

Menschenrechte als völkerrechtliche Interventionstitel*

Dr. iur. HERMANN-JOSEF BLANKE

Privatdozent an der Universität zu Köln

I. Humanitärer Grundkonsens als Bedingung internationaler Kooperation

Die modernen Informationstechnologien und die täglich wachsende Zunahme grenzüberschreitender Vorgänge haben die Welt zu einem globalen Dorf gemacht. Ihr prägnantestes Kennzeichen ist die aus gemeinsamen Interessen entstammende, regelgeleitete und stabilitätssichernde Kooperation.¹ Sie steht im Zeichen der oft schwierigen Suche nach Lösungen für Probleme, die sich zunehmend komplex und vielgestaltig erweisen. Zusammenarbeit ist so zum „modus operandi“ auf nahezu allen Feldern der Politik geworden.² Soll sie sich auf solidem Fundament gestalten, so ist ein Gleichklang in den grundlegenden Wertvorstellungen der beteiligten Staaten unabdingbar. Dies leuchtet für die wirtschaftliche Zusammenarbeit hinsichtlich der Garantie des Eigentumsschutzes und für das umweltpolitische Handlungsszenario mit Blick auf das Anliegen der Erhaltung der Artenvielfalt oder des Klimaschutzes unmittelbar ein, gilt aber nicht minder für das Thema des internationalen Menschenrechtsschutzes. Einen Beleg hierfür bildet bereits die Existenz der UNO-Charta, die, wenn auch nur an wenigen Stellen, so doch in deutlichen Worten von den Menschenrechten kündigt.³ Vor allem aber die großen Kodifikationen auf internationaler und regionaler Ebene offenbaren die Bemühungen um einen menschenrechtlichen Konsens. Hervorzuheben sind die „Allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte“ vom 10. Dezember 1948 und die beiden Internationalen Pakte über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus dem Jahre 1976. Nach dem Stand vom 31. Dezember 1997 haben den erstgenannten Pakt 137 Staaten und den zweitgenannten 140 Staaten rati-

* Der Aufsatz stellt die erweiterte und aktualisierte Fassung des Habilitationsvortrages dar, den der Verfasser am 13. Februar 1997 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln gehalten hat.

¹ Vgl. H. Müller, Die Chance der Kooperation. Regime in den internationalen Beziehungen, 1993.

² Vgl. Ch. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (9 ff.); E.-O. Czempiel, Aktivitäten, reformieren, negieren? Zum 50jährigen Bestehen der Vereinten Nationen, Aus Politik und Zeitgeschichte B 42/95, S. 36 (42).

³ Vgl. Präambel (zweite Erwägung), Art. 1 Ziff. 3, Art. 13 Abs. 1 lit. b, 62 Abs. 2, 55 lit. c, 56 SVN.

fiziert. Das sind mehr als zwei Drittel der gegenwärtig 185 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen. Den substantiellen Inhalt dieser „International Bill of Rights“ bilden Menschenwürde, Persönlichkeitsschutz, individuelle Freiheitsrechte, Rechtsgleichheit, justitielle Grundrechte und politische Mitwirkungsrechte.⁴ Überraschend eindeutig hat die Wiener Menschenrechtskonferenz der Vereinten Nationen im Juni 1993 das Leitprinzip der in diesen Verträgen verankerten Universalität der Menschenrechte bestätigt.⁵ Der Versuch einer Reihe von Mitgliedstaaten, den Grundsatz der Einheit der Menschenrechte in der Vielfalt der Welt⁶ zu relativieren,⁷ konnte abgewehrt werden.

Eine massive Verletzung der menschenrechtlichen Kerngehalte durch einzelne Staaten im Umgang mit den eigenen Staatsangehörigen wirft die Frage nach der Zulässigkeit einer sogenannten humanitären Intervention auf. Sie kann in einem ersten Zugriff als eine Aktion individueller Staaten wie auch einer internationalen Organisation begriffen werden, auf die Entscheidungsfreiheit eines anderen Staates mit dem Ziel Einfluß zu nehmen, diesen zur Beachtung eines bestimmten humanitären Standards zu zwingen.⁸ In der neuen Völkerrechtsdoktrin wird dabei unter Verweis auf die Völkerrechtspraxis⁹ zunehmend ein erweiterter Interventionsbegriff vertreten. Er erfaßt über die Androhung und Anwendung militärischer Gewalt hinaus auch weitere Formen zwischenstaatlicher Druckausübung, namentlich wirtschaftliche und politische Pressionen.¹⁰ Kennzeichnend ist indessen stets das Erfordernis des Zwangs.¹¹

Vor allem eine Analyse militärischer Operationen ist angesichts des Umstandes gerechtfertigt, daß ihre rechtliche Bewertung infolge entsprechender Vorgänge in den letzten Jahren, insbesondere im Irak, in Somalia und in Ruanda, als überprüfungsbedürftig angesehen wird.¹² Der ameri-

⁴ Vgl. L. Kühnhardt, Die Universalität der Menschenrechte, 1987, S. 91 ff., 95 ff.; zur Entstehung der Pakte vgl. K. J. Partsch, Vor- und Nachteile einer Regionalisierung des internationalen Menschenrechtsschutzes, EuGRZ 1989, 1 (3 f.).

⁵ Vgl. „Wiener Erklärung und Aktionsprogramm“ v. 25. Juni 1993, Ziff. 1, EuGRZ 1993, S. 520 (521).

⁶ Zur Diskussion über „die Einheit der Menschenrechte und die Vielfalt der Welt“ vgl. die Beiträge in: Bulletin of Human Rights (Special issue: Human Rights day), 1985, S. 23 ff.

⁷ Vgl. Ibrahim Fall, Streitpunkt Universalität, in: UNESCO-Kurier 35 (1994), S. 4 ff.

⁸ Vgl. zu dieser Definition A. Pauer, Die humanitäre Intervention, 1985, S. 23.

⁹ Sie bleibt bei J. Isensee, Weltpolizei für Menschenrechte, JZ 1995, S. 421 ff., unberücksichtigt.

¹⁰ Vgl. Ph. C. Jessup, A modern Law of Nations, 1949, S. 221 ff.; Pauer (Anm. 8), S. 9 ff.; H. Rumpf, Der internationale Schutz der Menschenrechte und das Interventionsverbot, 1981, S. 51; Th. Oppermann, Stichwort: Intervention, Encyclopedia of Public International Law, 1995, S. 1436.

¹¹ Vgl. IGH, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), ICJ Reports 1986, S. 14 para. 205; IGH, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, ICJ Reports 1962, 151, 164–165; aus der Lit. Pauer (Anm. 8), S. 8, 10.

¹² Vgl. statt vieler Ch. Greenwood, Gibt es ein Recht auf humanitäre Intervention?, EA 1993, S. 93 (95).

kanische Völkerrechtsjurist Richard B. Lillich hat die akademische Gemeinschaft sogar ausdrücklich aufgefordert, die Initiative bei der Entwicklung von Kriterien zu ergreifen, anhand derer die Legalität – gewaltsamer – humanitärer Interventionen beurteilt werden kann.¹³ Sofern sich diese Kriterien als konsensfähig erweisen, bestünde bei einer Konvergenz des internationalen Menschenrechtsverständnisses, die derzeit indes vor allem mit Blick auf die Volksrepublik China als eher unwahrscheinlich gelten muß, die Chance, die Dimension der Macht mit den Erfordernissen der Legalität in Einklang zu bringen.¹⁴

II. Menschenrechte versus Grundsatz der Nicht-Einmischung

1. Der humanitäre Mindeststandard

Um die rechtlichen Voraussetzungen für eine humanitäre Intervention zu konturieren, ist in einem ersten Schritt der Grad menschenrechtlicher Verletzungen zu bestimmen, der einen derartigen Eingriff in das Fundament staatlicher Souveränität „rechtfertigt“. Im Vordergrund steht dabei die Aufgabe, Qualität und Gravität der Mißachtung humanitärer Standards gleichsam als Untergrenze einer Interventionsmaßnahme zu umschreiben. Angesichts des „beinahe grenzenlosen Spektrums“¹⁵ dessen, was unter dem Begriff der Menschenrechte in internationalen Kodifikationen und Verträgen niedergeschrieben wurde, sieht sich die Völkerrechtslehre insonderheit gezwungen, diejenigen Menschenrechte zu bestimmen, deren Verletzungen den „casus interventionis“ auszulösen vermögen. Herkömmlicherweise wird insoweit auf den sogenannten „humanitären Mindeststandard“ verwiesen, der Bestandteil des nicht derogierbaren völkerrechtlichen ius cogens im Sinne des Art. 53 Satz 2 WÜV ist und zu den „general principles of law recognized by civilised nations“ im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c. des IGH-Statuts gerechnet wird.¹⁶ Der Internationale Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung mehrfach einen gewohnheitsrechtlich geltenden menschenrechtlichen ordre public anerkannt.¹⁷ In der Leitentscheidung „Barcelona Traction“ bemerkte er in

¹³ R. B. Lillich, Humanitarian Intervention through the United Nations: Towards the development of Criteria; ZaöRV Bd. 53 (1993), S. 557 (570); ähnlich D. Murswiek, Souveränität und humanitäre Intervention, Der Staat 35. Bd. (1996), S. 31 (44).

¹⁴ Auch nach P. Hassner, Im Zweifel für die Intervention, EA 1993, 151 (152 f.), besteht die Gefahr, daß die Koinzidenz nur vorübergehender Natur ist.

¹⁵ Pauer (Anm. 8), S. 16.

¹⁶ So zu Art. 38 Abs. 1 lit. c ders., aaO., S. 16 f., im Anschluß an G. Dahm, Völkerrecht, Bd. I, 1958, S. 443, und U. Beyerlin, Die humanitäre Aktion zur Gewährleistung des Mindeststandards in nicht-internationalen Konflikten, 1975, S. 24 f.; grundlegend zur Problematik des – menschenrechtsschützenden – ius cogens St. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 70 ff., 72 ff., 120 ff.

¹⁷ IGH, Nicaragua v. USA (Anm. 11), ICJ Reports 1986, S. 14 para. 217 ff.; IGH, Gutachten über die Rechtmäßigkeit von Nuklearwaffen (Nuklearwaffen-Gutachten), abgedr. in International Legal Materials, 1996, S. 27 ff. para. 74 ff. (83).

einem obiter dictum, daß es Staatenverpflichtungen gegenüber der internationalen Gemeinschaft als Ganzes gebe, die „by their very nature ... are the concern of all States ...; all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.“ Die „basic rights of the human person including protection from slavery and racial discrimination“ bezog er ausdrücklich in diese Normenkategorie ein.¹⁸

Fundamentale Rechte des Menschen, die der Gerichtshof auch in Form des Genozid- und Agressionsverbots nur beispielhaft aufführt, entnahm er vor allem dem Art. 3 der vier Genfer Konventionen zum Schutz der Kriegsgesangenen vom 12. August 1949.¹⁹ Menschenrechtsschutz wird auf Weltenebene nämlich nicht nur durch die speziellen Menschenrechtskodifikationen, sondern auch durch das humanitäre Völkerrecht als dem Recht der bewaffneten Konflikte gewährt. Der Grundgedanke des Schutzes der Würde der menschlichen Person ohne Diskriminierung hat seine völkerrechtliche Anerkennung somit in zwei getrennten, sich aber überschneidenden und gegenseitig ergänzenden Regelungskomplexen gefunden.²⁰ Art. 3 der Genfer Abkommen, der übereinstimmend ein Verbot der willkürlichen Tötung, der Folter, der Geiselnahme und der Hinrichtung ohne faires Verfahren statuiert, erweist sich dabei als wichtigster Pfeiler. So hat der Gerichtshof im Nicaragua-Fall ausgeführt, Art. 3 gelte gewohnheitsrechtlich und sei außerhalb seines vertraglichen Anwendungsbereiches, also bei nicht-internationalen Konflikten, zu beachten.²¹ In seinem jüngsten Erkenntnis zur Rechtmäßigkeit von Nuklearwaffen stellt der Gerichtshof namentlich mit Blick auf die Genfer Abkommen, die Haager Landkriegsordnung vom 18. Oktober 1907, die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948 und die Charta des Internationalen Nürnberger Militärgerichtshofs vom 8. August 1945 apodiktisch fest: This „corpus of treaty rules (reflects) the most universally recognized humanitarian principles. These rules indicate the normal conduct and behaviour expected of States.“²² Zumindest den zentralen Menschenrechten hat auch die International Law Commission einen ordre public-Charakter in Art. 19 ihres Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit zuerkannt.²³ K. Stern erfaßt diese universale Dimension

¹⁸ IGH, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, ICJ Rep. 1970, S. 3 para. 33 f.; zur Geschichte des Falls vgl. C. Wallace, Barcelona Traction Case, EPIL 2 (1981), S. 30 ff.

¹⁹ Vgl. das Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen (BGBl. 1954 II S. 838) sowie das Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten (BGBl. 1954 II S. 917, ber. 1956 II S. 1586).

²⁰ Vgl. D. Thürer, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, in Thürer/Herdogen/Hobloch, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, 1996, S. 9 (24 ff.).

²¹ IGH, Nicaragua v. USA (Anm. 11), ICJ Reports 1986, S. 14 para. 218.

²² Nuklearwaffen-Gutachten (Anm. 17), International Legal Materials 1996, S. 29 para. 82.

²³ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its forty third session, General Assembly, Official Records: Forty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/46/10), S. 247; vgl. hierzu W. Kälin,

treffend, wenn er sie jenen Menschenrechten zuweist, „die unabhängig von Raum und Zeit derart fundamentalen Charakter besitzen, daß jede staatliche Macht sie achten muß, weil ansonsten der Mensch seiner Würde und Personenhaftigkeit beraubt würde.“²⁴ Nach diesem Verständnis ist es sogar wahrscheinlich, daß der IGH den harten Kern menschenrechtlicher Garantien zu jenem „limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community“ zählt, die er im Gulf of Maine-Urteil anerkannt hat.²⁵ Der Gedanke der Menschenwürde aber ist mit dem Prinzip der Herrschaftsbegrenzung im Zeichen der universalen Menschenrechtsidee untrennbar verbunden.²⁶

Der humanitäre Mindeststandard als Emanation der Menschenwürde deckt sich mit den gewohnheitsrechtlichen und daher universell geltenden Menschenrechtsgarantien. Gegenstand des humanitären Mindeststandards sind daher unbestritten zumindest folgende grundlegende Menschenrechte:

- a) das Recht auf Leben;
- b) das Recht auf körperliche Unversehrtheit;
- c) das Recht, nicht gefoltert oder einer anderen unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung unterworfen zu werden;
- d) das Recht, nicht in Sklaverei oder Knechtschaft gehalten zu werden;
- e) das Recht, nicht aus rassistischen, weltanschaulichen oder ähnlichen Gründen diskriminiert oder verfolgt zu werden.²⁷

Dieser Katalog ist nunmehr durch die in Art. 7 der in Rom beschlossenen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) spezifizierten und definierten Verbrechen gegen die Menschlichkeit nachdrücklich bestätigt worden.^{27a}

Menschenrechtsverträge als Gewährleistung in der internationalen Praxis, in Kälin/Riedel/Karl/Bryde/von Bar/Geimer, Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, 1994, S. 9 (12).

²⁴ K. Stern, Die Universalität der Menschenrechte als Problem, in International Conference on Comparative Constitutional Law, 1996, S. 21–49 (japanisch); zu dieser metajuristischen Begründung ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 58; so zuvor bereits Kühnhardt (Anm. 4), S. 301 (These 3). Vgl. insoweit auch die zweite Erwägung der Präambel sowie Teil I Ziff. 1 der Wiener Erklärung (Anm. 5), EuGRZ 1993, 520 f.

²⁵ IGH, Gulf of Maine, ICJ Reports 1984, S. 246 para. 111.

²⁶ Vgl. Kühnhardt, aaO.

²⁷ Vgl. Pauer (Anm. 8), S. 16; M. Pape, Humanitäre Intervention, 1997, S. 62 ff.; im Ergebnis ebenso: Rumpf (Anm. 10), S. 38, sowie Isensee (Anm. 9), JZ 1995, 426; enger hinsichtlich des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit H. Gading, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch militärische Maßnahmen des Sicherheitsrats – das Ende staatlicher Souveränität?, 1996, S. 153 ff. (164 f.), wonach neben dem Verdikt der Sklaverei sowie der rassistischen Diskriminierung allein „das Verbot des Völkermordes“ eine erga omnes-Wirkung entfaltet; eine Verletzung dieser Pflichten führe zu einer Friedensbedrohung nach Art. 39 SVN. Zugleich deutet sich in ihren Augen aber eine Entwicklung an, dem Recht auf eine demokratische Staatsform ebenfalls eine erga omnes-Wirkung zuerkennen; aaO., S. 159 ff.

^{27a} Vgl. Dokument A/Conf. 183/9 v. 17. 7. 1998.

2. Das Prinzip der Nicht-Einmischung

a) Abwehrfunktion des Prinzips

Eine Verletzung dieser Rechte von Staatsangehörigen auf dem Boden ihres Heimatlandes führt zurück zu der Frage der Zulässigkeit einer Intervention durch einzelne Staaten oder durch eine internationale Organisation. Das Prinzip der Nicht-Einmischung hat heute zwei völkerrechtlich und politisch verschiedene Abwehrfunktionen: Es schützt die Eigensphäre einerseits vor Einmischung anderer Staaten wie auch vor Eingriffen einer internationalen Organisation. Insofern bildet die Unterscheidung zwischen einem individuellen, zwischenstaatlichen und einem kollektiven Vorgehen zur Gewährleistung des humanitären Mindeststandards der Staatsangehörigen des Interventionsobjekts den Ausgangspunkt aller wissenschaftlichen Betrachtungen zu unserem Thema.²⁸ Angesichts des Monopols des Sicherheitsrates für militärische Zwangsmaßnahmen nach Art. 42 SVN, aus dem sich zu Lasten der Regionalorganisation das Erfordernis einer entsprechenden Ermächtigung ergibt (Art 53 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz SVN),²⁹ wird in der folgenden Analyse allein zwischen UN-Interventionen und individuellen Interventionen unterschieden.

b) Inhalt des Grundsatzes

Jede Form der humanitären Intervention, gleich ob einzelstaatlich organisiert oder in institutionalisiertem Rahmen exekutiert, erhält ihre besondere Brisanz durch den Umstand, daß sie als schärfste Reaktion anderer Staaten auf Menschenrechtsverletzungen von Anfang an mit einem der ältesten Grundprinzipien des überlieferten Völkerrechts konfrontiert ist, nämlich mit dem Prinzip der Nicht-Intervention in die inneren Angelegenheiten der Staaten. Der traditionelle oder „klassische“ völkerrechtliche Interventionsbegriff ist in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden, also zu einer Zeit, als die neuen europäischen Nationalstaaten das Prinzip der Nicht-Intervention als Reaktion auf die Interventionspolitik der Heiligen Allianz zum Dogma erhoben hatten.³⁰ Seine Wurzeln sind indessen schon viel älter. Als erstes klassisches Zeugnis für die

²⁸ Vgl. Pauer (Anm. 8), S. 19, 123 ff.; Lillich (Anm. 13), ZaöRV Bd. 53 (1993), S. 562 f., 563 ff.; A. Randelzhofer, Neue Weltordnung durch Intervention?, in Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, S. 54; B.-O. Bryde, Verpflichtungen erga omnes aus den Menschenrechten, in Kälin/Riedel/Karl/Bryde/von Bar/Geimer, Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, 1994, S. 165 (185).

²⁹ Vgl. J. A. Frowein, Zwangsmaßnahmen von Regionalorganisationen, in U. Beyerlin u.a. (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Fs. R. Bernhardt, 1995, S. 57 (61 ff., 66 f.); Ph. Kunig, Völkerrecht als öffentliches Recht, in Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS E. Grabitz, 1995, S. 325 (339 f.); Gading (Anm. 27), S. 31 ff. Zur humanitären Intervention durch regionale Organisationen vgl. Pape (Anm. 27), S. 149 ff.; zur Rolle der Regionalorganisation vgl. A. F. Bauer, Effektivität und Legitimität, 1996, S. 251 ff.

³⁰ Vgl. Pauer (Anm. 8), S. 6 mit weit. Nachw. in Fn. 3; Pape (Anm. 27), S. 83 ff., 109 f.

Formulierung des Prinzips der Nicht-Intervention im Staatenverkehr der Neuzeit gelten Äußerungen von Emer de Vattel, der in seinem Werk „Le droit des gens“ von 1758 die Einmischung in die Angelegenheiten anderer Staaten für unerlaubt und rechtswidrig erklärte: „Les nations étrangères ne doivent pas s'ingérer dans le Gouvernement intérieur d'un Etat indépendant.“³¹ Die Satzung der Vereinten Nationen, die den normativen Ursprung und die erste universelle Programmierung eines internationalen Menschenrechtsschutzes enthält, bekräftigt zugleich den Grundsatz der Nicht-Intervention. In Verfolg der Ziele des Art. 1 SNV, namentlich der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Abs. 1) sowie der Entwicklung freundschaftlicher Beziehungen zwischen den Nationen (Abs. 2), handeln die Organisationen und ihre Mitglieder nach den in Art. 2 dargelegten Grundsätzen. Diese normieren die „souveräne Gleichheit aller ihrer Mitglieder“ (Ziff. 1), die bereits das Prinzip der Nicht-Intervention impliziert, sowie das Verbot der Androhung und Anwendung von Gewalt (Ziff. 4). Für die Staaten selbst ergibt sich der Grundsatz der Nicht-Intervention somit als notwendiges Korrelat des Prinzips der Souveränität und der Gleichheit aller Staaten, das gleichsam seine raison d'être bildet.³² In Art. 2 Ziff. 7 SVN wird den Vereinten Nationen sodann ausdrücklich die Befugnis „zum Eingreifen in Angelegenheiten“ abgesprochen, „die ihrem Wesen nach zur inneren Zuständigkeit eines Staates gehören“. Dieser – im Laufe der fünf Jahrzehnte umspannenden Praxis der UNO in seiner Bedeutung zunehmend geschrumpfte³³ – Grundsatz statuiert das spezielle Einmischungsverbot, durch das der innere Hoheitsbereich der Mitgliedsstaaten vor Interventionen seitens der Weltorganisation bewahrt werden soll.³⁴ Gegenüber seiner Ausprägung, die es in der Satzung des Völkerbundes fand, ist das Prinzip in der UNO-Charta ohne Zweifel gestärkt worden.

Daß die internationale Gemeinschaft auch im Zeitalter der universalen Garantie der Menschenrechte mit Blick auf das zwischenstaatliche Verhältnis am Prinzip der Nicht-Intervention nicht nur festhält, sondern es sogar zu stärken und zu erweitern trachtet, ergibt sich darüber hinaus aus den Resolutionen der Generalversammlung 2131, XX, vom 21. Dezember 1965 („Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independences and Sovereignty“),³⁵ 2625, XXV, vom 24. Oktober 1970 („Declaration on

³¹ E. de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, 1758 (Nachdruck 1916), Liv. III, § 296; vgl. hierzu Pauer, aaO., S. 29 f.

³² Vgl. Oppermann (Anm. 10), S. 1436 f.; zum Begriff der Souveränität vgl. B. Simma, Souveränität und Menschenrechtsschutz nach westlichem Völkerrechtsverständnis, EuGRZ 1977, 235 ff.

³³ Vgl. Chr. Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR Bd. 33 (1995), S. 1 (17 f.).

³⁴ Vgl. Rumpf (Anm. 10), S. 21; Oppermann, aaO., S. 1436.

³⁵ Abgedr. bei Knipping/v. Mangoldt/Rittberger, Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer, Bd. I/1, 1995, Dok. 11.

Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States“)³⁶ aber auch aus ihrer Resolution 3281, XXIX, vom 12. Dezember 1974 („Charta of Economic Rights and Duties of States“).³⁷ Jüngst wurde seine Bedeutung in der Präambel des IStGH-Statuts erneut hervorgehoben (8. Erwägung).

III. Die Auflösung der Antinomie in Abhängigkeit vom Interventionstypus

Vor diesem Hintergrund weist bereits die Bezeichnung der „humanitären Intervention“ auf das in der Charta angelegte Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Nicht-Intervention einerseits und dem Bekenntnis zur Achtung von Menschenrechten hin.³⁸ Das Völkerrecht hat insoweit kontrafaktische Positionen aufgebaut.³⁹ Handelt es sich um eine militärische Intervention, so tritt ferner noch das Gewaltverbot nach Art. 2 Ziff. 4 SVN in den Widerstreit der Rechtsgrundsätze. Die Auflösung der Antinomie richtet sich primär nach der völkerrechtlichen Legitimation des jeweiligen Intervenienten. Bestimmend ist insoweit die Unterscheidung von individuellen und kollektiven Interventionsmaßnahmen. Der beschriebene Interessenkonflikt ist daher zunächst anlässlich einer individuellen, sodann mit Blick auf eine kollektive Intervention zu untersuchen.

1. Die individuelle Intervention

Eine individuelle Intervention zur Durchsetzung des humanitären Mindeststandards wertet die herrschende Völkerrechtsdoktrin nicht als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Nicht-Intervention, wohl aber – beim Einsatz entsprechender Mittel – als unvereinbar mit dem Gewaltverbot nach Art. 2 Ziff. 4 SVN. Gestützt auf die „Friendly Relations“-Deklaration sieht es die Völkerrechtslehre dabei als unzweifelhaft an, daß dieses Verbot nur militärische Gewalt im Sinne des Art. 1 der „Aggressionsdefinition“ der Generalversammlung⁴⁰ ächtet. „Aggression“ wird hier als Einsatz von bewaffneter Gewalt eines Staates gegen die Souveränität, territoriale Integrität oder politische Unabhängigkeit eines anderen Staates bestimmt. Ausschlaggebend für diese Beurteilung der individuellen humanitären Intervention ist der Umstand, daß die Beachtung des humanitären Mindeststandards nicht mehr der ausschließlichen Jurisdiktionshoheit eines Staates zugerechnet wird. So gilt es inzwischen als

³⁶ Abgedr. ebda., Dok. 13.

³⁷ Abgedr. ebda., Dok. 21.

³⁸ Vgl. bereits *Simma* (Anm. 32), EuGRZ 1977, 238; a. A. *Rumpf* (Anm. 10), S. 11 f., der im Ergebnis, aaO., S. 92, jedoch einen „tendenziellen rechtspolitischen Widerspruch“ annimmt – Hervorhebung nicht im Original.

³⁹ Vgl. *Isensee* (Anm. 9), JZ 1995, 428.

⁴⁰ GV-Res. 3314 (XXIX) v. 14. Dezember 1974, abgedruckt in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 14.

völlig unstreitig, daß kein Land mehr mit dem Einwand gehört wird, die Sicherung des – gewohnheitsrechtlich anerkannten – humanitären Mindeststandards gehöre zu seinen inneren Angelegenheiten.⁴¹ Das traditionelle Bild der Staaten als in sich geschlossene Einheiten, deren innere Struktur unter völkerrechtlichen Aspekten als irrelevant gilt, wird insoweit zugunsten größerer Permeabilität der nationalen Rechtsordnungen punktuell durchbrochen. Die rigide und zugleich revolutionäre Ächtung militärischer Gewalt in internationalen Auseinandersetzungen durch die UN-Charta,⁴² erlaubt individuellen Staaten ein humanitäres Eingreifen jedoch nur unterhalb der Gewaltschwelle in Form der Repressalie, also namentlich durch politischen oder wirtschaftlichen Druck.⁴³ Der Internationale Gerichtshof nahm im Nicaragua-Fall eine ähnliche Haltung ein, als er die Vorstellung zurückwies, die Verletzung von Menschenrechten durch die nicaraguanische Regierung könne militärische Aktionen der Vereinigten Staaten rechtfertigen.⁴⁴ Denn das Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 SNV ist im Verhältnis der Staaten untereinander schlechthin nicht abwägungsgerecht, soll nicht das völkerrechtliche Axiom der souveränen Gleichheit der Staaten unterminiert werden. Jeder Intervenient, der sich zum Wächter der Menschenrechte im Wege militärischer Eingriffe aufschwingt, sieht sich daher ungeachtet der politischen Integrität seiner Ziele letztlich der rechtlichen Frage gegenüber: „Quis custodit custodes?“

Indessen ist nicht zu verkennen, daß vor allem die Beurteilung der individuellen Intervention nicht unwesentlich mit ihrem tatsächlichen Erfolg steht und fällt.⁴⁵ Israel fand 1976 auch unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union großen Beifall für die gelungene Rettungsaktion in Entebbe, die USA hingegen waren nach dem mißlungenen Versuch der Teheraner Geiselnbefreiung 1980 massiver Kritik ausgesetzt. Beide Aktionen dienten aber nicht der Durchsetzung des menschenrechtlichen Mindeststandards in einem fremden Staat, sondern dem Schutz der eigenen Staatsangehörigen des jeweiligen Intervenienten. Solche Rettungsmaßnahmen, im Sinne eines weiten Verständnisses häufig gleichfalls unter den Begriff der humanitären Intervention subsumiert,⁴⁶ werden äußerst

⁴¹ Vgl. statt vieler *Simma* (Anm. 32), EuGRZ 1977, 239.

⁴² Vgl. *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 467; zu den Unsicherheiten der Reichweite des Art. 2 Ziff. 4 SVN vgl. *Th. M. Menk*, Gewalt für den Frieden, 1992, S. 87 ff.

⁴³ Vgl. *Randelzhofer* (Anm. 28), S. 55; *Pauer* (Anm. 8), 132, 134; *M. Hutchinson*, Restoring Hope: U.N. Security Resolutions for Somalia and an expanded doctrine of humanitarian intervention, Harvard ILJ 34 (1993), S. 624 (635); zu ihren Voraussetzungen vgl. *D. Schindler*, Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts, in *U. Beyerlin u.a.* (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Fs. R. Bernhardt, 1995, S. 199 (207 ff.).

⁴⁴ IGH, Nicaragua v. USA (Anm. 11), ICJ 1986, S. 14 para 268.

⁴⁵ Zutreffend *Isensee* (Anm. 9), JZ 1995, 427.

⁴⁶ Vgl. *I. Brownlie*, Humanitarian Intervention, in *J. N. Moore* (Hrsg.), Law and Civil War in Modern World, 1974, S. 217 ff.; *F. Ermacora*, Geiselnbefreiung als humanitäre Intervention im Lichte der UN-Charta, in *H. Kipp u.a.* (Hrsg.), Um Recht und Freiheit, Fs. Fr. A. Frh.

kontrovers beurteilt. Von manchen Vertretern als Akt der Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN⁴⁷ oder im Zeichen einer auf Güterabwägung angelegten Pflichtenkollision⁴⁸ gerechtfertigt, von anderen hingegen unter Verweis auf das Gewaltverbot eindeutig als rechtswidrig qualifiziert,⁴⁹ können derartige Aktionen angesichts der durchweg toleranten Staatenpraxis zumindest nicht als offensichtlich rechtswidrig verworfen werden.⁵⁰ Auch insoweit beansprucht die Bedeutung des Schutzes der Menschenrechte zunehmend Geltung. Gewagt erscheint es gleichwohl, aus dieser verständnisvollen Haltung der Staaten im Wege eines erst recht-Schlusses die Billigung echter humanitärer Interventionen zu folgern.⁵¹ Denn die positiven *politischen* Reaktionen zahlreicher Regierungen auf bestimmte Aktionen dürfen nicht zum Auftakt einer völkerrechtlichen

von der Heydte, 1977, 1. Halbbd., S. 147 (161 ff.); U. Beyerlin, Humanitarian Law and Armed Conflict, Encyclopedia of Public International Law, Bd. 3, 1982, S. 211 (212, 213 f.); D. Blumenwitz, Die humanitäre Intervention, Aus Politik und Zeitgeschichte B 47/94, S. 3 (4 f.); O. Kimminich, Der Mythos der humanitären Intervention, AVR Bd. 33 (1995), S. 430 (433); U. Fink, Kollektive Friedenssicherung, Habilitationsschrift, 1996 (Manuskript), S. 281 ff.; Murswiek (Anm. 13), Der Staat 35. Bd. (1996), S. 32; anders Pauer (Anm. 8), S. 20 ff.; K. Ipsen, Völkerrecht, 1990, Rn. 58.; K. Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, in Schindler/Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, 1986, S. 49 (97 ff.); Th. M. Menk, (Anm. 42), 1992, S. 212.

⁴⁷ Vgl. Fink, aaO., S. 281 ff. mit weit. Nachw. in Fn. 120, der sich bei seiner Argumentation auf die Bewertung der Militäraktionen Belgiens in Belgisch-Kongo (1960-63) durch den Sicherheitsrat stützt; W. Ader, Gewalttätige Rettungsaktionen zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, 1988, S. 289; im Ergebnis ebenso Oppermann (Anm. 10), S. 1438.

⁴⁸ Vgl. Th. Schweisfurth, Operations to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights, GYIL 23 (1980), S. 159 (177).

⁴⁹ Vgl. Verdross/Simma (Anm. 42), §§ 473, 1338; C. O. Nass, Grenzen und Gefahren humanitärer Interventionen, EA 1993, 282; weitere Nachw. bei Fink (Anm. 46), S. 283 mit Fn. 121. Die Verletzung des Gewaltverbots wird bestritten von H.-G. Franzke, Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland – insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen ÖZöR 16 (1966), S. 128, 148; Der IGH brachte in seinem Urteil v. 24. 5. 1980, Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America vs. Iran), ICJ Reports 1980, S. 3 (43), einerseits „understanding“ und andererseits „concern“ über die Geiselnbefreiung zum Ausdruck, hat sich zur Rechtmäßigkeit des (gescheiterten) Rettungsunternehmens der USA anlässlich der Teheraner Geiselnahme aber nicht geäußert.

⁵⁰ Vgl. A. Randelzhofer, in B. Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, Komm., 1991, Art. 2 Ziff. 4 Rn. 52 ff. (53, 55) mit Nachw. in Fn. 140, der zugleich einräumt, daß solche Aktionen im westlichen – nicht deutschsprachigen – Schrifttum wohl von einer wachsenden Zahl von Autoren als völkerrechtskonform gebilligt werden; vgl. auch Hailbronner (Anm. 46), S. 97 ff., 105, der eine fehlende einheitliche Rechtsüberzeugung konstatiert, gleichwohl aber einen „klar umrissenen Ausnahmetatbestand“ vom Gewaltverbot annimmt (S. 107).

⁵¹ Pauer (Anm. 8), S. 181 f., bewertet die Staatenpraxis so, daß sie nicht-humanitäre gewaltsame individuelle Interventionen, die zu einer Beendigung schwerer Menschenrechtsverletzungen führen, von einer Verurteilung ausnimmt, sofern dieses positive Ergebnis der Intervention deren negative Folgen aufwiegt. Echte humanitäre Interventionen würden daher „von der internationalen Staatengemeinschaft als entschuldigt oder gar gerechtfertigt“ angesehen, sofern sie „strikt auf die Verwirklichung ihrer humanitären Zielsetzung beschränkt“ seien. Diese Bilanz zieht er auf Grund einer Untersuchung von sechs Interventionsfällen in der Staatenpraxis im Zeitraum zwischen 1965 und 1979 (aaO., S. 156 ff.).

Praxis hochstilisiert werden. Zwar mag sich aus dem politischen „Tolerieren“ die für die Entstehung eines entsprechenden Satzes des Völkergewohnheitsrechts notwendige „*opinio iuris*“ bilden.⁵² Derzeit kann aber nicht einmal eine solche Rechtsüberzeugung als gesichert gelten, viel weniger noch eine lange Übung. Trotz der nicht unbeachtlichen Stimmen der – amerikanischen – Völkerrechtslehre, die gewaltsame humanitäre Interventionen individueller Art unter bestimmten Voraussetzungen für rechtmäßig erklären will,⁵³ muß vielmehr resümiert werden, daß die meisten Staaten solche Aktionen verwerfen, zumindest wenn es um den Sturz einer Regierung geht, und zwar ungeachtet deren Verantwortlichkeit für massive Menschenrechtsverletzungen.⁵⁴

Gleichwohl ist die Tendenz namhafter internationaler Vereinigungen zur Pflege der Wissenschaft vom Internationalen Recht ungebrochen, unter der Führung der US-amerikanischen Völkerrechtsdoktrin für eine Legitimierung der gewaltsamen zwischenstaatlichen Intervention humanitärer Art einzutreten.⁵⁵ Namentlich die International Law Association hat bereits 1974 zwölf Kriterien formuliert, anhand derer die Legalität einer individuellen humanitären Intervention zu überprüfen ist.⁵⁶ Obwohl hier zum Zweck der Sicherung des Handlungsprimats der Vereinten Nationen einem staatlichen Intervenienten aufgegeben wird, den Sicherheitsrat über die geplante gewaltsame humanitäre Aktion zu unterrichten (Ziff. 9), und er sich der Gefahr ausgesetzt sieht, bei der Verletzung einer der in dem Katalog genannten Kautelen als Aggressor mit Maßnahmen

⁵² Vgl. Blumenwitz (Anm. 46), Aus Politik und Zeitgeschichte B 47/94, S. 7, unter Verweis auf Randelzhofer (Anm. 50), Art. 2 Rn. 55.

⁵³ Vgl. die Nachweise bei Randelzhofer, aaO., Art. 2 Ziff. 4 Rn. 49 mit Fn. 126.

⁵⁴ Vgl. Greenwood (Anm. 12), EA 1993, S. 94; Beyerlin (Anm. 46), S. 214. Nach Randelzhofer (Anm. 50), Art. 2 Ziff. 4 Rn. 51, mit Nachw. in Fn. 135, ist daher auch keine „*opinio iuris*“ nachweisbar, die auf eine gewohnheitsrechtliche Änderung der VN-Charta iS einer Anerkennung der humanitären Intervention als Ausnahme vom Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 schließen ließe. Nach Hailbronner (Anm. 46), S. 99 f. (100), mit weit. Nachw. in Fn. 185–189, läßt sich allenfalls feststellen, daß die internationale Gemeinschaft den Verstoß gegen das Gewaltverbot unter (den) Voraussetzungen (der humanitären Intervention) wegen milderer Umstände wenig oder gar nicht sanktioniert.“ Anders Ader (Anm. 47), S. 97 ff. (289), der die Staatenpraxis zwischen 1946 und 1987 hinsichtlich gewaltsamer Rettungsaktionen zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland im Sinne einer gestattenden völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklung interpretiert.

⁵⁵ Zu den Aktivitäten der ILA in den 70er Jahren vgl. die Nachweise bei Lillich (Anm. 13), ZaöRV Bd. 53 (1993), S. 561 Fn. 18, sowie das PAIL-Projekt und die hierüber von R. B. Lillich herausgegebene Studie „Humanitarian Intervention and the United Nations“, 1973. Th. M. Franck und N. S. Rodley, After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force, AJIL Bd. 67 (1973), S. 302, räumen indessen in ihrer zusammenfassenden Studie für die Völkerrechtskommission der ILA bedauernd ein, daß „die Charta, die Entscheidungen und Empfehlungen der Vereinten Nationen ... keinesfalls eine militärische Intervention zu humanitären Zwecken (billigen), die durch einzelne Staaten oder Staatengruppen durchgeführt wird.“

⁵⁶ Vgl. Lillich (Anm. 13), ZaöRV Bd. 53 (1993), S. 561; ähnliche Kriterienlisten finden sich bei J. N. Moore, in ders. (Hrsg.), Law and Civil War in the Modern World, 1974, S. 24 f., sowie bei Ermacora (Anm. 46), S. 169.

nach Kapitel VII der UN-Charta überzogen zu werden (Ziff. 12), ist in den vergangenen 50 Jahren das Verdikt der Völkerrechtswidrigkeit einer gewaltsamen individuellen Intervention ungeachtet ihrer humanitären Zielrichtung nicht ernsthaft ins Wanken geraten.⁵⁷ Dies vor allem deshalb, weil derartige Eingriffstatbestände gegenüber „einzelstaatlich-ideologischer Infektion“ nicht genügend resistent sind, um völkerrechtspolitisch akzeptabel zu sein.⁵⁸

2. Die kollektive Intervention

Das Gewaltverbot, das fremden Staaten ein *militärisches* Eingreifen ungeachtet ihrer menschenrechtsschützenden Absichten untersagt, verleiht der Prüfung der Legitimität einer kollektiven Intervention der Vereinten Nationen mithin ein besonderes Gewicht.⁵⁹ Als bedeutsam erweist sich insofern die Begrenzung des Verbots der kollektiven Intervention durch Art. 2 Ziff. 7 zweiter Halbsatz SVN. Danach wird „die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII ... durch diesen Grundsatz nicht berührt.“ Mit Hilfe dieser „Freistellungsklausel“ werden den Vereinten Nationen Zwangsmaßnahmen gegenüber einem Staat nach Kapitel VII erlaubt, soweit sie sich zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit im Sinne des Art. 39 SVN als notwendig erweisen. Angesichts des außerordentlich weiten Verständnisses des Begriffs der Friedensbedrohung und einer engen Auslegung der inneren Angelegenheiten („domestic jurisdiction“; „domaine réservé“) kommt dieser Klausel für die Grenzziehung zwischen einer verbotenen Intervention und einem „auftragsgemäßen“ Handeln der UNO eine überragende Bedeutung zu.

Die Frage, wie der Bereich der inneren (staatlichen) Angelegenheiten zu definieren ist, beantwortet sich nämlich bei einer kollektiven Intervention nicht anders als bei einem zwischenstaatlichen Eingreifen. Hier wie dort ist eine „Schrumpfung des ‘domaine réservé’“⁶⁰ zu verzeichnen.⁶¹ Internationale Kooperation und Abhängigkeit überantworten vormalig rein innerstaatliche Vorgänge der Sphäre des „international concern“, einem compositum mixtum zwischen den völkerrechtlich geregelten Ange-

⁵⁷ Ausführlich *Kimminich* (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 436 ff.; O. Corten/P. Klein, *Devoir d'ingérence ou droit de réaction armée collective?*, RBDI Bd. 24 (1991), S. 46 ff. Anders die Argumentation der – transatlantischen – Befürworter, etwa bei R. Falk, *Die humanitäre Intervention und das Gewaltverbot in den internationalen Beziehungen*, in *Hankel/Stuby* (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, 500 (503); sie führen üblicherweise die Unfähigkeit der UNO ins Feld, ein verlässliches Instrumentarium der kollektiven Sicherheit zu bieten, das den Verlust der Selbsthilfeoperation ausgleichen könne.

⁵⁸ Vgl. *Kunig* (Anm. 29), S. 342.

⁵⁹ Vgl. zum Ausnahmetatbestand der Durchbrechung dieses Grundsatzes *Ph. Kunig*, *Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip*, 1981, S. 351; *ders.*, *Humanitäre Intervention*, Jahrbuch Dritte Welt 1994, 1994, S. 51.

⁶⁰ Vgl. *Rumpf* (Anm. 10), S. 24, 51.

⁶¹ Vgl. *Oppermann* (Anm. 10), S. 1437.

legenheiten und den in der staatlichen Selbstbestimmung verbliebenen Handlungsbereichen. Durch die in den regionalen und universellen Konventionen eingerichteten Verfahren zur internationalen Gewährleistung der Menschenrechte haben die Vertragsstaaten das Sachgebiet der Menschenrechte internationalisiert und sich der Einrede begeben, ihre zwangsweise Einforderung durch auswärtige Mächte sei ein Fall verbotener Einmischung. Der Umstand, daß zumindest eine gewaltsame humanitäre Intervention unter dem Dach der UNO ihre Legitimation allein durch das Unterschreiten ausschließlich gewohnheitsrechtlicher, mithin universeller Menschenrechtsgarantien erfährt, macht aber deutlich, wie weit auch insoweit noch immer die staatliche Souveränität reicht.⁶² Die Maßstäblichkeit eines unverrückbaren humanitären Mindeststandards entschärft freilich zugleich das Problem der Definitionsmacht, das zu meist unter der Signatur „Quis judicabit?“ (*Th. Hobbes*) behandelt wird.

a) Ermessensspielraum des Sicherheitsrates

Bei der Feststellung, ob die Verletzung dieses Standards als Friedensbedrohung oder gar als Friedensbruch im Sinne des Art. 39 SVN qualifiziert werden und damit Grundlage für ein Vorgehen nach Kapitel VII der Charta sein kann, verfügt der Sicherheitsrat indessen über eine Einschätzungsprärogative. Einen eindeutig weiten Begriff der Friedensbedrohung legte er bereits seinen Entscheidungen in der Südrhodesien-Krise⁶³ zugrunde, die durch keinerlei grenzüberschreitende Konfliktsituation veranlaßt waren.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund hat die Völkerrechtsdoktrin es schon in der Vergangenheit der Beurteilung des Rates überlassen, einen eindeutigen Verstoß gegen das Gewaltverbot von der Qualifikation als Weltfriedensbedrohung auszunehmen, wenn die erforderliche Intensität noch nicht erreicht erscheint, aber auch eine innerstaatliche Konfliktsituation zur Weltfriedensbedrohung zu erklären, wenn ihm dies wegen deren besonderen Gefährlichkeit zur Wahrung eines dauerhaften Weltfriedens notwendig erscheint. Denn es sei durchaus denkbar, daß auch Friedensgefährdungen im Sinne des Kapitels VI, insbesondere Zustände extremer Ungerechtigkeiten, bereits ein solches Ausmaß angenommen

⁶² Im Ergebnis ebenso *Pauer* (Anm. 8), S. 25.

⁶³ Vgl. die SR-Res. 232 (1966) v. 16. 12. 1966 sowie die vorherigen SR-Res. 217 (1965) v. 20. 11. 1965 und 221 (1966) v. 9. 4. 1966, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 74/75; vgl. hierzu *F.-E. Hufnagel*, *UN-Friedenstruppen der zweiten Generation*, 1996, S. 240 f.

⁶⁴ Zu seinem in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten Einschreiten gegen die Apartheidpolitik in Südafrika auf Grund der SR-Res. 418 (1977) v. 4. 11. 1977, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger*, aaO., Dok. 78, vgl. *Fink* (Anm. 46), S. 427 ff., 895, wonach auch hier „letztlich der Tatbestand des Art. 39 UN-Charta mit dem des Gewaltverbots verknüpft (wird)“. Die Apartheidpolitik hat der Sicherheitsrat hiernach als Auslöser für regionale Spannungen betrachtet, die die Gefahr bewaffneter Auseinandersetzungen mit den Nachbarstaaten in sich trugen. Auch zu den vorausgegangenen Resolutionen zur Lage in Südafrika vgl. *Hufnagel*, aaO., S. 241 ff. mit weit. Nachw. in Fn. 101.

hätten, daß von einer Friedensbedrohung im Sinne des Art. 39 SVN gesprochen werden könne und im Interesse der Friedenswahrung eine Sanktionierung angemessen sei.⁶⁵

Übertragen auf die Bedingungen einer humanitären Intervention ist die Feststellung einer Beeinträchtigung des Weltfriedens immer dann unproblematisch, wenn die Verletzung des humanitären Mindeststandards bereits zu konkreten Spannungen in der Region geführt hat und ein dauerhafter Frieden ausgeschlossen scheint. Das ist stets der Fall, sofern die Menschenrechtssituation bereits andere Staaten zu humanitären Zwangsmaßnahmen veranlaßt hat oder in absehbarer Zeit zu veranlassen droht, aber auch dann, wenn die Menschenrechtsverletzung destabilisierend auf den regionalen Frieden wirkt. Eine weitere Lockerung oder gar Auflösung der „Kausalität“ zwischen der innerstaatlichen Verletzungshandlung und der Annahme einer Weltfriedensbedrohung gemäß Art. 39 SVN ruft indessen zunehmend die Kritiker auf den Plan.⁶⁶ Können, so muß man fragen, bei einer den Wortlaut des Art. 39 SVN respektierenden Auslegung Verletzungen des menschenrechtlichen Minimalstandards, die wegen ihrer rein innerstaatlichen Implikationen keinerlei transnationale Wirkungen zeitigen, den Weltfrieden bedrohen? Oder soll es, um *D. Murswieks* lakonische Bemerkung aufzugreifen, „überhaupt nicht mehr auf die Internationalität des Konflikts ankommen, sondern lediglich auf die Internationalität des humanitären Problems“?⁶⁷ *A. Pauer* hat in seiner Baseler Dissertationsschrift zum Thema „Die humanitäre Intervention“ bereits vor über zehn Jahren diesen Schluß tatsächlich gezogen, als er – ohne allerdings dafür konkrete Belege in der völkerrechtlichen Praxis anführen zu können – der UN-Charta die Befugnis des Sicherheitsrates entnahm, eine besonders schwerwiegende Verletzung des humanitären Mindeststandards „per se wegen (ihrer) grundsätzlichen Gefährlichkeit für den Weltfrieden zu einer Friedensbedrohung im Sinne des Art. 39 SVN (zu) erklären“.⁶⁸ Andere wiederum vermeiden jede eindeutige recht-

⁶⁵ Vgl. *H. Kelsen*, The Law of the United Nations, 1950, S. 736; *A. Frowein*, in *B. Simma* (Hrsg.) Charta der Vereinten Nationen, Komm., 1991, Art. 39 Rn. 17 ff., mit weit. Nachw. in Fn. 39 ff.; *M. Herdegen*, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die autoritative Konkretisierung des VII. Kapitels der UN-Charta, in *U. Beyerlin* u.a. (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Fs. R. Bernhardt, 1995, S. 103 (107 ff.) mit weit. Nachw.; *Pauer* (Anm. 8), S. 86 ff.; *Hutchinson* (Anm. 43), Harvard ILJ 34 (1993), S. 636.

⁶⁶ Vgl. *Th. Schilling*, Die „neue Weltordnung“ und die Souveränität der Mitglieder der Vereinten Nationen, AVR Bd. 33 (1995), S. 67 (74 ff., 78 ff.); *Murswiek* (Anm. 13), Der Staat 35. Bd. (1996), S. 40.

⁶⁷ *Murswiek*, aaO., S. 41.

⁶⁸ Vgl. *Pauer* (Anm. 8), S. 90, der im Jahre 1985 die Praxis des Sicherheitsrates im Fall Südafrika als einen Beleg dafür anführt, daß dieser dazu „tendiert“, schwere Menschenrechtsverletzungen im nationalen Raum als „Friedensbedrohung“ im Sinne des Art. 39 SVN zu bewerten; im Ergebnis ebenso *Verdross/Simma* (Anm. 42), § 234; zweifelnd mit Blick auf die Resolutionen des Sicherheitsrates zu Rhodesien, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 74/75, *Frowein* (Anm. 65), Art. 39 Rn. 21.

liche Bewertung und verorten die humanitäre Intervention „im irgendwo zwischen ‘rechtmäßig’ und ‘rechtswidrig’“.⁶⁹

b) Die Einsätze der Vereinten Nationen in den 90er Jahren

α) Irak

Analysiert man vor diesem weiten Spektrum der Ansichten die humanitäre Interventionspraxis der Vereinten Nationen seit dem Ende des Ost-West-Konflikts, so stößt man zunächst auf die Resolution 688 vom 5. April 1991. Hiermit stellte sich der Sicherheitsrat noch unter dem Eindruck der erfolgreichen Aktion „Desert Storm“⁷⁰ gegen die Mißhandlung der kurdischen Bevölkerung durch die Regierung *Saddam Husseins*.⁷¹ So verlangt die Resolution, „daß Irak als Beitrag zur Beseitigung (dieser regionalen) Bedrohung (die) Unterdrückung (der irakischen Zivilbevölkerung) sofort einstellt“ (Ziff. 2). Bemerkenswert ist allerdings, daß – anders als die Hauptresolutionen zu Kuwait⁷² – die Resolution 688 nicht auf Kapitel VII der Charta gestützt wurde, sondern vielmehr einen „Hinweis auf Art. 2, Absatz 7“ SNV enthält (zweite Erwägung). Zugleich beschränkt sie sich auf einen an alle Mitgliedstaaten und alle humanitären Organisationen gerichteten Appell, zu den „humanitären Soforthilfemaßnahmen“ unter der Führung des UN-Generalsekretärs „beizutragen“.⁷³ Dennoch setzten die Vereinigten Staaten und ihre Verbündeten im Zuge ihrer Operation „Provide Comfort“ ungeachtet des Protestes des Irak Luft- und Bodestreitkräfte zum Schutz der Hilfslieferungen für die in die Berge geflohenen Kurden in Nordirak ein und installierten sodann Flugverbotszonen.

Auch vor dem Hintergrund der in der siebten Erwägung der Resolution 688 ausdrücklich bekräftigten „Verpflichtung aller Mitgliedstaaten auf die Souveränität, territoriale Integrität und politische Unabhängigkeit des Iraks ...“ entbehrt dieses Vorgehen nicht einer gewissen rechtlichen Pikanterie. Teilweise ist insoweit von einer extensiven Auslegung der in dieser Resolution gefaßten Beschlüsse gesprochen worden.⁷⁴ *D. Thürer* und *O. Kimminich* haben unter Verweis auf den Wortlaut und die Genesis der Resolution 688 hingegen jeden auf die humanitäre Situation des Irak gestützten Auslegungsansatz verworfen. Denn der Rat habe die durch die Kurdenverfolgung zu besorgenden Menschenrechtsverletzungen in der

⁶⁹ Vgl. *Falk* (Anm. 57), S. 511, der sich bei diesem Resümee sowohl auf kollektive als auch auf zwischenstaatliche Aktionen zu beziehen scheint.

⁷⁰ Vgl. hierzu *Bauer* (Anm. 29), S. 114 ff. (119); kritisch hierzu mit Blick auf das künftige politische Gewicht der Organisation auf dem Feld der Friedenssicherung *Kunig* (Anm. 29), S. 337.

⁷¹ Zur Erörterung des Antrages im Sicherheitsrat vgl. *Fink* (Anm. 46), S. 570 ff.

⁷² Vgl. bspw. SR-Res. 678 (1990) v. 28. 11. 1990, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 85.

⁷³ SR-Res. 688 (1991) v. 5. 4. 1991, abgedr. ebda., Dok. 88.

⁷⁴ So die Bewertung von *Nass* (Anm. 49), EA 1993, 280; ähnlich *Greenwood* (Anm. 12), EA 1993, 97; unproblematisch offensichtlich für *Randelzhofer* (Anm. 28), S. 56 f.

Resolution nicht als Bedrohung des internationalen Friedens, sondern nur als „Ursache für die Massenflucht und die Grenzverletzungen“ angesehen.⁷⁵ Soweit nicht von vornherein die Anwendung des Kapitels VII der UN-Charta auf die Aktion bestritten wird,⁷⁶ herrscht bei ihrer Bewertung im völkerrechtlichen Schrifttum indessen häufig Zurückhaltung;⁷⁷ dies wohl nicht zuletzt angesichts der durchweg positiven Reaktion der Staatengemeinschaft, aber auch vor dem Hintergrund der divergierenden Erklärungen der politischen Akteure.⁷⁸ Dabei wird betont, daß es sich bei dem Vorgehen der UN zum Schutz der Kurden um einen Präzedenzfall von sehr spezieller Art handelt, der keiner Verallgemeinerung fähig ist.⁷⁹ Eine Legitimation durch das allgemeine Völkerrecht, also durch ein sich allmählich wandelndes Verständnis von der Zulässigkeit der individuellen humanitären Intervention,⁸⁰ erscheint jedoch trotz der politischen Billigung der Aktion durch die überwältigende Mehrheit der Staaten noch

⁷⁵ Thüner (Anm. 20), S. 20 f. mit Fn. 40 und zahlreichen Nachw. ebda.; Kimminich (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 451; ebenso: Hufnagel (Anm. 63), S. 243 ff.; Fink (Anm. 46), S. 605 ff.; U. Fastenrath, Das Vorgehen im Irak ist völkerrechtlich fragwürdig, FAZ v. 4. 9. 1996, S. 3.

⁷⁶ Vgl. H. Freudenschuss, Article 39 of the UN Charter revisited: Threats to the Peace and the Recent Practice of the UN Security Council, Austrian Journal of Public and International Law 1993, S. 10; Fink (Anm. 46), S. 605, hält diese These mit Blick auf die Praxis des Rates bis zum Zeitpunkt der Annahme der Resolution für vertretbar; ausdrücklich anderer Ansicht R. Wolfrum, Die Aufgaben der Vereinten Nationen im Wandel, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 36/91, S. 3 (6 f.).

⁷⁷ Vgl. statt vieler Blumenwitz (Anm. 46), Aus Politik und Zeitgeschichte B 47/94, S. 8, der die rechtliche Tragfähigkeit der Resolution 688 als „nicht restlos geklärt“ bezeichnet. Bisweilen wird die Intervention allerdings auch als Beweis einer Eingriffskompetenz des Rates bei massiven Menschenrechtsverletzungen angeführt: vgl. Heinz/Phillipp/Wolfrum, Zweiter Golfkrieg: Anwendungsfall von Kapitel VII der UN-Charta, Vereinte Nationen 1991, S. 121 (126), wonach der Sicherheitsrat ermächtigt ist, Maßnahmen auf Kapitel VII der Charta zu stützen, „wenn wesentliche Bedingungen für den Erhalt des Friedens verlorengehen“. Nach Pape (Anm. 27), S. 168 ff., 180 ff. (182 f.) hat „der Sicherheitsrat seine Entscheidung weniger nach humanitären Gesichtspunkten als ... im Rahmen seiner klassischen Aufgabe der Wahrung des internationalen Friedens gefällt.“ Der Durchsetzung der Menschenrechte werde dabei „eine nachrangige Bedeutung“ eingeräumt.

⁷⁸ Vgl. namentlich die bei Greenwood (Anm. 12), EA 1993, S. 97 f., wiedergegebenen Erklärungen. Der damalige UN-Generalsekretär sah anlässlich des Abschlusses eines irakischen Jagdflugzeuges über der südlichen Zone das Vorgehen infolge der irakischen Verletzung der Waffenstillstandsresolution 687 des Sicherheitsrates v. 3. 4. 1991, abgedr. in Knipping/v. Mangoldt/Rittberger (Anm. 35), Dok. 87, als autorisiert an; die britische Regierung nahm das Recht der Selbstverteidigung in Reaktion auf die Bedrohung der Alliierten bei der Überwachung der Zonen für sich in Anspruch. Der damalige amerikanische Präsident Bush interpretierte die Resolution 688 als „Erlaubnis zum Einsatz von Gewalt, um die Kurden zu schützen“; vgl. Hutchinson (Anm. 43), Harvard ILJ 34 (1993), S. 633 mit Nachw. in Fn. 62.

⁷⁹ Vgl. Greenwood, aaO., S. 105; Nass (Anm. 49), EA 1993, S. 282; Randelzhofer (Anm. 28), S. 57; Hutchinson, aaO., S. 633/634; weitergehend Wolfrum (Anm. 76), Aus Politik und Zeitgeschichte, B 36/91, S. 6, der eine „Präjudizwirkung“ der Resolution 688 erwägt.

⁸⁰ Vgl. insoweit Greenwood, aaO., S. 97; zu dieser Bewertung scheint auch Nass, aaO., zu tendieren, der zuvor, aaO., S. 280, allerdings von einer „extensiven Auslegung der Beschlüsse“ der UN durch die intervenierenden Staaten spricht; erwogen auch von Fastenrath (Anm. 75) sowie Fink (Anm. 46), S. 609 f.

zweifelhafter als ihre Rechtfertigung durch eine extensive Auslegung der Resolution 688. Dieses rigorose Verdikt individueller humanitärer Interventionen gewaltsamer Art führt angesichts der hier befürworteten Handlungskompetenz des Sicherheitsrates gleichwohl nicht zu einem Ausfall des internationalen Menschenrechtsschutzes im Wege militärischer Zwangsmaßnahmen (unten IV). Selbst wenn die Kurden-Resolution noch nicht als Ouvertüre einer völkerrechtlichen Praxis gelten kann, in der der Rat dem menschenrechtlichen Mindeststandard auf der Grundlage der Art. 39/42 SNV zur effektiven Wirksamkeit verhilft,⁸¹ so ist doch ihre Signalwirkung für die Reaktion der Staatengemeinschaft auf die nachfolgenden humanitären Extremsituationen nicht zu übersehen. Auch eine Betrachtung, die höchst differenzierend die Menschenrechtsverletzungen im Irak als rein innerstaatliche Implikationen des damaligen Konflikts von seinen internationalen Folgen trennt, kommt nicht umhin, den menschenrechtsschützenden Impetus dieser Resolution anzuerkennen.⁸²

b) Somalia, Ruanda und Haiti

Die definitive Geburtsstunde der „humanitären Intervention“ im modernen Völkerrecht könnte dann anlässlich der Vorgänge in Somalia geschlagen haben. Indessen gebietet eine genauere Betrachtung Zurückhaltung bei dieser Bewertung. Hier folgten dem Sturz der Regierung von Präsident Siad Barre Anfang 1991 sich ausbreitende und zunehmend brutale Kämpfe zwischen verschiedenen Gruppierungen und eine große Hungersnot. Mehrere Resolutionen des Sicherheitsrates führten nicht zur Befriedung des Landes. Auf Betreiben des Generalsekretärs faßte er in dieser Lage die Resolution 794 (1992), in der schon zu Beginn „das Ausmaß der durch den Konflikt ... verursachten menschlichen Tragödie“ in das Bewußtsein der Weltöffentlichkeit gehoben wird.⁸³ Zusammen mit

⁸¹ So aber L. Minear, Humanitarian Intervention in a New World Order, Overseas Development Council Policy Focus 1992, Nr. 1, der die sich an die Res. 688 anschließenden Maßnahmen der Alliierten und der UNO als ersten Präzedenzfall der humanitären Intervention in einer „neuen Weltordnung“ würdigt.

⁸² Ernüchternd demgegenüber die Argumentation Kimminichs (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 450, der in der Resolution 688 (1991) „trotz (ihrer) scharfen Sprache ... nichts Neues“ sieht; ähnlich wie hier hingegen Fink (Anm. 46), S. 606 ff. (607/608), sowie Hufnagel (Anm. 63), S. 247, der aber, aaO., S. 281 ff., ohnehin Zweifel an der Unterscheidbarkeit interner und internationaler Stabilität äußert. Allerdings qualifiziert Fink, aaO., S. 604 ff. (607 ff.), die in der Resolution aufgestellte Forderung als vorläufige Maßnahme nach Art. 40 SNV, die nach teilweiser Auffassung (vgl. Kelsen [Anm. 65], S. 786 ff.; G. Guillaume, in Cot/Pellet, La Charte des Nations Unies, 1985, Art. 2, Par. 7, S. 158 f.) ein zwangsweises Vorgehen nicht erlaubt. Daher ist die gegenüber dem Irak erhobene Forderung nach Fink auch nicht von der Freistellungsklausel des Art. 2 Ziff. 7 gedeckt; er wendet sich damit gegen die Auffassung von Heinz/Phillipp/Wolfrum (Anm. 77), Vereinte Nationen 1991, S. 121, sowie von R. B. Lillich, The Role of the UN Security Council in Protecting Human Rights in Crisis Situations: UN Humanitarian Intervention in the Post-Cold War World, Tulane J. of Int'l & Comp. Law, S. 1 (6).

⁸³ SR-Res. 794 (1992) v. 3. 12. 1992, abgedr. bei Knipping/v. Mangoldt/Rittberger (Anm. 35), Dok. 96.

den „Hindernissen, die der Verteilung der humanitären Hilfsgüter in den Weg gelegt werden“, bewertet der Sicherheitsrat sie als „eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ (dritte Erwägung). Gestützt auf diese Resolution landeten am 9. Dezember 1992 im Rahmen der Operation „Restore Hope“ Einheiten aus zahlreichen UN-Vertragsstaaten in Somalia, deren Aufgabe es war, dort die Verteilung der humanitären Hilfslieferungen sicherzustellen (UNITAF und UNOSOM II)⁸⁴ – ein Vorhaben, von dem wir inzwischen wissen, daß es gescheitert ist.⁸⁵ Dieser tatsächliche Fehlschlag ändert indessen nichts an dem rechtlichen Befund, daß der Rat im Fall Somalia erstmals die instabilen humanitären Verhältnisse eines Mitgliedstaates im Rahmen des Art. 39 SVN als Friedensbedrohung – und nicht etwa nur als Grund für eine Friedensbedrohung – qualifizierte, ohne daß also ein internationaler Bezug dieser Situation aufgezeigt wurde.⁸⁶ Allzu formalistisch erscheint hingegen die Bewertung, als Grundlage einer humanitären Intervention könne die Resolution schon deshalb nicht angesehen werden, weil sie nicht ausdrücklich an Menschenrechte oder Menschenrechtsverletzungen anknüpfte.⁸⁷

Die Gründe für die sich in der Resolution offenbarende Tendenz zu einem Durchgriffsrecht der internationalen Gemeinschaft auf die völkerrechtlichen Legitimationsgrundlagen des Staates⁸⁸ erhellen sich aus einer Erklärung anlässlich des Gipfeltreffens des Rates vom 31. Januar 1992, die die zentrale Feststellung enthält: „The absence of war and military conflicts amongst States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to the peace.“⁸⁹ In seiner „Agenda for Peace“ hat der Generalsekretär auf dieser Grundlage eine Reihe von Empfehlungen skizziert, die unter anderem auch die Gewährleistung der Menschenrechte als Teil der neuen Generation von Friedenseinsätzen der UN beinhalten;⁹⁰ indessen können sie – anders als die Erklärung des Sicherheitsrates – keinen Anspruch auf authentische Inter-

⁸⁴ Vgl. zum gesamten Vorgang *Fink* (Anm. 46), S. 715 ff., sowie *Bauer* (Anm. 29), S. 136 ff.

⁸⁵ Die SR-Res. 897 (1994) v. 4. 2. 1994, abgedr. in Vereinte Nationen 1994, S. 232 f., ist Ausdruck des Scheiterns der Bemühungen des Sicherheitsrates.

⁸⁶ So auch *Fink* (Anm. 46), S. 757.

⁸⁷ So aber *Kimminich* (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 453.

⁸⁸ Vgl. *Thürer* (Anm. 20), S. 14 ff. (22).

⁸⁹ Doc. S/23500 v. 31. 1. 1992, abgedr. in International Legal Materials 1992, 759 ff.

⁹⁰ Doc. A/47/277, S/24111 v. 17. 6. 1992, abgedr. in International Legal Materials 1992, 956 ff. (959, Ziff. 18) – auszugsweise abgedr. in EA 1992, D 657 ff. –: „One requirement for solutions to these problems lies in commitment for human rights with a special sensitivity of those minorities, whether ethnic, religious, social or linguistic“; ergänzt im Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations, Doc. A/50/60, S/1995/1 v. 3. 1. 1995, S. 7 ff.; vgl. auch *B. Boutros Ghali*, Friedenserhaltung durch die Vereinten Nationen: Eine neue Chance für den Weltfrieden, EA 1993, S. 123 (125 ff.). Vgl. zu diesem Konzept *Bauer* (Anm. 29), S. 97 ff.

pretation des Art. 39 SVN erheben. So vage der neue Friedensbegriff insgesamt auch sein mag, so stellt er sich doch im Ergebnis als eine faktische Revision dieser operativen Schlüsselnorm der UN-Charta dar.⁹¹

Nicht unerheblich relativiert wird dieser Befund allerdings durch zwei Umstände, die dem Fall Somalia einen gewissen Ausnahmecharakter zu verleihen scheinen. Zum einen handelt es sich hier um das Paradebeispiel des „failed state“, des „gescheiterten Staates“, der in tatsächlicher Hinsicht durch den völligen Zusammenbruch elementarer Staatlichkeit sowie die daraus resultierende Brutalität und Intensität der Gewaltanwendung „aller gegen alle“ gekennzeichnet ist.⁹² Der Schutz humanitärer Belange weist hier über die militärische Befriedung hinaus und ist eng mit der Neuordnung staatlicher Verwaltungsstrukturen verwoben, wie er durch die Ausweitung des Mandats der UNITAF durch die Resolution 814 (1993)⁹³ denn auch ausdrücklich den Vereinten Nationen überantwortet wird (UNOSOM II).⁹⁴ Ein derartiger Kollaps legt jene „Grundschrift von Rechtsprinzipien“ im Sinne des Art. 3 der Genfer Konventionen zum Schutz der Kriegsgesunden offen, auf die die internationale Gemeinschaft unmittelbar zurückfällt, wenn ein Staat die von ihm zu leistende minimale öffentliche Ordnungs- und innere Friedensfunktion nicht mehr wahrzunehmen vermag.⁹⁵ Die multimediale Konfrontation der Weltöffentlichkeit mit dieser Notlage drängt die Staatengemeinschaft ungeachtet des erheblichen konzeptionellen Vakuums der Charta im Bereich der kollektiven Handlungsinstrumentarien aber auch zu einer Durchsetzung dieser Grundsätze. Andernfalls würde sie sich selber der Perversion anklagen, im entscheidenden Zeitpunkt den Greuelthaten passiv zuzusehen, für deren Verfolgung jedoch im nachhinein eine internationale Strafinstanz zu errichten.⁹⁶ Die Vereinten Nationen sehen sich so einem neuen Konfliktpotential gegenüber, das zu einem Qualitätssprung der UN-Blauhelmeinsätze geführt hat. Ihr verwandeltes rechtliches Substrat hat *F.-E. Hufnagel* unter Anspielung auf Kapitel XIII der Charta als „neue Treuhand“ beschrieben.⁹⁷ Im Kern zeichnet sich diese Ordnung humanitärer, rechtsstaatsbelebender und letztlich selbstbestimmungsfördernder Kuratel dadurch aus, daß die „UN-Friedenstruppen der zweiten Generation“ eher Aufgaben des „peace-making“ denn des „peace-keeping“ wahrnehmen.

⁹¹ Vgl. *Lillich* (Anm. 13), ZaöRV Bd. 53 (1993), S. 564, der von einem „de facto amendment of the Charter“ spricht; „rechtliche Unbedenklichkeit“ attestiert dieser Entwicklung *M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt im Völkerrecht: „The Failed State“, in *Thürer/Herdegen/Hobloch*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The failed State“, 1996, S. 49 (69); ebenso mit Blick auf den gesamten Prozeß des „expandierenden Gebrauchs des Friedensbegriffs“ *Hufnagel* (Anm. 63), S. 230 ff. (266, 289).

⁹² Vgl. *Thürer* (Anm. 20), S. 12.

⁹³ SCOR/Resolutions and Decisions 1993, S. 80 ff.

⁹⁴ Vgl. zum Übergang von UNITAF zu UNOSOM II *Bauer* (Anm. 29), S. 142 ff.

⁹⁵ Vgl. *Thürer*, aaO., S. 31.

⁹⁶ Klarsichtig *Ch. Tomuschat*, Ein neues Modell der Friedenssicherung tut not, EA 1994, S. 677 (682 f.).

⁹⁷ Vgl. *Hufnagel* (Anm. 63), S. 212 ff.

Noch eine weitere Besonderheit der Aktion in Somalia ist hervorzuheben. Bereits die Erörterung des Resolutionsvorschlages 794 machte deutlich, daß die rechtliche Fundierung der hier getroffenen Maßnahmen teilweise angezweifelt wurde. Namentlich der Vertreter Indiens, *Gharekan*, betonte, die Resolution dürfe keinen Präzedenzfall für die Zukunft schaffen.⁹⁸ Dieses Statement offenbart schlaglichtartig die Furcht zahlreicher, wenig entwickelter Länder der Dritten Welt vor einem neuen Interventionismus unter der Ägide des Sicherheitsrates.⁹⁹ Entsprechende Vorbehalte spiegeln sich zumindest noch in der Resolution 794¹⁰⁰ wider, in der der Sicherheitsrat den „unique character of the present situation in Somalia“ und „its deteriorating complex and extraordinary nature“ unterstrich (zweite Erwägung).¹⁰¹ Indessen ist die Singularität des Somalia-Vorgangs vom Rat nicht unerheblich widerrufen worden, als er sich 1994 angesichts der Greueltaten in Ruanda veranlaßt sah, erneut in einen innerstaatlichen Konflikt einzugreifen. Hier mündete die jahrhundertealte grausame Herrschaft der Minderheit der Tutsis über die Hutu-Mehrheit in völkermordgleichen Massakern der Hutus an den Tutsis sowie massenhaften Fluchtbewegungen und Vertreibungen.¹⁰² Abermals sprach der Rat von „einem einmaligen Fall, ... der dringende Maßnahmen der internationalen Gemeinschaft erfordert“.¹⁰³ Die Parallelen zu Somalia sind nicht zu verkennen, auch wenn der Rat bei Erlass seiner Resolutionen 918 (1994)¹⁰⁴ und 929 (1994)¹⁰⁵ entsprechend seiner älteren Praxis dem innerstaatlichen Vorgang in Ruanda erst infolge der zwischenstaatlichen Auswirkungen die Qualität einer Friedensbedrohung zu geben scheint. Bei einer Zusammenschau mit der Resolution 955 (1994) über die Einrichtung eines internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda¹⁰⁶ erweist sich diese Begrün-

⁹⁸ Vgl. S/PV.3145: 3. Dezember 1992/S. 51; zur Ablehnung humanitärer Interventionen in der indischen Völkerrechtswissenschaft vgl. *Hailbronner* (Anm. 46), S. 99.

⁹⁹ Vgl. statt vieler hierzu *Hufnagel* (Anm. 63), S. 272 ff., 275 ff.

¹⁰⁰ Anders dann in SR-Res. 884 (1993), wo sich kein Hinweis auf die Einmaligkeit der Situation mehr findet; *Ch. Tomuschat*, *Obligations Arising for States without or against their Will*, *Recueil des Cours* IV, 1993, S. 250 ff. (339), kommentiert dies wie folgt: „It is abundantly clear now that in the judgement of the Security Council lawlessness and a general break-down in public order affecting the population of just one country may fall within the purview of the notion 'threat to peace' as set forth in Article 39 of the Charter.“

¹⁰¹ *Boutros Ghali* (Anm. 90), EA 1993, 129, verweist mit Nachdruck darauf, daß der Fall von Somalia „einzigartig“ gewesen sei.

¹⁰² Vgl. *Bauer* (Anm. 29), S. 155 ff.

¹⁰³ SR-Res. 929 (1994) v. 22. 6. 1994 (vierte Erwägung), abgedr. in *Vereinte Nationen* 1994, 153 f.

¹⁰⁴ SR-Res. v. 16. 5. 1994 (sechste Erwägung; Abschnitt B, erste Erwägung), abgedr. in *Vereinte Nationen* 1994, 151 ff.

¹⁰⁵ SR-Res. v. 22. 6. 1994 (fünfte Erwägung), abgedr. in *Vereinte Nationen* 1994, 153 f.

¹⁰⁶ SR-Res. v. 8. 11. 1994, abgedr. in *Vereinte Nationen* 1994, S. 39 ff. Dort heißt es in Erwägung 1 und 2: „...mit dem erneuten Ausdruck seiner ernsten Besorgnis über Berichte, wonach in Ruanda Völkermord und systematische, weitverbreitete und flagrante Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht begangen worden sind, feststellend, daß diese Situation auch weiterhin eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt“ – Hervorhebung nicht im Original.

dung hier aber definitiv als bloße „Hilfskonstruktion“.¹⁰⁷ Denn der Rat wertet den Völkermord und die systematischen, weitverbreiteten und flagranten Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht nunmehr von Anfang an als den eigentlichen Grund der Friedensbedrohung.¹⁰⁸ Gestützt auf Kapitel VII der UN-Charta wurden Frankreich und der Senegal durch die Resolution 929 zugleich zur Durchführung der notwendigen humanitären Maßnahmen ermächtigt.

Als eine schon „obligatorische“ Formel ist dann schließlich der Verweis auf die „Einmaligkeit der derzeitigen Situation“ und ihre „komplexe und außergewöhnliche Natur“ anzusehen, der sich in der Resolution 940 (1994) findet.¹⁰⁹ Sie ermöglichte den USA im September 1994 den Einsatz der „Combined Joint Task Force“ auf Haiti, der zur Rückkehr und Wiedereinsetzung des rechtmäßig gewählten Präsidenten *J.-B. Aristide* führte.¹¹⁰ Indessen ist auch die rechtliche Bewertung der diese Aktion tragenden Resolutionen umstritten. Von einigen Vertretern im Schrifttum als Paradigma einer humanitären Intervention bezeichnet,¹¹¹ wird von anderen als ausschließliches oder zumindest primäres Ziel die Wiederherstellung der demokratischen Ordnung auf Haiti hervorgehoben.¹¹²

Ohne Zweifel menschenrechtlich motiviert war hingegen die Resolution 1080 (1996) vom 15. November 1996, die angesichts der Tragödie der nach Ostzaire geflohenen ruandischen Bürgerkriegsflüchtlinge eine Reihe von Mitgliedstaaten unter der Führung Frankreichs ermächtigte, „alle Maßnahmen zu ergreifen“, um „die sofortige Rückkehr humanitärer Organisationen und die wirksame Bereitstellung effektiver Hilfe durch zivile Flüchtlingsorganisationen“ sicherzustellen.¹¹³ Die multinationale Operation in diesem Krisengebiet mußte jedoch bereits am 23. Dezember 1996 eingestellt werden, nachdem 600.000 Hutu-Flüchtlinge nach Ruanda zurückgekehrt waren.¹¹⁴ Generalsekretär *Kofi Anan* hat den Völkermord in Ruanda als Ergebnis eines „kollektiven Scheiterns“ auf

¹⁰⁷ So *Ch. Tomuschat*, *Die Zukunft der Vereinten Nationen*, EA 1992, S. 42 (45), bereits mit Blick auf die SR-Res. 688 v. 5. 4. 1991 (Anm. 73).

¹⁰⁸ Vgl. *Fink* (Anm. 46), S. 810 ff. (812), der den Hinweis der Resolutionen 918 und 929 auf den Frieden und die Sicherheit der Region sogar als „unbedeutende Floskel“ bezeichnet.

¹⁰⁹ SR-Res. 940 (1994) v. 31. 7. 1994, Ziff. 2, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 97.

¹¹⁰ Vgl. insoweit *Bauer* (Anm. 29), S. 146 ff.

¹¹¹ Vgl. *Lillich* (Anm. 82), *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* 1994, S. 10, der die „verzweifelte Lage der haitianischen Flüchtlinge“ (Resolution 940, dritte Erwägung) als notwendigen Anknüpfungspunkt für die „Bedrohung des Friedens und der Sicherheit in der Region“ (Res. 940, fünfte Erwägung) ansieht, die Resolution aber im übrigen „fast ausschließlich“ (*Lillich*, aaO.) auf die „beträchtliche weitere Verschlechterung der humanitären Lage in Haiti“ (Res. 940, dritte Erwägung) zurückführt; ähnlich *Schilling* (Anm. 66), AVR Bd. 33 (1995), S. 91, sowie *Bauer*, aaO., S. 222 (224).

¹¹² Vgl. *Kimminich* (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 448; *Fink* (Anm. 46), S. 853 ff. (857).

¹¹³ Vgl. Resolution 1080 (1996) Ziff. 5 i.V.m. Ziff. 3.

¹¹⁴ Vgl. *Les rebelles zairois s'emparent de Kindu et menacent Kisangani, capitale du Haut-Zaïre*, *Le Monde* v. 3. 3. 1997, S. 4.

lokaler, nationaler und internationaler Ebene bezeichnet und dies auf den fehlenden politischen Willen aller Beteiligten zurückgeführt.¹¹⁵

IV. Die kollektive Intervention: Normative Grundlage und rechtliche Kautelen

Markieren diese Aktionen also den Auftakt zu einer auf Kapitel VII der UN-Charta gestützten humanitären Interventionspraxis bei gravierenden nationalen Notstandslagen, insbesondere Bürgerkriegssituationen? Sind die zu Somalia und Ruanda ergangenen Beschlüsse im Kontext der übrigen Friedens-Resolutionen, namentlich zu Liberia (Res. 788 [1992]) und zu Georgien (Res. 858 [1993]),¹¹⁶ als ein neuer Konsens des Sicherheitsrates über die Erfordernisse der Wahrung des Weltfriedens zu bewerten?¹¹⁷ Aus rechtlicher Sicht steht und fällt die Antwort hierauf zunächst mit der Tragfähigkeit des Art. 39 SVN, dann vor allem aber auch mit der Entwicklung einheitlicher Kriterien für die Durchführung interventionistischer Maßnahmen.

1. Extensiver Friedensbegriff

Die Ausweitung des Handlungsrahmens der Weltorganisation von einem Hüter des *inter-nationalen* Friedens (Art. 1 Ziff. 1 SNV) zu einem letzten Garanten des *intra-nationalen* Schutzes elementarer humanitärer Gewährleistungen rückt den Friedensbegriff der Charta in den Mittelpunkt. Ursprünglich rein negativ im Sinne der bloßen Abwesenheit zwischenstaatlicher militärischer Gewalt definiert,¹¹⁸ tritt nunmehr zunehmend seine positive Konnotation im Sinne einer „guten Ordnung“ in den Vordergrund.¹¹⁹ So wird letztlich mit Hilfe sprachlicher Sinnvariabili-

¹¹⁵ Vgl. Pressekonferenz in Gigiri (Kenia) v. 4. 5. 1998, Dok. S. 6/SM/6547; ders. anlässlich seiner Rede vor dem Parlament in Ruanda, Dok. SG/SM/6552 v. 6. 5. 1998.

¹¹⁶ Vgl. zur allmählichen Erweiterung des Friedensbegriffs anlässlich des innerstaatlichen Krisenmanagements der UNO Hufnagel (Anm. 63), S. 248 ff., der die Resolutionen des Sicherheitsrats angefangen von Namibia (1987) bis hin zu Ruanda (1993) untersucht.

¹¹⁷ So Hutchinson (Anm. 43), Harvard ILJ 34 (1993), S. 625; vgl. hierzu auch J. A. Frowein, Globale und regionale Friedenssicherung nach 50 Jahren Vereinte Nationen, ZfSchR 1995, S. 257 f.

¹¹⁸ Vgl. Hufnagel, aaO., S. 226 ff., sowie Bauer (Anm. 29), S. 192 ff.; etymologisch interessant erscheint die Bedeutung des altgermanischen Substantivs „Friede“ im Sinne von „Schonung, Freundschaft“.

¹¹⁹ Vgl. Blumenwitz (Anm. 46), Aus Politik und Zeitgeschichte B 47/94, S. 8; Tomuschat (Anm. 107), EA 1992, 45, definiert den Weltfrieden „in einem weiteren Sinne als ein Ensemble von Wesenselementen ..., zu denen namentlich die Abwesenheit mehrerer Menschenrechtsverletzungen gehört.“ Kunig (Anm. 29), S. 338, tritt dafür ein, dem Art. 39 SVN „mindestens im Sinne einer ‘dynamischen’, besser: teleologischen Interpretation“ einen Inhalt beizumessen, „welcher eine universell-kollektive Rechtsdurchsetzung überall dort ermöglicht, wo dies (völker-)rechtspolitisch angemessen erscheint.“ Herdegen (Anm. 91), S. 113, sieht in der neueren Praxis des Sicherheitsrates eine Tendenz zu einem Begriffsverständnis, welches „die Integrität elementarer Werte der Völkerrechtsordnung erfasst.“ Ausführlich Menk (Anm. 42), S. 115 ff., 143 ff., sowie zuletzt Gading (Anm. 27), S. 81 ff., 126 ff. (180), wonach das Friedenskonzept des Kapitels VII SVN auch die Einhaltung der

tät ein Funktionswandel des Kapitels VII der UN-Charta eingeleitet, das von einem Instrument der Verhütung oder Beilegung zwischenstaatlicher Konflikte zu einer „allgemeinen (Welt-)Polizeiermächtigung“ mutiert.¹²⁰ Der dynamisch-extensiven Auslegung des Friedensbegriffs liegt die wertorientierte Erkenntnis zugrunde, daß nicht nur das friedliche Zusammenleben der Staaten untereinander, der Frieden im engeren Sinne, sondern auch das Vorherrschen gerechter Verhältnisse innerhalb der nationalen Grenzen unabdingbare Voraussetzung eines dauerhaften Weltfriedens ist.¹²¹ Zugleich liegt darin die äußerste Konsequenz der stetig wachsenden Bedeutung der Menschenrechte in den internationalen Beziehungen.¹²² Auch wenn der Sicherheitsrat, angesichts dieses neuen Verständnisses seiner Aufgaben eines „excès de pouvoir“ geziehen und ihm wegen seines mangelnden Rüstzeugs ein Scheitern seiner weltpolizeilichen Ambitionen prophezeit worden ist,¹²³ führt doch kein Weg an der Erkenntnis vorbei, daß eine grundlegende Reform der Vereinten Nationen, namentlich eine Revision ihrer Charta, nicht absehbar ist.¹²⁴ Blutige nationale Auseinandersetzungen religiös-ideologischer, sozialer oder machtpolitischer Art, wie sie den „Jugoslawien“-Konflikt kennzeichnen,¹²⁵ werden indes noch

Menschenrechte erfaßt; dabei stützt sie sich ebenfalls primär auf eine teleologische Auslegung des Begriffs der Friedensbedrohung.

¹²⁰ Kritisch Murswiek (Anm. 13), Der Staat 35. Bd. (1996), S. 41 f. Der der hochmodernen Verwaltung Burgunds entlehnte Begriff „Policy“ bezeichnete zunächst wie der gleichsinnig gebrauchte Terminus der „guten Polizei“ einen Zustand guter Ordnung des Gemeinwesens; vgl. F.-L. Knemeyer, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, AÖR 92. Bd. 1967), S. 153 ff., sowie G.-Chr. Unruh, Polizei, Polizeiwissenschaft und Kameralistik, in Jeserich-Pohl-v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. I, 1983, S. 388 (389 ff.). Bauer (Anm. 29), S. 199 ff., spricht u.a. angesichts der SR-Res. 687 (Anm. 78) sogar von einem Aufstieg des Sicherheitsrates „vom Weltpolizisten zur Weltregierung“.

¹²¹ Vgl. Pauer (Anm. 8), S. 86 ff.; Hutchinson (Anm. 43), Harvard ILJ 34 (1993), S. 636; nach Wolfrum (Anm. 76), Aus Politik und Zeitgeschichte, B 36/91, S. 6 f., ist der Sicherheitsrat nicht auf die „Sicherung eines negativen Friedens“ beschränkt.

¹²² Vgl. Nass (Anm. 49), EA 1993, 279 (280).

¹²³ Vgl. Murswiek (Anm. 13), Der Staat 35. Bd. (1996), 42.

¹²⁴ Vgl. Tomuschat (Anm. 107), EA 1992, 42 ff.; ders. (Anm. 96), EA 1994, 681; Wolfrum, aaO., S. 8, mit Blick auf das Verfahren der friedlichen Streitbeilegung; zu den Rechtsfragen einer Reform vgl. G. Seidel, Ist die UN-Charta noch zeitgemäß?, AVR Bd 33 (1995), S. 21 (40 ff.); Ph. Kunig, „Verfassungsänderung“ in der Staatengemeinschaft? Jura 1997, 337 ff.; Pape (Anm. 27), S. 291 ff.

¹²⁵ Vgl. insoweit insbesondere die SR-Res. 713 (1991) v. 25. 9. 1991, abgedr. bei Knippig/v. Mangoldt/Rittberger (Anm. 35), Dok. 91, über das gegen Jugoslawien verhängte Waffenembargo, in der sich der Sicherheitsrat ebenfalls der Hilfskonstruktion bediente, daß die blutigen Geschehnisse die Sicherheit der angrenzenden Nachbarstaaten bedrohen. Zum Eingreifen des Sicherheitsrates vgl. Bauer (Anm. 29), S. 123 (125 ff.); Gading (Anm. 27), S. 105 ff.; Pape (Anm. 27), S. 218 ff. (248, 250), kommt zu dem Ergebnis, daß der Sicherheitsrat mit einer Reihe von Resolutionen in bezug auf den Jugoslawienkonflikt zwar neue Wege zum Schutz der Menschenrechte beschritten und „insofern bedeutende Präzedenzfälle“ geschaffen hat; insgesamt sei „die Konzeption einer ‘neuen Weltordnung’“ in diesem Konflikt aber „ad absurdum geführt worden“.

zunehmen.¹²⁶ Algerien, Äthiopien, Afghanistan, Angola, Burundi und der Kongo verschwinden zwar immer wieder aus den Schlagzeilen, bilden aber für die Staatengemeinschaft weiterhin Prioritäten auf ihrer Menschenrechtsagenda. Ein sich änderndes „internationales“ Konfliktpotential trifft dabei auf einen eher statischen völkerrechtlichen Regelkanon, der zumindest einer Flexibilisierung bedürfte.¹²⁷ Allerdings hat der Rat die ihm erteilten Handlungsermächtigungen auch schon bisher im Lichte der vom IGH ausdrücklich bestätigten Geltung der „implied powers“-Lehre in dynamischer Weise konkretisiert.¹²⁸ Wohl gerade deshalb trifft die Analyse *Ch. Tomuschat's* aus dem Jahre 1992 ins Schwarze, wenn er die „humanitäre Intervention auf Beschluß des Rates als die logische Fortentwicklung und Krönung des Menschenrechtsgedankens in der Charta“ bezeichnet.¹²⁹

2. Kautelen einer humanitären Interventionspraxis

Die angesichts der Zunahme blutiger lokaler Konflikte einmal mehr feststellbare Lückenhaftigkeit der Charta als rechtliche Minimalordnung¹³⁰ scheint dazu prädestiniert, die Gerechtigkeit nach Art. 2 Ziff. 3 SVN zum Maßstab des Handelns des in eine neue Rolle gedrängten Sicherheitsrates¹³¹ zu erklären.¹³² Obwohl wegen seines diffusen Charakters im internationalen Kontext noch stärker der Gefahr des politi-

¹²⁶ Allzu vereinfachend *Randelzhofer* (Anm. 28), S. 61, der – zumindest implizit – auch kollektive Interventionen, die durch rein innerstaatliche Notlagen ausgelöst werden, mit der Charta für vereinbar erklärt und den Bedarf nach einer „neuen Weltordnung im Sinn einer erweiterten Zulässigkeit von Interventionen“ verneint. Die Umwandlung der französischen Armee in ein Berufsheer steht ohne Zweifel im Zeichen einer verstärkt auf Interventionismus gerichteten Sicherheits- und Verteidigungspolitik Frankreichs.

¹²⁷ Vgl. *Kimminich* (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 455 f., der von einem bereits bestehenden Recht der Vereinten Nationen zu humanitärer Intervention ausgeht.

¹²⁸ Zur implied powers-Doktrin s. das Rechtsgutachten des IGH v. 11. 4. 1949 („Bernadotte-Fall“), ICJ Reports 1949, 174 (182 f.): „Under international law, the Organisation must be deemed to have those powers which though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of the duties. This principle of law ... must be applied to the United Nations.“ Vgl. ferner *Herdegen* (Anm. 91), S. 103 ff. (112), der einräumt, daß angesichts der Berücksichtigung der Akzeptanz der Mitgliedstaaten als weiterer Maßstab für die Gewinnung vertraglicher Norminhalte – in Parallele zu Art. 31 Abs. 3 lit. b WÜV – „bloße Auslegung und Rechtsfortbildung (im Konkretisierungsprozeß des Sicherheitsrates) ineinander (übergehen)“; die Normkonkretisierung durch den Sicherheitsrat stelle sich insoweit als ein „autoritativer Gestaltungsakt und als Rechtsquelle“ dar. Zur Divergenz zwischen tatsächlichen Erfordernissen und völkerrechtlicher Normativität im Bereich der ökologischen Intervention vgl. *M. Nettesheim*, Die ökologische Intervention, AVR Bd. 34 (1996), S. 168 (171 f.).

¹²⁹ *Tomuschat* (Anm. 107), EA 1992, 49, unter Verweis auf *M. Bettati*, Un droit d'ingérence?, *Revue Générale de Droit International Public* 95 (1991), S. 639 ff.

¹³⁰ Anders offenbar die Bewertung *Randelzhofer's* (Anm. 28), S. 57, der gerade aus der rechtlichen Legitimierung der kollektiven humanitären Intervention durch die Charta die Fragwürdigkeit zwischenstaatlicher humanitärer Interventionen folgert. *Falk* (Anm. 57), S. 503, leitet eine Handlungspflicht aus den „Nürnberger Prinzipien“ oder aus Art. 1 der Völkermord-Konvention ab.

¹³¹ Vgl. *Tomuschat* (Anm. 96), EA 1994, S. 680.

¹³² Vgl. *Randelzhofer* (Anm. 28), S. 63.

schen Mißbrauchs ausgesetzt als im nationalen Raum, könnte dieser Parameter doch zumindest die Entwicklung klarer und verallgemeinerungsfähiger Kautelen¹³³ einer humanitären Interventionspraxis des Sicherheitsrates anleiten (arg.: Art. 24 Abs. 2 SVN). Diese Forderung mahnt zur Ausprägung einer internationalen „rule of law“, die langfristig zu einer stärkeren Verrechtlichung des Handelns des Sicherheitsrates führen muß.¹³⁴ „Rechtsstaatlichkeit“ als universaler Maßstab gebietet aber schon jetzt, Ausmaß und Gegenwärtigkeit einer menschenrechtsfeindlichen Situation vor der Initiierung einer gewaltsamen humanitären Intervention zu erkunden – und zwar ungeachtet der geopolitischen, wirtschaftlichen und ideologischen Position des betroffenen Landes im Geflecht der internationalen Interessen.¹³⁵ Dies namentlich bei massiven und systematischen Verletzungen der elementaren Menschenrechte von Bürgern durch den Einsatz physischer Gewalt. Hinsichtlich der Dimension der Verletzungshandlung gilt insoweit mutatis mutandis die in der Resolution 1503 (XLVIII) des Wirtschafts- und Sozialrates für die Behandlung von Menschenrechtsverletzungen durch die Menschenrechtskommission gebrauchte Formel, die das Erfordernis eines „consistent pattern of gross and reliably attested violations“ statuiert.¹³⁶ Aber

¹³³ Vgl. zu diesen Forderungen *Blumenwitz* (Anm. 46), *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 47/94, S. 10; *Isensee* (Anm. 9), JZ 1995, 429; *Hufnagel* (Anm. 63), S. 305 ff., der diese Problematik unter dem Topos der „Selektivität“ behandelt; *Murswiek* (Anm. 13), *Der Staat* 35. Bd. (1996), S. 43; kritisch zur bisherigen Praxis auch *Falk* (Anm. 57), S. 501 f. Das Europäische Parlament forderte in seiner Entschließung v. 27. 5. 1993, EuGRZ 1993, 324 (325), die Welt-Menschenrechtskonferenz der UNO im Juni 1993 dazu auf, „sich mit den Begriffen der Pflicht zur Einmischung/humanitären Hilfe (zu befassen), wenn die Staaten vereinbaren, durch die Vereinten Nationen kollektiv zu handeln“ (Ziff. 6). Die Wiener Erklärung und das Aktionsprogramm der Konferenz (Anm. 5), EuGRZ 1993, 533, beschränken sich indessen auf die an die Vereinten Nationen gerichtete Empfehlung, „eine aktivere Rolle bei der Förderung und dem Schutz der Menschenrechte zu spielen, indem sie bei allen Konflikten die volle Respektierung des humanitären Völkerrechts sicherstellen“ (Teil II, Ziff. 96).

¹³⁴ Sie verlangt nach *Blumenwitz*, aaO., auch eine grundsätzliche Umstrukturierung der Organe der Vereinten Nationen und ihrer Verantwortungsbereiche; vgl. im einzelnen *Kunig* (Anm. 29), S. 326 f., 343 f.; *ders.* (Anm. 123), *Jura* 1997, S. 342 f.; *Gading* (Anm. 27), S. 54 ff. (64 ff.).

¹³⁵ Zu Recht betont *Boutros Ghali* (Anm. 90), *International Legal Materials* 1992, 956 ff., Ziff. 30, unter Verweis auf die GV-Res. 46/182 v. 19. 12. 1991, daß humanitäre Hilfe im Einklang mit den Grundsätzen der „... Neutralität und der Unparteilichkeit“ geleistet werden muß.

¹³⁶ SR-Res. v. 27. 5. 1970, abgedr. in *Knipping/v. Mangoldt/Rittberger* (Anm. 35), Dok. 101: „offensichtlich grobe und zuverlässig belegte systematische Verletzungen der Menschenrechte“; vgl. zu diesem Maßstab auch die Erklärung des State Department aus dem Jahre 1974 anlässlich der Erörterung des Foreign Assistance Act“ im Repräsentantenhaus, in der gleichfalls von einem „consistent pattern of human rights violations“ die Rede ist; abgedr. in *AJIL* 69 (1975), S. 143 ff. Auch *Seidel* (Anm. 124), AVR Bd. 33 (1995), S. 58 ff., verlangt das Vorliegen „massenhafter und systematischer Menschenrechtsverletzungen“. Nach *Lillich* (Anm. 13), *ZaöRV* Bd. 53 (1993), S. 572, sollen hingegen auch drohende systematische Menschenrechtsverletzungen für eine kollektive Intervention ausreichen. Mit diesen abgeschwächten Voraussetzungen dürften aber die Grundsätze der Souveränität und des Gewaltverbots kollidieren.

auch der Kollaps eines Rechts- und Staatssystems mit der Folge einer Massenflucht und des Verhungerns der Bevölkerung ist als eine Bedrohung des Friedens“ im Sinne des Art 39 SVN und damit als Interventionsgrund anzuerkennen.¹³⁷ Der Sicherheitsrat muß indes stets alle nicht-militärischen Mittel nach Art. 41 SVN ausgeschöpft haben, bevor er die „erforderlichen Maßnahmen“ nach Art. 42 SVN in Form des Einsatzes von „Luft-, See- oder Landstreitkräften“ ergreift.¹³⁸ Sein Entscheidungsvermögen wird materiell durch das Erfordernis der Schwere des Konflikts und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, verfahrensrechtlich aber auch durch den Abstimmungsmodus¹³⁹ gemäß Art. 27 Abs. 3 SVN beschränkt.¹⁴⁰ Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß überdies die „verantwortungsethische Regel, die Folgen einer gesinnungsethisch naheliegenden politischen Entscheidung vorher zu bedenken“, der humanitären Intervention enge Grenzen zieht.¹⁴¹ Nicht unproblematisch ist es indessen, negative Fernwirkungen einer humanitären Operation mit den unmittelbaren menschenrechtsschützenden Effekten zu saldieren.¹⁴² Selbst bei Beachtung aller sich aus Art. 39 ff. SNV ergebenden rechtlichen Kautelen, die ein Handeln nach Art. 42 SNV erst als ultima ratio legitimieren, wird der Einsatz dieses schärfsten Schwertes jedoch niemals allein rechtlichen Erwägungen folgen. Es wird bei „Formelkompromissen“ (C. Schmitt) bleiben, die sich gegen den allgemein-politischen Kontext nicht abschirmen lassen.¹⁴³

V. Ausblick: Menschenrechtsgeformte Weltgesellschaft?

Die Weltordnung ist im Wandel begriffen, seitdem die internationale Öffentlichkeit zunehmend hinter die Kulissen der Staatlichkeit blickt. Für Europa, Kanada und die USA markierte insoweit die Schlußakte von

¹³⁷ Im Ergebnis ebenso *Herdegen* (Anm. 91), S. 116 f.

¹³⁸ Vgl. *Hutchinson* (Anm. 43), Harvard ILJ Bd. 34 (1993), S. 636.

¹³⁹ Nach Art. 27 Abs. 3 SVN bedürfen Beschlüsse des Sicherheitsrates der Zustimmung von mindestens neun seiner 16 Mitglieder „einschließlich sämtlicher ständigen Mitglieder“.

¹⁴⁰ Vgl. *Pauser* (Anm. 8), S. 87 f.; zur Verhältnismäßigkeit vgl. *Herdegen* (Anm. 91), S. 69 f., der die Eingriffskompetenzen nach Kapitel VII durch diesen Grundsatz nicht wesentlich eingeengt sieht; auch nach *Gading* (Anm. 27), S. 222 ff. (231), führt die extensive Auslegung des Begriffs der Friedensbedrohung nicht zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Prinzips der staatlichen Souveränität; kritisch zur Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen humanitärer Interventionen *Oppermann* (Anm. 10), S. 1438.

¹⁴¹ Eindrücklich warnend *Nass* (Anm. 49), EA 1993, 283 ff. (287).

¹⁴² So aber *Murswiek* (Anm. 13), Der Staat 35 Bd. (1996), S. 44, der angesichts der Einnistung der Terroristen der PKK in den – auf der Grundlage der Resolution 688 (Anm. 73) entstandenen – nordirakischen Kurdenschutzzonen fordert, daß ein Interventient auch in der Lage sein müsse, „die Völkerrechtskonformität der sich (im Interventionsgebiet) ... entwickelnden Zustände zu garantieren.“

¹⁴³ Zu dieser generellen Problematik des Menschenrechtsschutzes vgl. *Ch. Tomuschat*, Menschenrechtsschutz durch die Vereinten Nationen, Vereinte Nationen 1976, 166 (169 f.); *Kunig* (Anm. 29), S. 341, hegt Zweifel, „daß von einer – theoretisch denkbaren – wirksamen Inanspruchnahme (des Art. 39 SVN) angemessener Gebrauch gemacht“ wird.

Helsinki vom 1. August 1975 eine wichtige Etappe. In diesem politischen Dokument wurde das Spannungsverhältnis von Nichteinmischung (Prinzip VI) einerseits und Menschenrechtsgeltung (Prinzip VII) andererseits verfestigt. Die Überwindung der ideologischen Spaltung der Welt in West und Ost liegt wohl auch in seiner Konsequenz. Das neue Konzert der Mächte begünstigt zweifellos eine interventionistische Tendenz,¹⁴⁴ ohne indessen das Völkerrecht von einem Recht der Staaten in ein Recht der Menschheit¹⁴⁵ oder gar die alten internationalen Strukturen schlagartig in eine neue Weltordnung zu verwandeln.¹⁴⁶ Die Ordnung des westfälischen Friedens, also der territorialen Souveränität, scheint daher nicht ernsthaft bedroht.¹⁴⁷ Noch überwiegt die Skepsis, ob der Mechanismus eines Systems der kollektiven Sicherheit, in das die friedenserhaltenden und friedensschaffenden Maßnahmen der Vereinten Nationen einzubetten sind, in der Praxis überhaupt für einen effektiven internationalen Menschenrechtsschutz eingesetzt wird.¹⁴⁸ Vor allem wohl deshalb hat O. Kimminich in provokanter Weise die humanitäre Intervention in das Reich des „Mythos“ verwiesen.¹⁴⁹ Die Staaten als „Grundfesten“ der Vereinten Nationen¹⁵⁰ rücken auf absehbare Zeit nicht zu einer Weltgesellschaft zusammen,¹⁵¹ auch wenn sich auf dem Feld der Menschenrechte der Sou-

¹⁴⁴ Vgl. *Randelzhofer* (Anm. 28), S. 51, der von einem „deutlich interventionistischen Zug“ spricht.

¹⁴⁵ Vgl. zu dieser Idee O. Kimminich, Der Beitrag der Vereinten Nationen zur Fortentwicklung des Völkerrechts, Aus Politik und Zeitgeschichte B 42/95, S. 13 (25); zur Ausrichtung des Völkerrechts auf den Menschen vgl. *Tomuschat*, Vereinte Nationen 1976, 166.

¹⁴⁶ Von der Chance, eine neue Weltordnung zu formen, sprach Präsident G. Bush in seiner Rede vor dem Kongreß am 6. 3. 1991, EA 1991, D 218 ff., anlässlich der Befreiung Kuwaits; *Hassner* (Anm. 14), EA 1993, 154, verweist demgegenüber nüchtern auf den Mangel kohärenter Antworten.

¹⁴⁷ Nach *Thürer* (Anm. 20), S. 35/36, hat allen „... Verkündigungen einer 'Neuen Weltordnung' zum Trotz... die traditionelle Staatenwelt in ihrer Reaktion auf 'Failed States'-Probleme eine Konsolidierung und Stabilisierung erfahren“; nach *Gading* (Anm. 27), S. 182 ff. (199, 221 f.), haben der internationale Schutz der Menschenrechte und die Entwicklungen im Bereich der internationalen Strafjustiz bisher nicht dazu geführt, daß „die internationale Gemeinschaft sich von dem Prinzip der staatlichen Souveränität generell gelöst hat“. Diese Ansicht wird bestätigt durch die Resolutionen des Sicherheitsrates 1080 (1996) zu Zaïre v. 15. 11. 1996 (S/RES/1080 [1996]) sowie 1101 (1997) zu Albanien v. 28. 3. 1997 (S/RES/1101 [1997]), die die Unverletzlichkeit der Souveränität sowie die Unabhängigkeit und territoriale Integrität der betroffenen Staaten hervorheben. Anders *Iseensee* (Anm. 9), JZ 1995, 430, der nach einer – nur ansatzweise differenzierenden – Gesamtschau vor allem anhand zwischenstaatlicher Interventionen (aaO., S. 426 f.) eine „Wiederherstellung des Interventionsverbotes“ fordert; *Hassner* (Anm. 14), EA 1993, 151, sieht ebenfalls die alten Ordnungen in Frage gestellt. Auch *Rumpf* (Anm. 10), S. 39, spricht davon, daß wir ... im Zeitalter eines universellen Interventionismus (leben)“, legt an dieser Stelle seinen Ausführungen aber einen weiten Interventionsbegriff zugrunde.

¹⁴⁸ *Kimminich* (Anm. 46), AVR Bd. 33 (1995), S. 457 mit weit. Nachw. in Fn. 64 bis 66.

¹⁴⁹ Vgl. *dens.*, aaO., S. 430.

¹⁵⁰ Vgl. *Boutros Ghali* (Anm. 90), International Legal Materials 1992, 956 ff. Ziff. 9.

¹⁵¹ Vgl. *Tomuschat* (Anm. 33), AVR Bd. 33 (1995), S. 1 ff. (18 ff.).

veranitätspanzer nach Somalia und Ruanda als durchlässiger erweist.¹⁵² Die „Weltgesellschaft als Rechtsgemeinschaft“ – so der Titel einer programmatischen Schrift *H. Moslers* aus dem Jahre 1980 – bleibt einstweilen ein streitbares Anliegen.¹⁵³

¹⁵² Vgl. *Boutros Ghali*, aaO., Ziff. 30, 17, wonach die Vereinten Nationen die Souveränität des betroffenen Staates zwar achten müssen, die „absolute und exklusive Souveränität ... jedoch der Vergangenheit (angehört)“. Weitergehend *E.-O. Czempel* (Anm. 2), *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 42/95, S. 39, für den die Welt „keine Staatenwelt mehr ist“.

¹⁵³ *H. Mosler*, *The International Society as a Legal Community*, 1980. Hier entwickelt er den Gedanken, daß allein schon aus dem Dasein der internationalen Gemeinschaft, aus der Notwendigkeit, das gemeinsame Überleben zu sichern, ein Grundbestand an Regeln erwachse. Deshalb gelte nicht mehr das Prinzip der souveränen Handlungsfreiheit; vielmehr laute der primäre Grundsatz, daß die Macht des Staates von vornherein durch die gebotene Rücksichtnahme gegenüber Rechtsgütern beschränkt sei, an deren Schutz und Erhaltung alle Staaten ein nachhaltiges Interesse hätten – und zwar ohne daß es des Nachweises spezifischer, in Vertrag oder Gewohnheitsrecht verankerter Verbotssätze bedürfe.

ke
ur
A.
„J
di
de
vc
K
eig
pr
be
ve
Re
H
au
de
Ei
St
ph
sla
pfl

1
2
Int
199
3
Üb
Das
4
Ses
5
Üb
Ver

Vladimir Mečiar ordnete beispielsweise an, daß die Medien unter Kontrolle und Zensur gestellt werden und verkündete im Parlament, daß ethnische Politiker, die nationale Spannungen im Lande erzeugen, als „politische Verbrecher“ angesehen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Prinzip Selbstbestimmung unter den gegenwärtigen politischen Bedingungen mehr Probleme erzeugt, als durch seine Anwendung gelöst werden.

ANMERKUNGEN

- ¹ Während der Pariser Friedenskonferenz 1918 erhielt Präsident Woodrow Wilson die Meldung, an der ungarisch-rumänischen Grenze seien Unruhen ausgebrochen. „Wir müssen sofort eine Volksabstimmung ansetzen. Die Völker müssen selbst entscheiden“. Der französische Premierminister Georges Clemenceau erhob sich, umarmte pathetisch den Präsidenten, nannte ihn einen „großen Mann und guten Menschen“ und fügte dann hinzu: „Aber die Völker werden lieber darum kämpfen“.
- ² Peter Coulmas, Der Fluch der Freiheit. Wohin marschiert die Farbige Welt? Oldenburg 1963, S. 17: „Das Zeitalter der Reiche geht zur Neige. Wir leben im Zeitalter der Dekomposition.“
- ³ Amitai Etzioni, The Evils of Self-Determination, in: *Foreign Policy*, Nr. 89, Winter 1992/93, S. 28. „The world may well survive the creation of more toy states, smaller than Liechtenstein and less populous than the South Pacific island-country of Nautu (population 9300), but what meaning does self-determination have when minuscule countries are at the economic and military mercy, even whim, of larger states – states in whose government they have no representation.“
- ⁴ Claus Koch, Marktherrschaft. Von den kommenden Umwälzungen in Westeuropa, in: *Merkur*, Heft 526. „Die Staaten in ihrer Schwäche können kaum noch Heimat und Adresse demokratischer Legitimation sein“.
- ⁵ Ernst-Otto Czempel, Pax Universalis. Variationen über das Thema der Neuen Weltordnung, in: „Merkur“, 521. S. 680 ff.
- ⁶ Panajotis Kondylis, Planetarische Politik nach dem Kalten Krieg. Berlin 1992. „Es läßt sich kaum bestreiten, daß das Netz der internationalen Wirtschaftsbeziehungen in den letzten Jahrzehnten sich erheblich verdichtete... Dennoch ist diese Entwicklung keineswegs so weit, daß sie den point of no return jenseits aller Interventionismen ...erreicht hätte“ (S. 27).
- ⁷ Eliot A. Cohen, The Future of Force and American Strategy, in: *The National Interest*, Herbst 1990, S. 3/4.
- ⁸ Roland Götz/Uwe Halbach, Politisches Lexikon GUS, München 1991.
- ⁹ *Die Welt*, 11. 1. 1992.
- ¹⁰ Gerald B. Helman and Steven R. Ratner, Saving failed States, in: *Foreign Policy*, 89/3. „A disturbing new phenomenon is emerging: the failed nation-state, utterly incapable of sustaining itself as a member of the international community“.
- ¹¹ Etzioni, The Evils of Self-Determination, a. a. O. (Anm. 3).
- ¹² Jeanne Hersch, Die industrielle Gesellschaft und die drei Welten, Zürich 1961, S. 43. „Die Dritte Welt beneidet den Westen. Sie will und muß ihn nachahmen, in seinen Spuren gehen, ihn eines Tages einholen. Aber sie bewundert ihn nicht. In den Augen der Dritten Welt sind die Menschen des Westens reine Materialisten, die dank der Maschinen, die sie zu bauen gewußt haben, die Herren geworden sind.“
- ¹³ Laurent Joffrin/Ivan Djuric, Wurzeln des Hasses. Die Geschichte der Serben, eine Erkundung, in: *Lettre International* (deutsche Ausgabe), Herbst 1992, S. 18 f.
- ¹⁴ *Der Spiegel*, 3/1993, S. 146.
- ¹⁵ Hans Lemberg, „Ethnische Säuberung“: Ein Mittel zur Lösung von Nationalitätenproblemen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung *Das Parlament*, B46/92. 6. 11. 1992, S. 27 f.
- ¹⁶ Lemberg, a. a. O., S. 28.
- ¹⁷ Wolfgang Wagner, Acht Lehren aus dem Fall Jugoslawien, in *EA* 2/1992, S. 37.
- ¹⁸ Henry Kissinger, in: *International Herald Tribune*, 21. 9. 92.
- ¹⁹ John Newhouse, Bonn, der Westen und die Auflösung Jugoslawiens. Das Versagen der Diplomatie, in: *The New Yorker*, vom 24. 8. 92; übersetzt in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, Heft 10/1992, S. 1190.
- ²⁰ Johann Gottfried Herder, Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit. 1782–1791, 7. Buch, S. 72.
- ²¹ Dimitri K. Simes, America and the post-Soviet Republics, in: *Foreign Affairs*, Sommer 1992, S. 76. „Standing tall against Russia is his (Krawchuks) main claim to legitimacy“.
- ²² Dieter Blumenwitz, Wenn ein Staat zerfällt, in: *Die Welt*, 28. 12. 1992.

Gibt es ein Recht auf humanitäre Intervention?

Von Christopher Greenwood

Die Frage, ob es ein Recht der humanitären Intervention gibt, wirft Probleme auf, die den Kern des internationalen Rechts berühren. Die Respektierung der staatlichen Souveränität ist einer der Ecksteine der internationalen Rechtsordnung. Noch grundsätzlicher ist die Regel, daß kein Staat bewaffnete Streitkräfte gegen die territoriale Integrität oder die politische Unabhängigkeit eines anderen Staates einsetzen oder damit drohen darf.¹ Folgt daraus aber nicht auch, daß die internationale Gemeinschaft in der Hauptsache passiver Zuschauer bleiben muß, wenn eine Regierung ihre eigene Bevölkerung niedermetzelt, oder wenn das Volk eines Staates durch Hunger oder anderes Unheil bedroht wird, und die Regierung dieses Staates internationale Hilfe ablehnt? Obwohl die Frage nicht neu ist, legen die jüngsten Ereignisse nahe, daß die Zeit reif ist, sie neu zu bedenken.

Zunächst ist es notwendig klarzustellen, was mit „humanitärer Intervention“ gemeint ist. Dieser Begriff soll hier auf Fälle beschränkt werden, in denen ein wesentlicher Teil der Bevölkerung eines Staates von Tod oder Leid in hohem Maße bedroht ist; sei es, wegen der Handlungen der Regierung dieses Staates oder sei es, weil der Staat in die Anarchie abgleitet. Die Lage der kurdischen und schiitischen Gebiete in Irak nach dem Golf-Krieg fällt in die erste Kategorie, Liberia und Somalia sind Beispiele für die zweite. In jedem Falle war der erklärte Zweck einer Intervention in den betroffenen Staat der Schutz der Bürger dieses Staates. Es soll hier nicht der Fall eines Staates erörtert werden, der zum Schutze seiner eigenen Staatsbürger interveniert. Darüber hinaus wird „Intervention“ hier als Handlung verstanden, die Drohung mit Gewalt oder deren Anwendung beinhaltet, in dem Sinne, daß der intervenierende bewaffnete Streitkräfte einsetzt und zumindest klar macht, daß er bereit ist Gewalt anzuwenden, wenn seiner Operation Widerstand geleistet wird. Dies auch dann, wenn es sich beim Zweck der Operation lediglich um die Verteilung von Hilfsgütern handelt. In einigen Fällen, wie etwa Irak, wird die Aktion eindeutig ohne die Zustimmung des Staates durchgeführt, auf dessen Territorium sie stattfindet. In anderen Fällen, wie Liberia und Somalia, kann es ein gewisses Maß an Zustimmung geben, aber die Möglichkeit bewaffneten Widerstands bedeutet, daß die Operation eindeutig militärischen Charakter hat.

Eine Intervention kann die einseitige Handlung eines Staates oder einer Gruppe von Alliierten sein wie auch eine Maßnahme mit Autorisierung der Vereinten Nationen. Die rechtlichen Probleme wären jedoch jeweils andere. Die Intervention der Vereinten Nationen müßte auf Befugnissen gründen, die den UN in der Charta zugestanden werden, während jegliches Recht einseitiger Intervention nur aus internationalem Gewohnheitsrecht abzuleiten wäre. Die Frage kann daher wie folgt neu gestellt werden: Erlaubt das internationale Recht die bewaffnete Intervention in

Christopher Greenwood, Rechtsanwalt und Fellow des Magdalene College, Cambridge. Eine erweiterte Fassung des Beitrags erscheint zugleich auch in *The World Today*, der Zeitschrift des Royal Institute of International Affairs, London.

einen Staat auch gegen den Wunsch der Regierung dieses Staates, um die Bevölkerung vor Tod und Leid in großem Ausmaß zu schützen?

Die traditionelle Rechtsposition

Bis vor kurzem schien es klar, daß die Antwort auf diese Frage „nein“ lauten muß – zumindest was einseitige Maßnahmen anging. Militärische Intervention in das Territorium eines anderen Staates, so lobenswert die Motive auch sein mochten, wurde als Verletzung des Gewaltverbots angesehen, wie es in Artikel 2 (4) der UN-Charta niedergelegt ist. Einige prominente internationale Rechtsexperten sind in der Tat für die humanitäre Intervention eingetreten, mit der Begründung, daß eine solche Intervention ein Grundprinzip der Vereinten Nationen schützen sollte: den Schutz der Menschenrechte.² Die meisten Schriften zu diesem Thema kommen jedoch zu dem Schluß, daß, selbst wenn ein Recht auf humanitäre Intervention vor 1945 bestanden hätte, es die Verabschiedung der Charta der Vereinten Nationen nicht überlebt hätte.³

Was noch wichtiger ist, die Staaten zeigten wenig Unterstützung für ein solches Recht. Indiens Intervention in Ostbengalen im Jahr 1971,⁴ der Sturz der Regierung von Idi Amin in Uganda im Jahr 1979 durch Tansania⁵ und der Einsatz von Gewalt durch Vietnam im Kampf gegen das Regime von Pol Pot in Kambodscha im gleichen Jahr⁶ warfen die Frage der humanitären Intervention auf. In allen drei Fällen begründeten die intervenierenden Staaten und jene, die sie unterstützten, ihre Handlung in der Hauptsache mit dem Recht der Selbstverteidigung. Tansania hatte auf Gewalt zurückgegriffen, als es selbst von Uganda angegriffen wurde, und Präsident Julius Nyerere wies jede Verantwortung für einen Wechsel in der ugandischen Führung zurück. In der Debatte des UN-Sicherheitsrats zu Kambodscha unterschied Vietnam ebenso zwischen seinem eigenen Grenzkonflikt mit Kambodscha und der Rebellion gegen Pol Pot innerhalb Kambodschas: als Rechtfertigung für die Invasion wurde der Grenzkonflikt genannt.⁷ Darüber hinaus wiesen die meisten Staaten die Vorstellung von einer humanitären Intervention zurück, zumindest wenn es um den Sturz einer Regierung ging, selbst wenn diese Regierung für massive Menschenrechtsverletzungen verantwortlich war. Der Internationale Gerichtshof nahm hinsichtlich Nicaragua eine ähnliche Haltung ein,⁸ als er die Vorstellung zurückwies, die Verletzung von Menschenrechten durch die Regierung von Nicaragua könne militärische Aktionen der Vereinigten Staaten rechtfertigen.

Es gab auch einige gegenteilige Hinweise. Indiens ursprüngliche Maßnahme, Hilfsleistungen für die Familien im Norden Sri Lankas abzuwerfen, wurde ohne die Zustimmung der Regierung von Sri Lanka durchgeführt.⁹ Obwohl keine Gewalt angewandt wurde, verletzten indische Flugzeuge den Luftraum von Sri Lanka, und es besteht wenig Zweifel, daß sie Gewalt angewandt hätten, wenn die Luftwaffe Sri Lankas sich ihnen entgegengestellt hätte. Außerdem ist für die Fälle Bangladesch und Uganda festzuhalten, daß es, auch wenn Indien und Tansania Maßnahmen zur Selbstverteidigung zugestanden werden, schwerfällt, ihr ganzes Handeln auf dieser Basis zu rechtfertigen.

Es überrascht jedoch kaum, daß eine vom Planungsstab des britischen Außenministeriums im Juli 1984 durchgeführte Studie zur Intervention zu dem Schluß kam, „was man bestenfalls zugunsten der humanitären Intervention vorbringen kann, ist, daß sie

nicht zweifelsfrei als illegal bezeichnet werden kann.“¹⁰ Im damaligen Kontext scheint eine solche Schlußfolgerung sogar recht radikal.

Die Haltung der UN zur humanitären Intervention war weniger klar. Einige Gegner einseitiger Aktionen unterstützten das Konzept der Intervention durch die UN, da es dabei weniger Raum für Mißbrauch gab als in einseitigen Handlungen.¹¹ Dennoch widersetzten sich viele Staaten vehement der Idee, daß die UN in etwas eingreifen könnten, was sie als innere Angelegenheiten eines Staates betrachteten. Sie beriefen sich auf Artikel 2 (7) der Charta: „Aus dieser Charta kann eine Befugnis der Vereinten Nationen zum Eingreifen in Angelegenheiten, die ihrem Wesen nach zur inneren Zuständigkeit eines Staates gehören, ... nicht abgeleitet werden; ...“ Es war jedoch keineswegs klar, daß Artikel 2 (7) eine humanitäre Intervention unter allen Umständen ausschloß. In den siebziger Jahren hatte sich bereits beträchtliche Unterstützung für die Ansicht gebildet, daß schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte kein Gegenstand seien, der ausschließlich der innenpolitischen Jurisdiktion eines Staates unterliege, da diese Verletzungen auch die Verpflichtungen eines Staates im Rahmen des internationalen Rechts brächen.

Darüber hinaus sieht Artikel 2 (7) selbst vor, daß damit die Anwendung von Zwangsmaßnahmen unter Kapitel VII der Charta nicht ausgeschlossen ist. Kapitel VII ermächtigt den Sicherheitsrat, Maßnahmen zu ergreifen, in angemessenen Fällen auch militärische Aktionen, wenn eine „Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung“ vorliegen. Wenn daher die Situation in einem Staat eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstelle, hätte der Sicherheitsrat die Macht zu handeln, ungeachtet des Artikels 2 (7). Auf dieser Grundlage verhängte der Sicherheitsrat im Rahmen von Kapitel VII etwa das Waffenembargo gegen Südafrika im Jahr 1977.¹² Entscheidungen des Sicherheitsrats gemäß Kapitel VII sind für alle UN-Mitglieder bindend.

Politische Erwägungen stellten jedoch sicher, daß bis vor kurzem humanitäre Interventionen des Sicherheitsrats nicht sehr wahrscheinlich waren. Wenn die Vereinten Nationen Truppen in einen Staat entsandten, um Massaker oder andere humanitäre Katastrophen zu vermeiden (beispielsweise in den sechziger Jahren auf Zypern und im Kongo), dann taten sie dies mit der Zustimmung der Regierung des Staates. Die jeweiligen Truppen dienten der Friedenserhaltung, die meist nur mit der Zustimmung aller betroffenen Parteien operierten.

Die notwendige Überprüfung der Rechtslage

Angesichts der Ereignisse der letzten Jahre muß jedoch die traditionelle Bewertung der Legalität humanitärer Intervention in Frage gestellt werden. Das Ende des Kalten Krieges hat die politische Situation im UN-Sicherheitsrat verändert, so daß die Möglichkeit einer humanitären Intervention durch dieses Gremium nicht länger ausgeschlossen werden kann. Auch hat sich in weiten Teilen der Welt die öffentliche Meinung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Respektierung staatlicher Souveränität und den humanitären Bedürfnissen gewandelt, so daß, wie es der frühere UN-Generalsekretär Javier Pérez de Cuéllar ausdrückte, „wir Zeugen einer wahrscheinlich irreversiblen Verlagerung in der Haltung der Öffentlichkeit sind, was den Glauben angeht, daß die Verteidigung der Unterdrückten im Namen der Moral über Grenzen und rechtlichen Dokumenten stehen sollte.“¹³ Besonders die Ereignisse

in Irak, Liberia, Somalia und dem früheren Jugoslawien legen nahe, daß der traditionelle Ansatz nicht länger den Stand des internationalen Rechts widerspiegelt.

Der Fall Irak

Nach der Niederlage Iraks im Kuwait-Konflikt gab es Aufstände gegen Saddam Hussein im kurdischen Norden des Landes und im vorwiegend schiitischen Süden. Ende März 1991 war klar, daß diese Aufstände niedergeschlagen waren, und daß die irakischen Streitkräfte eine besonders brutale Unterdrückungskampagne durchführten, ohne jegliche Rücksicht auf die Forderungen von Artikel 3 der Genfer Konvention von 1949 über bewaffnete Konflikte innerhalb von Staaten, ebenso wenig wie auf die Menschenrechtsvereinbarungen, die Irak eingegangen war, wie etwa den Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte von 1966. Hunderttausende von Kurden und Schiiten flohen aus ihrer Heimat. Das Unglück der kurdischen Flüchtlinge zog besondere Aufmerksamkeit auf sich. Viele von ihnen waren in den Bergen gestrandet, nahe der Grenze zur Türkei, unter den erschreckenden Bedingungen des Winters. Die Türkei schloß ihre Grenzen, nachdem Tausende gekommen waren, und bei wenigstens einer Gelegenheit drangen türkische Truppen auf irakisches Gebiet vor, um die Flüchtlinge mit Gewalt von der Grenze zu vertreiben.

Die Antwort des UN-Sicherheitsrats war die Annahme von Resolution 688 am 5. April 1991. Unter Punkt I heißt es, der Sicherheitsrat „verurteilt die in vielen Teilen Iraks, insbesondere auch in allerjüngster Zeit in den kurdischen Siedlungsgebieten, stattfindende Unterdrückung der irakischen Zivilbevölkerung, deren Folgen den Weltfrieden und die internationale Sicherheit in der Region bedrohen“.¹⁴ Während die Situation der Kurden im Norden zu dieser Zeit im Vordergrund stand, machte die Formulierung klar, daß die Resolution ebenso auf die Unterdrückung der Schiiten im Süden anwendbar war. Resolution 688 forderte weiter, daß Irak „als Beitrag zur Beseitigung der Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit in der Region diese Unterdrückung sofort einstellt“. Der Rat bestand darauf, daß „Irak internationalen humanitären Organisationen sofortigen Zugang zu allen hilfsbedürftigen Personen in allen Teilen Iraks gewährt“.

Resolution 688 betraf Neuland in dem Maße, in dem sie den Sicherheitsrat einbezog, als es darum ging, sich gegen Mißhandlung der Bevölkerung durch den eigenen Staat zu stellen. Der britische Außenminister, Douglas Hurd, beschrieb dies als „Ausweitung der Grenzen internationalen Handelns“.¹⁵ Das ging einigen Mitgliedern des Rates zu weit. Die Resolution wurde mit zehn gegen drei Stimmen (Kuba, Jemen und Simbabwe) bei zwei Enthaltungen (China und Indien) angenommen, eine geringere Zustimmung als bei irgend einer Resolution zur irakischen Invasion Kuwaits. Sie war außerdem sehr viel milder, als die auf Kuwait bezogenen. Anders als die Hauptresolutionen zu Kuwait wurde sie nicht unter Kapitel VII verabschiedet. Obwohl die Sprache an Kapitel VII erinnert, traf sie nicht die formale Feststellung, daß der internationale Friede und die internationale Sicherheit bedroht seien, sondern beschrieb lediglich, daß die Situation in Irak eine solche Bedrohung geschaffen habe. Vor allem enthielt Resolution 688 keine Vorkahrungen hinsichtlich der Durchsetzung der Resolution.

Demnach setzten Großbritannien, die Vereinigten Staaten und eine Reihe anderer Länder Luft- und Bodens Streitkräfte in Nordirak ein, als Teil einer Politik der Schaffung von „Zufluchtsorten“ für die kurdischen Flüchtlinge. Irak wurde untersagt, in den kurdischen Gebieten Militärflugzeuge und Hubschrauber einzusetzen, und das Land wurde bei dieser Gelegenheit gezwungen, seine Bodens Streitkräfte aus einem Großteil des nördlichen Territoriums zurückzuziehen. Der Zweck dieser Operation wurde vom britischen Außenministerium mit folgenden Worten beschrieben: „Wir verfolgen mit Nachdruck den Vorschlag von Zufluchtsorten. Unser Ziel ist es, Orte und Bedingungen zu schaffen, unter denen sich die Flüchtlinge sicher fühlen können. Wir sprechen nicht von einer territorialen Enklave, einem separaten Kurdistan oder einer permanenten UN-Präsenz. Wir unterstützen die territoriale Integrität Iraks. Aber wir müssen die Flüchtlinge aus den Bergen holen.“¹⁶

Was die rechtliche Grundlage für eine Intervention angeht, wurde wiederholt vorgebracht, daß die ergriffenen Maßnahmen in Übereinstimmung mit Resolution 688 stünden. Diese Resolution war zweifellos ein wichtiger Teil des Hintergrunds der Intervention. Die Aussage, die Situation in Irak bedrohe den Weltfrieden und die internationale Sicherheit, machte deutlich, daß die westlichen Staaten nicht in eine rein innenpolitische Angelegenheit eingriffen. Außerdem waren die humanitären Ziele der Intervention dieselben wie die der Resolution. Dennoch reichte Resolution 688 alleine nicht als Rechtsgrundlage für die Intervention aus. Sie enthielt keine Entsprechung für die Ermächtigung, die den alliierten Staaten in Resolution 678 gegeben wurde, „alle notwendigen Mittel“ einzusetzen, um die Besetzung Kuwaits durch Irak zu beenden.¹⁷ Die Operation fand auch nicht mit Zustimmung der irakischen Regierung statt. Obwohl Irak sich nicht wehrte und der Forderung nachkam, seine Truppen aus den kurdischen Gebieten abzuziehen, protestierte es wiederholt gegen diesen Eingriff in seine Souveränität.¹⁸

Es ist daher schwer, der Schlußfolgerung zu widerstehen, daß die eingreifenden Staaten praktisch ein Recht der humanitären Intervention in irgendeiner Form anwandten. Diese Schlußfolgerung wird gestützt durch Erklärungen vom August 1992, als eine neue „Flugverbotszone“ in Südirak erzwungen wurde. Diese neue Maßnahme folgte auf einen Bericht von UN-Sonderberichterstatter Max van der Stoep, der ein erschreckendes Bild von den Menschenrechtsverletzungen in den schiitischen Gebieten zeichnete. Großbritannien, die Vereinigten Staaten und Frankreich reagierten, indem sie Irak aufforderten, alle militärischen Flüge südlich des 32. Breitengrades einzustellen und ankindigten, daß sie dieses Verbot durch Patrouillenflüge über Südirak durchsetzen wollten. Als der britische Außenminister in einem Rundfunkinterview zur Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme gefragt wurde, angesichts der Tatsache, daß es dafür keine besondere Ermächtigung in irgendeiner Resolution des Sicherheitsrats gebe, antwortete er: „Wir operieren doch im Rahmen des internationalen Rechts. Nicht jede Aktion, die eine britische oder amerikanische oder französische Regierung unternimmt, muß von einer besonderen Bestimmung in einer UN-Resolution gestützt sein, solange wir uns an das internationale Recht halten. Das internationale Recht erkennt extreme humanitäre Notwendigkeiten an... Wir befinden uns bei der Schaffung dieser Flugverbotszone auf tragfähigem rechtlichem wie humanitärem Boden.“¹⁹ Obwohl Irak sich diesen Maßnahmen nicht aktiv widersetzte, stellte das Land fortgesetzt deren Legalität in Frage.

Bodentruppen wurden im Herbst 1991 aus dem Norden Iraks zurückgezogen, und die UN-Beobachter wurden dort gemäß einer Vereinbarung mit der irakischen Regierung stationiert, die seither erneuert wurde. Die Flugverbotszone im Norden und das Verbot irakischer Bodentruppen dort wurden weiterhin durch westliche Luftwaffeneinheiten gesichert, die von der Türkei aus operierten. Die südliche Flugverbotszone wurde ebenfalls von den Luftwaffen der drei Staaten überwacht, die sie geschaften hatten. Die rechtliche Begründung für die Flugverbotszonen gewann erneut Bedeutung, als ein amerikanisches Flugzeug am 27. Dezember 1992 ein irakisches Jagdflugzeug über der südlichen Zone abschoß. Als Irak sich weigerte, Luftabwehrraketen aus der südlichen Zone abzugeben, begannen die drei Alliierten am 13. Januar 1993 eine Serie von Angriffen gegen die Raketenstellungen.

Es gab einige Verwirrung über die rechtliche Grundlage für diese Aktionen, wobei der UN-Generalsekretär unterstellte, sie seien durch die Vereinten Nationen als Antwort auf die irakische Verletzung der Waffenstillstandsresolution gegenüber Kuwait (Resolution 687) autorisiert. Das war jedoch nicht die Begründung, die von Großbritannien vorgebracht wurde. In einer Erklärung vor dem Unterhaus stellte der Verteidigungsminister klar, daß weder die Schaffung der Flugverbotszone noch die Aktionen zu deren Durchsetzung auf UN-Ermächtigung beruhen. Er erklärte, daß die Zonen geschaffen worden seien, um Situationen „schwerwiegender humanitärer Not“ zu bewältigen, und daß die Luftangriffe eine Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung in Reaktion auf die Bedrohung alliierter Flugzeuge bei der Überwachung der Zonen waren. Bei Abschluß des vorliegenden Artikels gab es weitere Aktionen gegen Irak, die anscheinend ohne jeden Bezug zur Durchsetzung der Flugverbotszonen durchgeführt wurden und auf anderen Rechtsgrundlagen beruhen.

Der Fall Liberia

In Liberia hatte ein Bürgerkrieg zwischen verschiedenen Gruppen das Land im Sommer 1990 in eine regelrechte Anarchie verwandelt. Im August 1990 entsandte die Wirtschaftsgemeinschaft Westafrikanischer Staaten (ECOWAS) ein großes Kontingent Friedenstruppen nach Liberia. Die Ziele der ECOWAS-Operation, wie sie in der Erklärung der Staats- und Regierungschefs der Organisation am 9. August 1990 dargestellt wurden,²⁰ waren die Überwachung eines sofortigen Waffenstillstands und die Einsetzung einer Übergangsregierung, die Wahlen vorbereiten sollte. Die Erklärung betonte, daß die Friedenstruppen nach Liberia gingen, „erstens und vor allem, um das sinnlose Töten unschuldiger Zivilbevölkerung und Ausländer zu beenden, und dem liberianischen Volk zu helfen, seine demokratischen Einrichtungen wiederherzustellen. Die Intervention der ECOWAS ist in keiner Weise darauf gerichtet, eine Seite zu unterstützen und die andere zu bestrafen.“

Es ist nicht klar, ob die Regierung von Präsident Samuel Doe, die zu dieser Zeit nur noch einen geringen Teil Liberias kontrollierte, der Entsendung der ECOWAS-Truppen zugestimmt hat. Wenn sie dies tat, dann könnte die Entsendung als Friedenserhaltung durch Zustimmung gesehen werden, unternommen von einer regionalen Organisation, obwohl die größte Rebellengruppe in Liberia gegen die Entsendung war.

Im September 1990 wurde Doe dann jedoch von Rebellen getötet. Hauptsächlich auf Drängen der ECOWAS wurde eine Übergangsregierung eingesetzt. Trotz der

Proteste des Vizepräsidenten von Doe, der den Anspruch erhob, daß er nach der Verfassung des Landes automatisch die Funktionen des Präsidenten übernehme, wurde die Übergangsregierung von Amos Sawyer geführt, einer Figur, die nicht zu den Kreisen von Doe gezählt hatte. Darüber hinaus wurde im Verlauf der Jahre 1991 und 1992 klar, daß die Interimregierung auf den aktiven Widerstand der Rebellengruppen stieß, die von Charles Taylor angeführt wurden. Es scheint daher, daß die rechtliche Grundlage für die ECOWAS-Intervention nicht gänzlich auf der Zustimmung der ursprünglichen liberianischen Regierung beruhen kann, da diese Regierung nicht mehr besteht und durch ein Interimsregime der ECOWAS ersetzt wurde. Als regionale Vereinigung kann die ECOWAS Zwangsmaßnahmen nur mit der Zustimmung des UN-Sicherheitsrats ergreifen,²¹ eine Bedingung, die im Sommer 1990 nicht erfüllt war. Diese Intervention scheint daher ebenfalls in irgendeiner Form ein Recht der humanitären Intervention geltend zu machen.

Die internationale Reaktion auf die Intervention war im allgemeinen positiv. Im Januar 1991 und erneut im Mai 1992 veröffentlichte der Präsident des Sicherheitsrats eine Erklärung, wonach die Mitglieder des Rats die Bemühungen der ECOWAS als „förderlich für Frieden und Normalität in Liberia“ empfahlen.²² Im Verlauf von 1992 kam es jedoch zu Kämpfen zwischen den ECOWAS-Truppen und den hinter Charles Taylor stehenden Einheiten, die auch an Kämpfen mit Regierungstruppen des benachbarten Sierra Leone beteiligt waren. Die ECOWAS forderte den Beistand des UN-Sicherheitsrats, eine Bitte, die vom Außenminister der liberianischen Übergangsregierung unterstützt wurde. Am 19. November 1992 nahm der Sicherheitsrat einstimmig die Resolution 788 an. Sie erklärte ausdrücklich, daß „die Zerrüttung der Situation in Liberia eine Gefahr für den internationalen Frieden und die Sicherheit darstellt, besonders in ganz Westafrika“, und verurteilte die Angriffe der Taylor-Truppen auf die ECOWAS. Der Rat ging weiter und verhängte ein verbindliches Waffenembargo gemäß Kapitel VII der Charta, das die Lieferung von Waffen und militärischer Ausrüstung nach Liberia verbietet, solange sie nicht für die Verwendung der ECOWAS-Truppen bestimmt sind.

Zwar ist dies ein wichtiger Schritt, da hier der Sicherheitsrat bei Zwangsmaßnahmen gemäß Kapitel VII hinsichtlich der Lage innerhalb eines Staates einbezogen wird. Zugleich ist jedoch festzuhalten, daß in diesem Fall Weltfrieden und internationale Sicherheit zweifellos bedroht waren, als die Kämpfe über die Grenze nach Sierra Leone schwappten, und daß Maßnahmen nach Kapitel VII in Übereinstimmung mit der Übergangsregierung von Liberia getroffen wurden.

Der Fall Somalia

In Somalia folgten dem Sturz der Regierung von Präsident Siad Barre Anfang 1991 sich ausbreitende und zunehmend brutale Kämpfe zwischen verschiedenen Gruppierungen und eine große Hungersnot. Anfang 1992 hungerte ein Großteil der Bevölkerung, die Verteilung von Hilfsgütern wurde immer schwieriger und hing von den Kriegshäuptlingen ab, die die verschiedenen Teile des Landes kontrollierten. Nachbarstaaten fanden sich mit einem großen Exodus von Flüchtlingen konfrontiert.

Mit der im Januar 1992 angenommenen Resolution 733 handelte der Sicherheitsrat nach Kapitel VII der Charta, um ein Embargo für Waffenlieferungen und militärische Ausrüstung gegen alle Bürgerkriegsgruppen in Somalia zu verhängen. Die Bedingun-

gen dieses Embargos waren in der Substanz dieselben wie diejenigen aus den Resolutionen 713 (das Waffenembargo gegen Jugoslawien im September 1991) und 788 (Embargo gegen Liberia zehn Monate später), und wie in diesen Resolutionen wurde sie mit einer zumindest formellen Zustimmung der Regierung angenommen.

Spätere Resolutionen sahen die Stationierung von UN-Truppen in Somalia vor (UNOSOM, 4200 Soldaten). UNOSOM war als klassische Friedenserhaltungsmaßnahme (peace-keeping) geplant.²³ In den Worten des UN-Generalsekretärs Butros Butros Ghali: „Dies bedeutet, daß sie nicht ohne die Zustimmung der De-facto-Behörden stationiert würde, überall dort, wo sie in Aktion treten soll, und daß sie Gewalt nur zur Selbstverteidigung anwendet, obwohl Selbstverteidigung Situationen einschließen müßte, in denen Personen versuchen, die Truppen gewaltsam von der Ausübung ihres Mandat abzuhalten.“²⁴

In der Tat erwies es sich als unmöglich, die UNOSOM in voller Stärke zu stationieren, und im November 1992 unterrichtete der Generalsekretär den Sicherheitsrat, daß „die Situation in Somalia über den Punkt hinaus zerrüttet sei, an dem Maßnahmen der Friedenserhaltung“ noch anwendbar seien. Der Rat habe keine andere Wahl, als stärkere Maßnahmen zu beschließen, um die humanitären Operationen in Somalia abzusichern.²⁵ Der Generalsekretär erklärte weiter, derzeit gebe es in Somalia keine Regierung, die als solche die Anwendung von Gewalt anfordern oder gestalten könne. Es sei daher notwendig, daß der Sicherheitsrat eine Entschließung gemäß Artikel 39 der Charta fasse, nach der eine Bedrohung des Friedens infolge der Auswirkungen des somalischen Konflikts auf die gesamte Region bestehe, und entscheide, welche Maßnahmen ergriffen werden sollten, um den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu erhalten. Der Rat müsse auch feststellen, daß nichtmilitärische Maßnahmen nach Kapitel VII nicht ausreichten, um die Entscheidungen des Rates umzusetzen.

In diesem Zusammenhang boten die Vereinigten Staaten an, die Führung bei der Bereitstellung von Truppen für eine beträchtliche militärische Operation in Somalia zu übernehmen, um die Sicherheit der Hilfsaktion zu gewährleisten; jedoch sollten operative Führung und Befehlsgewalt in der Hand der Vereinigten Staaten bleiben. Obwohl der Generalsekretär und eine Reihe von Staaten eine direkt von den UN befähigte Operation vorgezogen hätten, waren sie bereit, das Angebot der USA anzunehmen. Das Ergebnis dieser Überlegungen war Resolution 794, die am 3. Dezember 1992 einstimmig angenommen wurde. Diese Resolution begrüßte das Anbieten der USA und anderer Staaten, Truppen bereitzustellen. Der Durchführungsabsatz 10 sah vor, daß der Rat gemäß Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen den Generalsekretär und die Mitgliedstaaten, die bei der Realisierung des Angebots, eine Operation durchzuführen, autorisiert, alle notwendigen Mittel einzusetzen, um so rasch wie möglich ein sicheres Umfeld für die humanitären Hilfsleistungen in Somalia zu schaffen.

Amerikanische Truppen und Einheiten aus Frankreich, Belgien sowie einer Reihe von anderen Ländern landeten kurz darauf in Somalia. Diese Truppen operierten in Übereinstimmung mit Resolution 794 unter einem von den USA aufgestellten gemeinsamen Kommando, getrennt von den bereits vor Ort befindlichen UNOSOM-Truppen. In seinem ersten Bericht an den Rat über den Fortschritt der Operation sagte der Generalsekretär, das gemeinsame Kommando konzentrierte sich darauf, die

Sicherheit in Somalia wiederherzustellen, während das UN-Personal die politischen Probleme im Hintergrund angehe.

Resolution 794 geht weiter als jede vergleichbare Resolution. Anders als die Resolutionen über Waffenembargos gab es nicht einmal den Vorwand, daß die Resolution auf der Zustimmung einer somalischen Regierung beruhe. Während der Debatte über die Resolution brachten mehrere Staaten ihre Ansicht zum Ausdruck, der somalische Fall sei einzigartig, da Somalia ein Staat ohne Regierung sei.²⁶ Obwohl die Situation in Somalia infolge der Bedrohung der UNOSOM und anderer UN-Bediensteter im Land und des Stroms von Flüchtlingen in die Nachbarstaaten ein internationales Element aufwies, gab es nichts, was der Bedrohung der Sicherheit der Nachbarstaaten in den Fällen Irak und Liberia gleichkommen wäre. In Somalia wurde die entscheidende Lage des somalischen Volkes als Grund für die Berufung auf Kapitel VII der Charta und die Autorisierung einer Intervention angegeben. So bestimmt die Präambel zu Resolution 794, daß „das Ausmaß der durch den Konflikt in Somalia verursachten menschlichen Tragödie, die noch weiter verschärft wird durch die Hindernisse, die der Verteilung der humanitären Hilfsgüter in den Weg gelegt werden, eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt“.

Vor allem trifft Resolution 794 ausdrücklich Vorkerhungen für eine Durchsetzung. Der Operativabsatz 10 benutzt die gleiche Sprache wie Resolution 678 über die militärische Aktion gegen Irak hinsichtlich Kuwaits.²⁷ Es gibt jedoch wichtige Unterschiede zwischen den beiden Resolutionen. Das Ziel, für das die USA alle notwendigen Mittel einsetzen dürfen, ist wesentlich begrenzter als die Befreiung von Kuwait, und es wird wahrscheinlich ein wesentlich geringeres Maß an Gewalt erfordern. Ein amerikanischer Vertreter erklärte zur Ähnlichkeit der Wortwahl der beiden Resolutionen, daß die Mission in Somalia „im wesentlichen eine friedliche sei“, und daß „wir Gewalt nur dann einsetzen werden, wenn und falls wir dies für notwendig halten, unser Ziel zu erreichen“.²⁸ Darüber hinaus gibt Resolution 794 dem Sicherheitsrat ein größeres Maß an politischer Kontrolle, als dies während des Kuwait-Konflikts der Fall war, ein Punkt, dem einige Mitglieder des Rates beträchtliche Bedeutung zumessen.

Das ehemalige Jugoslawien

Die Situation im ehemaligen Jugoslawien ist die bei weitem komplexeste der vier zitierten Fälle.²⁹ Obwohl sich ein Großteil der internationalen Diskussion auf humanitäre Fragen konzentrierte und diese auch in einigen Resolutionen des Sicherheitsrats angesprochen wurden, unterscheiden sich die Probleme in Jugoslawien von jenen in Irak, Liberia und Somalia. Der Konflikt wurde zwar ursprünglich von der Sozialistischen Föderative Republik Jugoslawien (SFRJ) als Konflikt innerhalb eines Staates angesehen, das Auseinanderbrechen des Bundes verlagerte den Konflikt später jedoch auf die internationale Ebene. Zumindest von diesem Moment an brauchte die rechtliche Grundlage für äußere Intervention, ob durch die Vereinten Nationen oder individuelle Staaten, nicht länger auf irgendeiner Theorie der humanitären Intervention beruhen.

Während der Anfangsphase des Konflikts im Jahr 1991, als sich die Aufmerksamkeit hauptsächlich auf die Ereignisse in Kroatien richtete, behandelte der Sicherheitsrat die Situation noch als Bürgerkrieg innerhalb des einen Staates Jugoslawien. Im

September 1991 nahm der Rat Resolution 713 an, in der er feststellte, daß die Fortsetzung der Kämpfe in Jugoslawien eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstelle und ein Waffenembargo gemäß Kapitel VII der Charta verhängte.³⁰ Die Resolution wurde jedoch mit der Zustimmung der Regierung der SFRJ angenommen. Einige Mitglieder des Rates machten deutlich, daß sie eine solche Zustimmung als Vorbedingung für irgendwelche Handlungen des Rates ansahen. Darüber hinaus sollte das Embargo erklärtermaßen angewandt werden, bis der Sicherheitsrat nach Konsultation zwischen dem Generalsekretär und der jugoslawischen Bundesregierung anders entscheide. Die Resolution konnte daher als Fall bezeichnet werden, in dem der Sicherheitsrat seine Befugnis nach Kapitel VII einsetzte, um die inneren Schwierigkeiten eines Landes zu bewältigen, die benachbarte Staaten bedrohen, dies aber in Zusammenarbeit mit der Regierung des betroffenen Staates und daher in voller Achtung seiner Souveränität.

Das gleiche kann von Resolution 721 gesagt werden, die den Weg für die Etablierung einer Friedenstruppe in Kroatien ebnete, da sie ausdrücklich festhielt, daß die Schaffung dieser Truppe von der Regierung Jugoslawiens gefordert worden war (offensichtlich ein Bezug auf die Regierung des Bundes). Es wurde aber auch festgestellt, daß die Zustimmung aller Parteien eine praktische Notwendigkeit sei, wenn die Truppe wie vorgesehen tätig werden solle. Die begrenzte Mission der Europäischen Gemeinschaft zur Überwachung des Waffenstillstands beruhte ebenfalls auf der Grundlage der Zustimmung.

Zu der Zeit jedoch, als im Februar 1992 die UN-Truppe tatsächlich geschaffen wurde, hatte sich die Situation verändert. Kroatien und Slowenien waren allgemein als unabhängige Staaten anerkannt worden, und die von der Friedenskonferenz für Jugoslawien (von der EG ins Leben gerufen) eingerichtete Schiedskommission, hatte die Ansicht geäußert, daß die SFRJ sich in einem Prozeß der Auflösung befinde.³¹ Die gemäß Resolution 743 aufgestellte Truppe (UNPROFOR) wurde nach wie vor mit der Zustimmung aller Parteien in den betroffenen Teilen Kroatiens stationiert, aber Resolution 743 bezog sich nicht mehr auf die Zustimmung der jugoslawischen Bundesregierung und gründete sich auf Kapitel VII. Im Mai 1992 bezog sich Resolution 752, mit der der Rat das Ende der Kämpfe in Bosnien forderte, auf die „ehemalige sozialistische Bundesrepublik Jugoslawien“. Drei der früheren Republiken, Bosnien-Herzegowina, Kroatien und Slowenien, hatten jetzt weite internationale Anerkennung erhalten und wurden kurz darauf UN-Mitglieder.

Sobald die früheren jugoslawischen Republiken selbständige, unabhängige Staaten wurden, (und es ist ganz und gar nicht leicht festzulegen, wann genau das geschah), wurde aus einem Bürgerkrieg eine Mischung aus internationalen und inneren Konflikten. Einerseits gab es bestechende Beweise, daß das übrige Gebiet eine Rumpf-Jugoslawien (Serbien und Montenegro), das sich selbst jetzt Bundesrepublik Jugoslawien nannte, Gewalt gegen die neuen Staaten Bosnien und Kroatien anwandte. Da Rest-Jugoslawien nicht plausibel den Anspruch erheben konnte, daß dies eine Maßnahme im Rahmen der Selbstverteidigung war (es versuchte auch nicht so zu argumentieren, sondern zog es vor, jede Verwicklung generell zu dementieren), hatte dieses Rest-Jugoslawien das Verbot der Gewaltanwendung gegen die territoriale Integrität eines anderen Staates gebrochen. Der Rat hatte daher eine Handhabe, Maßnahmen gemäß Kapitel VII gegen Rest-Jugoslawien zu verhängen, ohne sich auf

Gründe einer humanitären Intervention stützen zu müssen. Es handelte sich um internationale Aggression, analog zum Angriff Iraks auf Kuwait.

Die wirtschaftlichen Sanktionen, die Ende Mai 1992 in Resolution 757 gegen Serbien und Montenegro verhängt wurden, stimmen mit dieser Sicht der Sachlage überein. Die Formulierungen von Resolution 757 folgen jenen, die Sanktionen gegen Irak verhängt hatten. Spätere Resolutionen zur Verhängung eines militärischen Flugverbots über Bosnien und die Überwachung und Durchsetzung des Wirtschaftsembargos mit Hilfe von Kriegsschiffen in der Adria beruhen auf den gleichen Rechtsgrundsätzen, obwohl das Flugverbot in diesem Falle für alle Konfliktparteien gilt. Da die wirtschaftlichen Maßnahmen sich als nicht ausreichend erwiesen haben, hat der Rat nach Kapitel VII die Befugnis, militärische Schritte gegen die Bundesrepublik Jugoslawien zu unternehmen. Alternativ könnte der Rat eine Gruppe von Staaten ermächtigen, die militärische Aktion durchzuführen, wie etwa die NATO, die WEU oder eine Ad-hoc-Koalition wie im Falle Kuwaits. Im Dezember 1992 nahm die Vollversammlung eine Resolution an, die die Erwägung solch eines Schrittes forderte, und Resolution 770 des Sicherheitsrats hatte gemäß Kapitel VII bereits Staaten autorisiert, „alle notwendigen Maßnahmen“ zu ergreifen, um die Hilfsmaßnahmen zu erleichtern. Politische und militärische Erwägungen und nicht das Fehlen einer rechtlichen Grundlage für militärische Maßnahmen haben bisher eine größere militärische Aktion verhindert.

Auf der anderen Seite unterscheidet sich die Situation im früheren Jugoslawien weiterhin von der irakischen Invasion Kuwaits, da es unzweifelhaft beträchtliche Opposition gegen die Regierung von Bosnien und Kroatien seitens der serbischen Gemeinschaften auf deren Territorium gibt. Elemente des Bürgerkriegs in Bosnien und Kroatien waren daher weiterhin mit dem internationalen Konflikt vermischt. Einige Aspekte der UN-Beteiligung scheinen daher mehr auf eine humanitäre Intervention hinzuweisen als auf eine normale Arbeit des kollektiven Sicherheitsmechanismus. Der Einsatz von UNPROFOR-Kontingenten in Bosnien, beispielsweise um die Sicherheit des Flughafens von Sarajewo zu gewährleisten und die Auslieferung von Hilfsgütern zu sichern, wird als Maßnahme der Friedenserhaltung unternommen, mit der Zustimmung aller Parteien und auf der Grundlage der Unparteilichkeit zwischen bosnischen und anderen Streitkräften. Es ist jedoch möglich, daß UNPROFOR ermächtigt wird, Gewalt gegen jede Gruppe anzuwenden, die sich ihrer Mission widersetzt. In der Tat ist eine solche Ermächtigung bereits implizit in einigen der bestehenden Resolutionen enthalten.

Ebenso ist es keineswegs klar, daß der Sicherheitsrat sich rechtlich oder politisch verpflichtet fühlt, die UNPROFOR-Truppen aus Kroatien abzuziehen, wie dies von der kroatischen Führung gefordert wurde, wenn er der Ansicht ist, daß er dadurch den Weg für eine kroatische Offensive zur Rückgewinnung von Gebieten öffnet, die Kroatien 1991 an serbische Kräfte verlor. In jedem Falle würde UNPROFOR aufhören lediglich mit Zustimmung zu agieren, sondern ihre Rolle würde sich mehr derjenigen der amerikanisch geführten Streitkräfte in Somalia annähern, da die UNPROFOR Gewalt nur zur Erreichung begrenzter humanitärer Ziele einsetzen, und nicht einem Staat beistehen würde, der als Opfer einer Aggression Territorium zurückgewinnen wollte.

Ein weiterer Aspekt des Jugoslawien-Konflikts, der sich auf die Frage der humanitären Intervention bezieht, ist die Lage in Kosovo. Die Vereinigten Staaten haben die Warnung ausgesprochen, daß Gewaltanwendung der serbischen Streitkräfte gegen die vorwiegend albanische Bevölkerung in Kosovo zu einer militärischen Aktion von außerhalb führen wird. Dennoch ist in Kosovo rechtlich gesehen immer noch ein Teil der Republik Serbien und daher der Bundesrepublik Jugoslawien. Anders als Bosnien war Kosovo keine eigenständige Republik, sondern eine autonome Region Serbiens und wurde daher nicht als unabhängiger Staat anerkannt. Militärische Intervention zur Verhinderung von Massakern wären in diesem Falle eine humanitäre Intervention und nicht die Antwort auf internationale Aggression.

Humanitäre Intervention und der Einsatz von Gewalt im Kampf gegen internationale Aggression sind zwei sehr verschiedene Konzepte. Das erstere beinhaltet militärische Intervention innerhalb eines Staates mit dem Ziel, die Bevölkerung dieses Staates zu schützen, während das letztere die Parteinahme in einem Konflikt zwischen Staaten erfordert. Unter den jetzt in Jugoslawien herrschenden Umständen kann der Sicherheitsrat beide Wege einschlagen. Aus praktischen Erwägungen wäre es jedoch schwierig, beide zugleich zu verfolgen. Eine Militäraktion von Staaten außerhalb des Rahmens der Vereinten Nationen und ohne jede Ermächtigung seitens des Sicherheitsrats wäre problematischer. Ein Staat, der dies ins Auge faßt, könnte sich auf das Recht der kollektiven Selbstverteidigung nach Artikel 51 der Charta berufen, das mit der Reaktion auf den Wunsch Bosniens nach militärischem Beistand begründet werden könnte (denn es scheint klar, daß Bosnien das Opfer eines bewaffneten Angriffs eines anderen Staates ist). Eine solche Aktion wäre jedoch nur schwer mit bestehenden Resolutionen des Sicherheitsrats in Einklang zu bringen, besonders nicht mit dem Embargo gegen die Lieferung von Waffen und militärischer Ausrüstung an irgend einen Teil des früheren Jugoslawien. Es ist daher sehr wahrscheinlich, daß jegliche weitere militärische Beteiligung nur mit irgend einer Zustimmung der UN unternommen werden wird.

Schlußfolgerung

Die vier betrachteten Fälle legen nahe, daß die internationale Haltung hinsichtlich humanitärer Intervention in den letzten beiden Jahren eine beachtliche Wandlung durchgemacht hat. Was bedeutet das für die Rechtslage in diesem Bereich?

Die Idee, daß die Vereinten Nationen ihre Befugnisse gemäß der Charta nutzen könnten, um aus humanitären Gründen in einem Staat zu intervenieren, scheint jetzt sehr viel stärker etabliert. Die Praxis der Vereinten Nationen in Liberia und in den frühen Stadien der Konflikte in Somalia und dem ehemaligen Jugoslawien legt nahe, daß der Sicherheitsrat sich noch immer leichter tut, wenn es um den Modus der Friedenschaltung geht, wo er nur handeln kann, wenn die Regierung des betroffenen Staates zustimmt – auch wenn es manchmal eine etwas künstliche Zustimmung ist. Auch die Vollversammlung bekräftigte in ihrer Resolution 46/182 (vom Dezember 1991) eines der leitenden Prinzipien für den Einsatz humanitärer Hilfe: „Die Souveränität, territoriale Integrität und nationale Einheit eines Staates müssen in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen voll respektiert werden. In diesem Zusammenhang sollte humanitäre Hilfe mit der Zustimmung des betroffenen Landes bereitgestellt werden und im Prinzip auf der Grundlage einer Anfrage des

betroffenen Landes.“ Obwohl sie sich nicht primär mit militärischer Intervention beschäftigen, würden die Befürworter dieser Resolution wahrscheinlich die Zustimmung des Gaststaates in solch einem Fall als doppelt wichtig ansehen.

Der Sicherheitsrat hat jedoch gezeigt, daß er letztlich bereit ist, nach Kapitel VII Maßnahmen zu ergreifen, um einem humanitären Notfall dort zu begegnen, wo es keine Regierung gibt, und vielleicht sogar dort, wo eine Regierung existiert, die aber willentlich ablehnt, einer Aktion der UN zuzustimmen, ungeachtet des Ausmaßes des Notfalls. Kapitel VII kann natürlich nur angewandt werden, wenn die Situation in dem betroffenen Staat eine Bedrohung des internationalen Friedens und der Sicherheit darstellt. Die jüngste Praxis des Sicherheitsrats zeigt jedoch, daß eine größere Bereitschaft besteht, die schlechte Lage des Volkes eines Staates in dieser Art zu charakterisieren. Dies galt insbesondere für Somalia, wo die Gefahr für die Nachbarstaaten wesentlich geringer war als in einigen der anderen Fälle, und offensichtlich zurückging, als Resolution 794 beschlossen wurde.

Insofern, als es um einseitige humanitäre Intervention geht, deuten die weitverbreitete (aber keineswegs einstimmige) Akzeptanz der alliierten Aktionen in Nord- und Südrak und der Intervention der ECOWAS in Liberia darauf hin, daß das Recht sich hier geändert hat. Es sollte natürlich festgehalten werden, daß in Liberia wie auch Somalia die Regierung in praktischer Hinsicht nicht mehr existierte. Eine Intervention kann in einem solchen Fall immer leichter akzeptiert werden als etwa in einer Situation wie in Irak, wo die Bedrohung von einem Regime ausgeht, das nur zu wirkungsvoll ist, und der Zweck der Intervention darin bestünde, die Bevölkerung vor der Regierung dieses Staates zu schützen. Es ist jedoch wiederum festzuhalten, daß die Operationen in Irak das Entstehen zumindest eines begrenzten Rechtes der Intervention in solchen Fällen nahelegen.

Wie begrenzt dieses Recht schließlich sein wird, ist schwer zu sagen. Die Umstände machen aus Irak einen Präzedenzfall von sehr spezieller Art.³² Erstens waren die Menschenrechtsverletzungen Iraks und das Ausmaß der Tötungen in diesem Land objektiv nachgewiesen, die Misere der Kurden wurde extensiv im Fernsehen dargestellt und die der Schiiten wurde im Van-der-Stoep-Bericht dokumentiert. Zweitens waren die Eingriffe in Ausmaß und Ziel begrenzt – es gab keinen Versuch, die Regierung Iraks zu ersetzen oder einen neuen Staat zu schaffen (anders als bei Bangladesch). Schließlich bedeuteten die Auswirkungen der Situation in Irak auf die Nachbarstaaten und die Feststellung des Sicherheitsrats, daß die Konsequenzen der Handlungsweise Iraks eine Bedrohung des internationalen Friedens und der Sicherheit darstellen, daß die Situation schon internationalisiert war, bevor die Interventionen stattfanden. Die Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Intervention unter diesen Umständen bedeutet jedoch nicht notwendigerweise, daß das internationale Recht ein Recht auf humanitäre Intervention so extensiv auslegt, wie dies von einigen Autoren dargestellt wird. Darüber hinaus kann die Anerkennung der Tatsache, daß humanitäre Intervention in einigen Fällen rechtmäßig sein kann, nicht eventuelle praktische Probleme lösen.

All die betrachteten Fälle werden vielleicht noch zeigen, daß es einfacher ist, eine humanitäre Intervention zu beginnen, als sie zu beenden. Die Möglichkeiten für einen Mißbrauch dieses Rechts auf humanitäre Intervention bleiben heute so groß wie eh

und je. Selbst wenn der intervenierende Staat völlig in gutem Glauben handelt und nur darauf abzielt, begrenzte humanitäre Ziele zu erreichen, können seine Handlungen das Kräfteverhältnis innerhalb eines Staates entscheidend verändern. Die Intervention im Nordirak wurde nicht mit dem Ziel der Schaffung eines unabhängigen kurdischen Staates unternommen, aber es hat in der Praxis zu einer kurdischen Autonomie geführt, zumindest zeitweilig. Dennoch scheint es, daß das Recht der humanitären Intervention sich für die Vereinten Nationen wie auch für einzelne Staaten geändert hat. Es ist nicht länger tragbar, daß das internationale Recht militärische Intervention gänzlich verbietet, wenn eine Regierung ihr eigenes Volk massakriert oder ein Staat in Anarchie fällt.

ANMERKUNGEN

- ¹ Vgl. Charta der Vereinten Nationen, Artikel 2 (4).
- ² Vgl. beispielsweise R. R. Lillich in: J. N. Moore, *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore 1974, S. 229, sowie vorsichtiger Sir H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 8. Auflage, London 1955, S. 312.
- ³ Vgl. etwa I. Brownlie in: Moore, a.a.O., S. 217; N. Ronzini, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht 1985, Kapitel IV; sowie N. Rodley, *To Loose the Bands of Wickedness*, London 1992, Kapitel 2.
- ⁴ *France* und N. Rodley, *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, in: *American Journal of International Law* (1973), S. 275.
- ⁵ S. Chatterjee, *Some Legal Problems of Support Role in International Law: Tanzania and Uganda*, in: *International Comparative Law Quarterly*, 1981, S. 755.
- ⁶ G. Kinnworth, *Vietnam's Intervention in Cambodia in International Law*, Canberra 1989.
- ⁷ Jahrbuch der Vereinten Nationen (1979), S. 271 ff.
- ⁸ *Military and Paramilitary Activities case*, *International Law Reports* 468/469, para. 268.
- ⁹ *Arulpanasam*, in: *Harvard International Law Journal*, 1988, S. 178.
- ¹⁰ *Foreign Policy Doc.* 148: Is Intervention Ever Justified?, Extracts published in G. Monson, *UK Materials on International Law*, *British Yearbook of International Law* (1986, S. 618 f.).
- ¹¹ Vgl. Rodley, a. a. O.
- ¹² SC. Res. 418.
- ¹³ *Diplomatic World Bulletin*, Jg. 22, Mai 1991.
- ¹⁴ Deutsch in EA 9/1991, S. D 234. Die im folgenden erwähnte Waffenstillstandsresolution 687, ebenda S. D 227 ff.
- ¹⁵ Rede von Hurd am 10. April 1991, anlässlich eines Banketts des Lord Mayor.
- ¹⁶ H. C. *Debs*, Bd. 189, Sp. 21, 15, 4. 1991.
- ¹⁷ Deutsch in EA 2/1991, S. D 62.
- ¹⁸ Vgl. Sir R. Jennings und Sir A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Bd. 1, 9. Aufl., London 1992, S. 442, Nr. 18.
- ¹⁹ Interview mit BBC Radio 4, „Today“ programme, 19. 8. 1991.
- ²⁰ UN Doc S/21485.
- ²¹ UN-Charta, Artikel 53.
- ²² UN Doc. S/22133 und S/23886.
- ²³ Vgl. den Bericht des Generalsekretärs, Agenda für den Frieden vom Juni 1992, UN Doc S/24111 S. 6 und S. 14–16, Auszug in EA 24/1992, S. D 657 ff.
- ²⁴ UN Doc S/24868.
- ²⁵ Ebenda.
- ²⁶ Vgl. Press Release SC/5516.
- ²⁷ Vgl. *Greenwood*, *Iraq's invasion of Kuwait: some legal issues*, in: *The World Today*, März 1991, S. 39.
- ²⁸ Press Release.
- ²⁹ Vgl. J. Zanetich, *The Yugoslav conflict* (Adelphi Paper 270, 1992), und den exzellenten Artikel über rechtliche Entwicklungen von M. Weller, *The international Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, in: *American Journal of International Law*, 1992, S. 569.
- ³⁰ Deutsch in EA 21/1991, S. D 550 ff.
- ³¹ Meinung Nr. 1 der Badinter-Kommission, *International Law Reports* 162, in ihrer Meinung Nr. 8 vom 4. Juli 1992 stellte die Kommission fest, daß dieser Prozeß der Auflösung jetzt abgeschlossen sei, *International Law Reports* 199.
- ³² Vgl. die neue, 9. Auflage des klassischen Werkes Oppenheim's *International Law*, a. a. O., S. 443, Fußnote 18 für die sehr vorsichtige Formulierung der Tragweite eines solchen Rechts.

Die UN-Deklaration zum Minderheitenschutz

Von Klaus Dicks

Die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat am 18. Dezember 1992 eine Deklaration „über die Rechte von Personen, die zu nationalen oder ethnischen, religiösen und sprachlichen Minderheiten gehören“,¹ verabschiedet. Diese Deklaration ist aus mindestens drei Gründen eine nähere Analyse wert: Erstens nehmen die Vereinten Nationen mit dieser Erklärung zu einem Thema Stellung, das nach dem Ende des „Kalten Krieges“ wieder an die Oberfläche der europäischen politischen Agenda gespült wurde; zu dem Thema Minderheitenschutz. Zweitens leiten die Vereinten Nationen mit dieser Erklärung eine Kurskorrektur ihrer seit 1948 festgelegten Minderheitenpolitik ein, und drittens schaltet sich die Weltorganisation mit dieser Erklärung in die Debatte über eines der grundlegenden Prinzipien der zwischenstaatlichen Ordnung seit 1648 ein, nämlich das Prinzip der Souveränität des territorialen Flächenstaates.

Historische Skizze des internationalen Minderheitenschutzes

Das politische Problem der Behandlung von Minderheiten steht seit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 auf der Tagesordnung der internationalen Politik.² Der Grundsatz des „*cuius regio, eius religio*“ stellte die Landesherren vor das Problem, wie mit den nicht ihrem Bekenntnis folgenden Minderheiten zu verfahren sei. Der Grundsatz selbst implizierte die Lösung: Damit der Sinn des gerade entstehenden Territorialstaates, eine nach innen wirkende Friedensordnung zu sein, nicht gefährdet wurde, wurde ihnen die Ausreisepflicht gewährt. Zu einer multilateralen Vereinbarung über den Schutz nationaler Minderheiten kam es erst mit der Wiener Kongressakte von 1815, deren Artikel 1 der polnischen Minderheit in Preußen, Österreich und Rußland besonderen Schutz zusicherte, was in Preußen zu einer ausgesprochen liberalen Minderheitenpolitik führte.³ Die dritte historische Station ist das Ende des Ersten Weltkriegs: Um neuen Nationalitätenkonflikten präventiv zu begegnen, waren in den Friedensverträgen mit solchen Staaten, auf deren Territorium nationale Minderheiten lebten, besondere Minderheitenrechte enthalten. Insbesondere der Gebrauch der Muttersprache im öffentlichen Leben sowie die Ausübung politischer und kultureller Menschenrechte waren garantiert; der Völkerbund hatte die Aufgabe, die Durchführung, etwa durch Entgegennahme von Petitionen von Seiten der Minderheiten, zu überwachen und das Minderheitenschutzsystem auf andere Staaten auszuweiten. Obgleich hier erstmals von einem – in Details durchaus erfolgreichen – System des Minderheitenschutzes gesprochen werden kann, scheiterte dieses System letztlich ebenso wie der Völkerbund selbst.

Diese historische Skizze verdeutlicht drei Entwicklungslinien, welche die internationale Minderheitenpolitik prägen: Erstens konzentriert sich der internationale Minderheitenschutz auf religiöse, sprachliche und nationale Minderheiten. Wo immer auf einem Territorium religiös, sprachliche oder von ihrer ethnischen bzw. nationalen Herkunft her von der Mehrheitsbevölkerung unterschiedene Gruppen

Priv.-Doz. Dr. Klaus Dicks, Lehrstuhlvertreter am Institut für Politikwissenschaft der Universität Mainz. Der Beitrag stellt die überarbeitete Fassung eines Vortrages dar, den der Verfasser im Januar 1993 an der Universität Eichstätt gehalten hat.

ABHANDLUNGEN

Humanitarian Intervention through the United Nations: Towards the Development of Criteria[©]

*Richard B. Lillich*¹

At the beginning of this year, New York Times' columnist William Safire set out his annual list of prognostications for the coming twelve months. Leading off the list, he gave his readers three choices for the "most unexpected good news" of 1993: (a) Charles and Diana reconcile; (b) President Clinton delivers a suitably short inaugural address; and (c) the "right to intervene" to stop anarchy or genocide becomes international law². Writing just a month after the UN Security Council had authorized the use of force "to restore peace, stability and law and order" to Somalia³, his own personal pick was the latter.

Nearly a year later, after the international community's dismal failure to sanction forceful actions to halt rump Yugoslavia's savage slaughter, mass rapes, "ethnic cleansing" and undoubted genocide in Bosnia and other parts of the former Yugoslavia⁴, the right of humanitarian intervention – even (perhaps especially) by the United Nations – seems more of a will-o'-the-wisp than a legal reality. Indeed, in view of the international community's reluctance to address satisfactorily the gross and persistent human rights violations well-known to be occurring in numerous other countries – Angola, Haiti and Liberia come easily to mind – it seems almost quixotic at present to devote time and effort to an attempt to develop legal criteria for UN humanitarian intervention.

© The Procedural Aspects of International Law Institute, Inc., 1993. An earlier version of this Article, entitled "The Development of Criteria for Humanitarian Intervention", was presented to a Wilton Park Special Conference on "Legal Aspects of Humanitarian Assistance and Intervention" held at Wiston House, Steyning, U.K., on July 2-4, 1993.

¹ Howard W. Smith Professor of Law, University of Virginia School of Law, and President, Procedural Aspects of International Law Institute.

² Safire, If at First You Goof, Try, Try Again, *Int'l Herald-Tribune*, Jan. 4, 1993, at 6, cols. 3-5.

³ S.C. Res. 794, U.N. Doc. S/RES/794 (1992).

⁴ Editorial, A Diary of Disgrace, *Int'l Herald-Tribune*, Dec. 21, 1992, at 4, cols. 1-2.

17

Nevertheless, since the end of the Cold War has freed up the Security Council and permitted it to authorize various degrees of forceful action in Iraq, the former Yugoslavia and Somalia, precedent for UN-sanctioned humanitarian intervention has been established and, it is to be hoped, may be invoked again in future cases. Thus the identification and elaboration of suggested criteria that might prove useful in deciding whether to undertake a given intervention and in monitoring its legality thereafter is not an entirely academic enterprise. Indeed, because until recently little if any attention has been paid to developing criteria for UN, as opposed to unilateral or collective, humanitarian intervention, such an exercise may have the salutary effect of underscoring that the UN now has not only a right, but perhaps "in extreme cases even a duty, to intervene when States severely infringe human rights"⁵. The academic community and non-governmental organizations especially should take the lead in proposing such criteria, as most States hardly can be expected to press energetically for the construction and clarification of a doctrine that carries with it obvious limitations on their once-absolute freedom of action with respect to the treatment of individuals within their borders⁶.

This Article, therefore, will begin with a brief review of previous efforts to clarify the status of and define criteria for unilateral and collective humanitarian intervention; next proceed to an equally brief summary of the constitutional underpinnings of UN humanitarian intervention; then in summary fashion posit a half-dozen tentative criteria for such interventions; and finally conclude with a plea that the UN recognize humanitarian interventions, or at least the threat thereof, as the potent weapon they can be in its continuing effort to protect the basic human rights of individuals in crisis situations.

⁵ Schermers, *The Obligation to Intervene in the Domestic Affairs of States*, in: Delissen/Tanja (eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven* 583, 592 (1991). See also Beigbeder, *The Role and Status of International Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance* (1991). Rodley even suggests that "[a] growing number of influential governments take the view that there is a threshold beyond which inaction is impermissible", Rodley, *Collective Intervention to Protect Human Rights and Civilian Populations: The Legal Framework*, in: Rodley (ed.), *To Loose the Bonds of Wickedness: International Intervention in Defence of Human Rights* 14, 35 (1992). One wonders what governments he had in mind.

⁶ Schermers, *supra* note 5, at 591.

1. Previous Efforts to Clarify the Status of and Define Criteria for Humanitarian Intervention

Traditional international law, in the pre-Charter period, recognized one principal doctrine under which a State or group of States could intervene in another State to put an end to human rights violations that had reached intolerable proportions. That doctrine – humanitarian intervention – permitted such interventions when a State mistreated its own nationals in a way so far below international minimum standards as "to shock the conscience of mankind ..."⁷. Although many international lawyers, like Brownlie, question the doctrine's legal pedigree⁸, a substantial number, like Falk, believe that State practice before 1945 "exhibits many instances in which intervention was prompted by humanitarian considerations that one can condemn only by waving too vigorously the banners of sovereignty"⁹.

The effect of the UN Charter – particularly Arts. 2(4) and 2(7) – on the humanitarian intervention doctrine received little attention in the literature on the organization and its human rights responsibilities for over two decades. The drafters of the Charter, as a thorough study of the San Francisco conference has demonstrated, paid no attention to whether the doctrine was to survive the Charter, and its signatories, while obligating themselves to promote the protection of human rights, surely recognized that the Charter contained no explicit provisions permitting either the organization itself or its Member States, individually or collectively, to take forceful action even in extreme situations to compel a recalcitrant State to comply with its human rights obligations¹⁰. Thus, in the words of D'Amato, "[w]ith the establishment of the United Nations in 1945, substantial doubt was cast upon the older precedents supporting the legal-

⁷ 1 Oppenheim, *International Law* 312 (8th ed. Lauterpacht 1955).

⁸ Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* 338–342 (1963). Compare Brownlie, *Humanitarian Intervention*, in: Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World* 217 (1974) with Lillich, *Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and a Plea for Constructive Alternatives*, in *id.* at 229.

⁹ Falk, *Legal Order in a Violent World* 161 (1968). "The treatment of the Jews by Hitler provides a recent vivid illustration of a situation in which respect for the internal autonomy seems to be less compelling than the impulses that prompt and, in the opinion expressed here, vindicate intervention".

¹⁰ Huston, *Human Rights Enforcement Issues of the United Nations Conference on International Organization*, 53 *Iowa L. Rev.* 272 (1967).

ity of the use of force short of war"¹¹. Farer is even more categorical: "The nub of the matter, then, is that if one deems the original intention of the founding states to be controlling with respect to the legitimate occasions for the use of force, then humanitarian intervention is illegal"¹².

In any event, it soon became apparent that there was tension between the two major purposes of the UN Charter: the maintenance of peace and the protection of human rights. Art. 2(4), the Charter provision relevant to both purposes, prohibits "the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations". Only two exceptions are explicitly provided for by the Charter, namely, individual or collective self-defence under Art. 51, and UN enforcement action for the maintenance of peace and security under Chapter VII. The latter, of course, is specifically excepted from Art. 2(7)'s prohibition against UN intervention in "matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state ...".

Soon after the establishment of the United Nations, this tension was noted by the late Judge Jessup, who examined the impact of the above provisions and concluded that the forcible protection of nationals abroad, a doctrine related to and often confused with humanitarian intervention, was no longer permitted because the Charter had preempted all unilateral or collective State actions previously permitted by customary international law¹³. However, he carefully entered the caveat that if the Security Council, which with its Military Staff Committee and pledged national contingents in a state of readiness, was not able to act under Chapter VII with the speed requisite to preserve life, then unilateral or collective measures by a State or group of States might be substituted for UN measures¹⁴. Nearly two decades later, with a notional Military Staff Committee and no Art. 43 agreements providing national contingents for a UN force having been concluded, the present writer advanced the view

¹¹ D'Amato, *International Law: Process and Prospect* 53 (1987). D'Amato attributes the failure to authorize forceful action to protect human rights to the fact that a majority of the delegates who signed the Charter probably regarded the preservation of peace as far more important than the promotion of justice. *Id.* at 54. Accord, Farer, *An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention*, in: Damrosch/Scheffer (eds.), *Law and Force in the New International Order* 185, 190 (1992): an objective observer "cannot help concluding that the promotion of human rights ranked far below the protection of national sovereignty and the maintenance of the peace as organizational goals".

¹² *Id.* at 191 (emphasis deleted). Accord, Brownlie, *International Law*, *supra* note 8.

¹³ Jessup, *A Modern Law of Nations* 169-170 (1948).

¹⁴ *Id.* at 170-171.

that, in the absence of effective UN humanitarian intervention, unilateral or collective humanitarian intervention was not precluded in serious human rights deprivation cases¹⁵. Shortly thereafter McDougal and Reisman, in their famous memorandum entitled "Humanitarian Intervention to Protect the Ibos"¹⁶, strongly urged UN humanitarian intervention in Nigeria, either authorized by the Security Council under Chapter VII or by the General Assembly under the Uniting-for-Peace Resolution¹⁷, but also contended that in its absence unilateral or collective humanitarian intervention by States would be lawful given the facts at hand. Their memorandum concluded with the interesting and provocative suggestion that the United Nations institutionalize a system of humanitarian intervention, including a Protocol of Procedure for Humanitarian Intervention to be drafted by the International Law Commission.

The International Law Association picked up this suggestion in 1970 and, in a series of four reports, attempted to draft such a Protocol¹⁸. Unfortunately, despite an emerging consensus on the importance of UN humanitarian intervention, the effort foundered in 1976 on the question of whether, if a veto prevented the Security Council from acting under Chapter VII, as would have been the case had forcible UN action in Namibia been proposed, unilateral or collective humanitarian intervention by States would have been lawful. A similar research project by the Procedural Aspects of International Law Institute about the same time on "Humanitarian Intervention Through the United Nations" soon reached the conclusion, in Weston's words, that "if we are to limit humanitarian intervention to global organization intervention or its equivalent, then we are not talking about a real world. I don't think that we can

¹⁵ Lillich, *Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights*, 53 *Iowa L. Rev.* 325, 344-351 (1967). See also Lillich, *Intervention to Protect Human Rights*, 15 *McGill L.J.* 205 (1969).

¹⁶ Reisman/McDougal, *Humanitarian Intervention to Protect the Ibos*, in: Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations* 167 (1973) [hereinafter cited *Humanitarian Intervention*].

¹⁷ G.A. Res. 377(V), 5 U.N. GAOR Supp. No. 20, at 10, U.N. Doc. A/1775 (1950).

¹⁸ Interim Report of the Sub-Committee on the International Protection of Human Rights by General International Law, I.L.A. Report of the Fifty-Fourth Conference 633 (The Hague 1970); Second Interim Report of the Sub-Committee on the International Protection of Human Rights by General International Law, I.L.A. Report of the Fifty-Fifth Conference 608 (New York 1972); Third Interim Report of the Sub-Committee on the International Protection of Human Rights by General International Law, I.L.A. Report of the Fifty-Sixth Conference 217 (New Delhi 1974); and Final Report of the Sub-Committee on the International Protection of Human Rights by General International Law, I.L.A. Report of the Fifty-Seventh Conference 519 (Madrid 1976).

expect the United Nations to intervene actively through the use of force except in the most limited circumstances"¹⁹. The PAIL project, however, did produce a seminal and still-useful volume, *Humanitarian Intervention and the United Nations*²⁰, as well as an interesting if generally overlooked student Note entitled "A Proposed Resolution Providing for the Authorization of Intervention by the United Nations, A Regional Organization, or A Group of States In A State Committing Gross Violations of Human Rights"²¹. The vast outpouring of legal literature on the subject during the past two decades, however, has focused almost exclusively upon unilateral or collective humanitarian intervention, and with rare exceptions has added little new to the debate²².

The one legacy left by the ILA reports and the PAIL research project that remains relevant for present purposes is the attempt to clarify criteria by which the legality of non-UN humanitarian interventions might be judged. Building upon earlier lists compiled principally by U.S. academic lawyers²³, the ILA's Third Interim Report offered the following 12 criteria:

1. There must be an imminent or ongoing gross human rights violation.
2. All non-intervention remedies available must be exhausted before a humanitarian intervention can be commenced. (See also criteria 9.)
3. A potential intervenor before the commencement of any such intervention must submit to the Security Council, if time permits, its views as to the specific limited purpose the proposed intervention would achieve.
4. The intervenor's primary goal must be to remedy a gross human rights violation and not to achieve some other goal pertaining to the intervenor's own self-interest.
5. The intent of the intervenor must be to have as limited an effect of [sic] the authority structure of the concerned State as possible, while at the same time achieving its specific limited purpose.

¹⁹ Weston, in *Humanitarian Intervention*, *supra* note 16, at 85.

²⁰ See *supra* note 16.

²¹ 13 Va. J. Int'l L. 340 (1973).

²² For this literature up to the end of 1990, see Lillich, *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice*, 604-606 (1991). Prominent among the exceptions is Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality* (1988), who, like his counterparts, essentially ignores the possibility of UN humanitarian intervention.

²³ See, e.g., Nanda, *The United States' Action in the 1965 Dominican Crisis: Impact on World Order - Part I*, 43 Denver L.J. 439, 475-479 (1966); Lillich, *Forcible Self-Help*, *supra* note 15, at 347-351; and Moore, *The Control of Foreign Intervention in Internal Conflict*, 9 Va. J. Int'l L. 205, 264 (1969).

6. The intent of the intervenor must be to intervene for as short a time as possible, with the intervenor disengaging as soon as the specific limited purpose is accomplished.

7. The intent of the intervenor must be to use the least amount of coercive measures necessary to achieve its specific limited purpose.

8. Where at all possible the intervenor must try to obtain an invitation to intervene from the recognized government and thereafter co-operate with the recognized government.

9. The intervenor, before its intended intervention, must request a meeting of the Security Council in order to inform it that the humanitarian intervention will take place only if the Security Council does not act first. (See also criteria 2 & 3.)

10. An intervention by the United Nations is preferred to one by a regional organization, and an intervention by a regional organization is preferred to one by a group of States or an individual State.

11. Before intervening, the intervenor must deliver a clear ultimatum or "peremptory demand" to the concerned State insisting that positive actions be taken to terminate or ameliorate the gross human rights violations.

12. Any intervenor who does not follow the above criteria shall be deemed to have breached the peace, thus invoking Chapter VII of the Charter of the United Nations²⁴.

The above twelve criteria, it is submitted, are a useful starting point in any effort to establish legal norms to govern possible UN humanitarian interventions in the future, but they are no more than a first step. For, in assessing what criteria should apply to UN-authorized interventions, one should recall Bowett's admonition that "an intervention authorized by a competent organ of the United Nations, whilst undoubtedly subject to a test of legality, is not subject to the same test as unilateral action by states"²⁵.

II. Constitutional Underpinnings of UN Humanitarian Intervention

UN humanitarian interventions, to be justified on legal grounds, presumably must be authorized by the Security Council under Art. 42 after a finding, pursuant to Art. 39, that there exists a "threat to the peace,

²⁴ Third Interim Report, *supra* note 18, at 219-220.

²⁵ Bowett, *The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defense*, in: Moore, *supra* note 8, at 38, 45 (emphasis in original).

breach of the peace, or act of aggression ...". Absent such authorization, some observers have postulated that the General Assembly might be seized with the power to intervene pursuant to its Uniting-for-Peace Resolution²⁶ or, *de lege ferenda*, proposed Uniting-Against-Genocide or Uniting-Against-Crimes-Against-Humanity resolutions²⁷. While the possible future role of the General Assembly in this regard is worthy of far more consideration than it has received to date, until now attention has been focused almost exclusively upon the Security Council. For this reason, it is the focus adopted for the balance of this Article.

One must begin a parsing of the authority granted the Council by Art. 39 by acknowledging the fact that, just as the Charter's drafters did not expressly address the doctrine of unilateral humanitarian intervention, so too "[n]othing in the *travaux* suggests that the parties envisioned a government's treatment of its own nationals as likely to catalyze a threat or breach" triggering potential Security Council action under Chapter VII²⁸. Subsequent Council practice, however, has put a gloss on the phrase "threat to the peace" and, especially during the past three years, has changed the attitudes and expectations of UN Member States with respect to the legitimacy, if not the likelihood, of UN humanitarian interventions. While these changes, following the end of the Cold War and the break-up of the former Soviet Union, may have come as a surprise, the Security Council's *de facto* amendment of the Charter to permit humanitarian intervention by the organization, regional organizations and Member States is in keeping with the constitutional law of the Charter. For, to paraphrase Chief Justice Hughes' remarks about the U.S. Constitution and the Supreme Court, the international community is bound by the UN Charter, but the Charter is what (in this case) the Security Council says it is²⁹.

The Security Council first interpreted a State's human rights violations to constitute a "threat to the peace" in 1968 when it adopted comprehen-

²⁶ See *supra* note 17.

²⁷ Such resolutions have been proposed by at least one U.S. scholar. See Newman, in Humanitarian Intervention, *supra* note 16, at 123-124.

²⁸ Farer, *supra* note 11, at 190. "Taken together with the so-called 'veto' power and Art. 2(7)'s explicit denial of U.N. jurisdiction with respect to matters of a primarily domestic character, these structural elements and normative arrangements imply that the ultimate shared value of the member states remained what it had been for the two previous centuries, namely national sovereignty", *id.* at 190-191.

²⁹ "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is ...", Bartlett's Familiar Quotations 700 (15th ed. 1980).

sive mandatory economic sanctions in the case of Southern Rhodesia³⁰. Nine years later it used the same rationale when it imposed a mandatory arms embargo upon South Africa³¹. These resolutions, while precedent-setting, nevertheless were so entwined with the issues of self-determination and apartheid that their value in situations involving other internal human rights deprivations is somewhat problematic³².

The same cannot be said with respect to a Gulf War follow-up resolution designed to protect Iraqi nationals, primarily Kurds, from further repression by their Government. Security Council Resolution 688, adopted on 5 April 1991, noted the Council's responsibilities for the maintenance of international peace and security – an implied reference to Chapter VII – and expressed its concern that Iraq's actions had "led to a massive flow of refugees towards and across international frontiers and to cross border incursions, which threaten international peace and security"³³. The resolution, which demanded that Iraq immediately end its repression and allow immediate access by international humanitarian organizations to all persons in need of assistance, contained no express reference to Chapter VII, however, nor did it specifically authorize the allied military intervention to create "safe havens" that subsequently took place.

Pease and Forsythe maintain that by adopting Resolution 688 "[t]he Security Council for the first time in its history stated a clear and explicit linkage between human rights violations materially within a state (although there were indeed international repercussions) and a threat to international security"³⁴. They conclude, therefore, that "the Council clearly has the legal authority to authorize [*in futuro*] armed action, or lesser coercive measures, to correct human rights

³⁰ S.C. Res. 253, 23 U.N. SCOR, Res. and Dec. at 5 (1968). On the legality of Rhodesian sanctions and the arguments pro and con their adoption, compare McDougal & Reisman, Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern, 62 Am. J. Int'l L. 1 (1968) with Acheson, The Arrogance of International Lawyers, 2 Int'l Law. 591 (1968). For a comprehensive study of these sanctions, see Gowlland-Debbas, Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia (1990).

³¹ S.C. Res. 418, 32 U.N. SCOR, Res. and Dec. at 5 (1977).

³² Malanczuk, Humanitarian Intervention and the Legitimacy of the Use of Force 16 (Inaugural Lecture, Univ. of Amsterdam, Jan. 22, 1993).

³³ S.C. Res. 688, U.N. Doc S/RES/688 (1991).

³⁴ Pease & Forsythe, Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics, 15 Hum. Rts. Q. 290, 303 (1993) (emphasis added).

violations materially within a territorial state"³⁵. Malanczuk, on the other hand, believes that "the resolution cannot be cited as precedent for the proposition that the Security Council views massive, but purely internal human rights violations as such, without transboundary effects, as a direct threat to international peace and security"³⁶. Nor does he regard the resolution as precedent "for the authorization of the use of force by the Security Council to protect human rights in such circumstances"³⁷. His more guarded conclusions seem persuasive. Nevertheless, the resolution remains a pathbreaking one insofar as it characterizes internal human rights deprivations having external effects as constituting a threat to international peace and security.

The most recent and striking "normative landmark of genuine Security Council practice of humanitarian intervention"³⁸, however, is Resolution 794, adopted on 3 December 1992, concerning Somalia³⁹. After first determining that "the magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia, further exacerbated by the obstacles being created to the distribution of humanitarian assistance, constitutes a threat to international peace and security", the Council further determined "to restore peace, stability and law and order with a view to facilitating the process of a political settlement under the auspices of the United Nations, aimed at national reconciliation in Somalia ...". To achieve these objectives the Council, invoking Chapter VII, authorized the Secretary-General and cooperating Member States "to use all necessary means to establish as soon as possible a secure environment for humanitarian relief operations in Somalia ...".

It is noteworthy that this resolution, while invoking Chapter VII, makes no mention whatsoever of the effects, real or notional, of the Somalia crisis on neighboring States, specifically the flow of refugees. Likewise, in the debate leading up to Resolution 794, the principal focus was on the violence and vandalism occurring within Somalia, not on the actual or possible flow of refugees to neighboring States. Although the participants in the debate clearly recognized that the situation in Somalia had external repercussions, the sense of the Security Council was that the

³⁵ Id. at 304. Somewhat more cautiously, Rodley suggests that Resolution 688 "represents what could be a first step towards a possible doctrine of collective military intervention to protest human rights", Rodley, *supra* note 5, at 33.

³⁶ Malanczuk, *supra* note 32, at 17-18.

³⁷ Id. at 18 (emphasis deleted).

³⁸ Id. at 24.

³⁹ *Supra* note 3.

internal situation, in and of itself, warranted action and would anywhere that it might be replicated.

While the Somali situation was very different from that which had presented itself in Iraq, the Security Council clearly saw common ground between Resolutions 688 and 794, namely, that internal disorders of such magnitude were a proper concern of the Council wherever they may occur. Thus, in voting for the resolution, the U.S. representative noted that, while the Council's immediate objective was to resolve the Somalia crisis, "the international community is also taking an important step in developing a strategy for dealing with the potential disorder and conflicts of the post-Cold War world"⁴⁰. He added that "in the case of Somalia, and in other cases we are sure to face in the future, it is important that we send this unambiguous message: the international community has the intent and will to act decisively regarding peace-keeping problems that threaten international stability"⁴¹.

Heartening as it is to see the Security Council, freed from its Cold War shackles, move towards the recognition and clarification of a doctrine of UN-sanctioned humanitarian intervention, it should not be overlooked that the Council, the key player in this area, is not necessarily reflective of the views of many UN Member States. As Reisman reminds us, "[t]he United Nations system was essentially designed to enable the Permanent Five, if all agree, to use Charter obligations and the symbolic authority of the organization as they think appropriate to maintain or restore international peace, as they define it"⁴². A decision by the Security Council that a threat to the peace sufficient to warrant UN humanitarian intervention exists, according to Reisman,

expands the Charter's contingencies for action under Art. 39 and engages the full authority of the United Nations, yet it need not be financed through the general budget and, hence, is not subject to control by the General Assembly. As such, [it] may aggravate certain latent tensions between the Permanent Five and the rest of the United Nations⁴³.

These tensions have surfaced recently in several contexts. In the *Lockerbie* case⁴⁴, for instance, where Libya challenged as *ultra vires* a Se

⁴⁰ U.N. Doc. S/PV.3145, at 36 (Dec. 3, 1992).

⁴¹ Id. at 38.

⁴² Reisman, *Peacemaking*, 18 Yale J. Int'l L. 415, 418 (1993) (emphasis added).

⁴³ Id. at 421.

⁴⁴ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.K.; Libya v. U.S.*), Provisional Measures, 1992 ICJ Rep. 3, 114 (Orders of Apr. 14).

curity Council resolution – based upon a threat to the peace rationale – ordering it to surrender two of its nationals accused of bombing Pan Am 103, the International Court of Justice held that the resolution, taken under Chapter VII, preempted its jurisdiction under the Montreal Convention. Franck, likening the case to *Marbury v. Madison*⁴⁵, believes that “the Court has carefully, and quietly, marked its role as the ultimate arbiter of institutional legitimacy”⁴⁶. “As in *Marbury*”, he argues,

the Court superficially appears to accede to the broad discretionary power of the system’s political “branch”. But, as in *Marbury*, it accedes not by refusing to decide, but by exercising its power of decision. The Security Council’s action in imposing sanctions is adjudged *intra vires* precisely because the majority of judges seems to agree that, for purposes of interim measures, Art. 103 of the Charter “trumps” any rights Libya might have under the Montreal Convention, and thus frees the Security Council to apply sanctions as a suitable remedy in exercise of its powers under Chapter VII⁴⁷.

One need not share Franck’s enthusiasm for this reading of *Lockerbie*⁴⁸ to agree that the case raises the fundamental question of whether the Court, under the UN Charter, possesses the competence to review decisions of the Security Council taken under Chapter VII. Certainly, as Reisman has recently pointed out, “several judges in *Lockerbie* indicated, some more tentatively than others, that, under certain circumstances, a decision by the Security Council might be viewed as invalid by the Court”⁴⁹. However, he finds it difficult to locate limitations in the Charter on the Security Council’s actions taken when it is operating under Chapter VII, noting particularly that the term “threat to the peace” “has proved to be quite elastic in the hands of the Council”⁵⁰. The very absence of limiting standards, he concludes, “in a context where so much power is assigned to the Council, is telling. A judicial review function, viewed in the formal Charter regime, seems somewhat difficult”⁵¹. The real significance of *Lockerbie*, therefore, may be less in the case itself than

⁴⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁶ Franck, The “Powers of Appreciation”: Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?, 86 Am. J. Int’l L. 519, 523 (1992).

⁴⁷ Id. at 521.

⁴⁸ *Lockerbie* is not the first time that the author has compared a Judgment of the Court to *Marbury v. Madison*. See Franck, Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases, 69 Am. J. Int’l L. 612 (1975).

⁴⁹ Reisman, The Constitutional Crisis in the United Nations, 87 Am. J. Int’l L. 83, 92 (1993).

⁵⁰ Id. at 93.

⁵¹ Id. at 94.

in the fact that it is the judicial manifestation of “an international constitutional struggle on many fronts, as the governments of the majority of small states seek some checks and balances on unrestrained Security Council action, just as they sought to impose them, without significant success, in San Francisco in the spring of 1945”⁵².

The political counterpart to the legal debate in and over *Lockerbie* is reflected throughout various UN fora. At the Security Council summit meeting in January 1992, Zimbabwe’s Foreign Minister Shamuyarira, focusing upon UN humanitarian intervention, posed the issue with especial cogency and caution:

In the era we are entering, the Council will be called upon to deal more and more with conflicts and humanitarian situations of a domestic nature that could pose threats to international peace and stability. However, great care has to be taken to see that these domestic conflicts are not used as a pretext for the intervention of big Powers in the legitimate domestic affairs of small States, or that human rights issues are not used for totally different purposes of destabilizing other Governments. There is, therefore, the need to strike a delicate balance between the rights of States, as enshrined in the Charter, and the rights of individuals, as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights.

Zimbabwe supports very strongly both the Universal Declaration of Human Rights and the Charter on these issues. Zimbabwe is a firm subscriber to the principles in the United Nations Declaration on Human Rights. However, we cannot but express our apprehension about who will decide when to get the Security Council involved in an internal matter and in what manner. In other words, who will judge when a threshold is passed that calls for international action? Who will decide what should be done, how it will be done and by whom? This clearly calls for a careful drawing up and drafting of general principles and guidelines that would guide decisions on when a domestic situation warrants international action, by the Security Council or by regional organizations⁵³.

Shamuyarira’s two rhetorical questions pose no particular problem and call for the same answer: the Security Council. His final point, the major purpose of this Article, is addressed in the next Section.

⁵² Id. at 96.

⁵³ U.N. Doc. S/PV.3046, at 131 (Jan. 31, 1992).

III. Suggested Criteria for UN Humanitarian Intervention

Conventional wisdom calls for the elaboration of criteria by which the legitimacy of UN humanitarian intervention may be judged⁵⁴. Since, as pointed out in the Introduction, most States can be expected to show little interest in such an exercise (pace the Zimbabwean Foreign Minister), the academic community and NGOs must take the initiative. As the former Secretary General of Amnesty International remarked in a recent lecture, "[t]he human rights movement has the principles and the impartiality to contribute to the definition of criteria for legitimate intervention, and it must work to develop the effectiveness of the UN and regional organizations in mounting and fully controlling such interventions"⁵⁵. Until such criteria have been agreed upon, he observed, the movement "must remain inhibited in calling for armed intervention, even though only armed intervention can prevent the continued perpetration of mass violations"⁵⁶.

Nevertheless, a cautionary word may be in order. Given the lack of prior precedent, criteria necessarily must be fashioned primarily from earlier ones developed to govern unilateral or collective humanitarian intervention⁵⁷, or otherwise derived from principles of general international law⁵⁸. In either case, what is their juridical status: potential legal norms or merely policy recommendations? Since they obviously are not to be found in the text of the UN Charter, what is the impact of proposed criteria upon the Security Council's decision-making process under Chapter VII? Furthermore, is it even desirable to establish criteria during a time of rapid change, or is it not preferable to handle each situation, as Malanczuk has suggested, on a case-by-case basis⁵⁹? Schachter, a

⁵⁴ See, e.g., Scheffer, *Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention*, 23 U. Tol. L. Rev. 253, 286-293 (1992) ("Criteria for a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention").

⁵⁵ Martin, *The New World Order: Opportunity or Threat for Human Rights?*, at 23 (Lecture at the Harvard Law School, Apr. 14, 1993).

⁵⁶ Id. at 21. Compare text *supra* note 5.

⁵⁷ See text *supra* note 24.

⁵⁸ See, e.g., Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 Am. J. Int'l L. 391, 391 n. 3 (1993): "It appears clear that proportionality is also a component of the exercise of force by way of collective security action under chapter VII of the Charter".

⁵⁹ "I see no need de lege ferenda to formulate such criteria for unilateral humanitarian intervention. Nor do I see a clear reason ... to ask the General Assembly to adopt criteria in a resolution to guide collective humanitarian enforcement measures. The development should be better left to practice on a case by case basis", Malanczuk, *supra* note 32, at 31.

seasoned UN veteran, has warned against "a tendency on the part of those seeking to improve the United Nations to prescribe sets of rules for future cases, usually over-generalizing from past cases. Each crisis has its own configuration. Governments will always take account of their particular interests and the unique features of the case. While they can learn from the past, it is idle – and often counterproductive – to expect them to follow 'codified' rules for new cases"⁶⁰.

Nevertheless, the greatly increased activity of the United Nations in the humanitarian intervention and assistance areas warrants fresh study and constructive criticism to ensure that the organization – primarily the Security Council – is not proceeding down a path that may damage its future capabilities and credibility. Categorizing actual or even likely massive human rights deprivations as threats to international peace and security has a compelling moral quality to it. Yet, unless the Security Council shows itself ready, willing and able to act effectively to address such situations without in fact contributing to their exacerbation, the new opportunities that the Council certainly will face could have adverse consequences not only for its capabilities to cope with massive human rights deprivation cases, but also to resolve other, more traditional threats to the peace.

At present, the Security Council's credibility as a protector and enforcer of human rights surely is at stake. The use of limited military force in Iraq and, more recently, in Somalia, has given credibility to the Council's decisions because it has demonstrated a resolve to enforce them effectively; earlier UN actions in Somalia and, lamentably to this day, its decisions with respect to the former Yugoslavia, were not backstopped by a credible authorization or even a reasonable threat to use force if Council demands were not met. Another aspect of the credibility problem concerns the Council's willingness to act consistently in the face of widespread human rights deprivations. While it has focused its attention on Iraq, the former Yugoslavia and Somalia, equally severe deprivations have occurred in numerous other countries – Angola, Haiti and Liberia have been mentioned above – without provoking significant Council action.

To ensure even-handed treatment of roughly similar human rights situations and to guarantee wider acceptance of the legitimacy of future UN humanitarian interventions, it is recommended that the Security Council consider the following criteria in determining whether and how to intervene in a Member State for human rights purposes. This tentative list is

⁶⁰ Schachter, *Remarks*, 86 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 320 (1992).

not necessarily complete, and it is not closed: it is offered in the hope that it will provoke debate and, in the meantime, perhaps provide some useful guidance to decisionmakers in Government and at the United Nations. Presumably it will be generally acceptable to most such persons, since the list is derived not only from a revision and modification of the criteria developed to govern unilateral and collective humanitarian interventions, but also from statements made by the intervening States in the cases of Iraq and Somalia.

1. UN humanitarian intervention must be based on the actual existence or impending likelihood of gross and persistent human rights violations that shock the world's conscience. (Such violations occur, *inter alia*, from systematic and indiscriminate attacks on civilians by a central government, or a system breakdown in law and order producing the dislocation and starvation of the civilian population.)

2. The intervention should be authorized, except in rare cases, only after all reasonable diplomatic efforts on the international and regional level have been exhausted and have failed to bring about the cessation of such human rights violations.

3. The intervention must be strictly limited in scope to actions necessary and proportionate to bring about the cessation of such human rights violations.

4. The intervening forces must begin their withdrawal as soon as reasonably possible, and in any event complete such withdrawal within a reasonable period after the cessation of such human rights violations. (If a lengthy presence is necessary, the intervening forces, if possible, should be under the direct command and control of the United Nations.)

5. The intervention should preserve the territorial integrity of the target State, by which is meant that the State's boundaries, except in rare cases, should not be redrawn.

6. The intervention should not interfere with the authority structure of the target State, except where the cessation of human rights violations clearly is dependent upon the removal of the central government. (In the case of "failed States", e.g., Somalia, the intervening authorities should seek through UN auspices a national reconciliation based on the will of the people.)

The likelihood of prompt and impartial application of these criteria to situations involving actual or impending gross and persistent human rights violations obviously would be enhanced if the UN Security Council had its own capabilities to act and was no longer dependent upon the *ad hoc* initiatives of member States. In both Iraq and Somalia, the ini-

tiatives were taken and the military assets provided by major Western powers. The possibility of more, prompt and effective UN-authorized humanitarian interventions exists if the United Nations itself is provided greater capabilities to organize and command on short notice sufficient forces to carry out at least small or perhaps even mid-scale interventions. In such a case, charges that UN humanitarian interventions were Western-driven would lose much, if not all, of their validity.

Negotiation and conclusion of Art. 43 agreements between the United Nations and Member States for the provision of military forces, assistance and facilities to the organization on its call would expedite its ability to deploy "UN" forces promptly in humanitarian situations. The Secretary-General actually considered the option of a country-wide enforcement operation in Somalia to be carried out under UN command and control. However, he concluded that the Secretariat did not "at present have the capability to command and control an enforcement operation of the size and urgency required by the present crisis in Somalia"⁶¹. Concluding Art. 43 agreements would allow for coordination and training of a truly multinational force in advance of a humanitarian crisis, along with resolving in advance any humanitarian intervention command and control issues and questions as to rules of engagement. While such agreements have not been thought achievable in the past, in today's post-Cold War climate States may find them more politically acceptable, especially if limited to humanitarian interventions rather than traditional actions to repel aggression or maintain the peace⁶².

IV. A Plea for Taking UN Humanitarian Intervention Seriously

During this century unilateral or collective humanitarian interventions have been few, far between and, especially after the adoption of the UN Charter, regarded in most quarters as a violation of international law.

⁶¹ Letter dated 29 Nov. 1992 from the Secretary General to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/24868, at 5 (Nov. 30, 1992).

⁶² In addition to Art. 43 agreements, the suggestion has been made that the United Nations establish a small international volunteer force under the exclusive authority of the Security Council and the day-to-day direction of the Secretary-General. See Urquhart, For a UN Volunteer Military Force, 40 N.Y. Rev. Books No. 11, at 3 (June 10, 1993). Commentary on this proposal, generally favorable, may be found in A UN Volunteer Force - Four Views, 40 id. No. 12, at 58 (June 24, 1993); A UN Volunteer Force, 40 id. No. 13, at 52 (July 15, 1993). The likelihood of such a force being established by the United Nations in the near future seems remote.

Times have changed, and in this post-Cold War period one perceives a willingness among many members of the international community to authorize Chapter VII-based humanitarian interventions under UN auspices. Even in situations where there is no threat to the peace in the traditional sense, the Minister for Foreign Affairs of Australia, Evans, informed the General Assembly in September 1992, "there is an emerging willingness ... to accommodate [UN] collective intervention in extreme, conscience-shocking cases, and it may well be that a body of customary precedent will emerge over time and will constitute its own source of authority for such intervention in the future"⁶³.

Effective UN humanitarian interventions, however, will not be cost free. As Reisman graphically points out, they often may require

the demonstrated capacity and willingness to engage in what amounts to internationally directed war. We are not talking about 500 men from Fiji and 1500 from Canada, who have been issued blue helmets and side-arms, to police a demilitarized zone or to oversee some blue, red, or green line. We are talking of large-scale efforts against large-scale resistance. We are talking of actions that require the direct participation of the great industrial democracies⁶⁴.

He then warns, however, that "[t]he citizens of the great industrial democracies appear loathe to engage in costly military actions unless they are persuaded by their leaders that the expenditure of their blood and treasure is in the urgent national interest"⁶⁵.

Alas, their leaders have made no such effort. In May 1993 U.S. Secretary of State Christopher, backing away from Bosnia, called it "a humanitarian crisis a long way from home, in the middle of another continent ..." ⁶⁶. Shades of British Prime Minister Chamberlain talking about Czechoslovakia in September 1938: "How horrible, fantastic, incredible, it is that we should be digging trenches and trying on gas masks here because of a quarrel in a far-away country between people of whom we know nothing"⁶⁷!

Recently Buergenthal, former President of the Inter-American Court of Human Rights and survivor of Auschwitz, addressed the U.S. Helsinki Commission: "I am outraged – all humanity should be outraged

– by the inaction of the same governments which in the 1930's tried to appease Hitler and which for many months now have done the same with the murderers and rapists in the former Yugoslavia", he remarked with passion. "Not only have they done nothing, they have repeated over and over again that they would not use force. Have we learned nothing from the Holocaust?"⁶⁸

If, indeed, we have learned anything, it should be that in Bosnia and many other states today people cry out for forcible humanitarian intervention, UN-authorized or not, to bring an end to their sufferings, whether caused by political oppression or persecution or famine or other natural or man-made disasters. Perfecting criteria for such interventions may be a useful exercise in prospective international law-making and contribute eventually to the recognition of a duty to intervene to terminate or prevent massive human rights violations⁶⁹, but it will count for little or nothing now or in the near future as long as the "statesmen" of today lack the moral courage and political will even to threaten the use of force in a situation which, in President Clinton's words, "offends the world's conscience and our standards of behavior"⁷⁰.

⁶³ U.N. Doc. A/47/PV.15, at 15 (Oct. 7, 1992).

⁶⁴ Reisman, *supra* note 42, at 419.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Wash. Post, May 27, 1993, at A45.

⁶⁷ Quoted from Churchill, *The Second World War: The Gathering Storm* 315 (1948).

⁶⁸ 16 "The Helsinki Commission" Digest 3 (May 1993).

⁶⁹ See *supra* note 5.

⁷⁰ Clinton, Remarks By Bill Clinton to the ExiBank Conference, Washington, D.C. (White House Briefing, May 6, 1993).

Der *Abhandlungsteil* des vorliegenden Jubiläumshäftes ist vier Themenkomplexen gewidmet. Den Auftakt bilden Beiträge der drei Herausgeber zu völkerrechtlichen und politischen Aspekten des Kosovo-Konflikts. Hieran schließen sich drei Aufsätze zur hundertjährigen Geschichte der Friedens-Warte an. Zunächst stellt Daniel Porsch die Entwicklung der Zeitschrift von einer pazifistischen Wochenschrift zu einer friedenswissenschaftlichen Quartalsschrift dar. Frank Bodendiek blickt zurück auf das Wirken der Völkerrechtslehrer Walther Schücking und Hans Wehberg, deren Lebenswege mit der Friedens-Warte besonders eng verbunden waren. Die historischen Rahmenbedingungen der Ersten Haager Friedenskonferenz, deren Einberufung im Jahr 1899 Anlaß für die Gründung der Friedens-Warte war, erläutert dann Jost Dülffer. Im dritten Teil folgen Überlegungen zur Rolle zweier Institutionen der Staatengemeinschaft am Ende des 20. Jahrhunderts. Der IGH-Richter Carl-August Fleischhauer zieht eine Bilanz der Erfolge und Defizite des Internationalen Gerichtshofs, während Tono Eitel, der von 1995-98 Ständiger Vertreter Deutschlands bei den Vereinten Nationen war, zu der dringend erforderlichen Reform des VN-Sicherheitsrates Stellung nimmt. Den vierten und umfangreichsten Teil bildet ein Beitragspanorama zur Effektivität völkerrechtlicher Vertragsregime am Ende des 20. Jahrhunderts. Jost Delbrück befaßt sich mit der Effektivität des UN-Gewaltverbots, Thilo Marauhn mit der Durchsetzung von Rüstungskontrollvereinbarungen und Tobias Stoll mit der Effektivität des Umweltvölkerrechts. Abschließend analysiert Hanna Beate Schöpp-Schilling die Effektivität von Abkommen zum Schutz der Menschenrechte am Beispiel des Frauenrechtsübereinkommens.

In der *Historischen Miszelle* erläutert Gunter Schubert die geschichtlichen Hintergründe des Konflikts zwischen der VR China und Taiwan sowie die Ursachen für dessen Fortdauern im prekären Zustand eines latenten Konflikts mit erheblicher militärischer Eskalationsgefahr.

Die *Dokumentation* befaßt sich noch einmal mit der Haager Friedenskonferenz von 1899. Nach einer kurzen Einführung von Knut Ipsen, in der auf die Diskrepanz zwischen Initiative und Resultat hingewiesen wird, werden zunächst das Kaiserliche Manifest vom August 1898, in dem Zar Nikolaus II. zu einer internationalen Abrüstungskonferenz aufrief, und schließlich die Schlußakte der Haager Friedenskonferenz vom Juli 1899 im Wortlaut wiedergegeben.

Knut Ipsen
Volker Rittberger
Christian Tomuschat

ABHANDLUNGEN

Der Kosovo-Konflikt

Der Kosovo-Einsatz

– Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldbar?

Knut Ipsen, Bochum

Die Luftangriffe einiger NATO-Mitgliedstaaten auf die Bundesrepublik Jugoslawien wegen der "ethnischen Säuberung" des Kosovo haben der seit Inkrafttreten der UN-Charta nie gänzlich abgeschlossenen Diskussion über verbotene oder erlaubte Gewaltanwendung eine neue Kontroverse hinzugefügt.

Die völkerrechtliche Position Jugoslawiens¹ und der russischen Föderation² ist eindeutig: Die Luftangriffe der NATO-Mitgliedstaaten gegen die Bundesrepublik Jugoslawien verstoßen gegen das in Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta niedergelegte Verbot der Erstanwendung von Waffengewalt, da weder ein Mandat des Sicherheitsrates zu entsprechenden Zwangsmaßnahmen noch die Ausübung eines kollektiven Verteidigungsrechts und schließlich auch keine ausnahmsweise Rechtfertigung aus humanitären oder moralischen Gründen vorliege. Die Sicherheitsratsresolutionen 1199 und 1203 gäben trotz des Hinweises auf die eine Friedens- und Sicherheitsbedrohung darstellende ungelöste Situation keine Ermächtigung zu Zwangsmaßnahmen, wie der russische UN-Botschafter bei der Annahme der Resolution 1199 zudem ausdrücklich erklärt habe. Eine kollektive Verteidigungssituation i.S. des Art. 51 der UN-Charta läge nicht vor. Ebenso wenig sei ein ausnahmsweise eingreifender Rechtfertigungsgrund der humanitären Intervention zur Verhinderung des Völkermords anerkannt, zumal die Genozid-Konvention von 1948 die zulässigen Reaktionen im Falle eines Völkermords im einzelnen festlege. Damit sei das NATO-Verhalten völkerrechtswidrig. Träfe diese Rechtsauffassung zu, dann hätte die an den Lufteinsätzen beteiligte Bundesrepublik Deutschland zudem Art. 2 des Vertrags über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland (Zwei-plus-Vier-Vertrag) vom 12.9.1990 verletzt, wonach "das vereinte Deutschland keine seiner Waffen

¹ ICJ, *Compte Rendu* 99/14 vom 10.5.1999.

² OSCE Doc. SEC.DEL/130/99 vom 22.4.1999.

jemals einsetzen wird, es sei denn in Übereinstimmung mit seiner Verfassung und der Charta der Vereinten Nationen". So würde die Bundesrepublik Deutschland in diesem Falle an einem Angriffskrieg i.S. des Art. 26 Abs. 1 des Grundgesetzes beteiligt sein, wobei schon dessen Vorbereitung gem. § 80 StGB als Verbrechen unter Strafe gestellt ist. Auf eben diese Rechtslage und ihre Massivfolgen hatten einige deutsche Staats- und Völkerrechtler in einer Erklärung vom 15.10.1998, also noch vor dem NATO-Einsatz deutlich hingewiesen.³ Nachdem die NATO-Luftangriffe auf Serbien begonnen hatten, wurden die in der Tagespresse abgegebenen Stellungnahmen deutscher (und deutschsprachiger) Juristen zwar umfangreicher, dafür aber in ihrer Rechtsbeurteilung deutlich unbestimmter als die Stellungnahme vom Oktober 1998. Während sich manche Völkerrechtler auf eine vorsichtige Beschreibung der Rechtsprobleme beschränken und die (überwiegend völkerrechtsunkundigen) Zeitungsleser über Legalität oder Illegalität des Kosovo-Einsatzes letztlich im unklaren lassen⁴, treten andere für eine vorsichtige und im einzelnen konkretisierte Öffnung des "Regelungssystems über Gewaltanwendung" ein.⁵ Teleologische Auslegung wird durch theologische Metapher ergänzt, soweit der NATO-Einsatz als "läßliche Sünde" gekennzeichnet wird, als eine entschuldbare Verletzung der UN-Charta.⁶

Zwar ist naheliegend und verständlich, daß sich die meisten Stellungnahmen mit der jahrzehntealten Problematik der Legalität oder Illegalität humanitärer Interventionen befassen. Seitdem jedoch die Bundesrepublik Jugoslawien Klage vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag erhoben hat, ist eine systematische Erörterung geboten. So ist denkbar, der jugoslawischen Position, was den Einsatzbeginn anbetrifft, im Wege eines Eventualvorbringens vier Positionen entgegenzustellen.

1. Ein völkerrechtlicher Vertrag – so auch die UN-Charta – ist nach einem allgemeinen und unbestrittenen Grundsatz des Völkerrechts nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte des Ziels und Zwecks auszulegen. Dieser allgemein geltende Auslegungsgrundsatz ist zudem in Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge kodifiziert worden. Wie jedes Rechtsverbot, so beschreibt auch das Verbot der Erstanwendung von Waffengewalt nach Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta einen Schutzbereich, dessen Inhalt und Grenzen nach

³ M. Bothe u.a., Militärischer NATO-Einsatz im Kosovo ohne UN-Mandat?, in: *Betrifft Justiz*, Nr. 56, Dez. 1998, S. 350.

⁴ D. Blumenwitz in: *Die Welt* vom 7.4.1999; U. Fastenrath in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 22.4.1999.

⁵ So D. Thürer in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 3./4.4.1999.

⁶ B. Simma in: *Süddeutsche Zeitung* vom 25.3.1999.

dem vorstehenden Auslegungsgrundsatz zu bestimmen sind. Der Schutzbereich des Gewaltverbots ist durch die Charta ausdrücklich dahin bestimmt, daß Gewaltanwendung gegen die politische Unabhängigkeit, die territoriale Unversehrtheit oder auch dann verboten ist, sofern sie mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbar ist. Als Ziele der Vereinten Nationen in diesem Sinne sind indessen in Art. 1 der UN-Charta der Weltfrieden, die internationale Sicherheit und die Achtung der Menschenrechte gleichrangig nebeneinander genannt.

Gewiß ist in der Praxis der Vereinten Nationen der Menschenrechtsschutz über Jahrzehnte gegenüber der Sicherheitsgewährleistung im Hintergrund verblieben. Gerade in jüngerer und jüngster Zeit hat sich mehr und mehr das Verständnis durchgesetzt, daß zumindest großformatige und schwerstwiegende Menschenrechtsverletzungen wie ethnische Säuberungen in Form von Massenvertreibungen und Massentötungen zugleich eine Störung, zumindest jedoch eine Gefährdung des Friedens darstellen. Eine ethnische Säuberung ist also nicht nur eine Menschenrechtsverletzung, sie verletzt Frieden, Sicherheit und Menschenrechte. Oberstes Ziel und Zweck der UN-Charta ist die Friedenserhaltung. Damit ist rechtslogisch in der Zielbestimmung der Charta enthalten, daß großformatige und schwerste Menschenrechtsverletzungen, wie sie ethnische Säuberungen durch Massenvertreibungen und Massentötungen unzweifelhaft darstellen, unter keinem Aspekt unter dem Schutz der Charta stehen.

Ist dies aber so, dann läßt sich nicht mit dem Souveränitätsschutz begründen, daß die Androhung oder Anwendung von Gewalt gegen die Durchführung von ethnischen Säuberungen mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbar ist. Im Gegenteil, hier dient nach dem Proportionalitätsprinzip angedrohte und angewendete Gewalt geradezu der Verwirklichung der Ziele der Vereinten Nationen i.S. des Art. 1 der UN-Charta. So verstanden, fällt der Kosovo-Einsatz nicht in den Schutzbereich des Gewaltverbots der Charta, wobei er allerdings strikt begrenzenden Bedingungen unterliegt.⁷ Wohlverstanden: Damit liegt nicht jede "humanitäre Intervention" außerhalb des Schutzbereichs des Gewaltverbots. Die ethnische Säuberung durch Massenvertreibungen und Massentötungen steht nach dieser *lege artis* durchgeführten Interpretation indessen nicht unter dem völkerrechtlichen Schutz staatlicher Souveränität.

2. Wer diese, von den Entwicklungen dieses Jahrzehnts bestimmte Auslegung des Gewaltverbots nicht übernimmt, also eine Verletzung des Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta durch die NATO-Mitgliedstaaten annimmt, der muß sich mit dem Problem auseinandersetzen, ob diese Charta-Verletzung nicht

⁷ Hierzu durchaus zutreffend D. Thürer in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 3./4.4.1999, Spalte 3/4.

nach den Grundsätzen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

a) Das Recht der kollektiven Verteidigung gegen einen Angriff mit Waffengewalt ist in Art. 51 der Charta als ein Recht kodifiziert, das bereits vor der Charta bestanden hat und auch außerhalb der Charta als allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts gilt. Es ist das Recht der Staaten, einem angegriffenen Staat gegen den Angreiferstaat mit Waffengewalt beizustehen.

Die Bundesrepublik Jugoslawien hat keinen fremden Staat angegriffen, sondern eine ethnische Gruppe ihrer eigenen Staatsangehörigen innerhalb des eigenen Hoheitsgebiets. Mit fortschreitender Anerkennung von Minderheiten und nach sonstigen Unterscheidungsmerkmalen bestimmbar Volksgruppen als partielle Völkerrechtssubjekte wird sich auch ihr Schutz gegen Gewaltanwendung durch den Herbergsstaat dem Schutz des staatlichen Völkerrechtssubjekts angleichen. Dies ist eine logische Konsequenz der im vorigen dargestellten Entwicklung, nach der großformatige Menschenrechtsverletzungen wie Massenvertreibungen und Massentötungen als Störungen des Friedens und der internationalen Sicherheit angesehen werden. Ein Angriff mit Waffengewalt auf einen anderen Staat ist eine Störung des Friedens und der internationalen Sicherheit. Gilt das gleiche für den Angriff mit Waffengewalt auf eine bestimmte Volksgruppe, dann ist es logisch folgerichtig, zugunsten dieser Volksgruppe auch die Sanktionen zuzulassen, die das Völkerrecht zugunsten des angegriffenen Staates bereithält. Dies ist noch kein geltendes Völkerrecht, aber eine unausweichliche Entwicklungstendenz, falls der UN-Sicherheitsrat wie bisher bei der faktischen Wahrnehmung des ihm normativ zukommenden Gewaltmonopols versagt.

b) Wer diese Entwicklung für unwahrscheinlich hält, der muß sich zumindest mit der Frage auseinandersetzen, ob der Kosovo-Einsatz nicht als Maßnahme des Notstandes gerechtfertigt ist. Entwickelte staatliche Rechtsordnungen kennen durchweg den (übergesetzlichen) Notstand als Rechtfertigungsgrund (oder aber als Entschuldigungsgrund) für den Fall, daß ein durch die eigene Rechtsordnung geschütztes Gut von höchstem Wert nur dadurch vor der Verletzung oder Vernichtung bewahrt werden kann, daß eine andere Rechtsvorschrift verletzt wird. Dies ist daher ein allgemeiner Grundsatz des Rechts, der als Völkerrechtsquelle i.S. des Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs angesehen werden kann, wonach Völkerrechtsquellen auch "die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze" sind.

Daß der Schutz von Leib und Leben vor ethnischen Säuberungen in Form von Massenvertreibungen und Massentötungen ein völkerrechtlich geschütztes Rechtsgut höchsten Ranges ist, steht außer Frage. Wird eine solche ethnische Säuberung vorgenommen, könnten militärische Gegenmaß-

nahmen gegen den Verursacher dieser ethnischen Säuberungen unter Verstoß gegen das Gewaltverbot als Notstandshilfe zumindest dann gerechtfertigt sein, wenn die ethnische Säuberung durch Mittel unterhalb dieser Schwelle nachweislich nicht zu verhindern war. Gerade hiermit wird man sich im Kosovo-Fall in besonderem Maße auseinanderzusetzen haben.

c) Wer auch den völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrund des Notstands nicht akzeptiert, der muß sich schließlich damit auseinandersetzen, ob der Kosovo-Einsatz nicht zumindest als Repressalie gerechtfertigt war. Die Repressalie als letztes Mittel zur Erzwungung völkerrechtsgemäßen Verhaltens ist die Beantwortung eines Völkerrechtsbruchs mit einer Völkerrechtsverletzung gegenüber dem Rechtsbrecher, um diesen zu völkerrechtskonformem Verhalten zu zwingen. Die Repressalie muß im Vergleich mit dem Völkerrechtsbruch, den sie beenden soll, verhältnismäßig und (so verlangen manche) möglichst gleichartig sein. Waffengewalt darf grundsätzlich nicht als Repressalie eingesetzt werden, wenn die vorangegangene Völkerrechtsverletzung nicht in der Anwendung von Waffengewalt bestanden hat. Daß die ethnische Säuberung in Form von Massenvertreibungen und Massentötungen eine mit massiver Waffengewalt vorgenommene Völkerrechtsverletzung schwerster Kategorie darstellt, die einem verbotenen bewaffneten Angriff durchaus zumindest gleichwertig ist, liegt auf der Hand. Wenn also gegen einen solchen Völkerrechtsbruch fundamentaler Menschenrechte auf Leib und Leben bewaffnete Gewalt zur Erzwungung der Beendigung solcher ethnischer Säuberungen eingesetzt wird, läßt sich dies zumindest als Repressalie kennzeichnen, die sich im Rahmen des Proportionalitätsprinzips hält.

Nach alledem zeigt sich, daß der von der Bundesrepublik Jugoslawien und der russischen Föderation eingenommenen und auch innerhalb unseres Landes von manchem Juristen gestützten Völkerrechtsposition Argumente entgegengehalten werden können, die gewichtig und in sich schlüssig sind. Ob eine und gegebenenfalls welche der vier Begründungslinien sich einmal durchsetzen wird, läßt sich gegenwärtig nicht feststellen. Der Internationale Gerichtshof in Den Haag hätte die Chance, entweder der jugoslawisch/russischen Rechtsposition zum Durchbruch zu verhelfen oder aber eine der dargelegten vier Argumentationsketten – oder auch eine fünfte – zu verfolgen. Wahrscheinlicher ist allerdings, daß das Weltgericht einer Entscheidung in der Sache ausweichen wird.

deren Überleben sichernden Wiederaufbauprogramms in Gang zu setzen. Damit wären freilich die kosovo-albanischen Kräfte einen großen Schritt ihrem strategischen Ziel der Sezession des Kosovo mit Hilfe der NATO näher gekommen – mit ungewissen Aussichten im Hinblick auf die serbisch-jugoslawische Reaktion auf diesen Akt der Zerstückelung Rest-Jugoslawiens. Die NATO könnte sich in der so nicht vorbedachten Rolle des Garanten eines aus dem serbisch-jugoslawischen Staatsverband ausscheidenden Kosovo wiederfinden und somit militärisch auf längere Zeit dort gebunden bleiben.

(2) Die zweite Alternative wäre eine konzessionsbereite Förderung der russischen Vermittlungsbemühungen durch die NATO, die deutliche Abstriche von den deklarierten Zielen der NATO-Intervention zuließe. Diese Alternative schlosse ein, daß zum einen das Milošević-Regime jedenfalls indirekt als Vertragspartei ernst genommen wird und zum zweiten die herrschaftspolitischen "essentials" dieses Regimes – unbedingter Verbleib des Kosovo im serbisch-jugoslawischen Staatsverband und bedingte, selektive Rückkehr geflohener und vertriebener Kosovo-Albaner in ihre Heimat – von NATO und Jugoslawien-Kontaktgruppe als mit ihren ursprünglichen Zielen kompatibel eingestuft werden. Es bedarf keiner prophetischen Gabe, um ein solches Ergebnis der NATO-Intervention der harschen Kritik von großen Teilen der Öffentlichkeit in vielen NATO-Staaten und der entschiedenen Ablehnung durch die politisch und militärisch aktiven Kräfte der kosovo-albanischen Bevölkerung unterworfen zu sehen.

(3) Als dritte Alternative bliebe der NATO das schlichte Herunterfahren und schließliche Auslaufenlassen der Luftangriffe auf Jugoslawien, nachdem sie weder die für die erste Alternative erforderliche Entschlußkraft aufzubringen noch sich auf eine Dementierung der eigenen deklarierten Interventionsziele, gar auf dem Umweg über durch russische Vermittlung erfolgende Konzessionen an die serbisch-jugoslawische Seite, einzulassen vermochte. Die Selbstblockade der NATO als aktiver Teilhaber an dem Bemühen um Kriegsbeendigung mag zwar nur den Status einer entfernten Möglichkeit haben, kann aber nach den bisherigen Zeichen wenig überzeugenden Konfliktverhaltens auf seiten der NATO schwerlich ausgeschlossen werden.

Wie immer die Entscheidung in der NATO über diese "endgame"-Alternativen ausfallen wird – sie wird weit hinter einer friedensschaffenden Kriegsbeendigung zurückbleiben. Und eine "gestärkte NATO" wird daraus ebenfalls nicht hervorgehen.

(Abschluß des Manuskripts: 31.5.1999)

Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts

Christian Tomuschat, Berlin

Der Kosovo-Konflikt stellt das Völkerrecht auf eine harte Bewährungsprobe. Denn der gegenwärtige NATO-Einsatz hat keine Grundlage in der Charta der Vereinten Nationen. Der Sicherheitsrat der Weltorganisation hat die Angriffe nicht autorisiert, und unzweifelhaft handelt es sich auch nicht um einen Fall der Selbstverteidigung. Im Rechtssinne bildet das Kosovo bis heute noch einen Bestandteil der Bundesrepublik Jugoslawien. Das Recht auf kollektive Selbstverteidigung nach Art. 51 der Charta kann nur ein Staat in Anspruch nehmen, der Opfer eines bewaffneten Angriffs von außen wird. Andere Möglichkeiten des Einsatzes militärischer Mittel sieht die Charta nicht vor. So spitzt sich alles auf die Frage zu, ob eine Rechtfertigung über die hergebrachte Figur der humanitären Intervention möglich ist. Die Regierungen der NATO-Mitgliedsländer haben dies offensichtlich bejaht. Andernfalls hätten sie nicht zur Tat schreiten können, ohne im Besitz einer Ermächtigung durch den Sicherheitsrat zu sein.

Entwickelt hat sich die Figur der humanitären Intervention im 19. Jahrhundert, als europäische Mächte mehrfach vor allem im Osmanischen Reich intervenierten, um bedrohte christliche Gruppen zu schützen. Nie ließ sich aber eindeutig die Frage beantworten, ob ein solches Eingreifen im Einklang mit der damaligen Völkerrechtsordnung stand oder lediglich Ausdruck der vorherrschenden Machtverhältnisse war. Im führenden Lehrbuch von L. Oppenheim aus dem Jahre 1905 etwa werden Zweifel angemeldet, ob die humanitäre Intervention als Rechtfertigungsgrund akzeptiert sei. Nach dem Inkrafttreten der Charta der Vereinten Nationen im Jahre 1945 mußte die Frage erneut gestellt werden. Zumindest naheliegend ist es, die Charta als Instrument einer neuen Weltfriedensordnung so zu interpretieren, daß sie eine abschließende Regelung aller Fälle zulässiger Gewaltanwendung vornehmen will. In der Tat ist diese Folgerung auch von zahlreichen anerkannten Juristen gezogen worden.

Freilich ist auch in den Jahren nach 1945 die Debatte über die humanitäre Intervention nie verstummt. Zu einem leidenschaftlichen Aufeinanderprallen unterschiedlicher Meinungen kam es im Zusammenhang mit dem Aufstand der Ibos in Nigeria, wo von Regierungsseite bestürzende Greueltaten verübt wurden. Einem Aufruf von W. Michael Reisman, in einer solchen Lage den Schutz elementarer Güter wie Leben und körperliche Unver-

19

sehrtheit über alle anderen Erwägungen zu stellen⁸, trat Ian Brownlie mit der Warnung entgegen, in der Vergangenheit sei die humanitäre Intervention vielfach zur Durchsetzung eigensüchtiger politischer Ziele mißbraucht worden, und wegen dieser Mißbrauchsanfälligkeit müsse es bei einem uneingeschränkten Verdikt bleiben⁹. Aber eine solche Haltung einseitiger Fixiertheit auf mögliche Gefahren einer Relativierung des Absolutheitsanspruchs staatlicher Souveränität kann nicht das letzte Wort sein. Gerade im letzten Jahrzehnt hat die Weltorganisation zunehmend Ernst mit der Durchsetzung der Menschenrechte gemacht. Während in der Zeit nach 1945 zunächst Menschenrechtsfragen grundsätzlich als eine interne Angelegenheit betrachtet wurden, hat sich seitdem ein reiches Instrumentarium entwickelt, zu dessen Verstärkung auch der Sicherheitsrat beigetragen hat. Vor allem durch die Errichtung der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda hat er deutlich gemacht, daß die internationale Gemeinschaft bereit ist, notfalls auch das Mittel der Strafgewalt einzusetzen. Kurzum, die Menschenrechte haben einen Stellenwert erlangt, wie er ihnen in der Vergangenheit noch niemals zuerkannt worden war.

Angesichts dieser Entwicklungen läßt sich die Frage einer Güterabwägung nicht mehr umgehen. Die Wahrung elementarer Menschenrechte steht gegen die Unverletzlichkeit des staatlichen Territoriums. Derartige Argumentationen mögen einem traditionellen Völkerrechtsverständnis eher selten vorkommen. Nach dessen Logik wäre zu fragen, ob erstens eine Vertragsvorschrift oder zweitens eine gewohnheitsrechtliche Regel Gewaltanwendung gegen einen Staat ausdrücklich erlaubt. Für die Annahme einer Gewohnheitsrechtsnorm fehlt es vor allem an einer der üblicherweise geforderten Voraussetzungen, nämlich einer einigermaßen geschlossenen Praxis. Alle in den vergangenen Jahrzehnten aufgetretenen Beispielfälle sind ebenso wie die Praxis des 19. Jahrhunderts in ein gewisses Zwielicht getaucht. Dennoch bleibt, daß aus dem hohen Rang völkerrechtlicher Normen, die Genozid und "ethnische Säuberung" neuerdings ganz eindeutig als internationale Verbrechen bezeichnen, konkrete Folgerungen gezogen werden müssen. Wenn die internationale Gemeinschaft solche einschneidenden Urwerturteile fällt, kann sie nicht dem staatlichen Anspruch auf Wahrung der territorialen Integrität unbedingen, geradezu sklavischen Respekt zollen. Niemals hätte auch vor dem Ausbruch der Kosovo-Krise die internationale Gemeinschaft mutlos wegesehen bzw. sich mit der Rolle eines klagenden

Statisten begnügt, wenn ebenso wie im Dritten Reich ein Staat eine bewußte Vernichtungspolitik zu Lasten einer bestimmten Minderheit geführt hätte und der Sicherheitsrat in einer solchen Lage nicht zu einem Einschreiten zu bewegen gewesen wäre. Viele Gründe können ein ständiges Ratsmitglied dazu veranlassen, ein Veto einzulegen oder bereits im Vorfeld ein Veto anzukündigen, so daß entsprechende Beschlußvorlagen gar nicht erst eingebracht werden. Einmal kann es eine unmittelbar Komplizität mit dem verbrecherischen Regime geben, im Regelfall wird aber die widerstrebende Macht einen Präzedenzfall fürchten, der in näherer oder fernerer Zukunft auch ihre eigenen Interessen beeinträchtigen könnte.

Natürlich darf die humanitäre Intervention nicht zur Routineangelegenheit werden. Soll nicht die gesamte Weltfriedensordnung zusammenbrechen, müssen strenge Voraussetzungen eingehalten werden. Zunächst müssen alle Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sein. Daß diese Voraussetzung in der Kosovo-Frage gegeben war, darf man wohl mit gutem Gewissen bejahen. In zahlreichen Resolutionen hatte sich der Sicherheitsrat an Jugoslawien gewandt und eine Einstellung der systematischen Vertreibungsmaßnahmen verlangt, doch umsonst.¹⁰ Auch auf den sonstigen Verhandlungsebenen, zuletzt in Rambouillet, ließ der jugoslawische Diktator kein Einlenken erkennen, sondern setzte seine menschenverachtende und rassistische Politik konsequent fort. Zweitens muß es sich um außerordentlich schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen handeln, wenn gewaltsames Eingreifen von außen ohne Ermächtigung des Sicherheitsrates zulässig sein soll. Ob im Kosovo gezielt Völkermord verübt worden ist, kann der mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht im Detail vertraute außenstehende Beobachter nicht beurteilen. Einzelne Fälle willkürlicher Massenerschießungen hat es unzweifelhaft gegeben. Im wesentlichen zielt wohl die jugoslawische Politik bis zum heutigen Tage darauf ab, das Kosovo "albanerfrei" zu machen und es nach Jahrhunderten wieder ausschließlich serbisch zu besiedeln. Auch die systematische Vertreibung von Hunderttausenden von Menschen aus ihren angestammten Siedlungsgebieten gehört nach heutigem Rechtsverständnis zur schwersten Kategorie von Menschenrechtsverletzungen, nämlich den internationalen Verbrechen, die nicht nur dem sie verübenden Staat zugerechnet werden, sondern für die auch die handelnden Personen eine Strafbarkeit unmittelbar nach Völkerrecht trifft. Nach alledem wird man den Entschluß der NATO, zum Schutz der Kosovo-Albaner mit militärischen Mitteln einzugreifen, nicht in ein Licht der Illegalität rücken können.

⁸ W. Michael Reisman, Humanitarian Intervention to Protect the Ibos, in: R. Lillich (Hg.), Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville 1973, S. 167ff.

⁹ I. Brownlie, Thoughts on Kind-Hearted Gunmen, in: R. Lillich (Fn. 1), S. 139, 146-148.

¹⁰ Sicherheitsrats-Resolutionen 1160, 1199 und 1203 (1998), abgedruckt in: Die Friedens-Warte 73 (1998) 4, S. 515, 518, 522, und dazu C. Tomuschat, Kosovo under Scrutiny by the United Nations, *ibid.*, S. 512-514.

Zweifel ergeben sich freilich angesichts der gewählten militärischen Strategie, lediglich auf das Mittel des Luftkrieges zu setzen und den Einsatz von Landstreitkräften abzulehnen. Die Rechtfertigung des NATO-Einsatzes kann, wie dargelegt, allein in dem Bestreben gesehen werden, die Kosovo-Albaner vor Tod und Vertreibung zu schützen. Dementsprechend müssen auch die Mittel gewählt werden. Nach militärischem Urteil stand offenbar von vornherein mit hoher Wahrscheinlichkeit fest, daß allein durch Luftschläge das Ziel nicht zu erreichen sein würde. Im Kosovo operieren kleinere Einheiten, die sich in der Regel aus der Luft gar nicht aufspüren lassen. Nach zwei Monaten des Bombenkrieges ist noch keine Besserung der Lage in Sicht. Im Gegenteil hält die Flucht der Menschen aus dem Kosovo unvermindert an. Es läßt sich absehen, daß in naher Zukunft die jugoslawische Armee ihr verbrecherisches Vorhaben erfolgreich abgeschlossen haben wird. Noch gibt es eine gewisse Hoffnung, daß die Luftangriffe auf das gesamte Gebiet von Jugoslawien die Führung in Belgrad zermürben werden und daß damit der Weg für eine Rückkehr der Flüchtlinge geebnet sein wird. Aber diese Hoffnung kann auch trügen. Auf jeden Fall kann die NATO im Zeichen der humanitären Intervention nicht auf Dauer ein Mittel einsetzen, von dem sich erwiesen hat, daß ihm die erwartete Wirkung abgeht. So kommt es letzten Endes entscheidend auf das Urteil der Betroffenen selbst an. Sollten die Kosovo-Albaner ein Ende der Kampfhandlungen fordern, weil sie von der Aussichtslosigkeit der bisherigen Strategie überzeugt sind, so könnte die NATO dieses politische Urteil nicht ignorieren.

Anlaß zur Besorgnis gibt auch die gewählte Variante des Luftkampfes. Bekanntlich fehlt dem humanitären Völkerrecht eine genaue Kodifikation der Regeln über den Luftkrieg. Im Zweiten Weltkrieg wurde rücksichtslos auch die Zivilbevölkerung zur Zielscheibe von Bombenangriffen gemacht. Immerhin hat sich durch das Zusatzprotokoll I von 1977 zu den vier Genfer Rotkreuzabkommen von 1949, das man in seinen Grundzügen als Ausdruck des geltenden Gewohnheitsrechts ansehen darf, die Rechtslage einigermaßen geklärt. Fest steht, daß lediglich militärische Ziele mit Waffengewalt angegriffen werden dürfen. Das gilt auch für den Luftkrieg.¹¹ Der einschlägige Art. 52 des Zusatzprotokolls beschränkt sich allerdings auf eine sehr allgemeine Umschreibung und enthält keine klaren Abgrenzungskriterien. Ursprünglich begnügte sich die NATO damit, eindeutig als militärische zu charakterisierende Objekte wie Kasernen, Artilleriestellungen, Luftabwehrbatterien und Flugplätze unter Beschuß zu nehmen. Mittlerweile ist hier eine gewisse Großzügigkeit eingeleitet, die Anlaß zur Besorgnis gibt. Ganz bewußt werden nunmehr Ziele attackiert, die vielleicht im weiteren Sinne

der militärischen Infrastruktur zugerechnet werden können, die aber in erster Linie der Versorgung der Zivilbevölkerung dienen ("dual use"). In die Ziellinie der NATO-Angriffe sind vor allem Kraftwerke gelangt, deren Beschuß vielerorts zu einem Ausfall der zivilen Strom- und Wasserversorgung geführt hat. Auch Krankenhäuser sind in ihrer Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Mehr und mehr wird damit der Krieg entgegen den offiziellen Aussagen der NATO-Sprecher zu einem Krieg gegen das serbische Volk. Hier darf sich die NATO in ihrem Drang, Milošević in die Knie zu zwingen, nicht selbst unglaubwürdig machen. Sie muß mit äußerster Wachsamkeit zu jeder Zeit darauf achten, daß die Regeln des humanitären Krieges eingehalten werden. Es wäre fatal und könnte in den Folgewirkungen zu einem Zerfall des Bündnisses führen, wenn sich die Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien veranlaßt sehen würde, gegen Angehörige der NATO-Staaten wegen des Verdachts der Begehung von Kriegsverbrechen Ermittlungen einzuleiten.

Insgesamt hat der Einsatz im Kosovo die NATO als ein Bündnis von Staaten, die uneigennützig dem Schutz der Menschenrechte dienen wollen, in eine Grenzzone hineingeführt, wo sich Recht und Unrecht nur noch schwer unterscheiden lassen. Für die NATO und alle ihre Mitglieder muß die Zielrichtung des Einsatzes jederzeit unverrückbar feststehen. Es kann und darf nur um den Schutz der Interessen der verfolgten Menschen gehen. Keinesfalls darf sich der Gesichtspunkt in den Vordergrund schieben, die NATO könne es sich nicht leisten, gegen das diktatorische Regime des heutigen Jugoslawiens eine politische Niederlage zu erleiden. Solche Prestigegesichtspunkte lassen sich aus dem Kalkül niemals ganz ausschließen, dürfen aber nicht die Oberhand gewinnen.

¹¹ Vgl. J. Guisández Gómez, *The Law of Air Warfare*, *International Review of the Red Cross* 38 (1998), S. 347ff., 348f.

NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects

Bruno Simma*

Abstract

The threat or use of force by NATO without Security Council authorization has assumed importance because of the Kosovo crisis and the debate about a new strategic concept for the Alliance. The October 1998 threat of air strikes against the FRY breached the UN Charter, despite NATO's effort to rely on the doctrines of necessity and humanitarian intervention and to conform with the sense and logic of relevant Council resolutions. But there are 'hard cases' involving terrible dilemmas in which imperative political and moral considerations leave no choice but to act outside the law. The more isolated these instances remain, the less is their potential to erode the rules of international law. The possible boomerang effect of such breaches can never be excluded, but the danger can be reduced by spelling out the factors that make an ad hoc decision distinctive and minimize its precedential significance. In the case of Kosovo, only a thin red line separates NATO's action from international legality. But should such an approach become a regular part of its strategic programme for the future, it would undermine the universal system of collective security. To resort to illegality as an explicit ultima ratio for reasons as convincing as those put forward in the Kosovo case is one thing. To turn such an exception into a general policy is quite another. If the Washington Treaty has a hard legal core which even the most dynamic and innovative (re-)interpretation cannot erode, it is NATO's subordination to the principles of the UN Charter.

1 The Threat or Use of Force in International Law

Contemporary international law establishes beyond any doubt that serious violations of human rights are matters of international concern. Impressive networks of rules and institutions, both at the universal and regional levels, have come into being as a result of this international concern. In the event of human rights violations which

* Professor of International and European Community Law, Institut für Internationales Recht — Völkerrecht, Ludwig-Maximilians-Universität, Professor-Huber-Platz 2, D-80539 München, Germany; member of the Editorial Board. This article was originally presented at Policy Roundtables organized by the United Nations Association of the U.S.A. in New York and Washington, D.C., on 11 and 12 March 1999. Footnote references have been provided only where considered essential.



which reach the magnitude of the Kosovo crisis, these developments in international law allow states, acting individually, collectively or through international organizations, to make use of a broad range of peaceful responses. According to the dominant doctrine in the law of state responsibility (developed by the United Nations International Law Commission), the obligation on states to respect and protect the basic rights of all human persons is the concern of all states, that is, they are owed *erga omnes*. Consequently, in the event of material breaches of such obligations, every other state may lawfully consider itself legally 'injured' and is thus entitled to resort to countermeasures (formerly referred to as reprisals) against the perpetrator. Under international law in force since 1945, confirmed in the General Assembly's Declaration on 'Friendly Relations' of 1970,¹ countermeasures must not involve the threat or use of armed force. In the case of Kosovo, pacific countermeasures were employed, for instance, by the European Union last year, with the suspension of landing rights of Yugoslav airlines within the EU. Leaving aside the question of whether this particular measure proved to be effective, it is somewhat surprising that a major Member State of the EU, at least initially, did not regard itself in a position legally to have recourse to this peaceful means of coercing the FRY to respect the human rights of the Kosovar Albanians. Yet this same state expressed no such doubts about the legality of its participation in the NATO threat of armed force which developed just a few weeks later.

The world community, for its part, acting through the United Nations Security Council, resorted to a mandatory arms embargo *vis-à-vis* the FRY, including Kosovo.² We do not have the necessary information at hand to be able to give a sound assessment of the impact and effectiveness of these non-military measures.

In the face of genocide, the right of states, or collectivities of states, to counter breaches of human rights most likely becomes an obligation.³ In Kosovo, however, what the international community is facing (i.e., at the time of writing, early March 1999) are massive violations of human rights and rights of ethnic minorities, but not acts of genocide in the sense of the 1948 Convention.⁴

Turning to the issue of enforcement of respect for human rights by military means, the fundamental rule from which any inquiry must proceed is Article 2(4) of the UN Charter, according to which

[a]ll Members [of the UN] shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

It is clear, on the basis of both a teleological and historical interpretation of Article 2(4), that the prohibition enacted therein was, and is, intended to be of a comprehensive nature. Thus, contrary to certain views expressed during the Cold

War years, the phrase '... or in any other manner inconsistent ...' is not designed to allow room for any exceptions from the ban, but rather to make the prohibition watertight. In contemporary international law, as codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Articles 53 and 64), the prohibition enunciated in Article 2(4) of the Charter is part of *jus cogens*, i.e., it is accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same peremptory character. Hence, universal *jus cogens*, like the prohibition embodied in Article 2(4), cannot be contracted out of at the regional level. Further, the Charter prohibition of the threat or use of armed force is binding on states both individually and as members of international organizations, such as NATO, as well as on those organizations themselves.

Moreover, it is important to draw attention to Article 52 of the just-mentioned Vienna Convention, according to which '[a] treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations', paramount among these principles being Article 2(4).

The law of the UN Charter provides two exceptions from the prohibition expressed in Article 2(4) (the mechanism of the so-called 'enemy-state-clauses' (Articles 53 and 107) should be left aside as it is now unanimously considered obsolete). The first exception, embodied in Article 51 of the Charter, is available to states which find themselves to be victims of aggression:

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

As the Charter reference to collective self-defence, Article 51 constitutes the legal foundation of the Washington Treaty by which NATO was established.⁵ Article 5 of the NATO Treaty bases itself expressly on Charter Article 51.

According to the UN Charter, then, individual or collective self-defence through the use of armed force is only permissible in the case of an 'armed attack'. Like Article 2(4), Article 51 has become the subject of certain gross (mis-)interpretations, most of them put forward during the Cold War when the Security Council regularly found itself in a state of paralysis. Against such attempts to turn a clearly defined exception to the comprehensive Charter ban on the threat or use of force into a convenient basis for all sorts of military activities, it should be emphasized once again that Article 51 unequivocally limits whatever farther-reaching right of self-defence might have existed in pre-Charter customary international law to the case of an 'armed attack'. In

¹ GA Res. 2625 (XXV) (1970).

² Operative para. 8 of SC Res. 1160 (1998).

³ Cf. the judgment of the International Court of Justice in the *Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)* case (1996).

⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948.

⁵ North Atlantic Treaty (1949), 34 UNTS 243.

particular, any offensive self-help by threats or use of armed force without a basis in Chapter VII has been outlawed by the *jus cogens* of the Charter.

With regard to the second exception to the Charter ban on armed force, Chapter VII constitutes the very heart of the global system of collective security. According to its provisions, the Security Council, after having determined that a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression has occurred, may, if necessary, take military enforcement action involving the armed forces of the Member States. In actual UN practice, it is now common for such enforcement action to be carried out on the basis of a mandate to, or more frequently of an authorization of, states which are willing to participate, either individually or in *ad hoc* coalitions or acting through regional or other international organizations, among them prominently NATO. While the implementation of Chapter VII through a 'franchising system' of this kind creates numerous problems of its own, it is universally accepted that a Security Council authorization granted under Chapter VII establishes a sufficient basis for the legality of the use of armed force employed in conformity with the respective Council Resolution(s). Conversely, any threat or use of force that is neither justified as self-defence against an armed attack nor authorized by the Security Council must be regarded as a violation of the UN Charter.

Chapter VIII of the Charter (Regional arrangements) completes the legal regime thus devised. Hence, according to Article 53 para. 1,

[t]he Security Council shall, where appropriate, utilize such regional arrangements or agencies for enforcement action under its authority.

The UN Secretary-General's 1992 'Agenda for Peace' emphasized the desirability, indeed necessity, of this mechanism of support.⁶ However, Article 53 para. 1 then continues:

But no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council [with the now obsolete exception of the employment of the 'enemy-state-clauses'].

This provision, too, has been subjected to considerable strains, particularly during the Cold War. One especially dubious example is the view that failure of the Council to disapprove regional military action could amount to (tacit) authorization. In view of the veto power of the permanent Council members, this is a specious argument. On the other hand, an interpretation of Article 53 para. 1 does in good faith leave room for the possibility of implicit as well as *ex-post-facto* authorization.

Before concluding this brief *tour d'horizon* of the relevant international law in force, reference must also be made to Article 103 of the Charter, according to which

[i]n the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

Prominent among the Charter obligations thus enjoying priority is, of course, the

⁶ Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace* (1992) SC Doc. S/24111, 17 June 1992.

prohibition on the threat or use of force embodied in Article 2(4), in the context of the other provisions of the Charter to which reference is made above (Articles 51 and 53, Chapter VII). Since Article 2(4) reflects a norm of *jus cogens*, any agreements, decisions and obligations conflicting with it are invalid. Hence, Article 103 renders the UN Charter itself, as well as the obligations arising under it from, for instance, binding Security Council decisions, a 'higher law' *vis-à-vis* all other treaty commitments of the UN Member States, among them those stemming from NATO membership.⁷

The question of the legality versus the illegality of so-called 'humanitarian intervention' must be answered in light of the foregoing. Thus, if the Security Council determines that massive violations of human rights occurring within a country constitute a threat to the peace, and then calls for or authorizes an enforcement action to put an end to these violations, a 'humanitarian intervention' by military means is permissible. In the absence of such authorization, military coercion employed to have the target state return to a respect for human rights constitutes a breach of Article 2(4) of the Charter. Further, as long as humanitarian crises do not transcend borders, as it were, and lead to armed attacks against other states, recourse to Article 51 is not available. For instance, a mass exodus of refugees does not qualify as an armed attack. In the absence of any justification unequivocally provided by the Charter 'the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure ... respect [for human rights]', to use the words of the International Court of Justice in its 1986 *Nicaragua* judgment.⁸ In the same year, the United Kingdom Foreign Office summed up the problems of unilateral, that is, unauthorized, humanitarian intervention as follows:

[T]he overwhelming majority of contemporary legal opinion comes down against the existence of a right of humanitarian intervention, for three main reasons: first, the UN Charter and the corpus of modern international law do not seem to specifically incorporate such a right; secondly, State practice in the past two centuries, and especially since 1945, at best provides only a handful of genuine cases of humanitarian intervention, and, on most assessments, none at all; and finally, on prudential grounds, that the scope for abusing such a right argues strongly against its creation ... In essence, therefore, the case against making humanitarian intervention an exception to the principle of non-intervention is that its doubtful benefits would be heavily outweighed by its costs in terms of respect for international law.⁹

The question which arises at this point is, of course, whether the state of the law thus described could have changed in recent years, possibly after the demise of the East-West conflict or under the shock of the genocide and crimes against humanity committed in the former Yugoslavia. Could it not be that 'humanitarian interventions', now undertaken in the spirit of ensuring that Srebrenica does not happen again, as it were, deserve a friendlier reaction also on the part of international lawyers? Do recent or current instances of 'military humanitarianism' show themselves to be uninfected by the less laudable motives that characterized such actions in the past? To what extent will collective decision-making, or the involvement of NATO or the OSCE as such, guarantee that such improper motives are restrained or even eliminated? And, most importantly, how could even the purest

⁷ Cf. in this regard Art. 7 of the NATO Treaty.

⁸ ICJ Reports (1986), at para. 268.

⁹ UK Foreign Office Policy Document No. 148, reprinted in 57 *BYIL* (1986) 614.

humanitarian motives behind military intervention overcome the formidable international legal obstacles just described? These obstacles could only be removed by changing the law of the UN Charter. There is no prospect of such a change, however. Thus, 'humanitarian interventions' involving the threat or use of armed force and undertaken without the mandate or the authorization of the Security Council will, as a matter of principle, remain in breach of international law. But such a general statement cannot be the last word. Rather, in any instance of humanitarian intervention a careful assessment will have to be made of how heavily such illegality weighs against all the circumstances of a particular concrete case, and of the efforts, if any, undertaken by the parties involved to get 'as close to the law' as possible. Such analyses will influence not only the moral but also the legal judgment in such cases.

2 Kosovo: A Thin Red Line

In the case of Kosovo, large-scale violence flared up in late 1997/early 1998. At that stage, the international community took steps to involve itself quickly and strongly, at least compared with earlier sad instances. In March 1998 the Security Council, acting under Chapter VII but without expressly determining that the Kosovo crisis amounted to a threat to the peace, adopted Resolution 1160 (1998), in which the Federal Republic of Yugoslavia and the Kosovar Albanians were called upon to work towards a political solution. In the same resolution, as mentioned earlier, the Council imposed a mandatory arms embargo *vis-à-vis* both parties.¹⁰ It emphasized 'that failure to make constructive progress towards the peaceful resolution of the situation in Kosovo will lead to the consideration of additional measures'.¹¹

In the days that followed, the situation deteriorated rapidly: fighting intensified and the Serbian security forces as well as the Yugoslav Army used force in an excessive and indiscriminate manner, thus causing numerous civilian casualties, the displacement of hundreds of thousands of innocent persons from their homes, and a massive flow of refugees into neighbouring and more distant countries. In April of 1998, the Contact Group for the Former Yugoslavia agreed, with the exception of the Russian Federation, to impose new sanctions on the FRY. In June, the UN Secretary-General advised NATO of the necessity for a Security Council mandate for any military intervention in Kosovo. However, by that time it had become apparent that the Russian Federation would not agree to such a step.

In September 1998, the Security Council adopted Resolution 1199 (1998) which, also on the basis of Chapter VII, determined that the deterioration of the situation in Kosovo constituted 'a threat to peace and security in the region'.¹² The Council demanded the cessation of hostilities, a ceasefire, as well as immediate steps by both parties to improve the humanitarian situation and enter into negotiations with international involvement. The FRY was requested to implement a series of measures aimed at achieving a peaceful solution to the crisis. In conclusion, the Council '[d]ecide[d], should the concrete measures demanded in this resolution and resolution

¹⁰ SC Res. 1160 of 31 March 1998.

¹¹ *Ibid.*, para. 19.

¹² SC Res. 1199 of 23 Sept. 1998.

1160 (1998) not be taken, to consider further action and additional measures to maintain or restore peace and stability in the region'.

During subsequent weeks, however, it became clear that (at least) Russia would veto any Council resolution containing a mandate or an authorization to employ threats or the use of force against the FRY. On the other hand, it was equally clear that the just-quoted reference to eventual further Council action in Resolution 1199 (1998) was not sufficient in itself to provide a legal basis for the threat or use of armed force by UN Member States or international organizations. Thus, the Security Council was in no position to take the 'logical' further step of following up on Resolution 1199 (called a 'spring board resolution' by the then German Foreign Minister Kinkel) and ultimately authorizing enforcement action if the situation did not improve.

At this point NATO took over, as it were. Its members gave the organization the go-ahead for military action if the FRY did not comply with the Council resolutions, and the Alliance prepared for air strikes against the FRY. The principal legal basis for such action was to be the concept of 'humanitarian intervention', linked as closely as possible under the circumstances to the UN Charter in order to further gain legitimacy. The NATO position was summarized in the following terms by Secretary-General Solana on 9 October 1998:

The relevant main points that have been raised in our discussion yesterday and today are as follows:

- The FRY has not yet complied with the urgent demands of the International Community, despite UNSC Resolution 1160 of 31 March 1998 followed by UNSC Resolution 1199 of 23 September 1998, both acting under Chapter VII of the UN Charter.
- The very stringent report of the Secretary-General of the United Nations pursuant to both resolutions warned inter alia of the danger of an humanitarian disaster in Kosovo.
- The continuation of a humanitarian catastrophe, because no concrete measures towards a peaceful solution of the crisis have been taken by the FRY.
- The fact that another UNSC Resolution containing a clear enforcement action with regard to Kosovo cannot be expected in the foreseeable future.
- The deterioration of the situation in Kosovo and its magnitude constitute a serious threat to peace and security in the region as explicitly referred to in the UNSC Resolution 1199.

On the basis of this discussion, I conclude that the Allies believe that in the particular circumstances with respect to the present crisis in Kosovo as described in UNSC Resolution 1199, there are legitimate grounds for the Alliance to threaten, and if necessary, to use force.¹³

This announcement appears to have made a certain impression on the FRY. In any case, intensive diplomatic efforts, particularly on the part of US Special Envoy Richard Holbrooke, during the following days led to a ceasefire and the conclusion of two agreements: a first agreement of 16 October 1998 between the FRY and the OSCE, providing for the latter to establish a verification mission in Kosovo, and including an undertaking by the FRY to comply with Resolutions 1160 and 1199; and a second agreement between the FRY and NATO, signed on 15 October 1998, providing for the

¹³ Letter from Secretary-General Solana, addressed to the permanent representatives to the North Atlantic Council, dated 9 October 1998, document on file with the author.

establishment of an air verification mission over Kosovo in order to complement the OSCE mission. According to the first-mentioned agreement,

[i]n the event of an emergency situation in Kosovo which in the judgement of the [OSCE] Mission Director threatens the safety of members of the Verification Mission, the FRY shall permit and cooperate in the evacuation of Verification Mission members [by a NATO Extraction Force].¹⁴

Holbrooke further reached an accord with the FRY, according to which negotiations on a framework for a political settlement were to be completed by 2 November 1998.

On 24 October 1998, the UN Security Council returned to the scene again, reacting to the conclusion of the Holbrooke agreements with the adoption of Resolution 1203 (1998). Acting under Chapter VII, the Council formally endorsed and supported the two agreements concluded on 15 and 16 October concerning the verification of compliance by the FRY and all others concerned in Kosovo with the requirements of its Resolution 1199, and demanded full and prompt implementation of these agreements by the FRY. It affirmed that the unresolved situation in Kosovo constituted a continuing threat to peace and security in the region.

After some time, during which there was an improvement in the humanitarian and security situation in Kosovo, violence increased again, culminating in the events in Racak in mid-January 1999. In response, NATO threats of air strikes were resumed.

On 28 January 1999, UN Secretary-General Kofi Annan, he himself a former special UN envoy to NATO, met with the North Atlantic Council. His statement to the Council includes the following passages:

We must build on the remarkable cooperation between the UN and SFOR in Bosnia to further refine the combination of force and diplomacy that is the key to peace in the Balkans, as everywhere. The success of the NATO-led mission operation under a United Nations mandate is surely a model for future endeavours

Let me conclude by congratulating you on the upcoming 50th anniversary of the alliance, and wish you all success in your deliberations on devising a new strategic concept for the next century. How you define your role, and where and how you decide to pursue it, is of vital interest to the United Nations, given the long tradition of cooperation and coordination between NATO and the UN in matters of war and peace. I look forward to hearing your views on this matter.¹⁵

At a press conference in Brussels, the UN Secretary-General, when asked about the preconditions of military intervention in the FRY/Kosovo, is reported to have said that 'normally a UN Security Council Resolution is required'.¹⁶

On the same day, NATO Secretary-General Solana made a statement to the press on behalf of the North Atlantic Council, in which he affirmed that NATO fully backed a new initiative of the Contact Group and was ready to employ its military capabilities if necessary. He then added: 'You have seen from the visit of the United Nations

Secretary-General to NATO earlier today that the United Nations shares our determination and objectives.'¹⁷ On the evening of 29 January 1999, following decisions of the Contact Group taken a few hours earlier aimed at reaching a political settlement between the parties to the Kosovo conflict and establishing a framework and timetable for that purpose, the President of the Security Council made a statement according to which the Council welcomed and supported the decision of the Contact Group and demanded that the parties should accept their responsibilities and comply fully with these decisions as well as the relevant Council resolutions. Further, the Security Council reiterated its full support for international efforts, including those of the Contact Group and the OSCE Verification Mission, to reduce tensions in Kosovo and facilitate a political settlement.¹⁸

The next day, the North Atlantic Council repeated the threat of air strikes, if the 'requirements of the international community' and all relevant Security Council resolutions were not observed. In this context it welcomed the just-mentioned Presidential Statement.¹⁹ On 1 February 1999, the FRY representative at the UN requested an emergency meeting of the Security Council 'following the NATO threats to the sovereignty of [his] country'. According to the FRY, '[t]he decision by NATO, as a regional agency, to have its Secretary-General authorize air strikes against targets on FRY territory ... represents an open and clear threat of aggression against the FRY as a sovereign and independent Member State [sic] of the United Nations.'²⁰ The FRY letter then drew attention to the requirement of UN authorization of enforcement action to be undertaken by a regional organization.

As of March 1999, the international community is expecting the parties to the Kosovo conflict to return to the negotiating table(s) and hammer out the details of a 'Rambouillet Agreement'. As things currently stand, the Security Council will be requested, in this agreement, to issue a mandate for a NATO-led multinational peace mission (KFOR), involving armed forces of both members and non-members of NATO, to secure the implementation of the 'Rambouillet Agreement', by military means if necessary. However, in view of the fact that the future agreement would embody the consent of the FRY to the deployment of a multinational peace force on its territory, NATO and its member states appear to regard a UN Security Council mandate/authorization as politically desirable, but not indispensable, should the veto of a permanent member stand in the way. This at least was the viewpoint taken by the German Government in the parliamentary debate in late February 1999, which led to the *Bundestag's* approval of German participation in the military implementation of the future 'Rambouillet Agreement' as well as in NATO operations within the framework of the Extraction Force.²¹ A similar view had been expressed earlier on

¹⁴ 38 ILM (1999) 24.

¹⁵ Document on file with the author.

¹⁶ Document on file with the author (emphasis added).

¹⁷ NATO Press Release [99] 11.

¹⁸ S/PRST/1999/5.

¹⁹ NATO Press Release [99] 12.

²⁰ Document on file with the author.

²¹ Cf. *Deutscher Bundestag*, 14. Wahlperiode, Docs. 14/397 and 14/414; see further the report of the members of the *Auswärtiger Ausschuß* (foreign relations committee) of the *Bundestag* annexed to the second document, at 5.

with regard to the effect of the Holbrooke Agreements on the legality of the presence of the OSCE Verification Mission in Kosovo and on that of the eventual evacuation of OSCE Verification Mission members by the NATO Extraction Force.²²

In contrast, it is said that the current position of the Russian Federation is to call for a Security Council mandate based on Chapter VI in addition to an agreement with the territorial sovereign. If this condition were met, it appears that Russia would also be willing to participate in a NATO-led multinational peace mission in Kosovo.

Thus stands the chain of events relevant in the present context. In the following, these facts will be assessed in relation to the law set out in Section 1 above.

First, contrary to the standpoint taken in the FRY's request of 1 February for an emergency Council meeting, NATO is not a regional organization in the sense of Chapter VIII of the UN Charter. On the part of NATO, this was expressly clarified years ago in a letter addressed by the organization's former Secretary-General Willy Claes to the UN Secretary-General. Consequently, the requirement enshrined in Article 53 para. 1 of the Charter (cf. text at note 6 *supra*) for an — express or implicit, prior or *ex-post-facto* — authorization of enforcement action under regional arrangements or by regional agencies is not formally applicable in the case of NATO. The Alliance constitutes an international organization on the basis of Article 51 of the Charter; the only 'enforcement action' envisaged in this Article is self-defence. If NATO now widens the scope of its activities beyond 'Article 5 missions',²³ it leaves the area of relative freedom of action granted by Article 51 of the UN Charter and becomes fully subjected to the legal limits established by the 'higher' (cf. Article 103) Charter law intended to contain or prohibit any other, i.e. offensive, kind of coercion or enforcement by military means. Thus, we are back to the basic principle of 'no threat or use of armed force except in self-defence or if called for, respectively authorized, by the Security Council'. In our case, the requirement of such authorization would result (not from Chapter VIII but) from Chapter VII of the Charter. However, as to the modalities of Security Council authorization, the clarifications developed on Article 53 para. 1 will certainly be applicable by way of analogy. The argument could even be made that legal limitations to be applied in cases of interaction between the UN and regional organizations foreseen by the Charter would have even greater weight *vis-à-vis* an organization like NATO which is now venturing into the field of 'enforcement action' against third states (arg. *a minori ad majus*). In concrete terms, NATO could be authorized by the Security Council to threaten or use armed force against the FRY not only expressly and prior to such action but also implicitly *ex post* though not tacitly.

Since, as was shown above, an express authorization of the threat or use of force against the FRY never materialized, the follow-up question would be whether the sequence of Security Council reactions to NATO activities and their results described earlier could be seen as an implicit authorization granted *ex post*. In favour of a positive reply, one could point to the remarkable degree of 'satisfaction', as it were, expressed

by the Council in its Resolution 1203 (1998) as well as in the Presidential Statement of 29 January 1999 with the Holbrooke agreements and the subsequent successes of the Contact Group — results causally linked to the NATO threat of imminent air strikes. These signals of political approval could, at any stage, have been prevented by the opposition of any permanent member of the Council. But the Russian Federation chose to remain silent. On the other hand, however, Russia had made it clear in the fall of 1998 that it was not ready to follow up on Resolutions 1160 and 1199 by agreeing to the ultimate step of unleashing armed force against the FRY. This position appears not to have changed since then. In light of this, the view that the positive reception by the Council of the results of NATO threats of force could be read as an authorization of such force granted implicitly and *ex post* is untenable. But would this not mean that the Security Council has welcomed and endorsed developments brought about in violation of the UN Charter? The question of such illegality *vel non* will have to be looked at, but, independently of a final legal judgment, the fact is that the Security Council, as a political organ entrusted with the maintenance or restoration of peace and security rather than as an enforcer of international law, will in many instances have to accept or build upon facts or situations based on, or involving, illegalities.

In consideration of the foregoing, it may be concluded that the NATO threats of air strikes against the FRY, not having been authorized by the Security Council either expressly or implicitly, are not in conformity with the UN Charter. In this regard, it makes little difference that the threat had not been carried out until the time of writing because Article 2(4) prohibits such threats in precisely the same way as it does the actual use of armed force.

Let us now look at the interaction between the UN and NATO from the other, i.e. the NATO, side. Such a complementary perspective might place the legal deficiency just diagnosed in a mitigating context, so to speak.

Indeed, one is immediately struck by the degree to which the efforts of NATO and its member states follow the 'logic' of, and have been expressly linked to, the treatment of the Kosovo crisis by the Security Council. In an address delivered in Bonn on 4 February 1999, US Deputy Secretary of State Strobe Talbott referred to an 'unprecedented and promising degree of synergy' in the sense that the UN and NATO, among other institutions, had 'pooled their energies and strengths on behalf of an urgent common cause'; as to the specific contribution of the UN, he saw this in the fact that 'the UN has lent its political and moral authority to the Kosovo effort'.²⁴ Note the silence as to UN legal authority.

Aside from the absence of a formal authorization discussed above, a reading of the relevant Council resolutions together with the respective pronouncements of NATO (members) might lead an observer to conclude that the two sides acted in concert. The most remarkable illustration of this is the way in which SC Resolution 1203 (1998) welcomed and endorsed the agreements between NATO/OSCE and the FRY brought about (or at least, helped along) by the unauthorized NATO threats.

²² Cf. the passage from the agreement of 16 October 1998 quoted *supra* in text at note 14.

²³ On the internal, 'constitutional' aspects of this development see *infra* Section 3.

²⁴ Manuscript on file with the author, at 9.

If we analyse the reasoning behind the announcement of NATO that armed force would be used if the FRY did not desist from further massive violations of human rights (cf., above all, Secretary-General Solana's letter of 9 October 1998²⁵), we see that it follows two lines: first, it evokes elements of the doctrine of 'humanitarian intervention' without calling it by name; but secondly, and much more pronouncedly, it refers to, and bases itself on, the UN Charter and Security Council as well as other UN action concerning Kosovo wherever and in whatever way possible. Above all, it draws attention to SC Resolutions 1160 and 1199 and the fact of the FRY's non-performance of the obligations deriving from them under the Charter. Further, the letter leaves no doubt that it is the United Nations which represents the international community in its concern for the Kosovo crisis and formulates the respective community interests. Thus, NATO tries to convince the outside world that it is acting 'alone' only to the least degree possible, while in essence it is implementing the policy formulated by the international community/United Nations; it is filling the gaps of the Charter, as it were, in a way that is consistent, in substance, with the purposes of the UN. And, as already mentioned, then follows SC Resolution 1203 endorsing and building upon NATO action. Similarly, the Presidential Statement of 29 January 1999 welcomes and supports the achievements of the Contact Group following renewed NATO threats after the massacre at Racak — in the words of US Deputy Secretary of State Strobe Talbott, thus lending 'its political and moral authority to the Kosovo effort'.

Considering this interaction, or 'synergy', between the United Nations and NATO, one can agree with the view of the then German Foreign Minister Kinkel, according to whom NATO, in the state of humanitarian necessity in which the international community found itself in the Kosovo case, acted in conformity with the 'sense and logic' of the resolutions that the Security Council had managed to pass. The NATO threat of force continued and backed the thrust of SC Resolutions 1160 and 1199 and can with all due caution thus be regarded as legitimately, if not legally, following the direction of these UN decisions.

However, despite all this 'synergy', closeness and interrelatedness of NATO and UN engagements in the Kosovo crisis, there is no denying the fact that a requirement of Charter law has been breached.

This deficiency did play a central role in the deliberations of the Parliament of the Federal Republic of Germany (*Bundestag*) in mid-October 1998 in relation to German participation in NATO air strikes. In these debates, the international legal issues involved were discussed at great length and in considerable depth. The respect for UN Charter law demonstrated throughout the debates was remarkable. Such deference became particularly apparent in the critical discussion of the absence of a Security Council authorization. The German Federal Government, while recognizing this legal flaw, argued that the situation in Kosovo was so desperate as to justify the NATO threat, even without UN authorization, in a state of humanitarian necessity leaving no choice of other means. In this regard, differently from the NATO Secretary-General, the Government called a spade a spade and spoke of the NATO threat as an instance of

'humanitarian intervention'. The *Bundestag* finally gave its approval to German participation in the NATO action. But it was stressed by all voices in favour of such participation, in particular by the Federal Government, that German agreement with the legal position taken by the Alliance in the specific instance of Kosovo was not to be regarded as a 'green light' for similar NATO interventions in general. To quote Foreign Minister Kinkel before the *Bundestag*:

The decision of NATO [on air strikes against the FRY] must not become a precedent. As far as the Security Council monopoly on force [*Gewaltmonopol*] is concerned, we must avoid getting on a slippery slope.²⁶

This statement will also be relevant for Section 3 of this article. Whether the denial of precedential value expressed in it, which runs like a red thread through the German parliamentary debate, will have the desired effect cannot of course be decided by Germany alone. But what is of great importance is the emphasis on the part of both the German Federal Government and the *Bundestag* on the singularity of the Kosovo case from which no conclusion on a general rule or policy is to be drawn.

To briefly review two more technical issues: to characterize the NATO threat of armed force against the FRY as 'humanitarian intervention' does not fit the standard schema, as it were, of this controversial notion. Within the categories of international legal self-help and enforcement, these threats rather constitute reprisals, or countermeasures, intended to induce the FRY to comply with its obligations arising, in a first phase, from general international law and the relevant Security Council resolutions, and, in a second phase, from the Holbrooke Agreements of October 1998. However, such characterization does not change the result of the legal analysis: as already mentioned at the outset, countermeasures (reprisals) involving the threat or use of armed force are prohibited under international law, irrespective of any good humanitarian intention behind them, except if authorized by the Security Council under Chapters VII or VIII of the Charter.

The second observation relates to the view that, since a 'Rambouillet Agreement' would incorporate the consent of the FRY to the presence of the NATO-led multinational peace force in Kosovo, KFOR would possess a sufficient legal basis even without a Security Council mandate authorizing it. As mentioned earlier, the Russian Federation appears to regard a UN mandate based on Chapter VI as necessary but also as sufficient for the same purpose.

These views seem convincing only in as much as what is envisaged in Kosovo remains within the purview of classic peacekeeping; that is, of a mission not involving the use of armed force. If, however, KFOR is eventually to engage in 'robust' peacekeeping (consider, for instance, the issue of disarming the KLA), a legal basis for the presence and activity of KFOR in the form of FRY consent only appears rather fragile, and a critical departure from former practice. Further, it is not to be expected that in a 'Rambouillet Agreement' the FRY will consent expressly to the use of armed force by KFOR, if necessary, against the Yugoslav army and police (consider the

²⁵ Reproduced verbatim *supra* text at note 13.

²⁶ *Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248*, 16 October 1998, at 23129.

extremely guarded formula concerning possible action by the NATO Extraction Force within Kosovo in the Holbrooke Agreement of 16 October 1998²⁷). In view of the explosive environment in which KFOR is to operate, a Chapter VII mandate in addition to the consent of the territorial sovereign appears highly desirable, to say the least.

By way of conclusion to this section: whether we regard the NATO threat employed in the Kosovo crisis as an *ersatz* Chapter VII measure, 'humanitarian intervention', or as a threat of collective countermeasures involving armed force, any attempt at legal justification will ultimately remain unsatisfactory. Hence, we would be well advised to adhere to the view emphasized and affirmed so strongly in the German debate, and regard the Kosovo crisis as a singular case in which NATO decided to act without Security Council authorization out of overwhelming humanitarian necessity, but from which no general conclusion ought to be drawn. What is involved here is not legalistic hair-splitting versus the pursuit of humanitarian imperatives. Rather, the decisive point is that we should not change the rules simply to follow our humanitarian impulses; we should not set new standards only to do the right thing in a single case. The legal issues presented by the Kosovo crisis are particularly impressive proof that hard cases make bad law.

3 NATO's Future 'Strategic Concept': From 'Out of Area' to 'Out of Treaty'?

At present, NATO is hammering out a new 'strategic concept' to define its role in the 21st century. It is to be adopted on the occasion of the Alliance's 50th Anniversary Summit in Washington in late April 1999. At the time of writing, the negotiating process is still under way. Most documents relating to the issues raised in the present paper are confidential. Nevertheless, the general direction in which the United States in particular wants the Alliance to move in the future is quite clear. For instance, in the address already mentioned above, Deputy Secretary of State Strobe Talbott had, among other things, the following to say about what he referred to as the 'deepening' of NATO:

In that project [i.e., the transformation of NATO] . . . we must be ambitious. NATO was founded and designed to deal with the Soviet Union and the Warsaw Pact. That state and that alliance are gone, and so is the threat they posed . . . This isn't to say that NATO's original task of collective defense is finished or that collective defense is no longer at the core of the Alliance's mission. NATO must maintain its capability enshrined in Art. V of the Treaty of Washington, to deter and if necessary defeat what might be called classic aggression. Such a threat could arise in the future. But it is less likely to do so if NATO remains robust and ready.

However, that is not enough if NATO is to remain relevant to the times. With the end of the Cold War, new, less spectacular, but more diversified threats have arisen. Disputes over ethnicity, religion or territory, can, as we've already seen, trigger armed conflict, which in turn can generate cross-border political instability, refugee flows and humanitarian crises that endanger European security.

²⁷ See text *supra* at note 14.

NATO must be able to deal with threats like these while maintaining its core function of collective defense.

...

[I]n re-inventing NATO, [we] must make hard political choices and a convincing political case with our constituencies. Here, I would submit, is the case we should make about the role and mission of the new NATO: It should start, . . . , with Art. V of the Washington treaty — our commitment to collective defense. But we also need to recognize that most current and foreseeable European security challenges involve non-Art. V missions; therefore we need to be better prepared to deal with them as well.

Furthermore, in this increasingly complex and interdependent world of ours, we face a more diverse and far-flung array of threats than we did in Truman and Adenauer's day. The proliferation of weapons of mass destruction and the scourge of terrorism do not fit neatly into our old slogans and concepts like 'The Free World' and 'The Iron Curtain,' or old geographic simplicities that suggested out-dated geopolitical ones — like 'East versus West.' . . . This means that as we maintain our ability to defend the territorial integrity of all NATO members, we also need forces, doctrines and communication assets that will allow us, when necessary, to address the challenges of ethnic strife and regional conflict that directly affect our security but that lie beyond NATO territory — as we have done, and are doing, in the Balkans. Also, it is mere prudence and common sense, not excessive ambition, to suggest that a truly modernized Alliance should be able to cope effectively with the all-too-modern challenges posed by the spread of ballistic missiles and WMD [weapons of mass destruction].

Some commentators contend that such adaptations require a revision of the North Atlantic Treaty, or believe that we are proposing one. This is untrue. The framers of the Washington Treaty were careful not to impose arbitrary functional or geographical limits on what the Alliance could do to protect its security.

Let me be clear: I am *not* saying there are *no* limiting factors on what NATO can and should do. Of course there are. NATO is a *consensus* organization, and it defines its common interests accordingly — by consensus of its members. We would not go anywhere as an Alliance unless all our members want us to go there. No ally can force others to agree to a NATO action. Under Art. IV of the Treaty of Washington, NATO members will consult when their security is threatened, and together they will determine the appropriate response.

There are also limits implicit in the military capabilities of the Allies themselves. No one is suggesting that we deploy NATO forces, say, to the Spratley Islands.²⁸

The Deputy Secretary of State concluded this point by saying:

Nor are we suggesting that NATO act in splendid isolation from — or high-handed defiance of — the United Nations or the OSCE. All NATO Allies are members of both of those organizations. We believe NATO's missions and tasks must always be consistent with the purposes and principles of the UN and the OSCE. We expect NATO and its members will continue to be guided by their obligations under the UN Charter and the Helsinki Final Act.

At the same time, we must be careful not to subordinate NATO to any other international body or compromise the integrity of its command structure. We will try to act in concert with other organizations, and with respect for their principles and purposes. But the Alliance must reserve the right and the freedom to act when its members, by consensus, deem it necessary.²⁹

The future role thus envisaged for NATO and the legal-institutional consequences which the proposed new concept implies for the relationship between NATO and the

²⁸ *Supra* note 20.

²⁹ Manuscript, at 4, 7f.

United Nations also became apparent in a 'Resolution on Recasting Euro-Atlantic Security', adopted by the North Atlantic (Parliamentary) Assembly in November 1998. In this document, the Assembly,

[g]uided by the vision that NATO in the 21st century should be an enduring political-military alliance among sovereign states whose purpose is to apply power and diplomacy to the collective defence and promotion of Allied security, democratic values, the rule of law, and peace,

urged member governments and parliaments of the North Atlantic Alliance

...

b. to accelerate progress in developing capabilities to meet emerging security challenges that may demand both Article 5 and non-Article 5 missions, including meeting the threat of the proliferation of weapons of mass destruction and international terrorism and enhancing power projection, surveillance assets, communications, sustainment, information superiority, and interoperability;

...

d. to seek to ensure the widest international legitimacy for non-Article 5 missions and also to stand ready to act should the UN Security Council be prevented from discharging its purpose of maintaining international peace and security; _

e. to affirm that the inherent right of individual or collective self-defence, also enshrined in Article 51 of the UN Charter, must include defence of common interests and values, including when the latter are threatened by humanitarian catastrophes, crimes against humanity, and war crimes; ...³⁰

Certainly, these formulas will not be the last word as to how NATO will define its future legal-institutional relationship with the universal organization of the UN. But the message which these voices carry in our context is clear: if it turns out that a Security Council mandate or authorization for future NATO 'non-Article 5' missions involving armed force cannot be obtained, NATO must still be able to go ahead with such enforcement. That the Alliance is capable of doing so is being demonstrated in the Kosovo crisis. Whether such a course is legally permissible is a different matter. In the November 1998 resolution of the North Atlantic Assembly, two different legal arguments can be identified in this regard. According to the first one, the right of self-defence 'also enshrined' in Article 51 of the UN Charter is to be interpreted so broadly as to include the defence of 'common interests and values'. This text calls for two brief observations: to start with, the wording might create the impression that self-defence in international law has a broader scope than that foreseen in Article 51, i.e., that it is justified not only against armed attacks but beyond that specific instance also against other threats. What other menaces the authors have in mind is then made clear: attacks on 'common [i.e., NATO] interests and values'. To thus widen the scope of self-defence, as a legal institution, is intolerable, indeed absurd, from a legal point of view and does not deserve further comment. What might be mentioned, however, is that 'respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law'³¹ also counts among the values common to NATO member states.

³⁰ NATO Doc. AR 295 SA (1998).

³¹ Preamble to the UN Charter.

The second argument, contained in para. d. of the North Atlantic Assembly resolution, reads like a codification of the course that NATO is steering in the Kosovo crisis. Therefore, the legal critique put forward in the preceding part of the present paper is fully applicable. It is probably no coincidence that the wording chosen for para. d. is similar to that of the 'Uniting for Peace' Resolution of the UN General Assembly of 3 November 1950, considering the keenness of NATO to have its actions partake of UN legitimacy, so to speak. But of course, according to 'Uniting for Peace', it was the General Assembly, as a UN organ comprising all Member States, that was to shoulder the burden of maintaining or restoring international peace and security *in lieu* of the Security Council, not an extraneous, regional organization comprising only about 10 per cent of UN membership.

'Uniting for Peace' was an attempt to fill a gap in the Charter system of collective security during the darkest period of the Cold War (and, of course, of the hot war in Korea). As mentioned earlier, during the same period several fundamental Charter provisions, like Articles 2(4), 51 and 53, were subjected to 'realist' reinterpretations in order to allow individual states as well as regional or defence organizations to return to pre-Charter conditions as regards the use of force. Considering the almost permanent stalemate in the Security Council extending over decades, such *ersatz* constructs might have had a certain legitimacy at the time. But today things are different: since the end of the Cold War, the Security Council is functioning precisely in the manner envisaged in 1945. During the decade up to and including 1997, Chapter VII was invoked no less than 112 times; during the same period the number of vetoes cast was extremely small. Considering this state of affairs, to circumvent substantive and, in particular, procedural cornerstones of Charter law is, therefore, much more dangerous to the integrity of the UN peace system than the aberrations of the past.

In view of the Russian position *vis-à-vis* the prospect of NATO 'peace missions' engaging in military enforcement out of area, a new formula has recently been put forward, according to which the necessary legal basis for non-Article 5 missions comprising the use of armed force is, 'as a rule', to be provided either by a mandate of the UN Security Council or by acting 'under the responsibility of the OSCE' (thus the address of German Federal Chancellor Gerhard Schroeder to the Munich Security Forum on 6 February 1999).³²

The alternative thus offered may possibly appease the Russian Federation, but it cannot satisfy the international lawyer: the OSCE has grown into a regional organization in the sense of Chapter VIII of the Charter. As such, any military enforcement action under its responsibility will require authorization by the UN Security Council according to the rules described earlier. Thus, such peace enforcement under the aegis of the OSCE will not only require the consent of the Russian Federation but also that of the Security Council in accordance with Article 53 para.1 of the UN Charter. From the standpoint of United Nations law, therefore, the issue is not only how to obtain the consent/participation of Russia in peace

³² Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung No. 8, of 22 February 1999, at 91.

enforcement but how to achieve this at the regional level in full conformity with the Charter.

Turning to a more subtle, 'linguistic', point, it is interesting to observe how certain, particularly US, voices place the United Nations in the company of regional organizations or similar institutions. For instance, in the Bonn address of Deputy Secretary of State Strobe Talbott repeatedly referred to already, we find the following observation:

We started [the] process of institutional joint action in Bosnia, and we have built on it in Kosovo. We have seen five bodies — NATO, the EU, the OSCE, the United Nations and the Contact Group develop an unprecedented and promising degree of synergy. By that I mean that these disparate but overlapping organizations have pooled their energies and strengths on behalf of an urgent common cause.³³

In the current debate, the formula of the UN and relevant Western regional institutions mutually reinforcing each other seems to have gained acceptance. To the present author, this way of describing the relationship of the institutions mentioned is to be treated with great caution. On the one hand, it is undeniably reassuring to see the 'political authority' of the UN emphasized by Mr Talbott relying on and backed up by the muscle of more dynamic regional institutions. But on the other hand, in political as well as legal discourse, this view could (is meant to?) have the effect of putting the United Nations on the same hierarchical level as these institutions, thereby relativizing the legal primacy due to the obligations flowing from the UN Charter.³⁴ In most quarters of the world, including Germany, it is accepted that the UN Charter is not just one multilateral treaty among others but an instrument of singular legal weight, something akin to a 'constitution' of the international community. This status of the Charter should not be prejudiced by NATO.

In his Bonn address, the US Deputy Secretary of State spoke of the hard political choices to be made 'in re-inventing NATO'.³⁵ In the same vein, however, he denied that such re-invention would require a revision of the North Atlantic Treaty. In the present paper, focusing as it does on UN law, only a few brief comments can be made in this regard.

If we compare the practices of amendment and revision of the constituent instruments of international organizations in general with the capacity of NATO to absorb, as it were, new roles and missions without any formal changes considered necessary to the original founding treaty, this flexibility is already astonishing at present, even before the imminent 're-invention'. Thus, quite aptly, some members of the German Federal Constitutional Court once spoke of the NATO Treaty as 'a treaty on wheels'.

At the level of international law, the power of member states of international organizations to develop, amend and revise the constitutive instruments of these

institutions by mutual agreement or subsequent practice is far-reaching. In the case of organizations working on the basis of majority decisions, the legal limits to such changes will be debated, in some instances adjudicated, in terms of doctrines like those of *ultra vires* versus 'implied powers'. These issues will hardly arise in the practice of international organizations which, like NATO, arrive at decisions by unanimous vote or employ a consensus method. Hence, from that point of view almost any transformation of NATO is feasible as long as all members agree, and this without a formal revision of the constituent treaty instrument. In this regard, Mr Talbott's remarks are perfectly correct. However, no unanimity of NATO member states can do away with the limits to which these states are subject under peremptory international law (*jus cogens*) outside the organization, in particular the higher law (cf. Article 103) of the UN Charter on the threat or use of armed force. NATO is allowed to do everything that is legally permissible, but no more. Legally, the Alliance has no greater freedom than its member states. This point has been the main thrust of the present paper.

However, the question of legal limitations to the transformation of NATO leads to a further issue: that of the democratic legitimacy of such 're-invention'. The acuteness and topicality of this question may vary from country to country. In the Federal Republic of Germany it has been at the heart of several great constitutional controversies ultimately resolved by the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). In these cases, one of the decisive issues was the extent to which alterations of existing obligations deriving, *inter alia*, from the NATO Treaty, or the creation of new such obligations, could be affected by way of 'soft law', for instance by decisions of the North Atlantic Council, while still being covered by the *Bundestag*'s original approval of the NATO Treaty almost half a century ago. The Court was prepared to go quite far in allowing the dynamic evolution of NATO to escape the prerequisite of new parliamentary approval, but it did indicate certain borderlines, among them, in its 1994 judgment on the constitutionality of German participation in NATO/WEU action against the FRY in the Mediterranean and in UNOSOM II, the conformity of all these activities with the rules and procedures of the UN Charter as the overarching, universal system of collective security. Hence, in view of the strong emphasis placed by the German Government as well as the *Bundestag* on the singular, exceptional character of, and the express denial of precedential value to, the threat of force by NATO against Yugoslavia expressed in the fall of 1998, a general authorization for a 'new' NATO to proceed to military enforcement out of area without UN Security Council assent, if necessary, might well transcend the limits set up by the German Basic Law. The German Constitution provides for several procedures to have this question adjudicated by the Karlsruhe Court. In sum, there is reason for caution here; this is also because the *Bundesverfassungsgericht* has demonstrated its willingness to uphold the constitutional requirements for German participation in international organizations and supranational integration even against heavy political headwinds.³⁶

³³ Manuscript, at 9.

³⁴ Cf. on Charter Art. 103 *supra* Section 1.

³⁵ Cf. *supra* text at note 28.

³⁶ Cf. the 1993 *Maastricht* decision, [1994] CMLR 57.

As the Background Paper prepared by Jeffrey Laurenti for the United Nations Association of the U.S.A. for the present Roundtables puts it so well, some voices in the current debate fear

that abandonment of the Security Council's asserted monopoly on determining the lawful use of force against others, except in self-defense, could put the world community on a slippery slope of competing claims of 'rights' to intervene — with the potential consequence of escalating hostilities rather than resolving them. Some see a disquieting historical precedent for alliance self-authorization for use of force in the Warsaw Pact's intervention in Czechoslovakia in 1968 (an intervention that was, to be sure, directed within its own membership). Some warn that such fragmentation of lawful authority on use of force could prompt the emergence of counter-alliances among those fearful of high-handed interventionism by an overweening Western alliance. If the U.N. has too many inhibitions about the use of force, these worry, NATO under U.S. pressure may have too few.¹⁷

The present author shares these concerns. He feels in good company, in view of the vehemence with which the German Government as well as the *Bundestag* emphasized in the October 1998 debate that the decisions taken by NATO on Kosovo must not be seen as a precedent leading to a general right of the Alliance to intervene militarily out of area without a Security Council mandate/authorization. The genie of NATO 'self-authorization' must not be let out of the bottle. Apparently, this is the opinion of other NATO member governments as well.

The law of nations being a horizontal system, claims to international legality and admissibility put forward by its actors, be they states or organizations, are prone to have a boomerang effect. True, at present NATO is the only regional institution capable of countering (self-defined) security challenges effectively, if necessary by military means. But things might change in the future, and other states or new alliances in Europe or in other parts of the world might then also proclaim to 'stand ready to act' without the Security Council, or affirm to defend certain 'interests and values' by armed force (to use the language of the November 1998 North Atlantic Assembly resolution). Reference to 1968 does not seem to be far-fetched: when the Soviet Union followed up on the Warsaw Pact intervention in Czechoslovakia with the 'Brezhnev doctrine', condemnation by the West, particularly the United States, of both the invasion and the general concept justifying it was resolute and strong; statements about the invalidity of such *inter se* derogations of fundamental Charter precepts abounded. One wishes that some of the respect paid to the UN Charter on that sad occasion would also mark the debate on NATO's strategic concept for the 21st century. The fact also mentioned in the UNA Background Paper, that the Warsaw Pact's intervention in 1968 was directed within its own membership, is not designed to quell legal concerns; on the contrary, the (unauthorized) threat or use of force against a state which is not a member of a certain international organization, and which might therefore not share this organization's 'common interests and values', appears even more indefensible than force employed within the organization's circle of members.

¹⁷ J. Laurenti, 'NATO, the U.N., and the Use of Force', background paper prepared for the United Nations Association of U.S.A (1999).

In this regard, the announcement that the new NATO is to become more instrumental in meeting the threat of proliferation of weapons of mass destruction is of a particularly 'extrovert' nature, considering, as the UNA Background Paper does, that, aside from its nuclear-armed members, no country in NATO's own region has programmes for the development of these weapons. As the Background Paper also mentions, the international treaty regimes controlling these weapons all provide for the Security Council to enforce them. In light of this, it is to be hoped that a future role of the Alliance in this field would be linked to the already existing one of the Council by foreseeing the prerequisite of a Security Council mandate for any NATO action which assumes the nature of enforcement.

4 Concluding Remarks

It is disquieting to observe how the UN/NATO relationship has changed within a few years. In 1994, at its Brussels summit, NATO had declared its readiness to cooperate with the United Nations in 'peacekeeping and other operations under the authority of the UN Security Council'. In December 1997, the Final Report of a high-level International Task Force on the Enforcement of UN Security Council Resolutions regarded as 'doubtful that NATO would consider taking enforcement action, at least out of area, without Security Council authorization'.¹⁸

Less than a year later these doubts were dispelled. In the field under consideration here, NATO action has moved from full collaboration with the UN in both peacekeeping and enforcement in Bosnia to enforcement action in place of the UN, albeit still authorized by the Security Council to implement the Dayton Agreement, and now in the context of Kosovo it has shifted to enforcement in place of the UN without such authorization. For some, this last-mentioned schema is now generally to be embedded in NATO's new 'strategic concept'. According to the UNA Background Paper, this development suggests a shift in the UN/NATO relationship from mutual reinforcement¹⁹ to fundamental competition:

Under such a scenario, the organization in danger of sliding into irrelevance seems to be not NATO but the United Nations. In a political variant of free-market competition, the U.N. Security Council risks disappearing as a serious security body as the genuinely powerful prefer to work through a more convenient instrument. All that the Security Council can offer is 'legitimacy,' in the view of some Western governments — and NATO may provide the desired multilateral cover, with less obstruction.

Such a development would be deplorable. In the words of UN Secretary-General Kofi Annan:

[P]eacekeeping is not, and must not become, an arena of rivalry between the United Nations

¹⁸ United Nations Association of the U.S.A., *Words to Deeds: Strengthening the U.N.'s Enforcement Capabilities* (1997), at 45.

¹⁹ Cf. on this phrase *supra* text at note 33.

and NATO. There is plenty of work for us both to do. We work best when we respect each other's competence and avoid getting in each other's way.⁴⁰

This article has attempted to demonstrate that, while the threat of armed force employed by NATO against the FRY in the Kosovo crisis since the fall of 1998 is illegal due to the lack of a Security Council authorization, the Alliance made every effort to get as close to legality as possible by, first, following the thrust of, and linking its efforts to, the Council resolutions which did exist, and, second, characterizing its action as an urgent measure to avert even greater humanitarian catastrophes in Kosovo, taken in a state of humanitarian necessity.

The lesson which can be drawn from this is that unfortunately there do occur 'hard cases' in which terrible dilemmas must be faced and imperative political and moral considerations may appear to leave no choice but to act outside the law. The more isolated these instances remain, the smaller will be their potential to erode the precepts of international law, in our case the UN Charter. As mentioned earlier, a potential boomerang effect of such breaches can never be excluded, but this danger can at least be reduced by indicating the concrete circumstances that led to a decision *ad hoc* being destined to remain singular. In this regard, NATO has done a rather convincing job. In the present author's view, only a thin red line separates NATO's action on Kosovo from international legality. But should the Alliance now set out to include breaches of the UN Charter as a regular part of its strategic programme for the future, this would have an immeasurably more destructive impact on the universal system of collective security embodied in the Charter. To resort to illegality as an explicit *ultima ratio* for reasons as convincing as those put forward in the Kosovo case is one thing. To turn such an exception into a general policy is quite another. If we agree that the NATO Treaty does have a hard legal core which even the most dynamic and innovative (re-)interpretation cannot erode, it is NATO's subordination to the principles of the United Nations Charter.

To end on a lighter note: all of us leave the path of virtue from time to time. But one should not announce such a dangerous course as a general programme for the future, especially at one's 50th birthday.

⁴⁰ Address at Georgetown University on 23 February 1999; UN Doc. SG/SM/6901, PKO 80.

Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?

Antonio Cassese*

Abstract

Cassese comments on the article by Simma, also in this issue, on the legitimacy of the use of force by NATO in the Kosovo crisis. The author agrees with Simma that NATO's action falls outside the scope of the United Nations Charter and, by that token, is illegal under international law. This breach is not a negligible one and it is not to be countenanced merely by referring to its exceptional character and by stating that it should not be seen as setting a precedent. The author explores the notion that NATO's action may nevertheless be taken as evidence of an emerging doctrine in international law allowing the use of forcible countermeasures to impede a state from committing large-scale atrocities on its own territory, in circumstances where the Security Council is incapable of responding adequately to the crisis. The author argues that where a number of stringent conditions are met, a customary rule may emerge which would legitimize the use of force by a group of states in the absence of prior authorization by the Security Council. This is subject to various caveats, including the need to bear in mind the threat to global security which is inevitably involved in the use of force without such authorization.

I fully subscribe to the cogent argument put forward by B. Simma¹ that the threat of force, followed by the use of armed violence, by NATO countries against the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) (FRY) is contrary to the United Nations Charter. Those countries acted without any authorization of the Security

* Presiding Judge, Trial Chamber II, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY); former President of the ICTY (1993-1997), ICTY, Churchillplein 1, P.O. Box 13888, 2501 EW, The Hague, The Netherlands; member of the *EJIL* Editorial Board. This comment is intended to express the personal views of the author and in no way engages the responsibility of any international or national body or organization.

¹ Simma, 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects', this issue, at 1.

27

Council under Chapter VII of the Charter, nor could their action be justified as collective self-defence pursuant to Article 51 of the Charter.² Hence, recourse to force has taken place outside, and indeed against, the Charter framework.

My agreement with Simma ends, however, when he contends that 'only a thin red line separates NATO's action in Kosovo from international legality' and then goes on to note that

should the Alliance now set out to include breaches of the UN Charter as a regular part of its strategic programme for the future, this would have an immeasurably more destructive impact on the universal system of collective security embodied in the Charter. To resort to illegality as an explicit *ultima ratio* for reasons as convincing as those put forward in the Kosovo case is one thing. To turn such an exception into a general policy is quite another.³

In short, for Simma the illegality perpetrated by NATO countries is not so grave; and, at any rate, it must not set a precedent and should remain exceptional. I respectfully disagree.

The breach of the United Nations Charter occurring in this instance cannot be termed minor. The action of NATO countries radically departs from the Charter system for collective security, which hinges on a rule (collective enforcement action authorized by the Security Council) and an exception (self-defence). There is no gainsaying that the Charter system has been transgressed, in that a group of states has deliberately resorted to armed action against a sovereign state without authorization to do so by the Security Council. It would not be appropriate to object that the United Nations Charter has already been violated on many occasions by states resorting to force in breach of Article 2 para. 4: on those occasions states have always tried to justify their action by relying upon (and abusing) Article 51. In the present instance, the member states of NATO have not put forward any legal justification based on the United Nations Charter: at most, they have emphasized that the Security Council had already defined the situation in Kosovo as a 'threat to peace'. Even cursory consideration of the Charter system shows, however, that this argument does not constitute *per se* a legal ground for initiating an armed attack against a sovereign state.

In the current framework of the international community, three sets of values underpin the overarching system of inter-state relations: peace, human rights and self-determination. However, any time that conflict or tension arises between two or more of these values, peace must always constitute the ultimate and prevailing factor.

² For an authoritative statement of existing law, see O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), at 128 '[I]nternational law does not, and should not, legitimize the use of force across national lines except for self-defence (including collective self-defence) and enforcement measures ordered by the Security Council. Neither human rights, democracy or self-determination are acceptable legal grounds for waging war, nor for that matter, are traditional just war causes or righting wrongs. This conclusion is not only in accord with the U.N. Charter as it was originally understood; it is also in keeping with the interpretation adopted by the great majority of States at the present time. When governments have resorted to force, they have almost invariably relied on self-defence as their legal justification'. Along the same lines, and with specific reference to self-determination, I take the liberty of referring to my book, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal* (1995), at 199–200.

³ *Supra* note 1, at 22.

Under the UN Charter system, as complemented by the international standards which have emerged in the last 50 years, respect for human rights and self-determination of peoples, however important and crucial it may be, is never allowed to put peace in jeopardy. One may like or dislike this state of affairs, but so it is under *lex lata*.

Nor can one confine oneself to hoping that this dramatic departure from UN standards will remain an exception. Once a group of powerful states has realized that it can freely escape the strictures of the UN Charter and resort to force without any censure, except for that of public opinion, a Pandora's box may be opened. What will restrain those states or other groups of states from behaving likewise when faced with a similar situation or, at any event, with a situation that in their opinion warrants resort to armed violence?

Having made these points, I cannot but add, however, that any person deeply alert to and concerned with human rights must perforce see that important moral values militated for the NATO military action. Admittedly, strategic, geopolitical or ideological motivations may have also contributed to prompting NATO to threaten and then take military action against the FRY. From the angle of law, what primarily counts, however, are the official grounds adduced by NATO countries to justify their resort to force. Their main justification has been that the authorities of FRY had carried out massacres and other gross breaches of human rights as well as mass expulsions of thousands of their citizens belonging to a particular ethnic group, and that this humanitarian catastrophe would most likely destabilize neighbouring countries such as Albania, Bosnia and Herzegovina and the Former Yugoslav Republic of Macedonia, thus constituting a threat to the peace and stability of the region.

Be that as it may, any person of common sense is justified in asking him or herself the following dramatic question: Faced with such an enormous human-made tragedy and given the inaction of the UN Security Council due to the refusal of Russia and China to countenance any significant involvement by the international community to stop the massacres and expulsions, should one sit idly by and watch thousands of human beings being slaughtered or brutally persecuted? Should one remain silent and inactive only because the existing body of international law proves incapable of remedying such a situation? Or, rather, should respect for the Rule of Law be sacrificed on the altar of human compassion?

My answer is that from an *ethical* viewpoint resort to armed force was justified. Nevertheless, as a legal scholar I cannot avoid observing in the same breath that this moral action is *contrary to current international law*.

I contend, however, that as legal scholars we must stretch our minds further and ask ourselves two questions. First, was the NATO armed intervention at least rooted in and partially justified by contemporary trends of the international community? Second, were some parameters set, in this particular instance of use of force, that might lead to a gradual legitimization of forcible humanitarian countermeasures by a group of states outside any authorization by the Security Council?

Let me first of all consider what may be regarded as the *basic premise or root* of the NATO intervention in the present international community.

First, it is a truism that today human rights are no longer of exclusive concern to the particular state where they may be infringed. Human rights are increasingly becoming the main concern of the world community as a whole.⁴ There is a widespread sense that they cannot and should not be trampled upon with impunity in any part of the world.

Second, the concept is now commonly accepted that obligations to respect human rights are *erga omnes* and, correlatively, any state, individually or collectively, has the right to take steps (admittedly, short of force) to attain such respect.

Third, the idea is emerging in the international community that large-scale and systematic atrocities may give rise to an aggravated form of state responsibility, to which other states or international organizations may be entitled to respond by resorting to countermeasures other than those contemplated for delictual responsibility.

Fourth, and consistent with this trend, the international community is increasingly intervening, through international bodies, in internal conflicts where human rights are in serious jeopardy. Think of the action by the Organization of African Unity and the United Nations in Liberia to address the plight of Liberian nationals caught in a protracted and bloody civil war (1990), by the United Nations in Iraq to protect the human rights of Iraqi Kurds in the north and Iraqi Shiites in the south (1991-1992), in Somalia to try both to prevent widespread violations of international humanitarian law resulting from a sanguinary civil war and to create conditions conducive to the undertaking of relief operations, as well as to the bringing about of national reconciliation (1992), in Bosnia and Herzegovina to protect civilian populations (1992-1995) and in Rwanda to stop the genocide of Tutsis (1994). Think also of the action by the Organization of American States and the United Nations in Haiti designed to address the situation of violence and persecution following the overthrow of a democratically elected government, in particular 'the deterioration of the humanitarian situation and the continuing escalation by the illegal *de facto* regime of systematic violations of civil liberties'⁵ (1993-94).

Fifth, peaceful measures for settling disputes or solving conflicting situations are increasingly regarded as crucial and the idea is firmly rooted in the world community that such peaceful measures must always take precedence over resort to armed violence, with a view to safeguarding the goal of peace.

Sixth, it has been claimed by some non-governmental organizations and even governmental officials that under certain exceptional circumstances, where atrocities reach such a large scale as to shock the conscience of all human beings and indeed jeopardize international stability, forcible protection of human rights may need to outweigh the necessity to avoid friction and armed conflict. To put it differently,

'positive peace', i.e. the realization of justice, should prevail over 'negative peace', i.e. the absence of armed conflict.

Based on these nascent trends in the world community, I submit that under certain strict conditions resort to armed force may gradually become justified, even absent any authorization by the Security Council. These conditions may be enumerated as follows:

- (i) gross and egregious breaches of human rights involving loss of life of hundreds or thousands of innocent people, and amounting to crimes against humanity, are carried out on the territory of a sovereign state, either by the central governmental authorities or with their connivance and support, or because the total collapse of such authorities cannot impede those atrocities;
- (ii) if the crimes against humanity result from anarchy in a sovereign state, proof is necessary that the central authorities are utterly unable to put an end to those crimes, while at the same time refusing to call upon or to allow other states or international organizations to enter the territory to assist in terminating the crimes. If, on the contrary, such crimes are the work of the central authorities, it must be shown that those authorities have consistently withheld their cooperation from the United Nations or other international organizations, or have systematically refused to comply with appeals, recommendations or decisions of such organizations;
- (iii) the Security Council is unable to take any coercive action to stop the massacres because of disagreement among the Permanent Members or because one or more of them exercises its veto power. Consequently, the Security Council either refrains from any action or only confines itself to deploring or condemning the massacres, plus possibly terming the situation a threat to the peace;
- (iv) all peaceful avenues which may be explored consistent with the urgency of the situation to achieve a solution based on negotiation, discussion and any other means short of force have been exhausted, notwithstanding which, no solution can be agreed upon by the parties to the conflict;
- (v) a group of states (not a single hegemonic Power, however strong its military, political and economic authority, nor such a Power with the support of a client state or an ally) decides to try to halt the atrocities, with the support or at least the non-opposition of the majority of Member States of the UN;
- (vi) armed force is exclusively used for the limited purpose of stopping the atrocities and restoring respect for human rights, not for any goal going beyond this limited purpose. Consequently, the use of force must be discontinued as soon as this purpose is attained. Moreover, it is axiomatic that use of force should be commensurate with and proportionate to the human rights exigencies on the ground. The more urgent the situation of killings and atrocities, the more intensive and immediate may be the military response thereto. Conversely, military action would not be warranted in the case of a crisis which is slowly unfolding and which still presents avenues for diplomatic resolution aside from armed confrontation.

⁴ Today the prophetic proposition of Kant based on a 'cosmopolitan or world law' has come true. In his *Eternal Peace* (1795), he wrote that 'the narrower or wider community of all nations on earth has in fact progressed so far that a violation of law and right in one place is felt in *all* others'. See I. Kant, *Moral and Political Writings* (C. J. Friedrich (ed.)) (1949), at 448.

⁵ SC Res. 940 (1994), adopted on 31 July 1994.

Let us now briefly consider the circumstances surrounding the initiation of armed attack by NATO countries on the FRY. First, it seems indisputable that before the attack, as Secretary-General Solana put it on 9 October 1998, 'the danger of a humanitarian catastrophe' in Kosovo loomed large⁶ or, as he wrote on 17-18 April 1999 (after the initiation of the attack), 'a brutal campaign of forced deportation, torture and murder' had been going on in the heart of Europe leading to a humanitarian tragedy.⁷ Suffice it to mention that as early as 23 September 1998 the Security Council, in its Resolution 1199 (1998), stated that it was

gravely concerned at the recent fighting in Kosovo and in particular the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security forces and the Yugoslav Army which have resulted in numerous civilian casualties and, according to the estimate of the [UN] Secretary-General, the displacement of over 230,000 persons from their homes.

Other reports of international organizations testify to the magnitude of the violations of human rights in Kosovo.⁸

Second, for many years now, the FRY has defied resolutions and decisions of the Security Council, thus blatantly demonstrating its unwillingness to comply with the international Rule of Law.

Third, in three successive Resolutions (1160, of 31 March 1998, 1199, of 23 September 1998, and 1203, of 24 October 1998) the Security Council unanimously decided that it was acting under Chapter VII of the United Nations Charter, and in the second and third of these resolutions explicitly defined the situation in Kosovo as a 'threat to peace and security in the region'.

Fourth, it cannot be denied that peaceful means of settling disputes commensurate to the unfolding crisis had been tried and exhausted by the various countries concerned, through the negotiations promoted by the states comprising the Contact Group for the Former Yugoslavia, and at Rambouillet, and later Paris.

Fifth, armed action has not been unilaterally decided by a hegemonic Power, but has been freely agreed upon by a group of countries, namely the 19 member states of NATO.

Sixth, no strong opposition has emerged in the majority of Member States of the United Nations. It is a fact that the draft resolution sponsored in the Security Council by Belarus, India and the Russian Federation (UN Doc. S/1999/328) aimed at condemning NATO's use of force was rejected by a vote of 12 to three (China, Namibia

and the Russian Federation). It should also be noted that no state or group of states has taken the step that would have been obvious in case of strong opposition to NATO armed intervention: to request an immediate meeting of the General Assembly.

Even in light of the aforementioned circumstances, resort to force by NATO countries remains nevertheless unlawful as it is contrary to the United Nations Charter.

However, if one takes into account the premise of that forcible action and the particular conditions surrounding it, the following contention may be warranted: this particular instance of breach of international law may gradually lead to the crystallization of a general rule of international law authorizing armed countermeasures for the exclusive purpose of putting an end to large-scale atrocities amounting to crimes against humanity and constituting a threat to the peace. Such a rule, should it eventually evolve in the world community, would constitute an *exception* to the UN Charter system of collective enforcement based on the authorization of the Security Council. In other words, it would amount to an exception similar to that laid down in Article 51 of the Charter (self-defence). In the case of self-defence, unilateral resort to armed violence is justified by the need to repel an instant and overwhelming aggression which leaves no choice of means and no moment for deliberation. In case of forcible countermeasures to prevent crimes against humanity, unilateral resort to force (i.e. resort to force outside any authorization of the Security Council) would be warranted by the need to terminate violations of human rights so grave as to pose a threat to international peace, under circumstances where there would exist no alternative means to put a stop to such violations.

Both the exceptions just mentioned would have a few traits in common. They (i) would be justified by very special and unique circumstances, (ii) must always constitute an *extrema ratio*, (iii) must be strictly limited to the purpose of stopping the aggression or the atrocities, (iv) must be strictly proportionate to the need to attain this goal, and (v) must yield to collective enforcement under United Nations authority as soon as possible.

Plainly, the parameters for a possible evolution of international law that I have endeavoured to delineate are not so tight as to exclude possible abuse and manipulations. In particular, one should be alive to the enormous risks of escalating armed violence: if one of the Permanent Members feels too offended by the forcible countermeasures either because its strategic interests are affected or because that resort to force may eventually offset the international balance of power, an extremely dangerous armed conflict might ensue. Possible resort to armed countermeasures, even under the strict conditions I have attempted to set out, should therefore be used *with great circumspection* by those states which decide to have recourse to such an extreme measure. In particular, they should pay the greatest attention to the reaction of the majority of states, as it may be brought to the fore in an urgent meeting of the General Assembly or, as in the case under discussion, in the absence of such a meeting. In addition, resort to forcible countermeasures must in any event be

⁶ See the text reported by Simma, *supra* note 1, at 7.

⁷ See Secretary-General Solana's article in *International Herald Tribune*, 17-18 April 1999, at 6.

⁸ See, *inter alia*, the 'Monthly Report of 20 March 1999 on the situation in Kosovo pursuant to the requirements set out in Security Council resolutions 1160 (1998) and 1203 (1998)' made by the Chairman-in-Office of the OSCE and transmitted by the UN Secretary-General to the Security Council (UN Doc. S/1999/315), as well as the Report of 23 March 1999 of the Secretary-General of NATO to the Security Council, transmitted by UN Secretary-General to the Council on 25 March (UN Doc. S/1999/338).

conducted in conformity with the canons of international humanitarian law, including the basic principle of proportionality.⁹

Despite all these possible shortcomings, I believe that it is our task as international lawyers to pinpoint the evolving trends as they emerge in the world community, while at the same time keeping a watchful eye on the actual behaviour of states. Standards of conduct designed to channel the action of states are necessary in the world community as in any human society. And it is not an exceptional occurrence that new standards emerge as a result of a breach of *lex lata*. To suggest realistic but prudent parameters in line with the present trends in the world community might serve the purpose of restraining as much as possible recourse to armed violence in a community that is increasingly bent on conflict and bloodshed.

⁹ In this context, the Communiqué issued by NATO on 24 April 1999 on the occasion of the Washington Summit may give rise to serious concern. In paragraph 38 of the Communiqué, concerning future relations with the United Nations in the field of peace and security, NATO members, 'as stated in the Washington Treaty [of 4 April 1949, establishing NATO] ... recognise the primary responsibility of the United Nations Security Council for the maintenance of international peace and security'. This is stated in such a way, however, that may warrant the suggestion that mere lip-service is being paid to this fundamental aspect of the United Nations Charter. Indeed, in the same paragraph, the Communiqué goes on to state: 'We look forward to developing further contact and exchanges of information with the United Nations, in the context of co-operation in conflict prevention, crisis management, crisis response operations, including peacekeeping, and humanitarian assistance. ... The Alliance will consider on a case-by-case basis future co-operation of this [i.e. humanitarian] kind.' True, in paragraph 6 of the Communiqué, concerning the future security tasks of NATO in the area of 'crisis management', it is stated that NATO intends 'to stand ready, case-by-case and by consensus, in conformity with Article 7 of the Washington Treaty, to contribute to effective conflict prevention and to engage actively in crisis management, including crisis response operations'. As is well known, Article 7 refers to 'the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security'. Hence, these two paragraphs of the Communiqué, taken together, may lend themselves to the interpretation that NATO recognizes that Security Council authorization is indispensable for the use of force in situations other than those covered by Article 51 of the United Nations Charter. However, no mention is made in the Communiqué of the legal grounds, if any, justifying departure from this doctrine in the case of Kosovo (Kosovo is mentioned in paragraph 26, when it is stated that: 'Throughout the Kosovo crisis, NATO and Russia have shared the common goals of the international community: to halt the violence, to avert a humanitarian catastrophe, and to create the conditions for a political solution'). Furthermore, no criteria are laid down for the possible running of 'crisis response operations' where such operations would involve the use of force without Security Council authorization. The Communiqué of NATO does not, for example, specify that such operations will be reserved for situations in which there are massacres and deportations of whole civilian populations, or suggest any other such requirements which would at least restrict the conditions under which NATO would feel justified in resorting to force without Security Council approval.

Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofs

Schwierigkeiten und Fortschritte

HANS-PETER KAUL

Kurz nach den verheerenden Terroranschlägen vom 11. September unternahm der niederländische Außenminister Jozias van Aartsen eine ungewöhnliche Reise an den Sitz der Vereinten Nationen. Wegen der schrecklichen Ereignisse waren zuvor die traditionell im September stattfindende feierliche Eröffnung der 56. Ordentlichen Tagung der UN-Generalversammlung sowie die sogenannte Ministerwoche und Generaldebatte auf Anfang November 2001 verschoben worden; alle Minister hatten ihre Reise zunächst abgesagt. Außenminister van Aartsen ging es jedoch darum, durch ein sichtbares Signal vor der Weltöffentlichkeit zu unterstreichen, daß die Zeit der praktischen Aufbauarbeit für den Internationalen Strafgerichtshof¹ (IStGH; International Criminal Court, ICC) im Haag jetzt begonnen hat. In einer stark beachteten Ansprache² legte er am 25. September unter dem Beifall von Delegierten aus annähernd 120 Staaten, die zur achten Verhandlungsrunde der IStGH-Vorbereitungskommission nach New York gekommen waren, zum ersten Mal dar, der Sitzstaat Niederlande sei jetzt nach sorgfältiger Prüfung der Auffassung, das 1998 in Rom angenommene Statut des Internationalen Strafgerichtshofs werde bereits »vor dem Sommer 2002« die erforderliche Zahl von 60 Ratifikationen erreichen und damit in Kraft treten.

Zugleich präsentierte er die bereits von seiner Regierung gebilligte, sehr konkrete Planung bezüglich der vorläufigen Unterbringung des IStGH (direkt gegenüber dem Jugoslawien-Tribunal), zu seiner endgültigen Unterbringung (auf dem hervorragend geeigneten Gelände der ehemaligen Alexander-Wilhelm-Kaserne) sowie ein umfassendes Paket von Vorbereitungsmaßnahmen und Finanzmitteln, die dem Aufbau des IStGH im Haag dienen werden. Deutlich wurde die allgemeine Einschätzung, daß die Errichtung des neuen Gerichtshofs allmählich in greifbare Nähe rückt und die Aufbauarbeiten in organisatorischer wie auch baulicher Hinsicht Gestalt annehmen.

Bereits zwei Tage später, am 27. September, mußte die Vorbereitungskommission jedoch einen herben Rückschlag zur Kenntnis nehmen: Während des schon traditionellen Empfangs der Koalition nichtstaatlicher Organisationen für einen internationalen Strafgerichtshof (NGO Coalition for an International Criminal Court) für die in dem Gremium mitarbeitenden Staatenvertreter wurde ein von Rechtsberater Paul Kelly unterzeichnetes Schreiben der US-Regierung an Senator Jesse Helms vom 25. September bekannt, in dem sie Helms ihre volle Unterstützung für dessen Vorlage zur Bekämpfung des IStGH-Vorhabens – den Entwurf eines Gesetzes »zum Schutz der Angehörigen der amerikanischen Streitkräfte« (American Servicemembers' Protection Act, ASPA) – zusichert. An der Reaktion vieler Delegierter aus allen Teilen der Welt konnte man erkennen, daß sie ungeachtet der bekannten Vorbehalte auf amerikanischer Seite gegenüber dem Römischen Statut eine solche negative Entwicklung der US-Haltung bis dahin nicht für möglich gehalten hatten. Der ebenfalls anwesende UN-Generalsekretär unterstrich demonstrativ seine Zuversicht, daß alle der Errichtung des IStGH entgegenstehenden Schwierigkeiten bald gemeinsam überwunden würden³.

Obwohl Sorge und Befürchtungen unter den Delegierten wegen der nunmehr klar ablehnenden Haltung der Regierung der Vereinigten Staaten immer wieder deutlich wurden, konnten bei den Arbeiten der Vorbereitungskommission während ihrer achten Sitzungsperiode insgesamt dann doch erneut bedeutsame Fortschritte und Einvernehmen über weitere Maßnahmen zum Aufbau des IStGH im Haag erreicht werden. Darüber hinaus hinterlegte Großbritannien noch während dieser Verhandlungsrunde als 43. Staat seine Ratifikationsurkunde für das Römische Statut. Seither sind mit Polen, Peru und

Nauru drei weitere Ratifikationen hinzugekommen; die Zahl der für das Inkrafttreten noch erforderlichen Ratifikationen nimmt schneller als erwartet ab.

Vor diesem komplexen und durchaus auch von Widersprüchen und gegenläufigen Tendenzen gezeichneten Hintergrund sollen in Fortschreibung des letzten Beitrags⁴ zum IStGH nach dem historischen Durchbruch 1998 in Rom die seitherigen Entwicklungen im Prozeß der Schaffung des künftigen Internationalen Strafgerichtshofs zusammengefaßt werden.

I.

Die Arbeiten der Vorbereitungskommission

Die Vorbereitungskommission für den neuen Gerichtshof ist ein ausschließlich auf dieses Vorhaben bezogenes Arbeitsgremium der Vereinten Nationen. Es wurde durch die Entschließung F der Schlußakte⁵ der Staatenkonferenz in Rom vom 17. Juli 1998 und in Übereinstimmung mit der nachfolgenden Resolution 53/105 der Generalversammlung vom 8. Dezember 1998 gebildet. Der IStGH-Vorbereitungskommission wurde ein außerordentlich umfangreiches und komplexes Arbeitsprogramm aufgetragen, welches die Erarbeitung von Entwürfen für folgende Nebeninstrumente des Römischen Statuts einschließt:

- die Erarbeitung der Verfahrens- und Beweisordnung des Gerichtshofs (rules of procedure and evidence);
- die Erarbeitung von »Verbrechenselementen«, also ergänzenden Auslegungshilfen für die Verbrechenstatbestände (elements of crimes);
- die Erarbeitung eines Vertrags über die Beziehung zwischen dem Gerichtshof und den UN (relationship agreement between the Court and the United Nations);
- die Erarbeitung grundlegender Regeln für das Sitzabkommen zwischen den UN und dem Gaststaat Niederlande (basic principles governing a headquarters agreement);
- die Erarbeitung der Finanzregeln (financial regulations and rules);
- die Erarbeitung eines Vertrags über Vorrechte und Immunitäten des Gerichtshofs (agreement on privileges and immunities of the Court);
- die Erstellung eines Haushalts für das erste Finanzjahr (budget for the first financial year);
- die Erarbeitung der Geschäftsordnung für die Staatenversammlung (rules of procedure of the Assembly of States Parties).

Als weiterer Auftrag kommt hinzu die Erarbeitung von Vorschlägen für eine Bestimmung betreffend das Verbrechen des Angriffskriegs, einschließlich einer Definition und der Festlegung von Bedingungen, nach denen der IStGH seine Gerichtsbarkeit in Bezug auf dieses Verbrechen ausüben soll (proposals for a provision on the crime of aggression).

Darüber hinaus wies die Generalversammlung in der Resolution 53/105 die Vorbereitungskommission an, auch zu erörtern, »wie die Wirksamkeit und Akzeptanz des Gerichtshofs verstärkt werden können«⁶. Hinter dieser für einen Außenstehenden kaum verständlichen Formulierung verbarg sich ein von der US-Seite durchgesetzter Kompromiß, bei dem es ihr darum ging, in einer Resolution der Generalversammlung einen akzeptierten Anknüpfungspunkt für spätere Bemühungen zu schaffen, das Römische Statut auf bestimmte Weise durch eine Ausnahmeregelung für US-Staatsangehörige, nämlich ihre Freistellung von der Gerichtsbarkeit, zu ergänzen.

Bisherige Verhandlungsrunden

Nach dem streitigen Ende der Staatenkonferenz von 1998, bei der das Römische Statut mit 120 Ja-Stimmen angenommen wurde (gegen 7 Stimmen, bei 21 Enthaltungen), stellte sich Anfang 1999 die Frage, ob und in welchem Maße diese Meinungsverschiedenheiten

bei den Arbeiten der Vorbereitungskommission andauern und diese beeinträchtigen würden. Zur spürbaren Erleichterung der meisten Beteiligten kamen die Arbeiten bei ihrer ersten Verhandlungsrunde im Frühjahr 1999 jedoch gut in Gang. Zum Vorsitzenden wurde der Kanadier Philippe Kirsch gewählt, der bereits in Rom den Plenarausschuß mit großer Umsicht durch alle Konferenzschwierigkeiten gesteuert hatte und der bis heute die Kommission leitet. Danach wurden die Arbeiten für die Verfahrens- und Beweisordnung und die sogenannten Verbrechenstelemente sogleich zügig und in guter, sachbezogener Atmosphäre aufgenommen. Es war ermutigend, daß auch die amerikanische Delegation, wie in Rom geführt von David Scheffer, bei den Beratungen im wesentlichen konstruktiv und sachbezogen mitarbeitete.

Seither hat die Vorbereitungskommission bisher insgesamt acht Tagungen⁷ durchgeführt, jeweils mit einer Dauer von zwei oder drei Wochen; je drei Verhandlungsrunden im Jahre 1999 und im Jahre 2000, dazu zwei weitere im Jahre 2001. In Übereinstimmung mit den üblichen Regeln der UN für Kodifikationsverhandlungen gilt in der Vorbereitungskommission weiterhin das Konsensprinzip. Für die eigenständige Erarbeitung eines bestimmten Nebeninstrumentes wird jeweils eine besondere »Arbeitsgruppe« als Untergliederung der Kommission gebildet, deren Beratungen jeweils von besonders erfahrenen und sachkundigen Delegierten, sogenannten Koordinatoren, geleitet werden. Vorgesehen ist, daß die Vorbereitungskommission im Jahre 2002 zwei weitere, abschließende Verhandlungsrunden durchführt⁸.

Wendet man sich den bisher in diesem Gremium erreichten konkreten Arbeitsergebnissen zu, so erscheint es bemerkenswert, daß die Kommission im wesentlichen programmgemäß und zeitgerecht ihre Arbeit an nicht weniger als sechs von acht der oben aufgezählten Nebeninstrumenten abschließen konnte. Bereits am 30. Juni 2000 konnte die Arbeit für die Verfahrens- und Beweisordnung des Gerichtshofs⁹ und für die ebenfalls sehr bedeutsamen Auslegungsregeln für die Verbrechenstatbestände, die sogenannten Verbrechenstelemente (elements of crimes)¹⁰, fristgemäß beendet werden. Die Einigung über diese besonders wichtigen Instrumente war und ist eine unentbehrliche Voraussetzung für die Tätigkeit des künftigen Gerichtshofs. In gleicher Weise konnten am 5. Oktober 2001 Entwürfe für die vier folgenden Nebeninstrumente verabschiedet werden: über einen Vertrag betreffend die Beziehungen zwischen dem Gerichtshof und den UN¹¹, für die Finanzregeln¹², für ein Abkommen über Vorrechte und Immunitäten des Gerichtshofs¹³ und die Geschäftsordnung für die Staatenversammlung¹⁴.

Die zügige und fristgerechte Aushandlung dieser sechs Nebeninstrumente, die jedes für sich genommen viele schwierige Fragen regeln, erlaubt das Urteil, daß die IstGH-Vorbereitungskommission – im Unterschied zu manchem anderem UN-Gremium – bisher ausgesprochen erfolgreich, mit beachtlichen Fortschritten bei jeder Verhandlungsrunde, gearbeitet hat. Diese wird um so deutlicher, wenn man sich klarmacht, daß nach dem Konsensprinzip die Delegierten von etwa 120 Staaten in New York jeweils bei jeder einzelnen Norm so lange beraten, bis Einvernehmen erreicht ist. Den Arbeiten kommt dabei zugute, daß in der großen gerichtshoffreundlichen Mehrheit der UN-Mitgliedstaaten besonders die gerichtshofunterstützenden »gleichgesinnten« Staaten, 62 an der Zahl, und die 15 Mitgliedstaaten der EU zielstrebig, engagiert und flexibel mitarbeiteten. Auch der immer noch nachwirkende Erfolg der Konferenz von Rom und die hohe internationale Legitimität des Strafgerichtshofsvorhabens bewirken, daß in der Vorbereitungskommission die ergebnisorientierten und konstruktiven Kräfte weiterhin das Sagen haben. Staaten wie Argentinien, Australien, Deutschland, Frankreich, Kanada, die Niederlande, die nordischen Länder, Südafrika und die Schweiz erweisen sich immer wieder als initiativreiche, treibende Kräfte.

Verfahrensordnung und Verbrechenstelemente

In der Vorbereitungskommission herrscht Einvernehmen, daß insbesondere die Textentwürfe für die Verfahrens- und Beweisordnung wie für die sogenannten Verbrechenstelemente (elements of crimes) für Verfahren und Rechtsprechung des künftigen Gerichtshofs von größter Bedeutung sein werden. Der Entwurf für die Verfahrens- und Beweisordnung ist mit seinen insgesamt 225 in zwölf Kapiteln unterteilten »Regeln« ein außerordentlich differenziertes, detailliertes und umfassendes Regelwerk. Da ist es nicht überraschend, daß manche Regeln geradezu ausgeklügelt, fast zu ausführlich, erscheinen und häufig ein Weniger vielleicht mehr gewesen wäre. Der Entwurf der Verfahrens- und Beweisordnung ergänzt und konkretisiert das Strafverfahrensrecht des Römischen Statuts. Die in beiden Texten enthaltenen Normen zum Strafverfahren bilden zusammen ein bisher präzedenzloses Regelwerk, von dem man mit Fug und Recht sagen kann, daß es wohl die erste völkerstrafrechtliche Strafprozeßordnung ist, die durch eine zwischenstaatliche Konferenz im weltweiten Rahmen unter substantieller Einflußnahme von Vertretern und Organisationen der Zivilgesellschaft erarbeitet worden ist. Den Rechten des Angeklagten, der Verteidigung wie auch denjenigen der Opfer und ihrer Verwandten ist dabei durchgängig eine hohe Bedeutung beigegeben worden. Ankläger und Richter des künftigen Gerichts wie ihre Mitarbeiter werden sich mit den sehr detaillierten, ja perfektionistischen Vorschriften der Verfahrens- und Beweisordnung genauestens vertraut machen müssen. Falls sie dies nicht tun und Regeln der Verfahrens- und Beweisordnung nicht präzise anwenden sollten, werden aufmerksame Verteidiger alsbald Ansatzpunkte für Verfahrensrügen finden.

Die von der Vorbereitungskommission erarbeiteten »Verbrechenstelemente« sind in gleicher Weise für das im Römischen Statut enthaltene materielle Strafrecht (Artikel 6, 7 und 8 zu Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) von grundlegender Bedeutung. Dazu sieht Art. 9 des Römischen Statuts vor, daß die »Verbrechenstelemente« dem Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung der Artikel 6, 7 und 8 helfen¹⁵. Es handelt sich dabei um ein Konzept, welches die USA im Römischen Statut durchgesetzt haben. Es war bis zur Konferenz in Rom in fast allen Rechtskreisen unbekannt und ist zugleich ein Novum im Völkerstrafrecht. In der Sache handelt es sich um eine Art Auslegungshilfe nach dem Modell der US-Strafgesetzgebung, die nach Auffassung der amerikanischen Seite für die Richter verbindlich sind und diese möglichst strikt an die Strafnorm binden sollen. Die ganz große Mehrheit der in der Vorbereitungskommission vertretenen Staaten ist jedoch wie bereits während der Rom-Konferenz weiterhin der Auffassung, daß es sich in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 9 des Römischen Statuts um (bloße) Auslegungshilfen im recht verstandenen Sinne dieses Wortes handelt, daß also die »Verbrechenstelemente« das richterliche Ermessen unterstützen, jedoch nicht in verbindlicher Weise einschränken sollen.

Angesichts der Aufnahme des Konzepts von »Verbrechenstelementen« in Art. 9 des Römischen Statuts – eine weitere bedeutsame Konzession während der Rom-Konferenz an die USA, zugleich für diese ein beachtlicher Erfolg – und angesichts des klaren Auftrages in Entschließung F der Schlußakte, solche »Verbrechenstelemente« zu erarbeiten, konnte diese Meinungsverschiedenheit bei Beginn der einschlägigen Arbeiten der Vorbereitungskommission jedoch dahingestellt bleiben. Wie andere setzte sich daher auch die deutsche Delegation bei Beginn der Beratungen nachdrücklich dafür ein, aus der gegebenen Situation das Beste zu machen und das bis dahin unbekannte Konzept ergänzender »Verbrechenstelemente« in möglichst konstruktiver und sinnvoller Weise aufzugreifen. Die Idee war, die »Verbrechenstelemente« zu einer möglichst sinnvollen Spezifizierung und Präzisierung der Einzeltatbestände von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gemäß der Artikel 6

bis 8 des Römischen Statuts zu nutzen, wobei die Auslegungshilfen jeweils in vollem Einklang mit den Definitionen und ihrem völkerstrafrechtlichen Inhalt stehen sollten.

Es ist offenkundig, daß es sich dabei um eine komplexe, sehr anspruchsvolle Aufgabe handelte: In der hierfür eingesetzten Arbeitsgruppe mußten bis zum 30. Juni 2000 insgesamt 66 Sätze von ›Verbrechenselementen‹ erarbeitet werden – zum Völkermord (5), zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit (11) und zu Kriegsverbrechen (50). Den Beratungen kam dabei wesentlich zugute, daß auch die US-Delegation jeweils ihr Bestes tat, um ihr Konzept von ›Verbrechenselementen‹ konstruktiv umzusetzen. Auf der anderen Seite waren insbesondere die Delegationen Kanadas und Deutschlands bemüht, die Arbeiten immer wieder auch durch gemeinsame Vorschläge und Entwürfe für ›Verbrechenselemente‹ zu einzelnen Verbrechenstatbeständen¹⁶ voranzutreiben. Gleiches gilt auch für einige andere besonders engagierte Delegationen wie beispielsweise die der Schweiz, die gemeinsam mit dem IKRK wertvolle Grundlagen für ›Verbrechenselemente‹ zu Kriegsverbrechen beitrug.

Dies erklärt zu einem guten Teil, warum es der Vorbereitungskommission schließlich fristgerecht am 30. Juni 2000 gelang, Einvernehmen über die ›Verbrechenselemente‹ zu erreichen. Der verabschiedete Text, der nach Art. 9 Satz 2 des Römischen Statuts von zwei Dritteln der Mitgliedstaaten der Staatenversammlung des künftigen IStGH angenommen werden muß, ist als Ergebnis einer bisher präzedenzlosen Anstrengung zu werten, die Spezifität und Bestimmtheit und damit letztlich die Rechtssicherheit in Bezug auf Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf eine möglichst sichere und präzise Grundlage zu stellen, wenn der künftige IStGH seine rechtsprechende Tätigkeit aufnimmt.

Finanzen und Immunitäten

Unter den anderen der oben erwähnten, insgesamt sechs Nebeninstrumente des Römischen Statuts, zu denen die Vorbereitungskommission ihre Arbeit bereits abschließen konnte, sind insbesondere die am 5. Oktober 2001 angenommenen Entwürfe für Finanzregeln und für ein Abkommen über Vorrechte und Immunitäten des künftigen IStGH hervorzuheben. Die Bedeutung angemessener, auf die Bedürfnisse des künftigen Gerichts spezifisch zugeschnittener Finanzregeln liegt auf der Hand. Dies gilt in besonderem Maße für die deutsche Seite, die wegen des Fehlens der USA und Japans im Kreise der Vertragsstaaten des IStGH auf absehbare Zeit vermutlich der größte Beitragszahler (mit etwa 22 bis 25 vH der Kosten) sein wird¹⁷. Ihre Beratungen verliefen durchweg in einer sachlichen, ergebnisorientierten Atmosphäre. Als besonders wichtige Punkte, über die Einvernehmen erreicht werden konnte, sind eine hinreichende finanzielle Unabhängigkeit des Chefanklägers betreffend seinen eigenen Haushalt sowie die Einführung des Euro als reguläres Zahlungsmittel für die Beitragsleistungen zum IStGH hervorzuheben. Zugleich wurde entschieden, daß einige derzeit noch nicht zu lösende Fragen durch die Staatenversammlung geklärt werden sollten, darunter ein Ausgleichsmechanismus für unvorhersehbare Ausgaben, die Frage des Höchstbeitragsatzes (22 oder 25 vH) und die nähere Ausgestaltung eines Treuhandfonds für Opfer von Straftaten, die in die Zuständigkeit des künftigen IStGH fallen.

Der ebenfalls am 5. Oktober 2001 erfolgte Abschluß der Arbeiten zu dem Entwurf eines Abkommens über Vorrechte und Immunitäten des IStGH stellt eine weitere beachtliche Leistung der Vorbereitungskommission beziehungsweise ihrer zuständigen Arbeitsgruppe dar. In formaler Hinsicht wird die Bedeutung dieses Nebeninstruments schon daraus ersichtlich, daß das Abkommen später der Ratifikation bedürfen wird; für sein Inkrafttreten sind wenigstens zehn Ratifikationen erforderlich. In materieller Hinsicht steht bei dem Entwurf das Ziel funktioneller, auf die Aufgabe des IStGH bezogener Vorrechte und Befreiungen seines Personals im Vordergrund,

damit der Gerichtshof seine Aufgabe auch unter schwierigen Umständen – etwa bei Ermittlungen in einem Land, in dem Kernverbrechen begangen wurden – erfüllen kann. Dies kommt besonders in den Artikeln 13 bis 22 zum Ausdruck, welche sich auf die Vorrechte und Befreiungen für Personen beziehen, die entweder Mitarbeiter des IStGH sind oder die den Gerichtshof bei seiner Arbeit unterstützen. Es läßt sich absehen, daß dieses Abkommen dazu beitragen wird, die Arbeit der Bediensteten des künftigen IStGH auf eine auch im Wortsinne sichere Grundlage zu stellen.

Insgesamt wird bei einem wertenden Rückblick auf die von der Vorbereitungskommission bisher erreichten Ergebnisse und Fortschritte deutlich, daß der Schwung des Erfolgs der Konferenz in Rom und die hohe Legitimität, welche diese dem Vorhaben gegeben hat, in günstiger Weise fortwirken und die Arbeit fördern. Es wird deutlich, daß die ganz große Mehrheit der jetzt 139 Unterzeichnerstaaten – mit der signifikanten Ausnahme der USA – weiterhin zur baldigen Verwirklichung des in Rom Beschlossenen aktiv beizutragen gewillt ist. Dies rechtfertigt die Prognose, daß die bisher noch nicht erledigten Arbeitsaufträge an die Vorbereitungskommission – vor allem zu dem Haushaltsentwurf eines für das erste Finanzjahr¹⁸ sowie zu grundlegenden Regeln für ein Sitzstaatabkommen – voraussichtlich im Jahre 2002 erledigt werden können. Zugleich ist bereits jetzt erkennbar, daß sich der Arbeitsschwerpunkt immer mehr auf konkrete Planungen und praktische Vorbereitungen für die tatsächliche Errichtung des künftigen IStGH verlagern wird.

Verbrechen des Angriffskriegs

Dagegen haben die andauernden, außerordentlich intensiven Beratungen zum Verbrechen des Angriffskriegs (crime of aggression) in der Vorbereitungskommission bisher noch keine konkreten Ergebnisse erbracht. Ein Abschluß der Arbeiten ist nicht in Sicht. Vielmehr gibt es in diesem Bereich nur wenig Licht, dagegen viel Schatten. Die in Resolution F der Konferenz von Rom vorgesehene Erarbeitung von Vorschlägen zur Einbeziehung dieses Verbrechens in die Gerichtsbarkeit des künftigen IStGH wirft außerordentlich schwierige völkerrechtliche und politische Fragen auf. Es gibt ein solches Übergewicht politischer Implikationen, daß selbst bei völkerrechtlich im wesentlichen korrekten Lösungsvorschlägen (wenn es sie denn bereits gäbe) ihre Annahme alles andere als sicher wäre. Es kommt hinzu, daß die Einbeziehung des Verbrechens des Angriffskrieges nach den Artikeln 121 und 123 des Statuts frühestens auf einer Überprüfungskonferenz sieben Jahre nach Inkrafttreten des Statuts erfolgen könnte. Dies bedeutet in der Praxis zugleich, daß ein derzeit nicht absehbares, aber im Prinzip mögliches Einvernehmen über einen bestimmten Vorschlag zum Verbrechen des Angriffskriegs bis dahin wieder zerfallen könnte, wenn etwa wichtige Staaten davon wieder abrücken würden.

Die auch in diesem Bereich durchweg in konstruktiver Atmosphäre geführten Beratungen kreisen weiterhin um zwei fundamentale Fragestellungen:

- die Frage nach einer angemessenen Definition für das Verbrechen des Angriffskriegs;
- die Frage nach einer angemessenen Rolle des Sicherheitsrats, also die Frage, unter welchen Bedingungen der künftige IStGH Gerichtsbarkeit zu diesem Verbrechen ausüben kann.

Besonders bedeutsame Quellentexte für die auf dem Tisch der Vorbereitungskommission liegenden Vorschläge¹⁹ sind weiterhin die Statuten der Internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokyo sowie die Resolution 3314(XXIX) der Generalversammlung aus dem Jahre 1974 zur Definition der Aggression²⁰. Bei der in der Zwischenzeit allgemein als leichter lösbar eingeschätzten Frage einer angemessenen Definition hat ein deutsches Arbeitspapier²¹ zu einer sich ausbreitenden Auffassung beigetragen, daß nicht jeder illegitime Einsatz bewaffneter Gewalt bereits ein Verbrechen des Angriffs-

stellt, daß der zugrundeliegende bewaffnete Angriff vielmehr Schwellen betreffend seine Schwere, Dimensionen Konsequenzen überschritten haben muß. Dagegen bevonn einigen Staaten vertretene Mindermeinung weiterhin grundsätzlich jeder illegitime Einsatz bewaffneter Gewaltbrechen des Angriffskriegs erfaßt werden sollte.

Sicherheitsrats

ehr schwierig stellt sich dagegen der Diskussionsstand imuf die Rolle des Sicherheitsrats dar. Die Ständigen MitRates beharren weiterhin in großer Einmütigkeit darauf, Art. 39 der Charta allein dieser die Befugnis habe, durchig des Vorliegens einer Aggression gegebenenfalls die n des IStGH auslösen zu können. Demgegenüber tendiert eit der Staaten in der Vorbereitungskommission dahin, gnis des Sicherheitsrats zwar anzuerkennen, darin aber ließliches, alleiniges Recht des Rates zu sehen. Ausdruck ung ist die stets wiederkehrende Frage: »Was soll pasin erkennbar ein verbrecherischer Angriffskrieg geführt icherheitsrat aber untätig bleibt?« Für einen solchen Fall irzlich vorgelegter Vorschlag von Neuseeland, Bosniena und Rumänien²² darauf ab, dem Internationalen Geme subsidiäre Zuständigkeit zuzuweisen, den IStGH zu rden Ermittlungen zu ermächtigen.

Abschluß der Arbeiten der Vorbereitungskommission und Inkrafttreten des Römischen Statuts voraussichtlich im wird die Versammlung der Vertragsstaaten gemäß Art. mischen Statuts das maßgebliche Gremium sein, um die stimmung vorgesehenen Aufgaben zu erfüllen.

II.

Rolle und Haltung der USA

Signatarstaaten des Römischen Statuts, unter den in der igskommission maßgeblichen Gruppierungen der gestützenden gleichgesinnten Staaten wie auch unter alstaaten der Europäischen Union herrscht Einvernehmen: darf nichts unversucht gelassen werden, um allmählich, langfristig die Partner in Washington in einem geduldigungsprozeß an das Römische Statut heranzuführen und ierhaft den IStGH unterstützenden Haltung zu veranlaschen Sinn werden vor allem im Kreise der EU-Staaten er Wege und Mittel erörtert, die verhindern sollen, daß dältig die Tür zu einer späteren Ratifikation des Römis und einer Unterstützung des IStGH verschließen.

r grundsätzlichen Haltung, die vor allem auch von der eite immer wieder in der Vorbereitungskommission wie r gerichtshofunterstützenden Staaten zur Geltung gesteht eine klare und weithin unumstrittene Einsicht: Der GH braucht letztlich umfassende Unterstützung durch ten Staaten. Er benötigt auch in politischer, finanzieller itspolitischer Hinsicht die Unterstützung der USA, ihre öglichkeiten wie auch jedwede sonstige Unterstützung. Weise ist den meisten klar, welche Hypothek und welandicap es sein dürfte, wenn es nicht gelingen sollte, die tens zu der von der Regierung Clinton immer wieder in tellten Haltung »guter Nachbarschaft« und wohlwollentzung zu bewegen, auch wenn diese die wünschensweron auf absehbare Zeit aufschieben sollten. Zugleich ist iH-Vorhaben unterstützenden Staaten klar, daß die Be einer solchen Haltung letztlich von der Haltung der USelbst und von Kräften der amerikanischen Innenpolitik politischen Einflußnahmen und Argumenten etwa der ur in begrenztem Maße zugänglich sind.

Es darf aber nicht übersehen werden – und dies ist immer wieder eine bedeutsame Ermutigung für die Gleichgesinnten und die EU-Staaten –, daß es auch in den USA ein großes Maß an Unterstützung für das Strafgerichtshofsvorhaben gibt, nicht nur von Menschenrechtsorganisationen, sondern auch von Senatoren und Abgeordneten, Medien, Universitäten, Völkerrechtsprofessoren, dem amerikanischen Anwaltsverein mit seinen fast 400 000 Mitgliedern und von vielen anderen, die sich für den künftigen IStGH einsetzen. Es ist auch ein offenes Geheimnis, daß vor allem engagierte und hochkompetente Juristen der amerikanisch geprägten NGO-Koalition für einen internationalen Strafgerichtshof, von »Human Rights Watch«, vom »Lawyers' Committee for Human Rights« und anderen Gruppen in den USA zu denjenigen zählen, welche die US-Regierung am freimütigsten kritisieren, wenn diese Vorschläge unterbreitet, die den IStGH schwächen oder US-Staatsangehörige von seiner Jurisdiktion ausnehmen sollen. Vor allem dem Einfluß dieser Gruppen ist es zu verdanken, daß der von Senator Helms seit langem betriebene Gesetzentwurf zur Bekämpfung des IStGH-Vorhabens – der sogenannte »American Servicemembers' Protection Act« – im Senat bisher noch nicht verabschiedet worden ist.

Bei einem Rückblick auf die amerikanische Rolle seit der Staatenkonferenz in Rom 1998 wird deutlich, daß der Regierungswechsel von Präsident Clinton auf Präsident Bush um die Jahreswende 2000/2001 eine Zäsur darstellt. Insgesamt sind zwei unterschiedliche US-Ansätze feststellbar. Während der Amtszeit Clintons galt ein (trotz erheblicher Vorbehalte zu der Jurisdiktionsregelung in Art. 12 des Römischen Statuts) grundsätzlich gerichtshoffreundlicher Ansatz, mit voller Bereitschaft zu konstruktiver Mitarbeit in der Vorbereitungskommission. Einen besonders sichtbaren Ausdruck fand diese Haltung am 31. Dezember 2000, als US-Sonderbotschafter Scheffer in New York das Römische Statut unterzeichnete. Seit dem Amtsantritt Bushs hingegen ist eine klar ablehnende Haltung gegenüber dem Strafgerichtshofvorhaben festzustellen. Sie trat am deutlichsten zutage in dem eingangs erwähnten Schreiben vom 25. September 2001 an Senator Helms, in dem die Unterstützung der US-Regierung für dessen Gesetzentwurf – den ASPA – zugesichert wurde.

Bei der ersten Tagung der Vorbereitungskommission im Februar 1999 war es für die meisten Delegationen befriedigend mitzuerleben, daß trotz der amerikanischen Nein-Stimme bei der Staatenkonferenz im Vorjahr eine kopfstarke und kompetente US-Delegation unter Leitung Scheffers anwesend war und sofort in allen Bereichen aktiv und konstruktiv mitarbeitete. Scheffer hatte allerdings zuvor bei verschiedenen Gelegenheiten, vor allem auch in seiner Erklärung vor dem mit Rechtsfragen befaßten 6. Hauptausschuß der Generalversammlung am 21. Oktober 1998, mit großer Deutlichkeit unterstrichen, daß die allgemeine, nicht auf den Sicherheitsrat gestützte Jurisdiktionsregelung in Art. 12 des Statuts der »wichtigste Mangel« sei, der dieses insgesamt für die USA nicht akzeptabel mache. Diese Auffassung wurde danach immer wieder bekräftigt. Es wurde immer deutlicher, daß Art. 12 des Statuts aus US-Sicht eine theoretische Möglichkeit schafft, daß die reguläre, nicht an die Entscheidung des Sicherheitsrats gebundene Jurisdiktion des Gerichts eines Tages für US-Bürger greifen könnte. Dies betrifft den Fall, daß ein US-Staatsangehöriger an Kernverbrechen auf dem Territorium einer Vertragspartei beteiligt sein könnte. In der Folge wurde immer klarer, daß die US-Delegation mit großem Nachdruck eine geeignete De-facto-Abänderung des Römischen Statuts anstrebte, die amerikanische Staatsangehörige von jedem, auch nur theoretischen Risiko der IStGH-Gerichtbarkeit freistellen würde. Bei einer solchen Ausnahmeregelung für US-Staatsangehörige – so wurde in Aussicht gestellt – würden die USA möglicherweise bereit sein, den künftigen Strafgerichtshof durch eine Politik »guter Nachbarschaft« zu unterstützen. Zugleich leiteten sie eine Serie intensiver, andauernder Konsultationen ein mit

kriegs darstellt, daß der zugrundeliegende bewaffnete Angriff vielmehr bestimmte Schwellen betreffend seine Schwere, Dimension und negativen Konsequenzen überschritten haben muß. Dagegen beharrt eine von einigen Staaten vertretene Mindermeinung weiterhin darauf, daß grundsätzlich jeder illegitime Einsatz bewaffneter Gewalt als Verbrechen des Angriffskriegs erfaßt werden sollte.

Rolle des Sicherheitsrats

Politisch sehr schwierig stellt sich dagegen der Diskussionsstand im Hinblick auf die Rolle des Sicherheitsrats dar. Die Ständigen Mitglieder des Rates beharren weiterhin in großer Einmütigkeit darauf, daß gemäß Art. 39 der Charta allein dieser die Befugnis habe, durch Feststellung des Vorliegens einer Aggression gegebenenfalls die Jurisdiktion des IStGH auslösen zu können. Demgegenüber tendiert die Mehrheit der Staaten in der Vorbereitungskommission dahin, diese Befugnis des Sicherheitsrats zwar anzuerkennen, darin aber kein ausschließliches, alleiniges Recht des Rates zu sehen. Ausdruck dieser Haltung ist die stets wiederkehrende Frage: »Was soll passieren, wenn erkennbar ein verbrecherischer Angriffskrieg geführt wird, der Sicherheitsrat aber untätig bleibt?« Für einen solchen Fall zielt ein kürzlich vorgelegter Vorschlag von Neuseeland, Bosnien-Herzegowina und Rumänien²² darauf ab, dem Internationalen Gerichtshof eine subsidiäre Zuständigkeit zuzuweisen, den IStGH zu entsprechenden Ermittlungen zu ermächtigen.

Nach dem Abschluß der Arbeiten der Vorbereitungskommission und nach dem Inkrafttreten des Römischen Statuts voraussichtlich im Jahre 2002 wird die Versammlung der Vertragsstaaten gemäß Art. 112 des Römischen Statuts das maßgebliche Gremium sein, um die in dieser Bestimmung vorgesehenen Aufgaben zu erfüllen.

II.

Rolle und Haltung der USA

Unter den Signatarstaaten des Römischen Statuts, unter den in der Vorbereitungskommission maßgeblichen Gruppierungen der gerichtshofunterstützenden gleichgesinnten Staaten wie auch unter allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union herrscht Einvernehmen: Weiterhin darf nichts unversucht gelassen werden, um allmählich, mittel- und langfristig die Partner in Washington in einem geduldischen Überzeugungsprozeß an das Römische Statut heranzuführen und zu einer dauerhaft den IStGH unterstützenden Haltung zu veranlassen. Im gleichen Sinn werden vor allem im Kreise der EU-Staaten immer wieder Wege und Mittel erörtert, die verhindern sollen, daß die USA endgültig die Tür zu einer späteren Ratifikation des Römischen Statuts und einer Unterstützung des IStGH verschließen.

Hinter dieser grundsätzlichen Haltung, die vor allem auch von der deutschen Seite immer wieder in der Vorbereitungskommission wie im Kreis der gerichtshofunterstützenden Staaten zur Geltung gebracht wird, steht eine klare und weithin unumstrittene Einsicht: Der künftige IStGH braucht letztlich umfassende Unterstützung durch die Vereinigten Staaten. Er benötigt auch in politischer, finanzieller und sicherheitspolitischer Hinsicht die Unterstützung der USA, ihre Erkenntnismöglichkeiten wie auch jedwede sonstige Unterstützung. In gleicher Weise ist den meisten klar, welche Hypothek und welches große Handicap es sein dürfte, wenn es nicht gelingen sollte, die USA wenigstens zu der von der Regierung Clinton immer wieder in Aussicht gestellten Haltung »guter Nachbarschaft« und wohlwollender Unterstützung zu bewegen, auch wenn diese die wünschenswerte Ratifikation auf absehbare Zeit aufschieben sollten. Zugleich ist den das IStGH-Vorhaben unterstützenden Staaten klar, daß die Bereitschaft zu einer solchen Haltung letztlich von der Haltung der US-Regierung selbst und von Kräften der amerikanischen Innenpolitik abhängt, die politischen Einflußnahmen und Argumenten etwa der EU-Staaten nur in begrenztem Maße zugänglich sind.

Es darf aber nicht übersehen werden – und dies ist immer wieder eine bedeutsame Ermutigung für die Gleichgesinnten und die EU-Staaten –, daß es auch in den USA ein großes Maß an Unterstützung für das Strafgerichtshofsvorhaben gibt, nicht nur von Menschenrechtsorganisationen, sondern auch von Senatoren und Abgeordneten, Medien, Universitäten, Völkerrechtsprofessoren, dem amerikanischen Anwaltsverein mit seinen fast 400 000 Mitgliedern und von vielen anderen, die sich für den künftigen IStGH einsetzen. Es ist auch ein offenes Geheimnis, daß vor allem engagierte und hochkompetente Juristen der amerikanisch geprägten NGO-Koalition für einen internationalen Strafgerichtshof, von »Human Rights Watch«, vom »Lawyers' Committee for Human Rights« und anderen Gruppen in den USA zu denjenigen zählen, welche die US-Regierung am freimütigsten kritisieren, wenn diese Vorschläge unterbreitet, die den IStGH schwächen oder US-Staatsangehörige von seiner Jurisdiktion ausnehmen sollen. Vor allem dem Einfluß dieser Gruppen ist es zu verdanken, daß der von Senator Helms seit langem betriebene Gesetzentwurf zur Bekämpfung des IStGH-Vorhabens – der sogenannte »American Servicemembers' Protection Act« – im Senat bisher noch nicht verabschiedet worden ist.

Bei einem Rückblick auf die amerikanische Rolle seit der Staatenkonferenz in Rom 1998 wird deutlich, daß der Regierungswechsel von Präsident Clinton auf Präsident Bush um die Jahreswende 2000/2001 eine Zäsur darstellt. Insgesamt sind zwei unterschiedliche US-Ansätze feststellbar. Während der Amtszeit Clintons galt ein (trotz erheblicher Vorbehalte zu der Jurisdiktionsregelung in Art. 12 des Römischen Statuts) grundsätzlich gerichtshoffreundlicher Ansatz, mit voller Bereitschaft zu konstruktiver Mitarbeit in der Vorbereitungskommission. Einen besonders sichtbaren Ausdruck fand diese Haltung am 31. Dezember 2000, als US-Sonderbotschafter Scheffer in New York das Römische Statut unterzeichnete. Seit dem Amtsantritt Bushs hingegen ist eine klar ablehnende Haltung gegenüber dem Strafgerichtshofsvorhaben festzustellen. Sie trat am deutlichsten zutage in dem eingangs erwähnten Schreiben vom 25. September 2001 an Senator Helms, in dem die Unterstützung der US-Regierung für dessen Gesetzentwurf – den ASPA – zugesichert wurde.

Bei der ersten Tagung der Vorbereitungskommission im Februar 1999 war es für die meisten Delegationen befriedigend mitzuerleben, daß trotz der amerikanischen Nein-Stimme bei der Staatenkonferenz im Vorjahr eine kopfstarke und kompetente US-Delegation unter Leitung Scheffers anwesend war und sofort in allen Bereichen aktiv und konstruktiv mitarbeitete. Scheffer hatte allerdings zuvor bei verschiedenen Gelegenheiten, vor allem auch in seiner Erklärung vor dem mit Rechtsfragen befaßten 6. Hauptausschuß der Generalversammlung am 21. Oktober 1998, mit großer Deutlichkeit unterstrichen, daß die allgemeine, nicht auf den Sicherheitsrat gestützte Jurisdiktionsregelung in Art. 12 des Statuts der »wichtigste Mangel« sei, der dieses insgesamt für die USA nicht akzeptabel mache. Diese Auffassung wurde danach immer wieder bekräftigt. Es wurde immer deutlicher, daß Art. 12 des Statuts aus US-Sicht eine theoretische Möglichkeit schafft, daß die reguläre, nicht an die Entscheidung des Sicherheitsrats gebundene Jurisdiktion des Gerichts eines Tages für US-Bürger greifen könnte. Dies betrifft den Fall, daß ein US-Staatsangehöriger an Kernverbrechen auf dem Territorium einer Vertragspartei beteiligt sein könnte. In der Folge wurde immer klarer, daß die US-Delegation mit großem Nachdruck eine geeignete De-facto-Abänderung des Römischen Statuts anstrebte, die amerikanische Staatsangehörige von jedem, auch nur theoretischen Risiko der IStGH-Gerichtbarkeit freistellen würde. Bei einer solchen Ausnahmeregelung für US-Staatsangehörige – so wurde in Aussicht gestellt – würden die USA möglicherweise bereit sein, den künftigen Strafgerichtshof durch eine Politik »guter Nachbarschaft« zu unterstützen. Zugleich leiteten sie eine Serie intensiver, andauernder Konsultationen ein mit

dem Ziel, möglichst viele Delegationen und Staaten für einen solchen vorgeblichen Kompromiß zu gewinnen. Bei den Arbeiten der Vorbereitungskommission entwickelte sich daraus immer deutlicher eine allgemeine Verhandlungslage, die während der sechs Tagungen der Jahre 1999 und 2000 andauerte und die etwa so resümiert werden kann:

- Auf der einen Seite stand eine aktive und einflussreiche US-Delegation, die unzufrieden mit Art. 12 des Statuts und dem Territorialitätsprinzip in dieser Bestimmung war und daher energisch nach Ansatzpunkten und Wegen suchte, um eine Ausnahmeregelung und Befreiung für US-Staatsangehörige von der IStGH-Jurisdiktion zu erreichen;
- auf der anderen Seite fanden sich die gerichtshofunterstützenden Gleichgesinnten – mit den EU-Staaten in einer besonders wichtigen, ja entscheidenden Rolle –, die das Ziel verfolgten, die Integrität des Statuts zu wahren und möglichst eine weitere Verwässerung und Schwächung des Vertragswerks von Rom bei der ohnehin gerade noch ausreichenden Jurisdiktionsbefugnis des IStGH zu verhindern.

Anfang 2000 war eine Situation erreicht, in der die immer wieder offen bekräftigte Forderung der US-Regierung, das Römische Statut irgendwie durch eine Ausnahmeregelung für US-Staatsangehörige zu ändern, nicht nur den Regierungen der damals etwa 100 Zeichenstaaten, sondern auch der interessierten internationalen Öffentlichkeit voll bewußt war. In besonderem Maße hatten hierzu die NGO-Koalition und die großen amerikanischen Menschenrechtsorganisationen beigetragen. Politiker aus vielen Staaten hatten ihrerseits die Forderung bekräftigt, die Integrität des Römischen Statuts dürfe nicht beeinträchtigt werden und eine weitere Verwässerung sei inakzeptabel. Auf der Seite der EU-Mitglieder fand diese Forderung ihren Ausdruck in der Standardformulierung, die Arbeiten der Vorbereitungskommission müßten »Buchstaben und Geist des Römischen Statuts und das darin erreichte Gleichgewicht respektieren«²³.

Als die USA im März 2000 kurz vor der vierten Tagung der Vorbereitungskommission einen komplexen, zweiteiligen Abänderungsvorschlag mit dem Ziel einer Freistellung für US-Staatsangehörige vorlegten, wurde dieser sofort Gegenstand intensiver Erörterungen. Dieser zunächst kaum verständliche Vorschlag zielte nicht darauf ab, das Statut selbst zu ändern. Statt dessen sah er vor, durch Einfügung bestimmter Textpassagen in die Verfahrens- und Beweisordnung und in den Vertrag zwischen den Vereinten Nationen de facto die Jurisdiktion gemäß Art. 12 gravierend einzuschränken. Dadurch hätte der IStGH im Falle von Nichtvertragsstaaten gegen deren in ihrem Auftrag handelnde Staatsangehörige nur noch bei einer entsprechenden Resolution des Sicherheitsrats gemäß Kapitel VII der Charta oder mit Zustimmung des betroffenen Nichtvertragsstaats selbst handeln können.

Zugleich gab es eine bemerkenswerte Entwicklung: Der Vorschlag wurde sofort von amerikanischen nichtstaatlichen Organisationen allgemein publik gemacht. Juristen der NGO-Koalition legten bereits am 19. März 2000 eine sorgfältige juristische Ausarbeitung unter dem Titel »Eine kurze Analyse der vorgeschlagenen Texte für Artikel 98 und das ergänzende Dokument«²⁴, das sofortige Verbreitung unter den Staatenvertretern in der Vorbereitungskommission fand. In aller Nüchternheit, zugleich mit beachtlicher juristischer Präzision wurden folgende Schlußfolgerungen entwickelt: Der US-Vorschlag würde die Konsequenz haben, dem Staat der Nationalität eines Verdächtigen oder den Ständigen Mitgliedern des Sicherheitsrats ein Veto gegenüber der Gerichtsbarkeit des IStGH zu geben. Eine Ausübung der Gerichtsbarkeit sei dann nur möglich mit Zustimmung des sogenannten Täterstaats oder des Sicherheitsrats. Der Vorschlag bedeute zugleich eine statutswidrige De-facto-Abänderung des Römischen Statuts durch Regeln in der Verfahrens- und Beweisordnung und eines »ergänzenden Dokuments«, die mit Art. 121 des Römischen Statuts nicht vereinbar sei.

Während sich die meisten Delegationen diese kaum bestreitbare Einschätzung allmählich zu eigen machten, entstand eine ausgesprochen

schwierige Verhandlungssituation. Die meisten Staaten waren einerseits grundsätzlich bereit, den USA so weit wie irgend möglich entgegenzukommen, um diese zu einem konstruktiven Verhältnis als »guter Nachbar« zu dem Gerichtshof zu bringen. Auf der anderen Seite entwickelte sich zunehmend eine allgemeine Einschätzung, daß der mit einer eventuellen Annahme der US-Vorschläge verbundene Preis hinsichtlich der Integrität des Römischen Statuts einfach zu hoch war. Auch innerhalb der EU gab es ein sehr ernstes Dilemma: Auf der einen Seite der starke und nachdrückliche Wunsch, den USA die Teilnahme am IStGH zu ermöglichen; auf der anderen Seite das Bestreben, keine Beeinträchtigung des in Rom unter großen Mühen erreichten Vertrags hinzunehmen. Nach sorgfältiger Analyse des US-Vorschlags teilten die Mitgliedstaaten der EU den USA im Mai 2000 mit, daß eine Annahme des Vorschlags substantielle Abänderungen zentraler Bestimmungen des Römischen Statuts betreffend die Jurisdiktion einschließlich der Rolle des Sicherheitsrats und strafrechtlicher Zusammenarbeit mit dem Statut beinhalte und daher nicht akzeptabel sei. Zugleich wurde das fortdauernde Interesse der EU an einem konstruktiven Dialog mit den USA über den IStGH hervorgehoben.

Auf der fünften Tagung der Vorbereitungskommission im Juni 2000 wurde, erneut nach sehr schwierigen Verhandlungen, schließlich als »Minus« ein Textkompromiß erreicht. Dieser inkorporiert in Regel 195 Absatz 2 der Verfahrens- und Beweisordnung ein Teilelement der US-Vorschläge, ohne jedoch die Integrität des Statuts zu beeinträchtigen.

Es gibt keine Erkenntnisse darüber, ob und inwieweit die scheidende Clinton-Administration daraufhin intern zu der Einsicht gelangte, weitere Bestrebungen mit dem Ziel einer Abänderung des Römischen Statuts zwecks Freistellung von US-Staatsangehörigen seien aussichtslos. Dies wird von US-Beobachtern vermutet; sichere Indizien hierfür sind nicht ersichtlich. Es ist aber eine Tatsache, daß die US-Delegation bei der sechsten Verhandlungsrunde im Herbst 2000 entgegen manchen Befürchtungen ihren im Frühjahr des gleichen Jahres unterbreiteten Paketvorschlag zur Abänderung des Römischen Statuts nicht erneut aufgriff oder in abgeänderter Form weiterverfolgte. Drei Wochen später ließ Präsident Clinton das Römische Statut unterzeichnen. In seiner Erklärung dazu stellte er jedoch klar, daß er dieses – wegen seiner angeblichen Jurisdiktionsmängel – nicht zur Ratifikation empfehle.

Für die Regierung Bush äußerte sich Außenminister Colin Powell bei seiner Bestätigungs-Anhörung bereits am 17. Januar 2001 auf gleicher Linie. In Umsetzung dieser ablehnenden Haltung hat die US-Administration seither die Praxis verfolgt, zu den im Jahre 2001 durchgeführten beiden Verhandlungsrunden der Vorbereitungskommission jeweils nur eine kleine, inaktive Beobachterdelegation zu entsenden, die sich an den Sachberatungen nicht mehr beteiligt. Einzige erwähnenswerte Ausnahme ist die Arbeitsgruppe zum Verbrechen des Angriffskriegs. Hier hat die US-Delegation jeweils die bekannte US-Position bekräftigt, dem Sicherheitsrat stehe gemäß Art. 39 der Charta das ausschließliche Recht zu, das Vorliegen einer Aggression als unabdingbare Voraussetzung für eine eventuelle Gerichtsbarkeit des IStGH zum Verbrechen des Angriffskriegs feststellen zu können.

Die Ende September 2001 bekannt gewordene Bereitschaft der US-Regierung, den IStGH-feindlichen Gesetzentwurf von Senator Helms zu unterstützen, ist für die übrigen Signatarstaaten des Römischen Statuts und vor allem die 46 Staaten, die bereits ratifiziert haben, ein Gegenstand erheblicher Sorge. Als gravierend wird insbesondere die erkennbare Zielrichtung dieses Gesetzentwurfs angesehen, vor allem kleinere und schwächere Staaten durch Androhung von Sanktionen (etwa den Entzug von US-Militärhilfe) an der Ratifikation zu hindern. Ob der Gesetzentwurf demnächst verabschiedet wird, ist ungewiß.



MERKBLATT

Berufschancen und Bedarf für deutsches Personal am

Internationalen Strafgerichtshof

Was ist der Internationale Strafgerichtshof?

Der demnächst in Den Haag zu errichtende Internationale Strafgerichtshof -IStGH- (International Criminal Court, ICC) beruht auf dem Römischen Statut vom 17. Juli 1998, einem multilateralen Vertrag. Der IStGH wird für die Aburteilung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und (in späterer Zukunft) des Verbrechens der Aggression zuständig sein, wenn kein Staat, der Gerichtsbarkeit hat, dies in adäquater Weise tut. Der IStGH wird damit der erste ständige internationale Gerichtshof für die Aburteilung schwerster, auch gegen das Völkerrecht verstossender Verbrechen sein.

Wann kommt der Internationale Strafgerichtshof?

Das Römische Statut tritt nach der 60. Ratifikation in Kraft. Damit wird für das Jahr 2002 gerechnet (Stand: 12. November 2001: 46 Ratifikationen). Möglichst bald darauf soll der Gerichtshof eingerichtet werden. Dafür werden auch geeignete Mitarbeiter auf allen Stufen und mit verschiedenen Funktionen gebraucht werden.

Welche Rolle wird Deutschland dabei spielen?

Deutschland wird voraussichtlich der grösste Beitragszahler des IStGH sein. Dementsprechend wird es auch einen beträchtlichen Anteil der Stellen besetzen können (etwa 20 %). Diese Stellen müssen mit qualifiziertem und motiviertem Personal besetzt werden.

Wer wird gebraucht?

Bisher liegen weder konkrete Stellenausschreibungen noch ein Stellenplan vor. Nach dem sehr vorläufigen Rohentwurf eines Haushaltes für das erste Jahr, der von der IStGH-Vorbereitungskommission derzeit weiter überarbeitet wird, lässt sich aber ein ungefähre Anfangsbedarf von insgesamt 156 Stellen (nur Anhaltswert) abschätzen, die sich etwa wie unten aufgeführt verteilen dürften (Besoldungssystem der Vereinten Nationen, zum Vergleich ist die jeweils ungefähr äquivalente Besoldungsgruppe nach dem Bundesbesoldungsgesetz angegeben). Nach derzeitigem Stand der Haushaltsplanung für den IStGH wird Deutschland ggf. etwa 20 % folgender, insgesamt mutmasslich zu erwartender Stellen besetzen können:

- 3 Stellen D 2 (entspricht etwa B 3 nach dem BBesG),
- 2 Stellen D 1 (entspricht etwa A 16),
- 11 Stellen P 5 (entspricht etwa A 15),

- 12 Stellen P 4 (entspricht etwa A 14),
- 12 Stellen P 3 (entspricht etwa A 13),
- 38 Stellen P 2 (entspricht etwa A 13),
- 6 Stellen GS/PL (Verwaltungspersonal - höhere Stufe),
- 72 Stellen GS/OL (Verwaltungspersonal).

Bei diesen Stellen wird es sich um Juristen (mit fachlichem Schwerpunkt Strafrecht), Kriminalbeamte, Justizverwaltungsbeamte (wie z.B. Fachleute für Personal-, IT-, Bibliotheks- oder Sicherheitsangelegenheiten), Pressereferenten, Dolmetscher/Übersetzer und Sekretariatspersonal handeln.

Es ist abschbar, daß der IStGH nach seiner Errichtung ab 2002/2003 personell weiter aufwachsen wird, mit weiteren Positionen und Berufschancen für deutsche Bewerber, welche den deutschen Stellenanteil (ca. 20 %) besetzen. Interessenten sollten bei der Gestaltung ihrer Berufs- und Lebenspläne die Möglichkeit einer Bewerbung beim IStGH also auch mittel- oder langfristig in Rechnung stellen.

Welches sind die Voraussetzungen, die Interessenten erfüllen müssen?

Berufserfahrung: Wie aus dieser Übersicht hervorgeht, werden Mitarbeiter der verschiedensten Besoldungs- und Hierarchiestufen gebraucht. Demzufolge wird Bedarf sowohl an Berufsanfängern als auch an Personal (nicht nur Juristen, s.o.) mit einschlägiger Berufserfahrung bestehen.

Sprachkenntnisse: Arbeitssprachen des IStGH werden Englisch und Französisch sein. In mindestens einer dieser Sprachen müssen Kandidaten sich nicht nur verständlich machen, sondern schriftlich wie mündlich schwierige Aufgaben erfüllen können. Das setzt ein hohes Niveau voraus.

Motivation: Hierzu gehört der Wunsch nach strafrechtlicher Arbeit in einem international zusammengesetzten Team, mit Schwerpunkt am Sitz des IStGH in Den Haag, aber - je nach Aufgabenbereich - durchaus auch vor Ort in Gebieten, wo Verbrechen der in die Zuständigkeit des IStGH fallenden Art begangen wurden.

Wo gibt es mehr Informationen?

- Im Internet auf der Homepage des Auswärtigen Amtes unter www.auswaertiges-amt.de und der Homepage der Vereinten Nationen für den Internationalen Strafgerichtshof unter www.un.org/law/icc.
- Beim Auswärtigen Amt, Referat 500 oder Stabsstelle 05, Werderscher Markt 1, 10117 Berlin.
- Beim Büro Führungskräfte zu Internationalen Organisationen (BFO), Villemombler Strasse 76, 53123 Bonn.
- Auf seiner Homepage (s.o.) unterhält das Auswärtige Amt auch einen Stellenpool, in dem Ausschreibungen verschiedener internationaler Organisationen enthalten sind. Zu gegebener Zeit sollen hier auch Ausschreibungen des künftigen IStGH aufgenommen werden.

Interessiert?

Auch wenn es zur Zeit naturgemäss noch keine konkreten Ausschreibungen gibt, können Interessenten dem Auswärtigen Amt (LR I Oliver Fixson, e-mail-Adresse: 500-4@auswaertiges-amt.de) dennoch schon jetzt ihr potentielles Interesse signalisieren und eine e-mail- oder andere Adresse mitteilen, so dass das Auswärtige Amt ihnen etwa eintreffende, neuere und konkrete Informationen zukommen lassen kann.

Eine Aufgabe besonderer Art stellt sich für Deutschland im Zuge der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs. Es sollte in der Lage sein, womöglich schon bald den auf es entfallenden Stellenanteil am neuen Gericht (etwa 20 vH) mit qualifiziertem Personal zu besetzen. Nicht zuletzt, um eine Situation wie beim Jugoslawien-Tribunal zu vermeiden, bei dem Deutschland zwar 9 vH der Kosten trägt, aber nur wenige Bedienstete stellt. Da die Vereinigten Staaten und Japan, die den höchsten respektive zweithöchsten Beitrag zum regulären Haushalt der Vereinten Nationen leisten, auf absehbare Zeit bei der Finanzierung des IStGH ausfallen, wird Deutschland bis auf weiteres der grösste Beitragszahler zu diesem Gericht sein. Wenn es etwa ein Fünftel der Stellen besetzen kann, macht dies bei 100, 200 oder 300 Stellen bereits 20, 40 oder 60 Bedienstete aus, die in einem besonderen Umfeld rechtlich und sachlich höchst anspruchsvolle Aufgaben zu erledigen hätten.

Zugleich besteht für die gerichtshofunterstützenden Staaten unverändert die Notwendigkeit, den amerikanischen Partnern weiterhin mit großer Geduld, Beharrlichkeit und Standfestigkeit in der Sache darzulegen, warum ihre Beteiligung am IStGH oder zumindest – so lange die USA nicht Vertragspartei sind – ein Verhältnis »guter Nachbarschaft« zum IStGH nicht nur im Interesse der von den USA so nachdrücklich propagierten »Herrschaft des Rechts in den internationalen Beziehungen« (rule of law), sondern im Interesse der Vereinigten Staaten selbst ist.

III.

Notwendige Aufbauarbeiten

Wie geht es weiter? Welche konkreten Arbeiten und praktischen Vorbereitungsmaßnahmen sind noch zu erledigen, damit der Internationale Strafgerichtshof im nächsten Jahr auf einer möglichst tragfähigen Grundlage tatsächlich errichtet und in dem derzeit bereits dafür renovierten Gebäude im Haag seine Arbeit aufnehmen kann?

Am 1. Januar 2001 wurden 139 Zeichnerstaaten des Römischen Statuts, darunter bereits 27 Staaten mit erfolgter Ratifikation, registriert. Auch als Folge der kontinuierlichen Fortschritte bei den Arbeiten der Vorbereitungskommission ergab sich zunehmend ein Einverneh-

men, daß der IStGH nicht mehr als ein in der Ferne liegendes Vorhaben angesehen werden dürfe, daß vielmehr eine Intensivierung der gemeinsamen Anstrengungen vor allem in zwei Arbeitsbereichen notwendig sei:

- umfassende Anstrengungen, um den Prozeß der Ratifikation durch möglichst viele Zeichnerstaaten zu fördern;
- möglichst baldiger Beginn konkreter Planungsarbeiten und vorbereitender praktischer Schritte für die tatsächliche Errichtung des IStGH im Haag.

Erneut ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß dieser Erkenntnisprozeß nicht nur von einigen besonders engagierten Staaten einschließlich Deutschlands, sondern mit zahlreichen Anstößen auch durch die von dem US-Amerikaner William Pace geleitete internationale NGO-Koalition vorangetrieben wurde. Es war insoweit folgerichtig, daß Australien als Vorsitz der insgesamt 62 gerichtshofunterstützenden gleichgesinnten Staaten im Februar 2001 die Initiative ergriff, um die bis dahin gültigen Leitlinien für die Arbeit dieser Gruppierung der sich wandelnden Lage anzupassen. Die am 27. Februar verabschiedete Neufassung der Grundsätze der Gleichgesinnten (like-minded principles)²⁵ enthält seither unter anderem die folgenden aktualisierten Zielsetzungen,

- »gemeinsam auf das baldige Inkrafttreten des Römischen Statuts hinarbeiten; ...
- andere Staaten zu ermutigen, durch geeignete Kontakte und im möglichen Ausmaß, das Römische Statut so früh wie möglich zu ratifizieren; ...
- geeignete Planungen und praktische Vorbereitungen für die tatsächliche Errichtung des IStGH im Haag nachdrücklich zu unterstützen«.

Sogenannte Ratifikationskonferenzen haben sich nach allgemeiner Einschätzung der Gleichgesinnten und der EU-Staaten in den letzten Jahren als ein besonders sinnvoller und erfolgversprechender Ansatz erwiesen, um immer mehr Ratifikationen durch Unterzeichner des Römischen Statuts zu erreichen. Darunter versteht man eine meist in regionalem Rahmen stattfindende Fachkonferenz, bei der zuständige Politiker und Beamte aus Staaten, die das Römische Statut noch nicht ratifiziert haben, mit Kollegen aus Nachbarländern zusammentreffen, die bereits ratifiziert haben. Damit wird insgesamt ein umfassender Erfahrungsaustausch über Fragen angestrebt, die bei der Umsetzung des komplexen Römischen Statuts in das nationale Recht des ratifikationswilligen Staates auftreten, sowie über Mittel und Wege, um diese oft auch verfassungsrechtlichen und sonstigen Fragen in korrekter Gesetzgebungstechnik zu lösen. Eine zentrale Fragestellung ist dabei jeweils auch die Frage, wie das materielle Strafrecht des Römischen Statuts in das nationale Recht des ratifizierenden Staates überführt und anwendbar gemacht wird. Der von Deutschland gewählte Ansatz der Schaffung eines künftigen eigenen »Völkerstrafgesetzbuchs«²⁶ für die vom Römischen Statut umfaßten Kernverbrechen findet bei solchen Ratifikations- und Implementierungskonferenzen international weiterhin starke Beachtung.

Es ist ein weiteres positives Zeichen für die große Unterstützung, die das IStGH-Vorhaben in vielen Ländern genießt, daß impulsgebende Ratifikationskonferenzen in den beiden letzten Jahren von einzelnen engagierten Staaten, internationalen Organisationen und NGOs – oft gemeinsam – durchgeführt wurden. Zur Veranschaulichung kann auf folgenden hingewiesen werden:

- Vorbildlich ist wohl die Arbeit Kanadas, welches mit einer eigens hierfür zusammengestellten Arbeitseinheit und einem beträchtlichen finanziellen Aufwand in den letzten zwei Jahren ein knappes Dutzend solcher Konferenzen unter anderem in Afrika, Asien, Lateinamerika und der Karibik durchgeführt hat.
- Besonders bedeutsame Ratifikationskonsultationen waren die beiden Konferenzen des Europarats²⁷ am 14./15. Mai 2000 und am 13./14. September 2001, an denen jeweils etwa 35 Europaratmitglieder ihre Erfahrungen bei der Ratifikation des Römischen Statuts austauschten.
- Aus deutscher Sicht ist zu erwähnen, daß bereits im Oktober 2000 in Berlin eine solche Ratifikationskonferenz²⁸ stattfand und daß die deutsche Seite weitere solche Treffen auch finanziell oder durch die Entsendung von Experten gefördert hat, so in Johannesburg für Staaten des Südlichen Afrika (Mai 2000), Moskau (März 2001), Buenos Aires (Juni 2001), Budapest (Oktober 2001) und Prag (Dezember 2001).

Die EU-Mitglieder haben ihrerseits in dem am 11. Juni 2001 auf Außenministerebene beschlossenen »Gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Internationalen Strafgerichtshof«²⁹ in Art. 2 festgelegt, daß sie den Prozeß der Ratifikation des Römischen Statuts durch möglichst viele Staaten in umfassender Weise fördern werden. Diese politische Festlegung läßt zugleich deutlich werden, warum sie in besonderem Maße dazu aufgerufen sind, ratifikationsfeindlichen Bestrebungen wie denen des ASPA entgegenzuwirken.

Zu den notwendigen planerischen Arbeiten und praktischen Vorbereitungsmaßnahmen für die tatsächliche Errichtung des IStGH im Haag kündigte Vorsitzender Kirsch am Ende der siebenten Tagung der Vorbereitungskommission an, daß dessen Präsidium bis zur achten Tagung zusammen mit dem Sitzstaat Niederlande geeignete Vorschläge ausarbeiten werde. Daraufhin wurde im Mai und Juni 2001 auf zwei informellen Arbeitstreffen im Haag der Entwurf eines Planungsdokuments mit dem bezeichnenden Titel »Wegekarte für die baldige Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs«³⁰ erarbei-

tet. Das Planungsdokument wurde von der Vorbereitungskommission am Ende ihrer achten Tagung als Grundlage für die weiteren Vorbereitungsmaßnahmen billigend zur Kenntnis genommen.

Diese »Wegekarte« enthält vor allem wichtige Vorgaben für die zweckmäßige zeitliche Abfolge der weiteren Arbeiten; Vorgaben für Dokumente und Maßnahmen, die bei den ersten Treffen der Versammlung der Vertragsstaaten vorliegen beziehungsweise getroffen werden müssen, um den IStGH zu errichten; weitere Vorgaben für die Erarbeitung interner Regelwerke und Systeme (beispielsweise vorläufige Regeln für das Beschaffungs- und Personalwesen, vorläufige Regeln für die Ermittlungstätigkeit und Archivsysteme oder vorläufige Haftdurchführungsregeln), die bei der Eröffnung des IStGH bereits vorliegen sollten und daher in den nächsten Monaten bei im Haag stattfindenden Arbeitstreffen ausgearbeitet werden sollen. Sie enthält darüber hinaus einen Grundsatzbeschluß über die Bildung eines neuartigen »Dialogmechanismus« mit dem Gastland, der als Abstimmungsorgan zwischen dem Präsidium der Vorbereitungskommission und dem Sitzstaat dienen soll. Seine Aufgabe wird es insbesondere sein, die Bedürfnisse des Gerichtshofs bei seiner

Für die in diesem Beitrag vertretenen Auffassungen ist ausschließlich der Verfasser verantwortlich.

1 Die Literatur und Zahl der Aufsätze zum IStGH ist kaum mehr übersehbar. Besonders wichtige Publikationen aus jüngster Zeit sind die Sammelbände von Horst Fischer / Claus Kreß / Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*, Berlin 2001, und von Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York 2001.

2 UN Doc. PCNICC/2001/INF/3.

3 Die Ansprache von Kofi Annan ist abrufbar unter der Website der NGO-Koalition (Kennung: <http://www.iccnw.org>).

4 Hans-Peter Kaul, Durchbruch in Rom. Der Vertrag über den Internationalen Strafgerichtshof, VN 4/1998 S. 125ff.; siehe auch ders., Auf dem Weg zum Weltstrafgerichtshof. Verhandlungsstand und Perspektiven, VN 5/1997 S. 177ff.

5 A/CONF.183/10.

6 So auch in ihren Resolutionen 54/105 (operative Ziffer 3) und 55/155 (operative Ziffer 4).

7 Im Jahre 1999 v. 16.-26.2. (1. Tagung), v. 26.7.-13.8. (2.) und v. 29.11.-17.12. (3.); im Jahre 2000 v. 13.-31.3. (4.), v. 12.-30.6. (5.) und v. 27.11.-8.12. (6.); im Jahre 2001 v. 26.2.-9.3. (7.) und v. 24.9.-5.10. (8.).

8 8.-19.4. und 1.-12.7.2002.

9 PCNICC/2000/INF/3/Add.1.

10 PCNICC/2000/INF/3/Add.2.

11 PCNICC/2001/L.4/Add.1.

12 PCNICC/2001/L.4/Add.2.

13 PCNICC/2001/L.4/Add.3.

14 PCNICC/2001/L.4/Add.4.

15 Siehe die amtliche Übersetzung im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (IStGH-Statutgesetz), Bundestags-Drucksache 14/2682.

16 Siehe etwa den von Deutschland und Kanada gemeinsam vorgelegten Vorschlag für »Verbrechenselemente« zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit v. 23.11.1999, PCNICC/1999/WGEC/DP.36. – Erwähnt sei, daß der deutsche Entwurf hierfür bei einem besonderen Werkstattseminar am 28.10.1999 im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg unter Beteiligung der Hochschullehrer Rüdiger Wolfrum (Heidelberg), Michael Bothe (Frankfurt) und Andreas Zimmermann (jetzt Kiel) gemeinsam mit Vertretern des Auswärtigen Amtes und des Bundesministeriums der Justiz erarbeitet wurde.

17 Die Arbeitsgruppe zu den Finanzregeln wurde von dem deutschen Delegierten Georg Witschel geleitet.

18 Der Haushalt dürfte im ersten Finanzjahr ein Volumen von schätzungsweise 15 Mill. Euro haben. Bei einem Beitragssatz von 22 vH würde der Beitrag Deutschlands somit zunächst bei etwa 3,3 Mill. Euro liegen.

19 PCNICC/1999/INF/2, Compilation of Proposals on the crime of aggression.

20 PCNICC/2000/WGCA/INF/1, Reference Document on the crime of aggression.

21 PCNICC/2000/WGCA/DP.4, The Crime of Aggression. A further informal Discussion Paper submitted by Germany.

22 PCNICC/2001/WGCA/DP.2 mit Add. 1, Proposal submitted by Bosnia and Herzegovina, New Zealand and Romania on the crime of aggression.

23 Siehe etwa die Presseerklärungen der finnischen EU-Präsidentschaft v. 26.7. und 29.11.1999.

24 Abgedruckt als Anlage I in der detaillierten, weitgehend auf US-Quellen beruhenden Darstellung von Hans-Peter Kaul, *The Continuing Struggle on the Jurisdiction of the International Criminal Court*, in: Fischer/Kreß/Lüder (Anm. 1), S. 21-46.

25 Siehe die Website der NGO-Koalition (Anm. 3).

26 Siehe hierzu Gerhard Werle, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts. Zum Arbeitsskizzenentwurf eines Völkerstrafgesetzbuches, in: Juristenzeitung 18/2001, S. 885-895.

27 Siehe die informative Website des Europarats zum IStGH: www.legal.coe.int/criminal/ICC.

28 Die Konferenz in Berlin am 21./22.10. 2000 wurde von der Gesellschaft für Völkerstrafrecht Berlin veranstaltet (The Rome Statute. What's Next? Domestic and Foreign Approaches to the Implementation of International Criminal Law in National Law).

29 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften v. 12.6. 2001, S. L.155/19.

30 PCNICC/2001/L.2.

vorläufigen und endgültigen Unterbringung und die Schaffung seiner Infrastruktur mit den Niederlanden zu erarbeiten.

Aus heutiger Sicht und gemäß der ›Wegekarte‹ zeichnet sich folgender Fortgang ab: Im April 2002 wird die Vorbereitungskommission zu ihrer neunten Tagung zusammenkommen, im Sommer 2002 das Römische Statut in Kraft treten und zwei bis vier Monate darauf die erste Versammlung der Vertragsstaaten in New York veranstaltet. In der ersten Hälfte des Jahres 2003 wird es dann im Haag die zweite Versammlung der Vertragsstaaten geben und die feierliche Eröffnung des Internationalen Strafgerichtshofs durch den Generalsekretär der Vereinten Nationen erfolgen. Freilich ist diese ungefähre Zeitplanung noch mit Unwägbarkeiten behaftet; zu ihnen gehört die Frage, ob die Zunahme der Ratifikationen sich in ähnlichem Maße fortsetzen wird wie in den letzten beiden Jahren.

Offensichtlich ist aber auch, daß die Arbeiten zum tatsächlichen Aufbau des IstGH jetzt in eine kritische und äußerst arbeitsintensive Phase treten. Diese wird nicht nur den Mitgliedern des Präsidiums der Vorbereitungskommission und dem Strafgerichtshof-Arbeitsstab des niederländischen Außenministeriums, sondern auch jenen Staaten, welche wie Deutschland das IstGH-Vorhaben bisher vorangetrieben haben, besondere Anstrengungen abverlangen. Nur wenn diese Voraussetzungen auf allen Seiten erfüllt sind, kann es gelingen, einen so komplexen Vorgang wie den Aufbau eines neuen Weltgerichts, dem die USA als einzige verbliebene Supermacht bisher ablehnend gegenüberstehen, angemessen durchzuführen. Bei allen noch vorhandenen Ungewißheiten und bestehenden Herausforderungen – der Tag ist absehbar, an dem der Internationale Strafgerichtshof im Haag eröffnet werden kann.

Stärkung des internationalen Strafrechts

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität

BURKHARD DAMMANN · DIMITRI VLASSIS

Unübersehbare Meilensteine auf dem Weg zu einem erweiterten internationalen Strafrecht wurden vor einem Jahr in Palermo gesetzt, als ein umfangreiches Vertragswerk auf dem Gebiet der Verbrechensbekämpfung feierlich unterzeichnet wurde¹. Kurz zuvor hatte die Generalversammlung der Vereinten Nationen ohne förmliche Abstimmung das Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende Kriminalität² mit den beiden Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel³ und die Schleusung von Migranten⁴ angenommen; ein drittes Protokoll zur Schußwaffenkontrolle⁵ kam ein halbes Jahr später hinzu. Während mit der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs eine neue eigenständige internationale Gerichtsbarkeit geschaffen wird⁶, definieren diese vier internationalen Vertragswerke erstmals eine Reihe von Handlungen und Tatbeständen und verpflichten die Unterzeichnerstaaten, sie in ihr nationales Strafrecht umzusetzen. Die Verhandlungen eines von der Generalversammlung eingesetzten Ad-hoc-Ausschusses wurden in der für die Ausarbeitung internationaler Konventionen mit komplexer Rechtsmaterie rekordverdächtigen Zeit von zwei Jahren abgeschlossen. Dies spiegelt die Dringlichkeit wider, mit der sich die internationale Staatengemeinschaft des Themas angenommen hat. Dem waren allerdings mehrere Jahre stark kontroverser Diskussionen über die grundsätzliche Notwendigkeit solcher Regelungen vorangegangen. Dabei standen Befürchtungen im Vordergrund, derartige neue Rechtsinstrumente könnten zu weit in die staatliche Souveränität eingreifen.

Hintergrund und erste Debatten

Im Herbst 1998 beschloß die Generalversammlung die Einrichtung eines allen Mitgliedstaaten offenstehenden Ad-hoc-Ausschusses mit dem Auftrag, ein Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität und »nach Bedarf« Zusatzprotokolle gegen den Menschenhandel, die Schleuserkriminalität sowie die unerlaubte Herstellung von und den illegalen Handel mit Schußwaffen auszuarbeiten⁷. Mit diesem Beschluß erreichte eine in den siebziger Jahren in den Vereinten Nationen begonnene Diskussion über eine verbesserte internationale Zusammenarbeit im Bereich der organisierten Kriminalität ihren Höhepunkt. Die alle fünf Jahre veranstalteten Strafrechtskongresse der Vereinten Nationen hatten sich dieses Themas wiederholt angenommen⁸. Der Verlauf der Debatte spiegelt die unterschiedliche Wahrnehmung des Problems

über die Jahre wider – ein Prozeß, der schrittweise zu einer veränderten Einstellung der politisch Verantwortlichen geführt hat und der die traditionell enge Sichtweise auf Strafrecht und Kriminalitätsprävention grundsätzlich in Frage stellte.

Im UN-Kontext bedeutete dies zweierlei. Die Mitgliederzahl der Weltorganisation ist bekanntlich über die Jahre hinweg beträchtlich angestiegen. Damit treffen Sachentscheidungen vermehrt auf recht unterschiedliche politische Sichtweisen und inhaltliche Gestaltungsvorstellungen. In Vertragsverhandlungen bleibt die Erhaltung der nationalstaatlichen Souveränität eine wichtige Kategorie; hier handelt es sich nicht nur um ein zentrales Konzept für kleinere und neu gegründete Staaten, sondern gerade auch für viele der ›global players‹. Gerade das Strafrecht wurde und wird als Domäne innerstaatlichen Rechts gesehen. Polizeiwesen und Strafgerichtsbarkeit sind nach herkömmlichem Verständnis Eckpfeiler nationaler Souveränität, und die Ausformung entsprechender Institutionen ist eine ausschließlich innere Angelegenheit. Die Annäherung an Konzepte eines erweiterten internationalen Strafrechts im Bereich ›normaler‹ Kriminalität war insofern in vieler Hinsicht noch sehr viel stärker gewöhnungsbedürftig als die Akzeptanz von internationalen Ad-hoc-Gerichtshöfen zur Verfolgung von Kriegsverbrechen, deren Errichtung eher als punktuelle Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz angesehen wurde.

Auf dem Fünften Strafrechtskongreß der Vereinten Nationen 1975 in Genf wurde unter der Überschrift »Veränderte transnationale und nationale Formen und Dimensionen der Kriminalität« erstmals das geschäftsmäßig organisierte Verbrechen thematisiert: organisierte Kriminalität, Korruption und Weiße-Kragen-Kriminalität. Neu war vor allem die Erkenntnis, daß hier eine neue Form von Kriminalität sichtbar wurde, die in ihrem Bedrohungspotential weit über traditionelle Straftatbestände hinausging und die sich – etwa durch Bestechung, Preisabsprachen, Schmuggel und Währungsdelikte – hemmend auf die wirtschaftliche Entwicklung vor allem der Entwicklungsländer auswirken konnte. 1990 wurden organisierte Kriminalität und terroristische kriminelle Handlungen zu einem zentralen Diskussionspunkt. Die zunehmende grenzüberschreitende Kriminalität, von der vor allem auch die gerade unabhängig gewordenen Staaten betroffen waren, machten das Fehlen von internationalen Institutionen und Instrumentarien überdeutlich. Auf Empfehlung des Strafrechtskongresses verabschiedete die Generalversammlung im

Erklärung von Bundesaußenminister Fischer zur Frage der in Guantanamo Inhaftierten

Pressemitteilung vom 22. Januar 2002*

Bundesaußenminister Joschka Fischer erklärte heute (22. Januar 02) zur Frage der in Guantanamo Inhaftierten:

„Im Kampf gegen den internationalen Terrorismus verteidigen wir auch unsere Grundwerte. Sie gelten ohne Ansehen der Person. Sie schützen Leben und Würde des Menschen. Dies ist es, was wir der terroristischen Herausforderung entgegenstellen müssen.

- menschliche Behandlung
- Achtung der Person und der Ehre
- Schutz vor Gewalttätigkeiten und Einschüchterung
- Anspruch auf ärztliche Behandlung
- bei Gerichtsverfahren rechtsstaatliche Garantien.

Über die volle Einhaltung dieser völkerrechtlichen Standards wacht das IKRK, dem die USA volle Zugangs- und Kontrollrechte im Gefangenenlager von Guantanamo eingeräumt haben.

Dabei steht selbstverständlich außer Zweifel, dass die Gefangenen jeweils individuell für von ihnen begangene Taten zur Verantwortung gezogen werden.

Die Bundesregierung hat mit der amerikanischen Seite das Gespräch über den rechtlichen Status und die Behandlung der in Guantanamo Inhaftierten aufgenommen.“

Mit Blick auf die Inhaftierten in Guantanamo sind wir deshalb der Auffassung, dass sie, unabhängig von einer späteren Statusdefinition, wie Kriegsgefangene zu behandeln sind. Das heißt in Übereinstimmung mit dem humanitären Völkerrecht, so wie es die Genfer Konvention festschreibt:

* Quelle: Internetarchiv des Auswärtigen Amtes

Gesetzentwurf zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches

Beschluss der Bundesregierung vom 16. Januar 2001*

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1 Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)

Teil 1 Allgemeine Regelungen

§ 1 Anwendungsbereich

Dieses Gesetz gilt für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht, für die in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist.

§ 2 Anwendung des allgemeinen Rechts

Auf Taten nach diesem Gesetz findet das allgemeine Strafrecht Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht in den §§ 1 und 3 bis 5 besondere Bestimmungen trifft.

* Quelle: Der Gesetzentwurf des BMJ ist auf der Website der Koalition für einen Internationalen Strafgerichtshof – Deutsches Komitee unter: www.cicc.de/dokumente/11222.pdf einsehbar (zuletzt besucht am 1. März 2002).

§ 3 Handeln auf Befehl oder Anordnung

Ohne Schuld handelt, wer eine Tat nach den §§ 8 bis 14 in Ausführung eines militärischen Befehls oder einer Anordnung von vergleichbarer tatsächlicher Bindungswirkung begeht, sofern der Täter nicht erkennt, dass der Befehl oder die Anordnung rechtswidrig ist und deren Rechtswidrigkeit auch nicht offensichtlich ist.

§ 4 Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter

(1) Ein militärischer Befehlshaber oder ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, seinen Untergebenen daran zu hindern, eine Tat nach diesem Gesetz zu begehen, wird wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat bestraft. § 13 Abs. 2 des Strafgesetzbuches findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Einem militärischen Befehlshaber steht eine Person gleich, die in einer Truppe tatsächliche Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle ausübt. Einem zivilen Vorgesetzten steht eine Person gleich, die in einer zivilen Organisation oder einem Unterneh-

men tatsächliche Führungsgewalt und Kontrolle ausübt.

§ 5 Unverjährbarkeit

Die Verfolgung von Verbrechen nach diesem Gesetz und die Vollstreckung der wegen ihnen verhängten Strafen verjähren nicht.

Teil 2 Straftaten gegen das Völkerrecht

Abschnitt 1 Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit

§ 6 Völkermord

(1) Wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören,

1. ein Mitglied der Gruppe tötet,
2. einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt,
3. die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,
4. Maßregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen,
5. ein Kind der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

§ 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit

(1) Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung

1. einen Menschen tötet,
2. in der Absicht, eine Bevölkerung ganz oder teilweise zu zerstören, diese oder Teile hiervon unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, deren Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,
3. Menschenhandel betreibt, insbesondere mit einer Frau oder einem Kind, oder wer auf andere Weise einen Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihm anmaßt,
4. einen Menschen, der sich rechtmäßig in einem Gebiet aufhält, vertreibt oder zwangsweise überführt, indem er ihn unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts durch Ausweisung oder ande-

re Zwangsmaßnahmen in einen anderen Staat oder in ein anderes Gebiet verbringt,

5. einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befindet, foltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen sind,

6. einen anderen Menschen sexuell nötigt oder vergewaltigt, ihn zur Prostitution nötigt, der Fortpflanzungsfähigkeit beraubt oder in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen, eine unter Anwendung von Zwang geschwängerte Frau gefangen hält,

7. einen Menschen dadurch zwangsweise verschwinden lässt, dass er in der Absicht, ihn für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen,

a) ihn im Auftrag oder mit Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation entführt oder sonst in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt, ohne dass im Weiteren auf Nachfrage unverzüglich wahrheitsgemäß Auskunft über sein Schicksal und seinen Verbleib erteilt wird, oder

b) sich im Auftrag des Staates oder der politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht weigert, unverzüglich Auskunft über das Schicksal und den Verbleib des Menschen zu erteilen, der unter den Voraussetzungen des Buchstaben a seiner körperlichen Freiheit beraubt wurde, oder eine falsche Auskunft dazu erteilt,

8. einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt,

9. einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt oder

10. eine identifizierbare Gruppe oder Gemeinschaft verfolgt, indem er ihr aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, aus Gründen des Geschlechts oder aus anderen nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen grundlegende Menschenrechte entzieht oder diese wesentlich einschränkt, wird in den Fällen der Nummern 1 und 2 mit lebenslanger Freiheitsstrafe, in den Fällen der Nummern 3 bis 7 mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und in den Fällen der Nummern 8 bis 10 mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht

unter fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 7 Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren und in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 8 und 9 Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(3) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 Nr. 3 bis 10 den Tod eines Menschen, so ist die Strafe in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 7 lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren und in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 8 bis 10 Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist die Strafe bei einer Tat nach Absatz 1 Nr. 3 bis 7 Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und bei einer Tat nach Absatz 1 Nr. 8 bis 10 Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(5) Wer ein Verbrechen nach Absatz 1 in der Absicht begeht, ein institutionalisiertes Regime der systematischen Unterdrückung und Beherrschung einer rassischen Gruppe durch eine andere aufrechtzuerhalten, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft,

soweit nicht die Tat nach Absatz 1 oder Absatz 3 mit schwererer Strafe bedroht ist. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, soweit nicht die Tat nach Absatz 2 oder Absatz 4 mit schwererer Strafe bedroht ist.

Abschnitt 2 Kriegsverbrechen

§ 8 Kriegsverbrechen gegen Personen

(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

1. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person tötet,

2. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person als Geisel nimmt,

3. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam oder unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, insbesondere sie foltert oder verstümmelt,

4. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person sexuell nötigt oder vergewaltigt, sie zur Prostitution nötigt, der Fortpflanzungsfähigkeit beraubt oder in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen, eine unter Anwendung von Zwang geschwängerte Frau gefangen hält,

5. Kinder unter fünfzehn Jahren für Streitkräfte zwangsverpflichtet oder in Streit-

kräfte oder bewaffnete Gruppen eingliedert oder sie zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten verwendet.

6. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person, die sich rechtmäßig in einem Gebiet aufhält, vertreibt oder zwangsweise überführt, indem er sie unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts durch Ausweisung oder andere Zwangsmaßnahmen in einen anderen Staat oder in ein anderes Gebiet verbringt oder

7. gegen eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person eine erhebliche Strafe, insbesondere die Todesstrafe oder eine Freiheitsstrafe verhängt oder vollstreckt, ohne dass diese Person in einem unparteiischen ordentlichen Gerichtsverfahren, das die völkerrechtlich erforderlichen Rechtsgarantien bietet, abgeurteilt worden ist,

8. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt, indem er

a) an einer solchen Person Versuche vornimmt, in die sie nicht zuvor freiwillig und ausdrücklich eingewilligt hat oder die weder medizinisch notwendig sind noch in ihrem Interesse durchgeführt werden,

b) einer solchen Person Gewebe oder Organe für Übertragungszwecke entnimmt, sofern es sich nicht um die Entnahme von Blut oder Haut zu therapeutischen Zwecken im Einklang mit den allgemein anerkannten medizinischen Grundsätzen handelt und die Person zuvor nicht freiwillig und ausdrücklich eingewilligt hat, oder

c) bei einer solchen Person medizinisch nicht anerkannte Behandlungsmethoden anwendet, ohne dass dies medizinisch notwendig ist und die Person zuvor freiwillig und ausdrücklich eingewilligt hat,

9. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt.

wird in den Fällen der Nummer 1 mit lebenslanger Freiheitsstrafe, in den Fällen der Nummer 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, in den Fällen der Nummern 3 bis 5 mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in den Fällen der Nummern 6 bis 8 mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren und in den Fällen der Nummer 9 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

(2) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt einen Angehörigen der gegnerischen Streitkräfte oder einen Kämpfer der gegnerischen Partei verwun-

det, nachdem dieser sich bedingungslos ergeben hat oder sonst außer Gefecht ist, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

(3) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt

1. eine geschützte Person im Sinne des Absatzes 6 Nr. 1 rechtswidrig gefangen hält oder ihre Heimschaffung ungerechtfertigt verzögert,

2. als Angehöriger einer Besatzungsmacht einen Teil der eigenen Zivilbevölkerung in das besetzte Gebiet überführt,

3. eine geschützte Person im Sinne des Absatzes 6 Nr. 1 mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zum Dienst in den Streitkräften einer feindlichen Macht nötigt oder

4. einen Angehörigen der gegnerischen Partei mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel nötigt, an Kriegshandlungen gegen sein eigenes Land teilzunehmen,

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.

(4) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 den Tod des Opfers, so ist in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren, in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 5 Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 6 Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren. Führt eine Handlung nach Absatz 1 Nr. 8 zum Tod oder zu einer schweren Gesundheitsschädigung, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 und 4 und des Absatzes 2 Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 6 und des Absatzes 3 Nr. 1 Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

(6) Nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen sind

1. im internationalen bewaffneten Konflikt: geschützte Personen im Sinne der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls I (Anlage zu diesem Gesetz), namentlich Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige, Kriegsgefangene und Zivilpersonen;

2. im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt: Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige sowie Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen und sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden;

3. im internationalen und im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt: Angehörige der Streitkräfte und Kämpfer der gegnerischen Partei, welche die Waffen gestreckt haben oder in sonstiger Weise wehrlos sind.

§ 9

Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte

(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt plündert oder, ohne dass dies durch die Erfordernisse des bewaffneten Konflikts geboten ist, sonst in erheblichem Umfang völkerrechtswidrig Sachen der gegnerischen Partei, die der Gewalt der eigenen Partei unterliegen, zerstört, sich aneignet oder beschlagnahmt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt völkerrechtswidrig anordnet, dass Rechte und Forderungen aller oder eines wesentlichen Teils der Angehörigen der gegnerischen Partei aufgehoben oder ausgesetzt werden oder vor Gericht nicht einklagbar sind, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

§ 10

Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme

(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

1. einen Angriff gegen Personen, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge richtet, die an einer humanitären Hilfsmision oder an einer friedenserhaltenden Mission in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen beteiligt sind, solange sie Anspruch auf den Schutz haben, der Zivilpersonen oder zivilen Objekten nach dem humanitären Völkerrecht gewährt wird, oder

2. einen Angriff gegen Personen, Gebäude, Material, Sanitätseinheiten oder Sanitätstransportmittel richtet, die in Übereinstimmung mit dem humanitären Völkerrecht mit den Schutzzeichen der Genfer Abkommen gekennzeichnet sind,

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. In minder schweren Fällen, insbesondere wenn der Angriff nicht mit militärischen Mitteln erfolgt, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(2) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt die Schutzzeichen der Genfer Abkommen, die Parlamentärflagge oder die Flagge, die militärischen

Abzeichen oder die Uniform des Feindes oder der Vereinten Nationen missbraucht und dadurch den Tod oder die schwere Verletzung eines Menschen (§ 226 des Strafgesetzbuches) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

§ 11

Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung

(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

1. mit militärischen Mitteln einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als solche oder gegen einzelne Zivilpersonen richtet, die an den Feindseligkeiten nicht unmittelbar teilnehmen,

2. mit militärischen Mitteln einen Angriff gegen zivile Objekte richtet, solange sie durch das humanitäre Völkerrecht als solche geschützt sind, namentlich Gebäude, die dem Gottesdienst, der Erziehung, der Kunst, der Wissenschaft oder der Wohltätigkeit gewidmet sind, geschichtliche Denkmäler, Krankenhäuser und Sammelplätze für Kranke und Verwundete, unverteidigte Städte, Dörfer, Wohnstätten oder Gebäude oder entmilitarisierte Zonen sowie Anlagen und Einrichtungen, die gefährliche Kräfte enthalten,

3. mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht,

4. eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person als Schutzschild einsetzt, um den Gegner von Kriegshandlungen gegen bestimmte Ziele abzuhalten.

5. das Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung einsetzt, indem er ihnen die für sie lebensnotwendigen Gegenstände vorenthält oder Hilfslieferungen unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht behindert.

6. als Befehlshaber anordnet oder androht, dass kein Pardon gegeben wird, oder

7. einen Angehörigen der gegnerischen Streitkräfte oder einen Kämpfer der gegnerischen Partei meuchlerisch tötet oder verwundet,

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. In minder schweren Fällen der Nummer 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(2) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 Nr. 1 bis 6 den Tod oder die

schwere Verletzung einer Zivilperson (§ 226 des Strafgesetzbuches) oder einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person, wird er mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Führt der Täter den Tod vorsätzlich herbei, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

(3) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

§ 12

Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung

(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

1. Gift oder vergiftete Waffen verwendet,
2. biologische oder chemische Waffen verwendet oder
3. Geschosse verwendet, die sich leicht im Körper des Menschen ausdehnen oder flachdrücken, insbesondere Geschosse mit einem harten Mantel, der den Kern nicht ganz umschließt oder mit Einschnitten versehen ist,

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

(2) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 den Tod oder die schwere Verletzung einer Zivilperson (§ 226 des Strafgesetzbuches) oder einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person, wird er mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Führt der Täter den Tod vorsätzlich herbei, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

Abschnitt 3

Sonstige Straftaten

§ 13

Verletzung der Aufsichtspflicht

(1) Ein militärischer Befehlshaber, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Befehlsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Befehlshaber erkennbar war und die er hätte verhindern können.

(2) Ein ziviler Vorgesetzter, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Anordnungsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Vorgesetzten ohne weiteres erkennbar war und die er hätte verhindern können.

(3) § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.

(4) Die vorsätzliche Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, die fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

§ 14

Unterlassen der Meldung einer Straftat

(1) Ein militärischer Befehlshaber oder ein ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, eine Tat nach diesem Gesetz, die ein Untergebener begangen hat, unverzüglich der für die Untersuchung oder Verfolgung solcher Taten zuständigen Stelle zur Kenntnis zu bringen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.

Anlage zu § 8 Abs. 6 Nr. 1

Die Genfer Abkommen im Sinne des Gesetzes sind:

- I. GENFER ABKOMMEN vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (BGBl. 1954 II S. 781, 783),
- II. GENFER ABKOMMEN vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See (BGBl. 1954 II S. 781, 813),
- III. GENFER ABKOMMEN vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen (BGBl. 1954 II S. 781, 838) und

– IV. GENFER ABKOMMEN vom 12. August 1949 zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten (BGBl. 1954 II S. 781, 917).

Das Zusatzprotokoll I im Sinne des Gesetzes ist:

Zusatzprotokoll zu den GENFER ABKOMMEN vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977 (BGBl. 1990 II S. 1550, 1551)

Art. 2

Änderung des Strafgesetzbuches
(hier nicht abgedruckt)

Art. 3

Änderung der Strafprozessordnung
(hier nicht abgedruckt)

Art. 4

Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes
(hier nicht abgedruckt)

Art. 5

Änderung des Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz
(hier nicht abgedruckt)

Art. 6

Änderung des Stasi-Unterlagen-Gesetzes
(hier nicht abgedruckt)

Art. 7

Aufhebung einer fortgeltenden Vorschrift des Strafgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik
(hier nicht abgedruckt)

Art. 8

In-Kraft-Treten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Der Beitrag Deutschlands zum Wiederaufbau und zur Entwicklung Afghanistans

**Internationale Konferenz zum Wiederaufbau Afghanistans
Tokio, 20.–22. Januar 2002***

1. Vorbemerkung

Nach Schätzungen von Weltbank, Vereinten Nationen und ADB sind über die nächsten zehn Jahre rund 15 Mrd. Euro notwen-

dig, um zum Wiederaufbau Afghanistans beizutragen und die wirtschaftliche, soziale und gesellschaftliche Entwicklung zu unterstützen. Dies bedeutet, dass es der internationalen Gebergemeinschaft in einer

* Quelle: Das abgedruckte Dokument entstammt der Anlage 1 des Berichts des BMF an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestage zur Aufteilung der Mittel für den Wiederaufbau Afghanistans. Er wurde der Redaktion von Volker Kröning MdB zur Verfügung gestellt. Dafür dankt die Redaktion herzlichst.

Professor Dr. Helmut Satzger, Bucerius Law School
(Hamburg)

Das neue Völkerstrafgesetzbuch

– Eine kritische Würdigung –*

I. Einleitung

Das Völkerstrafrecht erlebt in der Folge der tragischen und unfassbaren Ereignisse in New York am 11. 9. 2001 eine ungeahnte Aktualität. Die Frage, wie die Drahtzieher der folgenschweren Anschläge auf internationaler Ebene adäquat zur Verantwortung gezogen werden können, wäre bis vor kurzem eine rein theoretische gewesen. Die vergangenen Jahre haben jedoch zu einem Quantensprung in der Entwicklung einer Völkerstrafgerichtsbarkeit geführt. Dies eröffnet völlig neue Perspektiven: Mussten für die Bewältigung der Verbrechen und Massaker in Ruanda und dem ehemaligen Jugoslawien noch Ad-hoc-Gerichte auf der Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta als Maßnahme „zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ etabliert werden, so bietet das Statut von Rom¹, durch welches die 139 Unterzeichnerstaaten am 17. 7. 1998 die Errichtung eines *Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)* beschlossen haben, eine bislang beispiellose, zukunftsweisende Möglichkeit zur Aburteilung völkerrechtlicher Verbrechen vor einem universell anerkannten Weltstrafgerichtshof. Allerdings muss der IStGH erst noch errichtet werden, was gemäß Art. 126 I IStGH-Statut voraussetzt, dass mindestens 60 Unterzeichnerstaaten das Statut ratifiziert haben². Optimistischen Schätzungen zufolge ist damit aber alsbald zu rechnen³. Dann wäre der Weg also frei für eine wirklich internationale Völkerstrafrechtspflege.

Deutschland hat die Entwicklung, die zum Abschluss des Statuts von Rom führte, auf internationalem Parkett mit großem Engagement gefördert und vorangetrieben. Mit Erlass des zur Ratifikation erforderlichen IStGH-Statutgesetzes⁴ sowie mit der Änderung von Art. 16 II GG⁵, wodurch gewährleistet wird, dass auch deutsche Staatsangehörige an den IStGH überstellt werden können, hat der deutsche Gesetzgeber zwei wesentliche Schritte zur Ermöglichung der Arbeitsaufnahme des *Gerichtshofs* getan. Hinzu tritt das bereits seit einiger Zeit in Arbeit befindliche Ausführungsgesetz zum Römischen Statut (RSAG), das insb. Regeln über die Zusammenarbeit mit dem IStGH sowie Rechtshilfevorschriften enthalten wird. Der Komplettierung des Gesetzesmosaiks dient schließlich der Erlass eines *Völkerstrafgesetzbuchs*⁶. Dieses soll „das materielle Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland ... an das Römische Statut des *Internationalen Strafgerichtshofs*“ anpassen und als ein „weitgehend eigenständiges Regelungswerk ... die Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts widerspiegeln, indem es die Verbrechen gegen das Völkerrecht unter Strafe stellt⁷“. Das VStGB ist – flankiert durch Änderungen des StGB⁸ sowie der StPO⁹ – in Art. 1 des Regierungsentwurfs eines VStGB-Einführungsgesetzes (VStGBEG) enthalten, welcher auf einem von einer namhaften Expertengruppe ausgearbeiteten Entwurf basiert¹⁰ und am 16. 1. 2002 vom Bundeskabinett beschlossen worden ist¹¹.

II. Gesetzgeberisches Motiv

Der völkerrechtliche Hintergrund erhellt den Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs: Das IStGH-Statut geht von einer zweifachen Durchsetzungsmöglichkeit des Völkerstrafrechts aus: der direkten wie der indirekten. Indem es diejenigen völkerstrafrechtlichen Verbrechenstatbestände aufzählt, die in die Zuständigkeit des IStGH fallen, öffnet es den Weg für eine Aburteilung dieser Delikte auf internationaler Ebene durch ein internationales Gericht („direct enforcement model“¹²). Daneben steht die indirekte Durchsetzung des Völkerstrafrechts durch die jeweilige nationale Strafverfolgung der Unterzeichnerstaaten („indirect enforcement model“). Dabei verpflichtet das Statut die Unterzeichnerstaaten nicht explizit dazu, die dort aufgeführten Straftatbestände in nationales Strafrecht umzusetzen¹³. Allerdings geht das Statut in Absatz VI der Präambel offenbar von einer *völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht zur Verfolgung von Völkerstraftaten* aus¹⁴. Der IStGH soll die nationale Strafgerichtsbarkeit also nicht ersetzen, sondern ergänzen¹⁵. Erreicht wird dies durch den im Statut verankerten *Grundsatz der Komplementarität*, wonach die Gerichtsbarkeit der nationalen Strafgerichte Vorrang vor der des IStGH genießt. Danach darf der IStGH seine Gerichtsbarkeit selbst bei Vorliegen schwerster Verbrechen erst dann ausüben, wenn ein Vertragsstaat *nicht fähig oder willens* ist, die Strafverfolgung selbst ernsthaft zu betreiben (Art. 17 IStGH-Statut). Dieses Zusammenspiel von direkter und indirekter Durchsetzung des Völkerstrafrechts vermeidet die politisch kaum

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafr, StrafprozessR, Int. Strafr und EuropaR an der Bucerius Law School in Hamburg. Für die wertvolle Hilfe und vielfachen Anregungen sei meinem wiss. Mitarbeiter *Laurent Lafleur* ganz herzlich gedankt.

1) Der Originaltext sowie die deutsche Übersetzung finden sich in BT-Dr 14/2682, S. 9 ff.; aus der mittlerweile reichhaltigen Literatur zum IStGH vgl. nur *Ambos ZStW* 111 (1999), 176 ff.; *ders. NJW* 1998, 3743; *Blanke/Molitor AVR* 39 (2001), 142 ff.; *Fastenrath JuS* 1999, 632; *Gil ZStW* 112 (2000), 381 ff.; *Seidel/Stahn Jura* 1999, 14 ff.; *Stahn EuGRZ* 1998, 577 ff.; *Huet/Koering-Joulin Droit pénal international*, 2. Aufl., S. 31 ff.

2) Benin hat am 22. 1. 2002 als bisher 48. Staat das Statut ratifiziert; der aktuelle Ratifikationsstatus kann unter: <http://www.iccnw.org/html/country.html> abgerufen werden.

3) Z. B. *Werle JZ* 2001, 885.

4) BGBl 2000 II, 1393; die Hinterlegung der Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen erfolgte am 11. 12. 2000.

5) BGBl 2000 I, 1633.

6) Mit der Vorstellung des Entwurfs löst die Bundesregierung ein Versprechen ein, dass sie in der Begründung zum Entwurf des IStGH-Statutgesetzes abgegeben hat, BT-Dr 14/2682, S. 6.

7) RegE Völkerstrafgesetzbuch, S. 1; dieser Entwurf ist im Internet unter <http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf> abrufbar.

8) Die in Art. 2 VStGBEG vorgeschlagenen Änderungen des StGB beschränken sich auf redaktionelle Korrekturen, die durch die Übernahme des Völkermordtatbestands (§ 220 a StGB) in das VStGB erforderlich werden, so dass hierauf nicht näher eingegangen wird.

9) Mit der Einführung eines neuen § 153 f StPO relativiert der Entwurf eines EGVStGB die Weite des in § 1 VStGB angeordneten Weltrechtsgrundsatzes prozessual, indem das Legalitätsprinzip für Taten nach dem VStGB zwar grundsätzlich angeordnet, jedoch nach einem gestuften System für Taten, die keinen Inlandsbezug aufweisen, wiederum durchbrochen wird.

10) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.); Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs, 2001.

11) Zur Fundstelle des RegE s. o. Fn 7; der vorangehende RefE ist abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/images/10185.pdf>.

12) S. nur *Safferling JA* 2000, 168 f.; *Triffterer in Triffterer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Part 1. Fn 49 mwN.

13) So auch *Werle JZ* 2001, 886; Eine Ausnahme stellen nur die Straftaten gegen die Integrität der Rechtspflege des IStGH dar (vgl. Art. 70 IV IStGH-Statut).

14) So auch *Kreß Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, S. 9; *Wirth/Harder ZRP* 2000, 146; *Lagodny ZStW* 113 (2001), 803.

15) Präambel Abs. 10, Art. 1 S. 2 IStGH-Statut; *Werle* (o. Fn 13).

zu realisierende Verpflichtung der Staaten, nationale Strafvorschriften mit angemessener Strafdrohung für die Delikte des Statuts zu schaffen. Vielmehr setzt es auf die Völkerstrafrechtsfreundlichkeit sowie den politischen Druck innerhalb der Unterzeichnerstaaten, eine Verurteilung eigener Staatsbürger vor einem internationalen Gericht zu vermeiden. Dementsprechend nennt der Regierungsentwurf als eines seiner Ziele „...im Hinblick auf die Komplementarität der Verfolgungszuständigkeit des IStGH zweifelsfrei sicherzustellen, dass Deutschland stets in der Lage ist, in die Zuständigkeit des IStGH fallende Verbrechen selbst zu verfolgen“¹⁶.

Dass dies ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers nicht zu gewährleisten ist, zeigen folgende „Defizite“ der bisherigen Rechtslage: Die im IStGH-Statut genannten Straftatbestände können zum einen – obwohl ihr Inhalt mittlerweile als Völkergewohnheitsrecht betrachtet werden darf – nicht schon gem. Art. 25 GG als Teil der allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbare Geltung im internen Recht der Bundesrepublik beanspruchen. Art. 25 GG misst dem Völkergewohnheitsrecht nur einen Rang zwischen dem einfacher Gesetze und der Verfassung zu¹⁷. Angesichts dessen sind auch völkergewohnheitsrechtlich verankerte Tatbestände am Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG zu messen, so dass im Ergebnis eine deutsche Strafverfolgung auf Grundlage von Völkergewohnheitsrecht ausgeschlossen ist¹⁸. Auch die Aufzählung der völkerrechtlichen Verbrechen im Statut ändert daran nichts. Denn erstens besitzen die dort aufgezählten Tatbestände keine eigenen Strafordnungen. Art. 77, 78 IStGH-Statut geben vielmehr nur einen generellen Strafrahmen vor, der in dieser Form dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG nicht gerecht wird. Zweitens stellen die im Statut aufgezählten Tatbestände auch keine Straftatbestände im herkömmlichen Sinne dar, sondern sie sind vielmehr als *Zuständigkeitsvorschriften* für den IStGH ausgestaltet¹⁹. Mithin richten sich die einzelnen Normen gar nicht an den Täter des jeweiligen Verbrechens, sondern an den IStGH selbst, in dem das Statut gem. Art. 5 IStGH-Statut²⁰ diese Verbrechen der Gerichtsbarkeit des IStGH unterwirft. Es bleibt also festzuhalten, dass eine unmittelbare Anwendung des IStGH-Statuts in Deutschland ausgeschlossen ist; die völkerstrafrechtlichen Normen bedürfen in der Bundesrepublik der Transformation nach Art. 59 II GG²¹.

Zum anderen ist das allgemeine deutsche Strafrecht bislang nicht in der Lage, eine umfassende und adäquate Bestrafung sämtlicher Straftatbestände des Statuts sicher zu stellen. Auf Grund der Schwere der im IStGH-Statut genannten Delikte sind diese Verhaltensweisen weitgehend auch nach dem StGB als „gewöhnliche Verbrechen“ strafbar. Allerdings weist das deutsche Strafrecht einige „echte“ Lücken gegenüber dem Rom-Statut auf, bezüglich derer im Hinblick auf das Komplementaritätsprinzip ein Anpassungsbedarf offensichtlich ist. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich folgender Tatbestände des Statuts²²:

- Erklärung von Kriegführenden, es werde kein Pardon gegeben (Art. 8 II b Nr. xii IStGH-Statut).
- Völkerrechtswidrige Überführung eines Teils der Zivilbevölkerung einer Besatzungsmacht in besetztes Gebiet (Art. 8 II b Nr. viii IStGH-Statut).
- Völkerstrafrechtlich relevante Rechtsverweigerung, jedenfalls bei ausländischen Tätern, da § 339 StGB diese nicht erfasst (Art. 8 II a Nr. vi IStGH-Statut).

Daneben offenbart das allgemeine deutsche Strafrecht aber auch insoweit völkerstrafrechtliche Defizite, als es die im Rom-Statut genannten Verhaltensweisen zwar durchaus als „einfache“ Vergehen oder Verbrechen unter

Strafe stellt, jedoch den *eigentlichen völkerrechtlichen Unrechtsgehalt nicht spezifisch* erfasst. So fallen etwa die in Art. 7 I a–k IStGH-Statut als Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufgeführten Handlungen weitgehend unter Straftatbestände des StGB²³. Die besondere Dimension des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, nämlich der *funktionale Zusammenhang* zwischen der Tatbegehung mit einem *ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung* bleibt dabei unberücksichtigt²⁴. Für den Bereich der Kriegsverbrechen (vgl. Art. 8 ff. IStGH-Statut) gilt Ähnliches: Der unrechtershöhende Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt und damit der Kontext organisierter Gewaltanwendung, der die Begehung von Verbrechen erleichtert, wird von den einzelnen Tatbeständen des StGB nicht erfasst²⁵.

Weitere Defizite ergeben sich schließlich im Bereich des deutschen Strafanwendungsrechts. Das Universalitätsprinzip gilt bislang gem. § 6 I Nr. 1 StGB lediglich für Völkermord und gem. § 6 I Nr. 9 StGB i. V. mit den Regelungen der Genfer Abkommen zum Schutz von Opfern bewaffneter Konflikte für Kriegsverbrechen. Insbesondere für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist das Weltrechtsprinzip also nicht vorgesehen²⁶.

III. Weit gehende Implementierung durch einheitliche Kodifikation in einem VStGB

Für die allseits erwünschte Anpassung des deutschen Rechts an das Rom-Statut kommen insbesondere zwei gesetzgeberische Varianten in Betracht²⁷: Der Gesetzgeber kann die bereits bestehenden Strafgesetze durch neue Straftatbestände erweitern oder aber eine einheitliche Kodifikation schaffen. Der Regierungsentwurf hat sich für letztere Lösung entschieden²⁸, und zwar ganz zu Recht: Das Völkerstrafrecht wird dadurch nicht zum „bloßen Nebenstrafrecht“ degradiert²⁹; vielmehr kommt durch die separate, symbolträchtige Kodifikation die besondere Stellung der Völkerrechtsverbrechen zum Ausdruck. Weiterhin wird durch die einheitliche Kodifikation die Übersichtlichkeit des komplexen Rechtsstoffs gefördert³⁰ und es können schließlich Fragen, die auf internationaler Ebene kompromissbedingt offen bleiben mussten, ent-

16) RegE (o. Fn 7), S. 25.

17) S. dazu BVerfGE 6, 363.

18) Kreß (o. Fn 14), S. 10; Hermsdörfer Humanitäres VölkerR – Informationsschriften 1999, S. 22; Werle JZ 2001, 889; Blanke/Molitor AVR 39 (2001), 165; Wessels/Beulke Strafr AT, Rn 79 a. Demgegenüber sind jedoch die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ unmittelbar für die Frage der Rechtswidrigkeit von Bedeutung, vgl. dazu Werle ZStW 109 (1997), 825.

19) Ähnlich insoweit auch die Statute des ICTY; vgl. Art. 1–6 ICTY-Statut, im Internet unter: http://www.un.org/icty/basic/statute/stat2000_con.htm sowie des ICTR, vgl. Art. 1–5 ICTR-Statut, im Internet unter: <http://www.icttr.org/ENGLISH/basicdocs/statute.html>.

20) „... the court has jurisdiction ... with respect to the following crimes...“

21) Ebenso S/S-Eser 26. Aufl., vor § 1 Rn 22; s. auch Safferling JA 2000, 169.

22) S. dazu auch Kreß (o. Fn 18), S. 12 f.

23) §§ 176, 176 a, 176 b, 177, 178, 179, 182, 174 a, 180 b 211, 212, 223, 224, 226, 234, 234 a, 239, 240, 340, 343 StGB.

24) So auch Kreß (o. Fn 18), S. 14; vgl. ausf. zu diesen Tatbestandsmerkmalen Vest ZStW 113 (2001), 467 ff.

25) RegE (o. Fn 7), S. 25.

26) Werle (o. Fn 13).

27) Werle hat kürzlich die verschiedenen Methoden aufgezeigt und dem deutschen Weg die Bezeichnung „modifizierenden Umsetzung“ des Statuts „im Format einer geschlossenen Kodifikation“ gegeben (s. JZ 2001, 888 f.).

28) S. auch BT-Dr 14/2682, S. 7, wo bereits die Schaffung eines „Völkerstrafgesetzbuchs“ versprochen wird.

29) Dagegen zu Recht Werle (o. Fn 13).

30) Kreß (o. Fn 18), S. 2 f.; Hermsdörfer (o. Fn 18), S. 27.

schieden werden³¹. Allerdings erschöpft sich die mögliche Rolle des deutschen Gesetzgebers insoweit auf eine Völkerrechtskonkretisierung sowie -präzisierung, da einer „Rechtsfortbildung“ durch das Völkerrecht selbst Grenzen gesetzt sind³².

IV. Inhalt des VStGB

Das VStGB weist formal eine Zweiteilung auf: Entsprechend der traditionellen Gesetzssystematik enthält sein Teil 1 (§§ 1–5) einen Allgemeinen Teil. Dieser zeichnet sich vor allem durch Zurückhaltung aus, indem er sich auf die nach dem IStGH-Statut unvermeidlichen Abweichungen gegenüber dem AT des StGB beschränkt: § 2 erklärt als „zentrale Umschaltnorm“³³ die Regeln des StGB grundsätzlich für anwendbar, wenn nicht das VStGB Sonderregelungen trifft. Diese beziehen sich auf das Strafanwendungsrecht (§ 1), das Handeln auf Befehl (§ 3), die Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und sonstiger Vorgesetzter (§ 4) sowie die Verjährung (§ 5). Teil 2 des Gesetzes (§§ 6–14) bildet den Besonderen Teil und zählt die einzelnen Straftaten gegen das Völkerrecht auf. Dem IStGH-Statut entsprechend enthält dieser Besondere Teil erstens den Tatbestand des *Völkermords* (§ 6), der bislang in § 220 a StGB verortet war. Zweitens werden die *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* in § 7 erfasst. Dabei wird ein Katalog von Einzeltaten (z. B. Versklavung, Vertreibung, Vergewaltigung) unter Strafe gestellt, wenn diese als Teil einer Gesamttat (sog. „chapeau“) in Form eines weit verbreiteten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden. §§ 8–12 etablieren schließlich die *Kriegsverbrechen*; bei diesen differenziert das VStGB jedoch – abweichend vom Vorbild des Rom-Statuts – nicht zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, sondern folgt der modernen Tendenz zur völkerstrafrechtlichen Gleichbehandlung beider Konfliktarten, wie sie insbesondere im *Tadić*-Urteil des Jugoslawien-Strafgerichtshofs (ICTY) zum Ausdruck kommt³⁴. Der Entwurf unterscheidet vielmehr zwischen dem „Genfer Recht“, das primär den Schutz von Personen und Eigentum bezweckt, und dem „Haager Recht“, das den Einsatz bestimmter Methoden und Mittel der Kriegsführung beschränkt³⁵. § 8 erfasst demnach die *Kriegsverbrechen gegen Personen*, § 9 diejenigen gegen das *Eigentum und sonstige Rechte* und § 10 betrifft *humanitäre Operationen sowie Embleme*. Demgegenüber stellt § 11 die *verbotenen Methoden* und § 12 die *verbotenen Mittel* der Kriegsführung unter Strafe. Die §§ 13, 14 enthalten schließlich Sondervorschriften für die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Verletzung der Aufsichtspflicht und beim Unterlassen der Meldung einer Straftat. Im Gegensatz zum IStGH-Statut, das im Hinblick auf die Rechtsfolgen nur allgemeine, wenig bestimmte Vorgaben bezüglich der zu verhängenden Strafen vorsieht³⁶, werden den einzelnen Straftatbeständen im VStGB konkrete Strafraum zugeordnet, die in ihrer Höhe insbesondere den besonderen Unrechtsgehalt völkerrechtlicher Verbrechen erkennen lassen.

V. Das VStGB im Spannungsfeld zwischen Komplementaritätsprinzip und Grundgesetz

Wie gesehen bedingt der Grundsatz der Komplementarität einen – wenn nicht rechtlichen, so doch rechtspolitischen – Zwang, die im VStGB vorgesehenen Straftatbestände so auszugestalten, dass möglichst alle in die Zuständigkeit des IStGH fallenden Delikte erfasst werden, um durchgängig eine (vorrangige) Aburteilung durch deutsche Gerichte zu ermöglichen. Dem damit vorgezeich-

neten Streben nach einer möglichst wörtlichen Übernahme des Textes des IStGH-Statuts und somit nach einer extensiven Formulierung deutscher Straftatbestände werden jedoch dadurch Grenzen gesetzt, dass das VStGB – wie jedes andere deutsche Strafgesetz – gewisse verfassungsrechtliche Vorgaben beachten, insbesondere also dem – im internationalen Vergleich strengen³⁷ – Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG genügen muss. Diese beiden Anforderungen – erschöpfende Erfassung der im Rom-Statut vorgezeichneten Verbrechen einerseits, Verfassungskonformität andererseits – machten die Ausarbeitung des VStGB zu einem schwierigen Drahtseilakt. Ein dem Grundgesetz entsprechendes VStGB muss notwendigerweise insoweit hinter den tatbestandlichen Umschreibungen des Rom-Statuts zurückbleiben, wie diese – nach deutschem Maßstab – zu vage geraten sind. Eine solche „modifizierende Umsetzung“³⁸ des materiellen Völkerstrafrechts eröffnet aber Lücken gegenüber dem Statuttext, welche nach dem Grundsatz der Komplementarität wiederum die Zuständigkeit des IStGH für vom deutschen Recht nicht abgedeckte Tatbestände bzw. Tatbestandsvarianten begründet – eine Folge, die durch das Projekt eines VStGB aber gerade vermieden werden soll.

Angesichts dieser komplexen Ausgangslage ist es kaum verwunderlich, dass auch der vorliegende Regierungsentwurf nicht allen Anforderungen gleichermaßen gerecht werden kann, ja teilweise nicht einmal gerecht werden will. So enthält das VStGB in der vorliegenden Entwurfsfassung zahlreiche Punkte, an denen es das selbstgesetzte Ziel, die Zuständigkeit des IStGH von vornherein auszuschalten, nicht erreicht (dazu 1.). Andererseits ergeben sich an anderen Stellen Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit (dazu 2.). Im Folgenden können – aus Platzgründen – nur einige Problembereiche exemplarisch angesprochen werden.

1. Zurückbleiben des VStGB hinter dem Rom-Statut

a) Allgemeiner Teil des VStGB

Das VStGB bleibt laut Grundentscheidung des § 2 in die Materie des allgemeinen Strafrechts eingebettet, indem grundsätzlich die Vorschriften des AT des StGB anwendbar sind, soweit das VStGB in seinen §§ 1–5 nichts Abweichendes vorsieht. Dieses selbstgewählte „dogmatische Korsett“ hat zur Konsequenz, dass einige Regelungen des Rom-Statuts, die in ihrer Mehrzahl auf Kompromissen unterschiedlicher Rechtssysteme basieren, nicht ohne Abstriche in die Systematik des deutschen Strafrechts eingepasst werden können. Indem also das VStGB die allgemeinen Regelungen des StGB für anwendbar erklärt und sich besonderer Vorschriften für völkerrechtliche Verbrechen enthält, begründet es die Gefahr, hinter den Anforderungen des Statuts zurückzubleiben.

aa) Ein anschauliches Beispiel liefern insoweit die Anforderungen an den *subjektiven Tatbestand der völkerstrafrechtlichen Verbrechen*. Das VStGB übernimmt hier – mangels Spezialregelung³⁹ – das grundsätzliche Vorsatzerfordernis des § 15 StGB sowie den Vorsatzbegriff des StGB. Das IStGH-Statut enthält in Art. 30 eine überaus komplexe Regelung der subjektive Mindestanforderung

31) Kreß (o. Fn 18), S. 21.

32) Dazu ausführlicher unten VI.

33) Werle (o. Fn 13).

34) Entsch. v. 2. 10. 1995 – IT-94-1-AR72 *Prosecutor v. Tadić*.

35) RegE (o. Fn 7), S. 55; dazu auch Werle JZ 2001, 893.

36) S. dazu Art. 77 f., 110 IStGH-Statut; eine Ergänzung finden diese Vorgaben in den Verfahrens- und Beweisregeln v. 2. 11. 2000.

37) Vgl. auch Werle JZ 2001, 889.

38) Werle (o. Fn 37).

39) S. § 2 VStGB.

(„mental element“) für die aufgeführten Verbrechen. Ganz offensichtlich handelt sich hierbei um einen Kompromiss zwischen kontinentalem und anglo-amerikanischem Rechtsdenken, welcher Juristen aus beiden Rechtskreisen vor Verständnisprobleme stellt⁴⁰. Die generelle Übernahme der deutschen Vorsatzkonzeption im VStGB ist zwar aus systematischen Gründen begrüßenswert; man muss sich aber der Gefahr dieser Vorgehensweise im Hinblick auf das Komplementaritätsprinzip bewusst sein: Es lässt sich nämlich – trotz tendenziell weiterem deutschen Vorsatzverständnisses^{40a} nicht allgemein ausschließen, dass Fälle auftreten werden, in denen eine Bestrafung nach dem VStGB aus subjektiven Gründen ausscheidet, während eine Bestrafung durch den *IStGH* auf Grund des weiter verstandenen „mental element“ des Statuts möglich wäre.

Eine solche „offene Flanke“ des VStGB zeichnet sich etwa bei den Kriegsverbrechen, insbesondere bei § 11 I Nr. 1 ab: Strafbar macht sich danach, wer „im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt mit militärischen Mitteln einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung als solche oder einzelne Zivilpersonen richtet, die an den Feindseligkeiten nicht unmittelbar teilnehmen“⁴¹. Laut Gesetzesbegründung soll für den subjektiven Tatbestand Eventualvorsatz nicht genügen, der Täter müsse vielmehr „zielgerichtet in Bezug auf das Objekt des Angriffs handeln“, er müsse „überdies wissen, dass es sich um die Zivilbevölkerung oder um einzelne Zivilpersonen handelt, die nicht unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligt sind“⁴². In der Kommentierung zum Rom-Statut wird im Hinblick auf die zu Grunde liegenden – praktisch wortgleichen⁴³ – Vorschriften des Statuts (Art. 8 II b [i], e [ii]) demgegenüber ohne weiteres – offensichtlich geleitet von den allgemeinen Anforderungen an die „mental elements“ im Rahmen des Art. 30 *IStGH*-Statut – angenommen, dass sowohl „intent“ als auch „recklessness“, also eine dem deutschen Recht fremde Zwischenkategorie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ausreichen sollen⁴⁴. Hier droht das VStGB hinsichtlich seiner subjektiven Anforderungen also hinter dem Maßstab des Statuts zurückzubleiben⁴⁵.

bb) Durch die in § 2 angeordnete grundsätzliche Übernahme der Regeln des AT des StGB fließen in das VStGB auch die *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe* ein, was zu Komplementaritätsproblemen führen kann. Das *IStGH*-Statut enthält in Art. 31 zwar auch „Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit“. Jedoch besteht keine Deckungsgleichheit. Beispielsweise fehlt im Statut der *Notwehr*exzess, wie er in § 33 StGB verankert ist, der im Ergebnis zu einer Strafflosigkeit von Verhaltensweisen führt, welche sich unter Tatbestände des VStGB subsumieren lassen⁴⁶. Angesichts dieser Diskrepanz zwischen Statut und VStGB sind auch hier Fälle vorgezeichnet, in denen nach dem VStGB i. V. mit dem AT des StGB eine Verurteilung unmöglich ist, während eine Bestrafung durch den *IStGH* auf der Grundlage des Statuts gleichwohl denkbar erscheint⁴⁷.

Eine gewisse Abmilderung erfährt diese Gefahr durch die Regelung des Art. 31 III des Statuts, wonach der (künftige) *IStGH* ermächtigt wird, bei der Verhandlung, auf Grundlage des nach Art. 21 anwendbaren Rechts andere als in Art. 31 I genannte Gründe für den Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Betracht zu ziehen. Damit kommt zum Ausdruck, dass die ausdrücklich im Statut aufgeführten „defences“ keineswegs als abschließender Katalog angesehen werden dürfen⁴⁸. Allerdings ist derzeit noch nicht absehbar, in welchem Maße hier in Verfahren vor dem *IStGH* zusätzliche Umstände Berücksichtigung finden werden, die nach deutschem Recht zu einem Ausschluss der Strafflosigkeit führen.

Nicht auszuschließen sind Unstimmigkeiten auch im Bereich der Irrtumslehre. Sehr deutlich wird dies etwa am Beispiel des – nach deutschem Recht beachtlichen – *Erlaubnistatbestandsirrtums*, welcher richtiger Ansicht zufolge den Vorsatzschuldvorwurf entfallen lässt und so eine

Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Begehung ausschließt⁴⁹. Demgegenüber soll ein „mistake of fact“ nach Art. 32 I des Statuts nur dann ein Grund für den Ausschluss strafrechtlicher Verantwortung sein, „wenn er die für den Verbrechenstatbestand erforderlichen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufhebt“⁵⁰. Der Erlaubnistatbestandsirrtum betrifft nun nicht die subjektive Seite (Kenntnis, Wille) des Verbrechenstatbestandes, sondern die eines Erlaubnissatzes (oder „defence“ im Sprachgebrauch des anglo-amerikanischen Rechtskreises)⁵¹. Nach dem Wortlaut würde das Statut einem Erlaubnistatbestandsirrtum somit keine strafbefreiende Wirkung für den Täter beimessen, so dass auch insoweit das VStGB hinter dem Maßstab des Statuts zurückbliebe. Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn der *IStGH* – was sicherlich wünschenswert wäre – in einer Analogie zur Regelung des Art. 32 I des Statuts auch diesen Irrtum wegen seiner Vergleichbarkeit mit einem „error of fact“ gleichstellen würde⁵². Schließlich begründen auch die nach wie vor bestehenden Unklarheiten über die Relevanz *unvermeidbarer Verbotsirrtümer* nach Art. 32 II des Statuts die Gefahr einer Deckungslücke zwischen diesem und dem VStGB: Während letzteres über § 2 die Regelung des § 17 StGB einbezieht, so dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zum Ausschluss der Schuld führt, wird die Formulierung des Statuts „a mistake of law may ... be a ground for excluding responsibility if it negates the mental element“ vor dem Hintergrund des jeweiligen nationalen Rechtsverständnisses sehr unterschiedlich interpretiert. Während z. B. *Triffterer* herausliest, dass es im Ermessen des Gerichts liege, ob eine falsche rechtliche Wertung bei voller Erfassung der Tatsa-

40) Ausf. hierzu *Ambos* Der „Allgemeine Teil“ des Völkerstrafrechts, 2002, S. 757.

40a) S. RegE S. 33; *Weigend* Roxin-FS, 2001, S. 1389 f.

41) Eigene Hervorhebung.

42) RegE (o. Fn 7), S. 76.

43) Dies gilt allerdings nur für die – laut Art. 128 des Statuts aber verbindlichen – Wortlaute in Englisch, Spanisch und – etwas weniger deutlich – in Französisch, die – anders als die insoweit ungenaue deutsche Übersetzung („vorsätzliche Angriffe auf die Zivilbevölkerung ...“) – das Merkmal des „Richtens auf ...“ beinhalten (engl.: „directing attacks“; span.: „dirigir ataques“, franz.: „lancer des attaques“; [eigene Hervorhebungen]).

44) *Fenrick* in *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 8 Rn 21; s. demgegenüber *Ambos* (o. Fn 40), S. 804, der für ein besonderes subjektives Element eintritt.

45) S. zu dieser „Grauzone“ *Kreß* (o. Fn 18), S. 23.

46) Als weiteres Beispiel lässt sich die Regelung des strafbefreienden Rücktritts in § 24 StGB anführen, wonach dem Täter auch dann Strafbefreiung zukommt, wenn der Erfolg eintritt, dieser Erfolg dem Täter aber nicht objektiv zugerechnet werden kann und er sich freiwillig und ernsthaft um die Vollendungsverhinderung bemüht hat (vgl. nur *Wessels/Beulke* AT, Rn 646). Nach dem klaren Wortlaut des Art. 25 III f des Statuts kommt ein strafbefreiender Rücktritt hier immer nur bei Ausbleiben des Erfolgs in Betracht („... a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment ...“), so dass das VStGB i. V. mit § 24 StGB insoweit „täterfreundlicher“ als das Statut ist. Damit wäre der Weg für die eigentlich unerwünschte Gerichtsbarkeit des *IStGH* wieder eröffnet. Anders aber die Begründung der RegE, die hier offensichtlich von einem Gleichlauf des deutschen Rechts mit den Regelungen des Statuts ausgeht (vgl. RegE [o. Fn 7], S. 39).

47) Darauf verweist auch *Eser* in *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 31 Rn 13 unter Anführung weiterer Beispiele.

48) *Eser* in *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 31 Rn 44; s. auch *Lagodny* ZStW 113 (2001), S. 817, 820.

49) Sog. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, vgl. nur *Tröndle/Fischer* 50. Auf., § 16 Rn 27; *Wessels/Beulke* StrafR AT, Rn 478 f. Entsprechend die gesetzliche Regelung in Österreich (s. § 8 österr. StGB).

50) Art. 32 I *IStGH*-Statut (eigene Hervorhebung).

51) Anders lässt sich dies allenfalls mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen begründen (s. dazu allgemein *Arthur Kaufmann* JZ 1954, 653).

52) So auch *Ambos* (o. Fn 40), S. 811 f.; *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 31 Rn 14, 28 unter Hinweis auf Art. 21 I c.

chen zu einem beachtlichen Irrtum führe, entnimmt etwa Clark derselben Regelung, dass nur Irrtümer über normative Tatbestandsmerkmale, niemals aber falsche rechtliche Wertungen zu einem beachtlichen Irrtum führen können⁵³. Auch hier wird erst die Rechtsprechung des *IStGH* darüber entscheiden können, ob das VStGB den Anforderungen des Statuts gerecht wird.

cc) Eine deutliche Lücke zwischen dem Statut und dem VStGB, die die Zuständigkeit des *IStGH* begründen könnte, ergibt sich im Hinblick auf die *Verjährungsregelung*. Art. 29 *IStGH*-Statut sieht hier einen – von manchem⁵⁴ als zu weit gehend empfundenen – Verjährungsausschluss für sämtliche in die Zuständigkeit des *IStGH* fallenden Delikte vor. Das VStGB ordnet in seinem § 5 zwar ebenfalls die Unverjährbarkeit an, allerdings beschränkt auf *Verbrechen*, wobei sich dieser Begriff – entsprechend der Verweisung auf das allgemeine Strafrecht in § 2 – nach § 12 StGB bestimmt. Demgemäß gilt der Verjährungsausschluss nicht für die Verletzung der Aufsichtspflicht (§ 13 VStGB) und das Unterlassen der Meldung einer Straftat (§ 14 VStGB), die lediglich als *Vergehen* ausgestaltet sind. Hier greifen also die Verjährungsfristen des § 78 StGB, was zu dem – unter dem Gesichtspunkt der Komplementarität unerwünschten – Ergebnis führen kann, dass eine Straftat nach §§ 13, 14 VStGB auf Grund der Verjährung nicht mehr verfolgbar ist, während der *IStGH* dieselbe Tat – mangels Verjährbarkeit der in seine Zuständigkeit fallenden Delikte – aburteilen könnte. Die Begründung des Entwurfs hält die Verjährungsregelung des VStGB – angesichts der geringeren Schwere der §§ 13, 14 VStGB – für „sachgerecht“⁵⁵. Ganz offensichtlich hatte man hier vor dem Hintergrund des Art. 3 I GG Bedenken, Vergehen nach dem StGB und solche nach dem VStGB in Bezug auf das Verjährungsregime derart unterschiedlich zu behandeln.

Ob eine dem Rom-Statut entsprechende Regelung tatsächlich gegen Art. 3 I GG verstoßen würde, darf m. E. jedoch bezweifelt werden. Denn die Tatsache, dass es sich um völkerrechtliche Delikte – wenngleich milderer Schwere – handelt, die in die (komplementäre) Zuständigkeit des *IStGH* fallen, und somit, auch bei Verjährung nach deutschem Recht, auf internationaler Ebene verfolgt werden können, sollte einen hinreichenden „sachlichen Grund“ darstellen, der die unterschiedliche Verjährungsregelung rechtfertigt⁵⁶.

dd) Ganz bewusst und ausdrücklich bleibt schließlich das VStGB in §§ 4, 13 im Bereich der *Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und sonstiger Vorgesetzter* hinter der Regelung des Art. 28 des Statuts zurück. Im VStGB wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit des (militärischen) Vorgesetzten nur für die Fälle mit der des Untergebenen gleichgesetzt, in denen der Vorgesetzte die nach dem VStGB strafbare Tat des Untergebenen vorsätzlich nicht hindert, und ihn ebenfalls Vorsatz hinsichtlich der Tat des Untergebenen trifft. Das Statut geht weit darüber hinaus und dehnt die Gleichstellung auch auf diejenigen Konstellationen aus, in denen den Vorgesetzten nur Fahrlässigkeit hinsichtlich der Tat des Untergebenen bzw. hinsichtlich der eigenen Verhinderung trifft⁵⁷. Eine Gleichbehandlung des nur fahrlässig handelnden Vorgesetzten mit dem vorsätzlich handelnden Untergebenen passt jedoch nicht in die Systematik des deutschen Strafrechts, welches die Vorgesetztenstrafbarkeit nur unter den Voraussetzungen des § 13 StGB oder der Sondervorschrift des § 357 StGB zulässt und somit stets Vorsatz auf Seiten des Vorgesetzten verlangt⁵⁸.

Anders als bei den bislang aufgezeigten Fällen bedeutet diese Abweichung jedoch nicht, dass das VStGB Strafbarkeitslücken lässt. Eine Bestrafung der vom Rom-Statut

erfassten Verhaltensweisen ist durchaus möglich, jedoch bleibt das VStGB in der quantitativen Beurteilung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten hinter dem Standard des Statuts zurück. Hier wäre die deutsche Justiz also durchaus „willens und in der Lage“, eine ernsthafte Strafverfolgung i. S. des Art. 17 des Statuts durchzuführen. Eine Aburteilung auf Grundlage des VStGB durch deutsche Gerichte würde die Zuständigkeit des *IStGH* daher unter dem Gesichtspunkt des in Art. 20 des Statuts grundsätzlich verankerten Prinzips „ne bis in idem“ ausschließen. Allerdings benennt das Rom-Statut auch Ausnahmen hiervon⁵⁹. Einschlägig könnte hier allenfalls der Fall sein, dass das deutsche Verfahren „dem Zweck [dient], ihn (den Täter) vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit für der Gerichtsbarkeit des *Gerichtshofs* unterliegende Verbrechen zu schützen“. Gemeint sind damit in erster Linie sog. „*sham proceedings*“⁶⁰ – also Scheinverfahren, deren Ziel es ist, eine – geringe – Bestrafung nach nationalem Recht zu erreichen, nur um so die Zuständigkeit des *IStGH* auszuschalten. Trotz aller noch herrschender Unsicherheiten hinsichtlich der genauen Kriterien, die dabei anzulegen sind, kann bei der hier angesprochenen Abweichung des VStGB von Art. 28 von einem solchen Missbrauch wohl kaum die Rede sein.

b) Besonderer Teil des VStGB

aa) Im Bereich des Besonderen Teils findet sich zunächst eine Form von Abweichung, die im Hinblick auf das Komplementaritätsprinzip jedoch als unproblematisch einzustufen ist. Das VStGB beschränkt bei einer Reihe von Delikten die Strafbarkeit auf Taten von gewisser *Erheblichkeit*, was in den entsprechenden Tatbeständen des Statuts so keine Entsprechung findet⁶¹. Von einem Zurückbleiben hinter dem Maßstab des Rom-Statuts lässt sich bei derartigen „Bagatellen“ schon deshalb nicht sprechen, weil sich die Zuständigkeit des *IStGH* gemäß Art. 5 I 1 des Statuts auf die „most serious crimes of concern to the international community as a whole“⁶² beschränkt, so dass bereits im Statut ein Erheblichkeitsfilter angelegt ist⁶³, den die deutschen Tatbestände insoweit nur – bezogen auf einzelne Tatbestände – konkretisieren.

bb) Problematischer sind hingegen einzelne Straftatbestände, die – im berechtigten Bestreben, den deutschen Bestimmtheitsanforderungen für das Strafrecht gerecht zu werden – teilweise deutlich *enger als die vergleichbaren Vorschriften des Statuts formuliert* worden sind, so dass sich insoweit Lücken gegenüber dem Statut ergeben.

Beispielsweise werden die Fälle „erzwungener Schwangerschaften“ in § 7 I Nr. 6 VStGB als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst, wenn jemand eine unter Anwendung von Zwang geschwangerte Frau in der Absicht gefangen hält, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen. Der vergleichbare Tatbestand im Rom-Statut erfordert demgegenüber einen weiter gefassten subjektiven Tatbestand, indem er eine

53) Vgl. Triffterer (o. Fn 12), Art. 31 Rn 37ff. einerseits und Clark Intent, Mistake and Mens Rea in International Criminal Law, Vortrag auf der Tagung für Rechtsvergleichung in Hamburg, Sept. 2001, Manuskript S. 24 f. (erscheint demnächst in der ZStW); ähnl. auch Weigend Roxin-FS, 2001, S. 1390 f.

54) S. Tomuschat Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof, Die Friedens-Warte 1998, 341.

55) RegE (o. Fn 7), S. 43.

56) Offen zu dieser Frage Kreß (o. Fußn. 18), S. 29 Fn 86.

57) S. dazu Ambos Criminal Law Forum 10 (1999), 16ff.; Weigend Roxin-FS, 2001, S. 1396.

58) S. RegE (o. Fn 7), S. 42.

59) Vgl. Art. 17 I c i. V. mit 20 III a und b.

60) Vgl. Tallgren in Triffterer (o. Fn 12), Art. 20 Rn 27 mwN.

61) S. z. B. §§ 8 I Nr. 7 und 9 I, II VStGB.

62) S. auch die Präambel Abs. 4.

63) S. dazu Zimmermann in Triffterer (o. Fn 12), Art. 5 Rn 8 f.

zusätzliche Alternative enthält: Denn danach wird die erzwungene Schwangerschaft als „unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law“⁶⁴ definiert. Auch § 7 Nr. 8 VStGB, der das Zufügen „schwerer körperlicher oder seelischer Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art“ im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst, ist nicht – wie die zu Grunde liegende Vorschrift des Art. 7 I k des Statuts – als Auffangtatbestand ausgestaltet: Dieser Artikel erfasst „[o]ther inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health“. Diese äußerst unbestimmte Regelung wird im VStGB also auf einen klar fassbaren Kern reduziert⁶⁵.

Das bedingt natürlich, dass der Regierungsentwurf gegenüber dem Rom-Statut vereinzelt Lücken enthält, bezüglich derer zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie die komplementäre Zuständigkeit des *ISTGH* im Einzelfall begründen können. Gleichwohl verdient diese Zurückhaltung volle Zustimmung. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Gesetzgebers kann nicht so weit gehen, dass ein grundlegendes verfassungsrechtliches Prinzip wie das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot partiell aufgegeben wird. Insoweit ist das Ideal einer Deckungsgleichheit zwischen VStGB und Rom-Statut punktuell nicht zu erfüllen. Eine erhebliche Zuständigkeitsbegründung des *ISTGH* ist auf Grund dieser eher marginalen Abweichungen jedoch nicht zu erwarten. Eine größere Gefahr geht vielmehr in die entgegengesetzte Richtung: Die im VStGB enthaltenen Straftatbestände könnten den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht vollständig gerecht werden.

2. Konflikt mit Art. 103 II GG

Das VStGB ist als deutsches Strafgesetz konzipiert, so dass jede einzelne darin enthaltene Vorschrift dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG genügen muss. Die Klarheit und Bestimmtheit der dort niedergelegten Straftatbestände ist durchaus ein hohes Anliegen der Verfasser, da als Ziel des VStGB betrachtet wird, „durch Normierungen in einem einheitlichen Regelungswerk die Rechtsklarheit und Handhabbarkeit in der Praxis zu fördern“⁶⁶. Hier hat das VStGB – wie bereits erwähnt – insbes. im Bereich der Kriegsverbrechen ein erfreuliches Maß an zusätzlicher Systematisierung erreicht. Um dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG gerecht zu werden, muss aber gewährleistet sein, dass stets „Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“⁶⁷. Aus der Sicht eines verständigen Bürgers muss es also möglich sein, in zumutbarer Weise den Inhalt der Strafnorm zu ermitteln⁶⁸. Das Anliegen des VStGB, die komplexe und nach wie vor in der Konkretisierungsphase befindliche Materie des Völkerstrafrechts in praxistaugliche nationale Straftatbestände zu gießen, verlangt hier höchstes legislatives Fingerspitzengefühl. Ob der vorliegende Entwurf diesen hohen Anforderungen uneingeschränkt gerecht wird, bedarf näherer Betrachtung.

aa) Unproblematisch dürfte zunächst sein, dass das VStGB – häufig in Anlehnung an Formulierungen des Statuts von Rom – *generalklauselartige Wendungen und ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale* verwendet.

So knüpft § 7 I Nr. 3 die Strafbarkeit wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit daran, dass der Täter „Menschenhandel betreibt ... oder ... auf andere Weise einen Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihm anmaßt.“ Ein Kriegsverbrechen liegt nach § 8 III Nr. 2 im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt vor, wenn jemand

als Angehöriger einer Besatzungsmacht „einen Teil der eigenen Zivilbevölkerung“ in das besetzte Gebiet überführt.

Denn auch nach der Rechtsprechung des *BVerfG* dürfen die Bestimmtheitsforderungen nicht übersteigert werden, da ohne allgemeine, normative und wertausfüllungsbedürftige Begriffe „der Gesetzgeber nicht in der Lage wäre, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden“⁶⁹. Dies gilt in besonderem Maße auch dann, wenn der deutsche Strafgesetzgeber Pönalisierungspflichten aus dem ungeschriebenen Völkerstrafrecht Folge leisten möchte und damit an komplexe, häufig wenig klar umrissene Vorgaben anknüpft. Hier muss die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes⁷⁰ zu einem gewissen Privileg für den Gesetzgeber im Hinblick auf den anzuwendenden Bestimmtheitsmaßstab führen. Zumindest insoweit, als der Rechtsunterworfenen das Risiko einer Strafbarkeit erkennen kann und die Rechtsprechung ohne größere Probleme – auch durch Rückgriff auf völkerrechtliche Zusammenhänge – in die Lage versetzt wird, durch Auslegung eine Konkretisierung des Tatbestands zu erreichen, sollte man die Strafvorschriften des VStGB als noch hinreichend bestimmt erachten. Die Grenzen dieses Privilegs sind jedoch dort erreicht, wo die Reichweite des Tatbestandes völlig unklar ist und auch der völkerrechtliche Hintergrund keinerlei Anhaltspunkte mehr für eine Konkretisierung liefert⁷¹.

Starke Bedenken hinsichtlich der Konformität mit Art. 103 II GG bestehen daher etwa hinsichtlich der Vorschrift des § 10 I Nr. 1 VStGB, durch die Angriffe auf Personen und verschiedene Objekte unter Strafe gestellt werden, die an „friedenserhaltenden Missionen in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen beteiligt sind, solange sie Anspruch auf den Schutz haben, der Zivilpersonen oder zivilen Objekten nach dem humanitären Völkerrecht gewährt wird.“ Auch wenn heute im Grundsatz anerkannt ist, dass friedenserhaltende Missionen der UNO diesen Schutz genießen, wenn sie Gewalt nur zum Zwecke der „Selbstverteidigung“ anwenden, so ist gleichwohl unklar, wie weit der Begriff der „Selbstverteidigung“ jeweils reicht und in welchem Umfang Personen und Sachen einer solchen Mission den Schutz von Zivilpersonen oder zivilen Objekten nach dem humanitären Völkerrecht verlieren, wenn nur ein Teil davon in Feindseligkeiten verstrickt wird⁷². Wenn *Cottier* diese völkerrechtlichen Vorfragen resignierend so zusammenfasst, dass „[i]n sum, without clearer standards it will be difficult to determine under what circumstances the entitlement to the protection as civilians exists, or ceases to exist“⁷³, dann lässt sich kaum vertreten, dass das Völkerrecht klare Auslegungsleitlinien bereithält, geschweige denn, dass der Rechtsunterworfenen das Strafbarkeitsrisiko erkennen kann. Hier lässt sich eine hinreichende Bestimmtheit m. E. nicht mehr bejahen.

bb) Weiterhin sind vor dem Hintergrund des Art. 103 II GG Einwendungen gegen die Ausgestaltung des VStGB insoweit zu erheben, als dessen Straftatbestände mehr oder minder pauschal auf *Völkergewohnheitsrecht* verweisen. Zu nennen ist hier vor allem § 7 I

64) Eigene Hervorhebung.

65) Weitere Abweichungen ähnlicher Art finden sich beispielsweise in § 7 V (Apartheid).

66) RegE (o. Fn 7), S. 25.

67) St. Spr.; vgl. *BVerfGE* 25, 269, 285; 55, 144, 152; 75, 329, 340 f.

68) Ausf. dazu *Satzger* Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 241 ff.

69) S. *BVerfGE* 11, 237.

70) Vgl. insb. Art. 25 GG; s. dazu z. B. auch *BVerfGE* 31, 58, 75; 58, 1, 34; 64, 1, 20; *Bleckmann* DÖV 1979, 312; *Pernice* in *Dreier* Grundgesetz, Art. 24 Rn 1.

71) Gegen eine Preisgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes auf Grund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes s. bereits oben unter V.1.b.

72) Zusammenfassend *Cottier* in *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 8 Rn 43 ff.

73) *Cottier* in *Triffterer* (o. Fn 12), Art. 8 Rn 46.

Nr. 4 VStGB. Dieser Tatbestand bedroht denjenigen mit Strafe, der „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen, der sich rechtmäßig in einem Gebiet aufhält, vertreibt oder zwangsweise überführt, indem er ihn *unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts* durch Ausweisung oder andere Zwangsmaßnahmen in einen anderen Staat oder ein anderes Gebiet verbringt“⁷⁴. In seinen Voraussetzungen enthält § 7 I Nr. 4 einen klaren Verweis auf Völkergewohnheitsrecht: Die Tathandlung wird – ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs – erst durch den zu Grunde liegenden Völkerrechtsverstoß zu einem Völkerrechtsverbrechen, wobei die Formulierung „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ auf Art. 25 GG Bezug nimmt und somit insbes. auf das Völkergewohnheitsrecht verweist⁷⁵. Durch diese Verweisungstechnik bezieht das VStGB demnach völkergewohnheitsrechtliche Regelungen in den Tatbestand ein. Im Hinblick auf Art. 103 II GG erscheint dies in zweifacher Hinsicht bedenklich: Zum einen verbietet diese Verfassungsnorm sowohl eine Strafbegründung als auch eine Strafschärfung auf Grund von Gewohnheitsrecht (*nullum crimen sine lege scripta*)⁷⁶. Mit der Anknüpfung an eine völkergewohnheitsrechtliche Pflichtverletzung etabliert das VStGB jedoch eine Tatbestandsvoraussetzung, die allein (völker-) gewohnheitsrechtlich geprägt ist und nicht mehr durch eine *lex scripta* umrissen wird. Darüber hinaus ist es bereits für einen Richter mit enormen Schwierigkeiten verbunden, den Inhalt des Völkergewohnheitsrechts festzustellen. Da zudem zu bedenken ist, dass das der Strafvorschrift zu Grunde liegende Verbot vom jeweiligen Stand des jederzeit formlos wandelbaren Völkergewohnheitsrechts abhängig ist, handelt es sich um eine *dynamische Verweisung* auf ungeschriebenes Recht. Sind dynamische Verweisungen in Strafvorschriften angesichts der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen schon im Allgemeinen nicht unproblematisch⁷⁷, so ist eine Verweisung auf eine im Wesentlichen ungeschriebene und zersplitterte Rechtsquelle gänzlich inakzeptabel. Der deutsche Gesetzgeber kommt hier nicht umhin, die Voraussetzungen der Strafbarkeit genauer zu umschreiben. Dies mag ein schwieriges Unterfangen sein – für den Richter und erst recht für den Bürger bedeutete es eine noch erheblich komplexere, geradezu unmögliche Aufgabe, zum Zwecke der Auslegung des Tatbestands eine Bestandsaufnahme und Inhaltsbestimmung des einschlägigen Völkergewohnheitsrechts vorzunehmen.

Auch soweit das VStGB auf *völkerrechtliche Verträge* – also geschriebenes Recht – verweist, lassen sich Bestimmtheitsbedenken nicht ausschließen⁷⁸. Hier bereitet das Auffinden des Verweisungsobjekts zwar regelmäßig weniger Probleme, da es sich um statische Verweisungen handelt. Dieses Verweisungsobjekt muss aber selbst wiederum den Anforderungen der Bestimmtheit i. S. von Art. 103 II GG gerecht werden, was durchaus zweifelhaft sein kann:

So wird zur Definition des „Kernbegriffs“ der im VStGB neu geordneten Kriegsverbrechen gegen die Person für den internationalen bewaffneten Konflikt auf die „geschützte[n] Personen im Sinne der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls I [Anlage zu diesem Gesetz], namentlich Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige, Kriegsgefangene und Zivilpersonen“ verwiesen (§ 8 VI Nr. 1). Die Ermittlung des geschützten Personenkreises ist aber nicht so einfach, wie es diese Formulierung nahe legt. Denn die Regelungen der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls I, auf die verwiesen wird, sind wesentlich differenzierter. Es werden nicht bestimmte Personengruppen per se geschützt, sondern zusätzlich müssen gewisse Situationen oder Bedingungen gegeben sein. Beispielsweise zählt das III. Genfer Abkommen in seinem Art. 4 Milizen nur dann zum geschützten Personenkreis, wenn diese u. a. bei ihren Kampfhandlungen die

„Gesetze und Gebräuche des Krieges“ einhalten. Wann dies der Fall ist, lässt sich aus dem Abkommen selbst nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmen.

Die aus Sicht des Rechtsunterworfenen bedenklichen Folgen des beschriebenen gesetzgeberischen Vorgehens werden besonders deutlich, wenn die Begründung des VStGB zum einen darauf verweist, dass bei der Ermittlung des Kreises der „geschützten Personen“ gemäß Art. 4 des IV. Genfer Abkommens nur solche Zivilpersonen erfasst sind, die nicht der eigenen Nationalität angehören. Im selben Atemzug fordert die Gesetzesbegründung zum anderen jedoch – im Anschluss an die Rechtsprechung des ICTY⁷⁹ – eine Korrektur des Textes des Genfer Abkommens insoweit, als es für die Nationalität „nicht auf die jeweilige formale staatsangehörigkeitsrechtliche Zuordnung ankommt, sondern darauf, ob die Opfer faktisch der jeweiligen Gegenseite zurechenbar sind“^{79a}. Wohlgemerkt, diese „Korrektur“ wirkt im Ergebnis tatbestands-erweiternd, also zu Lasten des Täters!

Alles in allem bedarf der Regierungsentwurf des VStGB m. E. im Hinblick auf einzelne Vorschriften noch eines letzten rechtsstaatlichen Feinschliffs, um dieses Gesetz in vollem Umfang mit den Anforderungen des Art. 103 II GG in Einklang zu bringen. Erst dann kann es als uneingeschränkt tragfähige Grundlage für Verurteilungen durch deutsche Strafgerichte dienen.

VI. Uneingeschränktes Weltrechtsprinzip als Ausdehnung des Strafanwendungsrechts

§ 1 VStGB ordnet für alle Verbrechenstatbestände die uneingeschränkte Geltung des Weltrechtsprinzips an, so dass das deutsche VStGB „für alle in ihm bezeichneten Verbrechen [gilt], auch wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist.“ Der völkerrechtlich erforderliche Anknüpfungspunkt für die Anwendung deutschen wie jeden anderen nationalen Strafrechts auf der Welt ergibt sich allein schon aus dem Unwertgehalt der Taten selbst⁸⁰. Die vom BGH für den Fall des Völkermords im Zusammenhang mit der Auslegung des § 6 Nr. 1 StGB unglücklicherweise erhobene Forderung nach einem zusätzlichen „legitimierenden inländischen Anknüpfungspunkt“⁸¹ wird vom Gesetzgeber somit erfreulicherweise korrigiert. Die Anordnung des uneingeschränkten Weltrechtsprinzips auf alle Verbrechen des VStGB hat jedoch eine gewichtige beschränkende Folge: Der erforderliche völkerrechtliche Anknüpfungspunkt lässt sich nämlich aus dem Unrecht der Taten nur solange ableiten, wie die Verbrechensdefinitionen durch das Völkerrecht gedeckt sind, es sich also um völkerrechtlich anerkannte Verbrechen handelt. Würde der deutsche Gesetzgeber, inspiriert durch sein ausdrückliches Anliegen, durch Schaffung des VStGB zur Förderung und Verbreitung des humanitären Völkerrechts beizutragen, nicht nur

74) Eigene Hervorhebung.

75) RegE (o. Fn 7), S. 48.

76) Statt aller SK-Rudolphi § 1 Rn 17 ff.

77) Dazu ausf. Satzger (o. Fn 68), S. 253 ff. mwN.

78) Auch bei in deutsches Recht transformierten völkerrechtlichen Verträgen gelten grundsätzlich die Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 II GG; s. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig GG, Art. 103 II Rn 251.

79) Vgl. zuletzt ICTY „Kordic und Cerkez“, IT-95-14/2-T, 26. 2. 2001, para. 152.

79a) RegE (o. Fn 7), S. 70.

80) S. dazu Gil Gil ZStW 112 (2000), 386 f.

81) Vgl. BGHSt 45, 64, 65; zur Kritik vgl. Lagodny/Nill-Theobald JR 2000, 205 f.; Lüder NJW 2000, 270; Triffterer Roxin-FS, 2001, S. 1444; anders jetzt auch BGH NStZ 2001, 658, 662 für § 6 Nr. 9 StGB; s. dazu Ambos NStZ 2001, 630.

völkerrechtskonkretisierend, sondern völkerrechtsfortbildend tätig, so wäre die Anwendung des Weltrechtsprinzips nicht mehr zu rechtfertigen und ein sonstiger inländischer Anknüpfungspunkt erforderlich, da ansonsten gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip verstoßen würde⁸². Der Regierungsentwurf ist sehr darum bemüht, die gegenüber dem Statut von Rom progressiven Tatbestandsausgestaltungen als mit dem derzeitigen Völkergewohnheitsrecht im Einklang befindlich darzustellen. Dies ist im Wesentlichen auch überzeugend. Allerdings fällt es nicht schwer vorherzusagen, dass man zukünftig versuchen wird, Urteile deutscher Gerichte gegenüber Ausländern im Zusammenhang mit Auslandstaten gerade an diesem Punkt anzugreifen, was dann die Klärung schwierigster völkergewohnheitsrechtlicher Vorfragen erforderlich macht.

Ein besonders progressiver Teil des VStGB, der in diesem Zusammenhang in der Praxis Probleme aufwerfen könnte, ist die weitreichende, über das Rom-Statut hinausgehende Gleichstellung von internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten im Rahmen der Kriegsverbrechen, z. B. im Rahmen des § 10 II VStGB⁸³ (Missbrauch anerkannter Schutzzeichen) oder § 11 I Nrn. 2–5 VStGB^{84, 85}.

VII. Ausblick

Der Entwurf eines VStGB darf mit Fug und Recht als „großer Wurf“ bezeichnet werden, der zum einen dazu beitragen wird, dass Völkerrechtsverbrechen mit ihrem besonderen Unrechtsgehalt als solche vom deutschen Strafrecht endlich adäquat erfasst werden können. Gerade in den Zeiten des Kampfes gegen einen Terrorismus nie gekannten Ausmaßes wird auch hier die deutsche Strafrechtsordnung in die Lage versetzt, im Konzert mit der Weltgemeinschaft angemessen reagieren zu können. Allerdings bedürfen einzelne Straftatbestände des VStGB im Hinblick auf die hohen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 II GG einer gewissen Nachbesserung. Das VStGB wird die deutsche Rechtsordnung zum anderen in einem wichtigen Punkt auf den zukünftigen *IStGH* vorbereiten. Zwar wird das rechtspolitische „Ideal“, die in die Zuständigkeit des *IStGH* fallenden Delikte möglichst vollständig durch deutsche Gerichte unter Zugrundelegung des nationalen Strafrechts aburteilen zu können, nicht komplett verwirklicht. Diese Lücken, die aber nur in seltenen Ausnahmefällen zu einer Übernahme von Verfahren durch den *IStGH* führen werden, erscheinen allerdings hinnehmbar. Eine wie auch immer auszugestaltende „Voll-Umsetzung“⁸⁶ des Rom-Statuts in das deutsche Strafrecht ist aus völkerrechtlicher Sicht nicht geboten und ließe sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 103 II GG nicht in Einklang bringen. Das vorgeschlagene Gesetzeswerk kann somit – gerade wegen seiner gegenüber dem Statut klaren und systematischeren Ausgestaltung – durchaus Vorbildcharakter für sich in Anspruch nehmen und anderen Staaten wertvolle Anregungen für die Anpassung der eige-

nen Rechtsordnung an das Rom-Statut bieten⁸⁷. Vielleicht kann so das deutsche Strafrecht an seine alte Tradition anknüpfen und zumindest in diesem Teil wieder ein echter Exportschlager werden.

85) Allg. zu dieser Problematik z. B. Werle ZStW 109 (1997), 818 ff.; Ambos in Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Humanitäres VölkerR, S. 325 ff.

86) Dazu Werle JZ 2001, 887.

87) S. auch Wirth/Harder ZRP 2000, 146; Kreß (o. Fn 18), S. 31.

82) Allg. dazu z. B. Seidl-Hohenveldern/Stein VölkerR, 10. Aufl., Rn 1359 ff.

83) Die Begründung des RegE (o. Fn 7), S. 75, verweist hier auf eine „gefestigte Staatenpraxis“, insb. auf einhellige Verurteilungen von Angriffen gegen humanitäre Missionen (UN Doc. S/PRST/2000/4 v. 9. 2. 2000; UN Doc. A/Res52/167 v. 16. 12. 1994) sowie auf das Übereinkommen v. 15. 12. 1994 über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal (BGBl 1997 II, 230).

84) Die Begründung des RegE (o. Fn 7), S. 77, verweist auf die jüngste Rechtsprechung internationaler Gerichte sowie auf die Feststellungen der Staatengemeinschaft, daneben wird die Gleichstellung für einzelne Tatbestandsvarianten aber auch (nur) aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet; zust. etwa Werle JZ 2001, 894.

Dr. Kai Ambos, Freiburg i.Br.

Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht

Der spanische Ermittlungsrichter Baltasar Garzón beantragte am 14. 10. 1998 die vorläufige Auslieferungshaft Pinochets bei den britischen Behörden, worauf dieser am 16. 10. 1998 in London festgenommen wurde. Die Festnahme löste eine Welle von Strafanzeigen gegen Pinochet in zahlreichen europäischen Staaten aus, wobei es sich bei den Anzeigenden um Staatsangehörige dieser Länder oder um Exil-Chilenen handelte. Die spanische Regierung beantragte die Auslieferung Pinochets am 6. 11. 1998, in anderen Staaten wurden ebenfalls Auslieferungsersuchen gestellt. Das House of Lords lehnte am 25. 11. 1998 eine Immunität Pinochets mit drei zu zwei Stimmen – entgegen einer Entscheidung des High Court vom 28. 10. 1998 – ab und machte so – mit der Genehmigung des britischen Innenministers – den Weg für das Auslieferungsverfahren frei.*

I. Zur Strafgewalt der europäischen Staaten

1. Spanien

Die spanische Justiz begründet ihre Zuständigkeit aus Art. 23 Abs. 4 des spanischen Gerichtsverfassungsgesetzes (Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ) vom 1. 7. 1985. Danach sind die spanischen Gerichte zuständig bei Genozid (Buchstabe a), Terrorismus (b) und anderen Straftaten, die nach völkerrechtlichen Verträgen verfolgt werden müssen (g). Diese Zuständigkeit ist universell, d.h. nicht an die Staatsangehörigkeit der Täter oder der Opfer oder an den Tatort gebunden. Einzige Voraussetzung ist, daß die Taten nach spanischem Strafrecht auch strafbar wären.

Es ist allerdings strittig, ob in Chile ein Genozid oder terroristische Straftaten im Sinne des LOPJ begangen wurden. Das wird etwa von der spanischen Generalstaatsanwaltschaft bestritten.

Das Vorliegen eines Völkermords (Art. 607 Código Penal – CP) ist insbesondere deshalb zweifelhaft, weil politische Gruppen ausdrücklich von seinem Schutzbereich ausgenommen wurden¹. Von dem spanischen Ermittlungsrichter Baltasar Garzón wird zwar konzediert, daß politische Gruppen tatbestandlich nicht erfaßt seien, doch bedeute dies nicht, daß die „Zerstörung von Gruppen aus politischen Beweggründen“ ausgenommen sei. Vielmehr liege tatbestandlich Völkermord vor, wenn sich „diese politischen Beweggründe in einer nationalen, ethnisch-rassischen oder religiösen Gruppe konkretisieren“². Die Audiencia Nacional geht sogar noch weiter, indem sie den Ausschluß politischer Gruppen nicht als „unwandelbar“ ansieht und von einer gesellschaftlich-kollektiven Konzeption des Tatbestands ausgeht, aufgrund derer auch (unterschiedliche) nationale Gruppen in den Schutzbereich der Vorschrift fallen sollen³. Diese weite Auslegung des Tatbestands entspricht im Ergebnis einer neueren, von Van Schaack⁴ vertretenen

völkerrechtlichen Auffassung, wonach das Genozidverbot *ius cogens*-Charakter habe und sich als solches – ungeachtet der völkervertraglichen Relativierung des Tatbestands – auch auf politische Gruppen erstrecke. Folgt man dieser Auffassung, bestünde auch ein legitimer (völkerrechtlicher) Anknüpfungspunkt zur Ausdehnung des nationalen Strafrechts auf Völkermord an politischen Gruppen⁶. Vor dem Hintergrund des *Nullum crimen*-Grundsatzes ist es, insbesondere aus Gründen der Bestimmtheit, allerdings bedenklich, wenn die Auslegung eines bestimmten Tatbestands keine Stütze mehr im Wortlaut der Vorschrift findet.

Weiter geht die spanische Justiz vom Vorliegen terroristischer Straftaten (Art. 571 ff. CP) aus, da die verfassungsmäßige Ordnung Chiles durch den Putsch Pinochets im Jahre 1973 untergraben worden sei, indem ein demokratisch gewählter Präsident mit nicht verfassungsgemäßen Mitteln gestürzt wurde⁷. Die zahlreichen Menschenrechtsverletzungen seien auch von einer „bewaffneten Bande“ i.S.v. Art. 571 CP begangen worden, da die Täter nicht in amtlicher Funktion, sondern im geheimen unter Mißachtung der formal geltenden Rechtsordnung gehandelt hätten. Damit findet erstmals – soweit ersichtlich – das politisch-soziologische Konzept des Staatsterrorismus gerichtliche Anerkennung⁸.

Unstrittig dürfte hingegen sein, daß in Chile Straftaten im Sinne der UN-Folterkonvention (1984)⁹ begangen wurden. Demnach könnte sich die spanische Strafgewalt aus Art. 23 Abs. 4 g LOPJ ergeben, der – ähnlich § 6 Nr. 9 StGB – auf völkerstrafrechtliche Abkommen, also auch die UN-Folterkonvention¹⁰, verweist¹¹. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die nationale Strafzuständigkeit rückwirkend begründet werden kann, denn die in Rede stehenden Taten sind vor 1984 begangen worden. Der Zweck des Rückwirkungsverbots widerspricht nicht einer rückwirkenden Begründung der strafenwendungsrechtlichen Zuständigkeit. Das Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen des Täters darauf, daß er nicht für ein Verhalten bestraft wird, das zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht strafbar war¹². Die in Rede stehenden Taten waren aber in den betreffenden Staaten, ins-

1/98. Juzgado Central de Instrucción VI. 5. 11. 1998 (Chile), S. 7 ff. (10 f.). <http://www.elpais.es>.

4 Van Schaack The Yale Law Journal, 1997, 2259 ff. (2261 f., 2272 ff., insbes. 2280 ff.) m.w.N. Gegen eine Strafbarkeitslücke bei politischen Gruppen auch Paust Case Western Reserve Journal of International Law, 1986, 283, 292 ff.

5 Unter *ius cogens* ist gemäß Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention (BGBl. 1985 II 925) „eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts“ zu verstehen, „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“.

6 Vgl. schon näher Ambos (Fn. 1), S. 470.

7 Vgl. Baltasar Garzón (Fn. 2), S. 7; Audiencia Nacional (Fn. 3), 4. 11. 1998, S. 13 f.; 5. 11. 1998, S. 11 ff.

8 Vgl. Audiencia Nacional (Fn. 3), 4. 11. 1998, S. 13 f.; 5. 11. 1998, S. 12 f. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Quintano Ripollés.

9 BGBl. 1990 II 247.

10 Nach der UN-Folterkonvention muß ein Vertragsstaat entweder selbst den Täter bestrafen oder ausliefern (Art. 5–8). Die Konvention, insbesondere Art. 5, enthält mehrere Prinzipien des Strafanwendungsrechts, u. a. auch das Weltrechtsprinzip (vgl. näher Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997, S. 172 ff., insbes. Fn. 47). Deshalb ist der Streit, ob § 6 Nr. 9 StGB nur auf solche Abkommen Anwendung findet, die das Weltrechtsprinzip enthalten (dafür Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 6 Rdnr. 9; dagegen – zutreffend – Schönke/Schröder-Eser, StGB, 25. Aufl. 1997, § 6 Rdnr. 10), unerheblich. Folter unterliegt jedenfalls dem Weltrechtsprinzip (ebenso Pepper Brooklyn J. of Int. Law 18, 1997, 372).

11 Vgl. Baltasar Garzón (Fn. 2), S. 7; Audiencia Nacional (Fn. 3), 4. 11. 1998, S. 14; 5. 11. 1998, S. 13.

12 Gegen bloßen Vertrauensschutz für ein objektives Verständnis des Grundsatzes aber Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, 213 ff. (219 f.).

* Ich danke Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Albin Eser und Prof. Richard Vogler (Sussex) sowie den u. Fn. 18 genannten Personen für wertvolle Hinweise.

1 Deshalb wurde in einem Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (MPI) wegen des Verschwindenlassens deutscher Staatsangehöriger in Argentinien ein Völkermord verneint, Ambos (mit Ruegenberg/Woischnik) EuGRZ 1998, 468 ff., 470.

2 Vgl. den Auslieferungsantrag Baltasar Garzóns, in: El País (Madrid), 4. 11. 1998, 6 f. (7) <http://www.elpais.es>.

3 Audiencia Nacional Sala de lo Penal Plena. Rollo de Apelación 84/98. Sección III. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción V. 4. 11. 1998 (Argentina), S. 8 ff. (12) und Rollo de Apelación 173/98. Sección 3. Sumario

besondere auch in Chile, zum Tatzeitpunkt strafbar¹³. Der Täter verdient keinen Schutz dahingehend, daß die faktische Nichtverfolgung im eigenen Land weltweit und für alle Zukunft auch als Hindernis internationaler bzw. zwischenstaatlicher Strafverfolgung beachtet wird. Selbst wenn man eine Verletzung des Rückwirkungsverbots bejahen würde, müßte es bei den hier in Rede stehenden schweren internationalen Verbrechen zurückstehen. Wenn schon das DDR-Grenzgesetz als menschenrechtswidrig betrachtet und damit für unbeachtlich erklärt wird¹⁴, so muß das erst recht bei ungleich schwereren Straftaten wie dem „Verschwindenlassen“ von Personen gelten; Straftaten zudem, die zum Tatzeitpunkt – im Gegensatz zu den Todesschüssen an der Mauer (§ 27 DDR-GrenzG) – nicht einmal formell gerechtfertigt waren¹⁵.

Die *Audiencia Nacional* lehnt eine Verletzung des Rückwirkungsverbots durch das 1985 ergangene LOPJ ebenfalls ab, da es sich dabei um eine Verfahrensnorm handle, auf die dieses Verbot keine Anwendung finde¹⁶. Auch das *House of Lords* verneint eine Verletzung des Rückwirkungsverbots, da es auf die auslieferungsrechtliche Zuständigkeit zum Beurteilungszeitpunkt (nicht zum Tatzeitpunkt) ankomme.¹⁷

Der Rückgriff auf das Weltrechtsprinzip ist notwendig, weil in Spanien das – auf die Staatsangehörigkeit des Opfers abstellende – *passive* Personalitätsprinzip (§ 7 Abs. 1 StGB) nicht gilt. Sein Fehlen kann als Versehen des spanischen Gesetzgebers interpretiert werden, denn zum einen gilt in Spanien das – auf die Staatsangehörigkeit des Täters abstellende – *aktive* Personalitätsprinzip (vgl. Art. 23 Abs. 2 LOPJ; § 7 II Nr. 1 StGB); zum anderen entspricht die strafenrechtliche Zuständigkeit der spanischen Gerichte der der deutschen (vgl. nur Art. 23 Abs. 4 LOPJ mit § 6 StGB). Diese Argumente ändern freilich nichts daran, daß sich die Begründung der spanischen Strafgewalt mit dem Weltrechtsprinzip den genannten Bedenken ausgesetzt sieht.

2. Andere Staaten¹⁸

Die Strafgewalt der anderen europäischen Staaten, in denen ebenfalls Strafanzeige gegen *Pinochet* gestellt wurde¹⁹, beruht auf dem passiven Personalitäts- und/oder dem Weltrechtsprinzip.

a) In *Belgien* sind außerhalb des Staatsgebiets begangene Taten nur in den gesetzlichen vorgesehenen Fällen strafbar (Art. 4 Code Pénal – CP)²⁰. Insoweit sieht Art. 10 Abs. 5 Code de Procédure Pénale (CPP) das *passive* Personalitätsprinzip und Art. 10 Abs. 3 i.V.m. 6 Abs. 3 CPP das *Weltrechtsprinzip* für bestimmte Geldfälschungstatbestände – ähn-

lich § 6 Nr. 7 StGB – vor. Im übrigen können nach sondergesetzlichen Regelungen bestimmte, in zwischenstaatlichen Abkommen festgelegte Taten universell verfolgt werden, etwa terroristische Handlungen²¹. Durch ein Gesetz vom 16. 6. 1993 wird die gerichtliche Zuständigkeit zur Verfolgung der schweren Verstöße der Genfer Konventionen und der beiden Zusatzprotokolle ermöglicht und damit (wohl) zum Ausdruck gebracht, daß diese Verbrechen unabhängig von der Art des Konflikts weltweit verfolgt werden sollen²². Damit sind Folterhandlungen aber nur im Rahmen eines bewaffneten Konflikts im Sinne des humanitären Völkerrechts erfaßt.

b) Die *deutsche* Strafgewalt ergibt sich vorrangig aus dem *passiven Personalitätsprinzip*. § 7 I StGB setzt – neben der deutschen Staatsangehörigkeit oder Deutschstämmigkeit des Opfers – voraus, daß das Tatortrecht dem deutschen Recht entsprechende Strafvorschriften enthält und einer Bestrafung keine materiellen Strafausschlußgründe entgegenstehen („identische Tatnorm“). Insoweit kann auf das schon erwähnte Gutachten des MPI und die Stellungnahme im Fall *Pinochet* verwiesen werden²³.

c) Die *französische* Strafgewalt beruht ebenfalls auf dem *passiven Personalitätsprinzip* (Art. 113–7 CP; Art. 689–1 CPP). Das *Weltrechtsprinzip* gilt bei Taten gegen staatliche Interessen Frankreichs (Art. 113–10 i.V.m. 410–1 bis 414–9 CP) und auch bei solchen, die in bestimmten völkerrechtlichen Abkommen festgelegt sind, etwa bei Folter (Art. 689–2 ff. CPP)²⁴. Das Weltrechtsprinzip findet sich auch in Art. 113–12 CP, der die französische Strafgewalt bei außerhalb der Hoheitsgewässer begangenen Taten aufgrund internationaler Abkommen anordnet²⁵. Schließlich bestraft Art. 212–1 CP das „Verschwindenlassen“ („enlèvements de personnes suivis de leur disparition“) als „anderes“ Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

d) In *Italien* gilt das *Weltrechtsprinzip*, insbesondere auch bezüglich bindender zwischenstaatlicher Abkommen (Art. 7 Nr. 5 Codice Penale²⁶; ähnlich § 6 Nr. 9 StGB). Das *passive* Personalitätsprinzip gilt jedoch nicht, so daß die Rechtslage sich wie in Spanien darstellt.

e) Im *österreichischen* Fall geht es um die Verschleppung von 23 Chilenen aus der unter österreichischem Protektorat stehenden bulgarischen Botschaft in Santiago de Chile am 15. 6. 1976. Die österreichische Strafgewalt wird deshalb auf das *Schutzprinzip* gestützt, das – bei der Verletzung nationaler Interessen – *inter alia* auch auf den Tatbestand der erpresserischen Entführung Anwendung findet (§ 64 I Nr. 4 i.V.m. § 102 öStGB)²⁷.

f) Die Strafgewalt der *Schweiz* beruht auf dem *passiven Personalitätsprinzip* (Art. 5 Schw. StGB). Hinsichtlich des Erfordernisses der Tatortstrafbarkeit hat das *Schweizer Bundesgericht* entschieden, daß die materielle Strafbarkeit des in Rede stehenden Verhaltens am Tatort ausreichend sei, es komme nicht auf Prozessvoraussetzungen, etwa einen Strafantrag, an²⁸. Daraus wird man auch folgern können, daß Amnestien des Tatortstaats – als Prozesshindernisse – von Schweizer Gerichten nicht zu beachten sind. Im Fall doppelter Staatsangehörigkeit räumt die Schweiz dem Tatortstaat grundsätzlich einen Verfolgungs-

¹³ Das chilenische Strafbuch von 1874 stellt etwa Totschlag (Art. 390) und verschiedene Formen der Körperverletzung (Art. 395 ff.) unter Strafe.

¹⁴ Vgl. nur BGHSt 39, 1, 14 (= JZ 1993, 199 m. Anm. Fiedler) sowie BVerfGE 95, 96 (= JZ 1997, 142 m. Anm. Starcke). Dazu m.w.N. Ambos StV 1997, 39 ff.; ders. JA 1997, 983 ff.

¹⁵ Zur generellen „Unzuständigkeit“ des Rückwirkungsverbots bei staatsverstärkter Kriminalität: Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 47 ff.

¹⁶ *Audiencia Nacional* (Fn. 3), 4. 11. 1998, S. 7 f.; 5. 11. 1998, S. 5 f.

¹⁷ *House of Lords*, Regina v. Bartle/Evans, ex parte Pinochet, judgement 25. 11. 1998 [<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>] judgements, V 2 (Lloyd). Die Internetfassung besteht aus 9 Teilen und wird hier mit Teil (römische Ziffer) und Seite (arabische Ziffer) zitiert. Zust. Simma/Paulus NZZ v. 27. 11. 1998, 5.

¹⁸ Für Hinweise zu diesem Teil bin ich Mitarbeitern des MPI, so namentlich Holger Barth, Dr. Dr. h.c. Karin Cornils, Dr. Sabine Gleß, Ivo Gross, Susanne Hein, Jan Woischnik und Ingeborg Zerbes sowie Luc Reydams dankbar.

¹⁹ In Großbritannien hat der britische Attorney General die Privatklage durch sein *nolle prosequi* Recht gestoppt (The Times, 29. 10. 1998, 1). Weiter wurde in Luxemburg Anzeige erstattet.

²⁰ Vgl. Franchimont/Jacobs/Masset, Manual de Procédure Pénale, 1989, S. 1063 ff.

²¹ Ebd., S. 1071 ff. Zur – damals noch fiktiven – Strafverfolgung *Pinochets* aufgrund des Nürnberger Rechts vor belgischen Gerichten: David, in: Le Procès de Nuremberg, 1988, S. 89 ff. (168 ff.).

²² Vgl. Loi relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions, in: Les Codes Laricr, Tome II, Droit pénal, 1995, S. 402 f.

²³ Ambos (Fn. 1), 473 ff.; <http://www.iuscrim.mpg.de> → Aktuelles.

²⁴ Vgl. Pradel, Droit Pénal Général, 11. Aufl. 1996, S. 267 ff. Zur weltweiten Zuständigkeit bei Folter vgl. Cour de Cassation-chambre criminelle, Urteil v. 6. 1. 1998, Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) II 10158, 1998, 1758 ff. mit Anm. Roulot.

²⁵ Art. 113–12: „La loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient.“

²⁶ Vgl. Rizz/Bosch, Italienisches Strafbuch/Codice penale italiano, 1995, S. 31 f. Auch wenn das ausdrückliche Ersuchen des italienischen Justizministers an die Staatsanwaltschaft von Mailand, Strafermittlungen einzuleiten, auf den ersten Blick für eine Anwendbarkeit des Art. 10 c.p. spricht, wird dies dadurch ausgeschlossen, daß dieser drei kumulative Voraussetzungen hat, von denen die erste – der Aufenthalt des Täters im italienischen Staatsgebiet (Art. 10 Nr. 1 c.p.) – nicht vorliegt.

²⁷ Vgl. Foregger/Kodek, StGB, 6. Aufl. 1997, § 64, S. 193 f.; zum Schutzprinzip allg. Triffterer, Öst. Strafrecht AT, 1985, S. 32.

²⁸ Schw. BGE 99 IV, 257 ff., 262: „... la plainte est exclusivement une condition de la poursuite pénale et relève par conséquent de la procédure. La punissabilité n'en dépend pas ...“ Krit. Schultz Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 110 (1974), 377 ff., 378 f.

vorrang ein²⁹. Von diesem Grundsatz wurde im vorliegenden Fall jedoch abgewichen, da in Chile keine Strafverfolgung stattgefunden hat. In einem solchen Fall kann auch die Schweiz die Strafgewalt beanspruchen³⁰.

g) In den *skandinavischen* Ländern gilt das *passive Personalitätsprinzip* in Schweden und Dänemark nur für Taten, die auf staatenlosem oder völkerrechtlich nicht anerkanntem Gebiet begangen worden sind (Kap. 2 § 3 Nr. 5 schwedisches Kriminalgesetzbuch-KrimGB; § 8 Nr. 3 dänisches Strafgesetz-dStG)³¹. In Norwegen existiert es nicht. Das *Weltrechtsprinzip* gilt in Schweden für „Völkerrechtsstraftaten“ (Kap. 2 § 3 Nr. 6 KrimGB), d.h. Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht (Kap. 2 § 6 KrimGB), sowie für Auslandstaten, die mit einer Mindeststrafe von 4 Jahren bedroht sind (Kap. 2 § 3 Nr. 7 KrimGB), etwa Mord, Totschlag, Menschenraub (Kap. 3 §§ 1, 2; Kap. 4 § 1 KrimGB), auch Völkermord³², nicht aber Nötigung durch Folter (Kap. 4 § 4 II KrimGB). Die Anklageerhebung erfolgt bei Auslandstaten grundsätzlich auf Anordnung der Regierung (Kap. 2 § 5 II KrimGB). In Dänemark gilt das Weltrechtsprinzip – ähnlich § 6 Nr. 9 StGB – aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen, die eine Verpflichtung zur Strafverfolgung enthalten (§ 8 Nr. 5 dStG). Die norwegische Strafgewalt erstreckt sich – unabhängig von der *lex loci delicti* – auf bestimmte Auslandstaten von Ausländern (§ 12 I Nr. 4 a nStG), etwa vorsätzliche Tötung (§ 233 nStG), Freiheitsberaubung (§ 223 nStG) und Nötigung durch Folter (§ 222 I S. 2 i.V.m. § 232 S. 3 nStG). Die Strafverfolgung muß vom König angeordnet werden (§ 13 I nStG).

II. Auslieferungsrechtliche Fragen

Die Auslieferungsersuchen beruhen auf dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (EuAlÜbk)³³, das für alle beteiligten Staaten in Kraft getreten³⁴ ist.

1. Beiderseitige Strafbarkeit

Gemäß Art. 2 Abs. 1 dieses Abkommens wird wegen Handlungen ausgeliefert, die sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe oder Maßregel im Höchstmaß von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Strafe bedroht sind³⁵. Nach dem insoweit relevanten britischen Recht³⁶ kommt es bei Taten, die auf dem Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates begangen wurden („*territorial crimes*“), nur auf die materielle Strafbarkeit nach britischem Recht an (sog. „*English law approach*“ im Unterschied zum „*Foreign law approach*“)³⁷. Allerdings wird der – im angloamerikanischen

Rechtskreis herrschende – Territorialitätsgrundsatz³⁸ auf extraterritoriale Taten ausgedehnt, indem ein Inlandsbezug über den Erfolgsort des in Rede stehenden Verbrechens – ähnlich dem Distanzdelikt³⁹ – fingiert wird⁴⁰. Geht es, wie hier, um (vollständig) *extraterritoriale* Taten, wo weder Handlungs- noch Erfolgsort im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates liegen, setzt eine Auslieferung jedenfalls *irgendeine* gerichtliche Zuständigkeit Großbritanniens voraus⁴¹. Diese kann sich dann etwa aus dem aktiven Personalitätsprinzip⁴² oder dem Weltrechtsprinzip⁴³ ergeben. Im vorliegenden Fall kommen als – dem Weltrechtsprinzip unterliegende – „*extradition crimes*“ Folter und Geiselnahme in Betracht⁴⁴. Dies folgt auch aus Art. 7 Abs. 2 EuAlÜbk⁴⁵. Eine Zuständigkeit läßt sich demgegenüber nicht mit Verbrechen gegen spanische Staatsangehörige begründen, weil das passive Personalitätsprinzip im britischen Recht nicht anerkannt ist⁴⁶.

2. Verfahrensrecht

Nach Art. 16 EuAlÜbk kann eine *vorläufige* Auslieferungshaft in dringenden Fällen vom ersuchenden Staat beim ersuchten Staat beantragt werden. Dieser entscheidet nach seinem Recht⁴⁷. In dem Ersuchen um vorläufige Verhaftung ist anzuführen, daß die Absicht besteht, ein Auslieferungsersuchen zu stellen. Ferner sind darin die strafbare Handlung, derentwegen um Auslieferung ersucht werden wird, Zeit und Ort ihrer Begehung und, soweit möglich, die Beschrei-

38 Vgl. Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, S. 54 ff., 161 ff.; Rinio ZStW 108 (1996), 354 ff. (367).

39 Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 43. Aufl. 1997, § 153 c, Rdnr. 13.

40 Somchai Liangsirprasert v US (Fn. 37), 877 f.: „... the inchoate crime is aimed at England with the consequent injury to English society ...“. Zur Tatortweiterung im allg. und im besonderen bei der „conspiracy“ schon Oehler (Fn. 38), S. 250 ff., 255 ff. (257).

41 Vgl. Mullan Criminal Law Review (CLR) 1997, 17, 27, der jedoch eine großzügigere Regelung vorschlägt, nach der ausreichend sein soll, daß der strafenwendungsrechtliche Grundsatz, auf den der ersuchende Staat seine Zuständigkeit stützt, von Großbritannien anerkannt wird (ebd., 28).

42 Vgl. Sect. 2 (1)(b)(ii) i.V.m. (3)(a) Extradition Act 1989 (Fn. 36), der das aktive Personalitätsprinzip anerkennt. Vgl. zum Ganzen Mullan (Fn. 41), 22, 24.

43 Vgl. Sect. 2 (1)(b)(i) i.V.m. (2) Extradition Act 1989 (Fn. 36): „... in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom ...“. Zur zunehmenden Anerkennung des Weltrechtsprinzips in Großbritannien vgl. Mullan (Fn. 41), 19 f.

44 Vgl. schon High Court, The Queen v. Nicholas Evans et al., ex parte Augusto Pinochet Ugarte, judgement 28.10.1998 <http://tap.ccta.gov.uk/courtserv/> (im folgenden nach „paragraphs“ zitiert), par. 7 ff. (34, 40); ebenso übereinstimmend House of Lords (Fn. 17), V 2 (Lloyd), VIII 2 (Nicholls). Danach kommen als britische Rechtsgrundlagen der Criminal Justice Act 1988 (sect. 134) und der Taking of Hostages Act 1982, die die UN-Abkommen zu Folter und Geiselnahme in das britische Recht inkorporiert haben, in Betracht.

45 Danach darf der ersuchte Staat eine Auslieferung bei einer extraterritorialen Tat nur ablehnen, wenn sein Recht die Verfolgung extraterritorialer Taten gleicher Art nicht zuläßt oder ein Auslieferungshindernis bezüglich der konkreten Tat besteht.

46 Deshalb hingen, wie von Lord Lloyd zu Recht angemerkt, die beiden spanischen Haftbefehle an einem „seidenen Faden“ und die Zulassung weiterer Beweismittel, insbesondere des spanischen Auslieferungsbegehrens, war außerordentlich wichtig (House of Lords [Fn. 17], V 1 f.).

47 Vgl. zum britischen Recht sect. 7 ff. Extradition Act 1989 (Fn. 36) sowie European Convention on Extradition Order 1990 (Statutory Instrument 1990/1507), die das EuAlÜbk inkorporiert (Halsbury's Statutory Instruments 8, 1996, S. 7). Nach Art. 16 (4) EuAlÜbk endet die vorläufige Auslieferungshaft nach 18 Tagen, wenn der Auslieferungsantrag nicht gestellt wurde; sie darf auf keinen Fall 40 Tage überschreiten. Vgl. auch High Court (Fn. 44), par. 19 ff.

29 Vgl. Eugster Schw. ZStR 73 (1958), 143 ff., 147

30 Vgl. Schw. BGE 121 IV, 145 ff., 149: „Von einer Anfrage beim Tatortstaat kann jedoch ausnahmsweise abgesehen werden. Das gilt namentlich da, wo konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Täter im Ausland keiner gerechten Strafe zugeführt wird und damit die Interessen des Schweizer Opfers nicht geschützt werden.“

31 Cornils/Jareborg, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, 1999 (in Vorbereitung); Cornils/Greve, Das dänische Strafgesetz, 1997.

32 Gesetz Nr. SFS 1964: 169.

33 BGBl. 1964 II 1369, 1371; 1976 II 1778; 1982 I 2071; 1994 II 299 (= European Treaty Series 24).

34 Vgl. Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. 1998, S. 426 ff.

35 Zu diesem Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit (double criminality) vgl. Gilbert, Aspects of Extradition Law, 1991, S. 47 ff.; Van de Wyngaert, in: Jareborg (Hrsg.), Double Criminality, 1989, S. 43 ff.; Lagodny, in: (Fn. 34), § 3 IRG Rdnr. 2 ff.

36 Extradition Act 1989, in: The Law Reports. Statutes 1989 I 2, chapter 33, S. 1747.

37 Vgl. die Grundsatzentscheidung Somchai Liangsirprasert v US (All England Law Reports 1990, Bd. 2, 866 ff., 877 f.); dazu Jones, Jones on Extradition, 1995, S. 78 f., 87 f., 91. Vgl. sect. 2 (1)(a) Extradition Act 1989 (Fn. 37): „conduct in the territory of a foreign state ... which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence ...“. Vgl. auch instruktiv zu „jurisdiction and common law states“ Gilbert Web Journal of Current Legal Issues 1995 Nr. 2 <http://webjcli.ncl.ac.uk/articles2/gilb2.html>. Ähnlich kommt es auch nach deutschem Recht nur auf die materielle Strafbarkeit an (vgl. Lagodny, in: [Fn. 34], § 3 IRG Rdnr. 3 ff.).

bung der gesuchten Person anzugeben (Art. 16 Abs. 2 EuAlÜbk).

Wegen der Vorläufigkeit der Auslieferungshaft muß die Exekutive in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich noch nicht mit der Sache befasst werden. Deshalb konnten die spanischen Ersuchen zur Auslieferungshaft *Pinochets* direkt – ohne Einschaltung der Exekutive – an die britische Justiz gestellt werden⁴⁸. Die endgültige Auslieferung muß allerdings vom britischen Innenminister bewilligt werden; er kann dabei im Rahmen seines Bewilligungsermessens politische Erwägungen berücksichtigen (vgl. Art. 22 EuAlÜbk i.V.m. dem nationalen Recht, etwa § 74 IRG oder sect. 9 (8)(i) und (ii) i.V.m. sect. 12 Extradition Act 1989)⁴⁹.

3. Auslieferungshindernisse

Gemäß Art. 3 EuAlÜbk wird die Auslieferung bei *politischen Straftaten* nicht gewährt. Das erste Zusatzprotokoll zum EuAlÜbk vom 15. 10. 1975 (ZP I) legt insoweit fest, daß Völkermord und schwere Verstöße gegen die Genfer Abkommen sowie vergleichbare Verletzungen des Kriegsrechts nicht als politische Delikte angesehen werden können. Diese Vorschrift ist jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil das ZP I von Großbritannien nicht ratifiziert wurde⁵⁰ und weil Verbrechen gegen die Menschlichkeit, insbesondere das „Verschwindenlassen“, nicht erfaßt werden. Dies bedeutet aber nicht, daß solche Taten als politische Delikte und damit als Auslieferungshindernis anzuerkennen sind. Man wird vielmehr unter Berücksichtigung des Zwecks des ZP I und der generellen Tendenz der Kriminalisierung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Auffassung vertreten müssen, daß solche Delikte nicht als politische strafbare Handlungen verstanden werden können.

Die im Jahre 1978 erlassene chilenische *Amnestie*⁵¹ steht einer Strafverfolgung aufgrund des *passiven Personalitätsprinzips* nicht entgegen, da es insoweit nur auf die materielle Strafbarkeit am Tatort, nicht auf prozessuale Verfolgungshindernisse ankommt⁵². Der Grund liegt darin, daß das passive Personalitätsprinzip dem Heimatstaat einen eigenen Strafanspruch gibt, der schon mit Tatbegehung entsteht und nicht nachträglich durch entgegenstehende (prozessuale) Vorschriften aufgehoben werden kann. Auch bei einer Verfolgung aufgrund des *Weltrechtsprinzips* kann insoweit nichts anderes gelten, da eine umfassende Selbstamnestie, wie die chilenische, gerade der (weltweiten) Verfolgung schwerer internationaler Verbrechen zuwiderläuft. Sie ist deshalb auch völkerrechtswidrig⁵³. Ebenso hat die *Audiencia*

Nacional entschieden⁵⁴; auch der chilenische Oberste Gerichtshof (*Corte Suprema de Justicia*) hat zwischenzeitlich die Amnestie für unanwendbar erklärt, wenn Täter oder Opfer noch nicht ermittelt wurden⁵⁵.

Inwieweit eine Amnestie auch bei anderen Grundsätzen des Strafanwendungsrechts unbeachtlich ist, kann hier dahingestellt bleiben. Hinsichtlich der *stellvertretenden Strafrechtspflege* wird dies mit guten Gründen von *Eser* bestritten, da es dabei um die Strafverfolgung an Stelle eines anderen Staates, also nicht um die Durchsetzung eigener Strafbefugnisse geht und deshalb an dessen Strafverfolgungswillen angeknüpft werden muß⁵⁶.

III. Immunität eines ehemaligen Staatsoberhauptes

1. Vorbemerkung: diplomatische und staatliche Immunität

Grundsätzlich genießt ein Staatsoberhaupt nur *staatliche*, d. h. vom Staat abgeleitete *persönliche* Immunität (dazu sogleich). Davon zu unterscheiden ist die *diplomatische* Immunität. Sie wird nur im Lande akkreditierten „Diplomaten“ gewährt (vgl. Art. 29, 31 i.V.m. 1e WÜD⁵⁷). Spezialmissionen bedürfen einer speziellen Vereinbarung zwischen Empfangs- und Entsendestaat⁵⁸. Im Fall *Pinochet* schied diplomatische Immunität von vornherein aus *tatsächlichen* Gründen aus, denn ein Diplomatenpaß alleine kann den Diplomatenstatus nicht begründen⁵⁹. Von allgemeiner immunitätsrechtlicher Bedeutung ist jedoch der diplomatenrechtliche Grundsatz, daß auch nach Beendigung des Status die Immunität bezüglich der *während* des Status begangenen Handlungen fortwirkt (Art. 39 II 2 WÜD)⁶⁰. Dies zeigt, daß *staatliche* und *diplomatische* Immunität im Bereich der – hier relevanten – Immunität eines Staatsoberhauptes miteinander verwandt sind, da sie gleichermaßen an die spezifisch hoheitlichen Funktionen des betreffenden Staatsoberhauptes anknüpfen⁶¹.

Hinsichtlich der *staatlichen* Immunität gilt der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz, daß ein Staat von ausländischer Gerichtsbarkeit befreit ist⁶². Diese Immunität erstreckt sich auch auf die Staatsorgane, insbesondere das Staatsober-

54 *Audiencia Nacional* (Fn. 3), 4. 11. 1998, S. 14 f.; 5. 11. 1998, S. 14 f. unter weiterer Bezugnahme auf das Schutzprinzip.

55 Urteil v. 9. 9. 1998 im Fall *Poblete Córdova*.

56 Vgl. *Eser* JZ 1993, 876 ff.; krit. insbesondere aus völkerrechtlicher Sicht auch *Pappas*, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1996, S. 69 ff., 177 ff. (192 ff.).

57 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, 18. 4. 1961, BGBl 1964 II 959. Vgl. auch §§ 18–20 GVG.

58 Vgl. *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 915 ff.; *Bothe* ZaöRV 31 (1971), 246, 252, 264 ff.; vgl. auch *Fastenrath* FAZ v. 20. 10. 1998, 9.

59 Vgl. insoweit auch übereinstimmend *House of Lords* (Fn. 17), V 3 (*Lloyd*).

60 Vgl. *Oehler* (Fn. 38), S. 362. Grundsätzlich ist nach Beendigung des Status die Strafverfolgung zulässig, vgl. *Pfeiffer*, in: KK StPO, 3. Aufl. 1993, § 18 GVG Rndr. 6; *Gornig* NJ 1992, 4 ff. (13).

61 Die Verbindung wird besonders deutlich, wenn ein Staatsoberhaupt in einen fremden Staat reist (vgl. *Bröhmer*, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, S. 29 ff., 30).

62 *Verdross/Simma* (Fn. 58), §§ 1168 ff.; *Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 4. Aufl. 1990, S. 322 ff.; *Malanczuk*, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Aufl. 1997, S. 118 ff.; grdl. *Bothe* (Fn. 58) S. 247 ff.; *Bröhmer* (Fn. 61), S. 9 ff. Vgl. auch Art. 6 des Entwurfs der UN-Völkerrechtskommission (*International Legal Materials* = ILM 30, 1991, 1554; im folgenden „ILC-Entwurf“) sowie Art. 3 des Entwurfs der Organisation Amerikanischer Staaten (ILM 22, 1983, 292; „OAS-Entwurf“); dazu auch *Bröhmer* (Fn. 61), S. 125 ff., 136 ff.

48 Der zuständige Richter muß jedoch den Innenminister informieren, wenn er die vorläufige Festnahme anordnet. Dieser kann den Haftbefehl aufheben oder die Fortführung des Verfahrens unterbinden (sect. 8 (4) Extradition Act 1989, [Fn. 36]). Im vorliegenden Fall hat der Innenminister von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht und war dazu nach Ansicht des *High Court* auch berechtigt, da er ein Ermessen habe und keine Rechtmäßigkeitskontrolle vornehmen müsse (*High Court*, [Fn. 44], par. 35; zust. *House of Lords*, [Fn. 17], V 3 [*Lloyd*]).

49 Vgl. *High Court* (Fn. 44), par. 25 ff.; *House of Lords* (Fn. 17), IV 3 (*Slynn*), VII 6, VIII 1 (*Lloyd*), IX 2 (*Nicholls*), das deshalb auch alle politischen Erwägungen im gerichtlichen Verfahren für irrelevant hält. Vgl. zum deutschen Recht: *Lagodny*, in: (Fn. 34), § 12 IRG, Rdnrn. 11 ff.

50 Vgl. *Schomburg/Lagodny* (Fn. 34), S. 466 f. S. auch das Europ. Übk. zur Bekämpfung des Terrorismus, ebd. S. 499.

51 Decreto Ley 2.191. Vgl. *Ambos* (Fn. 10), S. 101 f.

52 Vgl. – für Deutschland – *RGS* 40, 402 ff.; *BGH* NJW 1954, 1086; 1992, 2775; *BGHSt* 2, 161; *Schönke/Schröder-Eser* (Fn. 10), § 7 Rdnr. 11; *Eser* JZ 1993, 875 (m.w.N. auf S. 878); *Tröndle*, in: *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1989, § 7 Rdnr. 6. Vgl. auch *Ambos* (Fn. 1), S. 474 ff.

53 Vgl. *Ambos* (Fn. 10), S. 209 ff. m.w.N. Zur chilenischen Amnestie insbesondere ebd., S. 238 f., 239 ff. Zu undifferenziert *House of Lords* (Fn. 17), VII 1, 6 (*Lloyd*).

haupt⁶³, für während der Amtszeit begangene Handlungen – auch nach Aufgabe des Amtes (Art. 39 II 2 WÜD analog)⁶⁴. Der Grundsatz ist im angloamerikanischen Rechtskreis weitgehend kodifiziert⁶⁵, während er in Kontinentaleuropa im wesentlichen durch die Rechtsprechung Anerkennung gefunden hat⁶⁶.

Im deutschen Recht wird der Grundsatz über den Verweis auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (§ 20 II GVG) anerkannt⁶⁷. Dies bedeutet zugleich, daß auch die aus den allgemeinen Regeln – also dem Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 25 GG)⁶⁸, folgenden Einschränkungen der Immunität zu beachten sind. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Immunität des ehem. Staatsoberhauptes der DDR, Erich Honecker, vor der Wiedervereinigung anerkannt⁶⁹, danach jedoch generell für ehemalige DDR-Staatsorgane Immunität abgelehnt, weil sie die Existenz des Staates nicht überdauern könne⁷⁰. Die jüngsten Gerichtsstandsbeschlüsse gemäß § 13 a StPO in den Verfahren gegen führende argentinische Militärs und gegen Pinochet⁷¹ deuten darauf hin, daß der BGH nun – auch bei staatlicher Kontinuität – zu einem restriktiveren Verständnis der Immunität neigt (dazu näher unten).

Im britischen Recht ergibt sich die Immunität des Staatsoberhauptes grundsätzlich aus sect. 1, 14 des State Immunity Act 1978 (SIA);⁷² dessen Teil I findet jedoch nicht auf Strafverfahren Anwendung (sect. 16 [4])⁷³. Strafrechtliche Immunität kann nur aus sect. 20 SIA i.V.m. Art. 29, 31 und 39 WÜD⁷⁴ folgen⁷⁵. Eine Nachwirkung wird dabei durch den schon erwähnten Art. 39 II 2 WÜD erreicht; er ist in analoger Anwendung folgendermaßen zu lesen: „with respect to official acts performed by a head of state in the exercise of his function as head of state, immunity shall continue to subsist“⁷⁶. Demnach genießt auch ein

ehemaliges Staatsoberhaupt grundsätzlich Immunität. Das House of Lords hat Pinochet für den Tatzeitraum als Staatsoberhaupt angesehen und somit auch seine anfängliche *de facto* Herrschaft als Präsident der Militärjunta in den Immunitätsschutz einbezogen⁷⁷.

2. Staatliche Immunität auch bei internationalen Verbrechen?

a) Die Entscheidungen von High Court und House of Lords

Die zentrale Frage ist, ob die staatliche Immunität eines (ehemaligen) Staatsoberhauptes vor nationaler (nicht chilenischer) Strafgerichtsbarkeit bei internationalen Verbrechen Ausnahmen erleiden muß und, wenn ja, wie diese Ausnahmen begründet werden können. Es ist unstrittig, daß solche Ausnahmen auf internationaler Ebene existieren⁷⁸ und demnach eine internationale Strafverfolgung nicht gehindert sein kann⁷⁹. Fraglich ist allerdings, ob dies als Ausdruck des zunehmenden völkerstrafrechtlichen Menschenrechtsschutzes Auswirkungen auf das nationale Immunitätsrecht haben kann. Der High Court hat dies im Ergebnis abgelehnt, das House of Lords bejaht.

Im Verfahren vor dem High Court hat Lord Chief Justice Bingham der Argumentation, daß die in Rede stehenden internationalen Verbrechen⁸⁰ nicht zu den Funktionen eines Staatsoberhauptes gehören und deshalb nicht von der Immunität gedeckt seien, zwar „some attraction“ abgewonnen, sie jedoch im Ergebnis aus zwei Gründen abgelehnt. Zum einen könne nicht „jegliche Abweichung von guter demokratischer Praxis“ (!) zum Ausschluß der Immunität führen; zum anderen könne nicht klar bestimmt werden, welche Taten noch von der Immunität gedeckt seien und welche nicht mehr⁸¹. Lord Bingham hat sich allerdings auch nicht um eine solche Bestimmung bemüht.

Dies blieb dem House of Lords vorbehalten, wo diese Frage auch die entscheidende Rolle spielte. Die Mehrheit der Lords (Nicholls, Steyn, Hoffmann) vertrat die Ansicht, daß bestimmte Taten, insbesondere Folter und (terroristische) Geiselnahme, nicht zu den vom Völker-

63 Vgl. Oehler (Fn. 38), S. 361; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 8. Aufl. 1994, S. 316 ff. (323). Unbeschränkte persönliche Immunität (*ratione personae*) besitzen – neben dem Staatsoberhaupt – nur Diplomaten, bei Konsulen und Regierungsmitgliedern bestehen schon weitgehende Ausnahmen (vgl. Dahm, FS Nikisch, 1958, S. 153 ff. [168, 170]; Bothe [Fn. 58], S. 264). Die sachliche Immunität (*ratione materiae*) bezieht sich jedoch auf alle Staatsorgane, da sie an das hoheitliche Handeln des Staates anknüpft (vgl. Dahm, aaO., S. 167 ff.).

64 Vgl. Bothe (Fn. 58), S. 263 f. sowie unten Fn. 76 und Text.

65 Vgl. den – hier relevanten – State Immunity Act 1978 (SIA), in: The Law Reports. Statutes 1978 I, chapter 33, S. 715 = ILM 17 (1978), 1123 ff. Vgl. auch den US-Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (FSIA), in: 28 U.S.C.A. §§ 1602 ff. 1994, Ergänzungslieferung 1998. Dazu auch Bröhmer (Fn. 61), S. 51 ff., 84 ff.; Pepper Brooklyn J. of Int. L. 18 (1997), 313, 322 ff., 332 ff.

66 Vgl. den Überblick bei Bröhmer (Fn. 61), S. 51 ff. Vgl. aber auch die European Convention on State Immunity (ECSI) v. 16.5. 1972, Art. 15 (BGBl. 1990 II 34).

67 Pfeiffer (Fn. 60), § 20 GVG Rdnr. 2.

68 Jarass/Pieroth, GG, 4. Aufl. 1997, Art. 25 Rdnr. 6.

69 BGHSt 33, 97 = JZ 1985, 299 (dazu Blumenwitz JZ 1985, 614); keine Gerichtsstandsbestimmung gemäß § 13 a StPO wegen völkerrechtlicher Immunität.

70 BVerfG DtZ 1992, 216. Es lohnt in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, daß § 20 I GVG (BGBl. 1984 I 990) auch vor allem wegen Repräsentanten der ehem. DDR eingeführt wurde (Pfeiffer [Fn. 60], § 20 GVG Rdnr. 1).

71 BGH, Beschluss v. 17. 6. 1998 – 2 Ar 80/98; Beschluss v. 18. 11. 1998 – 2 ARs 471/98 und 474/98.

72 Vgl. o. Fn. 65. Demgegenüber regelt der FSIA (Fn. 65) nur die staatliche Immunität (§ 1604), während die Immunität von Staatsorganen allenfalls unter § 1603 (b) – „instrumentality of a foreign state“ – fallen kann. Doch bleibt die schon vor 1976 geltende „common law head-of-state immunity“ weiter bestehen (Lafontaine v. Aristide, 844 F. Supp. 128 (136 ff.), 1994 U.S. Dist. Lexis 641 (1994); dazu krit. Dellapenna AJIL 1994, 528 ff.; vgl. auch 28 U.S.C.A. § 1603, Nr. 7 ff.).

73 Insoweit übereinstimmend – entgegen der Verteidigung – House of Lords (Fn. 17), I 6 f. (Slynn), VII 2 f. (Lloyd), VIII 3 (Nicholls), IX 4 (Steyn).

74 Das WÜD wurde durch den Diplomatic Privileges Act 1964 (DPA), in: The Law Reports. Statutes 1964 II, chapter 81, S. 1261) in das britische Recht übernommen.

75 Vgl. übereinstimmend House of Lords (Fn. 17), II 1 ff., III 1 f. (Slynn); VII 3 ff. (Lloyd); VIII 4 f. (Nicholls); IX 4 f. (Steyn). Im Ergebnis ebenso High Court (Fn. 44), par. 45 ff. (56), der allerdings sect. 16 (4) SIA (Fn. 65) übersehen hat.

76 Herv. d. Verf. So die vom House of Lords und den Parteien überein-

stimmend angenommene Formulierung des Anklagevertreters Alun Jones (House of Lords [Fn. 17], VII 5 [Lloyd]; im Ergebnis ebenso III 1 f. [Slynn], VIII 4 f. [Nicholls], IX 4 f. [Steyn]). Der SIA (Fn. 65) entspricht im Ergebnis auch dem common law, das Völkergewohnheitsrecht in das innerstaatliche Recht inkorporiert, vgl. House of Lords (Fn. 17), V 4 ff., VI 1 ff., VII 4 f. (Lloyd); im Ergebnis ebenso IX 1 (Nicholls).

77 House of Lords (Fn. 17), I 5 f. (Slynn unter Bezug auf das spanische Auslieferungersuchen), IV 5 (Lloyd), VIII 2 f. (Nicholls); IX 3 (Steyn). Damit wurde auch der Streit über den Zeitpunkt seiner formalen Ernennung zum Staatsoberhaupt hinfällig, vgl. noch High Court (Fn. 44), par. 4 (26. 6. 1974) einerseits und Baltasar Garzón (Fn. 2), S. 6 (17. 12. 1974) andererseits.

78 Vgl. Art. 7 Statut des Internationalen Militärgerichtshofs (IMG) von Nürnberg (UNTS 82 [1951], 280); Art. 6 Statut des IMG von Tokyo (in: Bassiouni, Crimes against Humanity, 1992, S. 606); Art. 7 (2) Statut des Jugoslawientribunals (UN-Dok. S/RES/827 (1993), in: HRLJ 1993, 197 ff.); Art. 6 (2) Statut des Ruandatribunals (UN-Dok. S/RES/955); sowie zuletzt Art. 27 Rome Statute of the International Criminal Court (UN-Dok. A/Conf. 183/9, in: ILM 1998, 999 ff.). Vgl. zum Rom-Statut Ambos NJW 1998, 3743; ders. ZStW 1999, Heft 1.

79 So auch die für eine Immunität plädierenden Lords, vgl. schon die Eingangsbemerkung von Slynn (House of Lords [Fn. 17], I 1; auch III 3): „If the question ... were whether these allegations should be investigated by a Criminal Court in Chile or by an international tribunal, the answer, subject to the terms of any amnesty, would surely be yes“ (ebenso Lloyd, aaO., VII 2).

80 Vgl. High Court (Fn. 44), par. 57, wo auf die systematische Ermordung und Folter der politischen Opposition, oder *ebd.*, par. 64 ff. wo auf Genozid, Folter und Geiselnahme im Sinne der entsprechenden Abkommen hingewiesen wird.

81 High Court (Fn. 44), par. 63: „But a former head of state is clearly entitled to immunity in relation to criminal acts performed in the course of exercising public functions. One cannot therefore hold that any deviation from good democratic practice is outside the pale of immunity. If the former sovereign is immune from process in respect of some crimes, where does one draw the line?“ (Herv. d. Verf.).

recht anerkannten Funktionen eines Staatsoberhauptes gehörten⁸² und deshalb auch nicht dem Staat zum Ausschluß persönlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Staatsoberhauptes zugerechnet werden könnten⁸³. So müsse und könne – entgegen dem *High Court* – eine Grenze dahingehend gezogen werden, daß bestimmte Taten nicht mehr „official acts performed in the exercise of the functions of a Head of State“ darstellten⁸⁴. Maßstab könne jedoch nicht das – möglicherweise willkürliche – nationale Recht, sondern nur das internationale Recht sein. Danach seien schon zum Zeitpunkt des Putsches in Chile (1973) Völkermord, Folter, Geiselnahme und Verbrechen gegen die Menschlichkeit als strafwürdig angesehen worden und könnten deshalb nicht zu den Funktionen eines Staatsoberhauptes gezählt werden⁸⁵. Die Verteidigung selbst mache einen Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Tätern: Hätte Pinochet die Taten selbst begangen, würde scheinbar keine Immunität bestehen; diese Unterscheidung sei jedoch unhaltbar⁸⁶. Demgegenüber argumentierte die Mindermeinung (*Slynn, Lloyd*), daß das Völkerrecht zwar internationale Verbrechen nicht zu den „specific functions“ eines Staatsoberhauptes zähle, diese aber doch als Amtshandlungen behandelt werden müßten, da sie zumindest im Zusammenhang mit dem Amt begangen worden und „governmental in nature“ (*Lloyd*) seien⁸⁷. Zwar sei staatliche Immunität völkerrechtlich zunehmend eingeschränkt worden, doch seien diese Einschränkungen nicht ohne weiteres auf das nationale Recht übertragbar⁸⁸. Mangels eines allgemeinen völkerrechtlichen Abkommens müsse bei jedem Verbrechen geprüft werden, ob es in einem spezifisch völkerstrafrechtlichen Abkommen existiere, das die betreffenden Staaten verpflichte und die Immunität einschränke. Das hier in Frage kommenden Abkommen zu Folter, Genozid und Geiselnahme enthielten – in ihrer britischen Gesetzesfassung – keine Ausnahme für die Immunität eines Staatsoberhauptes⁸⁹.

b) Zur Einschränkung der Immunität aus rechtsgeschäftlichen Gründen

Der Mindermeinung ist darin Recht zu geben, daß die anerkannten und kodifizierten Ausnahmen von staatlicher Immunität den Fall der strafrechtlichen Verfolgung schwerer internationaler Verbrechen nicht – jedenfalls nicht explizit – erfassen⁹⁰. Die seit dem berühmten „Tate-Brief“ im Jahre

1952⁹¹ verstärkten Bemühungen der Einschränkung staatlicher Immunität hatten im wesentlichen zum Ziel, die zunehmenden grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen – jenseits der überkommenen Unterscheidung von *iure gestio-nis* und *iure imperii*⁹² – durch bestimmte Ausnahmetatbestände hinsichtlich „commercial transactions“ zivilgerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen⁹³. Auch die Ausnahme bei deliktischem Verhalten mit Todes- oder Körperverletzungs-folge („torts exception“) kann auf internationale Verbrechen schon deshalb keine Anwendung finden, weil regelmäßig vorausgesetzt wird, daß das betreffende Delikt im Gerichts-staat begangen wurde (sog. „territorial nexus“-Erforder-nis)⁹⁴. Selbst wenn man Nicht-Immunität auch bei Distanz-delikten – bei Erfolgseintritt im Gerichtsortstaat – anerken-nen würde, würde das wenig helfen, denn innerstaatliche Menschenrechtsverletzungen eines Drittstaats haben eine solche Fernwirkung gerade nicht. Der im Jahre 1996 – als Folge des Torture Victim Protection Act 1991⁹⁵ – eingeführ-te § 1605(a)(7) FSIA⁹⁶ schließt zwar die Immunität bei Fol-ter, extralegalen Hinrichtung und anderen Taten auch außer-halb der USA aus, ermöglicht aber nur die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Täterstaat, nicht die individuelle Strafverfolgung⁹⁷.

c) Einschränkung aus menschenrechtlichen Gründen

Gleichwohl ist der Mehrheit der Lords im *Ergebnis* zuzu-stimmen. Die Gewährung absoluter Immunität auf der Grundlage des traditionellen Konzepts der Staatensouverä-nität (*par in parem non habet imperium*) verstellt den Blick auf den zunehmenden völkerstrafrechtlichen Schutz der Menschenrechte⁹⁸, wie er selbst von Lord *Slynn* anerkannt wurde⁹⁹. Absolute Immunität bedeutet einen Verzicht auf den Versuch eines Interessenausgleichs zwischen dem legiti-men Anspruch des Nationalstaats auf möglichst ungestörte Ausübung seiner hoheitlichen Tätigkeit (*funktionelle Sou-veränität*) und dem gleichermaßen legitimen und rechtlich verbürgten Anspruch der Staatsbürger auf effektiven Schutz ihrer Menschenrechte. Absolute Immunität opfert die Men-schenrechte auf dem Altar des überkommenen *Grotius*schen Grundsatzes der Staatensouveränität.

Schon in den 50er Jahren wurde der Ruf nach Einschränkungen der Staatenimmunität lauter. Der britische Völkerrechtler *Lauterpacht*

82 *House of Lords* (Fn. 17), VIII 6 (*Nicholls*): „... international law has made plain that certain types of conduct ... are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state ... as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of interna-tional law.“

83 *House of Lords* (Fn. 17), IX 2 (*Nicholls*): „Acts of torture and hostage-taking, outlawed as they are by international law, cannot be attributed to the state to the exclusion of personal liability.“

84 *House of Lords* (Fn. 17), IX 5 f. (*Steyn*).

85 *House of Lords* (Fn. 17), IX 6 (*Steyn*).

86 Ebd.: „It is apparently conceded that if he personally tortured victims the position would be different. This distinction flies in the face of an ele-mentary principle of law ... that there is no distinction to be drawn between the man who strikes, and a man who orders another to strike.“

87 *House of Lords* (Fn. 17), II 3 f. (*Slynn*): „under colour of or in ostensi-ble exercise of the Head of State's public authority“; VI 3 f. (*Lloyd*): „under colour of sovereign authority“. *Lloyd* stellt weiter fest (4): „It is a regretta-ble fact that almost all leaders of revolutionary (sic!) movements are guilty of killing their political opponents ... Yet it is not suggested (I think) that the crime of murder puts the successful revolutionary beyond the pale of immunity ...“

88 *House of Lords* (Fn. 17), III 3 f. (*Slynn*): „That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own state is one thing; that they should be impleaded without regard to a long-established customary international law rule in the Court of other states is another.“

89 Vgl. *House of Lords* (Fn. 17), III 4 f., IV 1 ff. (*Slynn*), wobei *Slynn* das Staatsoberhaupt nicht unter den Begriff des „public official“ i.S.v. sect. 134 Criminal Justice Act 1988 (Fn. 44) fassen will und hinsichtlich der Geno-zidkonvention darauf hinweist, daß deren – einschlägiger – Art. 4 nicht in das britische Recht inkorporiert wurde (ebenso *Lloyd*, aaO., VI 4 f.). Dies ist eine – wenig überzeugende – streng dualistische und völkerrechtsfeind-liche Auslegung, die sich von den sonstigen Ausführungen *Slynn*s stark un-terscheidet.

90 Vgl. *High Court* (Fn. 44), par. 72, wo unter Verweis auf Al-Adsani v. Government of Kuwait (1996) argumentiert wird, daß der SIA (Fn. 65) kei-ne Ausnahmen für internationale Verbrechen vorsehe und dies vom Ge-setzgeber bewußt unterlassen worden sei.

91 *Jack B. Tate* war Rechtsberater des US-Außenministeriums (vgl. *Dahm* [Fn. 63], S. 157 f.; *Bröhmer* [Fn. 61], S. 18, Fn. 76).

92 Zur schwierigen Abgrenzung vgl. *Lauterpacht* Brit. Yearbook of Int. L. 28 (1951), 220 ff. (222 ff.); *Dahm* (Fn. 63), S. 163 ff.; *Verdross/Simma* (Fn. 58), §§ 1169 ff.; *Brownlie* (Fn. 62), S. 326 f., 332 ff. Wegen der man-gelnden Klarheit wurde an dieser Unterscheidung bei den jüngeren Kodifi-kationsbemühungen (Fn. 62) nicht festgehalten (vgl. *Geiger* NJW 1987, 1125).

93 Vgl. sect. 3–11 SIA (Fn. 65) und §§ 1605–1607 FSIA (Fn. 65). Vgl. – auf internationaler Ebene – Art. 10–17 ILC-Entwurf (Fn. 62) und Art. 1–14 ECSI (Fn. 68). Vgl. auch *Bröhmer* (Fn. 61), S. 17 ff., 138 ff.; *Gei-ger* NJW 1987, 11244 f.

94 Vgl. sect. 5 SIA (Fn. 65) und § 1605(a)(5) FSIA (Fn. 65). Vgl. auch Art. 11 ECSI (Fn. 66) und Art. 12 ILC-Entwurf (Fn. 62), die beide – neben Erfolgseintritt im Gerichtsstaat – auch die Anwesenheit des Täters zum Tat-zeitpunkt im Gerichtsstaat verlangen. Noch restriktiver der Art. 6 (e) OAS-Entwurf (Fn. 62), der sich ausdrücklich nur auf Delikte im Rahmen des Geschäftsverkehrs bezieht. Krit. zum gesamten *Bröhmer* (Fn. 61), S. 60 ff., 88 ff., 121, 137 f., 127 f.

95 28 U.S.C.A. § 1350.

96 Vgl. o. Fn. 65.

97 Über diese „zivilstrafrechtliche“ Ahndung schwerer Menschenrechts-verletzungen im US-Recht vgl. näher *Walther*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch* (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. 1995, S. 229 ff. (231 ff.).

98 Vgl. schon o. Fn. 78.

99 Vgl. schon o. Fn. 88 und Text.

kritisierte, daß es bei der Staatenimmunität weniger um die Unabhängigkeit und Gleichheit der Staaten, als vielmehr um den archaischen Grundsatz der „dignity of the sovereign state“ und den traditionellen Anspruch gehe, „to be above the law“. Der Grundsatz absoluter Staatenimmunität sei jedoch von der gerichtlichen Praxis weitgehend aufgegeben worden und habe keine Grundlage im Völkerrecht. Die „rule of law“ verlange vielmehr eine Beschränkung der Immunität auf genau geregelte Ausnahmefälle¹⁰⁰. Dahm machte einen „Prozeß der Schrumpfung“ der ausländischen Immunität gegenüber der inländischen Gerichtsbarkeit aus; das Immunitätsrecht befinde sich in einer „Übergangslage“, sei zu einem „gewissen Anachronismus“ geworden¹⁰¹. Bothe hat nachgewiesen, daß unter dem Eindruck der Kriegsverbrecherprozesse der Nachkriegszeit Ausnahmen vom Grundsatz staatlicher Immunität bei den Nürnberger Tatbeständen (Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Frieden) diskutiert und auch anerkannt wurden¹⁰². Er hat auch auf die zunehmende Bedeutung der Menschenrechte hingewiesen und daraus „eine gewisse Einschränkung“ der Staatenimmunität hergeleitet¹⁰³. Bröhmer hat diesen Ansatz weiterentwickelt und kommt zu dem überzeugenden Ergebnis, daß der notwendige Interessenausgleich zwischen individuellem Schutz und kollektiver Souveränität zu einer Einschränkung staatlicher Immunität führen müsse¹⁰⁴. Die „funktionelle Souveränität“ des betreffenden Staates werde dann nicht gefährdet, wenn es um die Verfolgung „individualisierter“ Menschenrechtsverletzungen gehe; sie werde jedenfalls nicht mehr als in den schon anerkannten Ausnahmefällen rechtsgeschäftlicher und deliktischer Art gefährdet. In diesem Fall habe der Staat sogar regelmäßig weniger Kontrolle als bei Menschenrechtsverletzungen. Zwar sei problematisch, daß massive Menschenrechtsverletzungen häufig auf „individualisierter“ Grundlage begangen würden, doch könne in diesen Grenzfällen der Einwand einer Verletzung funktioneller Souveränität ausnahmsweise zugelassen werden.

Diese vorrangig zur Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche gegen den Verletzer- und regelmäßig Heimatstaat – also im Kontext der Staatenverantwortlichkeit – entwickelten Überlegungen werden durch weitere menschenrechtsorientierte Begründungsversuche einer Einschränkung der Immunität bestätigt und konkretisiert. Ausgangspunkt ist die Anerkennung der grundlegenden Menschenrechte als *ius cogens*.¹⁰⁵ Der daraus folgende Achtungsanspruch des Individuums gegenüber der gesamten Staatengemeinschaft (*obligatio erga omnes*) muß mit dem traditionellen Anspruch absoluter Staatenimmunität in Konflikt geraten, beruht dieser doch auf dem Gedanken, daß ein Staat ohne seine Zustimmung nicht einer fremden Gerichtsbarkeit unterworfen werden kann. *Ius cogens* fordert aber eine von der staatlichen Willensbildung unabhängige Beachtung und damit die Einschränkung der Immunität bei Verletzungen der von ihm geschützten Menschenrechte¹⁰⁶. Im Kern liegt

einer am menschenrechtlichen *ius cogens* orientierten Auffassung der Gedanke zugrunde, daß dessen Verletzungen nicht folgenlos bleiben dürfen¹⁰⁷. Infolgedessen wird etwa die Ansicht vertreten, daß ein Staat, der menschenrechtliches *ius cogens* verletzt, ein völkerrechtliches Delikt begeht, auf das andere Staaten mit Repressalien, etwa der Verweigerung der Immunität, reagieren können¹⁰⁸; oder daß ein solcher Staat seine Souveränitätsrechte verwirkt¹⁰⁹. Andere sehen in der Verletzung oder Anerkennung menschenrechtlicher *ius cogens*-Normen einen impliziten Verzicht auf die Immunität¹¹⁰ oder wollen einen allgemeinen Grundsatz der „non-immunity“ darauf stützen¹¹¹. Die Anerkennung menschenrechtlichen *ius cogens* mit einer Verpflichtungswirkung *erga omnes* zwingt auch dazu, das klassische Konzept des diplomatischen Schutzes – charakterisiert durch den *interstaatlichen* Strafanspruch des Heimat- oder Schutzstaates gegen den Territorial- oder Verletzerstaat – zu universalisieren, so daß jeder Staat zugunsten eines in seinem *ius cogens* verletzten Individuums intervenieren kann¹¹². Dieser Gedanke zeigt wie eng *ius cogens*, Weltrechtsprinzip und (universeller) diplomatischer Schutz verbunden sind¹¹³.

Aus europäischer Sicht ist schließlich noch auf Art. 13 EMRK hinzuweisen, der Rechtsschutz bei Konventionsverletzungen gewährt, „selbst wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.“ Die Gewährung von Immunität könnte eine Rechtsschutzverweigerung darstellen, wenn damit den Opfern von Menschenrechtsverletzungen das Beschwerderecht i.S.v. Art. 13 EMRK abgeschnitten würde¹¹⁴. Sie könnte außerdem das Recht auf gerichtliches Gehör und ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK verletzen¹¹⁵.

All diese Ansätze setzen allerdings voraus, daß ein Immunitätsanspruch in Fällen von *ius cogens*-Verstößen überhaupt entstehen kann. Überzeugender ist die Ansicht, daß solche Verstöße schon die Entstehung eines solchen Anspruchs hindern, da sie gar nicht in den Schutzbereich der Immunität fallen. Der Gerichtsstaat ist zur Respektierung solch völkerrechtswidriger Hoheitsakte nicht nur nicht verpflichtet, sondern nicht einmal berechtigt, da er sich sonst an völkerrechtswidrigem Handeln beteiligen würde¹¹⁶. In die-

rung Lord Wilberforce's, der kritisiert, daß der Grundsatz der Staatenimmunität von Staaten heute „as a technique for denying compliance with obligations“ genutzt werde (in: International Law Association, Report of the 58. Conference, 1980, S. 513 ff., 515).

¹⁰⁷ Für die Aufrechterhaltung der Immunität auch in diesen Fällen, allerdings im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen gegen die BR Deutschland wegen Mißhandlungen durch das NS-Regime (Prinz-Fall; dazu Reimann IPRax 1995, 123 ff.; Bröhmer [Fn. 61], S. 76 ff.); Zimmermann Michigan J. of Intern. Law 16 (1995), 433 ff. (437 ff.) – entgegen Reimann Michigan J. of Intern. Law 16 (1995), 403 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Bothe (Fn. 58), S. 252, 259 f.; Bröhmer (Fn. 61), S. 158, 192 ff. beide m.w.N.

¹⁰⁹ Kokott, in: Festschrift Bernhardt, 1995, S. 135 ff. (141 ff., 148 f.).

¹¹⁰ Vgl. zu der Möglichkeit eines „explicit“ oder „implied waiver“ etwa sect. 2 SIA (Fn. 65), § 1605(a)(1) FSIA (Fn. 65) oder Art. 7–10 ILC-Entwurf (Fn. 62). Dafür etwa Pepper (Fn. 65), S. 320, 332, 369, 382, der aber andererseits einen Immunitätsverzicht bei *ius cogens*-Verletzungen überhaupt nicht für notwendig hält (369); für einen Verzicht wohl Kokott (Fn. 109), S. 148. Krit. Bröhmer (Fn. 61), S. 75 f., 190 ff.; Reimann IPRax 1995, 126 f.

¹¹¹ Vgl. Paust Virginia J. of Int. L. 23 (1983), 191 ff. (221 ff.).

¹¹² Bröhmer (Fn. 61), S. 143 ff., 158.

¹¹³ Zum Verhältnis von Weltrechtsgrundsatz und menschenrechtlichem *ius cogens* vgl. Pepper (Fn. 65), S. 366, 370 ff.

¹¹⁴ Vgl. Bröhmer (Fn. 61), S. 163 ff., 171 ff. (177, 186 f.); auch Dellapenna AJIL 1994, 531. Zum „denial of justice“ durch absolute Immunität im übrigen schon Lauterpacht (Fn. 92), S. 236, 240 f. Zur weitergehenden Begründung von Bestrafungspflichten aufgrund Art. 1 und 25 Amerikanische Menschenrechtskonvention vgl. Ambos, Fn. 10, S. 166 ff.

¹¹⁵ Vgl. Bröhmer (Fn. 61), S. 163 ff., 178 ff. (186 f.).

¹¹⁶ Vgl. Dahm (Fn. 63), S. 180 f. Im Ergebnis auch Pepper (Fn. 65), S. 368, 382.

¹⁰⁰ Lauterpacht (Fn. 92), S. 220 ff. (230, 236 f.).

¹⁰¹ Dahm (Fn. 63), S. 113, 170, 182.

¹⁰² Bothe (Fn. 58), S. 252 ff. (254, 257). Zur Nichtgeltung der *act of state*-Doktrin bei Kriegsverbrechen schon Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 164 ff. Bei der *act of state*-Doktrin handelt es sich allerdings – im Gegensatz zur Immunität – um einen materiellrechtlichen Grundsatz, der die Prüfung staatlicher Hoheitsakte durch ausländische Gerichte verbietet (dazu Bröhmer [Fn. 61], S. 41 ff.; Pepper (Fn. 65), S. 339 ff.; auch House of Lords [Fn. 17] IV 3 ff. [Slynn]). Praktisch führt er aber im vorliegenden Fall zu den gleichen Ergebnissen, weshalb eine nähere Erörterung entbehrlich ist; vgl. ebd., IV 5 (Slynn), V 4, VII 5 f. (Lloyd), VIII 4 (Nicholls), IX 7 f. (Steyn).

¹⁰³ Bothe (Fn. 58), S. 256.

¹⁰⁴ Vgl. Bröhmer [Fn. 61], S. 94 f., 96 ff. (205 ff., 211 ff.); für eine Interessenabwägung mit „interests of justice“ auch Dellapenna AJIL 1994, 531 f.

¹⁰⁵ Zum *ius cogens* schon o. Fn. 5. Die Ansicht, fundamentale Menschenrechte, darunter die Verbote von Folter, extralegalen Hinrichtungen und „Verschwindenlassen“, als *ius cogens* zu begreifen, geht zurück auf die Entscheidung des IGH im „Barcelona Traction Case“ (ICJ Reports 1970, S. 3, 32), in dem die „basic rights of the human person“ als Verpflichtungen *erga omnes* anerkannt wurden (vgl. m.w.N. Ambos, Fn. 10, S. 176 f. in Fn. 60 f.). Zu *ius cogens* und dem „Restatement (Third) of the Foreign Relations Law“ der USA Pepper (Fn. 65), S. 366 ff.

¹⁰⁶ Vgl. Pepper (Fn. 65), S. 349 f. In dieselbe Richtung weist die Äuße-

sem Zusammenhang kommt der schon von *Dahm* im Jahre 1958 begründete – und von der Mehrheit der Lords vertretene¹¹⁷ – Gedanke zum Tragen, daß die Begehung oder Anordnung internationaler Verbrechen kein amtliches Handeln im Sinne des Immunitätsrechts darstellen kann, da grob völkerrechtswidrige Akte keine Geltung beanspruchen dürfen und als Zurechnungsgrund staatlichen Handelns ausscheiden¹¹⁸.

Freilich kann kaum bestritten werden, wie von den Lords *Slynn* und *Lloyd* vorgebracht¹¹⁹, daß auch und gerade internationale Verbrechen im Amt oder unter Ausnutzung der Amtsstellung begangen werden und damit staatlich-hoheitlichen Charakter haben. Die in Rede stehende Staatskriminalität wird bekanntlich, wie der Name schon sagt, staatlich geduldet, gestützt oder gar angeordnet¹²⁰. Wer dies leugnet, verschließt die Augen vor der Realität des Staatsterrorismus und läuft Gefahr, Haarspalterei zu betreiben. Wird differenzierend – von der Mehrheit der Lords¹²¹ – eingewendet, daß verbrecherische Handlungen nicht zu den völkerrechtlich vorgesehenen Aufgaben eines Staatsoberhauptes gehören, so ist dies zwar zutreffend; doch wird damit diesen Handlungen nicht ihr – möglicherweise nur faktischer – amtlicher Charakter genommen, sondern für eine – im Ergebnis zutreffende – Einschränkung der Immunität (auch) bei amtlichem Handeln aus menschenrechtlichen Gründen plädiert.

Ein bedeutenderer Einwand ist, daß die „Privatisierung“ des kriminellen hoheitlichen Handelns einer Staatshaftung – jedenfalls aufgrund positiven Tuns – die Grundlage entzieht¹²². Dies liegt allerdings in der Logik persönlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit, denn diese unterscheidet sich schon strukturell von Staatenverantwortlichkeit und -immunität. Wird Immunität zur Feststellung persönlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit eingeschränkt, so ist der damit einhergehende Verzicht auf Staatshaftung nur konsequent, denn es geht gerade um die Identifikation verantwortlicher Individuen, nicht um die finanzielle Sanktionierung eines abstrakten Kollektivs: „Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Menschen und nicht von abstrakten Wesen begangen, und nur durch die Bestrafung jener Einzelpersonen, die solche Verbrechen begehen, kann den Bestimmungen des Völkerrechts Geltung verschafft werden“¹²³. Schließlich: Wenn schon erhebliche Schadensersatzansprüche gegen den Verletzerstaat dessen funktionelle Souveränität nicht gefährden, so gilt dies erst recht für die Strafverfolgung eines ehemaligen Staatsoberhauptes, das keinerlei staatliche Funktionen mehr wahrnimmt. Daraus folgt jedoch zugleich, daß die Immunität eines noch amtierenden Staatsoberhauptes regelmäßig absolut ist¹²⁴. Das mag man für widersprüchlich halten¹²⁵, es ergibt sich jedoch zwingend aus dem Zweck der Immunität, der nach der hier vertretenen Ansicht ja darin besteht, die funktionelle Souveränität des betreffenden Staates zu sichern. Im konkreten Fall muß auch hier abgewogen wer-

den, ob die Art und Schwere der Taten eine Strafverfolgung notwendig machen und diese nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der funktionellen Souveränität führt. Das dürfte aber selbst bei schwersten Verbrechen bei einem amtierenden Staatsoberhaupt regelmäßig der Fall sein.

d) Auswirkungen auf das nationale Immunitätsrecht

Die genannten völkerstrafrechtlichen Wertungen sind nicht nur vom nationalen Recht zu berücksichtigen, sondern dessen Bestandteil. Das nationale Immunitätsrecht setzt entweder nur allgemeine völkerrechtliche Regeln um oder nimmt auf sie Bezug. So sind nach deutschem Recht Personen „nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ von der Gerichtsbarkeit befreit (§ 20 II GVG)¹²⁶.

Die Gerichtsstandsbestimmungen des BGH gemäß § 13 a StPO in den Verfahren gegen führende argentinische Militärs und gegen *Pinochet*¹²⁷ deuten ein restriktives Verständnis der Immunität an, da die Annahme von Immunität zur Ablehnung der entsprechenden Anträge – wie im Fall *Honecker*¹²⁸ – hätte führen müssen. Die Immunität ist ein Verfahrenshindernis¹²⁹ und verbietet jegliche Ermittlungshandlung gegen einen Immunität genießenden Tatverdächtigen¹³⁰; deshalb muß sie schon im Rahmen eines Beschlusses gemäß § 13 a StPO geprüft werden. Entspricht der BGH also einem solchen Antrag, so wird damit die Immunität der Tatverdächtigen jedenfalls in Frage gestellt. In seiner Presseerklärung hat das Gericht denn auch festgestellt: „Von der Zuständigkeitsbestimmung wäre nur dann abzuweichen gewesen, wenn unbezweifelbar feststünde, daß Pinochet als ehemaliges Staatsoberhaupt Chiles mit Bezug auf eine etwaige Beteiligung an den angezeigten Taten völkerrechtliche Immunität genießt und daher insoweit der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterliegt. So verhält es sich hier aber nicht. Vielmehr ist fraglich, ob sich seine völkerrechtliche Immunität auf die angezeigten Taten erstreckt.“¹³¹ Der BGH will diese Ausführungen zwar nicht als Vorentscheidung gegen die Immunität gewertet wissen und die endgültige Entscheidung dem zuständigen Gericht überlassen, doch sind die Bedenken gegen die Gewährung absoluter Staatenimmunität bei internationalen Verbrechen unübersehbar.

Auch in Großbritannien ist anerkannt, daß der SIA im Einklang mit dem Völkerrecht ausgelegt werden muß¹³² und tatsächlich hat das *House of Lords* dies auch getan¹³³. Freilich setzt man sich in solch traditionell „dualistischen“ Staaten¹³⁴ einer Diskussion über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht¹³⁵ aus, deren Erfolgschance für das Völkerrecht jedenfalls ungünstiger ist als in völkerrechtsfreundlichen „monistischen“ Rechtsordnungen. Dies bringt besonders deutlich die Mindermeinung Lord *Slynn*s zum Ausdruck, der eine Einschränkung der Immunität nur auf der Grundlage britischen Rechts (scil.: inkorporierten Völkerrechts) gelten lassen will¹³⁶. Auch ohne Berufung auf (unmittelbar anwendbares) Völkerrecht kann man jedoch zu einer Einschränkung der Immunität gelangen, wenn man einem ausländischen Hoheitsakt die Immunitätswirkung abspricht, weil er dem innerstaatlichen ordre public wider-

117 Vgl. schon o. Fn. 83 ff. und Text.

118 *Dahm* (Fn. 63), S. 170. Krit. im Bezug auf die act of state-Doktrin *Bothe* (Fn. 58), S. 255, aber im Ergebnis zust. (249). Ebenso zust. *Gornig* NJ 1992, 13; *Pepper* (Fn. 65), S. 368, 378; im Ansatz auch *Verdross/Simma* (Fn. 58), § 1177, Fn. 51; auch *Fastenrath* FAZ v. 10.11.1998, 6. Vgl. auch *Trajano v. Marcos* und *Marcos-Manotoc*, 978 F.2d 493 (498), 1992 U.S. Appeals Lexis 26680.

119 Vgl. schon o. Fn. 87 und Text.

120 Zur Makrokriminalität im Sinne *Jägers* vgl. schon *Ambos* KritV 1996, 355 ff. (362 f.) m.w.N.; zuletzt *Lüderssen* (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. III, 1998, passim.

121 Vgl. schon o. Fn. 82 f. und Text.

122 Deshalb will *Bothe* (Fn. 58), S. 255, 262 f. auch verwerfliche Handlungen als Amtshandlungen anerkennen; skeptisch auch *Reimann* IPRax 1995, 124.

123 *Internationaler Militärgerichtshof*, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher (1947), Band I, S. 249.

124 So selbst der ansonsten für eine Einschränkung der Immunität plädierende Lord *Steyn* (*House of Lords* [Fn. 17] IX 4): „It is common ground that a head of state while in office has an absolute immunity ...“

125 Vgl. *Joffe* SZ v. 28/29.11.1998, 4.

126 Vgl. schon o. Fn. 67.

127 BGH, Beschluss v. 17.6.1998 – 2 Ar 80/98; Beschluss v. 18.11.1998 – 2 ARs 471/98 und 474/98.

128 BGHS 33, 97 (Fn. 69).

129 Pfeiffer (Fn. 60), § 18 GVG Rdnr. 7; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 162; krit. *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, 1978, S. 221, 232.

130 Pfeiffer (Fn. 60) § 18 GVG Rdnr. 5.

131 BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 83 a vom 19.11.1998.

132 Vgl. *Brownlie* (Fn. 62), S. 337 sowie den *Al-Adsani* Fall (dazu *Bröhmer* [Fn. 61], S. 94). Vgl. auch § 1604 FSIA (Fn. 65): „Subject to existing international agreements ...“ Krit. hinsichtlich der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche aufgrund SIA (Fn. 65) und FISA allerdings *Pepper* (Fn. 65), S. 323 f., 337 f.

133 Vgl. schon o. Fn. 76 sowie Text zu Fn. 82 ff.

134 Vgl. *Pepper* (Fn. 65), S. 356 f.

135 Dazu allg. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl. 1994, S. 15 ff.; in unserem Zusammenhang *Pepper* (Fn. 65), S. 355 ff.

136 Vgl. schon o. Fn. 88 und Text.

spricht¹³⁷. Dieser Ansatz beruht aber unausgesprochen auf dem Gedanken eines internationalen ordre public, der durch das menschenrechtliche *ius cogens* ausgefüllt wird¹³⁸.

Fazit

Nach dem Fall *Pinochet* laufen ehemalige Diktatoren Gefahr, ausländischer Strafverfolgung ausgesetzt zu werden, wenn ihre Taten nicht vom Heimatstaat verfolgt werden. Die Straf-

gewalt europäischer Staaten beruht im Falle nationaler Opfer auf dem passiven Personalitätsprinzip, ansonsten auf dem Weltrechtsprinzip i.V.m. völkerstrafrechtlichen Abkommen, insbesondere der Folterkonvention. (Staatliche) Immunität muß aus menschenrechtlichen Gründen eingeschränkt werden, unabhängig davon, ob man die betreffenden Taten als Amtshandlungen betrachtet oder nicht. Der Sache nach geht es um eine Abwägung zwischen funktioneller Souveränität und effektivem Menschenrechtsschutz. Im konkreten Fall kommt es auf die Art und Schwere der Taten und auf die Auswirkungen einer Strafverfolgung auf die funktionelle Souveränität des betreffenden Staates an. Diese wird in der Regel bei einem ehemaligen Staatsoberhaupt *nicht mehr*, bei einem amtierenden aber *noch* ernsthaft gefährdet sein.

¹³⁷ Vgl. dazu schon *Dahm* (Fn. 63), 181 f.

¹³⁸ Explizit *Pepper* (Fn. 65), S. 369. Zum europäischen ordre public: *Föhlisch*, Der gemeineuropäische „ordre public“, 1997, passim.

Reflections on Pinochet

CLIVE NICHOLLS*

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	140
II.	Background to the Pinochet Case and Procedural Chronology	141
III.	What Pinochet Decided.....	145
	A. State Immunity	146
IV.	The Future Effects and Problems of Pinochet.....	147
	A. No Final International Authority.....	147
	B. Universal Jurisdiction - Trials in Third States	147
	C. Executive Control	148
	D. Amnesties.....	149
	E. The Obligation to Prosecute	150
V.	Conclusion.....	151

I. INTRODUCTION

I feel somewhat humbled in these academic surroundings of such high renown. I am not an academic. I have not had the advantage of attending seminars where the validity of the Pinochet decision and the soundness of the reasoning have been exposed to critical analysis and lively debate. Like most counsel, especially before a final court of appeal, after the handing down of the decision I tend to look for the bottom line and ask myself the question: "Have we won or lost?"—and then to move on to the next brief. Your invitation has compelled me to take a further step, but I cannot be sure that my comments will go beyond reflections on the

case. I have no doubt that I will find this panel a refreshing, and perhaps salutary, experience.

There can be no doubt that the Pinochet Case is a "landmark decision." It is a step in the direction of enforcing the law against torture and sends out a warning to all torturers and would be torturers that they have no safe haven anywhere from its enforcement. However, that broad statement of principle in the shape of a warning and the case itself present many problems.

My intention at this panel is: (a) to refer briefly, because I have been asked to by way of introduction, to the background of the case and its procedural history; (b) in passing, to state the principles of law established by the decision in Pinochet No.3 but, in present company, without deep analysis; (c) in the aftermath of the Pinochet Case, to face the problems the decision presents and to pose the question whether the Pinochet experience now shows that crimes such as torture are better left to international tribunals; and finally (d) to question, in the long term, the desirability and practicability of the enforcement of international criminal law by tribunals outside the state where the crime was committed or the perpetrator or victim was its national—the state that has a customary international law interest in prosecution of the crime.

II. BACKGROUND TO THE PINOCHET CASE AND PROCEDURAL CHRONOLOGY

The political background to the Pinochet case is almost too well known to require repeating. It involves an era in Chile's history which certainly most Chileans would prefer to put behind them. The era of repression commencing with the coup led by Augusto Pinochet in September 1973 continued at its most intense level until 1978. This reign ended when General Pinochet stood down in March 1990 with amnesty and the Truth and Reconciliation Commission was appointed to establish the facts. All might have passed into history but for the decision of the Pinochet, now a Senator for life, to come to Britain in the autumn of 1998 (for the sixth time) and the zeal of a Spanish magistrate to pursue what he and his informants saw as an opportunity to bring Pinochet to justice and make legal history in so doing. On October 16, 1997 a provisional warrant for his arrest was issued in London. Not just for former dictators, but for all officials of any rank, the world may never be the same again.

* Queen's Counsel, Leading Counsel for Senator Pinochet. This piece is based on comments made during a panel discussion at the Virginia Journal of International Law's 40th Anniversary Conference, April 1, 2000.

The legal procedures following upon the Senator's arrest proved to be complex and undoubtedly the source of embarrassment. They began with a provisional warrant, issued without legal advice, alleging the murder of Chileans in Chile which was later to be declared unlawful. However questionable the warrant, it sufficed to achieve the arrest of the Senator and his detention until, this time with advice, another provisional warrant was issued. Both warrants were then successfully challenged before the Lord Chief Justice in the High Court at which time the issue of state immunity was raised. The High Court held both warrants to be unlawful and the Senator to be entitled, as a former head of state, to immunity from the criminal process.

No one could have predicted, when Spain was granted leave to appeal to the House of Lords and the Senator was ordered to remain in protective custody, that this was to be only the first of a series of hearings before that final appellate tribunal on a preliminary issue. The pressure upon counsel in the weeks that followed was to be intense. The first hearing was from November 4 to 12, less than a week from the handing down of the decision in the High Court. (The usual period allowed for preparation of an appeal to the House of Lords is six months to a year.) A month later, on November 28, the Appellate Committee handed down its decision allowing Spain's appeal by a majority of three to two and restored the second provisional warrant on the grounds that Senator Pinochet, in respect of the conduct alleged, had no immunity as a former head of state.¹

That decision would have stood had it not been for the decision of the Appellate Committee to allow Amnesty International to intervene and so effectively become a party in the proceedings.² On the same evening as the handing down of this decision, an announcement on television revealed that Lord Hoffmann was connected with Amnesty International through his wife's long employment with them. This connection triggered a painful inquiry by the Pinochet team that over a period of eight days led to the discovery that Lord Hoffmann was the executive director of Amnesty Charitable Trust Limited, and that the Trust had funded Amnesty International's political campaign for the extradition of Senator Pinochet. At first, it was thought that no appeal could lie

against a decision of the House of Lords. But, entirely without precedent in English legal history, the Appeals Committee exercised its inherent jurisdiction and heard a petition to set aside the earlier decision. The Committee, with unprecedented speed, heard the petition from December 13 to 15 and two days later, announced its decision to vacate the decision in Pinochet No. 1 and order a re-hearing.³

Some respite was provided by the Christmas and New Year break. The Appeals Committee heard Pinochet No.3 from January 18 to February 4, a three-week oral hearing. It handed down its decision six weeks later on March 24 allowing the appeal by a majority of six to one.⁴ The length and complexity of the speeches demonstrated how the earlier hearings vastly underestimated the complexity of the issues. The principle established by the majority was that the Senator, as a former head of state, was not immune from the criminal process in respect of the offense of torture as of the signing of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 (Torture Convention) on December 8, 1988 by all three countries (Chile, United Kingdom and Spain). However, under British law, the Senator was not liable to be extradited to Spain in respect of his conduct before September 29, 1988 when torture became a crime in the United Kingdom, because the double criminality rule was not satisfied in respect of that earlier period. The effect of the decision was to reduce the charges for which Senator Pinochet could be extradited from many thousands to a single substantive charge and an associated conspiracy charge. In the light of its ruling, the Appellate Committee advised the Secretary of State to reconsider his decision to allow the extradition to proceed. Many people interpreted certain passages in the speeches as a tacit invitation to the Home Secretary to end the extradition process and to allow Senator Pinochet to return to Chile—the principle of non-immunity having been established. To the surprise of many, the Secretary of State did issue a second authority to proceed on April 14. From that moment, the extradition process was re-launched.

It will be appreciated that six months had been consumed in argument on a preliminary issue relating to jurisdiction. One might

1. Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, *Ex parte Pinochet Ugarte* [2000] 1 A.C. 61 [1998] [hereinafter Pinochet No.1].

2. *Id.* at 64F-G, 67C-F.

3. Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, *Ex parte Pinochet Ugarte* (No.2) [2000] 1 A.C. 119 [1999] [hereinafter Pinochet No. 2].

4. Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, *Ex parte Pinochet Ugarte*, (No.3) [2000] 1 A.C. 147 [1999] [hereinafter Pinochet No. 3].

have expected that the committal hearing would have followed swiftly. In fact, that was not to be the case. For reasons that are difficult to explain, the Chief Magistrate decided that he personally would hear the case, but because he was not available due to administrative duties the hearing would not take place until September 27. In the end, he did not hear the case and it was heard by another magistrate which nonetheless caused a delay of six months. The hearing, which under the European Convention on Extradition did not require evidence to be adduced or the establishment of a *prima facie* case, gave the Senator only a limited opportunity for argument at that stage and he was predictably committed. Further substantial points fell to be considered by the High Court in *habeas corpus* proceedings. At least one of the magistrate's findings, that disappearances could amount to torture, was expressly overruled in later proceedings.

One aspect of the committal hearing was to prove prophetic in the days to come. An application was made for the Senator to be absent from the hearing on medical grounds at which point Chile became concerned for the state of the Senator's health. Under the British extradition legislation, once the committal hearing has been concluded, the Secretary of State has a duty to monitor the process to ascertain if any circumstances have intervened to make it unjust or oppressive for him to make an order for surrender. This led the Secretary to ask the Senator to agree to a medical examination with assurances of confidentiality that were to be the cause of later litigation. On January 11, 2000, and after the hearing of the *habeas corpus* application had been fixed for March 20, the Secretary of State made his now famous "minded to" decision, announcing the finding of his team of medical advisors that the Senator was not fit to stand trial and that he was minded not to surrender the Senator to Spain. The Secretary of State observed at the same time that it appeared that no useful purpose would be served by a continuation of the proceedings and invited representations from, among others, the requesting states, Spain, Belgium, France and Switzerland, and the human rights intervenors.

This "minded to decision" produced its own rash of litigation. Only Belgium (not Spain, France nor Switzerland) sought to judicially review the decision, complaining that the public interest required the disclosure of the medical reports to the requesting states. This application put before the single judge was refused. Upon renewal of the issue before the full court, the application was allowed and steps were then taken by the Secretary of State to

serve the reports on the requesting states through diplomatic channels with a confidentiality requirement. Perhaps, not so surprisingly, the injunction of the Court displayed a lack of reality. The reports were fully revealed on the internet within hours. On March 2, the Secretary of State announced his decision not to order the Senator's surrender. That same day, the Senator left the United Kingdom without further challenge.

III. WHAT PINOCHET DECIDED

Pinochet No.3 established two principles of law: (1) a principle of international law; and (2) a principle of English domestic extradition law that is likely to give rise to serious concern among the parties to the European Convention on Extradition and other foreign states.

The principle of international law that was established is that former heads of state are not immune from criminal process for the international crime of torture. This principle was based by the majority of the Law Lords on the fact that the Party States had signed the Torture Convention and must therefore be taken to have agreed, from the time of signing, that immunity no longer applied in respect of the official acts of a former head of state that amounted to an international crime.

The principle of domestic English law that was established is that the double criminality rule requires the conduct complained of to amount to a crime in both states at the time it was committed.⁵ In the instant case, torture did not become a crime under English law until September 29, 1988, when section 134 of the Criminal Justice Act was enacted. Hence, the Senator could not be extradited for any crime alleged to have taken place before that date. As this principle turned on the construction of an English statute, and does not involve international law save in the context of extradition from the United Kingdom, I do not intend to refer to the rule again.

5. Pinochet No. 3, *supra* note 4, at 195B-197B, 208D-F, 229H-230C, 237E-F,H, H-238B, 249C-E, 265C-D, 268A-B, 292F-G (speeches of Lords Browne Wilkinson, Goff, Hope, Hutton, Saville, Millett, and Phillips).

A. *State immunity*

Let me now turn again to the principle of international law. Pinochet No. 3 established that a former head of state has no immunity for the international crime of torture.

The law governing immunity in the United Kingdom is section 20 of the State Immunity Act 1978, read with section 39(2) of Schedule 1 of the Diplomatic Privileges Act 1964. The Appellate Committee held by a majority that, generally, a head of state had immunity under those provisions *rationes personae* (by virtue of his status as a head of state) and a former head of state *rationes materiae* (in respect of his official or governmental acts). However, by a majority, Pinochet No. 3 decided that a former head of state did not have immunity in respect of acts of torture or conspiracy to torture after 8 December 1988, the date by which Spain, Chile and the United Kingdom had ratified the Torture Convention, because they could not have intended that immunity for former heads of state survive their ratification. Lord Goff dissented,⁶ adopting the analysis of Lord Slynn⁷ in Pinochet No. 1, arguing that the Senator was entitled to immunity for all acts of torture, including post December 8, 1988 torture because neither the Convention nor international customary law abrogated the immunity. There is no doubt, however, that the decision leaves undisturbed the principle that *current* heads of state are absolutely immune.

It would not be appropriate, nor is there time, for me to embark on a critique of the decision or its reasoning, but one cannot ignore the impact that the decision will have if it is universally accepted. From the decision it follows that any official (or former official), irrespective of rank, is amenable to the jurisdiction of any national court for any act of torture. It is not required that the act be in pursuance of a policy to commit systematic or widespread torture.⁸ The reasoning behind the speeches is important in revealing the consequences that flow when a head of state has no immunity under the Torture Convention. If the former head of state has no immunity then the equal sovereignty of states is recognized and respected by national courts. If he does not then it is not and procedural and political chaos may ensue. The dissenting speeches demonstrate that it was possible to recognize the immunity of a former head of state without distorting the language, or derogating

from the purpose, of the Torture Convention. Heads of state and former heads of state, however, would not necessarily escape trial as they would be tried in their own countries or before an international tribunal. Universal jurisdiction could be achieved only to the extent that it was confined to those states with some connection to the crime and not just an international interest in its prosecution. Indeed, this is not only consistent with customary international law principles, but it is precisely what a strict reading of Article 5 of the Torture Convention requires.

IV. THE FUTURE EFFECTS AND PROBLEMS OF PINOCHET

Having sketched the history of the case and stated the principle of immunity let me highlight some of the problems it presents.

A. *No Final International Authority*

First, Pinochet is a decision of a national court and there can be no assurance that the principle established by the House of Lords will be re-stated by another national tribunal presented with the same or similar facts.⁹ The fact that twelve law lords (all of whom, save Lord Hoffmann, delivered reasoned speeches) could not agree among themselves on immunity demonstrates the jurisprudential difficulty of the issue. The decision, therefore, lacks final international juridical authority which could serve as a pointer, in the future, to a better solution in this type of case. The exercise of jurisdiction by, and a decision of, an international criminal court would be final in international jurisprudence.

B. *Universal Jurisdiction - Trials in Third States*

Secondly, the House of Lords was presented (in its final form) with a state seeking, through the extradition process, to enforce the law against torture despite the fact that it had no substantial connection with the crime other than the international interest in its prosecution. Does a third State have jurisdiction to request extradition in these circumstances? Of course in a monist state it depends on its domestic law. The United Kingdom, which did not incorporate the Torture Convention into its domestic law, claims jurisdiction over persons within its territory in respect of acts of

6. Pinochet No. 3, *supra* note 4, at 206C-223B.

7. Pinochet No. 1, *supra* note 1, at 65C-86E.

8. Lord Hope would have so confined it. Pinochet No. 3, *supra* note 3, at 247G.

9. The recent and current prosecution against Hissene Habre is the "first post-Pinochet" test case.

torture anywhere in the world.¹⁰ This is, of course, no more than the measure it is required to take under Article 5.2 of the Convention. Yet, did Spain have jurisdiction to seek the Senator's extradition for the torture of Chileans in Chile? It was crucial that it did because otherwise the double criminality rule which required that the conduct be punishable in Spain as well as in the United Kingdom would not be satisfied. For the *habeas corpus* hearing, the Senator was armed with eminent Spanish academic opinion that Spain did not have jurisdiction to try the Senator, both as a matter of Spanish law and international law.¹¹ The Senator was not present in any territory under Spain's jurisdiction so it could not claim jurisdiction to try him under Article 5.2 of the Convention and, after the House of Lords ruling on double criminality, Spain was not a state that could claim jurisdiction under Article 5.1 because (a) the torture had not been committed in any territory under its jurisdiction; (b) the Senator was not a Spanish national, and (c) no victim was a Spanish national. So the crucial question had yet to be resolved: how universal is the jurisdiction under the Torture Convention? The House of Lords was not called upon specifically to answer this question, although there are dicta touching on the issue.¹² It was solely asked to resolve the immunity issue, but for guidance to the courts, considered the limited issue of extradition so far as it affected the principle of double criminality. The maintenance of Spain's request after the double criminality decision may have been a misapplication of Spain's right to extradition under the Torture Convention. If that is so, much of the political agony that it caused could have been avoided by leaving Pinochet to be tried where he was found (the United Kingdom) or where his crimes were committed (Chile). Whatever the answer, the case will have served to draw international attention at the highest level to its consequences.

C. Executive Control

Thirdly, as a matter of international policy and law, ought a request for extradition be permitted to be made or maintained without any governmental control? The Spanish request was

made and maintained by an investigating magistrate in the face of government opposition, hostility and finally abandonment. The Spanish Public Prosecutor, who took an independent not governmental line, opposed the proceedings throughout and denied that Spain had jurisdiction either under its domestic or international law to try the Senator or request extradition.¹³ He further claimed that the conduct alleged did not amount to the crimes of genocide, terrorism or torture—an interesting claim in that the British Secretary of State took the same view in respect of genocide, a crime internationally defined. Although the *Audencia Nacional* upheld the magistrate,¹⁴ the true Spanish position could only have been resolved by a decision of its Supreme Court, which would only have been available had the Senator been surrendered.¹⁵

D. Amnesties

The issue of amnesty presents several important aspects for consideration. Many states such as Chile, and an impressive number of other states, Argentina, France, Zimbabwe, India, Pakistan, South Africa and ironically Spain, have determined to put behind them their tragic past and dissipate internal strife by granting amnesty to offenders on both sides of the political divide. Ought these arrangements (often painfully concluded) be permitted to be brushed aside by the intervention of any State Party, especially as in the case of Spain, by a third state which has no connection with the offense? These are of course political issues, but they demonstrate that there is a powerful argument that prosecution in these cases, if the jurisdiction is universal in the absolute sense as was claimed, ought to be politically controlled. In the United States, I understand this to be the case and also in the United Kingdom, the request being an act of government would require political approval. In Spain, however, this was not so. Judge Garzon was able to make and maintain the request because of his government's later-declared constitutional inability to intervene (a matter that they are now proceeding to remedy). In the case of the Senator, therefore, there was an arrest upon a provisional warrant (which in the event was unlawful) which neither the Spanish government,

10. Criminal Justice Act, § 134 (1988).

11. This academic opinion included that of Javier Iglesias Redondo, Lawyer of the Illustrious College of Madrid and Professor of Criminal Procedural Law at the University of San Pablo and Dr. Alfonso Serrano Gomez, Professor of the Department of Criminal Law at Universidad Nacional de Educacion a Distancia Madrid.

12. Pinochet No.3, *supra* note 4, at 200F-D.

13. See decision of the Audencia Nacional of 5 November 1998.

14. *Id.*

15. In such a case, Spain would have obtained jurisdiction under Article 5.2 by virtue of his being within its territory and the argument rendered sterile. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10, 1984, art. 5.2, 1465 U.N.T.S. 85, 114.

nor the British government (at that stage) was able to control. In so doing, a junior judge was able to launch the extradition process with serious and controversial political consequences. I accept, of course, that he was challenged and upheld by the *Audencia Nacional*. That is beside the point—the court was deciding legal principle, not policy. What if he had not been upheld? Or the superior court, the Supreme Court, held it to be wrong?

E. *The Obligation to Prosecute*

Finally, it is an aspect of the Pinochet Case, easily ignored, that the United Kingdom was under an obligation under Article 7 of the Torture Convention, if it did not extradite, to refer the case to its prosecuting authorities: *aut dedere aut punire*. The British Attorney General addressed this obligation at a very early stage, when Spain made its request, no doubt as an alternative to conceding to extradition. It was addressed again when the Secretary of State was at the point of deciding to bring an end to the extradition process. On both occasions, the Crown Prosecution Service determined not to launch a domestic prosecution on the ground that there was no evidence against him. On March 2, the day on which the Secretary of State made his decision not to order the Senator's surrender to Spain or any other requesting state, the Solicitor General speaking for the Crown Prosecution Service confirmed the Attorney-General's view that there was "insufficient admissible evidence" to justify Pinochet's prosecution in England and that there was "no reasonable prospect" of his conviction of "any criminal offense." This is disturbing. It highlights the anomalous situation under the European Convention on Extradition whereby States Party may secure extradition on a bare statement of facts disclosing an extradition crime without the necessity for evidence or a *prima facie* case (probable cause). The stark reality was that there was no admissible evidence available in English terms (despite a European mutual assistance treaty) to support a prosecution of the Senator in the United Kingdom, yet under the European Convention on Extradition, the United Kingdom was obligated to extradite the Senator to Spain for trial. Of interest, particularly with regard to the restriction of the Spanish request to acts of torture after October 8, 1988, was that in the event of extradition and trial in Spain, Spain would have had to prove not only specific acts of torture but the Senator's responsibility for them. Requests for the *dossier* by the Senator's Spanish lawyers to see whether Spain had such evidence were persistently refused by

Judge Garzon, as also were applications for the Senator to be represented in Spain before his extradition. Judge Garzon fulfilled the judicial role of an investigating magistrate in the Spanish system, but his zeal often led him to be seen by some as acting in the role of a prosecutor. However, that is a problem where national judicial procedures differ. This problem would not arise in a trial before an international criminal court.

V. CONCLUSION

Finally, I accept, as we all must, the current trend in international law for the *accountability* of perpetrators of war crimes and crimes against humanity. However, at present, this is politically difficult to achieve where justice is selective and its administration without a cohesive policy. The activities of Pol Pot in Cambodia, Saddam Hussain in Iraq and the events in Chechnya spring to mind. At present, we are faced with international justice for the weak but not for the strong. The Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda are very much on point. The international community, through the agency of the United Nations, decided to take action with regard to international crimes committed in those states. In stark contrast, there is no political will to take action in Chechnya. What is needed is an effective system for enforcing international criminal justice. To this end, the resolutions of the United Nations establishing *ad hoc* tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda do, and now those for Sierra Leone and East Timor will, make their contribution. But what is required, and is intended by the establishment of the International Criminal Court, is one permanent working court created by Treaty that does not depend on United Nations's resolutions for the foundation of a jurisdiction that is limited to specific areas perceived to constitute a threat to peace and security. The apparent fears (which seem to me more political than real) and present reluctance of some states, including the United States, Russia and China, to sign the Treaty of Rome is to be regretted, but hopefully will be overcome with time. The International Criminal Court's role, had it existed, in the case of Senator Pinochet would have been to provide the back-up that was needed for the effective administration of international criminal justice where Chile failed to prosecute his alleged crimes.