction*) der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien oder unter ihrer Leitung (*under the direction*) geschehen müssen³⁹. Das IGH-Urteil wich damit deutlich von der vom IStGHJ formulierten Konzeption der sog. allgemeinen Kontrolle ab⁴⁰.

Zweitens lehnte es der IGH ab, die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien zumindest für die Beihilfe zum Völkermord verantwortlich zu machen. Denn nach Auffassung der Richter gab es keine ausreichenden Gründe für die Annahme, dass die unbestrittene Unterstützung der bosnischen Truppen durch Belgrad vom Wissen begleitet war, dass der jugoslawische Staat bei der Begehung von Völkermord Beihilfe leisten würde. Dabei habe die Führung in Belgrad auch nicht die für den Völkermord charakteristische Absicht (*dolus specialis*) der Täter geteilt, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören. Gerade dieser besondere Vorsatz ist das spezifische Merkmal der Definition von Völkermord, das in der dazugehörigen materiellen Rechtsnorm auch explizit auftaucht.

Laut IGH gab es darüber hinaus keine stichhaltigen Beweise für die These, dass die Machthaber in Belgrad die bosnischen Serben bei dem Verbrechen fortwährend unterstützt haben⁴¹. Dieses Argument erscheint jedoch höchst zweifelhaft, da die Bewaffnung der serbischen Kampfseinheiten in Bosnien schon seit längerem kontinuierlich in Gange gewesen war

³⁸ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, §§ 392–395.

³⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, §§ 413, 415.

⁴⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, §§ 403, 405, 406.

⁴¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, § 422, § 424.

(diese Praxis wurde u.a. von den Sicherheitsratsresolutionen 713, 757, 781, 816, 819 und 836 verurteilt, wobei ein Waffenembargo und die Einrichtung von sog. no-fly zones über Bosnien-Herzegowina beschlossen wurden). Die Interpretationslinie des IGH beruht anscheinend auf der Prämisse, dass die während des Massakers in Srebrenica benutzte Ausrüstung und Munition eine spezielle Kennzeichnung über ihren Verwendungszweck hätte aufweisen müssen.

Drittens vertrat der IGH die Auffassung, dass die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien aufgrund der mangelnden Sorgfalt (*due diligence*) bei der präventiven Verhütung des Völkermords in Srebrenica die völkerrechtliche Verantwortung trage. Die Machthaber in Belgrad wurden also nur für ihre eigene Haltung und nicht für das Handeln anderer Subjekte zur Verantwortung gezogen. Die Pflicht zur Verhütung von Verbrechen resultiert direkt aus Artikel 1 der UN-Konvention von 1948.

Es sei daran erinnert, dass der UN-Sicherheitsrat die Bundesrepublik Jugoslawien bereits 1992 dazu aufgefordert hatte, die militärische Intervention in Bosnien-Herzegowina ganz einzustellen und die jugoslawischen Truppen aus diesem Gebiet zurückzuziehen⁴². In seinem Beschluss bezüglich vorsorglicher Maßnahmen (*provisional measures*) forderte der IGH die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien im Jahre 1993 ausdrücklich auf, den sich abzeichnenden Völkermord sowie die Anstiftung und Beihilfe zu diesem Verbrechen zu verhüten. Die Aufforderung bezog sich einerseits auf die von den Machhabern in Belgrad gelenkten oder unterstützten Kampfseinheiten, aber auch auf diejenigen Organisationen und Einzelpersonen, die unter ihrer Kontrolle oder Leitung standen bzw. von ihr beeinflusst wurden⁴³. Bezeichnenderweise schränkte der IGH in seinem späteren Urteil das Kriterium der Einflussnahme ein: Dieses Kriterium sei zwar für die Ermittlung der Verantwortlichkeit bei mangelnder *due diligence* ausreichend, genüge aber nicht, um eine Verantwortlichkeit für die Beteiligung an verbrecherischen Handlungen festzustellen.

Laut IGH muss bei der Verletzung der erforderlichen Sorgfaltspflicht durch einen Staat keineswegs Sicherheit darüber vorherrschen, dass der Täter ein Verbrechen auch wirklich beabsichtigt hat. Vielmehr genügt es bereits, dass ein zur Verbrechensverhütung fähiges Subjekt über entsprechende Mittel verfügt, aber diese nicht anwendet⁴⁴. Das Gericht stellte ferner fest, dass die jugoslawische Bundesregierung sogar unter Beachtung der erforderlichen Sorgfaltspflicht nicht in der Lage gewesen wäre, den

⁴² SC Res. 713 (1991), 757 (1992), 819 (1993).

⁴³ ICJ, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment of 26 February 2007, § 435.

⁴⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, §§ 432, 438.

Völkermord von Srebrenica im Vorfeld zu verhindern. Die Richter widersprachen damit ihrer eigenen These von der Verantwortlichkeit Belgrads für den Mangel an erforderlicher Sorgfalt⁴⁵. Im Gegensatz zu einigen früheren Urteilen hat der IGH die Frage etwaiger Reparationsleistungen ausgeklammert⁴⁶.

Diese Haltung erscheint unverständlich⁴⁷ und gründet wohl nicht nur in rein rechtlichen Erwägungen⁴⁸. Auf diese Weise beschränkte der IGH die Verantwortlichkeit der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien auf ein absolutes Minimum.

c) Zwischen vollständiger Abhängigkeit und Sorgfaltspflicht

Während die Rechtsprechung des IGH einerseits die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt generell einschränkt, stellt sie andererseits bestimmte Formen der diesbezüglichen Reaktion grundsätzlich in Frage. Die Kritik an dieser Betrachtungsweise erscheint in mancherlei Hinsicht gerechtfertigt.

Starke Kontroversen bei der völkerrechtlichen Zurechenbarkeit einer Handlung ruft vor allem die Tatsache hervor, dass der Maßstab der vollständigen Abhängigkeit bzw. wirksamen Kontrolle im Falle nichtstaatlicher Akteure aus zwei Gründen nicht sehr realistisch ist: Erstens wird die Messlatte bei diesem Standardkriterium allzu hoch angelegt – und zweitens ist dessen Beweiskraft eher dürftig.

Bemerkenswert erscheint dabei das IGH-Urteil im Fall Bosnien-Herzegowina. Die Täter des Völkermords in Srebrenica waren Truppen bosni-

⁴⁵ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, § 462.

⁴⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, § 462. Bezeichnenderweise räumte der IGH jedoch in anderen Urteilen ein Recht auf Reparationen ein, siehe z.B. ICJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 June 1986, § 292; ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, § 345/5 – oder: ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, § 163. Siehe auch *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law – Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005* (§ 15).

⁴⁷ M. Milanović, *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, *EJIL*, 2007, Vol. 18/4, S. 688–692.

⁴⁸ F. Hartmann, *Paix et châtement. Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationale*, 2007; C. Del Ponte, *La Caccia: Io e i criminali di guerra*, 2008 (*The Hunt: Me and War Criminals*); M. A. Newton, M. P. Scharf, *Enemy of the State: The Trial and Execution of Saddam Hussein*, 2008; F. Hartmann, *Vital genocide documents concealed*, 21 January, 2008: “[T]he ICJ could have sought access to the SDC documents. Curiously, the Court refused to ask Serbia to hand them over. Bosnia-Herzegovina had requested the Court to order the release of the unedited version of these documents, but this request was turned down” – http://www.bosnia.org.uk/news/news_body.cfm?newsid=2341. Siehe auch Anm. (62).

scher Serben, deren verbrecherisches Handeln beabsichtigt und durchdacht war. In Anwendung des Kriteriums der wirksamen Kontrolle könnte man der jugoslawischen Bundesregierung lediglich die Verantwortung für einzelne Verbrechen in Srebrenica zuweisen. Wenn dieser Maßstab aber – wie der IGH darlegt – nicht anwendbar ist, stellt sich die Frage, inwieweit und auf welcher Grundlage der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien überhaupt völkerrechtliche Verantwortung für den Völkermord in Srebrenica zugerechnet werden kann.

Da die Machthaber in Belgrad für den Mangel an erforderlicher Sorgfalt verantwortlich gemacht wurden, sah der IGH damit zugleich einen gewissen Einfluss der jugoslawischen Bundesregierung auf die Machtstrukturen der bosnischen Serben als gegeben an. Ausgehend von dem fehlenden Einfluss ist es kaum vorstellbar, dass die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien für die mangelnde Sorgfalt bei der Ergreifung präventiver Maßnahmen zur Verantwortung gezogen werden könnte.

Es fällt auf, dass der IGH in seinem Urteil auf den etwaigen Mangel an erforderlicher Sorgfalt seitens der UNO überhaupt nicht eingeht. Denn die Vereinten Nationen wussten über die bedrohliche Lage in Srebrenica sehr wohl Bescheid, verfügten zudem über eigene Truppen vor Ort und hatten durchaus gewisse Einflussmöglichkeiten (Srebrenica wurde von der UNO offiziell zur internationalen Schutzzone erklärt, trotzdem wurde die Zivilbevölkerung nach der Eroberung der Stadt den serbischen Truppen in Bosnien ausgeliefert).

Gemäß Artikel 1 der UN-Konvention von 1948 und der Beschlüsse von Sicherheitsrat und IGH oblag der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien die rechtliche Pflicht, die erforderliche Sorgfalt bei der Verhütung absehbarer Verbrechen aufzuwenden. Auch der Sondergesandte der Menschenrechtskommission⁴⁹ hatte damals vor den wiederholten Verbrechen der irregulären serbischen Truppen in Bosnien gewarnt. Darüber hinaus herrschten auch andere Risiken, wie z.B. der durch den Konflikt verschärfte Nationalitätenhass, die kriminelle personelle Zusammensetzung einiger Kampfverbände sowie die zahlreichen, von Konfliktbeginn an bekannten Kriegsverbrechen, die begangen wurden. Nach Auffassung des IGH mussten sich die Machthaber in Belgrad des großen Risikos bewusst gewesen sein, dass die serbischen Truppen im bosnischen Srebrenica möglicherweise Völkermord begehen würden⁵⁰.

Die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien hätte also durchaus verhütende Maßnahmen treffen können, ohne sich selbst einer ernsthaften Ge-

⁴⁹ Vgl. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Situation of Human Rights in Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Periodic Reports of Tadeusz Mazowiecki).

⁵⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007 (§ 436).

fahr (z.B. militärischen Reaktion) auszusetzen. Obwohl die damalige Führung in Belgrad von den bislang verübten Verbrechen wusste, verurteilte sie diese nicht in offizieller Form. Sie musste also durchaus mit weiteren Verbrechen rechnen, mit denen sie sich also stillschweigend einverstanden erklärte. Es ist aber nicht bewiesen, dass die jugoslawische Bundesregierung Gegenmaßnahmen ergriff, obwohl sie gewissen Einfluss auf die serbischen Truppen in Bosnien ausübte und über entsprechende Instrumente verfügte, die sie dennoch nicht einsetzte.

Im vorab erörterten Fall ist jedoch noch ein weiterer Aspekt von Bedeutung. Denn abgesehen von der mangelnden Sorgfalt im präventiven Bereich unterstützte die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien die Kampfhandlungen der bosnischen Serben auf umfassende Weise – politisch, organisatorisch, militärisch, finanziell und personell. Die irregulären serbischen Truppen unternahmen ihren wiederholt aufflammenden Krieg nicht in der Verborgenheit bosnischer Wälder. Bei diesen Kampfeinheiten handelte es sich vielmehr um eine gut gerüstete, offen agierende Armee. Daher benötigte diese in punkto Organisation, Koordinierung und Planung von Waffenlieferungen etc. eine enge Zusammenarbeit mit Belgrad. Der IStGHJ geht wohl zu Recht davon aus, dass die Unterschiede zwischen den serbischen Truppen in Bosnien und der jugoslawischen Bundesarmee lediglich kosmetischer Natur waren und lediglich dazu dienten, die eigentlichen politischen Ziele der Machthaber in Belgrad zu vertuschen⁵¹.

Die Verantwortlichkeit der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien für die Kampfhandlungen der bosnischen Serben resultiert also nicht nur aus der fehlenden Sorgfalt in Hinblick auf eigene Präventivmaßnahmen, sondern vor allem aus der zweifellos sehr tatkräftigen Erleichterung und Ermöglichung verbrecherischer Akte. Dadurch stellt sich das Problem der Verantwortung der Belgrader Führung aufgrund der Beteiligung an verbrecherischen Handlungen (wobei die in der UN-Konvention von 1948 vorgesehenen, verschiedenen Varianten dieses allgemeinen Tatbestands zu berücksichtigen sind)⁵². Nicht auszuschließen ist dabei eine eventuelle Mittäterschaft Belgrads (conspiracy), die auf der Verständigung zwischen jugoslawischer Bundesregierung und der Führung der bosnischen Serben hinsichtlich Planung, Organisation und Lenkung der verbrecherischen Handlungen beruhen würde. Aber diese Verbindung lässt sich schwer

⁵¹ ICTY. *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, §§ 151–152; *M. Milanović*, *State Responsibility for Genocide*, EJIL, 2006, Vol. 17/3, S. 599–600.

⁵² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948): “Article 3. The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide”. Siehe auch Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993), Art. 4 (3), Art. 7 (1).

nachweisen. Ähnliche Beweisschwierigkeiten tauchen beim Vorwurf der Anstiftung (incitement) auf.

Vor diesem Hintergrund könnte man die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien für Beihilfe (complicity) zum Völkermord verantwortlich machen, da zur Erfüllung dieses Straftatbestands nicht die Kontrolle des Täters (serbische Truppen in Bosnien) durch den Gehilfen (Machthaber in Belgrad) erforderlich ist. Die Beihilfe kann materiellen (z.B. Verschaffung von geeigneten Mitteln zur Begehung von Straftaten) oder immateriellen (z.B. politische Unterstützung, generelle Beratung, Gewährung von Informationen) Charakter aufweisen. Die Beihilfe ist ein vorsätzliches Handeln, das in unmittelbarer oder bedingter Absicht – in einigen Fällen aber auch infolge von Unterlassung – geschehen kann, vor allem dann, wenn der Gehilfe eine besondere Verantwortung für die Verhütung von Straftaten hat (z.B. Hauptorgane eines Staates, der andere Handlungssubjekte militärisch unterstützt). Zur Erfüllung des Tatbestands der Beihilfe ist weder die direkte Beteiligung an der Begehung einer Straftat noch die Erteilung von entsprechenden Anweisungen oder die Steuerung der Straftat erforderlich.

Einen Teilnehmer des Massakers in Srebrenica (Krstić) sprach der IStGHJ der Beihilfe zum Völkermord aufgrund bewusster Unterlassung und Einwilligung in dieses Verbrechen schuldig – trotz fehlender Akzeptanz für den verbrecherischen Vorsatz.⁵³

⁵³ ICTY. Prosecutor v. Radislav Krstić (No. IT-98-33-A), Appeals Chamber, Judgment of April 19, 2004: “134. Krstić was aware of the intent to commit genocide on the part of some members of the VRS Main Staff, and with that knowledge, he did nothing to prevent the use of Drina Corps personnel and resources to facilitate those killings. This knowledge on his part alone cannot support an inference of genocidal intent. (...) Krstić, therefore, is not guilty of genocide as a principal perpetrator. (...) 144. (...) [T]here was no evidence that Krstić ordered any of these murders, or that he directly participated in them. (...) [H]e knew that those murders were occurring and that he permitted the Main Staff to use personnel and resources under his command to facilitate them. In these circumstances the criminal responsibility of Radislav Krstić is that of an aider and abettor to the murders, extermination and persecution”. Siehe auch ICTY. Prosecutor v. Anto Furundžija (No. IT-95-17/1-T), Trial Chamber, Judgment of 10 December 1998, § 249; ICTY. Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić (No. IT-02-60-T), Trial Chamber, Judgment of 17 January 2005 (§ 770); Sud Bosne i Hercegovine (Court of Bosnia and Herzegovina). Prosecutor’s Office of Bosnia and Herzegovina v. Miloš Stupar, Milenko Trifunović, Brano Džinić, Aleksandar Radovanović, Slobodan Jakovljević, Branislav Medan and Milovan Matić, Appellate Verdict of 9 September 2009 (No. X-KRŽ-05/24), § 570.

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (No. ICTR-96-4-T), Trial Chamber, Judgment of September 2, 1998: “540. [A]n accomplice to genocide need not necessarily possess the *dolus specialis* of genocide, namely the specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such. (...) 544. The *mens rea*, or special intent, required for complicity in genocide is knowledge of the genocidal plan, coupled with the *actus reus* of participation in the execution of such plan. Crucially, then, it does not appear that the specific intent to commit the crime of genocide (...) is required for complicity or accomplice liability”; siehe auch ICTR. Prosecutor v. Michel Bagaragaza (No. ICTR-05-86-S), Trial Chamber, Sentencing Judgement – Summary, 5 November 2009, Punkt 9; siehe auch ICC Statute (1998), Article 30.2.

Die Organisatoren und Täter des Völkermords in Srebrenica handelten gezielt und erfüllten damit die für den Tatbestand dieses Verbrechens typische Voraussetzung des besonderen Vorsatzes (*dolus specialis*). Natürlich ist davon auszugehen, dass Täter die Beweisspuren der Planung und Anordnung derartiger Verbrechen in der Regel verwischen. Dennoch ist die Existenz eines konkreten Planes keine notwendige Voraussetzung zur Erfüllung des Tatbestands dieses Verbrechens⁵⁴.

Besaß die jugoslawische Bundesregierung – als Gehilfe – Kenntnisse über die Absicht der Begehung von Völkermord durch die bosnischen Serben? Im Spiegel der dem IGH vorgelegten Fakten bildete dieses Wissen für die Machthaber in Belgrad keineswegs ein Geheimnis. Angesichts der dabei auftauchenden Beweisschwierigkeiten hätte der IGH dieses Wissen indirekt aus den Begleitumständen der Rechtsverletzung ableiten müssen. Einschlägige Beispiele aus der Rechtsprechung des IGH⁵⁵ und der internationalen Strafgerichtshöfe⁵⁶ sind bekannt. In vorab geschildertem Fall blieb die Haltung des IGH zur Beweisfrage jedoch sehr rigoristisch (ähnlich wie bei den Erdölplattformen⁵⁷) – anders als z.B. im Konflikt zwischen dem Kongo und Uganda⁵⁸.

Bei der Erfüllung des Tatbestands von Völkermord wäre ferner zu entscheiden, ob der Gehilfe – der sich per definitionem über die verbrecherische Absicht des Haupttäters im Klaren sein muss – auch dessen besonde-

⁵⁴ W. A. Schabas, *Genocide and the International Court of Justice: Finally, A Duty to Prevent the Crime of Crimes*, "Genocide Studies and Prevention", 2007, Vol. 2, No. 2, S. 110. In diesem Sinne auch ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarač, Radimir Kovač, and Zoran Vuković* (No. IT-96-23&IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment of 12 June 2002, § 98; ICTY. *Prosecutor v. Goran Jelišić* (No. IT-95-10-A), Appeals Chamber, Judgment of July 5, 2001, § 48; ICTR. *Siméon Nchamihigo v. the Prosecutor* (No. ICTR-2001-63-A), Appeals Chamber, Judgment of 18 March 2010, § 363; ICTR. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (No. ICTR-95-1-T), Trial Chamber, Decision of 21 May 1999, § 94.

⁵⁵ Cour Internationale de Justice (CIJ). *Affaire du détroit de Corfou (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, CIJ, Recueil 1949: «L'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (circumstantial evidence). (...) La preuve pourra résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable» (S. 18).

⁵⁶ ICC. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* ("Omar Al Bashir") (No. ICC-02/05-01/09 OA). Prosecution Document in Support of Appeal against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 6 July 2009, § 40; ICTY. *Prosecutor v. Radislav Krstić* (No. IT-98-33-A), Appeals Chamber, Judgment of April 19, 2004, § 34; ICTY. *Prosecutor v. Goran Jelišić* (No. IT-95-10-A), Appeals Chamber, Judgment of July 5, 2001, § 47; ICTR. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (No. ICTR-96-4-T), Trial Chamber, Decision of 2 September 1998, § 523; ICTR. *Simon Bikindi v. the Prosecutor* (No. ICTR-01-72-A), Appeals Chamber, Judgment of 18 March 2010, § 136; ICTR. *Siméon Nchamihigo v. the Prosecutor* (No. ICTR-2001-63-A), Appeals Chamber, Judgment of 18 March 2010, § 136.

⁵⁷ Siehe Anm. 14.

⁵⁸ ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, §§ 205, 207.

ren Vorsatz teilen muss (Zerstörung der Gruppe als solche). Dass dies nicht unbedingt der Fall sein muss, bestätigen die Auffassungen einiger Richter des IGH⁵⁹ und Urteile über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen⁶⁰ sowie eine Reihe von Lehrmeinungen⁶¹.

Ohne die Strafverantwortung des Individuums automatisch auf die völkerrechtliche Verantwortlichkeit eines Staates übertragen zu wollen, stellt sich dennoch die Frage, warum in einem individuellen Strafprozess das bloße Wissen des Gehilfen über die beabsichtigte Rechtsverletzung für dessen Haftbarkeit bereits ausreichend ist, während es für die Mitverantwortung eines Staates, der eine irreguläre Armee nachweislich finanziert und organisiert, darüber hinaus erforderlich ist, dass er den besonderen Vorsatz des Haupttäters teilt?

Betrachtet man die behutsame Beweisaufnahme vor Gericht, so besteht die Schwäche des Urteils im Fall Bosnien-Herzegowina darin, dass der IGH die unübersehbaren Beweise für die Beihilfe der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien zum Völkermord nicht aufgreifen wollte (u.a. den Einsatz der als Scorpions bezeichneten Sondereinheiten des jugoslawischen Innenministeriums)⁶². Bezeichnenderweise hatten die Regierungen Serbiens und Montenegros bereits 2005 – also noch vor dem diesbezüglichen

⁵⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007 – Declaration of Judge Keith oder Déclaration de M. le juge Bennouna.

⁶⁰ Siehe Anm. 53.

⁶¹ *M. Milanović* (Anm. 47), S. 683–684; *D. Scheffer*, *The World Court's Fractured Ruling on Genocide*, "Genocide Studies and Prevention", 2007, Vol. 2, No. 2, S. 130: "A more faithful reading and understanding of complicity in genocide distinguishes between specific *intent* and specific *motive*. There is no question that the perpetrator of genocide must possess both the specific intent to destroy in whole or in part a protected group (...) and the specific motive to do so because of the group's identity *as such*. The '*as such*' requirement in Art. 2 of the UNCG [*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*] has always been its most distinguishing characteristic. In other words, it is because the group is of a single identity (national, ethnic, racial, or religious) that the perpetrator exercises the intent to destroy it. (...) [T]he *motive* to destroy one of the protected groups *as such* need not be present for complicity in genocide. Like the crime of genocide, however, the *intention* to destroy in whole or in part a protected group must exist, whether the perpetrator is an individual or a government being complicit in genocide. Indeed, it is the absence of motive that is the *raison d'être* for the stand-alone crime of complicity in genocide and distinguishes it from aiding and abetting genocide. This is particularly true of governmental, as distinguished from individual, conduct. (...) The Serbian government need not be shown to share *both* the intent and the motive of the Bosnian Serb forces. Therefore, it would have been sufficient to show (1) that the Serbian government intended to destroy the Bosnian Muslims, in whole or in part, for strategic purposes (such as the ultimate creation of a larger Serbian state) and (2) that actions supporting such intent facilitated the perpetrators of genocide on the ground in Bosnia, who were exercising their own intention to destroy the Bosnian Muslims, in whole or in part, *because of* their religious or ethnic identity *as such* (and that the Serbian government was aware of that particular Bosnian Serb motive)".

⁶² ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007 – Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh (§§ 35, 53); ICTY, *Prosecutor of the Tribunal Against Radovan Karadžić* (No. IT-95-5/18-PT), Third Amended Indictment, 19 October 2009, § 23; *M. Milanović* (Anm. 47), S. 675, 677, 678; siehe auch Anm. 48.

chen Urteilsspruch des IGH – offiziell verlautbart, dass das Massaker in Srebrenica von einem „undemokratischen Regime des Terrors und der Angst“⁶³ begangen worden sei. Der IGH hat die Rechtsfolgen dieser Erklärung nicht bewertet.

Indem der IGH also lediglich einen Mangel an erforderlicher Sorgfalt konstatierte, reduzierte er die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der ehemaligen Machthaber in Belgrad erheblich. Dadurch entsteht eine eigentümliche Lücke zwischen der (erschweren) Haftung eines Staates für Handlungen nichtstaatlicher Akteure gemäß dem Prinzip der vollständigen Abhängigkeit bzw. wirksamen Kontrolle einerseits und dem Rechtskonstrukt der fehlenden Sorgfalt andererseits. Dieses Manko schwächt die Verantwortlichkeit des Staates und begünstigt eher täterfreundliche Rechtsinterpretationen. Im Endeffekt dürfte die jüngere Rechtsprechung des IGH – darunter auch das Urteil zu Bosnien-Herzegowina⁶⁴ – daher auf berechtigte Kritik stoßen.

Jeder Verstoß gegen das Völkerrecht hat sowohl für den Täter als auch für das Opfer ganz bestimmte Folgen. Wesentlich für das Problem der diesbezüglichen Verantwortlichkeit ist insbesondere die Legalität der Reaktion eines Staates, der durch Kampfhandlungen seitens Dritter (andere Staaten, irreguläre Truppen) zu Schaden gekommen ist.

Die vom IGH vertretene Definition des bewaffneten Angriffs schränkt den Bereich der legalen Reaktion eines Staates auf Gewaltanwendungen (Selbstverteidigung) insgesamt eher ein, was der Destabilisierung von Staaten mittels irregulärer Truppen indirekt den Weg ebnet⁶⁵. Dies ist insofern von Bedeutung, als eine Handlung zum Zweck der Selbstverteidigung (abgesehen von etwaigen Übertretungen ihrer Grenzen bzw. Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht) die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des reagierenden Staates ganz ausschließt oder zumindest eingrenzt.

Die Unterscheidung zwischen Rechtsbegriffen wie Gewaltanwendung, Aggression, Intervention oder bewaffneter Angriff ist eigentlich nur dann sinnvoll, wenn präzise Definitionskriterien existieren. Diese Kriterien sind jedoch im Völkerrecht weder eindeutig noch dauerhaft festgelegt und unterliegen oftmals bestimmten politischen Bewertungen (durch einzelne Staaten oder im UN-Sicherheitsrat). Allzu differenzierte und ambitio-

⁶³ The Legal Significance of the Council of Ministers of Serbia and Montenegro Accepting Responsibility for the Srebrenica Massacre, by Professor Francis A. Boyle – Attorney for the Mothers of Srebrenica and Podrinja – <http://olm.blythe-systems.com/pipermail/nytr/Week-of-Mon-20050620/018969.html>

⁶⁴ D. Scheffer (Anm. 61), S. 123–136; siehe auch A. Cassese, The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia, EJIL, 2007, Vol. 18/4, S. 649–668; A. Cassese, A Judicial Massacre, The Guardian, February 27, 2007.

⁶⁵ E. T. Jensen, The ICJ's "Uganda Wall": A Barrier to the Principle of Distinction and an Entry Point for Lawfare, Denver Journal of International Law & Policy, 2007, Vol. 35, No. 2, S. 367.

nierte Definitionskriterien oder zu hohe Maßstäbe erweisen sich jedenfalls oft als relativ ungeeignet, was in der Praxis leicht dazu führen kann, dass sie nicht respektiert werden.

Während der bewaffnete Angriff sicherlich zur Selbstverteidigung berechtigt, ist der Auffassung des IGH, dass jegliche Gewaltanwendung unterhalb dieser Schwelle etwaige militärische Gegenreaktionen von vornherein ausschließe, nur schwer zuzustimmen⁶⁶. Denn ein solches Verständnis übersieht den komplexen Charakter zahlreicher Situationen und führt im Grunde genommen nur dazu, dass der Täter straffrei davorkommt. Dabei ist zu beachten, dass die Sicherheit eines Staates ein ungewöhnlich sensibles Schutzgut ist.

Das IGH-Urteil zu Bosnien-Herzegowina bezog sich zwar nicht direkt auf die Selbstverteidigung der Bosnier gegenüber der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien. Bezeichnenderweise schweigen sich die Richter jedoch über die Einmischung Belgrads in die inneren Angelegenheiten Bosnien-Herzegowinas und die dort geschehene illegale Gewaltanwendung sogar obiter dictum aus – im Gegensatz zum Fall Nicaragua bzw. Kongo⁶⁷. Auffallend ist ferner der fehlende Bezug zum Problem der wesentlichen Beteiligung eines Staates an umstürzlerischen Handlungen in einem anderen Staat, das von der Resolution 3314 (1974) der UNO-Generalversammlung in Zusammenhang mit der begrifflichen Bestimmung der Aggression angesprochen wird⁶⁸.

Darüber hinaus vertrat der IGH die Auffassung, dass ein bewaffneter Angriff per definitionem ein entsprechendes „Ausmaß“ und entsprechende „Folgen“ aufweisen muss. Ähnliche Einschätzungen enthält Art. 2 der Resolution 3314 (1974) der UNO-Generalversammlung zur Definition von Aggressionshandlungen⁶⁹. Manche Kampfhandlungen kleineren Aus-

⁶⁶ ICJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 June 1986 – Separate opinion of Judge Robert Jennings, ICJ, Recueil 1986, S. 544; ICJ, *Iran v. United States*, Judgment of 6 November 2003 – Separate opinion of Judge Bruno Simma, § 13; ICJ, *Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005 – Separate opinion of Judge Kooijmans, § 30; ICJ, *Congo v. Uganda*, Separate opinion of Judge Bruno Simma, § 9. Siehe auch P.H. Kooijmans, *The Legality of the Use of Force in the Recent Case Law of the International Court of Justice*, in S. Yee, J.-Y. Morin (eds.), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, 2009, S. 465.

⁶⁷ Siehe Anm. 11 u. 15.

⁶⁸ GA Res. 3314 (1974): “Article 3. Any of the following acts, (...) shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: (...) (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”.

⁶⁹ GA Res. 3314 (1974): “[T]he Security Council may (...) conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity”; ICJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 June 1986: “It will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an

maßes bzw. Reichweite können von sehr geringer Bedeutung sein und sowohl zeitlich als auch örtlich äußerst begrenzte Reaktionen (evtl. auch militärische) auslösen. Unter anderen Begleitumständen können ganz ähnliche Vorgänge jedoch der sprichwörtliche Funken sein, der ein Pulverfass zum Explodieren bringt. Das Prüfkriterium des Ausmaßes einer Gewaltanwendung erscheint hingegen abgesehen von geringfügigen Zwischenfällen oder der kurzzeitigen Gewaltanwendung bei polizeilichen Ordnungsmaßnahmen unklar und für die Praxis kaum geeignet: "There are frontier incidents and frontier incidents. Some are trivial, some may be extremely grave"⁷⁰. Ferner ist zu überlegen, ob das Kriterium von Ausmaß und Folgen wirklich zur Definition des bewaffneten Angriffs passt oder ob es nicht eher für die Bewertung der diesbezüglichen Reaktion angemessen wäre.

Laut geltendem Völkerrecht hat ein Staat die Pflicht dafür zu sorgen, dass sein Staatsgebiet nicht von anderen Subjekten für völkerrechtswidrige Handlungen missbraucht wird⁷¹. Die (ausdrückliche oder implizite) Zustimmung für derartige Handlungen stellt eine Verletzung dieser staat-

armed attack) from other less grave forms" (§ 191). In diesem Sinne auch ICJ, *Iran v. United States*, Judgment of 6 November 2003, § 51; *Eritrea Ethiopia Claims Commission. Partial Award. Jus Ad Bellum. Ethiopia's Claims 1–8 between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and The State of Eritrea*, The Hague, December 19, 2005, §§ 11, 12; Review Conference of the Rome Statute. Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, Resolution RC/Res.6, Adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, by consensus.

⁷⁰ G. G. Fitzmaurice, *The Definition of Aggression*, "International Comparative Law Quarterly", 1952, No. 1, S. 139; *Chatham House*, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, October 2005: "An armed attack means any use of armed force, and does not need to cross some threshold of intensity. Any requirement that a use of force must attain a certain gravity and that frontier incidents, for example, are excluded is relevant only in so far as the minor nature of an attack is *prima facie* evidence of absence of intention to attack or honest mistake. It may also be relevant to the issues of necessity and proportionality. In the case of attacks by non-State actors, however, different considerations may come into play" (section 2) – www.chathamhouse.org.uk/research/international_law/papers/view/-/id/308/;

⁷¹ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949: «Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises (...) sont fondées (...) sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que (...) l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats» (CIJ, Recueil 1949, S. 22); GA Res. 3314 (1974): "Any of the following acts (...) shall (...) qualify as an act of aggression: (...) (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State"; ILC, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries* (2001), Art. 16 – Commentary: "(8) The obligation not to use force may also be breached by an assisting State through permitting the use of its territory by another State to carry out an armed attack against a third State"; GA Res. 2625 (XXV). Siehe ähnliche Formulierungen zum Umweltschutzbereich – ICJ, *Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), § 29; *Trail smelter case* (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, "Recueil des Sentences Arbitrales", Vol. III, S. 1965; *United Nations Convention on the Law of the Sea* (1982): Art. 194 (2).

lichen Pflicht dar. Gleichwohl bereitet es oftmals erhebliche Schwierigkeiten, diese Völkerrechtsverstöße mit Hilfe eines unabhängigen Organs nachzuweisen.

Im Spiegel der derzeitigen Staatenpraxis – insbesondere seit der Afghanistan-Operation (2001) und auch vor dem Hintergrund der Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 – ist der bewaffnete Angriff wohl die Voraussetzung für die Legalität jeglicher (auch militärischen) Reaktion. Diese beiden Resolutionen beziehen sich auf die Feststellung, ob ein bewaffneter Angriff (terroristischer Akt) erfolgt ist, wobei der Angreifer nicht unbedingt mit einem Staat identisch sein muss. Ein Staat kann in völkerrechtlicher Hinsicht nicht nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn er irreguläre Truppen in eigenem Namen aussendet bzw. deren Handlungen wirksam kontrolliert. Er trägt vielmehr auch dann Verantwortung, wenn er irreguläre Truppen, die mit Waffengewalt völkerrechtswidrig gegen andere Staaten vorgehen, aus verschiedenen Gründen toleriert oder unterstützt (insbesondere auf eigenem Staatsgebiet)⁷².

Die Verantwortlichkeit eines solchen Staates beruht in diesen Fällen entweder auf Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zur Rechtsverletzung. Sie kann aber auch aus eigener Unterlassung aufgrund von mangelnder Sorgfalt resultieren. Die Selbstverteidigung des überfallenen Staates erweist sich dann möglicherweise als legale Form der Reaktion⁷³. In der Völkerrechtsgeschichte bildet der Fall Caroline dafür ein klassisches Beispiel⁷⁴. Um jedoch einen Akt der Selbstverteidigung unternehmen zu können, muss zuvor ein Angriff durchgeführt worden sein oder zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit bevorstehen. Aufgrund der vorab erwähnten Rechtsverletzung kann sich ein Staat, auf dessen Territorium es zur Reaktion auf Gewaltanwendung in Form von Selbstverteidigung kommt, nicht seinerseits auf ein eigenes Recht zur Selbstverteidigung berufen.

Charakteristisch ist der Unterschied zwischen der Lage in Afghanistan, wo Terroristen (al-Qaida) die Unterstützung des Taliban-Regimes genossen, obwohl sie von ihm nicht wirksam kontrolliert wurden – und der Situation im Libanon, wo der militärischen Fraktion der Hisbollah die Akzeptanz der libanesischen Regierung von vorneherein fehlte. Während sich die Militäroperation in Afghanistan in erster Linie gegen den Staat der Taliban und darüber hinaus auch gegen irreguläre Truppen richtete, bildeten

⁷² Vgl. J. Kranz (Anm. 1), S. 102–113.

⁷³ Principles (Anm. 70), section 6: “Thus, where a state is unable or unwilling to assert control over a terrorist organisation located in its territory, the state which is a victim of the terrorist attacks would, as a last resort, be permitted to act in self-defence against the terrorist organisation in the state in which it is located”.

⁷⁴ A. D. Sofaer, On the Necessity of Pre-emption, EJIL, 2003, Vol. 14/2, S. 209–227.

letztere im Libanon das unmittelbare Angriffsziel, das sich zwangsläufig auf libanesischem Boden befand⁷⁵.

Im Falle von Kampfhandlungen irregulärer Truppen oder unbekannter Täter ist danach zu streben, dass der völkerrechtswidrig auftretende Staat nicht jenseits jeglicher Verantwortlichkeit bleibt, etwa aufgrund fehlender hinreichender Beweise. Dieser Beweismangel kann einerseits infolge administrativer Schwäche oder chaotischer Zustände in einem Staat auftreten; er kann sich aber auch daraus ergeben, dass ein starker, leistungsfähiger Staat versucht, kompromittierende Beweise zu verbergen. Es geht auch darum, dass einem Staat, dem Schaden zugefügt wurde, nicht die Möglichkeit einer legalen militärischen Reaktion genommen wird. Wenn man beispielsweise die fehlende Kontrolle Libanons über die Hisbollah und die Behauptung, dass die libanesischen Armee bis zum Abschluss eines Friedensvertrags nicht entlang der Grenze zu Israel stationiert werde, als ausreichendes Argument betrachten würde, käme dies einem Freibrief für irreguläre Truppen und Terroristen gleich. Damit würde man es der israelischen Regierung unmöglich machen, sich wirksam gegen aggressive Handlungen zu verteidigen, die zweifellos einen bewaffneten Angriff darstellen.

In diesem Zusammenhang taucht auch das Problem der sog. humanitären Intervention, also der ohne Zustimmung des UN-Sicherheitsrates erfolgten militärischen Reaktion auf massenhafte Verstöße gegen elementare Menschenrechte auf. Alle Staaten sind rechtlich verpflichtet, dieser Art von Rechtsverletzungen auf ihren Territorien zuvorzukommen (responsibility to protect). Aus einer derart verstandenen Sorgfaltspflicht folgt unweigerlich, dass ein Staat in Extremsituationen mit der militärischen Reaktion anderer Staaten rechnen muss, die man nicht nur aus moralischer Sicht sondern auch als Kriterium des gerechtfertigten Notstands (necessity) für rechtmäßig erklären kann. Dadurch wird die Verantwortlichkeit eines Staates aus seinen Handlungen oder Unterlassungen resultieren, während die diesbezügliche Reaktion anderer Staaten nicht eo ipso als Rechtsverletzung gilt und damit deren Verantwortung für völkerrechtlich unerlaubte Akte ausgeschlossen wird. Diese Fragen dringen in der Regel nicht zu den internationalen Gerichten vor, aber die herrschende Lehrmeinung im aktuellen Völkerrecht sowie einige internationale Rechtsdokumente scheinen diesen Gedankengang zu bestätigen⁷⁶.

Resümierend bleibt festzustellen, dass dieser komplizierten Rechtslage die Befürchtung des IGH zugrunde liegt, die Hemmschwelle für die legale Anwendung militärischer Gewalt übermäßig stark zu senken. Die Recht-

⁷⁵ J. Paust, Are US Attacks in Pakistan an Armed Attack on Pakistan? (September 30, 2009) – <http://www.ejiltalk.org/author/jpaust/>

⁷⁶ J. Kranz (Anm. 1), S. 137–148.

sprechung des IGH scheint jedoch immer mehr von der zunehmend komplexeren internationalen Wirklichkeit abzuweichen – insbesondere im Kontext der restriktiven terminologischen Deutung des bewaffneten Angriffs und vor dem Hintergrund der Begrenzung der Reaktionsmöglichkeiten hinsichtlich der Gewaltanwendung gegen einen Staat⁷⁷.

Ein wesentliches Problem bildet ferner der eingeschränkte Charakter der Jurisdiktion des IGH. Dies wird z.B. am Fall Bosnien-Herzegowina ganz deutlich, in dem die Richter lediglich über Verbrechen der Kategorie Völkermord befinden konnten, während ihnen für ein Urteil zu anderen im Laufe dieses Konflikts begangenen Verbrechen die nötige Kompetenz fehlte. Abgesehen davon stützt sich der IGH eher auf die juristisch unverbindlichen Resolutionen der UNO-Generalversammlung und auf Auffassungen seiner Richter, wobei die gegenwärtige Staatenpraxis zu wenig Beachtung findet. Darüber hinaus übersteigen zahlreiche Fälle die Prüfmöglichkeiten des IGH im Rahmen von Beweisverfahren⁷⁸.

⁷⁷ K. Oellers-Frahm, Der IGH und die „Lücke“ zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht – Neues im Fall „Kongo gegen Uganda“? Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2007, No. 1, S. 71–90; V.-J. Proulx, Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?, Berkeley Journal of International Law, 2005, No. 3, Vol. 23, S. 101–153; G. Travalio, J. Altenburg, Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force, Chicago Journal of International Law, 2003, No. 1.

⁷⁸ Vgl. dazu J. A. Green, Fluctuating Evidentiary Standards for Self-Defence in the International Court of Justice, International and Comparative Law Quarterly, 2009, Vol. 58, S. 163–179; A. M. Weisburd, The International Court of Justice and the Concept of State Practice, “UNC Legal Studies Research Paper”, 2008, No. 1282684: “It is clear then that what the Court has not been doing in C[ustomary] I[nternational] L[aw] cases is basing its judgments on carefully described state practice” S. 67; “The Court’s behavior is that it seems to be moving away from what could be reasonably called a judicial role to that of a free-form policy maker” S. 76; S. Halink, All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated Its Fact-Assessment To the United Nations in the Armed Activities Case, New York University Journal of International Law and Politics, 2008, Vol. 40, S. 13–52; A. Cassese, The Nicaragua and Tadić Tests (Anm. 64), S. 653/654: “It is, however, a fact that the Court in *Nicaragua* set out that test without explaining or clarifying the grounds on which it was based. No reference is made by the Court either to state practice or to other authorities. This is in keeping with a regrettable recent tendency of the Court not to corroborate its pronouncements on international customary rules (other than those traditional rules that are largely upheld in case law and the legal literature) with a showing, if only concise, of the relevant practice and *opinio juris*”. Siehe auch die kritischen Überlegungen: ICJ, Case concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995 – dissenting opinion of Judge Krzysztof Skubiszewski; ICJ, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010. Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, §§ 3, 5.

3. Verantwortlichkeit für die Folgen von Gewaltanwendung – Menschenrechtsverletzungen

Die Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt impliziert zugleich eine Verantwortung für die sich daraus ergebenden Folgen. Die komplementäre Anwendung der Rechtsnormen von IHL und HRL in militärischen Konflikten wird gegenwärtig nicht in Frage gestellt⁷⁹. Die normativen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts gelten für jeden bewaffneten Konflikt, wobei die Schwierigkeiten bei dessen Definierung – internationale bzw. nicht internationale Variante – allgemein bekannt sind. Diese terminologische Unklarheit beeinflusst zwangsläufig auch den Anwendungsbereich des IHL. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das IHL einen Kompromiss zwischen militärischer Notwendigkeit, humanitären Erwägungen und Menschenrechten darstellt. Der Schutz der Menschenrechte besitzt indessen einen etwas anderen, umfassenderen Anwendungsbereich und sollte sich vor allem in Friedenszeiten bewähren. Im Gegensatz zum IHL lassen die völkerrechtlichen Verträge zum HRL unter bestimmten Bedingungen die Derogation einzelner Normen zu. Während die sich gegenseitig ergänzende Anwendung von IHL und HRL eigentlich unumstritten ist, offenbart die derzeitige Gerichtspraxis ganz deutlich, wie kompliziert dieses komplementäre Verhältnis ist.

Es geht also darum, ob und inwieweit Staaten in Hinblick auf völkerrechtliche Verträge mit Bezug zum HRL verpflichtet sind, diese in ihrem extraterritorialen Handeln einzuhalten⁸⁰. Artikel 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) lautet wie folgt: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt [*Jurisdiction*] unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu“⁸¹. Doch worauf beruht diese Jurisdiktion und inwieweit kann sie extraterritorialen Charakter aufweisen?

⁷⁹ Vgl. D. Richter, *Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?*, in Th. Giegerich (ed.), *A Wiser Century. Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, 2009, S. 257–322.

⁸⁰ United Kingdom House of Lords, R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence, Judgment of 13 June 2007 (Lord Rodger of Earlsferry): “78. The essentially regional nature of the Convention is relevant to the way that the court operates. (...) The result is a body of law which may reflect the values of the contracting states, but which most certainly does not reflect those in many other parts of the world. So the idea that the United Kingdom was obliged to secure observance of all the rights and freedoms as interpreted by the European Court in the utterly different society of southern Iraq is manifestly absurd”.

⁸¹ EMRK “Article 1. The High Contracting Parties shall secure to everyone *within their jurisdiction* the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”; siehe auch International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 2.1; American Convention on Human Rights (1969), Article 1.

a) Zum Begriff der Jurisdiktion

Bei der Definition von staatlicher Gewalt und ihrer Ausübung beruft man sich häufig auf den Begriff der Jurisdiktion. Manchmal wird zwischen jurisdiction und compétence unterschieden, was jedoch keine allgemeine Zustimmung in der heutigen Völkerrechtslehre findet. Beide Termini sind jedenfalls mit Vorsicht zu genießen, wobei ihre jeweilige Bedeutung von Fall zu Fall bestimmt werden muss⁸². In den normativen Rechtsakten herrscht diesbezüglich ein gewisses Durcheinander. Denn es gibt sicherlich inhaltliche Abweichungen zwischen der Jurisdiktion eines Staates, eines Gerichts und in besetzten Gebieten⁸³.

Nach klassischem völkerrechtlichen Verständnis bedeutet Jurisdiktion die Fähigkeit eines Staates, bestimmte Situationen, in denen sich seiner Gewalt unterliegende Subjekte, Objekte oder Ereignisse befinden, mit Hilfe einer eigenen Rechtsordnung selbständig zu regeln (allerdings unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates). Diese Fähigkeit ergibt sich aus der Souveränität des Staates, die einen qualitativen (nicht quantitativen) Charakter hat⁸⁴ und sich darin ausdrückt, dass sich der Staat eine Rechtsordnung gibt, über deren Einhaltung er wacht.

Jede Herrschaft besteht aus drei Grundelementen: Legislative, Exekutive und Judikative (jurisdiction to prescribe, jurisdiction to adjudicate, jurisdiction to enforce). Dabei ist zu beachten, dass die Jurisdiktion in extraterritorialen Rechtsangelegenheiten nicht immer alle drei Dimensionen zugleich aufweist. Wenn ein Staat z.B. seine gesetzgebende Gewalt (unter Einwilligung eines anderen Staates bzw. ohne diese) extraterritorial ausdehnt, besitzt er nicht immer auch die dazugehörige richterliche Gewalt.

Die traditionelle Jurisdiktion des Staates bezieht sich vor allem auf seinen territorialen Charakter. Dennoch gibt es zahlreiche Ausnahmen, die

⁸² La compétence est «un ensemble de virtualités juridiques dont le droit ne dit pas, et ne 'sait' pas, quel usage (correct) en sera fait par le sujet», V. *Constantinesco*, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, 1974, S. 70. La notion de pouvoir est liée à l'exercice de la compétence à tel point qu'on les tient parfois pour synonymes (ce qui n'est pas exact). Une compétence se réalise par l'action d'un organe sous une forme juridique. Autrement dit, dans le cadre d'une compétence l'organe exerce divers pouvoirs pour prendre divers actes juridiques. Par conséquent, chacune des deux notions est une condition d'existence et d'efficacité de l'autre: «une compétence sans pouvoir est inefficace, un pouvoir se développant en dehors ou en l'absence d'une compétence est illégal», V. *Constantinesco*, *ibidem*, S. 83.

⁸³ Vgl. *M. Milanović*, From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review*, 2008, Vol. 8, S. 411–448; *S. Talmon*, The Various Control Tests in the State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist, University of Oxford, Legal Research Paper Series – Paper No 16/2009, May 2009; *M. Gondek*, Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, *Netherlands International Law Review*, vol. LII, S. 349–387.

⁸⁴ Vgl. dazu *J. Kranz*, The European Union: Understanding the Need and the Need to Understand, *The Polish Quarterly of International Affairs*, 2006, Nr. 1, S. 5–36.

sich aus mehreren völkerrechtlich anerkannten Anknüpfungspunkten ergeben, wodurch die extraterritoriale Geltung oder Vollziehung von nationalem Recht zulässig wird.

Während die staatliche Jurisdiktion primären Charakter aufweist, werden ihre Grenzen vom geltenden Völkerrecht gezogen. In einigen Fällen können auch ein Staat, eine Organisation oder internationale Institutionen zusätzliche Kompetenzen gewinnen, die sie bislang nicht besaßen. Diese Kompetenzen existieren ausschließlich in einem bestimmten völkerrechtlichen Rahmen, in dem sie auch ausgeübt werden, z.B. Rüstungskontrolle, internationales Seerecht oder im Falle von EU-Recht – z.B. Emission einer Einheitswährung bzw. Beschluss von EU-weit unmittelbar geltenden Rechtsakten.

Was die Einhaltung der HRL-Normen angeht, so zeigen sich in jüngster Zeit einige neue Bewertungskriterien. Sichtbar wird aber auch ein eigentümliches Verständnis von Jurisdiktion, das vom vorab skizzierten, klassischen Schema abweicht. So versteht man unter Jurisdiktion die Ausübung der faktischen Staatsgewalt gegenüber bestimmten Subjekten, Objekten oder Situationen auf fremdem Staatsgebiet. Dieser Zustand kann einerseits völlig legal sein (Einwilligung des betreffenden Staates, Billigung des Sicherheitsrates gemäß Kapitel VII, UN-Charta für Militäroperationen mit dem Ziel des *peace-enforcement* oder *peacekeeping*). Andererseits kann es aber auch sein, dass entsprechende Rechtsgrundlagen gänzlich fehlen. Doch auch wenn die faktische Staatsgewalt lediglich aus bestimmten Tatsachen resultiert (z.B. Gewaltanwendung), unterliegt sie völkerrechtlichen Beschränkungen, wie sie insbesondere das humanitäre Völkerrecht aufweist.

Ohnehin ist die militärische Präsenz eines Staates auf fremdem Territorium – vor allem die Okkupation – gleichbedeutend mit der Ausübung eines Teils der faktischen Staatsgewalt, was aber nicht heißt, dass der betreffende Staat damit zugleich auch seine gesamte Hoheitsgewalt – Legislative, Exekutive und Judikative – auf dieses Territorium ausdehnt (im Falle der Okkupation verbietet dies das humanitäre Völkerrecht⁸⁵). Ähnliches gilt bei der provisorischen internationalen Verwaltung eines Staatsgebiets durch mehrere Staaten oder eine internationale Organisation. Auch irreguläre Truppen können die faktische Herrschaft über Teile eines Staatsgebiets übernehmen und damit die Ausübung der Hoheitsgewalt durch den betreffenden Staat unmöglich machen. Charakteristisch ist für alle diese Fälle die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft und nicht die Jurisdiktion eines Staates im klassischen Sinn. Unter gewissen Umständen kann

⁸⁵ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Art. 43.

eine derartige Praxis dazu führen, dass der betreffende Staat die Verantwortung für die Verletzung bestimmter IHL/HRL-Normen übernehmen muss. Diese Art von Verantwortlichkeit ist jedoch an ganz spezielle Voraussetzungen geknüpft.

Hinsichtlich der extraterritorialen Ausübung staatlicher Gewalt ist es u.a. von wesentlicher Bedeutung, ob die Redewendung „within the jurisdiction“ impliziert, dass die jeweiligen Subjekte der Staatsgewalt als solcher (subject to the authority) oder der Staatsgewalt auf einem bestimmten Gebiet (within the territory over which the authority is exercised) unterliegen. Darüber hinaus ist zu klären, ob sich die Kontrollgewalt auf den Täter oder das Opfer bezieht. Die Legalität der ausgeübten Staatsgewalt ist in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung.

b) Maßstäbe der Zurechenbarkeit

In der Rechtsprechung tauchen immer öfter Fälle auf, die mit den Folgen von Gewaltanwendung in Krisensituationen zusammenhängen, obwohl extraterritoriale Gewalthandlungen nicht immer mit militärischen Konflikten oder Okkupationen identisch sein müssen. Die internationale Rechtsprechung ist daher bestrebt, allgemeingültige Maßstäbe zu finden, mit Hilfe derer die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für Rechtsverstöße durch staatliche Organe oder nichtstaatliche Akteure ermittelt werden kann.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellte im Fall *Loizidou* (1996) fest, dass die Türkei für die Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf dem Gebiet der Türkischen Republik Nordzypern verantwortlich sei. Nach Auffassung der Richter besaß Ankara nämlich die diesbezüglich erforderliche Jurisdiktion, da die türkische Regierung – insbesondere durch die starke Militärpräsenz vor Ort – mittels eigener Staatsorgane bzw. lokaler, nur aufgrund türkischer Unterstützung handelnder Behörden eine wirksame und allgemeine Kontrolle über dieses Gebiet ausgeübt habe (effective overall control over that part of the island). Daher wies der EGMR der Türkei die Verantwortung für die seitens der lokalen Behörden geschehenen Rechtsverletzungen in Nordzypern zu. Dabei war es für die Richter unwesentlich, ob die einzelnen Maßnahmen dieser Behörden von Ankara auch wirksam kontrolliert worden waren. Vielmehr ging der EGMR in seinem Urteil davon aus, dass allein schon aus der allgemeinen Kontrolle Ankaras über die Behörden vor Ort eine Verantwortlichkeit des türkischen Staates für deren Maßnahmen resultiere⁸⁶.

⁸⁶ European Court of Human Rights (ECHR), *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (No. 15318/89), Judgment of 23 March 1995: “62. [T]he responsibility of a Con-

Im Falle der Bombenangriffe auf die ehemalige Bundesrepublik Jugoslawien während des Kosovo-Konflikts (Fall *Banković* – 2001) wies der EGMR die Klage hinsichtlich des Verstoßes gegen die EMRK mit der Begründung ab, dass die beschuldigten Staaten weder bezüglich der Opfer noch in Hinblick auf das bombardierte Territorium eine wirksame Kontrolle ausgeübt hätten⁸⁷. Durch die Abweisung der Klage umging der EGMR eine Antwort auf die wichtige Frage, wem diese militärischen Handlungen letztlich zuzurechnen waren – der NATO insgesamt oder einzelnen ihrer Mitgliedsstaaten.

Dagegen machte der EGMR bei der im Ausland von Geheimdienstagenten – also de iure staatlichen Organen – vorgenommenen Verhaftung geltend, dass sich die festgenommene Person infolge der ausgeübten Staatsgewalt unter der wirksamen Kontrolle des die Festnahme anordnenden Staates (Türkei) befunden habe, wobei sich diese Kontrolle weniger auf fremdes Staatsgebiet, sondern vielmehr auf das Opfer einer potentiellen Rechtsverletzung erstreckt habe⁸⁸.

Im Fall *Ilaşcu* (2004) erörterte der EGMR das Problem der Verantwortlichkeit Moldawiens und Russlands für einige Vorfälle (illegale Festnahme und Inhaftierung) in der separatistischen moldawischen Provinz Transnistrien. Die Machthaber dieser Region hängen völlig von der Unterstüt-

tracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration”; ECHR, *Loizidou v. Turkey* (Merits) (No. 15318/89), Judgment of 18 December 1996: “56. It is not necessary to determine whether (...) Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the ‘TRNC’. It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus that her army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the ‘TRNC’. Those affected by such policies or actions therefore come within the ‘jurisdiction’ of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention”; in diesem Sinne auch ECHR, *Cyprus v. Turkey* (No. 25781/94), Judgment of 10 May 2001, § 77.

⁸⁷ ECHR, *Banković v. Belgium* (No. 52207/99), decision of 12 December 2001: “61. The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case. (...) 71. [T]he exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government”.

⁸⁸ ECHR, *Öcalan v. Turkey* (No. 46221/99), Judgment of 12 May 2005, § 91; siehe auch ECHR, *Issa and Others v. Turkey* (No. 31821/96), Judgment of 16 November 2004, § 71; Inter-American Commission on Human Rights. Report No. 86/99, Case 11.589 – Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario De La Peña, and Pablo Morales, Cuba, September 29, 1999, § 25.

zung und vom Einfluss Moskaus ab, dessen militärische Präsenz vor Ort begrenzt ist. In Bezug auf Moldawien berief sich der EGMR auf die Konzeption der sog. positiven Verpflichtungen⁸⁹. In Hinblick auf die Russische Föderation vertraten die Richter die Auffassung, dass Moskau mittels eigener Staatsorgane oder durch untergeordnete lokale Verwaltungsbehörden eine allgemeine Kontrolle ausübe. Daher könne man dem Kreml durchaus die Verantwortung für die Handlungen der selbsternannten Machthaber dieser Region zurechnen, wobei es keineswegs erforderlich gewesen sei, dass die russische Regierung diese Maßnahmen im einzelnen kontrolliert habe. Unabhängig vom Aspekt der territorialen Gesamtkontrolle hob der EGMR dabei hervor, dass die lokalen Behörden Transnistriens von Russland effektiv beherrscht oder zumindest entscheidend beeinflusst worden seien und nur deshalb ihre Funktionsfähigkeit aufrechterhalten hätten⁹⁰. Im Vergleich zu den Fällen *Loizidou* und *Bankovič* zeigt sich im Fall *Ilașcu* eine deutliche Akzentverschiebung der Bewertung zugunsten einer allgemeinen Täterkontrolle.

Vor dem Hintergrund der militärischen Operationen im Irak und in Afghanistan lagen britischen Gerichten in den letzten Jahren mehrere Klagen auf Einhaltung der EMRK durch Großbritannien vor.

Im Fall *Al-Skeini* (2007) machte ein britisches Gericht das eigene Land für den Tod eines in der britischen Militärbasis im Irak gefangen gehaltenen irakischen Staatsbürgers verantwortlich (schlechte Behandlung mit Todesfolge) und wandte damit die EMRK auch auf extraterritoriale Handlungen des britischen Staates an. Dagegen sah das Gericht keine Verantwortlichkeit Großbritanniens beim Tod einiger irakischer Bürger während operativer Maßnahmen der britischen Truppen außerhalb ihrer Mili-

⁸⁹ ECHR, *Ilașcu and others v. Moldova and Russia* (No. 48787/99), Judgment of 8 July 2004, § 333. Partly Dissenting Opinion of Judge Ress: “1. (...) I would not conclude as the Court did in paragraph 333 that ‘the factual situation reduces the scope of the jurisdiction’. The ‘scope’ of the jurisdiction is always the same but the responsibility of the Contracting State, arising from the undertaking given by the State under Article 1, can be considered to relate only to the positive obligations towards persons within its territory and not to all acts done by the local authority sustained by rebel forces in Transdnistria”.

⁹⁰ ECHR, *Ilașcu and Others v. Moldova and Russia* (No. 48787/99), Judgment of 8 July 2004: “315. It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned. 316. Where a Contracting State exercises overall control over an area outside its national territory, its responsibility is not confined to the acts of its soldiers or officials in that area but also extends to acts of the local administration which survives there by virtue of its military and other support. (...) 392. All of the above proves that the ‘MRT’, set up in 1991–92 with the support of the Russian Federation, vested with organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation”; vgl. auch ECHR, *Assanidze v. Georgia* (No. 71503/01), Judgment of 8 April 2004, § 138.

tärbasis. Die Richter machten nämlich im ersten Fall eine wirksame Kontrolle Großbritanniens gegenüber dem Opfer geltend, das der territorialen Jurisdiktion britischer Staatsorgane unterlegen habe. Ganz anders war ihre Einschätzung im Fall der anderen Opfer, da der britische Staat diesen gegenüber keine wirksame Kontrolle auf deren Staatsgebiet ausgeübt habe⁹¹. Diese Rechtsprechung basiert vor allem auf der im Fall Banković auferlegten Beschränkung der Jurisdiktion auf die Kontrolle über ein bestimmtes Gebiet.

Im Fall Al-Jedda (2007) ging es indessen um die Internierung im Irak (seit 2004) von einer Person mit doppelter (irakisch-britischer) Staatsbürgerschaft, was durch die Notwendigkeit von bestimmten Sicherheitsvorkehrungen begründet wurde (Verdacht auf Zusammenarbeit mit Terroristen). Laut der klageführenden Partei ist dabei aufgrund fehlender konkreter Anschuldigungen und des nicht gewährten Zugangs zu unabhängigen Gerichten gegen die Bestimmungen der EMRK verstoßen worden. Laut Urteil des britischen Gerichts stand die besagte Militäroperation im Irak weder unter der Kontrolle noch unter dem Kommando der UNO, so dass deren etwaige Verantwortlichkeit ausgeschlossen war⁹². Das irakische Staatsgebiet befand sich anfangs formell unter der Besetzung ausländischer Truppen (ohne Einwilligung Bagdads) und stand dann unter der provisorischen Verwaltung internationaler Streitkräfte (mit Zustimmung des Sicherheitsrates und der irakischen Regierung). Gemäß der Sicherheitsratsresolution 1546 (2004) war die Internierung von verdächtigen Personen aus Sicherheitsgründen zulässig⁹³ (was nicht in Widerspruch zum humanitären Völkerrecht steht). Nach Auffassung der britischen Richter hatte dabei die rechtlich bindende Sicherheitsratsresolution Vorrang (Art. 103, UN-Charta) vor anderen Rechtsnormen und schränkte dadurch den Anwen-

⁹¹ United Kingdom House of Lords, *R(Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 13 June 2007 (Lord Rodger of Earlsferry): “129. [E]xcept where a state really does have effective control of territory, it cannot hope to secure Convention rights within that territory and, unless it is within the area of the Council of Europe, it is unlikely in any event to find certain of the Convention rights it is bound to secure reconcilable with the customs of the resident population”.

⁹² United Kingdom House of Lords, *R(Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 12 December 2007 (Lord Bingham of Cornhill), § 23.

⁹³ SC Res. 1546 (2004): “10. *Decides* that the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution”; Annex – Text of letters from the Prime Minister of the Interim Government of Iraq Dr. Ayad Allawi and United States Secretary of State Colin L. Powell to the President of the Council, 5 June 2004: “Under the agreed arrangement, the MNF stands ready to continue to undertake a broad range of tasks to contribute to the maintenance of security and to ensure force protection. (...) This will include combat operations against members of these groups, internment where this is necessary for imperative reasons of security, and the continued search for and securing of weapons that threaten Iraq’s security”.

dungsbereich der EMRK ein⁹⁴. Dennoch stellte das britische Gericht nicht fest, dass die oben erwähnte Sicherheitsratsresolution die Bestimmungen des EMRK in diesem Fall vollständig eliminierte. Die Richter ließen also in einem notwendigen Kernbereich die Einschränkung der persönlichen Freiheit und des Rechts auf ein unabhängiges Gerichtsverfahren zu, schlossen jedoch im Fall Al-Skeini die Legalität der Tötung des irakischen Staatsbürgers im britischen Militärarrest im Irak definitiv aus.

Im Fall Smith (2009) – Tod eines britischen Soldaten im Irak infolge katastrophaler Witterungsbedingungen und ungenügender medizinischer Versorgung – bestätigte das britische Gericht indessen die Anwendung der EMRK⁹⁵. Die Richter stellten nämlich fest, dass sich der besagte Soldat (Opfer) unter britischer Jurisdiktion befunden habe. Der Supreme Court modifizierte jedoch die früher gefällten Gerichtsurteile mit der Feststellung, dass die im Ausland agierenden britischen Soldaten nur dann britischer Jurisdiktion unterlägen (Art. 1, EMRK) und die in der EMRK enthaltenen Rechte in Anspruch nehmen könnten, wenn sie sich auf einem Gebiet befinden, das der wirksamen Kontrolle (effective control) britischer Behörden unterliegt, z.B. auf der britischen Militärbasis⁹⁶ – im Gegensatz zu Patrouillen außerhalb der Basis (Fall Al-Skeini).

Dieser Standpunkt berücksichtigt aber nicht die Differenziertheit der Lage vor Ort. Zum Beispiel erscheint die Anwendung der EMRK auf klassische Militäroperationen – etwa die Prüfung, ob der Tod eines Soldaten infolge seiner ungenügenden Bewaffnung eingetreten ist – unrealistisch. Ganz anders ist die Situation jedoch, wenn die Militärbehörden nicht auf die Klagen eines Soldaten (außerhalb seines Einsatzortes, aber nicht unbedingt auf seiner Militärbasis) reagieren, der im Endeffekt aufgrund eines von extremen klimatischen Bedingungen ausgelösten Herzinfarkts ums Leben kommt. Ähnlich verhält sich die Lage, wenn ein britischer Soldat außerhalb seiner Basis und unabhängig von bewaffneten Zusammenstößen von einem unter Drogen stehenden Kameraden erschossen würde.

⁹⁴ United Kingdom House of Lords, *R(Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 12 December 2007 (Lord Bingham of Cornhill): “39. Thus there is a clash between on the one hand a power or duty to detain exercisable on the express authority of the Security Council and, on the other, a fundamental human right which the UK has undertaken to secure to those (like the appellant) within its jurisdiction. (...) There is in my opinion only one way in which they can be reconciled: by ruling that the UK may lawfully, where it is necessary for imperative reasons of security, exercise the power to detain authorised by UNSCR 1546 and successive resolutions, but must ensure that the detainee’s rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention”.

⁹⁵ In the Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) *On Appeal From the High Court of Justice Queens Bench Division (Administrative Court). Secretary Of State for Defence (Appellant) and The Queen on the Application of Mrs Catherine Smith (Respondent)*, Judgment of 18 May 2009 (Case No. C1/2008/1049), §§ 8, 14.

⁹⁶ United Kingdom, *The Supreme Court, R (on the application of Smith) (FC) (Respondent) v Secretary of State for Defence (Appellant) and another*, Judgment of 30 June 2010, §§ 58, 60, 308.

Außerdem ist es ein Unterschied, ob ein Verdächtiger im Zuge einer militärischen Auseinandersetzung getötet oder ob er nach einem Gefecht außerhalb der britischen Militärbasis gefoltert wird.

Abgesehen davon fällt auf, dass es im Fall Smith nicht nur um die Kontrollgewalt über das Opfer, sondern vielmehr um die Todesursache (Täterraspekt) geht, die nichts mit bewaffneten Zusammenstößen zu tun hat und allein in bestimmten Versäumnissen der britischen Militärbehörden begründet liegt. Zutreffend sind daher die individuellen Auffassungen einzelner Richter im Fall Smith, wonach ein britischer Soldat, der an einer ausländischen Militäroperation teilnimmt, der Jurisdiktion seines Heimatlandes in jeder Situation (als Täter oder Opfer von Rechtsverletzungen) unterliegt, da er dabei stets als Mitglied der britischen Streitkräfte fungiert (personale, territorial unabhängige Jurisdiktion)⁹⁷. Infolge dessen unterstehen britische Soldaten immer der Jurisdiktion ihres Heimatlandes, was jedoch nicht heißt, dass in jedem Fall eine uneingeschränkte Anwendung der EMRK möglich ist und der Staat stets die Verantwortung für eine bestimmte Handlung trägt. Vielmehr müssen die jeweilige Situation vor Ort, der Charakter der Kampfhandlungen und die rechtlichen Beschränkungen von Fall zu Fall untersucht werden. Der territoriale Aspekt kann mitunter eine zusätzliche Rolle spielen, ist aber nicht immer von entscheidender Bedeutung. In einigen Situationen ist vielmehr die ausgeübte Kontrolle über Täter bzw. Opfer ausschlaggebend – trotz fehlender wirksamer Kontrolle über das jeweilige Gebiet (z.B. Issa, Öcalan, Medvedyev⁹⁸), was auch für die etwas andersgearteten Fälle Loizidou und Ilaşcu gilt.

Im Fall Al-Saadoon and Mufdhi (2008/2009) urteilten britische Gerichte darüber, ob zwei der Mitwirkung an der Tötung britischer Soldaten im Irak verdächtige irakische Bürger, die in ihrem Heimatland von britischen Streitkräften verhaftet worden waren, der Jurisdiktion Großbritanniens unterstanden (Art. 1 EMRK) und trotz der eventuell drohenden Todesstrafe an ein irakisches Gericht überstellt werden durften⁹⁹.

In der Anfangsphase resultierte diese Jurisdiktion aus der de facto erlangenen Macht – Anwendung militärischer Gewalt durch Großbritannien und die USA –, was zur Besetzung des Irak geführt hatte. Dies bedeutete jedoch nicht, dass nun auch britisches Recht auf irakischem Boden

⁹⁷ R (on the application of Smith) (Anm. 96), §§ 191–194 (Lord Mance), § 329 (Lord Kerr).

⁹⁸ ECHR, Medvedyev et autres c. France (n° 3394/03), arrêt du 29 mars 2010, § 67.

⁹⁹ In The High Court of Justice Queen's Bench Division. Divisional Court. Al-Saadoon and Mufdhi v. Secretary of State for Defence, [2008] EWHC 3098 (Admin), Judgment of 19 December 2008; in The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division), on Appeal from the Divisional Court, Al-Saadoon and Mufdhi v. Secretary of State for Defence, [2009] EWCA Civ 7, Judgment of 21 January 2009; D. McGoldrick, S. Williams, Between the Devil and the Deep Blue Sea: Conflicted Thinking in the Al-Saadoon Affair, International and Comparative Law Quarterly, 2009, Vol. 58, S. 689–702.

galt, wobei der Macht Großbritanniens vom humanitären Völkerrecht und entsprechenden Resolutionen des Sicherheitsrates (1483, 1511, 1546, 1790) rechtliche Grenzen gesetzt wurden. Diese juristische Regelung wurde später durch Gesetzgebungsakte der Coalition Provisional Authority (CPA) und durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Großbritannien und dem Irak (u.a. bezüglich festgenommener oder verhafteter Personen) erweitert¹⁰⁰. Die Hoheitsgewalt des irakischen Staates wurde in der Folgezeit schrittweise wiederhergestellt, wobei die britische Besatzungsherrschaft im Juni 2004 ein Ende fand.

Die Kläger argumentierten, dass ihre Überstellung an die irakischen Behörden einen Verstoß gegen Art. 2, EMRK (Recht auf Leben – in Zusammenhang mit Zusatzprotokoll Nr. 13, das die Anwendung der Todesstrafe verbietet), Art. 3, EMRK (Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung), und Art. 6, EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) bedeutet habe. Diese Klagen wurden von britischen Gerichten jedoch abgewiesen. Die Richter urteilten dabei in erster Instanz, dass sich die Kläger damals unter britischer Jurisdiktion befanden hätten, da sie von britischen Streitkräften in Gewahrsam gehalten worden seien. Seit Mai 2006 stand hinter diesem Vorgehen jedoch auch der Wunsch und die Zustimmung der irakischen Behörden, wobei London aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit Bagdad zur Überstellung der Kläger an ein irakisches Gericht verpflichtet gewesen war; letztendlich hielt das Gericht deren Überstellung für legal. Dieser Urteilsspruch wurde in zweiter Instanz aufrechterhalten – jedoch mit dem Unterschied, dass man die britische Jurisdiktion als solche nicht anerkannte, sondern lediglich als Vollzugsinstanz (agent) des als rechtmäßig erachteten Willens der irakischen Staatsmacht bestätigte. Die Kläger wurden daraufhin am 31. Dezember 2008 an ein irakisches Gericht überstellt. Einen Tag später verloren die britischen Streitkräfte im Irak sämtliche Rechtsgrundlagen, um die irakischen Bürger weiterhin in Gewahrsam zu halten.

¹⁰⁰ ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi against the United Kingdom* (No. 61498/08), Decision as to the Admissibility of Application, 30 June 2009: “17. On 8 November 2004 a Memorandum of Understanding (MoU) [CPA Memorandum No. 3 of 27 June 2004, Section 5, JK] regarding criminal suspects was entered into between the United Kingdom contingent of the MNF and the Ministries of Justice and Interior of Iraq (...). The substantive provisions of the MoU included the following: ‘Section 2.1. The Interim Iraqi Government (and any successor) has legal authority over all criminal suspects who have been ordered to stand trial and who are waiting trial in the physical custody of [the United Kingdom contingent of the MNF] in accordance with the terms of this MoU’. (...) 18. The last relevant UNSC Resolution, No. 1790 of 18 December 2007, extended the MNF’s mandate to remain, for the last time, until 31 December 2008. Annexed to the Resolution was a letter from the Iraqi Prime Minister which stated, inter alia: ‘4. The Government of Iraq will be responsible for arrest, detention and imprisonment tasks. When those tasks are carried out by MNF-1, there will be maximum levels of coordination, cooperation and understanding with the Government of Iraq.’”

Der EGMR gab der Klage statt und befand, dass die irakischen Kläger der britischen Jurisdiktion unterstanden hatten¹⁰¹. In ihrer Urteilsbegründung wiesen die Richter darauf hin, dass sich aufgrund des Inkrafttretens der Protokolle Nr. 6 u. 13, EMRK auch der Inhalt von Art. 2, EMRK (zumindest für die Unterzeichnerstaaten dieser Protokolle, was sich auf Großbritannien bezieht) dahingehend geändert habe, dass die Todesstrafe nunmehr unabhängig von jeglichen Begleitumständen stets verboten ist. Angesichts dessen hat Großbritannien nach Auffassung des EGMR gegen Artikel 2 u. 3, EMRK verstoßen. Berücksichtigt man das große Risiko einer ggf. verhängten Todesstrafe (nach irakischem Recht zulässig), so ist die Überstellung der Kläger an den irakischen Staat als unmenschliche bzw. erniedrigende Behandlung anzusehen – insbesondere deshalb, weil die britische Regierung trotz entsprechender Bemühungen keine Gewähr von Bagdad erhalten hat, dass ein Todesurteil nicht in Frage kommt. Der EGMR nahm vor allem den Verstoß gegen Art. 3 in den Blick und verzichtete dabei auf die Bewertung der Frage, ob die Rechte der Kläger gemäß Art. 2 verletzt worden waren¹⁰². Zugleich stellten die Richter fest, dass den Klägern zum Zeitpunkt ihrer Überstellung an die irakischen Behörden kein unredlicher Prozess gedroht habe. Somit sei Art. 6, EMRK gar nicht verletzt worden.

Je größer die rechtlichen Hürden sind, desto komplizierter gestaltet sich die Anwendung des EMRK und die Ermittlung des Tatbestands der wirksamen Kontrolle. Im Fall *Al-Saadoon and Mufdhi* ist die Kontrollgewalt der britischen de iure Staatsorgane auf irakischem Boden mit Sicherheit nicht umfassend gewesen, wobei die Kontrolle der Opfer (Haftaufenthalt in der britischen Militärbasis) zwar wirksamen Charakter trug, aber durch Rechtsakte der CPA und der irakischen Machthaber (u.a. infolge britisch-irakischer Vereinbarungen) offensichtlich erheblichen Einschränkungen unterlag. Wenn man berücksichtigt, dass der Haftaufenthalt in der britischen Militärbasis nach Beendigung der Besatzungsherrschaft nur mit Genehmigung der irakischen Behörden stattfinden konnte – die Kläger also auf ausdrückliche Anordnung eines irakischen Gerichts unter Arrest standen –, erscheint die Auffassung des britischen Appellationsgerichts gar nicht so abwegig. Wenn man jedoch davon ausgeht, dass Jurisdiktion eher tatsächliche Kontrollgewalt über die Kläger bedeutet (unabhängig von rechtlichen Grundlagen oder Beschränkungen), so ist die Anerkennung der britischen Jurisdiktion durch den EGMR zutreffend.

Die Bestimmungen der EMRK finden in Bezug auf bewaffnete Konflikte, Besatzungsregime oder internationale Krisenverwaltungen mit Si-

¹⁰¹ ECHR, *Al-Saadoon and Mufdhi against the United Kingdom* (No. 61498/08), Decision as to the Admissibility of Application, 30 June 2009, § 88.

¹⁰² ECHR, *Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* (No. 61498/08), Judgment of 2 March 2010, §§ 120–123, 143, 145, 178.

cherheit begrenzte Anwendung. Das eigentliche Problem liegt nicht so sehr im bewussten Ausschluss von Rechtsnormen der EMRK, sondern vielmehr in der Nichtanwendung einiger dieser Normen (wie es z.B. Art. 15, EMRK zulässt). Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit den oben erwähnten extraterritorialen Handlungen und den damit verbundenen völkerrechtlichen Regelungen¹⁰³.

Unabhängig davon, ob die extraterritoriale Jurisdiktion eines Staates aus einer militärischen Besatzungsherrschaft resultiert – deren Ausübung unterliegt dann den Beschränkungen des IHL bzw. teilweise auch der HRL –, kann der konkrete Wirkungsbereich dieser Herrschaft auch von einem Vertrag mit diesem Staat oder durch eine rechtlich bindende Sicherheitsratsresolution festgelegt werden. Die grundsätzliche Annahme, dass jede Norm der EMRK sowohl auf dem Boden ihrer Unterzeichnerstaaten als auch in deren extraterritorialen Handlungen Anwendung findet, erscheint wenig vernünftig (reasonable).

Großbritannien berief sich in der Frage der Auslieferungspflicht auf die mit dem Irak getroffene Vereinbarung (sowie auf das Fehlen der Rechtsgrundlagen für die Verlängerung des Haftaufenthalts der Kläger ab 1. Januar 2009). Man könnte fragen, was die britische Regierung hätte tun sollen, wenn ihr bezüglich der gefassten Verdächtigen von den irakischen Machthabern nicht versichert worden wäre, dass die Todesstrafe nicht zur Anwendung kommt. Bemerkenswerterweise schließt derartige Versicherung andere Formen von unmenschlicher Behandlung keineswegs aus. Es stellt sich also die Frage, wie man eine bestimmte Situation einschätzt und ob man dem Rechtssystem eines anderen Staates wirklich vertraut. Ginge man davon aus, dass die irakische Justiz generell ungerecht und parteiisch ist, würde das gesamte Prozedere der Festnahme, Inhaftierung und Überstellung verdächtiger Personen durch internationale Streitkräfte höchst fragwürdig erscheinen – ein Prozedere, das wohlgerne auf der Grundlage verbindlicher Resolutionen des UN-Sicherheitsrates geschaffen wurde. Unabhängig von der Todesstrafe ist also die rechtliche und faktische Bewertung fremder Bedrohungsszenarien in vielen Fällen äußerst schwierig¹⁰⁴.

Im Fall Al-Saadoon ging es auch um den Konflikt zwischen zwei völkerrechtlichen Verpflichtungen¹⁰⁵. Die Richter des EGMR gaben der

¹⁰³ Vgl. US Supreme Court, *Munaf v. Geren*, 128 S. CT. 2207 (2008); *J. T. Parry*, International Extradition, the Rule of Non-Inquiry, and the Problem of Sovereignty, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research 2010-4 – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508019

¹⁰⁴ ECHR, *Saadi v. Italy* (No. 37201/06), Judgment of 28 February 2008.

¹⁰⁵ In *The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division)*. On Appeal from the Divisional Court. *Al-Saadoon and Mufdhi v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWCA Civ 7, Judgment of 21 January 2009 (Lord Justice Laws): “50. (...) No doubt it will be a matter for assessment in any case (...) whether the international law obligations are so pressing, or operate on so wide a front, as in effect to deprive the relevant State Party of the

EMRK eindeutig den Vorrang. Diese Haltung kann man durchaus als umsichtige Entscheidung akzeptieren, wobei allerdings einige Zweifel bestehen bleiben. In anderen Fällen können jedoch von dieser Einschätzung abweichende Entscheidungen getroffen werden – je nach Sachlage und Charakter der relevanten Rechtsnorm. Vieles hängt auch davon ab, ob es um verbindliche Sicherheitsratsresolutionen geht, die Vorrang vor anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Staaten haben (siehe Art. 103, UN-Charta). Die HRL-Normen genießen nicht immer und nicht automatisch Vorrang vor anderen völkerrechtlichen Bestimmungen. Dies gilt insbesondere gegenüber Rechtsnormen, die als *lex specialis* gelten.

Auch die Frage, ob die von britischen Truppen in Afghanistan (ISAF-Einheiten) im Rahmen eines legalen Einsatzes gefassten mutmaßlichen Straftäter an afghanische Behörden auszuliefern sind, ist inzwischen Gegenstand britischer Rechtsprechung¹⁰⁶. Dieses Problem stellt sich vor dem Hintergrund der EMRK, insbesondere angesichts der drohenden Todesstrafe, Folterung oder unmenschlichen Behandlung bzw. Bestrafung (Art. 2 und 3, EMRK).

Das britische Gericht machte in dieser Frage zusätzliche, interessante Erläuterungen. Im Gegensatz zur Lage im Irak, wo die Sicherheitsratsresolution 1546 (2004) es ausländischen Truppen ausdrücklich erlaubt hatte, verdächtige Personen unter Arrest zu stellen oder sogar auf unbefristete Zeit zu internieren, verfügen die ISAF-Truppen in Afghanistan laut den Sicherheitsratsresolutionen 1386 (2001) und 1510 (2003) nicht über derartige Befugnisse und können mutmaßliche Straftäter in der Regel nur bis zu 96 Stunden lang festhalten. Anschließend müssen die Verdächtigen afghanischen Behörden überstellt oder freigelassen werden. Die Betroffenen dürfen jedoch nicht ausgeliefert werden, wenn tatsächlich das Risiko der Todesstrafe, Folterung oder unmenschlichen Behandlung besteht¹⁰⁷.

Dieses Risiko ist im Einzelfall sehr schwer einzuschätzen, da die Achtung der Menschenrechte sowohl in Afghanistan als auch in anderen Staaten, in denen ausländische Truppenkontingente im Einsatz sind, für gewöhnlich sehr zu wünschen übrig lässt¹⁰⁸. Einen Ausweg aus dieser schwie-

espace juridique which the article 1 jurisdiction demands”; siehe auch ECHR, Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom (No. 61498/08), Judgment of 2 March 2010, § 114.

¹⁰⁶ United Kingdom. In the High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court. The Queen (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence, Judgment of 25 June 2010 – Case No: CO/11949/2008 [2010] EWHC 1445 (Admin).

¹⁰⁷ The Queen (Anm. 106), §§ 17, 19, 22, 93; Memorandum of Understanding Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan Concerning Transfer by the United Kingdom Armed Forces To Afghan Authorities of Persons Detained in Afghanistan, 30 September 2006, §§ 2, 3.

¹⁰⁸ Siehe z.B. Amnesty International USA, Afghanistan Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity? (2007).

rigen Situation eröffnet der Versuch, diesen Militäreinheiten (möglichst durch internationale Vereinbarungen) eine entsprechende Kontrolle über die nationalen Gefängnisbehörden oder Sicherheitsdienste einzuräumen, denen die verdächtigen Personen überstellt werden sollen, was dem Urteil des britischen Gerichts entspricht¹⁰⁹. Daher können internationale Truppenkontingente die Einhaltung des Rechts durch nationale Behörden beeinflussen. Denn andernfalls müssten ausländische Truppen in einem Land die gesamte Last nationaler Untersuchungsverfahren und Strafprozesse auf sich nehmen, wozu sie in der Regel gar nicht befugt sind und was im Grunde genommen völlig unrealistisch ist.

Aus der vorab erläuterten Rechtsprechung lassen sich verschiedene Situationen klassifizieren, für die einzelne Maßstäbe angewandt werden.

Fälle, in denen es um die Verantwortlichkeit des Staates für Verstöße gegen das Verbot der Gewaltanwendung geht, gelangen nur selten auf die Tagesordnung internationaler Gerichte. Am bekanntesten sind die diesbezüglichen Urteile des IGH in den vorab erwähnten Rechtsstreitigkeiten Meerenge von Korfu, USA vs. Iran, Nicaragua vs. USA, Kongo vs. Uganda sowie Iran vs. USA. Diese Fälle betrafen hauptsächlich die Voraussetzungen für das Handeln eines Staates zum Zweck der Selbstverteidigung, und in einem gewissen Grade auch dessen Verantwortung für Handlungen irregulärer Truppen und Verstöße gegen das IHL. Die von Serbien und Montenegro gegen einige NATO-Staaten erhobene Klage hinsichtlich der illegalen Anwendung militärischer Gewalt in Zusammenhang mit der Situation im Kosovo wurde vom IGH aus formalrechtlichen Gründen gar nicht geprüft¹¹⁰.

Die Haltung des IGH in dieser Frage stützt sich auf zwei Grundsätze: 1) auf einem eng gefassten Begriff des bewaffneten Angriffs, der die Selbstverteidigung einschränkt und 2) auf der Festlegung von hohen Mindeststandards für vollständige Abhängigkeit oder wirksame Kontrolle, wodurch ein Staat für Maßnahmen irregulärer Truppen nicht mehr so leicht

¹⁰⁹ The Queen (Anm. 106): “We have concluded, after some hesitation, that UK-captured detainees could now be transferred to NDS [National Directorate of Security, JK] Kandahar without a real risk of their being subjected to torture or serious mistreatment at the hands of the NDS, *provided that* the existing safeguards are strengthened by observance of the following conditions: (i) all transfers must be made on the express basis (spelling out the requirements of the MoU [Memorandum of Understandings, JK] and EoL [Exchange of Letters, JK]) that the UK monitoring team is to be given access to each transferee on a regular basis, with the opportunity for a private interview on each occasion; (ii) each transferee must in practice be visited and interviewed in private on a regular basis; and (iii) the UK must consider the immediate suspension of further transfers if full access is denied at any point without an obviously good reason (we have in mind circumstances such as a security alert) or if a transferee makes allegations of torture or serious mistreatment by NDS staff which cannot reasonably and rapidly be dismissed as unfounded” (§ 320).

¹¹⁰ ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal, United Kingdom, Netherlands, Italy, Germany, Canada, France, Belgium), Judgment of 15 December 2004.

verantwortlich gemacht werden kann. Wenn diese Zurechenbarkeit aufgrund von vollständiger Abhängigkeit oder wirksamer Kontrolle nicht möglich ist, konzentriert sich der IGH auf die Verantwortlichkeit eines Staates infolge fehlender Sorgfalt. In der internationalen Praxis zeigt sich jedoch neuerdings die Tendenz, bei bewaffneten Angriffen seitens nicht-staatlicher Akteure die militärische Selbstverteidigungsreaktion des Opferstaates als legal zu betrachten.

Was die Verantwortlichkeit für die Folgen von Gewaltanwendung (Verstöße gegen das IHL/HRL) angeht, so kann diese aus den Handlungen von Staatsorganen oder nichtstaatlichen Akteuren resultieren.

A) Im Falle der Handlungen von staatlichen *de iure* Organen ergibt sich die Zurechenbarkeit bestimmter Akte aus der faktisch ausgeübten Gewalt in Form der wirksamen Kontrolle, die sich jedoch nicht so sehr auf die Täter (*de iure* Organe), sondern vielmehr auf die auf fremdem Staatsgebiet infolge einer bestimmten Handlung geschädigten Opfer bezieht (spezifisches personell-territoriales Bewertungskriterium). Diese Gewalt (legal oder illegal) kann ganz verschiedene Formen annehmen – von militärischer Besatzungsherrschaft über militärische Präsenz (die aber keine Okkupation ist) bis zu den unterschiedlichsten Arten internationaler Verwaltung in Krisengebieten nach militärischen Konflikten¹¹¹.

In den Fällen *Banković* und *Al-Skeini* (bei fünf Opfern) konstatierten die Gerichte eine fehlende wirksame Kontrolle der Staatsorgane über das jeweilige Territorium, auf dem es angeblich zu Verstößen gegen die EMRK gekommen war. Im Fall *Al-Skeini* machten die Richter aber geltend, dass der britische Staat für den Tod eines anderen irakischen Bürgers infolge schlechter Behandlung verantwortlich sei, da er eine wirksame Kontrolle über das Territorium der britischen Militärbasis ausgeübt habe. Im Fall *Smith* hingegen bestätigte der Supreme Court die Auffassung, dass sich die Jurisdiktion im Sinne von Art. 1, EMRK und die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Großbritanniens nur auf das (ausländische) Gebiet beschränken, auf dem der britische Staat eine wirksame Kontrolle ausübt.

Andere Urteile heben sich von der oben skizzierten territorialen Jurisdiktion jedoch deutlich ab. Im Fall *Öcalan* stellte der EGMR eine wirksame Kontrolle der Türkei über das Opfer der potentiellen Menschenrechtsverletzung fest. Dagegen konnte im Fall *Issa* der Täter nicht ermittelt werden, wobei die faktische Kontrolle Ankaras über einen bestimmten Sektor des irakischen Staatsgebiets angezweifelt wurde. Diesem Urteil ist

¹¹¹ Vgl. *R. Wilde*, *International Territorial Administration. How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, 2008; *H. F. Kiderlen*, *Von Triest nach Osttimor. Der völkerrechtliche Rahmen für die Verwaltung von Krisengebieten durch die Vereinten Nationen*, 2008; *D. S. Smyrek*, *Internationally Administered Territories – International Protectorates? An Analysis of Sovereignty Over Internationally Administered Territories With Special Reference to the Legal Status of Post-War Kosovo*, 2006.

jedoch zu entnehmen, dass der EGMR der Türkei eine Verantwortlichkeit für extraterritoriale Maßnahmen seiner Truppen auf der Grundlage der wirksamen Kontrolle gegenüber zivilen Opfern sogar bei fehlender effective control über das fremde Gebiet einräumen würde. In diesem Sinne urteilte der EGMR auch im Fall *Medvedyev*.

Andere Bewertungsmaßstäbe müssen hingegen hinsichtlich der Auslieferung der von Truppen der EMRK-Unterzeichnerstaaten inhaftierten Rebellen bzw. anderer verdächtiger Personen angelegt werden, wenn diesen die Anwendung der Todesstrafe oder unmenschliche Behandlung droht. Im Fall *Al-Jedda* vertraten die Richter die Auffassung, dass die Internierungshaft im Irak das Werk britischer Truppen (und nicht der UNO) gewesen sei. Dennoch sei die Anwendung der EMRK in diesem Bereich infolge des Vorrangs der rechtlich bindenden Sicherheitsratsresolution, die eine Internierungshaft aus Sicherheitsgründen zulässt, beschränkt worden. Eine ähnliche Linie verfolgten die britischen Gerichte im Fall *Al-Saadoon and Mufdhi*, als sie den irakisch-britischen Vereinbarungen Vorrang gegenüber den Bestimmungen der EMRK einräumten. Im Fall *The Queen (on the application of Maya Evans)* machte das Gericht die Auslieferung der von britischen Truppen gefassten Rebellen an die afghanischen Behörden von der tatsächlich ausgeübten Kontrolle und Überwachung der Lage in den afghanischen Gefängnissen abhängig.

In dem vor dem IGH seit 2008 geführten Rechtsstreit zwischen Georgien und Russland¹¹² läuft die Beweisführung Moskaus darauf hinaus, über Abchasien und Südossetien, in denen möglicherweise das Internationale Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung verletzt wurde, keine Kontrolle ausgeübt zu haben. Die russische Seite beruft sich auch darauf, dass dieses Übereinkommen keine extraterritoriale Anwendung finde¹¹³. In ihren ersten Beschlüssen stellten die Richter jedoch ausdrücklich fest, dass die Rechtsnormen des HRL auch extraterritoriale Geltung besitzen¹¹⁴.

In seinem Gutachten zum israelischen Mauerbau (2004) befasste sich der IGH vor allem mit Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht (unter marginaler Berücksichtigung der Selbstverteidigungsproblematik) und

¹¹² ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Application Instituting Proceedings, August 12, 2008.

¹¹³ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia. Report (September 2009), Vol. II, S. 308/309. Vgl. auch ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Wednesday 10 September 2008, at 4.30 p.m., CR 2008/27, Mr. Kolodkin, Russian Federation's Agent, S. 45; ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Monday 8 September 2008, at 3 p.m., CR 2008/23, Mr. Kolodkin (Russia), § 14.

¹¹⁴ ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Request for the Indication of Provisional Measures – Order (15 October 2008): "109. [T]he Court observes that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application".

betonte, dass die Verantwortung Israels für Menschenrechtsverletzungen aus der Kontrolle (Okkupation) resultiere, die Tel Aviv auf dem besetzten Gebiet ausübe¹¹⁵. In Zusammenhang mit den israelischen Militäroperationen im Libanon (2006) und im Gaza-Streifen (2008/2009) ergaben sich hingegen strittige Fragen zur Legalität von Gewaltanwendung zwecks Selbstverteidigung und zur Verantwortlichkeit für die Achtung des humanitären Völkerrechts bzw. der Menschenrechte.

Die lokale Hoheitsgewalt in den autonomen Palästinensergebieten gründet auf einer Vereinbarung mit Israel. Die Herrschaft im Gaza-Streifen hat derzeit die Hamas, die mit den im Westjordanland regierenden Machthabern der autonomen Gebiete in Konflikt steht. Der Gaza-Streifen ist jedoch kein eigener Staat und kein Staat erhebt Anspruch auf dieses Territorium. Nach Ansicht einiger Nahost-Experten fungiert Israel als Besatzungsmacht im Gaza-Streifen. Diese Hypothese erscheint allerdings nicht sehr überzeugend, da sich die israelischen Truppen bereits 2005 ganz aus dem Gaza-Streifen zurückzogen. Eine derartige Okkupation erfüllt nicht die Kriterien der wirksamen Kontrolle. Denn trotz des begrenzten Einflusses Tel Avivs auf die Situation im Gaza-Streifen haben dessen Machthaber – die Hamas – auch weiterhin die Oberhand und tragen die Hauptverantwortung für die Lage in diesem Gebiet – sowohl für die von dort aus durchgeführten militärischen Angriffe auf den israelischen Nachbarn als auch für den unterlassenen Schutz der Menschenrechte¹¹⁶. Man kann z.B. den israelischen Staat gemäß dem in den Fällen *Ilaşcu* oder *Loizidou* formulierten Grundsatz wohl kaum für die Folterungen in den palästinensischen Gefängnissen¹¹⁷ verantwortlich machen.

¹¹⁵ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, §§ 111–112.

¹¹⁶ Article 42 of the 1907 Hague Regulation: “Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”; In the Supreme Court sitting as the High Court of Justice (HCJ 9132/07), *Gaber Al-Bassiouni v. Prime Minister*, Judgment of 30 January 2008: “[S]ince September 2005, Israel no longer has effective control over what takes place within the territory of the Gaza Strip. (...) In these circumstances, under the international law of occupation, the State of Israel has no general obligation to care for the welfare of the residents of the Strip or to maintain public order within the Gaza Strip. Israel also does not have the effective capability, in its current status, to maintain order and manage civilian life in the Gaza Strip” (§ 12).

Y. Shany, Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza After Israel’s Disengagement, International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, Research Paper No. 12–06 (August 2006): “[I]n order to identify the ultimate power of government in Gaza one should engage in a comparative analysis of the degree of effective control exercised by the two competing sources of authority. This comparative analysis suggests after the Israeli disengagement, the PA is better situated than Israel to exercise most powers of government in the Gaza Strip and that, as a result, it is difficult to continue and regard Israel as the occupying power in Gaza under the traditional law of occupation”.

¹¹⁷ Vgl. The Palestinian Human Rights Monitoring Group. Annual Report 1999,

Vor diesem Hintergrund entsteht eher der Eindruck, dass die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Israels für die Lage im Gaza-Streifen nicht aus der vermuteten Besatzungsherrschaft resultiert, sondern aus dem sog. Belagerungszustand¹¹⁸. Aufgrund dessen ist die israelische Regierung verpflichtet, zumindest in einem begrenzten Bereich die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts und die internationalen Rechtsnormen zum Schutz der Menschenrechte einzuhalten. Dieser Fall beweist, dass der Begriff der Kontrolle sehr verschiedene Abstufungen aufweisen kann und der Terminus Besatzungsherrschaft (Okkupation) keineswegs eindeutig ist.

Wenn es infolge eines bewaffneten Konflikts zur militärischen Besetzung eines fremden Staatsgebiets kommt, sind zwei Varianten der Okkupation möglich: Entweder tritt die Besatzungsmacht unverzüglich an die Stelle der lokalen Hoheitsgewalt oder sie schafft sich lediglich eine geeignete Ausgangslage für die potentielle Machtübernahme zu einem von ihr gewünschten Zeitpunkt¹¹⁹. Im Urteil Kongo vs. Uganda hielt der IGH die tatsächliche Ausübung der Herrschaft im besetzten Staatsgebiet für notwendig, um die Besatzungsmacht für den Mangel an Sorgfalt bei der Vorbeugung von Verstößen gegen das IHL/HRL seitens irregulärer Truppen verantwortlich machen zu können. Zugleich betonten die Richter, dass ein Staat in allen Fällen (at all times) für die von seinen de iure Organen begangenen Rechtsverletzungen auf dem von ihm kontrollierten Gebiet verantwortlich sei (d.h. auch dann, wenn keine Okkupation statt findet)¹²⁰.

B) Bei den völkerrechtswidrigen Handlungen nichtstaatlicher Akteure (irregulärer Truppen oder Machtstrukturen) geht es darum, dass auf einem Staatsgebiet eine faktische Herrschaft ausgeübt wird, die sich von der dortigen staatlichen Hoheitsgewalt unterscheidet. Wenn ein Staat diese auf ausländischem Territorium existierenden nichtstaatlichen Strukturen un-

Vol. 4/1, March 2000 (Punkt 4) – <http://www.phrmg.org/monitor2000/mar2000-torture.htm>

¹¹⁸ Y. Shany, The Law Applicable to Non-occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel, International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, Research Paper No. 13–09 (February 25, 2009): “The characterization of the situation in Gaza as a siege implies that Israel owes certain obligations to the residents of Gaza. But siege is not occupation; and the uncommon sequence of events in Gaza – an occupation scaled down into a state of siege (...) – does not negate the distinction between the two legal statuses” (S. 8). “[I]nternational human rights law may serve as the ‘missing link’ between Israel’s *de facto* power over Gaza (which falls short, according to the Court, of ‘effective control’) and the obligation to provide basic supplies to Gaza” (S. 12). “(...) Arguably, even if Israel does not exercise effective control over Gaza it surely has ‘decisive influence’ over life in Gaza; thus, according to the *Ilaşcu* judgment, Israel would incur certain positive obligations *vis-à-vis* the population of Gaza” (S. 14).

¹¹⁹ E. Benvenisti, The Law on the Unilateral Termination of Occupation, in *Th. Giegerich* (ed.), Anm. 79, S. 372.”

¹²⁰ Vgl. ICJ, Congo v. Uganda, Judgment of 19 December 2005, §§ 173, 179, 180.

terstützt, hängt seine Verantwortlichkeit von der unterschiedlich definierten Kontrolle ab, die er über diese Strukturen ausübt.

Vor dem Hintergrund der Verletzung des Gewaltverbots und der Beachtung des IHL durch nichtstaatliche Akteure machen die vom IGH herangezogenen Maßstäbe der vollständigen Abhängigkeit und wirksamen Kontrolle die Verantwortlichkeit des Staates vom Grad der von ihm ausgeübten Kontrolle aller bzw. bestimmter Maßnahmen dieser Akteure abhängig. Diese Kriterien beziehen sich also auf die staatliche Kontrolle des völkerrechtswidrig handelnden Täters (und nicht auf die Kontrolle des jeweiligen Staatsgebiets oder Opfers) – z.B. Nicaragua vs. USA, Kongo vs. Uganda, Bosnien-Herzegowina vs. Serbien und Montenegro. Derart verstandene Standardkriterien erschweren jedoch die Zurechenbarkeit staatlicher Verantwortlichkeit.

Der EGMR richtet sich hingegen nach dem Maßstab der allgemeinen Kontrolle, ähnlich wie der IStGHJ oder der IStGH. Dieses Standardkriterium wird einerseits im Kontext eines militärischen Konflikts und des staatlichen Einflusses auf irreguläre Truppen bzw. Machtstrukturen in Anspruch genommen – d.h. es bezieht sich vor allem auf die allgemeine Kontrolle des Täters (z.B. IStGHJ-Urteil im Fall Tadić, IStGH im Fall Lubanga). Man beruft sich auf dieses Kriterium aber auch unabhängig von etwaigen bewaffneten Konflikten angesichts der militärischen Präsenz eines Staates auf fremdem Territorium in denjenigen Fällen, in denen der besagte Staat dieses Territorium und die dort existierenden irregulären Truppen bzw. Machtstrukturen bis zu einem gewissen Grade kontrolliert. Es geht dabei also um die Kontrolle des Täters unter Berücksichtigung der dabei teilweise ausgeübten territorialen Kontrolle (Urteile des EGMR in den Fällen Loizidou bzw. Ilaşcu).

Die Festlegung der Bandbreite extraterritorialer Jurisdiktion und völkerrechtlicher Verantwortlichkeit hängt daher vom unterschiedlich definierten Begriff der tatsächlich ausgeübten Kontrolle ab, die in diesem Zusammenhang das maßgebliche Kriterium bildet. Je nach jeweiligen Begleitumständen kann sich diese Kontrolle auf Täter, Opfer oder Territorium sowie auf sämtliche oder nur wenige Handlungen beziehen. Diese Kontrolle kann ferner Verstöße gegen das Gewaltverbot oder das IHL/HRL betreffen sowie kurz- oder langfristigen Charakter haben. Wichtig ist ferner die Unterscheidung zwischen extraterritorialen Akten von de iure Staatsorganen und Handlungen nichtstaatlicher Akteure sowie die Frage, ob ein internationaler bewaffneter Konflikt besteht oder nicht. Was den territorialen Aspekt anbelangt, so entspricht die ausschließliche Begrenzung der Verantwortlichkeit eines Staates auf die von ihm ausgeübte effective control über ein Territorium wohl nicht dem komplexen Charakter einzelner Situationen oder Maßnahmen.

c) *Kontroversen um den Maßstab der allgemeinen Kontrolle*

Ohne die Standardkriterien der vollständigen Abhängigkeit oder wirksamen Kontrolle grundsätzlich in Abrede stellen zu wollen, zeigt sich immer deutlicher, dass die ausschließliche Begrenzung auf diese Bewertungsmaßstäbe der komplizierten internationalen Wirklichkeit nicht gerecht wird.

Der Maßstab der allgemeinen Kontrolle ist indessen eher als Ergänzung gedacht, obwohl er immer wieder Anlass zu Kritik bietet. Nach Ansicht einiger Autoren¹²¹ bezieht sich dieses Kriterium nämlich nur auf die Ermittlung der faktischen Gewalt eines Staates über ein fremdes Territorium – und nicht auf die Urheber der dort begangenen Rechtsverletzungen. Daher habe die Ermittlung der allgemeinen Kontrolle nach Auffassung der Kritiker nicht automatisch zur Folge, dass ein Staat für sämtliche Rechtsverstöße auf dem jeweiligen Territorium verantwortlich gemacht werden kann. Wenn Verstöße gegen das IHL/HRL von de iure Staatsorganen (z.B. Armee) begangen worden sind, rechnet man in der Regel dem betreffenden Staat diesen extraterritorialen Gewaltakt und die damit verbundene Verantwortung zu, da der Staat geltendes Recht nicht eingehalten hat (negative Verpflichtung, d.h. nicht verletzen). Wenn die Rechtsverletzung jedoch von einer vom Staat unterstützten irregulären Herrschaftsstruktur auf lokaler Ebene begangen wurde, ist der Staat nicht für diese Rechtsverletzung an sich, sondern für die fehlende eigene Sorgfalt bei der Sicherung des Rechts durch lokale Herrschaftsstrukturen verantwortlich (positive Verpflichtung, d.h. sicherstellen – to secure, to ensure).

Diese Auffassung erscheint jedoch nicht sehr überzeugend, wobei die Konsequenzen nicht zufriedenstellend wären¹²².

Erstens ist die Zurechenbarkeit der Verantwortlichkeit eines Staates für Rechtsverstöße seiner de iure Organe grundsätzlich naheliegend. Um einen Staat für extraterritoriale IHR/HRL-Verletzungen durch seine de iure Organe zur Verantwortung ziehen zu können, muss das Standardkriterium der wirksamen Opferkontrolle tatsächlich erfüllt sein. Diese Verknüpfung erscheint überaus vernünftig.

Abgesehen von der Ermittlung einer konkreten Rechtsverletzung ist es von wesentlicher Bedeutung, welchem Subjekt diese zugerechnet wird bzw. wer die völkerrechtliche Verantwortung dafür zu übernehmen hat – insbesondere bei Handlungen nichtstaatlicher Subjekte. Nach Auffassung des IGH kann ein Staat diesbezüglich nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn die irregulären Subjekte (Täter) vollständig von ihm abhängig sind bzw. wirksam kontrolliert werden. Wenn dies nicht der Fall

¹²¹ Vgl. *M. Milanović*, *From Compromise* (Anm. 83), (Punkt 5 C).

¹²² Treffend begründet dies *A. Cassese*, *The Nicaragua and Tadić Tests* (Anm. 64), S. 649–668.

ist, kann der betreffende Staat allenfalls für mangelnde Sorgfalt bei der Verhütung von Rechtsverletzungen durch nichtstaatliche Akteure verantwortlich gemacht werden (d.h. Verantwortung des Staates für eigenes Handeln bzw. Unterlassen und nicht für das Handeln des Täters). Im Grunde genommen favorisiert der IGH damit stillschweigend die Konzeption einer allgemeinen Kontrolle – allerdings nur in Bezug auf fehlende Sorgfalt. Denn staatliche Verantwortung für den Mangel an eigener Sorgfalt entsteht lediglich dann, wenn man eine gewisse Einflussnahme des Staates auf den Täter voraussetzt.

Indessen gehen internationale Gerichte, die den Maßstab der allgemeinen Kontrolle übernehmen, davon aus, dass die faktische Gewalt auf einem Territorium nicht nur von den *de iure* Organen des unterstützenden Staates ausgeübt wird, sondern auch durch die von diesem Staat faktisch abhängigen irregulären Machtstrukturen vor Ort. Infolge dessen weist man dem betreffenden Staat auf der Basis faktengestützter Vermutungen nicht ohne logischen Grund die Verantwortung für Handlungen nichtstaatlicher Akteure zu (Loizidou oder Ilaşcu).

Zweitens erscheint vor dem Hintergrund der Verantwortlichkeit eines Staates für Handlungen nichtstaatlicher Akteure die Unterscheidung zwischen territorialer Kontrolle und Täterkontrolle nicht sehr zweckdienlich. Denn die Kontrolle über ein Gebiet ist keine abstrakte Größe und zielt natürlich stets darauf ab, auch die Kontrolle (bzw. Einfluss) über einen potentiellen Täter und sein Handeln zu gewinnen. Diese staatliche Kontrolle resultiert u.a. aus Waffenlieferungen, der Organisation der Machtstrukturen des Täters oder der Koordinierung seiner Vorgehensweise. Sie kann aber auch aufgrund der Präsenz von Truppeneinheiten des besagten Staates auf fremdem Territorium entstehen. Es geht also um den Einfluss eines Staates auf eine irreguläre Machtstruktur vor Ort, d.h. um zwei verschiedene Herrschaftsstrukturen.

Die militärische Präsenz eines Staates auf fremdem Territorium kann höchst imposant ausfallen oder nur von rein symbolischer Stärke sein – z.B. militärische Besetzung des Gaza-Streifens durch Israel bis 2005; anstelle einer Besetzung, zahlenstarke Präsenz türkischer Truppen in Nordzypern; anstelle einer Besetzung, geringe Anzahl russischer Truppen in Transnistrien; keine Truppen der Bundesrepublik Jugoslawien in Bosnien-Herzegowina. Auffallend ist, dass *effective control* oder *overall control* nicht in jedem Fall mit Besatzungsherrschaft identisch sind. Höchst unterschiedlich ist in diesem Zusammenhang der tatsächliche Einfluss des Staates, der nicht unbedingt aus der wirksamen Kontrolle über das Territorium resultieren muss.

Drittens begünstigt die oben skizzierte Auffassung potentielle Rechtsverstöße von irregulären Truppen bzw. Machtstrukturen (u.a. terroristischen Vereinigungen) und schwächt zugleich die Verantwortlichkeit der

sie aktiv unterstützenden Staaten¹²³. Einen Staat, der Einfluss auf derartige Gruppierungen hat, für fehlende Sorgfalt verantwortlich zu machen, kann leicht dazu führen, dass man in ein völkerrechtliches Vakuum abgeleitet.

Warum sollte man den Rechtsverletzungen der serbischen Truppen in Bosnien oder den Rechtsbeugungen der Machthaber Transnistriens bzw. Nordzyperns juristisch den Weg ebnen?¹²⁴ Ganz ähnliche Fragen stellen sich angesichts der Lage in Abchasien und Südossetien¹²⁵. Warum also sollte man die Augen verschließen und die Verantwortlichkeit derjenigen Staaten einschränken, die die Rechtsverstöße der von ihnen unterstützten irregulären Gruppierungen tolerieren?

Es ist nämlich ein Unterschied hinsichtlich der mangelnden Sorgfalt eines Staates, ob der Staat lediglich über einen geringen Einfluss auf den Täter verfügt und auf diesen Einfluss aus verschiedenen Gründen verzichtet oder ob die unterlassene Sorgfaltspflicht in den Kontext der massiven, vielfältigen Unterstützung des Täters zu stellen ist, wobei diese Unterstützung manchmal auch bestimmte Formen der aktiven staatlichen Teilnahme an Rechtsverletzungen annehmen kann (wie z.B. Mittäterschaft oder Beihilfe), die die Verantwortlichkeit eines Staates zusätzlich begründen.

Grundsätzlich ist es sicherlich richtig, bei der Ermittlung der Verantwortlichkeit eines Staates für Handlungen nichtstaatlicher Akteure differenzierte Bewertungsmaßstäbe anzulegen. Denn während die Kontrolle des Staates im Falle von *de iure* Staatsorganen offensichtlich ist, übt ein Staat bei der Unterstützung nichtstaatlicher Akteure in der Regel eine schwächere Kontrolle aus und rechnet bewusst mit dem Risiko von Rechtsverletzungen dieser Akteure, wobei er jegliche Verantwortung von sich weisen möchte. Der Begriff der Kontrolle bringt jedoch erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung und Bewertung der Faktenlage mit sich. Denn es ist festzustellen, welche Rolle ein Staat bei der Organisation, Koordination und Planung von Rechtsverletzungen irregulärer Gruppierungen spielte bzw. ob er dabei sogar konkrete Anweisungen erteilte.

Schwankt also der Bewertungsrahmen der Zurechenbarkeit für Handlungen nichtstaatlicher Akteure allein zwischen der vollständigen Abhängigkeit bzw. wirksamen Kontrolle des Staates und der begrenzten eigenen Verantwortung des Staates aufgrund fehlender Sorgfalt? Eine Variante besteht in der Anwendung des Maßstabs der allgemeinen Kontrolle, der durchaus vernünftig erscheint, aber nicht leicht zu erfüllen ist. Dieser Maßstab hat allerdings den Vorteil, dass sich die Verantwortlichkeit eines

¹²³ Vgl. ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Monday 8 September 2008, at 3 p.m., Verbatim Record, CR 2008/23; Mr. Zimmermann (Agent for Russia) argumentiert für die Schwächung der staatlichen Verantwortlichkeit (§§ 42, 45).

¹²⁴ ECHR, *Cyprus v. Turkey* (No. 25781/94), Judgment of 10 May 2001, § 78.

¹²⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly – Resolution 1647 (2009), 28 January 2009, § 14.

Staates für IHL/HRL-Verstöße irregulärer Gruppierungen leichter zurechnen lässt. Es ist ferner davon auszugehen, dass dieses Standardkriterium ein umsichtigeres Verhalten derjenigen Staaten erzwingt, die derartige Gruppierungen ernsthaft unterstützen und so zu einer stärkeren Beachtung der IHL/HRL-Normen führt.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Maßstab der allgemeinen Kontrolle weder revolutionär noch irrational ist. Daher lässt er sich ebenso gut begründen wie andere Bewertungsmaßstäbe, obgleich er nicht für jede Situation anwendbar ist. Das Standardkriterium der allgemeinen Kontrolle ergab sich aus der jüngeren Entwicklung der internationalen Staatenpraxis und signalisiert neue Sicherheitsbedürfnisse. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung mit der Zeit eine umfassendere rechtliche Begründung dieses Maßstabs bieten wird, der trotz so mancher kritischer Stimme bereits juristische Existenzberechtigung besitzt.

4. Militäroperationen und die Verantwortlichkeit internationaler Organisationen

Verantwortung für die Folgen von Gewaltanwendung entsteht auch durch die vielfältige Tätigkeit internationaler Organisationen. Denn unter deren Schirmherrschaft oder Kontrolle werden oftmals zahlreiche Operationen durchgeführt. Dabei kommt es auch zu Verstößen gegen die IHL/HRL-Normen. Unabhängig vom Problem der individuellen Täterverantwortung stellt sich die Frage, wer letztlich für etwaige Rechtsverletzungen während dieser Operationen die Verantwortung trägt – die internationale Organisation selbst oder nur einige ihrer Mitgliedsstaaten?¹²⁶

In Hinblick auf die Anwendung der EMRK tauchte anhand der Fälle *Behrami* und *Saramati* (2007) das Problem auf, ob und inwieweit Menschenrechtsverletzungen einer internationalen Organisation angelastet werden konnten. Im ersten Fall ging es um Fahrlässigkeit bei der Entminung eines Gebietsabschnitts im Kosovo, was den Tod bzw. die Verwundung von Kindern zur Folge hatte. Im Fall *Saramati* kam es hingegen zu Internierungen aufgrund von Sicherheitserwägungen. Entscheidend war in diesen beiden Fällen, ob die klageführenden Personen der Jurisdiktion (Art. 1 EMRK) der angeklagten Staaten unterlagen, deren Truppen die besagten Handlungen fahrlässig unterließen bzw. begingen. Dabei stellte sich zugleich die Frage, ob die Verantwortung für diese Situation lediglich ein-

¹²⁶ *S. Talmon*, A Plurality of Responsible Actors: International Responsibility for Acts of the Coalition Provisional Authority in Iraq, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 25/2007, September 2007; *D. Sarooshi*, Some Preliminary Remarks on the Conferral by States of Powers on International Organizations, Jean Monnet Working Paper No. 4/2003.

zelne Staaten tragen oder auch die internationalen Organisationen, die im Kosovo internationale Herrschaftsstrukturen geschaffen haben.

Der EGMR vertrat inzwischen die Auffassung, dass die UNO gemäß der Sicherheitsratsresolution 1244 (1999) einige ihrer Kompetenzen an KFOR- und UNMIK-Truppen (die sich aus nationalen Kontingenten zusammensetzen) delegiert und beide Organisationen zur Durchführung aller notwendigen Maßnahmen (all necessary means) ermächtigt habe. Was die KFOR-Truppen anbelangt, so lag die höchste Gewalt und Kontrolle (ultimate authority and control) beim UN-Sicherheitsrat, während die operative Kommandogewalt (effective command of the relevant operational matters) der NATO oblag. Die UNMIK wurde indessen als Hilfsorgan anerkannt, das dem Sicherheitsrat unmittelbar und uneingeschränkt unterlag. Der EGMR stellte ferner fest, dass sich der Kosovo unter der wirksamen Kontrolle (effective control) internationaler Herrschaftsstrukturen befunden habe und wies die Klagen gegen einzelne Staaten in Hinblick auf EMRK-Verletzungen aufgrund mangelnder Kompetenz *ratione personae* mit dem Hinweis ab, dass man die den Staaten zur Last gelegten Handlungen bzw. Unterlassungen der UNO zurechnen könne¹²⁷. Zugleich hoben die Richter hervor, dass sie nicht befugt seien, die Legalität von Sicherheitsratsresolutionen zu prüfen, da sie dadurch u.a. die konkreten Ausführungsbedingungen der Resolutionen gerichtlich aufzwingen würden¹²⁸.

Der Fall *Berić v. Bosnia-Herzegowina* (2007) betraf EMRK-Verstöße (fehlendes wirksames Rechtsmittel) vor dem Hintergrund der Tätigkeit des Hohen Repräsentanten, der infolge des Dayton-Abkommens von 1995 eingesetzt wurde, um die praktische Umsetzung dieses Abkommens zu überwachen. Unter Berufung auf seine Befugnisse entfernte der Hohe Repräsentant mehrere Personen von ihren bisherigen Positionen in Staat und Partei und versperrte ihnen gleichzeitig den Zugang zu anderen öffentlichen Ämtern. Welche Verantwortlichkeit kommt hier zur Geltung?

Nach Auffassung des EGMR genoss gemäß Art. 103, UN-Charta die im Rahmen von Kapitel VII, UN-Charta, beschlossene und rechtlich bindende Sicherheitsratsresolution 1031 (1995) in diesem Fall Vorrang vor der EMRK. Denn kraft dieser Resolution (sowie späterer Rechtsakte) verfügte der Hohe Repräsentant über zahlreiche vom UN-Sicherheitsrat übertragene Befugnisse (z.B. internationale Verwaltungshoheit), da jener die wirksame und allgemeine Kontrolle (effective overall control) ausübte. Laut EGMR trägt also im Endeffekt die UNO die potentielle Verantwortung. Das Gericht wies die Klage mit dem Hinweis auf die mangelnde ei-

¹²⁷ ECHR, *Behrami v. France* (No. 71412/01) and *Saramati v. France, Germany and Norway* (No. 78166/01), Decision of 2 May 2007, §§ 70, 130, 133, 136, 138, 141, 142, 143.

¹²⁸ ECHR, *Behrami v. France* (No. 71412/01) and *Saramati v. France, Germany and Norway* (No. 78166/01), Decision of 2 May 2007, §§ 106, 149.

gene Kompetenz *ratione personae* ab¹²⁹. Ähnliche Argumentationslinien tauchen auch in anderen EGMR-Urteilen auf¹³⁰.

Sowohl das richterliche Fazit als auch die rechtliche Urteilsbegründung in den Fällen Behrami und Saramati lösen gewisse Bedenken aus¹³¹.

Das grundlegende Problem drückt sich in der Frage aus, wem die Verantwortung für das Handeln bzw. fehlende Handeln zuzurechnen ist: internationalen Organen bzw. Organisationen (UNO, NATO, KFOR, UNMIK) oder einzelnen Staaten, die diesbezüglich militärisches oder ziviles Personal zur Verfügung stellten? Die Frage ist zutreffend, aber der Fehler dieser Urteilsprüche besteht darin, das Denkmodell der Kompetenzübertragung als Hauptkriterium für die Zurechenbarkeit von Verantwortung heranzuziehen.

Der EGMR ging nämlich davon aus, dass der entscheidende Bewertungsmaßstab in der durch die Sicherheitsratsresolution verfügten höchsten Gewalt liegt, wobei die operative Kommandogewalt einzelner Truppenkontingente lediglich ein Effekt der Kompetenzübertragung des Sicherheitsrates gemäß der Resolution sei. Auffallend ist, dass sich die konkreten Regeln der Kompetenzübertragung in den vorab erwähnten Fällen aus dem Recht der internationalen Organisation ergeben und dazu dienen, die Kompetenzaufteilung und Legalität der Kompetenzübertragung zu bestimmen. Diese Regeln müssen jedoch nicht vorwegnehmen, wem ein bestimmter Akt oder eine potentielle Verantwortlichkeit zuzurechnen ist. Darüber hinaus übt ein Rechtsorgan gemäß dem klassischen Modell der Kompetenzübertragung die ihm übertragenen Befugnisse in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus (im Unterschied zur sog. *délégation de la signature*).

Daher ist danach zu fragen, ob ein an einer Militäroperation teilnehmender Staat dabei lediglich als Vollzugsinstanz (*organ, agent*) des Willens und der Befugnisse einer internationalen Organisation agiert, oder ob er dieser eigene Kontingente an Zivilpersonal und Truppen zur Verfügung

¹²⁹ ECHR, *Berić and others against Bosnia and Herzegovina* (No. 36357/04), Judgment of 16 October 2007, §§ 27, 28, 29, 30.

¹³⁰ ECHR, *Gajic v. Germany* (No. 31446/02), Decision of 28 August 2007; ECHR, *Kasumaj v. Greece* (No. 6974/05), Decision of 5 July 2007; ECHR, *Kyriakoula Stephens against Cyprus, Turkey and the United Nations* (No. 45267/06), Decision of 11 December 2008.

¹³¹ *M. Milanović, T. Papić*, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law, International and Comparative Law Quarterly*, 2009, Vol. 58/2, S. 267–296; *H. Krieger*, *A Credibility Gap: The Behrami and Saramati Decision of the European Court of Human Rights*, *Journal of International Peacekeeping*, 2009, Vol. 13, S. 159–180; *K. M. Larsen*, *Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test*, *EJIL*, 2008, Vol. 19/3, S. 509–531; siehe auch ILC, *Seventh report on responsibility of international organizations*, by Giorgio Gaja, *Special Rapporteur (A/CN.4/610)*, 27 March 2009: "It would be difficult to accept, simply on the strength of the judgment in Behrami and Saramati, the criterion there applied as a potentially universal rule. Also as a matter of policy, the approach taken by the European Court of Human Rights is unconvincing" (§ 30).

stellt, die im Rahmen der Operation in ihren Entscheidungen bzw. in struktureller Hinsicht teilweise autonom sind. Im ersteren Fall ist lediglich die Vorgehensweise der internationalen Organisation zu bewerten, der sämtliche Handlungen zugerechnet werden¹³². Im anderen Fall hingegen gestaltet sich die Lage schon etwas komplizierter, da einige Handlungen dem jeweiligen Staat, andere wiederum der betreffenden Organisation zugerechnet werden können. Daher ist unbedingt zu untersuchen, wie groß der Einfluss und die Kontrollgewalt von Staat und internationaler Organisation tatsächlich gewesen ist¹³³. Verantwortung können daher sowohl der Staat als auch die internationale Organisation tragen, oder aber beide Subjekte zu bestimmten Anteilen – je nach der beiderseitig getroffenen rechtlichen Regelung¹³⁴.

Es ist auch unübersehbar, dass einige internationale Militäroperationen ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage in Form einer verbindlichen Sicherheitsratsresolution durchgeführt wurden. Aber auch wenn zuvor eine solche Resolution zustande kam, so enthielt sie oftmals nicht den Bewertungsmaßstab der wirksamen Kontrolle des Sicherheitsrates über die betreffende Operation (z.B. EULEX im Kosovo¹³⁵).

Die in den ILC-Artikeln gefundene Lösung und die von der UNO eingenommene Haltung¹³⁶ erscheinen zutreffender als die vorab zitierte Recht-

¹³² ILC, Annual Report 2009 (A/64/10), Responsibility of International Organizations (Draft Articles), Art. 5.

¹³³ ILC, Responsibility of International Organizations (Draft Articles), Art. 6, commentary: "(1) When an organ of a State is placed at the disposal of an international organization, the organ may be fully seconded to that organization. In this case the organ's conduct would clearly be attributable only to the receiving organization. (...) In these cases, the general rule set out in article 5 would apply. Article 6 deals with the different situation in which the lent organ or agent still acts to a certain extent as organ of the lending State or as organ or agent of the lending organization. This occurs for instance in the case of military contingents that a State placed at the disposal of the United Nations for a peacekeeping operation, since the State retains disciplinary powers and criminal jurisdiction over the members of the national contingent. (...) (2) The lending State or organization may conclude an agreement with the receiving organization over placing an organ or agent at the latter organization's disposal. The agreement may state which State or organization would be responsible for conduct of that organ or agent. (...) The agreement appears to deal only with distribution of responsibility and not with attribution of conduct. (...) (3) The criterion for attribution of conduct either to the contributing State or organization or to the receiving organization is based according to article 6 on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization's disposal".

¹³⁴ ILC, Responsibility of International Organizations (Draft Articles) – Chapter II, Punkt 4.

¹³⁵ EU, Council Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO (Official Journal L 42, 16. February 2008).

¹³⁶ ILC, Responsibility of International Organizations (Draft Articles) – Article 6, commentary: "(8) The United Nations Secretary-General held that the criterion of the 'degree of effective control' was decisive with regard to joint operations: 'The international responsibility of the United Nations for combat-related activities of United Nations forces is premised on the assumption that the operation in question is under the exclusive command

sprechung des EGMR. Denn diese Haltung beruht darauf, die Verantwortung für etwaige Rechtsverletzungen demjenigen Subjekt zuzurechnen, das die wirksame Kontrolle über ein konkretes Handeln bzw. dessen Unterlassung besaß (effective control over that conduct). Der Maßstab des effective control ist bei Militäroperationen unter der Ägide internationaler Organisationen insofern angebracht, als es dabei um Handlungen eines Staates im Rahmen einer internationalen Organisation geht, also um Handlungen die zwischen ihr und den Mitgliedsstaaten abgestimmt sind.

In diesem Zusammenhang stellen sich jedoch einige Fragen politischer und rechtlicher Natur.

Es wird allgemein anerkannt, dass die extraterritoriale Anwendung des HRL bei bewaffneten Konflikten durch beteiligte Staaten angesichts der vielfältigen Formen von Besatzungsherrschaft oder internationaler Krisenverwaltung zwangsläufig durch die jeweilige Besonderheit der Lage – darunter auch die etwaige Inanspruchnahme anderer völkerrechtlicher Normen – begrenzt sein muss. Obwohl ein forcierter Schutz des HRL mit Sicherheit gerechtfertigt ist, sollte man jedoch nicht zu absurden Begründungsmustern greifen, was insbesondere für die Anforderungen im Sicherheitsbereich gilt. Die vernünftige Abwägung dieser Gesichtspunkte ist natürlich sehr schwierig¹³⁷.

Ein weiteres Problem besteht im Normenkonflikt zwischen HRL (z.B. EMRK) und anderen völkerrechtlichen Bestimmungen. Dieser Konflikt ergibt sich insbesondere dann, wenn die von einem Staat begangene etwaige Völkerrechtsverletzung aus der diesen Staat rechtlich bindenden Resolution einer internationalen Organisation resultiert¹³⁸, z.B. den Sicher-

and control of the United Nations. (...) In joint operations, international responsibility for the conduct of the troops lies where operational command and control is vested according to the arrangements establishing the modalities of cooperation between the State or States providing the troops and the United Nations. In the absence of formal arrangements between the United Nations and the State or States providing troops, responsibility would be determined in each and every case according to the degree of effective control exercised by either party in the conduct of the operation"; "(9) One may note that, when applying the criterion of effective control, 'operational' control would seem more significant than 'ultimate' control, since the latter hardly implies a role in the act in question".

¹³⁷ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004: "106. (...) As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law"; ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996: "25. (...) The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities". Siehe auch Human Rights Committee. International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No. 31 on Article 2 of the Covenant: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant – UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), § 10.

¹³⁸ ILC, Annual Report 2009 (A/64/10), Responsibility of International Organizations

heitsratsresolutionen im Kontext von Art. 103, UN-Charta. Was den Vorrang der Anwendung von (gemäß Kapitel VII, UN-Charta beschlossenen) Sicherheitsratsresolutionen anbelangt, so ist von deren legalem Charakter auszugehen. Vernünftigerweise erscheint die Haltung der britischen Gerichte im Fall Al-Jedda. In den Fällen Behrami und Saramati hingegen vermied der EGMR bewusst eine konkrete Festlegung zur Frage der Priorität der rechtlich bindenden Sicherheitsratsresolutionen¹³⁹. Im Fall *Berić* berief sich der EGMR indessen ausdrücklich auf Art. 103, UN-Charta, da eine etwaige Zuweisung der Handlung an einen UNO-Mitgliedsstaat von vorneherein nicht zur Debatte stand. In bestimmten Situationen befindet die Justiz auch über die vorrangige Anwendung anderer völkerrechtlicher Normen, wie z.B. der EGH im Fall *Kadi*¹⁴⁰ oder britische Gerichte im Fall *Al-Saadoon and Mufdhi*. Im Fall *Bosphorus*¹⁴¹ machte der EGMR die Anwendung des Rechts einer internationalen Organisation vom konkreten Ausmaß des von ihr gewährleisteten HRL-Schutzes abhängig. Der EGMR untersucht in der Regel, ob im Rechtssystem einer anderen Norm ein mit der EMRK vergleichbares Schutzniveau besteht.

Die oben skizzierten Beispiele offenbaren eine gewisse politisch-juristische Hintergründigkeit. Denn einerseits zeigt sich die Tendenz, eindeutige Lösungen bei (tatsächlichen oder scheinbaren) Widersprüchen zwischen

(Draft Articles), Art. 14, commentary: “(3) [T]he adoption of a binding decision on the part of an international organization could constitute, under certain circumstances, a form of direction or control in the commission of an internationally wrongful act. (...) (4) If the adoption of a binding decision were to be regarded as a form of direction and control within the purview of the present article, this provision would overlap with article 16 of the present articles. The overlap would only be partial: it is sufficient to point out that article 16 also covers the case where a binding decision requires a member State or international organization to commit an act which is not unlawful for that State or international organization”; “Art. 16, commentary: “(12) [T]he following statement contained in a letter addressed on 11 November 1996 by the United Nations Secretary-General to the Prime Minister of Rwanda appears accurate: ‘[...] insofar as ‘Opération Turquoise’ is concerned, although that operation was ‘authorized’ by the Security Council, the operation itself was under national command and control and was not a United Nations operation. The United Nations is, therefore, not internationally responsible for acts and omissions that might be attributable to ‘Opération Turquoise.’”

¹³⁹ *M. Milanović*, Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2009, Vol. 20, No. 1.

¹⁴⁰ ECJ, *Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P, Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Judgement of 3 September 2008; siehe auch *Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (deuxième chambre) – dans les affaires jointes T-37/07 et T-323/07, Mohamed El Morabit contre Conseil de l’Union européenne*, arrêt du 2 septembre 2009. Eine ähnliche Argumentationslinie verfolgt das Bundesverfassungsgericht – BVerfG, 2 BvE 2/08, Urteil v. 30.06.2009, § 340.

¹⁴¹ ECHR, *Grand Chamber, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim İrketi v. Ireland* (No. 45036/98), Judgement of 30 June 2005: “155. (...) By ‘equivalent’ the Court means ‘comparable’: any requirement that the organization’s protection be ‘identical’ could run counter to the interest of international co-operation pursued. However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights’ protection”.

bindenden Sicherheitsratsbeschlüssen und den Normen der EMRK tunlichst zu vermeiden. Andererseits aber herrscht die Befürchtung, dass die Staaten durch eine etwaige Verstrickung in völkerrechtliche Verantwortlichkeit nicht gerade positiv gestimmt werden, an internationalen Friedensmissionen teilzunehmen¹⁴².

Abgesehen davon kann man kaum verlangen, dass die oftmals allgemein gehaltenen Formulierungen dieser Resolutionen (z.B. all necessary means) in jedem Einzelfall konkretisiert werden sollten. Sämtliche für die Gewährleistung der Sicherheit notwendigen Maßnahmen bzw. Eventualitäten sind nämlich in keinem Fall vorherzusehen. Eine permanente Neuverhandlung derartiger Detailfragen würde den UN-Sicherheitsrat nur unnötig blockieren.

Verstöße gegen das IHL/HRL während Militäroperationen unter der Schirmherrschaft internationaler Organisationen sind eine Tatsache. In der Praxis kann es jedoch nicht darum gehen, die Beschlüsse einer internationalen Organisation (z.B. des UN-Sicherheitsrates) von jeglicher Kontrolle auszuschließen. Wichtig ist vielmehr, in wesentlichen Fragen wie der Einhaltung fundamentaler IHL/HRL-Normen geeignete Schutzmechanismen zu garantieren. Dies ist auch deshalb von erheblicher Bedeutung, weil internationale Organisationen (z.B. UNO) nicht zu den Unterzeichnern von Menschenrechtskonventionen gehören und darüber hinaus in bestimmten Bereichen gerichtliche Immunität genießen¹⁴³. Wenn man also einige Urteilssprüche des EGMR kritisiert, sollte man zugleich auch das Recht und die Handlungspraxis derjenigen internationalen Organisationen kritisch unter die Lupe nehmen, die bei der Durchführung von Militäroperationen trotz der Verpflichtung auf die eben erwähnten fundamentalen Rechtsnormen nicht einmal für deren Schutz sorgen können. Das Problem liegt in den Mängeln bei der effektiven Kontrolle innerhalb der internationalen Organisationen.

Resümierend bleibt festzuhalten, dass die Maßstäbe der Zurechenbarkeit von Handlungen und der Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt bzw. deren Folgen derzeit noch oft unklar sind. Die Tätigkeit

¹⁴² M. J. Dennis, Non-Application (Anm. 79), S. 481.

¹⁴³ Appeal Court in The Hague, Judgment in the first civil law section, March 30, 2010 in the case of The Association of Citizens "Mothers of Srebrenica" v. The State of the Netherlands and the United Nations: "5.1. The UN is entitled to immunity from prosecution" (Article II §2 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations); "5.2. The European Court of Human Rights has ruled in a number of judgments delivered that the immunity from prosecution under international law must be set aside under certain circumstances for the right of access to a court of law guaranteed by article 6 ECHR"; "5.14 [T]here is no unacceptable violation of article 6 ECHR or article 14 ICCPR if a Netherlands court of law in this case upholds the immunity from prosecution granted to the UN" – <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/10CE35D4-E711-4AB2-B757-444E9737F863/0/JudgmentSrebrenica.pdf>

der ILC und die internationale Rechtsprechung bilden jedoch eine gute Ausgangsbasis für die weitere Entwicklung.

Ein wesentliches Problem bildet die Zuordnung von Rechtsverletzungen an einzelne Handlungssubjekte sowie die Zurechenbarkeit völkerrechtlicher Verantwortlichkeit für Handlungen von Staatsorganen bzw. irregulären Truppen. Die Maßstäbe der Zurechnung von Verantwortlichkeit tauchen in materiellen Rechtsnormen (primary rules) oder den allgemeinen Grundsätzen der ILC (secondary rules) auf.

Bei der Einschätzung der Verantwortlichkeit für Gewaltanwendungen seitens einzelner Staaten oder irregulärer Truppen stützt sich der IGH auf zwei Grundsätze: 1) auf einen eng gefassten Begriff des bewaffneten Angriffs, der die Selbstverteidigung einschränkt und 2) auf die Festlegung von hohen Mindeststandards für die vollständige Abhängigkeit (complete dependence) oder wirksame Kontrolle (effective control) des Täters (und nicht des Territoriums bzw. Opfers), was die Verantwortlichkeit eines Staates für Maßnahmen irregulärer Truppen begrenzt.

Bei Verstößen gegen HRL-Normen durch staatlich unterstützte, irreguläre Truppen (non-state actors) richtet sich der EGMR nach dem Maßstab der allgemeinen Kontrolle (overall control) gegenüber dem Täter (ähnlich urteilen auch der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda). Dieses Standardkriterium erscheint keineswegs unvernünftig oder revolutionär. Denn es zielt im Kern darauf ab, einen Staat für die vorab skizzierten Handlungen leichter zur Verantwortung ziehen zu können.

Bei Verstößen gegen HRL-Normen aufgrund von extraterritorialen Handlungen einzelner Staatsorgane wendet der EGMR den Maßstab der wirksamen Kontrolle an – entweder gegenüber dem Territorium oder dem Opfer der Rechtsverletzung. Strittig bleibt hingegen, ob die Redewendung „within the jurisdiction“ impliziert, dass die jeweiligen Subjekte der Staatsgewalt als solcher (subject to the authority) oder der Staatsgewalt auf einem bestimmten Gebiet (within the territory over which the authority is exercised) unterliegen. Die Begrenzung der Verantwortlichkeit eines Staates auf die wirksame Kontrolle über ein bestimmtes Gebiet entspricht aber wohl kaum der Komplexität einzelner Situationen oder Maßnahmen vor Ort.

Die Verantwortlichkeit eines Staates hängt heute also vom unterschiedlich definierten Begriff der Kontrolle ab. Je nach jeweiligen Begleitumständen kann sich diese Kontrolle auf Täter, Opfer oder Territorium sowie auf sämtliche Akte oder lediglich einige Handlungen beziehen. Diese Kontrolle kann ferner Verstöße gegen das Gewaltverbot oder das IHL/HRL betreffen sowie kurz- oder langfristigen Charakter haben. Wichtig ist ferner die Unterscheidung zwischen extraterritorialen Akten von de iure Staatsorganen und Handlungen nichtstaatlicher Akteure sowie die Frage, ob ein internationaler bewaffneter Konflikt besteht oder nicht.

Summary

The article discusses the issues of international responsibility of States for the use of force and the effects of its use in the light of decisions of selected international and municipal courts. The standards of attribution are determined by the substantive rules of international law (primary rules) or by the general rules pertaining to the international responsibility of States, as formulated by the International Law Commission (secondary rules).

The International Court of Justice's position on the responsibility for the use of force by State's organs or non-state actors rests on two main principles. The Court, first, adopts a restrictive definition of an armed attack, limiting the scope of the reliance on self-defence, and, second, establishes with regard to the actor (as opposed to the territory or the victim) strict and demanding criteria of complete dependence or effective control regarding the position of non-state actors in relation to the State's authority, thus limiting the possibility to attribute to the State the responsibility for the acts done by those non-state actors.

As concerns the violations of the rules of the human rights law by non-state actors, supported by State's authorities, the European Court of Human Rights applies the standard of overall control with regard to the (non-state) actor. A similar standard is applied by both the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. The standard seems reasonable and solid. Essentially, it allows for a much easier attribution of international responsibility to a given State for acts of non-state actors.

In the case of violations of the rules of the human rights law by extraterritorial acts of State's organs the European Court of Human Rights applies a standard of effective control – either regarding the territory or the victim of such violations. The thorny issue here is whether the term “within the jurisdiction” means “subject to the authority” of the State in question or “within the territory over which the authority is exercised” by that State. The criterion of effective control of a given territory does not always seem accurate as the criterion is not flexible enough to reflect the variety of situations that occur in practice.

The international responsibility of a State depends on how one defines the actual control. The control may relate to the actor, territory or victim, to all acts or just some of them, may relate to a violation of the prohibition of the use of armed force or to a violation of international human rights/human rights law, may have a long lasting or short term character. Lastly, two addition factors should be taken into account – first, were those the acts of a State's organ or the acts of non-state actors; and second, were they done during the situation of an international armed conflict or the situation of an internal conflict.

Völkerrechtliche Schutzverantwortung bei elementaren Menschenrechtsverletzungen

Die Responsibility to Protect als Verantwortungsstruktur

Im Jahr 1994 wurden innerhalb von 100 Tagen 800 000 Menschen in Ruanda auf grausame Weise getötet. Die internationale Gemeinschaft verhinderte dieses planmäßige Morden von Männern, Frauen und Kindern nicht. Es fehlte nicht nur an den notwendigen Mitteln, sondern es mangelte auch am politischen Willen, die Bevölkerung Ruandas wirksam zu schützen¹. Der Sicherheitsrat blieb untätig, obwohl das Sekretariat der Vereinten Nationen und zumindest einige Mitglieder des Sicherheitsrates Kenntnis von den Plänen zu den bevorstehenden Gräueltaten hatten und VN-Truppen – wenn auch noch nicht in ausreichender Zahl – vor Ort waren².

Im Juli 1995 eroberten Truppen bosnischer Serben (VRS) Srebrenica³, obwohl der Sicherheitsrat die Enklave zu einer Schutzzone insbesondere für die Zivilbevölkerung frei von bewaffneten Angriffen erklärt hatte⁴. Sie deportierten etwa 25 000 dort lebende bosnische Muslime, meist Frauen, Kinder und ältere Menschen⁵ und ermordeten innerhalb von sieben Tagen zwischen 7000 und 8000 Menschen⁶. Vor allem Männer und Jungen im wehrfähigen Alter wurden Opfer dieses Völkermordes an den bosnischen Muslimen⁷.

¹ So der *Carlsson*-Bericht: Report of the Independent Inquiry into the Actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda, UN Dok. S/1999/1257 vom 16.12.1999.

² So Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, 2001, S. 1 (ICISS Bericht).

³ Vgl. Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, Trial Chamber Judgement, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33-T vom 2.8.2001, Abschnitte 31 ff.

⁴ Siehe Resolution des Sicherheitsrates UN Dok. S/RES/819 (1993) vom 16.4.1993.

⁵ Vgl. Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (Fn. 3) Abschnitte 48 ff.

⁶ So das Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (Fn. 3) Abschnitte 53 ff. (insbesondere 66 ff., 84, 594). Ebenso Berufungsentscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, Appeals Chamber, Judgement, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33-A vom 19.4.2004. Vgl. Report of the Secretary General pursuant to General Assembly resolution 53/35, UN Dok. A/54/549 vom 15.11.1999, S. 77 ff.

⁷ So Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (Fn. 3)

A. Die Entwicklung der „responsibility to protect“

Um künftig solche und andere Gräueltaten zu verhindern, stellte der Generalsekretär der Vereinten Nationen, *Kofi Annan*, im Jahr 2000 die Generalversammlung vor die Frage, wie auf schwerwiegende und planmäßige Menschenrechtsverletzungen reagiert werden soll, solange „eine humanitäre Intervention tatsächlich einen unannehmbaren Angriff auf die Souveränität darstellt“. Er konstatierte eine „Verantwortung zu handeln“, wenn „Umstände eintreten, in denen allgemein akzeptierte Menschenrechte in massivem Umfang verletzt werden“⁸.

Annan beschrieb damit die Parameter des völkerrechtlichen Spannungsfeldes, innerhalb dessen eine Antwort auf die Frage gefunden werden muss, wie die internationale Gemeinschaft auf besonders schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen reagieren soll. Auf der einen Seite steht das Ziel, elementare Menschenrechte auch dann zu gewährleisten, wenn ein Staat hierzu nicht willens oder nicht in der Lage ist. Auf der anderen Seite steht die Achtung der Souveränität der Staaten und des Interventions- und des Gewaltverbots. In diesem Zielkonflikt grundlegender Prinzipien der Völkerrechtsordnung sind auch die bislang ungeklärten Fragen nach der Zulässigkeit humanitärer Interventionen und nach der Rolle der Vereinten Nationen und insbesondere des Sicherheitsrates in diesen Fällen angelegt.

In seiner Rede im Jahr 2000 deutete *Annan* bereits das Fundament an, auf dessen Grundlage sich Reaktionen auf derartige Menschenrechtsverletzungen bewegen müssen: In Fällen, in denen weltweit anerkannte, elementare Menschenrechte wiederholt planmäßig verletzt werden, trägt die internationale Gemeinschaft eine Schutzverantwortung. Die Souveränität der Staaten – so die Auffassung *Annans* – kann nicht als Schutzschild bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen dienen⁹.

Abschnitt 595 und die Berufungsentscheidung (Fn. 6) Abschnitt 39. Ebenso das Urteil des IGH im Case Concerning Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) vom 26.2.2007, Abschnitt 297.

⁸ Bericht des Generalsekretärs über die Tätigkeit der Vereinten Nationen vom 30.8.2000. UN Dok. A/55/1 Abschnitt 37.

⁹ Vgl. die Rede *Annans* anlässlich der Verleihung des Friedensnobelpreises am 10.12.2001 in Oslo. Vgl. *Ch. Verlage*, Responsibility to Protect, 2009, S.7; *C. Stahn*, Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm, American Journal of International Law 2007, S. 99 ff. (112 f.); *E. Luck*, Der verantwortliche Souverän und die Schutzverantwortung, Vereinte Nationen 2008, S. 51 ff. (52 f.).

I. Die Entwicklung des Konzeptes im ICISS-Bericht

Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 2000 die International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) einberufen. Sie sollte Wege finden, wie sich der Schutz elementarer Menschenrechte und die Achtung der staatlichen Souveränität in diesen Fällen miteinander vereinbaren lassen¹⁰. Ein Jahr später legte die Kommission ihren Bericht „Responsibility to Protect“ vor¹¹.

1. Ein neues Souveränitätsverständnis und ein Perspektivenwechsel

Der Grundgedanke dieses Berichts liegt in einem neuen Souveränitätsverständnis. Das der Souveränität innewohnende Recht des Staates, im Inneren seine Hoheitsgewalt im Rahmen der Völkerrechtsordnung grundsätzlich frei und ohne Einmischung von außen ausüben zu können und nach außen keiner anderen Rechtsordnung zu unterstehen als dem Völkerrecht¹², schließt hiernach die Verantwortung des Staates ein, die auf seinem Territorium lebende Bevölkerung zu schützen. Der staatlichen Souveränität ist hiernach der Schutz der Menschenrechte immanent¹³. Nach Auffassung der ICISS stärkt dieses Verständnis der „Souveränität als Verantwortung“¹⁴ letztlich die Souveränität der Staaten¹⁵.

Die Kommission vermeidet ausdrücklich den Begriff der humanitären Intervention. Sie konzentriert sich nicht primär aus Sicht des intervenierenden Staates auf die Frage der Zulässigkeit einer Intervention, sondern aus Sicht der betroffenen Menschen auf die Schutzbedürftigkeit der Bevölkerung¹⁶. In diesem Perspektivenwechsel liegt ein wesentlicher Impuls für die nachfolgende Entwicklung.

¹⁰ Zum Mandat der Kommission ICISS Bericht (Fn. 2) S. 2.

¹¹ ICISS Bericht (Fn. 2).

¹² B. *Kempen/Ch. Hillgruber*, Völkerrecht, 2007, Kap. 2 Rn. 34 m.w.N. Vgl. H. *Steinberger*, Sovereignty, EPIL IV (2000), S. 501 (511 f.); M. *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Auflage 2010, § 28 Rn. 8.

¹³ So M. *Herdegen*, Souveränität heute, in M. *Herdegen/H.-H. Klein/H.-J. Papier/R. Scholz* (Hrsg.), Staatsrecht und Politik – Festschrift für Roman Herzog, 2009, S. 117 ff. (123).

¹⁴ Vgl. F. M. *Deng/S. Kimaro/T. Lyons/D. Rothschild/I. W. Zartman*, Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa, 1996, XVII.

¹⁵ Vgl. ICISS Bericht (Fn. 2) S. 75.

¹⁶ Vgl. ICISS Bericht (Fn. 2) S. 18. *Stahn* (Fn. 9) S. 102 sieht hierin einen „rhetorischen Trick“. Anders P. D. *Williams/A. J. Bellamy*, The Responsibility to Protect and the Crisis in Darfur, Security Dialogue 2005, S. 27 ff. (28).

2. Die subsidiäre Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft

Ist aber ein Staat nicht willens oder nicht in der Lage die auf seinem Staatsgebiet lebende Bevölkerung vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen, wächst nach dem Konzept der ICISS der internationalen Gemeinschaft die Schutzverantwortung zu¹⁷. Subsidiär trägt somit die internationale Gemeinschaft die Schutzverantwortung, die primär dem einzelnen Staat obliegt. Dabei formuliert die Kommission keine Schutzpflicht („duty to protect“)¹⁸, sondern – weniger weit gehend – eine Schutzverantwortung („responsibility to protect“).

3. Das umfassende integrierte Schutzkonzept

Die ICISS verfolgt ein umfassendes Schutzkonzept, das nicht nur militärische, sondern auch politische, wirtschaftliche und rechtliche Maßnahmen als Mittel zur Konfliktbewältigung einbezieht. Militärische Maßnahmen sind dabei nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als ultima ratio zulässig¹⁹. Die ICISS fordert eine integrierte Strategie²⁰ mit einem „kontinuierlichen Spektrum abgestufter Politikinstrumente“²¹. So gehören zu diesem Konzept nicht nur die Verantwortung für angemessene Reaktionen auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen („responsibility to react“), sondern auch die Verantwortung für präventive Maßnahmen („responsibility to prevent“) und die Verantwortung zur Konfliktnachsorge („responsibility to rebuild“)²².

4. Der Träger der internationalen Schutzverantwortung

Grundsätzlich obliegt es dem Sicherheitsrat, als ultima ratio zu einem militärischen Eingriff zu ermächtigen. Er trägt gemäß Art. 24 VN-Charta „die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“. Stellt der Sicherheitsrat eine Bedrohung oder den Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung fest, beschließt er über die notwendigen Maßnahmen (Art. 39 VN-Charta). Das Völkerrecht überträgt somit grundsätzlich dem Sicherheitsrat die Aufgabe, die

¹⁷ ICISS Bericht (Fn. 2) S. 17.

¹⁸ Siehe aber P. Hilpold, *The Duty to Protect and the Reform of the United Nations – A New Step in the Development of International Law?* Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 10, 2006, S. 35 ff.

¹⁹ Hierzu ICISS Bericht (Fn. 2) S. 31 ff.

²⁰ Hierzu Stahn (Fn. 9) S. 103.

²¹ Bericht des Generalsekretärs, *Implementing the responsibility to protect*, 12. Januar 2009, UN Dok. A/63/677 Abschnitt 9 (Ban Ki-moon Bericht).

²² ICISS Bericht (Fn. 2) S. 17.

subsidiäre Schutzverantwortung der internationalen Staatengemeinschaft in konkrete Maßnahmen umzusetzen²³.

Trotz dieser klaren Aufgabenzuweisung ist es dem Sicherheitsrat in der Vergangenheit aus vielfältigen Gründen auch in Kenntnis (drohender) schwerer humanitärer Krisen nicht immer gelungen ist, seiner Schutzverantwortung gerecht zu werden. Bleibt allerdings der Sicherheitsrat untätig, obwohl die internationale Verantwortung zum Schutz elementarer Menschenrechte militärische Maßnahmen fordert, stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen ein militärischer Eingriff auch ohne eine Autorisierung durch den Sicherheitsrat zulässig ist.

Auf diese grundlegende Frage bleibt die ICISS letztlich eine klare Antwort schuldig²⁴. Die Kommission unterbreitet allerdings Vorschläge, um die Handlungsfähigkeit der internationalen Gemeinschaft in diesen Fällen zu verbessern. So schlägt die ICISS vor, dass die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates vereinbaren, ihr Vetorecht bei Resolutionen zu schweren humanitären Krisen nicht auszuüben, solange nicht ihre vitalen nationalen Interessen betroffen sind²⁵. Bleibt der Sicherheitsrat untätig, kann zudem die Generalversammlung im Rahmen des „uniting-for-peace“-Verfahrens geeignete Kollektivmaßnahmen erforderlichenfalls unter Einsatz von Waffengewalt empfehlen²⁶. Veranlasst die politische Lage allerdings den Sicherheitsrat nicht zu einem militärischen Eingriff, dürfte auch in der General-

²³ Die Kosovo-Krise und der Irakkrieg stellten die Stellung des Sicherheitsrates innerhalb des Systems kollektiver Sicherheit in Frage. Hierzu *Hilpold* (Fn. 18) S. 36. Zur Intervention im Kosovo u.a. *B. Simma*, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, EJIL 10 (1999), S. 1 ff.; *A. Cassese*, Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? EJIL 10 (1999), S. 23; *L. Henkin*, Kosovo and the Law of „Humanitarian Intervention“, AJIL 93 (1999), S. 824 ff.; *Ch. Tomuschat*, Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konfliktes, Friedenswarte 74 (1999), S. 33 ff.; ders., International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, Recueil des Cours 1999, S. 13 ff. (218); *K. Doehring*, Völkerrecht, 2. Auflage 2004, Rn. 1010 ff.; *Ch. Greenwood*, International Law and the NATO Intervention in Kosovo, International and Comparative Law Quarterly 49 (2000), S. 926 ff.; *P. Hilpold/G. Zagel*, Das Gewaltverbot auf dem Prüfstand – Von der NATO-Intervention im Kosovo zu den aktuellen UN-Reformvorschlägen, Sicherheit und Frieden 2006, S. 38 ff.; *P. Hilpold*, Das Kosovo-Problem – ein Testfall für das Völkerrecht, ZaöRV 2008, S. 779 ff.; *St. Wheatley*, The Foreign Affairs Select Committee Report on Kosovo: NATO Action and Humanitarian Intervention, Journal of Conflict and Security Law 5 (2000), S. 261 ff. Siehe auch House of Commons' Foreign Affairs Select Committee, Fourth Report on Kosovo: HC 28–1/II (2000).

²⁴ Vgl. *Stahn* (Fn. 9) S. 104; *P.-T. Stoll*, Responsibility, Sovereignty and Cooperation – Reflections on the „Responsibility to Protect“, in *D. König/P.-T. Stoll/V. Röben/N. Matz-Lück* (Hrsg.), International Law Today: New Challenges and the Need for Reform? 2008, S. 1 ff. (4).

²⁵ ICISS Bericht (Fn. 2) S. 51. Vgl. auch Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A more secure world: our shared responsibility, 2. Dezember 2004, UN Dok. A/59/565, Annex II (HLP Bericht) Abschnitt 256.

²⁶ UN Dok. A/Res/377 (V) vom 3. November 1950.

versammlung die notwendige 2/3 Mehrheit schwer zu finden sein²⁷. Zudem sind Entscheidungen der Generalversammlung nicht rechtsverbindlich²⁸. Alternativ könnten regionale Organisationen gemeinsame Interventionen ermöglichen²⁹. Die Afrikanische Union jedenfalls hat das Recht, in Fällen von Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in den Mitgliedstaaten zu intervenieren³⁰.

Diese alternativen Handlungsoptionen vermögen aber letztlich nicht sicher zu stellen, dass die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung auch dann gerecht wird, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Die ICISS stellt jedenfalls klar, dass die Übertragung bestimmter Aufgaben auf den Sicherheitsrat die internationale Gemeinschaft nicht von ihrer Schutzverantwortung entbindet. Reagiert der Sicherheitsrat nicht angemessen auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen, wächst der Druck auf einzelne Staaten oder Staatengruppen, eigenständig zu intervenieren. Erfüllt eine solche Intervention ohne Autorisierung des Sicherheitsrates die von der ICISS formulierten Anforderungen, hat dies nach Auffassung der Kommission „dauerhaft erhebliche Konsequenzen für die Gestalt und die Glaubwürdigkeit der VN selbst“³¹.

Die ICISS nimmt damit zwar nicht zur Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen Stellung³². Sie deutet aber an, dass in diesen Fällen militärische Interventionen auch ohne eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat im Interesse der Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft liegen könnten und deswegen nicht von vorne herein ausgeschlossen sein müssen. Humanitäre Interventionen weichen hiernach nicht zwangsläufig das Gewaltverbot auf und gefährden das System kollektiver Sicherheit. Vielmehr destabilisiere es nach Auffassung der ICISS die internationale Ordnung nachhaltiger, wenn die internationale Gemeinschaft nicht angemessen auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen reagiert. Wird die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung nicht gerecht, gefährde dies die Glaubwürdigkeit der Vereinten Nationen und der internationalen Ordnung³³.

²⁷ Ebenso ICISS Bericht (Fn. 2) S. 53.

²⁸ Vgl. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 57.

²⁹ Kritisch *Hilpold* (Fn. 18) S. 52 f.

³⁰ Art. 4 (h) Constitutive Act of the African Union.

³¹ ICISS Bericht (Fn. 2) S. 55.

³² Vgl. *Stahn* (Fn. 9) S. 104; *Stoll* (Fn. 24) S. 4.

³³ ICISS Bericht (Fn. 2) S. 55.

II. Bestätigende Modifikation durch das High-Level-Panel

Ende 2003 berief *Annan* das „High-Level Panel on Threats, Challenges and Change“ (HLP) ein, das Ideen und Konzepte für eine Reform der Vereinten Nationen erarbeiten sollte. In seinem Abschlussbericht „A more secure world: our shared responsibility“ griff das HLP die von der ICISS entwickelte „responsibility to protect“ auf³⁴ und integrierte sie in ihre Vorschläge zur Reform der Vereinten Nationen³⁵. Grundsätzlich bestätigte das HLP das Konzept der ICISS, modifizierte es aber zugleich in einigen wesentlichen Punkten. Der Grundgedanke der responsibility to protect fand so bereits kurz nach Erscheinen des Berichts der ICISS große Beachtung und grundsätzliche Bestätigung.

1. Das wertgebundene Souveränitätsverständnis und die kollektive internationale Schutzverantwortung

In einem seiner wichtigsten Berichtsteile erkennt das HLP nicht nur das der responsibility to protect zu Grunde liegende Souveränitätsverständnis an, sondern geht noch darüber hinaus³⁶. Die Verantwortung für den Schutz der Bevölkerung ist hiernach nicht nur integraler Bestandteil der staatlichen Souveränität, sondern der Schutz der staatlichen Souveränität durch die VN selbst gründet auf eben dieser staatlichen Schutzverantwortung für die Bevölkerung. Die Charta der Vereinten Nationen schützt die Staaten, weil sie „notwendig sind, die Würde, die Gerechtigkeit, den Wert und die Sicherheit ihrer Staatsangehörigen“ zu garantieren³⁷. Diese Verantwortung eines jeden souveränen Staates besteht gegenüber der eigenen Bevölkerung, aber auch gegenüber der internationalen Gemeinschaft³⁸. Das HLP sieht zwar eine umfassende Verantwortung des einzelnen Staates, generell das Wohlergehen (welfare) der Bevölkerung zu schützen, begrenzt aber den Anwendungsbereich der responsibility to protect auf „vermeidbare Katastrophen – Massentötungen und Vergewaltigung, ethnische Säuberungen durch gewaltsame Vertreibung und Terror und gezielte Hungerkatastrophen und Gefährdungen durch Krankheiten“³⁹.

Ist ein Staat nicht willens oder nicht in der Lage, seiner Schutzverantwortung gerecht zu werden, wächst der internationalen Gemeinschaft eine

³⁴ HLP-Bericht (Fn. 25) Abschnitte 199 ff.

³⁵ Vgl. *Stahn* (Fn. 9) S. 105.

³⁶ *A.-M. Slaughter*, Security, Solidarity, and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform, *AJIL* 2005, S. 619 ff. (628) spricht von „conditional sovereignty“.

³⁷ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 30. Hierzu *Slaughter* (Fn. 36) S. 628; *Stoll* (Fn. 24) S. 11 f.

³⁸ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 201.

³⁹ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitte 29 und 201.

„kollektive internationale“ Schutzverantwortung zu⁴⁰. Diese Verantwortung der internationalen Gemeinschaft findet ihren Grund im System kollektiver Sicherheit, das auf gemeinsamen Werten basiert⁴¹. Sowohl die Souveränität der Staaten als auch das System kollektiver Sicherheit sind hiernach wertgebunden.

2. Die Autorisierung durch den Sicherheitsrat

Ebenso wie die ICISS hält auch das HLP bei elementaren Menschenrechtsverletzungen militärische Interventionen als ultima ratio unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig⁴². Es knüpft diese aber an eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat. Zwangsmaßnahmen sind hiernach zulässig, wenn der Sicherheitsrat diese autorisiert hat⁴³.

Die Aufgabe, die kollektive internationale Verantwortung in konkrete Schutzmaßnahmen umzusetzen, kommt so nach Auffassung des HLP dem Sicherheitsrat zu. Er steht als Verantwortungsträger im Zentrum der internationalen Schutzverantwortung. Letztlich zieht sich das HLP damit auf den bereits in der VN-Charta niedergelegten Konsens zurück, wonach der Sicherheitsrat unter bestimmten Voraussetzungen zu militärischen Maßnahmen ermächtigen kann. Unbeantwortet bleibt die Frage, auf welche Weise die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung gerecht werden soll, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Das HLP anerkennt zwar das grundsätzliche Problem, dass der Sicherheitsrat in der Vergangenheit auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen oftmals nicht wirksam reagiert und dadurch seine eigene Glaubwürdigkeit beschädigt hat⁴⁴, entwirft aber keine alternativen Lösungsstrategien für diese Fälle.

In diesem reduzierten Konzept der responsibility to protect sieht das HLP bereits eine „sich entwickelnde Norm“ des Völkerrechts⁴⁵. Die Schutzverantwortung im Sinne dieses Konzeptes ist hiernach auf dem Weg, verbindliches Völkerrecht zu werden; es handelt sich nach dieser Einschätzung um eine im Entstehen befindliche Rechtsnorm.

⁴⁰ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 203.

⁴¹ Vgl. HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 30.

⁴² Zu diesen Voraussetzungen HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 207.

⁴³ *Stahn* (Fn. 9) S. 106 sieht dies im Kontext der Invasion in den Irak. Vgl. *N.-J. Wheeler*, A Victory for Common Humanity? The Responsibility to Protect after the 2005 World Summit, *International Law and International Relations* 2005, S. 95 ff. (98 f.).

⁴⁴ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitte 201, 202, 246.

⁴⁵ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 203.

III. Die Bestätigung durch den Bericht *Kofi Annans*

Als Reaktion auf den Bericht des HLP legte *Kofi Annan* im März 2005 seinen Bericht „In larger freedom: towards development, security and human rights for all“ der Generalversammlung der Vereinten Nationen vor⁴⁶. In diesem Bericht stimmte der damalige Generalsekretär dem grundsätzlichen Konzept der responsibility to protect nachdrücklich zu und bestätigte das zu Grunde liegende wertgebundene Souveränitätsverständnis. Nach Auffassung *Annans* begründet die staatliche Schutzpflicht für die Bevölkerung die primäre Existenzberechtigung („primary raison d’être“) eines jeden Staates⁴⁷. Ein Staat ohne Schutzverantwortung für seine Bevölkerung ist hiernach nicht denkbar; Souveränität und Schutzverantwortung sind untrennbar miteinander verknüpft.

Ist aber ein Staat nicht willens oder nicht in der Lage, seiner Schutzverantwortung gerecht zu werden, geht diese Verantwortung nach Auffassung *Annans* auf die internationale Gemeinschaft über. In Fällen schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen können „die Vereinten Nationen nicht daneben stehen“ und tatenlos zusehen⁴⁸. Erweisen sich diplomatische und humanitäre Methoden als nicht ausreichend für den Schutz der Zivilbevölkerung, kann der Sicherheitsrat zu militärischen Maßnahmen gemäß der Charta der Vereinten Nationen ermächtigen. *Annan* sieht im Völkermord, in ethnischen Säuberungen und vergleichbaren Verbrechen gegen die Menschlichkeit Bedrohungen für den internationalen Frieden und die internationale Sicherheit⁴⁹. Mithin obliegt dem Sicherheitsrat die Aufgabe, geeignete Maßnahmen zu ergreifen⁵⁰.

Es entspricht dem Perspektivenwechsel der ICISS, dass *Annan* die responsibility to protect nicht etwa in den Kontext militärischer Maßnahmen, sondern in das Kapitel über die „Freiheit, in Würde zu leben“ einordnet⁵¹. Ebenso wenig wie das HLP und letztlich auch die ICISS unterbreitet *Annan* keine konkreten Vorschläge, wie elementare Menschenrechte gewährleistet werden können, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Dies entspricht zwar dem grundsätzlichen Anliegen *Annans*, die Funktionsfähigkeit des Sicherheitsrates zu verbessern, nicht aber Alternativen zum

⁴⁶ Bericht des Generalsekretärs, In larger freedom: towards development, security and human rights for all, 21. März 2005, UN Dok. A/59/2005 (Annan Bericht).

⁴⁷ Annan Bericht (Fn. 46) Abschnitt 135. Hierzu *G. Molier*, Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect, Netherlands International Law Review 2006, S. 37 ff. (49) m.w.N.

⁴⁸ Annan Bericht (Fn. 46) Abschnitt 134.

⁴⁹ Annan Bericht (Fn. 46) Abschnitt 125. Hierzu *Hilpold* (Fn. 18) S. 62.

⁵⁰ Zum weiten Entscheidungsspielraum des Sicherheitsrates *Herdegen* (Fn. 12) § 41 Rn. 8. Vgl. *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 7 Rn. 14 f.

⁵¹ Vgl. *Stahn* (Fn. 9) S. 107.

Sicherheitsrat zu entwickeln⁵²; es klärt nicht die von *Annan* selbst aufgeworfene Frage, wie künftig Gräueltaten wie diejenigen von Ruanda und Srebrenica verhindert werden sollen.

IV. Die Aufnahme der responsibility to protect in das Outcome-Dokument

Trotz ursprünglicher Bedenken einiger Staaten⁵³ bestätigte der Weltgipfel 2005 die responsibility to protect in seinem Schlussdokument⁵⁴. Dies gilt als eines der wichtigsten Ergebnisse dieses Gipfels⁵⁵. Allerdings modifizierte die Generalversammlung das Konzept erheblich. Die Staatengemeinschaft akzeptierte wichtige Grundprinzipien des Konzeptes, schrieb aber insbesondere in den Rechtsfolgen den bereits in der VN-Charta nieder gelegten Konsens nicht fort.

1. Die Schutzverantwortung des einzelnen Staates

Ausdrücklich bestätigte die Generalversammlung die Verantwortung jedes einzelnen Staates, seine Bevölkerung vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen⁵⁶. Sie machte sich damit nicht nur den von der ICISS entwickelten Begriff der responsibility to protect zu Eigen, sondern legte implizit ein wertgebundenes Souveränitätsverständnis zu Grunde und bekräftigte so ein Grundanliegen dieses Konzeptes.

Im Vergleich zu der vom HLP formulierten umfassenden staatlichen Verantwortungssphäre für das Wohlergehen (welfare) der Bevölkerung⁵⁷ begrenzte die Generalversammlung in Annäherung an den ursprünglichen Vorschlag der ICISS den Anwendungsbereich der responsibility to protect⁵⁸. Sie übernahm im Wesentlichen den bereits von *Annan* formulierten reduzierten Anforderungskatalog und weist den einzelnen Staaten

⁵² Annan Bericht (Fn. 46) Abschnitt 126.

⁵³ Bedenken hatten insbesondere Algerien, Belarus, China, Kuba, Ägypten, El Salvador, Indien, Iran, Pakistan, Russland, Syrien, Venezuela, Vietnam. So Responsibility to Protect Coalition, Chart on Government Positions, 11. August 2005 (zu finden unter www.responsibilitytoprotect.org). Vgl. *Stahn* (Fn. 9) S. 108. *Luck* (Fn. 9) S. 52 sieht hierin das Ergebnis „einer hart erkämpften politischen Einigung“.

⁵⁴ Resolution der Generalversammlung, 2005 World Summit Outcome, UN Dok. A/RES/60/1 vom 24.10.2005 (Outcome-Dokument).

⁵⁵ So *Stahn* (Fn. 9) S. 100. Gesprochen wird von einem „historischen Durchbruch“ (*Luck* (Fn. 9) S. 52) und einem „bemerkenswert guten Ergebnis“ (Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 67). Vgl. *Stoll* (Fn. 24) S. 2.

⁵⁶ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitt 138. Hierzu *Stahn* (Fn. 9) S. 108.

⁵⁷ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 29.

⁵⁸ Vgl. *Luck* (Fn. 9) S. 55.

und der internationalen Gemeinschaft in diesen Fällen eine Schutzverantwortung zu. Sie begrenzte damit das Konzept der responsibility to protect auf bestimmte völkerrechtliche Verbrechen.

2. Die subsidiäre und die komplementäre Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft

Die Generalversammlung erkannte auch eine Verantwortung der internationalen Gemeinschaft an. Diese ist insoweit subsidiär, als die Staatengemeinschaft erst dann gemeinsame Maßnahmen ergreift, wenn „die nationalen Behörden offenkundig dabei versagen, ihre Bevölkerungen vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen“⁵⁹. Wirksam wird diese internationale Verantwortung somit nur, wenn die Schutzbemühungen eines Staates für seine Bevölkerung offenkundig scheitern („manifestly failing“)⁶⁰. Es geht also nur um evidente Fälle, in denen nationale Behörden sich erfolglos um den Schutz der Bevölkerung bemüht haben.

Im Konzept der ICISS trifft die internationale Gemeinschaft eine Schutzverantwortung, wenn ein einzelner Staat nicht willens oder nicht in der Lage ist, seiner Primärverantwortung gerecht zu werden⁶¹. Nach Auffassung der Generalversammlung soll die internationale Gemeinschaft demgegenüber grundsätzlich jeden Staat bei der Ausübung seiner Schutzverantwortung unterstützen. Die Schutzmaßnahmen der internationalen Gemeinschaft sollen dazu beitragen, die Bevölkerung vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen⁶². Neben die subsidiäre tritt somit eine komplementäre internationale Schutzverantwortung: Die internationale Gemeinschaft trifft hiernach stets eine Verantwortung zum Schutz elementarer Menschenrechte; sie übt diese ergänzende Verantwortung aber nur unterstützend aus.

In dieser komplementären Verantwortung liegt eine große Chance für einen frühzeitigen und dadurch wirksamen Schutz. So beabsichtigt die internationale Staatengemeinschaft, sich dazu zu verpflichten, die Staaten bereits vor Ausbruch einer Krise insbesondere beim Kapazitätsaufbau zum Schutz vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu unterstützen. Auch beschränkt sich die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft keinesfalls auf militärische Maßnahmen, sondern bezieht „diplomatische, humanitäre und andere friedliche Mittel“ ein. Zudem will die internationale Gemeinschaft die Vereinten Nationen dabei

⁵⁹ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitt 139.

⁶⁰ Kritisch *Stahn* (Fn. 9) S. 116 f.

⁶¹ Die ICISS spricht von einer „fallback responsibility“. ICISS Bericht (Fn. 2) S. 17.

⁶² Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitte 138 f.

unterstützen, eine „Frühwarnkapazität“ aufzubauen⁶³. Die Verantwortung der internationalen Gemeinschaft kommt somit nicht erst beim Versagen eines einzelnen Staates zum Tragen, sondern wirkt bereits präventiv⁶⁴ und ergänzt grundsätzlich die einzelstaatliche Verantwortung. Die von der ICISS geforderte umfassende Verantwortung der internationalen Gemeinschaft, auch für die Prävention von Konflikten, wird hier in diplomatischen und humanitären Maßnahmen, im Kapazitätsaufbau und in der Einrichtung eines Frühwarnsystems konkretisiert.

3. Die Bindung an die VN-Charta und die Rolle des Sicherheitsrates

Vor allem aber betont die Generalversammlung, dass die internationale Gemeinschaft auch beim Schutz elementarer Menschenrechte an die Charta der Vereinten Nationen gebunden ist: Die internationale Gemeinschaft nimmt ihre Schutzverantwortung durch die Vereinten Nationen im Rahmen der VN-Charta wahr. Gemeinsame Maßnahmen werden „durch den Sicherheitsrat in Übereinstimmung mit der Charta einschließlich des Kapitels VII“ durchgeführt⁶⁵. Der Zweck, die Bevölkerung eines Landes vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen, darf nicht dazu führen, die Charta der Vereinten Nationen und damit die Grundlage der internationalen Ordnung zu verlassen.

In diesem Zusammenhang stellt die Generalversammlung klar, dass die internationale Gemeinschaft gemeinsame Maßnahmen durch den Sicherheitsrat im Einklang mit der VN-Charta ergreifen wird. Dem Sicherheitsrat obliegt somit die zentrale Aufgabe, die internationale Schutzverantwortung im Einzelfall durch geeignete gemeinsame Maßnahmen gemäß Kapitel VII zu konkretisieren. Dies schließt eine Kooperation mit regionalen Organisationen nicht aus. Maßgeblich aber bleibt die Entscheidung des Sicherheitsrates. Die übrigen (vorsichtigen) Vorschläge der ICISS, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung bei Untätigkeit des Sicherheitsrates gerecht werden soll, greift die Generalversammlung nicht auf. Sie findet somit ebenso wenig wie *Annan* in seinem Bericht auf diese grundlegende Frage eine Antwort⁶⁶. Offen bleibt, ob unilaterale Interventionen zum Schutz elementarer Menschenrechte auch ohne Autorisierung durch den Sicherheitsrat zulässig sein können⁶⁷.

⁶³ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitte 138 f. Vgl. *Luck* (Fn. 9) S. 53, 58.

⁶⁴ Zur Präventionsverantwortung *Luck* (Fn. 9) S. 53, 57.

⁶⁵ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitt 139. Vgl. *Luck* (Fn. 9) S. 52.

⁶⁶ Hierzu *Wheeler* (Fn. 43) S. 103.

⁶⁷ Ebenso *Stahn* (Fn. 9) S. 109.

V. Die Bestätigung durch den Sicherheitsrat

Der Sicherheitsrat bestätigte die für die responsibility to protect maßgeblichen Abschnitte des Outcome-Dokuments im Rahmen einer Resolution zum Schutz von Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten⁶⁸ und bezog sich hierauf unter anderem in einer Resolution zu Darfur⁶⁹ und zum Konflikt in der Demokratischen Republik Kongo⁷⁰. Die responsibility to protect in der durch die Generalversammlung modifizierten Form fand so auch auf dieser Ebene die Unterstützung der internationalen Gemeinschaft. Sie hat inzwischen Eingang in die Völkerrechtslehre gefunden⁷¹. Nichtregierungsorganisationen widmen sich ebenfalls der responsibility to protect⁷². Ende 2007 ernannte der amtierende Generalsekretär der Vereinten Nationen, *Ban Ki-moon*, mit Zustimmung des Sicherheitsrates einen Sonderberater für die völkerrechtliche Schutzverantwortung im

⁶⁸ UN Dok. S/Res/1674 vom 28.4.2006.

⁶⁹ UN Dok. S/Res/1706 vom 31.8.2006.

⁷⁰ UN Dok. S/Res/1857 vom 22.12.2008.

⁷¹ Gesprochen wird mittlerweile von der „RtoP“ oder der „R2P“. Vgl. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 2. MPEPIL verzeichnet einen eigenen Eintrag zur responsibility to protect: *I. Winkelmann*, Responsibility to protect, in *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com). Aus der Literatur u.a. *Stahn* (Fn. 9) S. 99 ff.; *Stoll* (Fn. 24) S. 1 ff.; *Hilpold* (Fn. 18) S. 35 ff.; *I. Winkelmann*, „Responsibility to Protect“: Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz, in *P.-M. Dupuy/B. Fassbender/M. N. Shaw/K.-P. Sommermann* (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung*, Festschrift für Ch. Tomuschat, 2006, S. 449 ff.; *Molier* (Fn. 47) S. 37 ff.; *G. Evans*, The Responsibility to Protect: Rethinking Humanitarian Intervention, *ASIL Proceedings* 2004, S. 78 ff.; *ders.*, From humanitarian intervention to the responsibility to protect, *Wisconsin International Law Journal* 2006, S. 703 ff.; *ders.*, The responsibility to protect, 2008; *J. Brunée*, International Law and Collective Concerns: Reflections on the Responsibility to Protect, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* 2007, S. 35 ff.; *L. Boisson de Chazournes/L. Condorelli*, De la «responsabilité de protéger» ou d'une nouvelle parure pour une nation déjà bien établie, *RGDIP* 2006, S. 11 ff.; *Th. Weiss*, R2P after 9/11 and the World Summit, *Wisconsin International Law Journal* 2006, S. 741 ff.; *Wheeler* (Fn. 43) S. 95 ff.; *Luck* (Fn. 9) 51 ff.; *Verlage* (Fn. 9) S. 1 ff.; *L. Brock*, Von der „humanitären Intervention“ zur „Responsibility to Protect“, in *A. Fischer-Lescano/H.-P. Gasser/Th. Marauhn/N. Ronzitti* (Hrsg.), *Frieden in Freiheit – Festschrift für Michael Bothe*, 2008, S. 19 ff.; *A. Bannon*, The responsibility to protect: The UN World Summit and the Question of Unilateralism, *The Yale Law Journal* 2006, S. 1157 ff.; *A. Bellamy*, Whither the responsibility to protect, *Ethics and International Affairs* 2006, S. 143 ff.; *T. Debiel/N. Goede/H. Niemann/R. Schütte*, Vom „neuen Interventionismus“ zur R2P, *Friedenswarte* 2009, S. 53 ff.; *R. Hamilton*, The responsibility to protect: from document to doctrine – but what about implementation, *Harvard Human Rights Journal* 2006, S. 289 ff. Vgl. *M. Benzing*, Sovereignty and the Responsibility to Protect in International Criminal Law, in *D. König/P.-T. Stoll/V. Röben/N. Matz-Lück* (Hrsg.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?* 2008, S. 17 ff.

⁷² Im Januar 2009 wurde die „International Coalition for the Responsibility to Protect“ gegründet, die Nichtregierungsorganisationen zur Unterstützung der „responsibility to protect“ vereint. Siehe www.responsibilitytoprotect.org

Range eines Assistant Secretary General. Dieser soll dazu beitragen, die responsibility to protect konzeptionell weiter zu entwickeln⁷³.

VI. Der Bericht *Ban Ki-moons* zur Umsetzung der völkerrechtlichen Schutzverantwortung

Im Januar 2009 legte der Generalsekretär der Vereinten Nationen *Ban Ki-moon* einen Bericht zur Umsetzung der völkerrechtlichen Schutzverantwortung vor⁷⁴. Ganz im Sinne der ICISS ist die völkerrechtliche Schutzverantwortung hiernach nicht darauf ausgerichtet, die Souveränität der Staaten zu schwächen, sondern sie zu stärken⁷⁵. Der Staat ist das Fundament der Schutzverantwortung; die Achtung der Menschenrechte ist ein wesentlicher Teil staatlicher Souveränität⁷⁶. Ausdrücklich betonte *Ban Ki-moon*, dass die responsibility to protect auf die im Outcome-Dokument genannten schweren Menschenrechtsverletzungen begrenzt und insbesondere der Prävention verpflichtet ist⁷⁷.

1. Das Drei-Säulen-Modell zur Umsetzung der völkerrechtlichen Schutzverantwortung

In seinem Bericht entwickelt der Generalsekretär eine Drei-Säulen-Strategie zur Umsetzung der völkerrechtlichen Schutzverantwortung. Die erste Säule bildet die primäre Verantwortung der Staaten, die auf ihren Territorien lebende Bevölkerung vor den genannten schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen⁷⁸. Die zweite Säule begründet die Verpflichtung der internationalen Gemeinschaft, die Staaten bei der Erfüllung ihrer Schutzverantwortung im Sinne einer aktiven Partnerschaft zu unterstützen⁷⁹. Diese Unterstützung kann militärische Hilfe einbeziehen⁸⁰. Erst im Rahmen der dritten Säule stehen die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen in der Verantwortung, kollektiv rechtzeitig und entschieden zu reagieren, wenn ein Staat offenkundig seiner Schutzverantwortung nicht gerecht wird⁸¹.

⁷³ Zum Sonderberater wurde *Edward C. Luck* berufen. Er soll durch ein gemeinsames Büro mit dem Sonderberater für die Verhütung von Völkermord unter dessen Leitung eng verbunden werden. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 71 und Anhang Abschnitt 7.

⁷⁴ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21).

⁷⁵ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 10.

⁷⁶ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 13, 16.

⁷⁷ Zur Frühwarnkapazität siehe Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) 10 und den Anhang.

⁷⁸ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 13 bis 27.

⁷⁹ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 28 bis 48.

⁸⁰ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 29, 40.

⁸¹ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 49 bis 66.

2. Kollektive Zwangsmaßnahmen und die Bindung an die VN-Charta

Um ihrer Schutzverantwortung gerecht zu werden, kann die internationale Gemeinschaft im Rahmen der dritten Säule als ultima ratio kollektive Zwangsmaßnahmen ergreifen. Ohne diese Möglichkeit bliebe die responsibility to protect unvollständig⁸². Zu diesen Maßnahmen gehören insbesondere gezielte Sanktionen, Waffenembargos und in Extremfällen auch militärische Mittel⁸³.

Kollektive Zwangsmaßnahmen bedürfen allerdings einer Ermächtigung. Diese kann vom Sicherheitsrat nach Art. 41 und 42 VN-Charta, von der Generalversammlung nach dem „Uniting for Peace“-Verfahren oder nach Art. 53 von regionalen oder subregionalen Institutionen, mit vorheriger Ermächtigung des Sicherheitsrates, erteilt werden⁸⁴. Den fünf ständigen Mitgliedern des Sicherheitsrates legt der Generalsekretär „eindringlich nahe, in Situationen, in denen die in Ziffer 139 des Gipfelergebnisses festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf die Schutzverantwortung offenkundig nicht erfüllt wurden, von der Anwendung oder Androhung des Vetos abzusehen und eine diesbezügliche Verständigung zu erzielen“⁸⁵. Sollte es zu einer solchen bereits von der ICISS vorgeschlagenen Übereinkunft⁸⁶ kommen, wäre dies einer der greifbarsten Fortschritte der durch die responsibility to protect angestoßenen Entwicklung.

Auch *Ban Ki-moon* lässt offen, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung gerecht werden soll, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Er formuliert allerdings den Wunsch, „die Grundsätze, die Regeln und die Doktrin zu prüfen, auf die sich die Anwendung von Zwangsgewalt in für die Schutzverantwortung relevanten Extremsituationen stützen soll“⁸⁷. Damit anerkennt er die Notwendigkeit, die völkerrechtliche Schutzverantwortung gerade in diesem schwierigen, für die Umsetzung aber besonders wichtigen Punkt, weiter zu entwickeln. Er begreift die responsibility to protect somit als ein Konzept in der Entwicklung, dessen Grundzüge geklärt sind, das aber der Fortschreibung bedarf⁸⁸.

⁸² Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 56.

⁸³ Vgl. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitte 57 f.

⁸⁴ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 56.

⁸⁵ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 61.

⁸⁶ Die ICISS spricht vom „code of conduct“ ICISS Bericht (Fn. 2) S. 51.

⁸⁷ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 62.

⁸⁸ Vgl. Resolution UN Dok. A/Res/63/308 vom 7. Oktober 2009.

B. Die völkerrechtliche Ausgangslage

Bereits in seiner Rede im Jahr 2000, mit der er die Entwicklung der *responsibility to protect* maßgeblich anstieß, beschrieb *Annan* das völkerrechtliche Spannungsfeld, innerhalb dessen die internationale Gemeinschaft angemessene Reaktionen auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen finden muss. Das Ziel der *responsibility to protect* ist es einerseits, bestimmte elementare Menschenrechte auch dann wirksam zu schützen, wenn ein Staat seiner Schutzverantwortung für die auf seinem Territorium lebenden Menschen nicht gerecht wird und der Sicherheitsrat keine wirksamen Schutzmaßnahmen ergreift. Diese elementaren Menschenrechte, auf die sich die *responsibility to protect* bezieht, sind heute nicht nur im Völkervertragsrecht, sondern auch im Völkergewohnheitsrecht grundsätzlich anerkannt. Andererseits geht es um die Achtung der Souveränität der Staaten und des Gewalt- und Interventionsverbots. Verbunden mit diesen grundlegenden völkerrechtlichen Prinzipien ist die zentrale Frage, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung gerecht werden kann, wenn der Sicherheitsrat trotz seiner besonderen Verantwortung für die Wahrung des Weltfriedens keine geeigneten Maßnahmen zum Schutz der von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen betroffenen Bevölkerung ergreift.

I. Der Schutz der für die *responsibility to protect* maßgeblichen Menschenrechte durch das Völkervertragsrecht

Die Generalversammlung beschränkte den Anwendungsbereich der *responsibility to protect* auf bestimmte schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen. Eine Schutzverantwortung im Sinne der *responsibility to protect* besteht hiernach in Fällen von „Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischer Säuberung und Verbrechen gegen die Menschlichkeit“⁸⁹. Diese Tatbestände sind heute im Wesentlichen völkerrechtlich beschrieben und anerkannt⁹⁰.

1. Der Völkermord

Den Begriff des Völkermordes bestimmt bereits die Völkermordkonvention aus dem Jahr 1948⁹¹. Verboten sind hiernach Handlungen, die in der Absicht begangen werden, „eine nationale, ethnische, rassische oder reli-

⁸⁹ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitte 138 f.

⁹⁰ Ebenso Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 3.

⁹¹ Art. II Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, BGBl. 1954 II, S. 730.

göse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“. In dieser Konvention verpflichteten sich die vertragsschließenden Parteien, Völkermord als Verbrechen gemäß internationalem Recht zu verhüten und zu bestrafen⁹².

Jeder Staat muss hiernach die ihm verfügbaren Mittel zur Verhinderung eines Völkermordes einsetzen. Letztlich begründet dies eine staatliche, territorial nicht begrenzte Schutzpflicht⁹³. Sie impliziert, dass der verpflichtete Staat selbst an keinem Völkermord mitwirkt. Noch nicht entschieden ist damit allerdings, ob ein Staat zur Verhinderung eines Völkermordes militärische Mittel gegen einen anderen Staat einsetzen darf⁹⁴.

International ist der Tatbestand des Völkermordes nicht nur in Art. II der Völkermordkonvention, sondern auch in Art. 4.2 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien⁹⁵, in Art. 2.2 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda⁹⁶ und in Art. 6 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs⁹⁷ niedergelegt⁹⁸. Das Verbot des Völkermordes ist heute völkergewohnheitsrechtlich als zwingendes Völkerrecht anerkannt⁹⁹.

2. Die ausdrückliche Einbeziehung ethnischer Säuberungen

Die responsibility to protect erstreckt sich gemäß der Resolution der Generalversammlung auch auf sogenannte „ethnische Säuberungen“¹⁰⁰. Umstritten ist, ob diese bereits unter den Begriff des Völkermordes fallen. Die Generalversammlung der VN jedenfalls sah in ethnischen Säuberungen eine Form des Völkermordes¹⁰¹; dem folgte auch das Bundesverfassungsgericht¹⁰². Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugosla-

⁹² Art. I Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, BGBl. 1954 II, S. 730.

⁹³ Siehe IGH, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, ICJ Reports 1951, S. 23. Vgl. IGH, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1996 (II), S. 595 ff. (616).

⁹⁴ Vgl. *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 11 Rn. 30 m.w.N.

⁹⁵ ICTY-Statut als Anhang zu UN Dok. S/25704 vom 3.5.1993.

⁹⁶ ICTR-Statut als Anhang zu UN Dok. S/Res/955 vom 8.11.1994.

⁹⁷ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, BGBl. II, S. 1393 ff.

⁹⁸ Hierzu *W. Schabas*, Genocide, in *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 1.

⁹⁹ Zur Universalität der heute als ius cogens anerkannten Norm IGH, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, ICJ Reports 1951, S. 23. Siehe auch BVerfG, 2 BvR 1290/99 vom 12.12.2000, Absatz-Nr. 12. Vgl. *Schabas* (Fn. 98) Rn. 39.

¹⁰⁰ Hierzu Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 3.

¹⁰¹ UN Dok. A/Res/47/121 vom 18.12.1992.

¹⁰² BVerfG, 2 BvR 1290/99 vom 12.12.2000, Absatz-Nr. 34. Vgl. EGMR, J. gegen Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 74613/01 vom 12.7.2007.

wien allerdings fasste den Völkermordbegriff insoweit enger, als er hierunter nur die physische und biologische Zerstörung einer Gruppe von Menschen verstand¹⁰³ und maßgeblich darauf abstellte, dass beim Völkermord „die physische Vernichtung der Gruppe oder von Mitgliedern der Gruppe angestrebt wird“¹⁰⁴. Dem folgte auch der IGH: „Obwohl es offensichtliche Ähnlichkeiten zwischen einer Politik des Völkermords und der allgemein als „ethnische Säuberung“ bekannten Politik gibt, (muss) zwischen der physischen Zerstörung und der bloßen Auflösung einer Gruppe eine klare Unterscheidung getroffen werden. Die Vertreibung einer Gruppe oder eines Teils einer Gruppe reicht für den Tatbestand des Völkermordes nicht aus“¹⁰⁵. Dadurch, dass die Generalversammlung den Tatbestand der ethnischen Säuberung ausdrücklich in ihre Resolution aufnahm, stellte sie unabhängig von diesem Rechtsstreit klar, dass die responsibility to protect auch in Fällen ethnischer Säuberungen Anwendung findet, wenn eine Gruppe nicht physisch vernichtet, sondern vertrieben werden soll.

3. Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Indem die Generalversammlung die responsibility to protect auf die Fälle von Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begrenzte, griff sie zentrale Tatbestände des im Jahre 2002 in Kraft getretenen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs¹⁰⁶ auf. Mit Ausnahme der ethnischen Säuberung definiert das Statut diese Tatbestände und trägt damit zur – insbesondere für die strafrechtliche Verfolgung notwendigen – Bestimmtheit bei¹⁰⁷. Der Internationale Strafgerichtshof übt die Gerichtsbarkeit über Personen wegen der im Statut genannten schwersten internationalen Verbrechen aus und zieht so Täter schwerer völkerrechtlicher Verbrechen individuell zur Verantwortung¹⁰⁸. Die responsibility to protect begründet demgegenüber zum Schutz

¹⁰³ Vgl. Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (Fn. 3) Abschnitt 580.

¹⁰⁴ Berufungsentscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (Fn. 6) Abschnitte 24 f.

¹⁰⁵ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Urteil vom 26. Februar 2007, ICJ Reports 2007, S. 42 (84, Nr. 190) unter Verweis auf ICTY-Trial Chamber, The Prosecutor v. Radislav Kstic, Urteil vom 2.8.2001, Case No IT-98-33-T, Abschnitt 562.

¹⁰⁶ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, BGBl. II, S. 1393 ff.

¹⁰⁷ Die noch ausstehende Klärung des Verbrechens der Aggression spielt für die „responsibility to protect“ keine Rolle. Vgl. *St. Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage 2008, S. 273. Zur weiteren Konkretisierung siehe die von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 RS anerkannten „elements of crimes“; abgedruckt in *W. Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 2. Auflage, 2004, S. 279 ff.

¹⁰⁸ Art. 1 Römisches Statut. Vgl. *H.-P. Kaul*, International Criminal Court (ICC), in

der Bevölkerung vor diesen Verbrechen eine Schutzverantwortung des einzelnen Staates und der internationalen Gemeinschaft¹⁰⁹.

Art. 7 Römisches Statut ordnet eine Reihe von Verbrechen wie die vorsätzliche Tötung, die Ausrottung, den Freiheitsentzug, die Folter, die Vergewaltigung, die Verfolgung und andere unmenschliche Handlungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein, soweit diese im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden. Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit wird damit im Römischen Statut in detaillierter Weise konkretisiert und kodifiziert¹¹⁰.

Bei Kriegsverbrechen geht es hingegen um bestimmte schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts¹¹¹. Dabei müssen die zu Grunde liegenden Konflikte nicht zwingend einen internationalen Charakter haben¹¹². Gemäß Art. 8 Römisches Statut obliegt bei diesen Verbrechen dem IStGH die Gerichtsbarkeit nur, „wenn diese als Teil eines Planes oder einer Politik oder als Teil der Begehung solcher Verbrechen in großem Umfang verübt werden“.

Gemäß Art. 17 Römisches Statut ist der IStGH nur zuständig, wenn „der Staat nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen“. Der IStGH ist mithin nur komplementär zuständig¹¹³. Die Parallelität zur responsibility to protect ist augenfällig: Auch hier greift die internationale Schutzverantwortung nur ein, wenn der einzelne Staat seiner Schutzverantwortung nicht gerecht wird, weil er hierzu nicht willens oder in der Lage ist.

Somit sind die für die responsibility to protect maßgeblichen Tatbestände des Völkermordes, der Kriegsverbrechen, der ethnischen Säuberung und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Völkervertragsrecht heute anerkannt und im Wesentlichen völkerrechtlich bestimmt. Die Afrikanische Union erlaubt bei eben diesen völkerrechtlichen Verbrechen (mit Ausnahme ethnischer Säuberungen) Interventionen in ihren Mitgliedstaaten¹¹⁴. Der durch die Generalversammlung begrenzte Anwendungsbereich der responsibility to protect baut somit auf eine völkerrechtlich gesicherte Grundlage auf.

Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 1.

¹⁰⁹ So *Stoll* (Fn. 24) S. 10.

¹¹⁰ So *Kaul* (Fn. 108) Rn. 43.

¹¹¹ Vgl. Art. 8 Römisches Statut. Siehe *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 11 Rn. 35; *Schabas* (Fn. 98) Rn. 48.

¹¹² Siehe Art. 8 Abs. 2 lit c bis f Römisches Statut.

¹¹³ Hierzu *Kaul* (Fn. 108) Rn. 61 ff.

¹¹⁴ Art. 4 (h) Constitutive Act of the African Union.

II. Der Schutz elementarer Menschenrechte als Verpflichtungen erga omnes und ius cogens

Die in der responsibility to protect begründete Verantwortung der internationalen Gemeinschaft, die Bevölkerung auch fremder Staaten vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen, wenn der einzelne Staat hierzu nicht willens oder nicht in der Lage ist und der Sicherheitsrat untätig bleibt, ist zudem eng mit dem universellen und unabdingbaren Geltungsanspruch bestimmter elementarer Menschenrechte verbunden¹¹⁵.

1. Elementare Menschenrechte als Verpflichtungen erga omnes

In seiner Entscheidung im Fall Barcelona Traction erkannte der Internationale Gerichtshof an, dass es Verpflichtungen eines Staates gegenüber der internationalen Gemeinschaft als Ganze gibt. Ihnen liegt ihrer Natur nach ein Anliegen aller Staaten zu Grunde. Solche Verpflichtungen erga omnes erwachsen unter anderem aus dem Verbot von Angriffshandlungen, dem Verbot des Völkermordes und grundlegenden Menschenrechten wie dem Schutz vor Sklaverei und vor Rassendiskriminierung¹¹⁶. Bestimmte elementare Menschenrechte beanspruchen somit als Verpflichtungen erga omnes universelle Geltung. Beim Schutz dieser Rechte geht es mithin nicht um eine rein interne Angelegenheit eines souveränen Staates, sondern um ein Anliegen der internationalen Gemeinschaft. Hierauf baut die responsibility to protect auf: Die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft für die Gewährleistung elementarer Menschenrechte ist Ausdruck dieses gemeinsamen Anliegens. Sie baut auf ein völkerrechtlich anerkanntes Wertefundament.

2. Elementare Menschenrechte als völkerrechtliches ius cogens

Die Entscheidung des IGH im Fall Barcelona Traction erkannte implizit die Existenz von völkerrechtlichem ius cogens an, also von völkerrechtlichen Normen, von denen vertraglich nicht abgewichen werden kann¹¹⁷.

¹¹⁵ Vgl. *Ph. Kunig*, Prohibition of Intervention, in *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 38.

¹¹⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, S. 3 (32, Nr. 33 f). Siehe zum Verbot des Völkermordes als Verpflichtung erga omnes Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1996 (II), S. 595 (616, Nr. 31).

¹¹⁷ Vgl. *J. Frowein*, Ius cogens, in *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 4. Zur Anerkennung von ius cogens Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23. April – 1. June and 2. July – 10. August 2001, UN Dok. A/56/10 zu Art. 40

In einer späteren Entscheidung bezog sich der IGH ausdrücklich auf zwingendes Völkerrecht: die Zuordnung zum *ius cogens* betrifft hiernach den Rechtscharakter der Norm¹¹⁸. Art. 53 WVRK versteht unter einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, „die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann“. Verträge, die einer zwingenden Norm des Völkerrechts widersprechen, sind hiernach nichtig. Zum völkerrechtlichen *ius cogens* zählen unter anderem grundlegende Menschenrechte wie das Verbot des Völkermordes, der Folter, der Sklaverei und der Rassendiskriminierung¹¹⁹. Der Anwendungsbereich der *responsibility to protect* erstreckt sich somit auch auf zwingende Normen des allgemeinen Völkerrechts.

3. Die Rechtsfolgen von *erga omnes* Verpflichtungen und von *ius cogens*

Zwar sind die Rechtsfolgen von Verpflichtungen *erga omnes* grundsätzlich von denjenigen des völkerrechtlichen *ius cogens* zu unterscheiden¹²⁰. Beide Rechtsfiguren hängen aber eng miteinander zusammen. So begründen zwingende Regeln des Völkerrechts Verpflichtungen *erga omnes*¹²¹. In der Regel haben nämlich alle Staaten ein Rechtsinteresse an der Einhaltung einer Norm, von der nicht abgewichen werden kann¹²². Verpflichtungen *erga omnes* und völkerrechtliches *ius cogens* gründen insoweit auf einer gemeinsamen Basis¹²³.

Verletzt ein Staat eine Verpflichtung *erga omnes*, kann nach dem Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit jeder Staat von dem verantwortlichen Staat die Beendigung der Rechtsverletzung und Wiedergutmachung verlangen (Art. 48 Abs. 1 lit.b und Abs. 2 ILC-Entwurf)¹²⁴. Diese Befugnis jedes einzelnen Staates unabhängig von

(ILC Kommentar). Kritisch *D. Shelton*, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, *AJIL* 2002, S. 833 ff. (842 f.).

¹¹⁸ So IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), *ICJ Reports* 1996 (I), S. 226 (258 Nr. 83).

¹¹⁹ *Herdegen* (Fn. 12) § 16 Rn. 14. Siehe *Frowein* (Fn. 117) Rn. 6 ff. Ebenso ILC Kommentar (Fn. 117) zu Art. 40. Zur Anerkennung des Verbots des Völkermordes als *ius cogens* siehe *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, *ICJ Reports* 1993, S. 325 (440 Nr. 100).

¹²⁰ Siehe Art. 53 WVRK.

¹²¹ *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 3 Rn. 3 m.w.N.

¹²² *Frowein* (Fn. 117) Rn. 10.

¹²³ *J. R. Crawford*, *State Responsibility*, in *R. Wolfrum* (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 34.

¹²⁴ ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,

einer besonderen Betroffenheit folgt aus dem Charakter der Verpflichtungen erga omnes, die der internationalen Gemeinschaft als Ganze geschuldet sind¹²⁵. Worin konkret die Wiedergutmachung gegenüber der internationalen Staatengemeinschaft besteht, beschreibt Art. 48 Abs. 2 ILC-Entwurf allerdings nicht¹²⁶.

Werden ius cogens Verpflichtungen schwer, d.h. grob oder planmäßig verletzt, kooperieren die Staaten, um diese Verletzung zu beenden (Art. 41 Abs. 1 ILC-Entwurf)¹²⁷; kein Staat darf den durch die Verletzung entstandenen völkerrechtswidrigen Zustand anerkennen oder fördern (Art. 41 Abs. 2 ILC-Entwurf). Was dies konkret etwa im Falle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen bedeutet, lässt der ILC-Entwurf offen¹²⁸. Jedenfalls eröffnet diese Regelung nicht die Möglichkeit, zum Schutz einer unter schweren, planmäßigen Menschenrechtsverletzungen leidenden Bevölkerung durch Anwendung oder Androhung von Gewalt einzugreifen. Dies schließt der ILC-Entwurf allerdings auch nicht aus, da er Reaktionsmöglichkeiten auf völkerrechtswidriges Verhalten nicht abschließend auflistet¹²⁹. Die Frage, wie die internationale Gemeinschaft angemessen auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen reagieren kann, die als erga omnes Verpflichtungen universelle Geltung beanspruchen und als völkerrechtliches ius cogens unabdingbar sind, beantwortet damit der ILC-Entwurf nicht¹³⁰.

abgedruckt in ZaöRV 2002, S. 797 ff. Vgl. *J. Frowein*, Obligations erga omnes, in Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, online Ausgabe (www.mpepil.com) Rn. 12 ff. Zur Frage, welche Form der Wiedergutmachung nicht betroffene Staaten verlangen können *Crawford* (Fn. 123) Rn. 49. Grundlegend zur Wiedergutmachung im Völkerrecht bereits StIGH, The Factory at Chorzów, Entscheidung vom 13.9.1928, Series A, No. 17 (1928) S. 30.

¹²⁵ Siehe ILC Kommentar (Fn. 117) zu Art. 48 (10).

¹²⁶ Nach dem ILC Kommentar (Fn. 117) zu Art. 48 kann Abs. 2 nicht mehr als „das allgemeine Prinzip“ beschreiben.

¹²⁷ Zur Frage einer Kooperationspflicht siehe *Stahn* (Fn. 9) S. 115 f.

¹²⁸ Zu Beispielfällen ILC Kommentar (Fn. 117) zu Art. 41. Grundlegend wirft die Frage bereits Richter Kooijmans in seiner abweichenden Meinung auf in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Separate Opinion of Judge Kooijmans), ICJ Reports 2004, S. 219 (231–232).

¹²⁹ ILC Kommentar (Fn. 117) zu Art. 41. Ebenso *Crawford* (Fn. 123) Rn. 40.

¹³⁰ Vgl. *Kunig* (Fn. 115) Rn. 39. *Shelton* (Fn. 117) S. 844 sieht die Gefahr, dass unilateral die Verletzung einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts festgestellt wird. Zum Verhältnis des ILC-Entwurfs zur „responsibility to protect“ siehe *Stoll* (Fn. 24) S. 8. Vgl. *Brunée* (Fn. 71) S. 35 ff.

III. Die Wahrnehmung der internationalen Schutzverantwortung durch den Sicherheitsrat

Grundsätzlich nimmt der Sicherheitsrat die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft für elementare Menschenrechte wahr, wenn ein Staat seiner primären Schutzverantwortung für die auf seinem Territorium lebende Bevölkerung nicht gerecht wird.

1. Die besondere Verantwortung des Sicherheitsrates für die Wahrung des Weltfriedens

Der Sicherheitsrat trägt gemäß Art. 24 Abs. 1 VN-Charta die „Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens“. Er kann im Rahmen von Kapitel VII VN-Charta in Erfüllung dieser Aufgabe Zwangsmaßnahmen ergreifen, wenn er eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung feststellt (Art. 39 VN-Charta).

Eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens sieht der Sicherheitsrat nach seiner neueren Praxis nicht nur in zwischenstaatlichen Gewalthandlungen, sondern auch in schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen¹³¹. Die Anerkennung der responsibility to protect durch die Generalversammlung bestätigt diese Auffassung¹³², wonach unter Frieden mehr als die bloße Abwesenheit militärischer Gewaltausübung zu verstehen ist¹³³. Damit kann der Sicherheitsrat im Falle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen geeignete Maßnahmen ergreifen und so die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft wahrnehmen.

Dem Sicherheitsrat steht allerdings ein weites Ermessen bei seiner Entscheidung zu, ob und welche Maßnahmen er gemäß Kapitel VII VN-Charta ergreift. Dies gilt auch für den Fall schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen. Auch wenn der Frieden bedroht oder gebrochen oder eine Angriffshandlung unternommen wurde, ist der Sicherheitsrat nicht verpflichtet einzugreifen. Eine solche Rechtspflicht folgt auch nicht aus der Aufgabenzuweisung des Art. 24 VN-Charta¹³⁴.

Der Internationale Gerichtshof erkannte aber an, dass im Falle „einer Bedrohung des Friedens, eines Bruchs des Friedens oder einer Angriffshandlung der Sicherheitsrat eine besondere Verantwortung gemäß Kapitel

¹³¹ Siehe etwa UN Dok. S/Res/940 vom 31.7.1994 zu Haiti; UN Dok. S/Res/1264 vom 15.9.1999 zu Ost-Timor; UN Dok. S/Res/1556 vom 30.7.2004 zu Darfur. Vgl. *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 7 Rn. 32 f. m.w.N.; *Hobe* (Fn. 107) S. 346 ff. m.w.N.

¹³² Siehe *M. Ruffert/Ch. Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht 2009*, Rn. 413 und 481 m.w.N. auch zur gegenteiligen Auffassung.

¹³³ *M. Botke*, *Völkerrechtliche Verhinderung von Gewalt*, in *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Auflage 2007, Abschnitt 8 Rn. 44.

¹³⁴ *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 7 Rn. 15 f. m.w.N.

VII VN-Charta hat¹³⁵. Er ist zwar rechtlich nicht verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen; die Aufgabenzuweisung des Art. 24 Abs. 1 VN-Charta und die Zuständigkeit für Zwangsmaßnahmen im Rahmen von Kapitel VII begründen aber eine besondere Verantwortung, den Weltfrieden zu wahren. Den Sicherheitsrat trifft somit eine Handlungsverantwortung, nicht aber eine Handlungspflicht, bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zum Schutz der betroffenen Bevölkerung einzugreifen.

2. Die internationale Schutzverantwortung bei Untätigkeit des Sicherheitsrates

Diese primäre Verantwortung („primary responsibility“ gemäß Art. 24 VN-Charta) des Sicherheitsrates stellt auch die responsibility to protect nicht in Frage. Ergreift der Sicherheitsrat wirksame Maßnahmen zum Schutz der betroffenen Bevölkerung vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, nimmt er dadurch die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft wahr.

Die responsibility to protect soll aber ihrer ursprünglichen Intention nach insbesondere dann wirksam werden, wenn der Sicherheitsrat seiner Handlungsverantwortung nicht gerecht wird und trotz Kenntnis schwerwiegender, planmäßiger Menschenrechtsverletzungen keine geeigneten Maßnahmen zum Schutz der betroffenen Bevölkerung ergreift. Anlass für die Entwicklung der responsibility to protect waren Gräueltaten wie diejenigen in Ruanda und Srebrenica, in denen die Bevölkerung trotz Kenntnis der internationalen Gemeinschaft nicht wirksam vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen geschützt wurde. In diesem maßgeblichen Punkt allerdings eröffnet die Generalversammlung im Outcome-Dokument keine alternativen Handlungsoptionen. Sie anerkennt zwar eine Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft und folgt insofern dem Kerngedanken der responsibility to protect, eröffnet aber keinen Weg, wie diese Schutzverantwortung wirksam werden kann, wenn der Sicherheitsrat nicht handelt.

Nach derzeitigem Stand wird allein eine Reform des Sicherheitsrates nicht gewährleisten können, dass die internationale Gemeinschaft in Zukunft ihrer Schutzverantwortung bei schweren Menschenrechtsverletzungen gerecht wird. Zum einen lässt sich derzeit nicht absehen, ob und welche Reformüberlegungen tatsächlich umgesetzt werden. Angesichts der Schwere der Menschenrechtsverletzungen und des Leids der Bevölkerung kann aber nicht auf unabsehbare Zeit mit einer Lösung des Problems gewartet werden. Zum anderen könnten die Reformvorschläge im

¹³⁵ International Court of Justice, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), ICJ Rep 1999 II, S. 916 (925).

besten Fall zwar die Zahl der Fälle reduzieren, in denen die internationale Schutzverantwortung wirksam wird, nicht aber sicherstellen, dass der Sicherheitsrat stets geeignete Maßnahmen zum Schutz vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen ergreift und die Bevölkerung wirksam schützt. Mit einer (durchsetzbaren) Rechtspflicht des Sicherheitsrates, im Falle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung zu ergreifen, ist auch im Zuge der Reformen nicht zu rechnen.

IV. Die Frage nach der Zulässigkeit humanitärer Interventionen

Auch wenn insbesondere die ICISS versuchte, das Konzept der responsibility to protect von der Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen abzugrenzen, knüpft die völkerrechtliche Schutzverantwortung doch bei der Suche nach Reaktionsmöglichkeiten auf schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen bei Untätigkeit des Sicherheitsrates an den Ausgangspunkt eben dieser völkerrechtlich umstrittenen Frage an. Die Meinungen gehen auseinander, ob einzelne Staaten oder Staatengruppen auch ohne eine Autorisierung durch den Sicherheitsrat militärische Maßnahmen ergreifen oder androhen dürfen, um fremde Staatsangehörige vor Menschenrechtsverletzungen zu schützen. Das Europäische Parlament sieht eine solche humanitäre Intervention im „Schutz der Menschenrechte von Personen, die Staatsangehörige anderer Staaten und/oder dort ansässig sind, durch einen Staat oder eine Gruppe von Staaten, wobei dieser Schutz die Drohung mit Gewalt oder die Anwendung von Gewalt beinhaltet“¹³⁶.

Nach einer Auffassung verstößt ein militärisches Eingreifen auch im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen gegen das Gewaltverbot gemäß Art. 2 (4) VN-Charta. Militärische Maßnahmen sind hiernach auch in diesen Fällen nicht gerechtfertigt, solange der Sicherheitsrat sie nicht autorisiert hat¹³⁷. Andere halten demgegenüber humanitäre Interventionen jedenfalls unter bestimmten Bedingungen für zulässig¹³⁸. Über diese Zuläs-

¹³⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments, ABl. 1994, Nr.C 128, S. 225. Zur Definition humanitärer Interventionen *Herdegen* (Fn. 12) § 34 Rn. 25; *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 7 Rn. 114. Vgl. *Kunig* (Fn. 115) Rn. 37; *T. Nardin/M. Williams* (Hrsg.), *Humanitarian Intervention*, 2006.

¹³⁷ *Kunig* (Fn. 115) Rn. 37; *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Auflage 2008, S. 742 ff. (insbesondere 744 f.); *Bothe* (Fn. 133) Rn. 22; *Simma* (Fn. 23) S. 5 f.; *Cassese* (Fn. 23) S. 25; *A. Randelzhofer*, in *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Auflage 2002, Art. 2 (4) Rn. 55.

¹³⁸ Siehe *Herdegen* (Fn. 12) § 34 Rn. 27 f.; *Doehring* (Fn. 23) Rn. 1014; *Tomuschat*, (Fn. 23) RdC 1999, S. 218 ff.

sigkeitsvoraussetzungen besteht noch keine Einigkeit. Die Intervention der NATO im Kosovo im Frühjahr 1999 verschärfte diese Debatte¹³⁹.

Die responsibility to protect reagiert auf schwerwiegende, planmäßige Menschenrechtsverletzungen gegebenenfalls unter Androhung oder Anwendung von Gewalt, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Sie knüpft damit an dieselbe Ausgangslage wie die humanitäre Intervention an. Dennoch bezieht die responsibility to protect zu der Frage der Zulässigkeit dieser Interventionen keine Stellung¹⁴⁰. Dies überrascht nur auf den ersten Blick: Die ICISS wollte die Aufmerksamkeit gerade nicht auf diese kontroverse Frage lenken. Nach Einschätzung *Ban Ki-moons* begrenzt die Debatte um die Zulässigkeit humanitärer Interventionen die Handlungsmöglichkeiten auf zwei extreme Alternativen: Entweder bleibt die internationale Gemeinschaft trotz schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen untätig oder sie wendet Zwangsgewalt an¹⁴¹. Die responsibility to protect folgt hier einem neuen Ansatz und sucht gezielt nach alternativen Lösungen im Interesse der betroffenen Bevölkerung. Im Sinne dieses Perspektivenwechsels vermied die ICISS bewusst den Begriff der humanitären Intervention. Dem folgte auch die Generalversammlung. Die Anerkennung der responsibility to protect durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen und durch den Sicherheitsrat beantwortet mithin die Frage nach der Zulässigkeit humanitärer Interventionen nicht. Während die ICISS allerdings versucht, auch ohne Beantwortung dieser Frage Wege anzudeuten, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung auch dann gerecht werden kann, wenn der Sicherheitsrat nicht die notwendigen Maßnahmen ergreift, eröffnet die Resolution der Generalversammlung hier keine neuen Handlungsoptionen.

C. Die Völkerrechtspraxis seit dem Jahr 2005

Mit der Aufnahme der responsibility to protect in das Abschlussdokument des Weltgipfels 2005 fand dieses Konzept die grundsätzliche Anerkennung der Staatengemeinschaft. Ziel des Konzeptes war es von Anfang an, in Zukunft Gräueltaten wie diejenigen in Ruanda und Srebrenica zu verhindern. Ob und inwieweit die responsibility to protect diesem Anspruch bisher gerecht geworden ist, ist anhand der bisherigen Praxis zu beurteilen. Insbesondere der Sicherheitsrat, aber auch einzelne Staaten beriefen sich seit der Anerkennung der responsibility to protect durch die Generalversammlung

¹³⁹ Vgl. u.a. *Henkin* (Fn. 23) S. 824 ff.; *Wheatley* (Fn. 23) S. 261 ff.; *Greenwood* (Fn. 23) S. 926 ff.; *ders.*, Humanitarian Intervention: The Case of Kosovo, in *Christopher Greenwood*, *Essays on War in International Law*, 2006, S. 593 ff.

¹⁴⁰ Hierzu *Stoll* (Fn. 24) S. 15.

¹⁴¹ *Ban Ki-moon Bericht* (Fn. 21) Abschnitt 7.

im Jahr 2005 immer wieder auf dieses Konzept. So wurden die Reaktionen der internationalen Gemeinschaft auf die Kämpfe in der Demokratischen Republik Kongo und auf die humanitäre Katastrophe infolge der Auseinandersetzungen in Darfur in den Kontext dieses Konzeptes gestellt. Auch angesichts der Naturkatastrophe in Burma/Myanmar beriefen sich einzelne Staaten auf die responsibility to protect, um internationale Hilfsmaßnahmen zu ermöglichen.

I. Die Friedensmission der VN in der Demokratischen Republik Kongo

Die über 30-jährige Herrschaft von Marschall *Mobutu* in der heutigen Demokratischen Republik Kongo¹⁴² wurde im Jahr 1997 durch die Machtübernahme *Laurent Kabilas* beendet. In den folgenden kriegerischen Auseinandersetzungen starben bis zum Jahr 2007 über 5 Millionen Menschen¹⁴³. Auch nach einem Friedensabkommen im Jahr 2003, den Wahlen im Jahr 2006 und einem Waffenstillstandsabkommen im Januar 2008¹⁴⁴ gehen insbesondere im Osten des Landes die Kämpfe weiter¹⁴⁵. Der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen schätzt, dass sich im Juni 2008 1.25 Millionen Menschen innerhalb des Landes auf der Flucht vor marodierenden Milizen und der kongolesischen Armee befanden¹⁴⁶.

1. Das Mandat der MONUC

Angesichts der instabilen Situation im Kongo richtete der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen im November 1999 die „United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo“ (MONUC) ein¹⁴⁷. Sie erhielt im Februar 2000 und im Juli 2003 ein erweitertes Mandat gemäß Kapi-

¹⁴² Das damalige Zaire.

¹⁴³ International Rescue Committee, Mortality in the Democratic Republic of Congo: An Ongoing Crisis, 2007 (IRC Bericht). Zu finden unter www.theirc.org/resources/2007/2006-7_congomortalitysurvey.pdf

¹⁴⁴ Zum Goma-Agreement G. Gordon, An African Marshall Plan: Changing U.S. Policy to Promote the Rule of Law and Prevent Mass Atrocity in the Democratic Republic of Congo, Fordham International Law Journal 2009, S. 1361 ff. (1372 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. UNHCR, Democratic Republic of Congo – Country Operations Profile. Zu finden unter www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/page?page=49e45c366. Siehe auch UNHCR, DRC displacement update, Briefing Note, 28 August 2009. Zu finden unter www.unhcr.org/4a97cba89.html. Vgl. Gordon (Fn. 145) S. 1363.

¹⁴⁶ UNHCR, Country Operations Profile (Fn. 146). Vgl. Th. Benner/Ph. Rotmann, Heillos überfordert, Vereinte Nationen 2009, S. 147 ff. (148).

¹⁴⁷ UN Dok. S/Res/1279 vom 30.11.1999. Zum Engagement der EU C. Gegout, Causes and Consequences of the EU's Military Intervention in the Democratic Republic of Congo: A Realist Experience, European Foreign Affairs Review 2005, S. 427 ff.

tel VII VN-Charta, um die Zivilbevölkerung zu beschützen¹⁴⁸. Ende 2008 verlängerte der Sicherheitsrat das Mandat um ein weiteres Jahr und erhöhte die Zahl der Blauhelmsoldaten, Militärbeobachter und Polizisten auf über 20 000¹⁴⁹. Die MONUC ist damit eine der größten Friedensmissionen der Vereinten Nationen weltweit¹⁵⁰.

Obwohl die MONUC von ihrem Mandat Gebrauch machte, indem sie etwa Angriffe Aufständischer auf Blauhelmsoldaten in der Provinz Ituri mit Waffengewalt erwiderte¹⁵¹, gelang es ihr bislang nicht, die Zivilbevölkerung wirksam zu schützen¹⁵². Insbesondere im Ostteil des Landes in den Kivu-Provinzen und in Oriental kommt es nach wie vor zu Kämpfen zwischen Rebellentruppen und den kongolesischen Streitkräften¹⁵³. Nach Einschätzung des Generalsekretärs der Vereinten Nationen ist das Ituri Gebiet zwischenzeitlich ein „für das Ausmaß und die besondere Grausamkeit der dort verübten Menschenrechtsverletzungen, insbesondere der sexuellen Gewalt bekannte(s) Gebiet“¹⁵⁴. Dabei sind nicht nur die Rebellen, sondern auch die Regierungstruppen für schwerste Menschenrechtsverletzungen verantwortlich: Frauen werden vergewaltigt, Kindersoldaten zwangsrekrutiert, Dörfer zerstört, Menschen vertrieben, Zivilisten entführt und getötet. Für die neun Millionen Einwohner in den betroffenen Gebieten ist die humanitäre Situation dramatisch; sie zählt zu den Schlimmsten weltweit¹⁵⁵.

2. Die andauernden Kämpfe in den Kivu-Provinzen und in Oriental

Mit der Entsendung von Blauhelmsoldaten und deren Ermächtigung auch zu Kampfeinsätzen übernahm die internationale Gemeinschaft – bereits vor der Entwicklung der *responsibility to protect* – Verantwortung für den Schutz der Menschen im Kongo. Trotz eines robusten Mandats gelingt es aber nach wie vor nicht, die Zivilbevölkerung insbesondere im Osten des

¹⁴⁸ UN Dok. S/Res/1291 vom 24.2.2000. Zum Ituri-Gebiet und zur Region Nord und Süd Kivu UN Dok. S/Res/1493 vom 28.7.2003 Nr. 26. Zur Ausdehnung des Mandats *R. Onana/H. Taylor*, MONUC and SSR in the Democratic Republic of Congo, *International Peacekeeping*, 2008 (Vol. 15), S. 501 ff. (502).

¹⁴⁹ UN Dok. S/Res/1856 vom 22.12.2008.

¹⁵⁰ Länderinformation des Auswärtigen Amtes zur Demokratischen Republik Kongo. Zu finden unter www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Laenderinformationen/KongoDemokratischeRepublik/Aussenpolitik.html

¹⁵¹ *Benner/Rotmann* (Fn. 146) S. 148 unter Verweis auf *Mark Lacey*.

¹⁵² *Ban Ki-moon* spricht vom „Versagen der internationalen Gemeinschaft“. *Ban Ki-moon Bericht* (Fn. 21) Abschnitt 60.

¹⁵³ Siehe *Gordon* (Fn. 144) S. 1379 f.

¹⁵⁴ *Ban Ki-moon Bericht* (Fn. 21) Abschnitt 42.

¹⁵⁵ Länderinformation des Auswärtigen Amtes zur Demokratischen Republik Kongo (Fn. 150). Vgl. Vereinte Nationen – Der Hohe Flüchtlingskommissar, UNHCR-Stellungnahme zur Situation in der Demokratischen Republik Kongo auf Anfrage des Bayrischen Verwaltungsgerichts München, vom 8. März 2001.

Kongo wirksam zu schützen. Hierfür gibt es vielfältige Gründe. Bereits die Größe des Landes stellt die Truppen vor besondere Schwierigkeiten: 20000 Soldaten können kein Gebiet kontrollieren, das mehr als sechsmal so groß ist wie die Bundesrepublik Deutschland¹⁵⁶. Zudem waren bereits bei Beginn der Mission die staatlichen Strukturen im Kongo erschüttert¹⁵⁷; dies erschwert den Wiederaufbau. Hinzu kommen die unterschiedlichen innerstaatlichen Konflikte und die Konflikte mit den Nachbarstaaten. Nicht zuletzt erschweren die große Gewaltbereitschaft und das Ausmaß der Grausamkeiten die Mission. Gleichzeitig sind die Blauhelmsoldaten nicht immer optimal ausgerüstet und ausgebildet für ihr Mandat. Auch seien die Einsatzregeln zu eng gefasst¹⁵⁸. Zudem werden die Blauhelmsoldaten selbst beschuldigt, an den Gräueltaten beteiligt gewesen zu sein und Frauen und Kinder sexuell missbraucht zu haben¹⁵⁹. Die Schutztruppen werden so zu einer eigenständigen Bedrohung.

Nach diesen Erfahrungen dürfen sich die Bemühungen der internationalen Gemeinschaft zur Verhinderung schwerer Menschenrechtsverletzungen nicht ausschließlich auf die Frage der Entsendung und Ermächtigung von VN-Truppen durch den Sicherheitsrat beschränken. Das umfassende Konzept der *responsibility to protect*, das auch nicht militärische Mittel zur Konfliktlösung sowie Maßnahmen zur Konfliktprävention und zur Konfliktnachsorge einschließt, könnte hier Wegweisend sein. In einer seiner jüngsten Resolutionen betonte der Sicherheitsrat die Hauptverantwortung der Demokratischen Republik Kongo für die Sicherheit und den Schutz der Bevölkerung und unterstrich die Bedeutung einer guten Abstimmung zwischen der Regierung und der MONUC¹⁶⁰. Die Erfahrungen im Kongo lehren, dass es die Konfliktlösung wesentlich erleichtert, wenn die internationale Gemeinschaft bei ihren Bemühungen mit kooperationsfähigen und -willigen Strukturen vor Ort zusammenarbeiten kann¹⁶¹. Gleichzeitig gewinnt die primäre Verantwortung des einzelnen Staates für den Schutz seiner Bevölkerung als Grundlage der *responsibility to protect* eine zusätzliche Bedeutung. Konkrete Folgen allerdings

¹⁵⁶ Die Demokratische Republik Kongo ist der drittgrößte Staat Afrikas. Sie umfasst 2345410 km² und ist damit 6,6 mal so groß wie die Bundesrepublik Deutschland. Länderinformationen des Auswärtigen Amtes zur Demokratischen Republik Kongo (Fn. 150).

¹⁵⁷ A. Harrington, *A Tale of Three Nations? The Role of the United Nations Peacekeepers and Missions of the Concept of Nation-State, Nationalism, and Ownership of the State in Lebanon, the Democratic Republic of the Congo, and Kosovo*, Connecticut Journal of International Law 2006, S. 213 ff. (229).

¹⁵⁸ Gordon (Fn. 144) S. 1393; Benner/Rotmann (Fn. 146) S. 149 unter Bezugnahme auf General Bipin Rawat, den indischen Kommandeur von 6000 Blauhelmsoldaten in Nord-Kivu. Vgl. Harrington (Fn. 157) S. 230.

¹⁵⁹ So Harrington (Fn. 157) S. 228 f. Vgl. Benner/Rotmann (Fn. 146) S. 148 f.; Gordon (Fn. 144) S. 1394.

¹⁶⁰ UN Dok. S/Res/1856 vom 22.12.2008. Auch zur Verlängerung des Mandats.

¹⁶¹ Vgl. Onana/Taylor (Fn. 148) S. 501 ff.

sind aus der Bezugnahme des Sicherheitsrates auf die responsibility to protect¹⁶² bisher nicht erwachsen. Es gelingt nach wie vor nicht, die Zivilbevölkerung im Osten des Kongo wirksam zu schützen.

II. Die Krise in Darfur

Noch während das „Comprehensive Peace Agreement“ (CPA) verhandelt wurde, das den langjährigen Bürgerkrieg insbesondere zwischen dem Norden und dem Süden des Sudans beenden sollte¹⁶³, flammte im Westen des Landes ein Konflikt erneut auf, der zu einer humanitären Krise größten Ausmaßes führte. In Darfur¹⁶⁴ begann im Februar 2003 die sudanesishe Befreiungsbewegung („Sudan Liberation Army Movement“, SLAM) gemeinsam mit dem „Sudan Justice and Equality Movement“ (SJEM) Stützpunkte der Regierungstruppen zu attackieren¹⁶⁵. Die Regierung versuchte die Lage mit militärischen Mitteln in den Griff zu bekommen und mobilisierte nicht nur die sudanesischen Streitkräfte, sondern ließ auch die Janjaweed, eine bewaffnete, teilweise mit den Regierungstruppen verflochtene Miliz, eingreifen¹⁶⁶. In der Folge kam es zu Tötungen, Vergewaltigungen, Entführungen, Plünderungen, Vertreibungen und Zerstörungen in großem Ausmaß¹⁶⁷. Nach einem schwachen Waffenstillstandsabkommen im April 2004, das nicht einmal in übereinstimmenden Textfassungen vorlag¹⁶⁸, wurde im Mai 2006 das „Darfur Peace Agreement“ (DPA) abgeschlossen, das allerdings neben der Regierung des Sudans nur eine einzige Rebellengruppe unterzeichnete und letztlich den Konflikt nicht beendete¹⁶⁹.

¹⁶² Der Sicherheitsrat bezog sich auf UN Dok S/Res/1674 vom 28.4.2006.

¹⁶³ Hierzu *H. Elliesie*, Die Darfur-Krise im Sudan und das Völkerrecht: Eine Herausforderung für die Vereinten Nationen (UN) und den Internationalen Strafgerichtshof, Verfassung und Recht in Übersee 2007, S. 199 f.; *Debiel et al* (Fn. 71) S. 78; *A. de Waal*, Darfur and the failure of the responsibility to protect, International Affairs 2007, S. 1039 ff. (1040).

¹⁶⁴ Darfur entspricht mit 509000 km² in etwa der Größe Frankreichs. Vgl. *Elliesie* (Fn. 163) S. 200; *A. Abass*, The United Nations, the African Union and the Darfur Crisis: Of Apology and Utopia, Netherlands International Law Review 2007, S. 415 ff. (417).

¹⁶⁵ Zu diesen Gruppen *Elliesie* (Fn. 163) S. 203 ff.; *de Waal* (Fn. 163) S. 1040. Zu den Ursachen des Konfliktes *Abass* (Fn. 164) S. 417 f.

¹⁶⁶ Report of the International Commission on Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564, 25.1.2005, S. 31 ff. (Commission on Inquiry). Vgl. *Elliesie* (Fn. 163) S. 203.

¹⁶⁷ Vgl. *Williams/Bellamy* (Fn. 16) S. 30.

¹⁶⁸ Hierzu *Williams/Bellamy* (Fn. 16) S. 30; *de Waal* (Fn. 164) S. 1041.

¹⁶⁹ International Crisis Group, Darfur's New Security Reality, Africa Report No 134, 26. November 2007, S. 1. Zu finden unter www.crisisgroup.org. Vgl. *J. Loconte*, The Failure to Protect, The American Interest 2007, S. 20 ff. (21 f.); *Abass* (Fn. 164) S. 419 f.

1. Das Ausmaß der humanitären Krise

Im Zuge der Kämpfe zwischen den bewaffneten Gruppen und infolge der humanitären Krise wurden mindestens 200 000 Menschen in Darfur getötet¹⁷⁰. Schätzungen zu Folge befanden sich Anfang 2005 bereits 1.8 Millionen Menschen innerhalb des Landes auf der Flucht; 200 000 Menschen lebten zu diesem Zeitpunkt bereits in Flüchtlingslagern außerhalb des Landes¹⁷¹. Heute gibt es mindestens 2.2 Millionen Flüchtlinge in der Region. Gleichzeitig spitzt sich die humanitäre Lage in den Flüchtlingscamps weiter zu¹⁷².

Die International Commission of Inquiry on Darfur¹⁷³ kam Anfang 2005 zu dem Ergebnis, dass die Regierung des Sudans und die Janjaweed für schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen verantwortlich sind, die als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und wahrscheinlich auch als Kriegsverbrechen einzustufen sind. Planmäßig wurden Zivilisten getötet, Menschen gefoltert, Dörfer zerstört und geplündert, Frauen vergewaltigt und Menschen vertrieben. In den gleichfalls schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen der SLAM und der SJEM sieht die Kommission Kriegsverbrechen. Nach Auffassung der Kommission handelte es sich hierbei allerdings mangels Völkermordabsicht nicht um einen Völkermord¹⁷⁴.

2. Die Entsendung von UNAMID

Der Sicherheitsrat befasste sich mit der Krise in Darfur erst im Juni 2004¹⁷⁵ und drohte bald darauf Maßnahmen gemäß Art. 41 VN-Charta an¹⁷⁶. Er verurteilte die Angriffe auf die Zivilbevölkerung und betonte die Hauptverantwortung des Sudans für die Achtung der Menschenrechte und den

¹⁷⁰ International Crisis Group (Fn. 169) S.2. Vgl. *L. Feinstein*, Darfur and Beyond. What is Needed to Prevent Mass Atrocities, Council on Foreign Relations CSR Nr. 22, 22.1.2007, S. 38 f.

¹⁷¹ Commission on Inquiry (Fn. 166) S. 3, 159.

¹⁷² International Crisis Group (Fn. 169) S. 6. Die UN gehen von mindestens 2.5 Millionen Flüchtlingen aus. UNAMID, Background. Zu finden unter www.un.org/Depts/dpko/missions/unamid/background.html

¹⁷³ Diese war durch die Resolution 1564 des Sicherheitsrates eingerichtet worden. UN Dok. S/Res/1564 vom 18.9.2004.

¹⁷⁴ Commission on Inquiry (Fn. 166) S. 3, 4, 158, 160. Anders schätzten dies die USA ein, zogen hieraus aber keine unmittelbaren Konsequenzen. Vgl. *de Waal* (Fn. 163) S. 1041 f.; *Weiss* (Fn. 71) S. 757 f.

¹⁷⁵ UN Dok. S/Res/1547 vom 11.6.2004. Zum zögerlichen Handeln der VN *Elliesie* (Fn. 163) S. 213, 218. Bereits das HLP hatte die Krise in Darfur als einen Fall diskutiert, in dem die responsibility to protect wirksam werden könnte. Siehe *Stahn* (Fn. 9) S. 99.

¹⁷⁶ UN Dok. S/Res/1556 vom 30.7.2004. Ursprünglich sollte die Resolution Sanktionen androhen. Hierzu *Williams/Bellamy* (Fn. 16) S. 32. Kritisch *Elliesie* (Fn. 163) S. 219. Siehe *Abass* (Fn. 164) S. 428 f.

Schutz der Bevölkerung¹⁷⁷. Letztlich verhängte er nur ein Waffenembargo und befürwortete das bis dahin allerdings noch sehr begrenzte militärische Engagement der Afrikanischen Union¹⁷⁸. Obwohl sich die internationale Gemeinschaft der Notlage der Bevölkerung bewusst war, ergriff der Sicherheitsrat somit zunächst keine militärischen Schutzmaßnahmen¹⁷⁹. Im März 2005 überwies der Sicherheitsrat schließlich die Krise in Darfur an den Internationalen Strafgerichtshof¹⁸⁰ – zum ersten Mal gemäß Art. 13b des Statuts des IStGH.

Erst im August 2006 dehnte der Sicherheitsrat das Mandat der United Nations Mission in Sudan (UNMIS)¹⁸¹ ausdrücklich auf Darfur aus und lud die Regierung des Sudans ein, dieser Entsendung zuzustimmen¹⁸². In dieser Resolution berief sich der Sicherheitsrat ausdrücklich auf die Resolution 1674 und die maßgeblichen Abschnitte des Outcome-Dokuments der Generalversammlung zur responsibility to protect, das im Oktober 2005 verabschiedet worden war¹⁸³. In dieser Ausdehnung des Mandats könnte ein Erfolg der responsibility to protect gesehen werden. Der Sicherheitsrat hätte diese Maßnahmen allerdings auch ohne dieses Konzept ergreifen können. Letztlich diene die responsibility to protect nur als ergänzende Begründung für die Ausdehnung des Mandats.

Zu diesem Zeitpunkt war bereits eine Friedenstruppe der Afrikanischen Union (AMIS) in Darfur stationiert, der es allerdings nicht gelungen war, einen vereinbarten Waffenstillstand umzusetzen¹⁸⁴. Anknüpfend an dieses militärische Engagement der Afrikanischen Union wurde unter Berufung auf die responsibility to protect im Juli 2007 eine gemeinsame Friedenstruppe für Darfur eingerichtet, die United Nations – African Union Mission (UNAMID)¹⁸⁵. Diese wurde unter anderem ermächtigt, zum

¹⁷⁷ UN Dok. S/Res/1556 vom 30.7.2004. Zu den Reaktionen der Staaten UN Dok. S/Pv.5015 vom 30.7.2004.

¹⁷⁸ Zur Spezifizierung der Sanktionen auf den Ölsektor UN. Dok. S/Res/1564 vom 18.9.2004.

¹⁷⁹ Hierzu *Elliesie* (Fn. 163) S. 220; *Williams/Bellamy* (Fn. 16) S. 29.

¹⁸⁰ UN. Dok. S/Res/1593 vom 31.3.2005.

¹⁸¹ Diese war vor allem für den Konflikt im Südsudan durch die Resolution UN. Dok. S/Res/1590 vom 24.3.2005 eingerichtet worden.

¹⁸² UN. Dok. S/Res/1706 vom 31.8.2006. Vgl. *de Waal* (Fn. 164) S. 1042; *Abass* (Fn. 164) S. 430 f.; *Loconte* (Fn. 169) S. 23.

¹⁸³ Bereits in seiner Resolution UN. Dok. S/Res/1679 vom 16.5.2006 zur Lage in Darfur hatte sich der Sicherheitsrat auf die Resolution 1674 berufen. Hierzu *M. Matthews*, *Tracking the Emergence of a New International Norm: The Responsibility to Protect and The Crisis in Darfur*, *Boston College International and Comparative Law Review* 2008, S. 137 ff. (149).

¹⁸⁴ Hierzu *Abass* (Fn. 164) S. 421 ff.; *Evans*, *From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect* (Fn. 71) S. 719.

¹⁸⁵ UN Dok. S/Res/1769 vom 31.7.2007 unter Verweis auf UN Dok. S/Res/1674 vom 28.4.2006. Zum Kompromisscharakter dieser Mission *Abass* (Fn. 164) S. 432 ff. Siehe auch die voran gegangene Resolution des Sicherheitsrates UN Dok. S/Res/1755 vom 30. April 2007, die sich auf die responsibility to protect bezieht.

Schutz der Zivilbevölkerung Waffengewalt anzuwenden. Im Juli 2008 und erneut im August 2009 verlängerte der Sicherheitsrat das Mandat der UN-AMID¹⁸⁶ – beide Male unter Bezugnahme auf die responsibility to protect. Ende August 2009 befanden sich im Rahmen von UNAMID 14 659 Soldaten und 3841 Polizisten in der Region¹⁸⁷, wobei die meisten Soldaten aus Afrika stammen, was den „afrikanischen Charakter“ der Mission unterstreicht¹⁸⁸. Auch das Europäische Parlament befasste sich mit der Krise in Darfur und berief sich dabei wiederholt auf die responsibility to protect¹⁸⁹.

3. Der nicht erfüllte Anspruch der responsibility to protect

In Darfur war die Regierung des Sudans nicht willens und in der Lage, die Bevölkerung wirksam vor schwersten Menschenrechtsverletzungen zu schützen. Es handelte sich mithin um einen typischen Fall, in dem die Schutzverantwortung der internationalen Gemeinschaft wirksam werden müsste. Dementsprechend berief sich der Sicherheitsrat in seinen Resolutionen auf die responsibility to protect.

Er befasste sich allerdings erst im Sommer 2004 mit dem im Februar 2003 ausgebrochenen Konflikt. Erst drei Jahre später wurden Blauhelmsoldaten zum Eingreifen ermächtigt, so dass schließlich im Jahr 2008 VN/AU Soldaten vor Ort tatsächlich einsatzbereit waren. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte sich bereits eine humanitäre Katastrophe größten Ausmaßes ereignet. Für dieses zögerliche Handeln gab es eine Vielzahl von Gründen¹⁹⁰. Auch die Anerkennung der responsibility to protect durch die Generalversammlung im Oktober 2005 führte letztlich nicht zu einem entschiedeneren Handeln der internationalen Gemeinschaft. Der Sicherheitsrat berief sich zwar ausdrücklich auf die völkerrechtliche Schutzverantwortung; es gelang ihm aber nicht, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Bevölkerung wirksam zu schützen¹⁹¹. Angesichts der fortdauernden Gewalthandlungen und Vertreibungen in Darfur spricht Generalsekretär *Ban Ki-moon* von einem „Versagen der internationalen Gemeinschaft“¹⁹². Anspruch und Wirklichkeit der völkerrechtlichen Schutzverantwortung klaffen auseinander mit der Folge ungehinderter Gräueltaten.

¹⁸⁶ UN Dok. S/Res/1828 vom 31.7.2008 und UN Dok. S/Res/1881 vom 6.8.2009.

¹⁸⁷ Siehe UNAMID, Background (Fn. 172).

¹⁸⁸ Hierzu *Abass* (Fn. 164) S. 435.

¹⁸⁹ Siehe die Resolution des Europäischen Parlaments, P6_TA(2009)0145 vom 12. März 2009. Siehe auch Resolutionen P6_TA(2006)0387, vom 28. September 2006, P6_TA(2006)0142 vom 6. April 2006, P6_TA(2008)0238 vom 22. Mai 2008, P6_TA(2006)0142 vom 6. April 2006, P6_TA(2008)0238 vom 22. Mai 2008.

¹⁹⁰ Hierzu *de Waal* (Fn. 163) S. 1043; *Weiss* (Fn. 71) S. 759.

¹⁹¹ Vgl. *Hamilton* (Fn. 71) S. 294.

¹⁹² Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 60.

III. Die humanitäre Katastrophe infolge des Wirbelsturms Nargis in Burma/Myanmar¹⁹³

In der Nacht vom 2. auf den 3. Mai 2008 erreichte der Zyklon Nargis die Westküste Burmas/Myanmars und zerstörte Dörfer und Städte. Eine riesige Flutwelle überschwemmte das Irrawaddy-Delta. Auch die größte Stadt des Landes und frühere Hauptstadt Rangun war von den Verwüstungen betroffen¹⁹⁴. Die Regierung geht davon aus, dass durch den Zyklon 84 537 Menschen getötet wurden; 53 836 Menschen gelten als vermisst. Mehr als 800 000 Menschen wurden obdachlos¹⁹⁵. Nach Einschätzung der Vereinten Nationen waren zwischen 1.2 und 1.9 Millionen der 49 Millionen Einwohner Myanmars/Burmas von der Naturkatastrophe betroffen¹⁹⁶.

Obwohl die Militärregierung Burmas/Myanmars der Lage allein nicht Herr wurde, verweigerte sie zunächst ausländische Katastrophenhilfe. Die Regierung erteilte den meisten bereit stehenden ausländischen Helfern keine Visa, so dass diese nicht nach Burma/Myanmar einreisen konnten. Die innerhalb kürzester Zeit zugesagten internationalen Hilfsmittel erreichten so die Not leidende Bevölkerung zunächst nicht¹⁹⁷. Infolgedessen erhielten 12 Tage nach dem Zyklon noch weniger als ein Drittel der betroffenen Menschen Hilfe¹⁹⁸. Der Generalsekretär der Vereinten Nationen äußerte seine „ungeheure Frustration über die unakzeptabel langsame Antwort auf diese schwere humanitäre Krise“¹⁹⁹.

Am 7. Mai hatte sich die Lage so sehr zugespitzt, dass der französische Außenminister *Bernard Kouchner* dem Sicherheitsrat unter Berufung auf die *responsibility to protect* vorschlug, durch eine entsprechende Resolution internationale Hilfsleistungen für die Not leidende Bevölkerung zu ermöglichen²⁰⁰. Das Europäische Parlament bekräftigte kurz darauf, dass

¹⁹³ Seit 1989 nennt die Militärregierung das Land nicht mehr Burma/Birma, sondern Myanmar. Sowohl die Exilopposition als auch einige Staaten akzeptierten diese Umbenennung nicht. Hierzu *M. Bünte*, Myanmar und die Folgen der externen Intervention: Von der „Responsibility to Protect“ zum humanitären Dialog, Die Friedenswarte 2009, Heft 1, S. 125 ff. (Fn. 1).

¹⁹⁴ Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22.8.2008 zu der tragischen Lage in Birma. Siehe Bundesratsdrucksache 472/08.

¹⁹⁵ *Bünte* (Fn. 193) S. 133.

¹⁹⁶ Siehe Security Council Report – Update Report, Myanmar, No. 4 vom 14.5.2008.

¹⁹⁷ Die EU wollte Finanzmittel in Höhe von bis zu 30 Millionen EUR bereit stellen. Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 194). Zur Internationalen Hilfe United Nations, Myanmar – revised appeal, Cyclone Nargis Response Plan, 2008. Zu finden unter www.unep.org/disasters/myanmarcyclone/docs/Revision_2008_Myanmar_FA_VOL1_SCREEN.pdf.

¹⁹⁸ So die Einschätzung des United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. Vgl. UN News Service, Myanmar faces second catastrophe without more access for aid, vom 13. Mai 2008.

¹⁹⁹ Siehe Security Council Report (Fn. 196).

²⁰⁰ Siehe Security Council Report (Fn. 196).

„die Souveränität eines Staates keine Rechtfertigung für die massive Verletzung der Menschenrechte seiner Bevölkerung darstellen darf, wie dies im UN-Grundsatz der „Verpflichtung, Schutz zu gewähren“ festgeschrieben ist“ und forderte „den Sicherheitsrat auf zu prüfen, ob Hilfslieferungen nach Birma ohne die Zustimmung der birmanesischen Militärjunta genehmigt werden können“²⁰¹. Humanitäre Hilfe nach einer Naturkatastrophe sollte damit auf der Grundlage der responsibility to protect gegen den Willen der Regierung ermöglicht werden.

Dieser Vorschlag stieß auf Kritik²⁰². Maßnahmen gegen den Willen der Regierung könnten unter Umständen die Lage weiter verschärfen, die Zusammenarbeit jedenfalls behindern. Zwangsweise humanitäre Hilfe sei schlicht nicht praktikabel. Neben dieser praktischen Seite bestanden vor allem rechtliche Bedenken: Naturkatastrophen lösen nach dem Verständnis der Generalversammlung keine internationale Verantwortung im Sinne der responsibility to protect aus. Die Generalversammlung beschränkte die responsibility to protect ausdrücklich auf Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnische Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der Sicherheitsrat folgte letztlich dem Vorschlag Frankreichs nicht. Dennoch könnte die von Frankreich ausgelöste Diskussion dem noch jungen Konzept der responsibility to protect geschadet haben. Indem der begrenzte Anwendungsbereich des Konzeptes in Frage gestellt wurde, fanden bereits zuvor immer wieder geäußerten Bedenken einiger Staaten gegenüber dieser Verantwortungsstruktur neue Nahrung²⁰³. Die politische Akzeptanz der responsibility to protect hat diese Debatte jedenfalls nicht gefördert.

IV. Das frühzeitige Eingreifen der internationalen Gemeinschaft in Kenia 2008

In Folge der Präsidentschaftswahlen in Kenia entbrannte im Dezember 2007 in dem Land eine Welle von Gewalt. Nach Einschätzung der Vereinten Nationen wurden innerhalb von drei Monaten 1000 Menschen getötet und 300 000 Menschen vertrieben²⁰⁴. Wiederum berief sich *Kouchner* auf die responsibility to protect und forderte den Sicherheitsrat auf zu handeln²⁰⁵. Dieser befasste sich allerdings in der Folge nicht mit der Krise. Angesichts des Ausmaßes der Gewalt bemühte sich die Afrikanische Union

²⁰¹ So die Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 194).

²⁰² Siehe Security Council Report (Fn. 196).

²⁰³ Vgl. G. Evans, *The responsibility to protect*, 2008, S. 65 f.; *Bünnte* (Fn. 193) S. 135.

²⁰⁴ United Nations Briefing Note on Kenya vom 7. Februar 2008. Auch *Evans* (Fn. 203) S. 106.

²⁰⁵ Statement vom 31. Januar 2008 vor dem Sicherheitsrat. Zu finden unter http://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files_156/kenya_209/situation-in-kenya-2008_6019/situation-in-kenya-statement-by-bernard-kouchner-january-31-2008_10767.html

unter Leitung von *Kofi Annan* um eine Vermittlung²⁰⁶. Dank dieser Bemühungen und der Unterstützung der Vereinten Nationen, der EU und ausländischer Regierungen konnte die Krise beendet werden. Rückwirkend wurde dieses Eingreifen als Ausdruck der völkerrechtlichen Schutzverantwortung und Beleg dafür gewertet, dass die internationale Gemeinschaft willens und in der Lage ist, ihrer Schutzverantwortung gerecht zu werden²⁰⁷. Nach Einschätzung *Ban Ki-moons* zeigt die Krise in Kenia, dass es „nicht zu einer Entscheidung zwischen den Extremen Untätigkeit oder Gewaltanwendung kommen muss, sofern die internationale Gemeinschaft früh genug handelt“²⁰⁸. Dies gelte insbesondere bei konzertierten Maßnahmen, bei denen regionale Akteure mit den Vereinten Nationen zusammenarbeiten²⁰⁹.

V. Die Bewertung der bisherigen Staatenpraxis

Die erst wenige Fälle umfassende bisherige Praxis belegt bereits die grundsätzliche Akzeptanz der responsibility to protect in der von der Generalversammlung modifizierte Form. Der Sicherheitsrat berief sich wiederholt auf die responsibility to protect. Er ergriff Maßnahmen zum Schutz elementarer Menschenrechte und nahm so die internationale Schutzverantwortung wahr. Die bisherige Praxis anerkennt eine völkerrechtliche Schutzverantwortung im Sinne der responsibility to protect nur bei bestimmten völkerrechtlichen Verbrechen.

Sie belegt zudem, dass bestimmte Elemente der responsibility to protect zu den Kernbestandteilen künftiger Strategien für Schutzmaßnahmen bei planmäßigen, schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen gehören sollten. So sind internationale Hilfsmaßnahmen in der Regel auf eine Zusammenarbeit mit kooperationsfähigen und -willigen Kräften vor Ort angewiesen; die internationale Schutzverantwortung baut insoweit auf die primäre einzelstaatliche Schutzverantwortung auf. Zudem darf sich die internationale Gemeinschaft nicht allein auf die Frage der Entsendung von VN-Truppen konzentrieren, sondern es bedarf eines umfassenden Schutzkonzeptes.

Trotz der bisherigen grundsätzlichen Anerkennung der responsibility to protect und der Impulse dieses Konzeptes für die künftige Praxis ist al-

²⁰⁶ Vgl. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 55.

²⁰⁷ *Evans* (Fn. 203) S. 107 sieht hierin eine „ideale R2P Reaktion“. Vgl. *Kofi Annan* – Opening Remarks to the Opening Plenary Session – Kenya National Dialogue: One Year Later vom 30. März 2009. Zu finden unter <http://responsibilitytoprotect.org/index.php/component/content/article/129-africa/2259-kofi-annanopening-remarks-to-the-opening-plenary-sessionkenya-national-dialogue-one-year-later>

²⁰⁸ Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 11.

²⁰⁹ Vgl. Ban Ki-moon Bericht (Fn. 21) Abschnitt 51.

lerdings bislang nicht erkennbar, dass dieses Konzept bereits intensive praktische Wirksamkeit entfalten konnte und zur Grundlage für konkrete zusätzliche Maßnahmen wurde. Vielmehr erhärtet sich der Eindruck, dass sich der Sicherheitsrat auf die responsibility to protect nur ergänzend beruft, um bestimmte Maßnahmen zu rechtfertigen, die er auch ohne dieses Konzept hätte ergreifen können (und wollen). Im Ergebnis ist somit bislang nicht ersichtlich, dass die responsibility to protect zu konkreten Änderungen der praktischen internationalen Politik in den Krisenherden geführt hat. Dies belegt auch die Tatsache, dass sich bislang vor allem der Sicherheitsrat auf die responsibility to protect berufen hat, für dessen Wirken dieses Konzept aber nicht primär entwickelt wurde. Vielmehr geht es der responsibility to protect insbesondere darum, Wege zu eröffnen, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung gerecht werden kann, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. In der Praxis hat die responsibility to protect dieses Ziel bislang nicht erreicht.

D. Die responsibility to protect als Verantwortungsstruktur

Allein die bisher geringe praktische Wirksamkeit der responsibility to protect erlaubt jedoch keine abschließende Bewertung dieses Konzeptes. Vielmehr ist die responsibility to protect in der derzeit akzeptierten Form als Konzept in der Entwicklung zu begreifen und in diesem Entwicklungspotential zu würdigen. Sie zieht noch nicht als verbindliches Völkerrecht konkrete Rechtsfolgen nach sich. Vielmehr liegt der derzeitige Beitrag dieses Konzeptes zur Fortentwicklung des Völkerrechts darin, nicht nur die internationale Schutzverantwortung in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen als gemeinsame Wertegrundlage festzuschreiben, sondern auch zu klären, unter welchen Voraussetzungen diese Schutzverantwortung wirksam wird.

I. Die Schutzverantwortung als gemeinsame Wertegrundlage

In ihrer auf dem Weltgipfel 2005 verabschiedeten Resolution anerkannte die Generalversammlung nicht nur die Verantwortung jedes einzelnen Staates für den Schutz der auf seinem Staatsgebiet lebenden Bevölkerung, sondern auch eine internationale Schutzverantwortung. Diese einzelstaatliche und insbesondere die komplementäre internationale Verantwortung stehen im Zentrum der responsibility to protect²¹⁰. Sie sind Ausdruck einer gemeinsamen Wertegrundlage der internationalen Gemeinschaft.

²¹⁰ Siehe *Stahn* (Fn. 9) S. 99.

1. Das wertgebundene Souveränitätsverständnis

Der Verantwortung jedes einzelnen Staates, seine Bevölkerung vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen, liegt ein wertgebundenes Souveränitätsverständnis zu Grunde. Diese staatliche Schutzverantwortung ist hier nach integraler Bestandteil der staatlichen Souveränität.

Dabei ist der Gedanke, dass ein Staat Treuhänder für den Schutz der auf seinem Territorium lebenden Bevölkerung ist, keine Erfindung des 21. Jahrhunderts²¹¹. Staaten werden nach *Thomas Hobbes* gegründet und mit einem Gewaltmonopol ausgestattet, um den „Krieg eines jeden gegen jeden“ zu beenden und physische Sicherheit zu gewähren²¹². Der primäre Zweck eines Staates besteht hiernach darin, seine Bürger zu schützen²¹³; der Staat besteht um der Sicherheit der Bürger willen. Dennoch wird im wertgebundenen Souveränitätsverständnis eine besonders dynamische Entwicklung vom klassischen zum modernen Völkerrecht deutlich. Ausgehend von *Jean Bodin*, der den Begriff der Souveränität als Kennzeichen der Unabhängigkeit nach außen und nach innen verstand²¹⁴, wurde noch im 19. Jahrhundert aus der Souveränität vor allem das Recht zum Krieg abgeleitet und mithin Krieg als „Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“²¹⁵ verstanden. Der Prozess der Globalisierung begrenzt heute zunehmend einzelstaatliche Einflussmöglichkeiten. Transnationale Unternehmen und moderne Kommunikationsmittel überschreiten staatliche Grenzen. Globale Umweltprobleme können von einzelnen Staaten ebenso wenig im Alleingang bewältigt werden wie weltweite Finanzkrisen. Ein Souveränitätsverständnis, das auf eine Kooperation der Staaten angelegt ist, anerkennt die Interdependenz der Staaten und stärkt deshalb letztlich diese „neue“ staatliche Souveränität²¹⁶. In dieser Entwicklung formuliert die responsibility to protect ein wertgebundenes Souveränitätsverständnis, dem die Verantwortung für den Schutz der Bevölkerung inhärent ist und das letztlich die einzelstaatliche Souveränität stärkt: Ein Staat, der willens und in der Lage ist, seine Bevölkerung zu schützen und damit seiner ureigensten Aufgabe gerecht zu wer-

²¹¹ Hierzu *Stahn* (Fn. 9) S. 111, der insbesondere auf Elemente bei *Hugo Grotius* und *John Locke* verweist. Vgl. *Herdegen* (Fn. 13) S. 123.

²¹² *Th. Hobbes*, *Leviathan*, herausgegeben und eingeleitet von Iring Fetscher, Neuausgabe 1984, S. 96. Auch *ders.*, *Vom Menschen/Vom Bürger*, übersetzt und herausgegeben von Günter Gawlick, 1959, *Vom Bürger*, Kapitel VI, 3, S. 132 f.

²¹³ Zu vergleichbaren Ansätzen außerhalb Europas *Luck* (Fn. 9) S. 54 m.w.N.

²¹⁴ *J. Bodin* sprach von der „puissance absolue et perpetuelle d'une république“ in seinem 1576 erschienen Werk „*Les six livres de la république*“. Hierzu *Hobe* (Fn. 107) S. 37; *K.-H. Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 2. Auflage 2007, § 31 III.

²¹⁵ *C. von Clausewitz*, *Vom Kriege*, 16. Auflage 1952, S. 108.

²¹⁶ Grundlegend zu Fragen dieser „neuen Souveränität“ *A. Chayes/A. Handler Chayes*, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995. Vgl. *Slaughter* (Fn. 36) S. 629.

den, wird dadurch dem Anspruch seiner eigenen Souveränität gerecht und festigt seine Souveränität auf diese Weise.

2. Die Anerkennung einer internationalen Schutzverantwortung

Zudem zeugt die Anerkennung der responsibility to protect von der Einigkeit der Staatengemeinschaft, dass bestimmte schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen eine komplementäre internationale Schutzverantwortung begründen, die nicht nur der Konfliktbewältigung, sondern auch der Prävention und der Konfliktnachsorge verpflichtet ist.

a) Keine durchsetzbare Rechtspflicht

Diese internationale Schutzverantwortung begründet allerdings keine durchsetzbare Rechtspflicht, konkrete Maßnahmen zum Schutz elementarer Menschenrechte ergreifen zu müssen²¹⁷. Weder der Sicherheitsrat noch einzelne Staatengruppen werden durch die internationale Schutzverantwortung im Sinne der responsibility to protect zu einem Eingreifen verpflichtet. Dementsprechend machten die USA deutlich, dass die Verantwortung der internationalen Gemeinschaft andersartig sei als die Verantwortung jedes einzelnen Staates für den Schutz seiner Bevölkerung²¹⁸.

Zwar erkannte der Internationale Gerichtshof in seiner Entscheidung im Fall Barcelona Traction an, dass bestimmte elementare Menschenrechte als Verpflichtungen erga omnes universelle Geltung beanspruchen²¹⁹ und leitete hieraus bestimmte Rechte ab. Er begründete aber keine Schutzpflicht der internationalen Gemeinschaft. Der IGH zog im Ost-Timor Fall nicht die Konsequenz, jedem Staat bei einer möglichen Verletzung von Verpflichtungen erga omnes automatisch eine Klagebefugnis einzuräumen²²⁰. Auch wenn eine Norm als zwingendes Völkerrecht eine Verpflichtung erga omnes begründet, folgt hieraus keine automatische Schutzpflicht

²¹⁷ Dies legen manche Autoren nahe. So *Hilpold* (Fn. 18), der von einer „Schutzpflicht“ („duty to protect“ (Titel) und „obligation“ S. 50) spricht. Vgl. *Winkelmann* (Fn. 71) Rn. 1, der ebenfalls eine „duty to protect under international law“ feststellt. Anders *Stahn* (Fn. 9) S. 108, 113, 120, der insbesondere auf die vorsichtigen Formulierungen der GA-Resolution verweist.

²¹⁸ Brief des Botschafters der Vereinigten Staaten von Amerika bei den Vereinten Nationen *J. R. Bolton*, vom 30. August 2005. Zu finden unter www.responsibilitytoprotect.org.

²¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, S. 3 (32, Nr. 33).

²²⁰ *Case Concerning East-Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, S. 90 ff. (102, Nr. 29). Hierzu *Hobe* (Fn. 107) S. 630; *A. Zimmermann*, Die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofes zur Entscheidung über Ansprüche gegen am Verfahren nicht beteiligte Staaten: Anmerkungen aus Anlass der Entscheidung des IGH im Streitfall zwischen Portugal und Australien betreffend Ost-Timor, *ZaöRV* 55 (1995), S. 1051 ff.

der Staatengemeinschaft. Eine solche hätte letztlich weitreichende Auswirkungen auf die Völkerrechtsordnung.

b) Die internationale Schutzverantwortung als Grundlage künftiger Schutzmaßnahmen

Die internationale Schutzverantwortung begründet somit zwar keine konkreten Rechtspflichten, wohl aber eine gemeinsame Grundlage für künftige Schutzmaßnahmen der internationalen Gemeinschaft. Zwar war der Schutz bestimmter Menschenrechte schon vor dem Weltgipfel 2005 als Anliegen aller Staaten anerkannt²²¹. Die responsibility to protect geht aber hierüber hinaus, da sie mit der internationalen Schutzverantwortung die Notwendigkeit von Schutzmaßnahmen anerkennt und so auf ein schützendes Handeln ausgerichtet ist. Sie beschreibt einen Wertekonsens der Staatengemeinschaft, entzieht die Sorge um den Schutz elementarer Menschenrechtsverletzungen der rein innerstaatlichen Sphäre und begründet damit ein Fundament für künftige Vereinbarungen konkreter internationaler Schutzmaßnahmen.

Ausgehend von diesem Konsens kann die internationale Schutzverantwortung – den notwendigen politischen Willen vorausgesetzt – zur Grundlage für die Weiterentwicklung des Völkerrechts werden. Auch in anderen Bereichen des Völkerrechts schrieb die Staatengemeinschaft zunächst eine internationale Verantwortung fest, um dann auf der Grundlage dieses Konsenses über konkrete Rechtspflichten verhandeln zu können²²². So erkannte die Generalversammlung ausdrücklich die Notwendigkeit weiterer Beratungen über das Konzept der responsibility to protect an²²³.

In diesem Konsens über eine gemeinsame Wertegrundlage und der hieraus entspringenden internationalen Schutzverantwortung liegt neben dieser Chance aber zugleich auch ein Risiko der responsibility to protect. Gründet die internationale Staatengemeinschaft auf dem Fundament der internationalen Verantwortung für den Schutz elementarer Menschenrechte bei Versagen der einzelstaatlichen Schutzverantwortung, darf dieses gemeinsame Fundament nicht folgenlos angegriffen werden. Reagiert die internationale Gemeinschaft kontinuierlich nicht auf die Verletzung der durch die responsibility to protect geschützten völkerrechtlichen Verbrechen, schadet dies ihrer eigenen Glaubwürdigkeit.

²²¹ So liegt den Verpflichtungen erga omnes ihrer Natur nach ein Anliegen aller Staaten zu Grunde. IGH in *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, S. 3 (32, Nr. 33).

²²² Vgl. das Konzept der „gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten“, das bereits in der Klimarahmenkonvention festgeschrieben wurde und auf dessen Grundlage im Kyoto Protokoll konkrete Emissionsreduktionsverpflichtungen der Industriestaaten vereinbart wurden.

²²³ Outcome-Dokument (Fn. 54) Abschnitt 139. Hierzu *Stahn* (Fn. 9) S. 110.

II. Die responsibility to protect als Konzept in der Entwicklung

Die responsibility to protect ist als Konzept in der Entwicklung zu verstehen. Es beschreibt die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen es wirksam werden soll, nicht aber die konkreten Rechtsfolgen der völkerrechtlichen Schutzverantwortung.

1. Keine völkervertragliche oder völkergewohnheitsrechtliche Grundlage der responsibility to protect

Während *Ban Ki-moon* in der responsibility to protect ein bloßes „Konzept“ sieht²²⁴, sprach das HLP bereits vor dem Weltgipfel 2005 von einer „sich entwickelnden Norm“ des Völkerrechts²²⁵. Die responsibility to protect fand bislang keine Aufnahme in ein völkerrechtliches Abkommen. Zwar sind einzelne Tatbestandselemente kodifiziert; das Konzept als solches wurde aber bislang nur in Resolutionen der Generalversammlung und des Sicherheitsrates anerkannt. Diese haben grundsätzlich empfehlenden, keinen Recht setzenden Charakter²²⁶.

Resolutionen können zwar Ausdruck einer gemeinsamen opinio iuris sein und Völkergewohnheitsrecht wiedergeben²²⁷. Die responsibility to protect aber kann derzeit noch keine gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen²²⁸. Es fehlt es an „einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut. Bereits die kurzen zeitlichen Abläufe stehen dem entgegen, da seit der Anerkennung des Konzeptes durch die Generalversammlung im Jahr 2005 erst sehr wenige Krisensituationen unter Berufung auf die responsibility to protect bewältigt werden sollten. Zudem zeugen die voneinander abweichenden Ausgestaltungen der responsibility to protect in den verschiedenen Dokumenten von den unterschiedlichen Auffassungen über Inhalt und Tragweite der völkerrechtlichen Schutzverantwortung, nicht aber von einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung²²⁹.

²²⁴ Siehe die Reden von *Ban Ki-moon* beim Center for Strategic and International Studies in Washington D.C. am 16.1.2007, UN-Pressemitteilungen SG/SB/10842, beim Royal Institute of International Affairs in London am 11.7.2007, UN-Pressemitteilungen SG/SB/11094 und vor der Generalversammlung am 25.9.2007, UN-Pressemitteilungen SG/SB/11182. Hierzu *Luck* (Fn. 9) S. 52.

²²⁵ HLP Bericht (Fn. 25) Abschnitt 203. Vgl. *Annan* Bericht (Fn. 46) Abschnitt 135.
²²⁶ Hierzu *Herdegen* (Fn. 12) § 20 Rn. 2; *Kempen/Hillgruber* (Fn. 12) Kap. 3 Rn. 138. Vgl. *Luck* (Fn. 9) S. 58.

²²⁷ Vgl. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986, S. 14 (99, Nr. 188).

²²⁸ Ebenso *Winkelmann* (Fn. 71) Rn. 22.

²²⁹ Hierzu *Stahn* (Fn. 9) S. 101 ff.

Vor allem aber verdeutlicht die Resolution der Generalversammlung, dass zwar ein Konsens über die Grundvoraussetzungen der völkerrechtlichen Schutzverantwortung besteht, nicht aber über die Rechtsfolgen dieses Konzeptes und insbesondere nicht über Eingriffsbefugnisse, soweit diese nicht schon völkerrechtlich anerkannt sind. So besteht keine Einigkeit darüber, wer – bei Untätigkeit des Sicherheitsrates – die notwendigen Entscheidungen treffen und Schutzmaßnahmen ergreifen soll. Konkrete Rechtsfolgen, die über die bereits völkerrechtlich anerkannten Befugnisse des Sicherheitsrates hinaus gehen, akzeptierte die Generalversammlung nicht. Insoweit kann die *responsibility to protect* bisher keine völkergewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen, sondern ist als Konzept in der Entwicklung zu verstehen. Sie begründet eine Verantwortungsstruktur, derzeit aber keine Rechtsstruktur.

2. Der Konsens über die Tatbestandsvoraussetzungen

Die völkerrechtliche Schutzverantwortung beschreibt die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen künftig internationale Schutzmaßnahmen ermöglicht werden sollen. Hierin liegt ein wesentlicher Schritt zur Weiterentwicklung des Völkerrechts. Dem Dissens über die Rechtsfolgen steht ein Konsens über die Tatbestandsvoraussetzungen gegenüber. Nach der Resolution der Generalversammlung findet die *responsibility to protect* nur bei Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischen Säuberungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit Anwendung. Damit wird unter Bezugnahme auf völkerrechtlich anerkannte Tatbestände der Anwendungsbereich des Konzeptes klar umschrieben und auf die Verletzung bestimmter völkerrechtlicher Verbrechen begrenzt. Zudem wird die internationale Schutzverantwortung nur subsidiär und komplementär wirksam. Nur wenn der einzelne Staat seiner Schutzverantwortung offenkundig nicht gerecht wird, kommt die internationale Schutzverantwortung zum Tragen.

Mit dieser Klärung und Begrenzung des Tatbestandes leistet die *responsibility to protect* einen wichtigen Beitrag zur Fortentwicklung des Völkerrechts. Gerade angesichts der offenen Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen, ist es hilfreich, klare Voraussetzungen für eine internationale Schutzverantwortung bei Verletzung elementarer Menschenrechte festzuschreiben. Offen bleibt allerdings, wer zu entscheiden hat, ob in einem konkreten Fall diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind²³⁰.

Mit diesen Tatbestandsvoraussetzungen weist die völkerrechtliche Schutzverantwortung deutliche Parallelitäten zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs auf: Dieselben völkerrechtlichen Verbrechen, die die *responsibility to protect* auslösen, begründen auch

²³⁰ Siehe *Winkelmann* (Fn. 71) Rn. 17.

eine Zuständigkeit des IstGH²³¹. Die internationale Schutzverantwortung wird nur komplementär zur einzelstaatlichen Schutzverantwortung wirksam. Ebenso übt der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit nur komplementär zur einzelstaatlichen Strafgerichtsbarkeit aus²³². Ausdrücklich bestimmt das Statut, dass es „nicht so auszulegen ist, als ermächtige es einen Vertragsstaat, in einen bewaffneten Konflikt oder in die inneren Angelegenheiten eines Staates einzugreifen“²³³. Ebenso wie die *responsibility to protect* entscheidet somit auch das Römische Statut nicht über die Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen.

Diese Parallelitäten zeugen von einer gewissen Kohärenz der internationalen Reaktionen auf schwerste völkerrechtliche Verbrechen. Mit dem Grundsatz der Komplementarität und der Einigung auf bestimmte völkerrechtliche Tatbestände entwickeln sich gemeinsame völkerrechtliche Grundlagen für Reaktionen auf schwerste Menschenrechtsverletzungen. Diese sind nicht nur Ausdruck eines zunehmenden Konsenses der internationalen Gemeinschaft, sondern auch einer wachsenden gemeinsamen Wertegrundlage. Die internationale Gemeinschaft entwickelt eine Strategie, wie auf schwerste völkerrechtliche Verbrechen reagiert werden soll. Während das Römische Statut die Täter individuell zur Rechenschaft zieht²³⁴, begründet die *responsibility to protect* eine Schutzverantwortung der Staaten und der Staatengemeinschaft, die nicht nur der Konfliktbeendigung, sondern auch der Konfliktnachsorge und insbesondere der Prävention verpflichtet ist. Das Römische Statut und die *responsibility to protect* bilden gemeinsame Elemente dieser Gesamtstrategie.

3. Die Offenheit der Rechtsfolgen

Dem insoweit klaren Tatbestand der *responsibility to protect* steht die bislang offene Frage gegenüber, welche konkreten Rechtsfolgen aus der internationalen Schutzverantwortung erwachsen²³⁵. Anerkannt wird die zentrale Rolle des Sicherheitsrates, offen gelassen aber, wie die internationale Gemeinschaft ihrer Schutzverantwortung gerecht werden soll, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt. Die *responsibility to protect* begründet weder konkrete Rechtspflichten noch zusätzliche Eingriffsbefugnisse und lässt die Frage der Zulässigkeit humanitärer Interventionen bewusst offen. Auf der Rechtsfolgenseite begnügt sich die völkerrechtliche Schutzverantwortung

²³¹ Zur Ausnahme der ethnischen Säuberungen siehe oben. Zum Verbrechen der Aggression, vgl. Art. 1 und 5 Römisches Statut.

²³² Art. 17 Römisches Statut.

²³³ Präambel Römisches Statut.

²³⁴ *Ban Ki-moon* sieht im Internationalen Strafgerichtshof ein „wichtiges Instrument zur Umsetzung der Schutzverantwortung“. *Ban Ki-moon Bericht* (Fn. 21) Abschnitt 18. *Luck* (Fn. 9) S. 56 sieht im Römischen Statut einen „Hauptbestandteil“ der UN-Strategie.

²³⁵ Siehe *Stahn* (Fn. 9) S. 117 f.; *Stoll* (Fn. 24) S. 7 f.

tung im Wesentlichen mit den bereits in der VN-Charta begründeten Befugnissen. Ebenso bleibt offen, wer darüber zu befinden hat, wann die Tatbestandsvoraussetzungen der responsibility to protect erfüllt sind. In den konkreten Rechtsfolgen bleibt die responsibility to protect somit unbestimmt.

Insoweit handelt es sich bei der responsibility to protect noch nicht um eine Rechtsstruktur, sondern um eine Verantwortungsstruktur. Diese begründet ein Fundament, die primäre einzelstaatliche und komplementäre internationale Schutzverantwortung, und errichtet tragende Pfeiler, die diese Schutzverantwortung begründenden Tatbestandsvoraussetzungen. Dieses Gebäude gewinnt erste Konturen durch die bisherige Staatenpraxis. Konkrete Rechtsfolgen oder gar Rechtspflichten allerdings können allein aus der völkerrechtlichen Schutzverantwortung bisher nicht abgeleitet werden.

Nur wenn die Staatengemeinschaft den politischen Willen aufbringt, den Rohbau der responsibility to protect zu vollenden, werden Menschen unter ihrem Dach konkrete Hilfe finden. Wie die Gräueltaten von Srebrenica und Ruanda belegen, fehlte es in der Vergangenheit immer wieder an der notwendigen politischen Entschlossenheit. Eine Möglichkeit, die dramatische humanitäre Lage der betroffenen Menschen zu verbessern, wäre es, die Verantwortungsstruktur der responsibility to protect weiter durch verbindliche Rechtsstrukturen auszubauen. Eine solche Vollendung des Konzeptes der völkerrechtlichen Schutzverantwortung ist für die Not leidenden Menschen Hoffnung, für die Völkerrechtsgemeinschaft Aufgabe, für das Völkerrecht wissenschaftlicher Auftrag.

*Charlotte Kreuter-Kirchhof, Bonn**

Summary

In reaction to the massacres in Ruanda in 1994 and Srebrenica in 1995, the international community developed the concept of the responsibility to protect in order to prevent such systematic violations of human rights in the future. The Heads of State accepted the basic principles of this concept in the World Summit Outcome Document in 2005. According to this, state sovereignty implies the primary responsibility of every state to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. If a state is unwilling or unable to fulfil this responsibility, the international community has the subsidiary responsibility to protect the population from these gross violations of human rights. In the aftermath, the Security Council referred repeatedly to the responsibility to protect; thus international practice recognized this concept. However, this did not lead to additional concrete measures to protect the population suffering from systematic violations of human rights.

* Dr. iur. Charlotte Kreuter-Kirchhof ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Völkerrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität.

So far, the responsibility to protect has not been a part of customary international law. Rather, it has to be regarded as a developing legal concept. It opens a new perspective in understanding state sovereignty as responsibility. Sovereignty may no longer be allowed to be used as a shield for gross violations of human rights. Furthermore, it recognises the responsibility of the international community to protect the population from gross violations of human rights and describes the elements under which the international community bears this responsibility to protect. However, it does not define the concrete legal consequences of this international responsibility, nor does it answer how the international community can fulfil its responsibility if the Security Council remains inactive despite systematic violations of human rights. Thus, the responsibility to protect cannot yet be regarded as a legal norm, but rather as a structure establishing international responsibilities that needs to be developed further.

Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China – zur innerstaatlichen Bedeutung des chinesisch- australischen Konsularabkommens

1. Einleitung

In einem vielbeachteten Strafprozess gegen einen australischen Staatsangehörigen hatte sich die Volksrepublik China geweigert, einen australischen Konsularbeamten als Prozessbeobachter zuzulassen, obwohl das einschlägige bilaterale Konsularabkommen dem Entsendestaat ein solches Recht einräumt. Dieser Fall gibt Anlass, die Auslegung des bilateralen Konsularabkommens im Hinblick auf das Anwesenheitsrecht des Konsularbeamten in der Gerichtsverhandlung genauer zu untersuchen. Ferner sollen die Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge dargestellt werden, die sie im Allgemeinen in der innerstaatlichen Praxis in China haben. Dabei findet insbesondere die innerstaatliche Umsetzungsgesetzgebung im Bereich des Konsularrechts Berücksichtigung.

2. Rio Tinto-Fall

Am 29. März 2010 wurde der australische Staatsbürger Stern Hu von dem Mittelstufen-Volksgesicht Nr. 1 der Stadt Shanghai zu einer zehnjährigen Haftstrafe wegen Bestechung im Geschäftsverkehr und dem Diebstahl von Geschäftsgeheimnissen verurteilt.¹ Stern Hu war Angestellter und Hauptgeschäftsführer der Zweigstelle des britisch-australischen Bergbauunternehmens Rio Tinto in Shanghai, einem der größten Eisenerzproduzenten weltweit. Er war zusammen mit drei weiteren Angestellten des Unternehmens mit chinesischer Staatsangehörigkeit im Juli 2009 zunächst wegen des Verdachts auf Spionage und der Entwendung von Staatsgeheim-

¹ Eine englische Übersetzung und das chinesische Original des Urteils wurden von der australischen Presse ins Internet gestellt: <http://www.theaustralian.com.au/business/mining-energy/conflict-of-interest-in-focus-in-trial-of-rio-tintos-stern-hu/story-e6frg9df-1225855615105> (eingesehen am 23. April 2010).

nissen verhaftet worden.² Diese Tatvorwürfe wurden aber im Laufe der Ermittlungen fallen gelassen. Die Verhaftungen standen in zeitlichem Zusammenhang mit einem geplatzten Deal über den Erwerb weiterer Anteile an Rio Tinto durch das chinesische staatseigene Unternehmen Chinalco³ und den Verhandlungen über die Einkaufspreise für Eisenerz zwischen chinesischen Stahlproduzenten und Rio Tinto.⁴ Die westliche Berichterstattung sah in der Verurteilung eine von der parteistaatlichen Führung angeordnete Vergeltung für den misslungenen Kauf der Rio Tinto-Anteile und den für sie unvorteilhaften Abschluss der Preisverhandlungen.⁵

Einen völkerrechtlichen Bezug erhielt der Fall dadurch, dass die australische Regierung auf der Grundlage des chinesisch-australischen Konsularabkommens von 1999 die Gestattung der Anwesenheit eines Konsularbeamten in der Gerichtsverhandlung verlangte, und zwar auch für denjenigen Teil der Verhandlung, für den das Gericht die Öffentlichkeit ausgeschlossen hatte. Das Gericht lehnte den Antrag ab.⁶ Am 19. März sagte der Sprecher des chinesischen Außenministeriums: „Wir sollten die Souveränität eines Staates, besonders die Souveränität der Justiz, nicht mit dem Chinesisch-Australischen Konsularabkommen verwechseln. Das chinesisch-australische Konsularabkommen muss die chinesische Souveränität und die Souveränität der Justiz respektieren. Die chinesischen Justizorgane haben auf der Grundlage des chinesischen Rechts und der Natur des Falles entscheiden, wie dieser Fall zu behandeln ist.“⁷

Dieser Sachverhalt wirft eine Reihe von grundsätzlichen Fragen auf, welche die innerstaatliche Umsetzung von Völkervertragsrecht in China und die Auslegung der Verpflichtung zur Zulassung konsularischer Pro-

² Wenn die Entwendung von Staatsgeheimnissen nach § 111 des Strafgesetzes der VR China (*Zhonghua renmin gongheguo xingfa*) vom 14. März 1997 Staat und Volk besonders ernsthaften Schaden zufügt, so kann nach § 113 die Todesstrafe verhängt werden.

³ *Mining Giant Scraps China Deal*, *The New York Times*, 5. Juni 2009. Chinalco hätte bei einem erfolgreichen Geschäftsabschluss durch eine Investition von 19,5 Mrd. US Dollar seine Beteiligung an Rio Tinto von 9,3% auf 18,5% erhöhen können.

⁴ Der Chinesische Verband der Stahlindustrie hatte Rio Tinto und anderen ausländischen Eisenerzproduzenten vorgeworfen, die Preise für Eisenerz hochgetrieben zu haben und unfair zu verhandeln. Die Mitarbeiter wurden beschuldigt, die entwendeten Geschäftsgeheimnisse bei Preisverhandlungen mit den chinesischen Stahlproduzenten verwendet zu haben, wodurch diesen ein Schaden von 150 Mio. US Dollar entstanden sei. Vgl. *China Sentences Rio Tinto Employees in Bribe Case*, *The New York Times*, 29. März 2010.

⁵ *Chinese Court Hands Down Stiff Sentences to Four Mining Company Employees*, *The New York Times*, 29. März 2010.

⁶ In einem Strafprozess gegen einen amerikanischen Staatsbürger im Jahr 2009, dem die Entwendung von Staatsgeheimnissen im Zusammenhang mit der chinesischen Ölindustrie vorgeworfen wurde, hatte man auch amerikanischen Konsularbeamten die Anwesenheit bei der Gerichtsverhandlung versagt. Siehe *Trial of American Puts Spotlight on the Business of 'State Secrets' in China*, *The Washington Post* vom 4. März 2010.

⁷ So der Sprecher des chinesischen Außenministeriums in einer Pressekonferenz vom 18. März 2010, Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, <http://www.fmprc.gov.cn/chn/gxh/tyb/fyrbt/t673846.htm> (eingesehen am 24. April 2010).

zessbeobachter betreffen. Aufgrund der zunehmenden Befassung der chinesischen Justiz mit ausländischen Staatsangehörigen werden diese Fragen auch für zukünftige Fälle Bedeutung haben.⁸

3. Chinesisch-australisches Konsularabkommen

Die Volksrepublik China und Australien haben im Jahr 1999 ein Konsularabkommen abgeschlossen, das in seinem Artikel 11 den Verkehr und Kontakt von Konsularbeamten mit den Staatsangehörigen des Entsendestaates regelt.⁹ Artikel 11 baut auf dem Wortlaut von Artikel 36 der Wiener Konsularrechtskonvention auf, der beide Staaten beigetreten sind.¹⁰ Nach Artikel 73 der Konsularrechtskonvention sind Staaten nicht daran gehindert, völkerrechtliche Verträge zu schließen, welche die Bestimmungen der Konvention ergänzen oder vervollständigen. Artikel 11 des bilateralen Abkommens enthält eine Reihe von Vorschriften über die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben in Bezug auf Angehörige des Entsendestaates, die in ihrem Umfang deutlich über die Regelungen der Konsularrechtskonvention hinausgehen.

Artikel 11 Abs. 1 des bilateralen Abkommens bestimmt in den für den Fall relevanten Teilen Folgendes: „Um die Ausübung konsularischer Funktionen in Bezug auf Angehörige des Entsendestaates zu erleichtern: ... (f) stellen die entsprechenden Behörden im Fall einer Gerichtsverhandlung oder eines anderen rechtlichen Verfahrens gegen einen Angehörigen des Entsendestaates im Empfangsstaat der konsularischen Vertretung Informationen über die Anklagepunkte gegen diesen Angehörigen zur Verfügung. Einem Konsularbeamten ist es gestattet, dem Gerichtsverfahren oder anderen rechtlichen Verfahren beizuwohnen.“¹¹ In Anlehnung an Artikel 36 Abs. 2 der Konsularrechtskonvention heißt es in Artikel 11

⁸ Beispielsweise wurde Ende 2009 in China ein britischer Staatsangehöriger wegen der Einfuhr von Rauschgift zum Tode verurteilt und hingerichtet. *Fury as China Executes British Drug Smuggler*, *The Guardian* vom 29. Dezember 2009.

⁹ Agreement on Consular Relations between the People's Republic of China and Australia vom 8. September 1999, in Kraft seit dem 15. September 2000. Abrufbar unter http://www.legislation.gov.hk/bilateral/caustralia_e.pdf (eingesehen am 12. April 2010).

¹⁰ Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963, BGBl. 1969 II, S. 1585, UNTS Bd. 596 S. 261. Australien hat das Wiener Übereinkommen am 12. Februar 1973 ratifiziert, China ist ihm am 2. Juli 1979 beigetreten. China ist aber nicht dem Fakultativprotokoll über die obligatorische Beilegung von Streitigkeiten vom 24. April 1963 beigetreten, BGBl. 1969 II S. 1689.

¹¹ Artikel 11 Abs. 1: “With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State: ... (f) in the case of a trial or other legal proceeding against a national of the sending State in the receiving State, the appropriate authorities shall make available to the consular post information on the charges against that national. A consular officer shall be permitted to attend the trial or other legal proceedings.”

Abs. 2 des Abkommens: „Die Rechte und Pflichten, auf die in Absatz 1 dieses Artikels Bezug genommen werden, sind in Übereinstimmung mit den Gesetzen und Rechtsbestimmungen des Empfangsstaates auszuüben; hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass die genannten Gesetze und Rechtsbestimmungen es ermöglichen müssen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden.¹² Fraglich ist, ob in der Ablehnung der Anwesenheit eines australischen Konsularbeamten für den nichtöffentlichen Teil der Gerichtsverhandlung eine Verletzung von Artikel 11 Abs. 1 (f) des chinesischaustralischen Konsularabkommens zu sehen ist. Das Abkommen sagt nur, dass es Konsularbeamten des Entsendestaats gestattet ist, bei Gerichtsverhandlungen gegen Angehörige des Entsendestaats anwesend zu sein. Eine ausdrückliche Ausnahme zu diesem Recht ist in Artikel 11 Abs. 1 nicht vorgesehen.

Es bleibt allerdings Artikel 11 Abs. 2 zu würdigen, wonach auch das Recht auf konsularische Anwesenheit im Gerichtsverfahren in Übereinstimmung mit den Gesetzen des Empfangsstaates auszuüben ist. Zwar hat sich die chinesische Seite für die Verweigerung des Gesuchs um Anwesenheit nicht auf Artikel 11 Abs. 2 berufen, sondern allgemein auf ihre Souveränität in Justizangelegenheiten. Ein Verstoß gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung lässt sich aber weder mit einem allgemeinen Hinweis auf das Souveränitätsprinzip noch generell mit einem Verweis auf die innerstaatliche Rechtslage rechtfertigen.¹³ Es kommt mithin entscheidend darauf an, ob nach Artikel 11 Abs. 2 des Konsularabkommens dem Konsularbeamten die Anwesenheit in einer Gerichtsverhandlung versagt werden kann, bei der die Öffentlichkeit zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen wurde. Nach dem Wortlaut von Artikel 11 Abs. 2 sind die Vertragsparteien dazu verpflichtet, das Recht auf Anwesenheit im Gerichtsverfahren in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht des Empfangsstaates auszuüben. Gleichzeitig sind die Vertragsparteien aber auch verpflichtet sicherzustellen, dass nationale Rechtsvorschriften die Zwecke des Anwesenheitsrechts voll verwirklichen. Der IGH hatte im LaGrand-Urteil die gleichlautende Vorschrift des Artikel 36 Abs. 2 der Wiener Konsularrechtskonvention auszulegen.¹⁴ Folgt man dieser Rechtsprechung des

¹² Artikel 11 Abs. 2: “The rights and obligations referred to in paragraph 1 of this Article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, provided however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this Article are intended.”

¹³ Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention kodifiziert Gewohnheitsrecht, wonach sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 926; China ist der Vertragsrechtskonvention am 3. September 1997 beigetreten.

¹⁴ IGH, LaGrand (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, S. 466,

IGH, so dürfen die prozessrechtlichen Vorschriften des nationalen Rechts nicht dazu führen, dass die Ausübung der Rechte in Abs. 1 unmöglich gemacht wird. D.h. Abs. 2 verweist nur für die Umsetzungsmodalitäten auf nationales Recht und erlaubt nicht, von der Umsetzung ganz abzusehen, wenn innerstaatliches Recht entgegensteht.

Innerstaatliche Rechtsvorschriften im Sinne dieser Vorschrift sind solche, welche die Ausübung der konsularischen Beistandsrechte in Artikel 11 Abs. 1 des Konsularabkommens beeinträchtigen können, wie die in Rede stehenden strafprozessualen Regelungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit. Da Artikel 11 Abs. 2 auf die Verwirklichung des Zwecks der konsularischen Beistandsrechte abstellt, ist zunächst festzustellen, worin der Zweck des konsularischen Anwesenheitsrechts zu sehen ist. Es ist anerkannt, dass die konsularische Prozessbeobachtung dazu dient, für das seelische und körperliche Wohlbefinden des Angeklagten Sorge zu tragen. Auch wenn der Konsularbeamte nicht die Aufgabe hat, den Angeklagten zu verteidigen und sich unmittelbar am Verfahren zu beteiligen, so führt die Anwesenheit eines Vertreters des Entsendestaates im Strafprozess indirekt zur Sicherung eines fairen Verfahrens und dient so den Interessen des Angeklagten.¹⁵ Daneben dient die Anwesenheit eines Konsularbeamten im Strafprozess gegen einen Angehörigen des Entsendestaats auch dazu, das Interesse der Regierung des Entsendestaates am Verfahren zu zeigen. Das Konsulat kann durch die Prozessbeobachtung unmittelbare Eindrücke vom Prozess erlangen und ein besseres Verständnis des Rechtssystems wie auch von der Praxis der Strafverteidigung im Empfangsstaat.¹⁶

Diese Zwecke werden dadurch vereitelt, dass die strafprozessualen Vorschriften über den Ausschluss der Öffentlichkeit so weit ausgelegt werden, dass sie auch konsularische Prozessbeobachter als Teil der Öffentlichkeit verstehen und vom Prozess ausschließen. Dies ist aber keinesfalls ein zwingender Mechanismus, wie Fälle aus der internationalen Praxis zeigen, in denen ein Strafprozess zwar unter Ausschluss der Öffentlichkeit aber gleichzeitig in Anwesenheit internationaler Prozessbeobachter durchge-

Rn. 79–91. Vgl. Die Besprechungen von Bernd Grzeszick, Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, *Archiv des Völkerrechts*, 43 (2005), S. 312–344 und Christian Hillgruber, *JZ* 2/2002, S. 94–99; *Christian Tams*, Das LaGrand-Urteil, *JuS* 2002, S. 324–328.

¹⁵ *Katerina Mantouvalou*, Consular Assistance and Trial Attendance: A Comparative Examination of the American, Australian, British, Dutch and German Ministries of Foreign Affairs, 2009 Fair Trials International, <http://www.fairtrials.net/images/uploads/Research%20Report%20-%20Consular%20Assist.pdf> (eingesehen am 14. April 2010). Diese empirische Studie untersucht und bewertet die Anwesenheit von Konsularbeamten in Gerichtsverhandlungen gegen Angehörige des Entsendestaats aufgrund von Fallstudien und Interviews mit den Beteiligten.

¹⁶ Im Foreign Affairs Manual des U.S. State Department wird der Hauptzweck der Prozessbeobachtung in der Vermeidung der Diskriminierung von amerikanischen Staatsangehörigen gesehen; U.S. Department of State Foreign Affairs Manual, Vol. 7, 451.1.

führt wurde.¹⁷ Auch die ausdrückliche völkerrechtliche Vereinbarung eines Rechts auf konsularische Anwesenheit in Gerichtsverfahren gegen Angehörige des Entsendestaates macht deutlich, dass dieses Recht nicht nur eine Funktion des Grundsatzes der öffentlichen Verhandlung darstellt, sondern daneben eigenständige Bedeutung hat. Dies bedeutet auch, dass das völkervertragsrechtlich eingeräumte Recht auf konsularische Anwesenheit im Gerichtsverfahren nicht den gleichen Beschränkungen unterliegt wie das Recht auf öffentliche Verhandlung.¹⁸ Im Ausschluss des australischen Konsularbeamten von der Gerichtsverhandlung ist folglich eine Verletzung des chinesisch-australischen Konsularabkommens zu sehen.

4. Innerstaatliche Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge in China

Um das Vorgehen der chinesischen Justiz im Rio Tinto-Fall würdigen zu können, bedarf der Status völkerrechtlicher Verträge in der chinesischen Rechtsordnung einer näheren Betrachtung. Es ist insbesondere fraglich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen chinesische Gerichte völkerrechtliche Verträge unmittelbar anwenden.¹⁹

Die chinesische Verfassung von 1982 normiert zwar die Kompetenzen für den Vertragsabschluss und das innerstaatliche Zustimmungsverfahren, regelt aber nicht ausdrücklich die Durchführung völkerrechtlicher Verträge in der chinesischen Rechtsordnung.²⁰ Es existieren in China aber einfachgesetzliche Bestimmungen über die innerstaatliche Anwendung von Völkervertragsrecht in Form von so genannten Verweisungsnormen.²¹

¹⁷ David Weissbrodt, International Trial Observers, *Stanford Journal of International Law* 18 (1982), S. 27–121, S. 55. Der Autor bezieht sich auf nicht näher bezeichnete Fälle aus Portugal, Syrien und Thailand.

¹⁸ Nach Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte kann die Öffentlichkeit aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung, der nationalen Sicherheit, des Privatlebens, der Parteien und bei der Beeinträchtigung der Rechtspflege ausgeschlossen werden, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1534. Nach Artikel 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention kann ein Ausschluss der Öffentlichkeit auch im Interesse von Jugendlichen erfolgen, Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, BGBl. 1952 II S. 685.

¹⁹ Dazu ausführlich: *Björn Abl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China, 2009; *Björn Abl*, Chinese Law and International Treaties, *Hong Kong Law Journal* (2009), S. 735–750.

²⁰ Nach Artikel 67 Ziff. 14 der chinesischen Verfassung entscheidet der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses über die Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge. Das Staatsoberhaupt ist gemäß Artikel 81 für die Ratifizierung der mit anderen Staaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen und wichtigen Abkommen zuständig.

²¹ Vgl. *Helmut Strebels*, Das Völkerrecht als Gegenstand von Verweisungen und Be-

Diese Verweisungsnormen sehen vor, dass spezifische innerstaatliche Sachbereiche durch die Anwendung von Völkerrechtsnormen geregelt werden. Oftmals sind sie als Vorrangverweisung ausgestaltet, welche die vorrangige Anwendung von Völkervertragsrecht anordnet, wenn zwar innerstaatliches Recht den Sachverhalt regelt, aber die innerstaatliche Regelung der entsprechenden internationalen Vertragsnorm widerspricht. Eine typische Verweisungsnorm ist § 142 der Allgemeinen Zivilrechtsgrundsätze, wonach die für die VR China verbindlichen Vorschriften völkerrechtlicher Verträge auf zivilrechtliche Rechtsbeziehungen mit Auslandsberührung Anwendung finden, wenn die Vorschriften des chinesischen Zivilrechts nicht mit völkervertragsrechtlichen Vorschriften übereinstimmen.²²

Aus der Praxis ergibt sich, dass die erste Voraussetzung für die innerstaatliche Beachtlichkeit von völkerrechtlichen Verträgen in der Veröffentlichung des Vertragstextes im Gesetzesblatt besteht. Durch die Veröffentlichung wird der Vertrag in die innerstaatliche Rechtsordnung integriert. Um einen Vertrag für die Gerichte und die Verwaltung anwendbar zu machen, muss aber mindestens noch ein weiterer staatlicher Akt in Form einer Verweisungsnorm hinzutreten. Nur wenn die Voraussetzungen einer Verweisungsnorm vorliegen, wird die in Bezug genommene Vertragsnorm für die Anwendung durch ein innerstaatliches Rechtsanwendungsorgan freigegeben.²³ Damit das chinesisch-australische Konsularabkommen für ein chinesisches Gericht verbindlich und unmittelbar anwendbar ist, bedarf es folglich der Veröffentlichung im Gesetzesblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses und einer innerstaatlichen Rechtsnorm, die auf den Vertrag ausdrücklich verweist. Falls diese Verweisung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, müssen auch diese Voraussetzungen vorliegen.

Das chinesisch-australische Konsularabkommen wurde vom chinesischen Vizeminister des Auswärtigen am 8. September 1999 unterzeichnet und der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses hat nach Artikel 67 Ziff. 14 der chinesischen Verfassung am 8. Juli 2000 seine Zustimmung erteilt. Der Zustimmungsbeschluss wurde zusammen mit dem Text des Abkommens im Amtsblatt des Ständigen Ausschusses veröffentlicht.²⁴

griffsübernahmen, von Kollisionsregeln und Rezeption im nationalen Recht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 28 (1968), S. 503–522; zu Verweisungsnormen im sowjetischen Recht *Henn-Jüri Uibopuu*, *Völkerrecht und Landesrecht in sowjetischer Theorie und Praxis*, *Jahrbuch für Ostrecht* 15 (1974), S. 39 ff.; *Gerd Seidel*, *Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht*, 1985, S. 112 f.

²² § 142 der Allgemeinen Zivilrechtsgrundsätze der VR China (*Zhonghua renmin gongheguo minfa tongze*) vom 12. April 1986.

²³ *Björn Abl*, *Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China*, 2009, S. 234–240, 221–226 und 347–350.

²⁴ Beschluss des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses über die Zu-

Ferner existiert auch eine Verweisungsnorm, die Vorschriften in Konsularabkommen Vorrang vor widersprechendem innerstaatlichen Recht einräumt. Unabhängig davon gibt es eine weitere nationale Vorschrift, die für den speziellen Fall des Ausschlusses der Öffentlichkeit in einem Gerichtsverfahren eine Entscheidung über die konsularische Prozessbeobachtung nach Maßgabe bilateraler Konsularabkommen vorsieht.²⁵

5. Umsetzungsgesetzgebung im Bereich des Konsularrechts

Bereits in den siebziger Jahren ist die VR China der Wiener Diplomatenrechtskonvention und der Konsularrechtskonvention beigetreten. Die vom Staatsrat erlassenen Ausführungsbestimmungen enthalten in dem jeweiligen § 27 eine Vorrangverweisung. Danach sind die zwischen China und auswärtigen Staaten abgeschlossenen Abkommen über diplomatische bzw. konsularische Privilegien und Immunitäten anzuwenden, wenn sie von den Bestimmungen des Staatsrats abweichen. Die Ausführungsbestimmungen des Staatsrats enthalten aber keine innerstaatlichen Regelungen in Bezug auf die konsularischen Beistandsrechte des Artikels 36 der Konsularrechtskonvention. Im Jahr 1987 erließen dann das chinesische Außenministerium gemeinsam mit dem Obersten Volksgericht, der Obersten Staatsanwaltschaft, den Ministerien für öffentliche Sicherheit, für Staatssicherheit und für Justiz Bestimmungen über die Behandlung von Fällen, die einen Auslandsbezug aufweisen. Die Bestimmungen wurden im Jahr 1995 neu gefasst.²⁶ Sie sehen in § 3 des 1. Abschnitts vor, dass bei der Behandlung von Fällen mit Auslandsbezug die völkervertraglichen Verpflichtungen Chinas auf der Grundlage der Gegenseitigkeit zu erfüllen sind. Wenn ein Konflikt zwischen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und völkervertraglichen Verpflichtungen besteht, sind die Vorschriften der völkerrechtlichen Verträge anzuwenden. Den zuständigen Verwaltungsstellen ist es nicht erlaubt, die Erfüllung völkervertraglicher Verpflichtungen aufgrund innerstaatlichen Rechts oder auf der Grundlage von Verwaltungsvorschriften abzulehnen. In § 1 des 6. Abschnitts der Bestimmungen ist vorgesehen, dass Konsularbeamte, die einem öffentlichen

stimmung zum Konsularabkommen zwischen der Volksrepublik China und Australien (Quanguo renmin daibiao dahui changwu weiyuanhui guanyu pizhun Zhonghua renmin gongheguo he Audaliya lingshi xieding de jue ding) vom 8. Juli 2000.

²⁵ Siehe dazu den folgenden Abschnitt.

²⁶ Bestimmungen über einige Fragen der Behandlung von Fällen mit Auslandsbezug des Außenministeriums, des Obersten Volksgerichts, der Obersten Volksstaatsanwaltschaft, des Ministeriums für öffentliche Sicherheit, des Ministeriums für Staatssicherheit und des Ministeriums für Justiz (Waijiaobu, zuigao renmin fayuan, zuigao renmin jianchayuan, gonganbu, anquanbu, sifabu, guanyu chuli shewai anjian ruogan wenti de guiding) vom 20. Juni 1995.

Prozess gegen einen Angehörigen des Entsendestaats beiwohnen möchten, dies bei dem zuständigen Volksgericht der Oberstufe beantragen können. Handelt es sich um einen Fall mit Auslandsbezug, der nicht-öffentlich verhandelt wird, und verlangt ein Konsularbeamter die Zulassung als Prozessbeobachter, so ist dies zu gestatten, wenn ein Konsularabkommen mit dem Entsendestaat dies ausdrücklich vorsieht. Gibt es keine entsprechende völkerrechtliche Vereinbarung mit dem Entsendestaat so ist dies von den zuständigen Behörden auf der Grundlage des chinesischen Rechts zu entscheiden. Im Anhang zu den Bestimmungen wird der chinesische Wortlaut von Artikel 36 der Wiener Konsularrechtskonvention über den Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates abgedruckt, ferner eine Liste der Vertragsstaaten, mit denen bilaterale Konsularabkommen abgeschlossen wurden.

Das innerstaatliche Recht hat für die Situation des Rio Tinto-Falles Vorsorge getroffen und der völkerrechtlichen Verpflichtung aus dem Konsularabkommen mit Australien auch den Vorrang vor möglicherweise entgegenstehendem nationalen Prozessrecht eingeräumt. Die Einordnung der Bestimmungen ist im chinesischen Schrifttum jedoch umstritten. Teilweise wird darin ein Ausdruck des allgemeinen Prinzips der unmittelbaren innerstaatlichen Geltung von Völkervertragsrecht gesehen.²⁷ Teilweise wird dies bestritten.²⁸ Andere Autoren verneinen die Rechtsverbindlichkeit der Bestimmungen, da sie unter Mitwirkung von nicht für die Auslegung von Gesetzen zuständigen Organen erlassen worden sei.²⁹ Die Bestimmungen von 1995 sind in der Tat problematisch, da es nicht klar ist, ob sie Rechtsnormqualität haben und wenn ja, wo sie in der Normenhierarchie einzuordnen sind. Bei den Bestimmungen könnte es sich um eine so genannte justizielle Auslegung handeln.³⁰ Justizielle Auslegungen werden vom Obersten Volksgericht erlassen und haben Gesetzeswirkung.³¹ Es ist auch anerkannt, dass das Oberste Volksgericht zusammen mit der Obersten Volksstaatsanwaltschaft justizielle Auslegungen erlassen kann.³² Fraglich ist die Rechtsnormqualität der Bestimmungen über die Behandlung

²⁷ Wang Tieya, The Status of Treaties in the Chinese Legal System, Journal of Chinese and Comparative Law 1 (1995), S. 11.

²⁸ Tao Zhenghua, Probleme der Geltung völkerrechtlicher Verträge (Guanyu tiaoyue xiaoli de jige wenti), in Zhu Xiaoqing und Huang Lie (Hrsg.), Das Verhältnis von Völkervertragsrecht und innerstaatlichem Recht, 2000, S. 37.

²⁹ Zhang Aiqing, Untersuchung einiger Fragen des Vollzugs von WTO-Übereinkommen durch chinesische Gerichte (WTO xieding zai woguo fayuan shishi de ruogan wenti tanxi), Guizhou Minzu Xueyuan Xuebao 2003, Nr. 1, S. 29.

³⁰ Björn Ahl, Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China, Zeitschrift für Chinesisches Recht (2007), S. 251–258.

³¹ Vgl. § 5 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung (Zuigao renmin fayuan guanyu sifa jieshi gongzuo de guiding), Zeitschrift für Chinesisches Recht (2007), S. 322–327.

³² Vgl. § 7 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung.

von Fällen mit Auslandsberührung deshalb, da an ihrem Erlass auch eine Reihe von Ministerien mitgewirkt haben. Abteilungen des Staatsrats sind jedoch an sich nur zum Erlass von Verwaltungsvorschriften befugt.³³ Deshalb könnte man in der Mitwirkung am Erlass von höherrangigem Recht ein *ultra vires*-Handeln der Staatsratsabteilungen erblicken. Diese Ansicht berücksichtigt aber nicht hinreichend den verfassungsrechtlichen Rahmen in der Volksrepublik. Nach dem Grundsatz der Gewaltenkonzentration wird die Staatsmacht durch das Volkskongresssystem ausgeübt, faktisch ist das Machtzentrum jedoch bei der Exekutive angesiedelt. Eine formelle Gewaltenteilung mit einer gegenseitigen Kontrolle und Machtbeschränkung von Staatsorganen ist jedoch nicht vorgesehen. Alle bedeutenden Entscheidungen werden für die Staatsorgane verbindlich von Organen der Kommunistischen Partei getroffen.³⁴ Dieses System erlaubt es etwa auch dem Obersten Volksgericht als Gesetzgeber tätig zu werden, obwohl die Verfassung eine solche Kompetenz nicht vorsieht. Vor diesem Hintergrund ist von der Wirksamkeit der Bestimmungen auszugehen. Eine Vielzahl von Staatsratsabteilungen wurde am Erlass beteiligt, um die Durchsetzung der Bestimmungen durch die den entsprechenden Ministerien nachgeordneten Behörden sicherzustellen. Ob es sich um eine justizielle Auslegung mit Gesetzesrang oder um Verwaltungsvorschriften handelt, wird man wohl vom Regelungsschwerpunkt der Bestimmungen abhängig machen müssen. Geht man davon aus, dass die die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch die Gerichte betreffenden Regelungen hier überwiegen, sind die Bestimmungen als eine justizielle Auslegung mit Gesetzesrang einzuordnen.³⁵

Problematisch ist, wie das Verhältnis der Bestimmungen von 1995 zu den strafprozessualen Regelungen beschaffen ist. Nach § 152 des Strafprozessgesetzes sind Verhandlungen in Strafsachen öffentlich durchzuführen. Ausnahmen sind für Fälle vorgesehen, die Staatsgeheimnisse, die Intimsphäre des Einzelnen oder Minderjährige betreffen. Eine justizielle Auslegung aus dem Jahr 1998 sieht vor, dass die Öffentlichkeit auf Antrag eines Beteiligten auch in einem Fall ausgeschlossen werden kann, der Geschäftsgeheimnisse betrifft. Diese Justizinterpretation präzisiert für den Ausschluss der Öffentlichkeit, dass jegliche Bürger, einschließlich am Verfah-

³³ § 71 des Gesetzgebungsgesetzes (*Zhonghua renmin gongheguo lifafa*) vom 15. März 2000; *Robert Heuser*, Sozialistischer Rechtsstaat und Verwaltungsrecht in der VR China, 2003, S. 342–364.

³⁴ Vgl. *Robert Heuser*, Sozialistischer Rechtsstaat und Verwaltungsrecht in der VR China, Hamburg 2003, S. 128–135; *Sebastian Heilmann*, Das politische System der Volksrepublik China, 2004, S. 73 ff.

³⁵ Kommt man hier allerdings zu dem gegenteiligen Ergebnis und ordnet die Bestimmungen als Verwaltungsvorschriften ein, so ist es schwierig zu begründen, wie eine gegenüber dem Strafprozessrecht niederrangige Verwaltungsvorschrift die vorrangige innerstaatliche Anwendung des Konsularabkommens anordnen kann.

ren nicht beteiligte Justizangestellte oder nahe Angehörige des Angeklagten von der Verhandlung ausgeschlossen sind.³⁶ Diese strafprozessualen Regelungen scheinen ein konsularisches Anwesenheitsrecht auszuschließen. Man wird aber argumentieren können, dass die Bestimmungen von 1995 als speziellere Regelungen für die Prozessbeobachtung durch Konsularbeamte gegenüber den strafprozessualen Justizauslegungen von 1998 und 2007 vorgehen, da es sich bei ihnen zwar um neuere, aber allgemeinere Vorschriften handelt.³⁷ Danach ist die Anwesenheit eines Konsularbeamten auch in einem nichtöffentlichen Prozess gegen einen Angeklagten des Entsendestaates zulässig. Zum gleichen Ergebnis kommt man auch über die Anwendung der Vorrangverweisung in Abschnitt 1 § 3 der Bestimmungen von 1995. Danach wird die vorrangige Anwendung des völkerrechtlichen Vertrages angeordnet, wenn innerstaatliches Recht der völkervertraglichen Verpflichtung widerspricht. Die Anordnung steht allerdings unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass Australien chinesischen Konsularbeamten den Zugang zu Gerichtsverhandlungen gegen chinesische Staatsangehörige verweigert. Der Richter wird durch die Vorrangverweisung verpflichtet, dem Konsularabkommen widersprechendes nationales Recht nicht anzuwenden und stattdessen unmittelbar die entsprechende Bestimmung des völkerrechtlichen Vertrages heranzuziehen.

Auch aus der innerstaatlichen Perspektive sprechen gute Gründe für die Zulassung der Anwesenheit eines Konsularbeamten im nichtöffentlichen Teil des Prozesses. Wie konnte es nun im vorliegenden Fall zu einer gegenteiligen Entscheidung des chinesischen Gerichts kommen? Dies hängt mit der Natur des chinesischen Rechts zusammen und dem behördenmäßigen Aufbau der Justiz, innerhalb derer der einzelne Richter nicht unabhängig entscheiden kann, sondern in sensiblen Fällen auf Anweisung des Rechtsprechungsausschusses, eines übergeordneten Gerichts oder eines Exekutiv- oder Parteiorgans handelt.³⁸ Das politische System in China gibt vor,

³⁶ Vgl. die §§ 121 und 122 der Auslegung des Obersten Volksgerichts betreffend einiger Fragen des Vollzugs des Strafprozessgesetzes der VR China (Zuigao renmin fayuan guanyu zhixing Zhonghua renmin gongheguo xingshi susongfa ruogan wenti de jieshi) vom 29. Juni 1998. Ähnliche Regelungen werden von den Ansichten des Obersten Volksgerichts zur Stärkung öffentlicher Gerichtsverhandlungen aus dem Jahr 2007 getroffen. Vgl. §§ 3 und 11, Einige Ansichten des Obersten Volksgerichts über die Stärkung öffentlicher Verhandlungen vor den Volksgerichten (Zuigao renmin fayuan guanyu jiaqiing renmin fayuan shenpan gongkai gongzuo de ruogan yijian) vom 15. Juni 2007.

³⁷ Der Rechtsgrundsatz *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* ist auch im chinesischen Recht anerkannt. Das Gesetzgebungsgesetz (Zhonghua renmin gongheguo lifafa) vom 15. März 2000 hat diesen Grundsatz aber nur unvollständig kodifiziert; vgl. §§ 83, 85.

³⁸ Beim Rechtsprechungsausschuss handelt es sich um ein gerichtsinternes Gremium, das mit Richtern in höheren Verwaltungspositionen besetzt ist und das wichtige Fälle vor entscheidet. Vgl. zum Justizsystem *Stanley Lubman*, *Bird in a Cage*, 1999, S. 250 ff.; *Albert*

dass das Recht im Rahmen seiner politischen Zweckmäßigkeit angewandt wird. Das Primat der Politik kommt in der Lehre von der führenden Rolle der Kommunistischen Partei, dem Instrumentalcharakter des Rechts und der sozialistischen Gesetzlichkeit zum Ausdruck. Es geht dabei um die Bindungswirkung des Rechts, d.h. um die strikte Einhaltung der Gesetze und anderer Rechtsnormen einerseits, um die politische Zweckmäßigkeit der Rechtsanwendung, d.h. um Parteilichkeit und die Übereinstimmung mit den Erfordernissen der gesellschaftlichen Entwicklung andererseits. Welchem Element bei der Rechtsanwendung der Vorrang eingeräumt wird, bestimmt sich wiederum nach der aktuellen Parteipolitik.³⁹ Auch wenn in den letzten beiden Jahrzehnten eine deutliche Wende zu mehr Rechtssicherheit vollzogen wurde, um stabile Rahmenbedingungen für die Entwicklung marktwirtschaftlicher Elemente zu schaffen, so kann die Rechtspraxis jederzeit auch wieder zu einer parteilichen Rechtsanwendung umschwenken. In einem Fall wie diesem mit internationaler Medienaufmerksamkeit sowie weitreichenden politischen und wirtschaftlichen Folgen ist zu erwarten, dass über die zur Anklage kommenden Delikte, das Strafmaß, wie auch den Ausschluss des konsularischen Prozessbeobachters auf höchster Parteiebene entschieden wurde.

6. Abschließende Betrachtung

Es stimmt bedenklich, dass die strafrechtliche Verurteilung eines australischen Staatsangehörigen im Zusammenhang steht mit dem gescheiterten Versuch, größeren Einfluss auf die australische Bergbauindustrie und damit die Kontrolle über die für Chinas Wirtschaftsentwicklung wichtige Ressource Eisenerz zu gewinnen.⁴⁰ Es bleibt abzuwarten, ob auch in Zukunft die chinesische Justiz unter Verletzung völkervertraglicher Verpflichtungen auf eine Weise gegen ausländische Unternehmen eingesetzt wird, wie man es in der Vergangenheit mit Rücksicht auf das Investitionsklima vermieden hatte.

Chen, An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China, 2004, S. 133 ff.

³⁹ Georg Brunner, Die Funktionen der Verfassung in den sozialistischen Staaten im Spiegel der neueren Verfassungsgebung, in *Friedrich-Christian Schroeder/Boris Meissner* (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsreformen in den sozialistischen Staaten (1978), 37 ff.; *Ferdinand Kopp*, Das Verfassungsverständnis in den sozialistischen Staaten, in *Recht und Staat* (1972), 573 ff.

⁴⁰ *Larry Catá Backer*, Perverse Precedent: The Trial of Stern Hu, State Secrets, Closed Trials, and the External Price of China's Worry About Internal Order, 21. März 2010, <http://lcbackerblog.blogspot.com/2010/03/perverse-precedent-trial-of-hu-stern.html> (eingesehen am 13. April 2010).

Die innerstaatliche Praxis der Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen ist von einem Bemühen um möglichst große Flexibilität geprägt. Deshalb hat man ein System der selektiven Anwendung völkerrechtlicher Verträge im innerstaatlichen Recht über Verweisungsnormen geschaffen. Da die Verweisungsnormen die Anwendung einer Völkerrechtsnorm an eine Vielzahl von Voraussetzungen knüpfen, kommt den Gerichten bei der Anwendung internationaler Verträge ein weiter Auslegungsspielraum zu. Besondere Probleme werfen Vorrangverweisungen auf, die keinen Gesetzesrang haben aber die vorrangige Anwendung von internationalen Verträgen auch gegenüber Gesetzen anordnen. Die Verweisungsnormen scheinen auch einem Publizitätszweck zu dienen, indem sie einerseits nach außen die Völkerrechtskonformität der innerstaatlichen Rechtslage vorgeben, sich in der Praxis die völkerrechtliche Norm gegenüber einer abweichenden innerstaatlichen Rechtslage nicht durchsetzen kann. Es ist bislang nicht absehbar, dass China in der Zukunft durch striktere Vorgaben des nationalen Rechts eine wirksame innerstaatliche Umsetzung völkervertraglicher Verpflichtungen sicherstellen wird.

*Björn Ahl, Beijing**

Summary

In the Rio Tinto case, a Chinese court rejected the request of the Australian government to allow its consular officials to observe the non-public part of the criminal proceedings against an Australian national. Australia's request was based on a bilateral consular agreement that provided for an unrestricted right of consular attendance and a provision of Chinese domestic law that instructs courts to permit foreign consular attendance at non-public trials. The decision of the court raises the question of the domestic effects of international treaties in China, particularly whether treaties are directly applicable by courts. The right of consular attendance under the bilateral agreement serves the individual rights of the foreign defendant. A broad interpretation of Chinese criminal procedure rules that exclude consular trial observers as part of the public constitutes a violation of the Chinese-Australian consular agreement. The study also explores various domestic provisions that implement international consular agreements and the problems of their application in practice. The article concludes that the approach of selective treaty implementation by way of statutory reference provisions give judges wide discretionary power in the application of treaty provisions. This may lead to the result that courts prefer the domestic provision which is inconsistent with an international obligation, although reference norms provide for the prior application of treaties.

* Dr. iur. (Heidelberg), Visiting Professor of Chinese Law, Comparative Public Law and International Law, China – EU School of Law, Beijing.

Besprechungen

MORTIMER SELLERS/TADEUSZ TOMASZEWSKI (eds.): *The Rule of Law in Comparative Perspective, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 3*, Dordrecht, Springer Verlag, 2010, 253 S.

Rechtsstaat und Rechtsstaatlichkeit haben auf internationaler Ebene Konjunktur. Die Krise, die der Demokratie immer wieder attestiert wird, lässt den Wert des Rechtsstaats unberührt, ja diesen vielleicht sogar noch in strahlenderem Glanz erscheinen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass das Auswärtige Amt Rechtsstaatsinitiativen als Politikmaxime im Verkehr v.a. mit außereuropäischen Staaten formuliert hat, dass das „Bündnis für das deutsche Recht“, eine unter der Ägide des Bundesjustizministerium gegründete Initiative von Rechtsberatungsberufen, Justiz, Bundes- und Landesministerien sowie der Wissenschaft zur Stärkung des deutschen Rechts und des Rechtsstandorts Deutschland, die Rechtsstaatlichkeit in den Mittelpunkt rückt oder dass auch der europäische Teil der internationalen Verwaltung im Kosovo EULEX als oberstes Ziel den Aufbau der Rechtsstaatlichkeit erhalten hat.

Rechtsstaat ist ein schillernder Begriff mit zahlreichen Facetten, der vergleichend betrachtet durch rule of law und *légalité/État de droit* um weitere Elemente angereichert wird. Die sehr lebhaft internationale Rechtsstaatsdebatte bedarf daher immer wieder der Rückversicherung, was genau ihr Thema ist. Dieser Aufgabe stellt sich der vorliegende Band, in dem dreizehn Autoren – die meisten aus den USA, aber es sind auch einige Europäer darunter – Einzelthemen der rule of law in verschiedenen Epochen und Ländern abhandeln.

Als Einleitung präsentiert Mitherausgeber *Sellers* (University of Baltimore) eine eklektizistische Mischung aus Ideengeschichte und Funktionsbeschreibung der rule of law als Garantie, dass willkürliche Staatsführung zurückgedrängt und Gerechtigkeit angestrebt wird. Seine Einführung umreißt auch noch einmal den Zweck des Sammelbands, nämlich zu untersuchen, wie Rechtsstaatlichkeit in verschiedenen Gesellschaften geschaffen werden und funktionieren kann. Ein Grundlagenthema behandelt auch der Folgebeitrag von *Fred Miller* (Bowling Green State University), der die Wurzeln der rule of law im altgriechischen Rechtsdenken untersucht. Zu diesem Zweck behandelt er auf jeweils einer Seite die Gesetze von Gortyn, Demosthenes, von Plato die *Politeia*, den *Politikos* und die *Nomoi* und schließlich von Aristoteles die *Politik*. Ein schiefes Bild ergibt sich schon durch die unreflektierte Gleichsetzung des antiken *nomos* mit dem heutigen law, und auch sonst ist die Übertragung antiker Gedanken und Institutionen in heutige Begriffe und Formen befremdlich, weil undifferenziert. Der Folgebeitrag von *Aniceto Masferrer* (Universität Valencia) springt zu der Modernisierung des spanischen Rechts im 19. Jh. und schildert, wie vor dem Hintergrund des seinerzeitigen Liberalismus zwei Grundkonzeptionen des Rechts – die rationale und die romantische – miteinander konkurrierten. Am Beispiel des – seinerzeit im Vergleich zum im römischen Recht verhafteten Privatrecht deutlich innovationsfreudigeren – Strafrechts zeigt er auf, wie sich die rationale Auffassung durchsetzte und was dies für die Rechtsstaatlichkeit bedeutete.

Den Schritt in die Gegenwart macht der Beitrag von *James Maxeiner* (University of Baltimore), der sich der Rechtssicherheit als einem der Kernelemente – nach deutscher Auffassung vielleicht sogar des Kernelements – des Rechtsstaats widmet. Er weist darauf hin, dass *legal certainty* in den USA weder als Wert noch als Ziel noch als (rechts-)wissenschaftlicher Topos eine Rolle spielt, weil dort der sog. *legal realism* die *legal indeterminacy* als angeblich unumstößliche Weisheit propagiert. Das kontrastiert deutlich mit der europäischen – einschließlich britischen – Sicht, dass Rechtssicherheit ein hohes Gut ist, das anzustreben möglich und darum unerlässlich ist. *Maxeiner* legt die gegenseitigen Standpunkte dar in der Absicht, durch deren Kenntnis die Kommunikation und Kooperation zwischen Juristen von beiden Seiten des Atlantiks zu verbessern. Es folgt eine Darstellung des niederländischen Diskussionsstands zur sog. *goal-based regulation* durch *S.J.A. ter Borg* und *W.S.R. Stoter* (TH Delft). Diese Regelungstechnik, die nur das Ziel vorgibt, aber dem Rechtsunterworfenen die Wahl der Mittel überlässt, ist unter rechtsstaatlicher Perspektive v.a. im Hinblick auf die Rechtssicherheit, die demokratische Legitimität der Interessenabwägung und die Gleichheit problematisch. Besonders interessant für die deutsche Rechtswissenschaft und Gesetzgebung ist die Schilderung der in den Niederlanden diskutierten und entwickelten Lösungsansätze, denn die niederländische Debatte ist in dem Feld deutlich weiter fortgeschritten und kann auf eine breitere und besser aufbereitete empirische Basis zurückgreifen als die deutsche.

Literarisch wird es mit *Robert Petersen* (Santa Clara University), der in einigen Shakespeare-Texten Anklänge an die Idee der *rule of law* finden will. Längere Zitate u.a. aus *Henry V.*, *Pericles*, *Richard III*, *King Lear* oder *Macbeth* sollen rechtsstaatliches Denken bei Shakespeare nachweisen, wengleich dargebracht im Kleid zeitgenössischer, absolutistisch geprägter Institute wie z.B. der königlichen Prärogativen. Diese Sichtweise vermittelt zwar originelle Gedanken, muss sich allerdings dieselbe Kritik gefallen lassen wie der Beitrag von *Miller*: Die undifferenzierte Projizierung heutiger Denkweisen in frühneuzeitliche (oder antike) Texte führt zu Anachronismen, die sicherlich dem zeitgenössischen Denken zur Zeit der Entstehung dieser Texte nicht entsprechen.

Im Anschluss daran untersucht *Robin Charlow* (Hofstra University) das Verhältnis von US-Verfassung und *rule of law* und kommt zu dem Schluss, dass es in den USA – entgegen einem europäischen Verständnis von Rechtsstaat – gelingt, auf den sehr vagen Verfassungstext rechtsstaatliche Verhältnisse zu gründen. Das funktioniert u.a., weil die *rule of law* als Wert in der politischen Kultur und der Gesellschaft verankert ist und für die heterogene Nation ein wichtiges integratives Symbol bildet. Aus demselben Grund funktionieren Verfassungsstaatlichkeit und *rule of law* in Südamerika nicht, wie *Augusto Zimmermann* (Universität Perth) in einer Analyse der brasilianischen Verfassungsgeschichte aufzeigt. In einem patriarchalen Klientelismus können liberale Verfassungselemente wie Gewaltenteilung oder großzügige Grundrechtskataloge ihre in Europa oder den USA entwickelte Funktion nicht entfalten.

Daniel Levine (Universität Maryland) klassifiziert verschiedene Arten von bewaffneten Akteursgruppen in Postkonfliktgesellschaften und versucht hieraus politische Handlungsoptionen abzuleiten, ob und wie externe Interventionen sie in die Postkonfliktordnung einbeziehen sollten. Ziel einer von der westlichen Politik regelmäßig angestrebten Postkonfliktordnung ist der Aufbau der *rule of law*, wobei man sich der ggf. anderen Konzeption von Recht in der Zielgesellschaft und des begünstigenden Einflusses allgemein gültiger Normen auf das Zusammenwachsen fraktionierter Gesellschaften vor Augen halten muss. Eine Fallstudie des Aufbaus der *rule of law* in einer Postkonfliktgesellschaft will der Beitrag von

Lisa Laplante (Marquette University Milwaukee) anhand des Strafprozesses gegen den früheren peruanischen Diktator Fujimori bieten. Allerdings beschränkt sich die Darstellung im Wesentlichen auf eine Schilderung der Mechanismen der Diktatur, während der ihr folgende Strafprozess nur kurz beschrieben wird. Die in Titel und Einleitung des Beitrags in Aussicht gestellte Analyse, inwieweit die Bestrafung rechtsstaatswidrigen Unrechts zum Aufbau eines Rechtsstaats beitragen kann, unterbleibt. Auch für den Folgebeitrag von *Genç Trnavci* (Universität Bihać, BiH) gilt, dass die Überschrift mehr verspricht, als der Text hält. Der Autor bietet eine Einführung in die Rechtsgeschichte und -kultur des (v.a. nord-)albanischen Gewohnheitsrechts mit seinen besonderen Zügen wie der Blutrache, den Familienclans und dem Versprechen als Grundlage des Schuldrechts; der in Aussicht gestellte Brückenschlag zum heutigen Aufbau eines Rechtsstaats in Albanien und Kosovo unterbleibt allerdings.

Abschließend macht *Fiona de Londras* (University College Dublin) die Rechtsstaatlichkeit im Mehrebenensystem von Völker- und nationalem Recht zum Thema. Am Beispiel völkerrechtlicher Menschenrechtsverbürgungen untersucht sie die Geltung und Geltungverschaffung völkerrechtlicher Normen durch die nationalen Behörden und kommt zu dem Schluss, dass Völkerrecht auch in dualistischen Staaten durchaus die rechtsstaatlich wünschenswerte Normqualität haben könne. Dies untermauert sie mit mehreren Fallbeispielen dualistischer Staaten (Südafrika und Großbritannien als uneingeschränkt völkerrechtsfreundliche Beispiele, Irland als „à la carte internationalist“ und Sri Lanka als Gegenbeispiel eines zurückhaltenden Dualismus).

Einige Beiträge sind sehr interessante Einzelfallstudien, während andere sich auf das Wiederholen von Plattitüden beschränken, die kaum über Anfängerniveau hinausgehen. Was dem Werk insgesamt fehlt, ist ein roter Faden. Rule of law / Rechtsstaat ist nicht ausreichend konkret, um die heterogenen Einzelbeiträge zu einem zusammenhängenden Sammelband zu verbinden. Dieser Band kann daher nur den Lesern empfohlen werden, die ein besonderes Interesse für das eine oder andere Aufsatzthema haben. Als Positionsbestimmung in der internationalen Rechtsstaatsdebatte taugt er nicht, und wegen der Heterogenität der Beiträge kann man ihm auch keine vergleichenden Erkenntnisse über Rechtsstaatlichkeit entnehmen.

Prof. Dr. *Herbert Küpper*, Regensburg

MORITZ VON UNGER: *Menschenrechte als transnationales Privatrecht* (Schriften zum Völkerrecht, Band 182), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 273 S., € 68,00.

In der Rechtssoziologie und Rechtstheorie wird seit einiger Zeit von der Herausbildung eines transnationalen Rechts gesprochen, das die herkömmlichen Unterscheidungen von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht einerseits sowie öffentlichem Recht und Privatrecht andererseits überwinde.¹ Dem Begriff hat der ehemalige Richter am Internationalen Gerichtshof Philip Jessup den Weg gebahnt. In seinen 1956 an der Yale Law School gehaltenen Storrs Lectures verstand er darunter „all law which regulates actions or events that transcend national frontiers.“ Dazu zählten nicht nur Völkerrecht und Internationales Privatrecht, sondern auch „other rules which do not wholly fit into such standard categories.“²

¹ Vgl. z.B. *Harold Hongju Koh*, Why Transnational Law Matters, Penn St. Int'l L. Rev. 24, 2006, S. 745.

² *Philip C. Jessup*, Transnational Law, 1956, S. 2 (Anmerkung weggelassen).

Lisa Laplante (Marquette University Milwaukee) anhand des Strafprozesses gegen den früheren peruanischen Diktator Fujimori bieten. Allerdings beschränkt sich die Darstellung im Wesentlichen auf eine Schilderung der Mechanismen der Diktatur, während der ihr folgende Strafprozess nur kurz beschrieben wird. Die in Titel und Einleitung des Beitrags in Aussicht gestellte Analyse, inwieweit die Bestrafung rechtsstaatswidrigen Unrechts zum Aufbau eines Rechtsstaats beitragen kann, unterbleibt. Auch für den Folgebeitrag von *Genç Trnavorci* (Universität Bihać, BiH) gilt, dass die Überschrift mehr verspricht, als der Text hält. Der Autor bietet eine Einführung in die Rechtsgeschichte und -kultur des (v.a. nord-)albanischen Gewohnheitsrechts mit seinen besonderen Zügen wie der Blutrache, den Familienclans und dem Versprechen als Grundlage des Schuldrechts; der in Aussicht gestellte Brückenschlag zum heutigen Aufbau eines Rechtsstaats in Albanien und Kosovo unterbleibt allerdings.

Abschließend macht *Fiona de Londras* (University College Dublin) die Rechtsstaatlichkeit im Mehrebenensystem von Völker- und nationalem Recht zum Thema. Am Beispiel völkerrechtlicher Menschenrechtsverbürgungen untersucht sie die Geltung und Geltungverschaffung völkerrechtlicher Normen durch die nationalen Behörden und kommt zu dem Schluss, dass Völkerrecht auch in dualistischen Staaten durchaus die rechtsstaatlich wünschenswerte Normqualität haben könne. Dies untermauert sie mit mehreren Fallbeispielen dualistischer Staaten (Südafrika und Großbritannien als uneingeschränkt völkerrechtsfreundliche Beispiele, Irland als „à la carte internationalist“ und Sri Lanka als Gegenbeispiel eines zurückhaltenden Dualismus).

Einige Beiträge sind sehr interessante Einzelfallstudien, während andere sich auf das Wiederholen von Plattitüden beschränken, die kaum über Anfängerniveau hinausgehen. Was dem Werk insgesamt fehlt, ist ein roter Faden. Rule of law / Rechtsstaat ist nicht ausreichend konkret, um die heterogenen Einzelbeiträge zu einem zusammenhängenden Sammelband zu verbinden. Dieser Band kann daher nur den Lesern empfohlen werden, die ein besonderes Interesse für das eine oder andere Aufsatzthema haben. Als Positionsbestimmung in der internationalen Rechtsstaatsdebatte taugt er nicht, und wegen der Heterogenität der Beiträge kann man ihm auch keine vergleichenden Erkenntnisse über Rechtsstaatlichkeit entnehmen.

Prof. Dr. *Herbert Küpper*, Regensburg

MORITZ VON UNGER: *Menschenrechte als transnationales Privatrecht* (Schriften zum Völkerrecht, Band 182), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 273 S., € 68,00.

In der Rechtssoziologie und Rechtstheorie wird seit einiger Zeit von der Herausbildung eines transnationalen Rechts gesprochen, das die herkömmlichen Unterscheidungen von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht einerseits sowie öffentlichem Recht und Privatrecht andererseits überwinde.¹ Dem Begriff hat der ehemalige Richter am Internationalen Gerichtshof Philip Jessup den Weg gebahnt. In seinen 1956 an der Yale Law School gehaltenen Storrs Lectures verstand er darunter „all law which regulates actions or events that transcend national frontiers.“ Dazu zählten nicht nur Völkerrecht und Internationales Privatrecht, sondern auch „other rules which do not wholly fit into such standard categories.“²

¹ Vgl. z.B. *Harold Hongju Koh*, Why Transnational Law Matters, Penn St. Int'l L. Rev. 24, 2006, S. 745.

² *Philip C. Jessup*, Transnational Law, 1956, S. 2 (Anmerkung weggelassen).

Ein bedeutender Bestandteil jener Rechtskategorie, die nicht notwendig als von staatlichem Recht unabhängig zu verstehen ist, scheint nunmehr in Verfahren vor US-amerikanischen Gerichten zu Tage getreten zu sein. Dort hatten Individuen verschiedene Amtsträger dritter Staaten wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen auf Schadensersatz verklagt und teilweise Recht erhalten. Die Unklarheiten bei der Einordnung derartiger Rechtsstreitigkeiten offenbaren sich bereits dadurch, dass teils von „international human rights litigation“³, teils von „transnational public law litigation“⁴, teils von „transnational civil litigation“⁵ die Rede ist.

Moritz von Unger, der selbst die Ausdrücke der „transnationalen Menschenrechtsklage“ (S. 16) und der „transnational human rights litigation“ (S. 34) wählt, hat sich vorgenommen, diesen Ausschnitt der gegenwärtigen Rechtsentwicklung in seiner an der Universität Hamburg vorgelegten Dissertation darzustellen und zu deuten. Sachlich nähert sich die Arbeit der Fragestellung aus verschiedenen Perspektiven: rechtstatsächlich und rechtsdogmatisch, rechtssoziologisch und rechtstheoretisch, schließlich rechtsvergleichend. Formal unterteilt sie sich in vier Kapitel, die von einer jeweils kurzen Einleitung und Schlussfolgerung eingeraht sind. Das erste Kapitel (S. 32–93) behandelt die rein völkerrechtlichen Probleme von extraterritorialer Jurisdiktion und staatlicher Immunität, die zwar nach wie vor umstritten, aber jedenfalls im Kontext des Internationalen Strafrechts bereits eingehend diskutiert worden sind. Das zweite Kapitel (S. 94–158) klärt die erst in der vorliegenden Konstellation aufgekommene Frage nach dem anwendbaren materiellen Recht. In diesem Rahmen werden auch die maßgeblichen US-amerikanischen Fälle referiert. Das dritte Kapitel (S. 159–198) sucht anschließend nach einem theoretisch-soziologischen Fundament für die neuartige Menschenrechtskonstruktion, während der abschließende vierte Teil (S. 199–240) ähnliche Fälle aus der Praxis deutscher Gerichte einer vergleichenden Analyse unterzieht.

Die einschlägige US-amerikanische Rechtsprechung setzte mit der stattgegebenen Berufungsentscheidung des Court of Appeals für den Zweiten Bezirk über den Fall *Filártiga v. Peña-Irala* im Jahre 1980 ein.⁶ Gegenstand des Verfahrens war ein Schadensersatzbegehren paraguayischer Staatsbürger gegenüber einem ehemaligen Polizeibeamten aus Asunción wegen der Entführung und Folterung eines Familienangehörigen. Die Tat hatte sich in Paraguay ereignet. Zur Zeit der Klageerhebung hielten sich beide Parteien aber in den USA auf. Das Gericht stützte seine Entscheidung auf den 1789 in Kraft getretenen Alien Tort Statute (ATS). Darin heißt es: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.“⁷ Später wies ein anderes Berufungsgericht eine ähnliche Schadensersatzklage wegen Tötungen in Libyen ab, weil der ATS zwar die sachliche Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte begründe, aber ebenso wie das Völkerrecht keine materielle Anspruchsgrundlage enthalte.⁸ Doch der Supreme Court stellte 2004 in seiner Entscheidung über eine Festnahme in Mexiko im Fall *Sosa v. Alvarez-Machain* klar, dass sich ein individueller Sekundäranspruch bei der Verletzung bestimmter Fundamentalnormen des Völkerrechts aus dem com-

³ *Beth Stephens u.a.*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, 2. Aufl. 2008.

⁴ *Harold Hongju Koh*, *Transnational Public Law Litigation*, *Yale L.J.* 100, 1991, S. 2347.

⁵ *Peer Zumbansen*, *Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation*, *German L.J.* 5, 2004, S. 1499 (1501).

⁶ *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 2d Cir. 1980.

⁷ *Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350.

⁸ *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, D.C. Cir. 1984.

mon law ergeben könne, dessen Voraussetzungen angesichts der Geringfügigkeit des Rechtsverstößes im konkreten Fall aber nicht erfüllt seien.⁹

Nach von Ungers Auffassung hat der Supreme Court mit dieser Entscheidung einem „genuin transnationalen“ Rechtsverständnis den Boden bereitet, „das in der Bestimmung eines Individualanspruchs Völkerrecht und nationales Recht nicht vereinzelt, sondern in Verschränkung und Supplementierung begreift“ (S. 157). Staatliche Gerichte dürften schwerste Menschenrechtsverletzungen nach dem Weltrechtsprinzip auch zivilrechtlich ahnden. Die insofern für die Strafgerichtsbarkeit entwickelten Kriterien ließen sich wegen der Strafrechtsähnlichkeit des Deliktsrechts auf die Zivilgerichtsbarkeit übertragen. Jurisdiktionskonflikte könnten durch die Einführung von Subsidiaritätsregeln, etwa nach dem Vorbild der anglo-amerikanischen Doktrin des *forum non conveniens*, vermieden werden. Der Grundsatz staatlicher Immunität finde demgegenüber keine Anwendung, da schwerste Menschenrechtsverletzungen, wie insbesondere das britische House of Lords in seinen Pinochet-Entscheidungen herausgestellt habe, „privates Unrecht“ (S. 93) darstellten. Mit der Modellierung eines Individualanspruchs als „transnationales Trajekt“ (S. 129), das eine völkerrechtliche Verbotsnorm mit einer privatrechtlichen Anspruchsnorm synthetisch verknüpfe, heile der Supreme Court eine „Rechtspathologie“ (S. 196): Er antworte auf ein Versagen des Völkerrechts, das den primärrechtlichen Schutz der Menschenrechte sekundärrechtlich nicht hinreichend absichern könne. Damit besinne er sich auf die vormoderne Auffassung eines *law of nations* mit vielfältigem Individualbezug zurück, das noch dem ATS zugrunde gelegen habe und erst mit Jeremy Bentham's Konzeption des Völkerrechts als zwischenstaatlichem Recht abgelöst worden sei. Der überkommene Konflikt zwischen Monismus und Dualismus in den Staats- und Völkerrechtslehren weiche in dieser Vorstellung einem „hybriden Monismus“ (S. 155), der von einer zwar gemeinsamen, aber nicht hierarchischen Rechtssphäre ausgehe: „Hier verselbständigt sich eine Rechtsverfassung, die weder materiell-rechtlich der dualistischen Struktur gehorcht (Völkerrecht oder nationales Recht) noch sich prozessual monopolisiert im Sinne entweder einer Universalisierung (internationaler Spruchkörper) oder einer nationalen Befangenheit und Isolierung der Rechtsbeziehung (Ausschließlichkeit des innerstaatlichen Rechtswegs)“ (ebd.).

Theoretisch-soziologisch möchte von Unger die Entwicklung des transnationalen Menschenrechtsschutzes mit einer maßgeblich von Paul Kahn geprägten „Kulturtheorie des Völkerrechts“ (S. 187) begründen, die hinsichtlich der Bedeutung von Recht auf den Bereich der Imagination verweist.¹⁰ In einer Vergewisserung bei den vorherrschenden Theorien des Völkerrechts und der Internationalen Beziehungen stellt er Erklärungsdefizite fest. Während neorealistic und institutionalistische Ansätze die Menschenrechte von vornherein nicht erfassten, setzten liberale Modelle diese immer schon voraus. Der Normoptimismus konstruktivistischer Theorien wiederum laufe empirischen Untersuchungen über die Wirkungslosigkeit von Menschenrechtsverträgen zuwider. Dem Problem der Geltung von Menschenrechten komme man demgegenüber nur dann auf die Spur, wenn man sich die unterschiedlichen Tiefendimensionen von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht vergegenwärtige. Als zwingend werde allein das willentlich in Kraft gesetzte Recht politischer Gemeinschaften empfunden: „Das Ultimative dieser Verbindlichkeit ist die Bereitschaft, sich selbst für das Gemeinwesen zu opfern“ (S. 192). Die internationalen Menschenrechte müssten daher „einen Weg in das Innere der politischen Gemeinschaft finden, in die Psychologie des Eigenen,

⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 2004.

¹⁰ Vgl. *Paul W. Kahn*, *The Cultural Study of Law*, 1999.

um das Mantra der Konsequenzlosigkeit zu verlieren und den Charakter eines moralisch-universellen Anspruchs gegen den des Rechts zu tauschen“ (S. 198).

Die rechtsvergleichende Analyse geht von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur NS-Zwangsarbeit¹¹ aus und konzentriert sich dann auf die Verfahren in den Fällen *Distomo*¹² und *Varvarin*¹³, die Schadensersatzansprüche wegen des Überfalls einer SS-Einheit auf ein griechisches Dorf während des Zweiten Weltkriegs und wegen des Luftangriffs der NATO auf eine serbische Brücke während des Kosovo-Kriegs zum Gegenstand hatten. Hierbei handelte es sich freilich um Staatshaftungsprozesse, die vor den Gerichten des beklagten Staates angestrengt wurden. Die Fragen der Gerichtsbarkeit und der Immunität stellten sich somit nicht in derselben Weise, wohl aber das Problem des Anspruchs. *Von Unger* zeigt, dass die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hierzu widersprüchlich ist. Während das Bundesverfassungsgericht konsequent dualistisch die Möglichkeit einer Anspruchsparellität von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht anerkennt, nimmt der Bundesgerichtshof systematisch unstimmig zwar grundsätzlich die Anwendbarkeit des Staatshaftungsrechts an, geht aber von dessen Suspendierung durch das humanitäre Völkerrecht aus. Nach der ersten Auffassung bleibt die Klage immer dann erfolglos, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung für den konkreten Fall keinen Schadensersatzanspruch gewährt, nach der zweiten bislang jedenfalls dann, wenn sich die Tat in einem bewaffneten Konflikt bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs ereignet hat. *Von Unger* meint, die deutschen Gerichte könnten „ihrer aktuellen Verwirrung“ (S. 240) entkommen, wenn sie den „Normenkonstruktivismus“ (S. 212) des Supreme Court adaptierten. Die Generalklauseln des deutschen Deliktsrechts zeigten sich dafür ebenso empfänglich wie das common law: „Die Bestimmung der rechtswidrigen Rechtsgutsverletzung im Sinne der §§ 823, 839 BGB, der Schädigungsabsicht nach § 826 BGB oder des nach § 823 Abs. 2 regressbegründenden Schutzgesetzes ist offen, die völkerrechtliche Rechtsentwicklung gerade im Bereich des humanitären Völkerrechts und der internationalen Menschenrechte anspruchsstärkend oder -begründend zu reflektieren“ (ebd.).

Die gewandt formulierte Arbeit bereitet eine vielschichtige Problematik, die bei strikter Trennung der Disziplinen von Völkerrecht und Privatrecht lange unbeachtet geblieben ist, nicht nur kundig auf, sondern macht sie auch erstmals umfassend in deutscher Sprache zugänglich. Dabei geht sie überaus eigenständig vor. Die Abweichung von der bislang herrschenden Auffassung zu den Fragen von Gerichtsbarkeit und Immunität ist sorgfältig begründet und kann sich immerhin auf das Sondervotum der Richter Rosalyn Higgins, Pieter Kooijmans und Thomas Buergenthal im Haftbefehls-Urteil des Internationalen Gerichtshofs stützen.¹⁴ Es wäre indes noch zu bedenken gewesen, ob nicht für die Verfolgung von Tätern während und nach der Amtszeit sowie für die Durchsetzung von Primärregeln und Sekundärregeln gegen Staaten unterschiedliche Betrachtungen geboten sind. Das Plädoyer für eine rechtliche Hybridbildung zur Gewährleistung von Individualansprüchen auf Entschädigung für schwerste Menschenrechtsverletzungen gelingt gleichermaßen überzeugend und kann zumindest auf das Urteil des Oberlandesgerichts Köln im *Varvarin-Fall* verweisen.

¹¹ BVerfGE 94, S. 315; vgl. auch BVerfG NJW 2004, S. 3257.

¹² BGHZ 155, S. 279; BVerfG NJW 2006, S. 2542.

¹³ LG Bonn NJW 2004, S. 525; OLG Köln NJW 2005, S. 2860; BGHZ 169, S. 348.

¹⁴ ICJ, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion, ICJ Rep. 2002, S. 3 (63 ff.).

Die Argumentation setzt sich aber einer inneren Spannung aus, indem sie ihren fortschrittlichen Anspruch letztlich in doppelter Hinsicht zurücknimmt. Aus dogmatischer Perspektive hätte es nahe gelegen, zumindest die Frage aufzuwerfen, ob Individualansprüche auf Entschädigung für schwerste Menschenrechtsverletzungen nicht auch aus Art. 25 GG folgen können. Gemäß Art. 25 Satz 2 GG erzeugen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“. Einer vordringlichen Meinung zufolge wird damit jedenfalls für die Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die zur Individualberechtigung grundsätzlich geeignet sind, innerstaatlich ein Adressatenwechsel angeordnet.¹⁵ Lediglich Ausländer, die sich im Ausland aufhalten, könnten daraus keine Ansprüche ableiten. Individualansprüche, die das Völkergewohnheitsrecht selbst vorsieht, sind bereits nach Art. 25 Satz 1 GG „Bestandteil des Bundesrechtes“. Aufschlüsse über das Bestehen derartiger Ansprüche gibt vor allem die Resolution über „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“ der UN-Generalversammlung.¹⁶

Aus theoretischer Perspektive erscheint die Begründung der hybriden Menschenrechtskonstruktion mit der Kulturtheorie des Rechts wenig stimmig. Prozessen transnationaler Rechtsbildung steht diese Theorie wegen der Bedeutung, die sie dem Legitimationsprinzip der Volkssouveränität zumisst, entschieden ablehnend gegenüber.¹⁷ Sie bleibt damit unter der Hand einem nationalstaatlichen Rechtsparadigma verhaftet. Von einem „rechtsvollkommenen Forum der nationalen Gerichte und des nationalen Rechts“ (S. 245) kann im vorliegenden Zusammenhang aber keine Rede sein. Vielmehr ist das nationale Recht in diesem Bereich ebenso unvollständig wie das Völkerrecht. In seiner institutionellen Komponente erinnert der vorgestellte Ansatz, der die angerufenen Gerichte als „nationale und internationale Gerichte zugleich“ (S. 155) betrachtet, eher an frühere monistische Auffassungen mit soziologischem Einschlag. Georges Scelle etwa beobachtete schon vor langer Zeit, dass nationale Gerichte im Modus des „*dédoublement fonctionnel*“¹⁸ auch das Völkerrecht durchsetzen. Die liberale Völkerrechtstheorie bietet insofern ebenfalls mehr Erklärungspotential, als ihr zugestanden wird. Anne-Marie Slaughter beispielsweise verfolgt seit kurzem, wie sich eine „global community of courts“¹⁹ konstituiert, die sich einer globalen Herrschaft des Rechts verpflichtet fühlt und informale Beziehungen über gegenseitige Beobachtung sowie persönlichen Austausch pflegt. In seiner materiell-rechtlichen Komponente wiederum stimmt der Ansatz, der Rechtsregeln „weder allein universell-völkerrechtlich noch partikular-nationalrechtlich definiert“ (S. 132), eher

¹⁵ Grundlegend *Karl Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, 1963, S. 155 ff. Ferner z.B. *Christian Koenig*, in *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck*, Hrsg., Kommentar zum Grundgesetz II, 5. Aufl. 2005, Art. 25 Rn. 60 f.; *Ingolf Pernice*, in *Horst Dreier*, Hrsg., Grundgesetz-Kommentar II, 2. Aufl. 2006, Art. 25 Rn. 30; *Rudolf Streinz*, in *Michael Sachs*, Hrsg., Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 25 Rn. 47.

¹⁶ UN GA, Res. 60/147 v. 16.12.2005, UN Doc. A/RES/60/147.

¹⁷ Vgl. *Paul W. Kahn*, Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order, *Chi. J. Int'l L.* 1, 2000, S. 1.

¹⁸ *Georges Scelle*, Le phénomène juridique du *dédoublement fonctionnel*, in *Walter Schätzel/Hans-Jürgen Schlochauer*, Hrsg., Rechtsfragen der internationalen Organisation, 1956, S. 324.

¹⁹ *Anne-Marie Slaughter*, A Global Community of Courts, *Harv. Int'l L.J.* 44, 2003, S. 191.

mit neueren pluralistischen Vorstellungen überein, die verschiedene Rechtsordnungen füreinander durchlässig halten wollen und damit einen vierten Weg jenseits von staatlicher Souveränität, weltstaatlicher Universalität und radikaler Partikularität einschlagen.²⁰ In der beschriebenen Entwicklung läge dann aber weder eine Abkehr vom „Universalsystem“ (S. 156) des Menschenrechtsschutzes, das sich um den Internationalen Strafgerichtshof formiert, noch eine Gegenbewegung zur „globalen Konstitutionalisierung“ (ebd.), sondern eine „dezentrale Konstitutionalisierung“²¹, die sich im Bild des „constitutional pluralism“²² mit den beiden anderen Entwicklungen ergänzte.

Ob *von Ungers* Thesen in der Rechtspraxis auf Gehör stoßen, wird sich alsbald herausstellen. Beim Bundesverfassungsgericht ist inzwischen eine Verfassungsbeschwerde im Fall Varvarin anhängig, während sich der Internationale Gerichtshof derzeit mit einer Klage Deutschlands gegen Italien befasst, die sich gegen die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz für verschiedene Vorkommnisse während des Zweiten Weltkriegs durch italienische Gerichte wendet. Die Einschätzung, dass die Zukunft des transnationalen Rechts in diesen Verfahren maßgeblich bestimmt werden wird,²³ erscheint nicht übertrieben.

Lars Viellechner, LL.M. (Yale), Bremen

²⁰ Vgl. z.B. *Paul Schiff Berman*, Global Legal Pluralism, S. Cal. L. Rev. 80, 2007, S. 1155.

²¹ *Christian Walter*, Dezentrale Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte, in *Janbernd Oebekke*, Hrsg., Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 205.

²² *Neil Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, Mod. L. Rev. 65, 2002, S. 317.

²³ Vgl. *Andreas Fischer-Lescano/Carsten Gericke*, Der IGH und das transnationale Recht: Das Verfahren BRD ./I. Italien als Wegweiser der zukünftigen Völkerrechtsordnung, KJ 43, 2010, S. 78.