

# Souveränität in der Staatengemeinschaft

Von *Marten Breuer*

## I. Einleitung

Souveränität ist ein Zentralbegriff der heutigen Völkerrechtsordnung.<sup>1</sup> Er ist Ausdruck des mit dem Frieden von Münster und Osnabrück 1648 entstandenen „westfälischen Systems“, welches auf dem gleichberechtigten Nebeneinander unabhängiger, territorial bezogener Herrschaftseinheiten beruht: Völkerrecht ist seither Koordinationsrecht. In der Charta der Vereinten Nationen findet dieser Befund seinen Ausdruck in der Formulierung von der „souveränen Gleichheit“ aller Staaten (Art. 2 Ziff. 1 SVN).

Angesichts dieses zentralen Charakters mag es überraschen, dass Souveränität zugleich einer der umstrittensten Begriffe des modernen Völkerrechts ist.<sup>2</sup> Die Grabesänge auf die Souveränität als ein – angeblich – überholtes Konzept erklingen freilich nicht erst, seit die Handlungsmacht des Staates durch Internationalisierung und Globalisierung zunehmend unter Druck geraten ist.<sup>3</sup> Schon im Jahr 1922 forderte kein Geringerer als Karl Strupp, der „ganze Begriff der Souveränität [solle] aus dem Völkerrecht verschwinden“.<sup>4</sup>

Und doch erweist sich der Souveränitätsbegriff als erstaunlich langlebig. Das hängt nicht zuletzt mit der Entwicklungsoffenheit dieses Begriffs zusammen: Das Verständnis von Souveränität unterliegt im Laufe der Zeit Wandlungen und reflektiert auf diese Art und Weise den jeweiligen Entwicklungsstand des Völkerrechts. Gegenwärtig sieht sich die staatliche Souveränität immer öfter eingebunden in ein Konzept der „Staatengemeinschaft“. Damit sind grundlegende Fragen nach dem Charakter der Völkerrechtsordnung angesprochen: Kann das Völkerrecht heute überhaupt noch zutreffend als eine auf dem Konsens aller Staaten gründende Rechts-

---

<sup>1</sup> Vgl. *E. Klein*, in: FS Fiedler, 2011, 541 (543): „Grundelement der geltenden Völkerrechtsordnung“; siehe auch *M. Herdegen*, in: FS Herzog, 2009, 117 (118): „Schlüsselbegriff des Völkerrechts“; IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14, Rn. 263: „fundamental principle [...] on which the whole of international law rests“.

<sup>2</sup> *H. Steinberger*, Sovereignty, in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law [EPIL], Bd. IV, 2. Aufl. 2000, 500.

<sup>3</sup> Hierzu *S. Oeter*, in: FS Steinberger, 2002, 259 ff.

<sup>4</sup> *K. Strupp*, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 2. Aufl. 1922, 44.

ordnung charakterisiert werden? Oder erleben wir mit dem Aufstieg der „Staatengemeinschaft“ vielmehr eine Kommunitarisierung<sup>5</sup> des Völkerrechts?

Eckart Klein hat entschieden vor einer Völkerrechtswissenschaft gewarnt, die selbstherrlich das Ende der staatlichen Souveränität „als eines verabscheuungswürdigen ‚s-word‘“ verkünde und damit eine Völkerrechtsordnung künstlich kreierte, „die als bloßes gedankliches Konstrukt ohne Boden unter den Pfeilern ist, die [sie] doch fundieren soll“.<sup>6</sup> In anderem Zusammenhang äußerte er einmal mir gegenüber ganz allgemein, das Recht dürfe keine illusorischen Anordnungen treffen. Daran wird deutlich, wie sehr das Denken Eckart Kleins vom Völkerrecht geprägt war, handelt es sich doch dabei um eine Rechtsordnung, die in besonderem Maße vom Grundsatz der Effektivität geprägt ist.<sup>7</sup> Die nachfolgenden Ausführungen sind Eckart Klein in Erinnerung an meine „Lehrjahre“ in Potsdam sowie in großer Dankbarkeit für vielfältig gewährte Förderung und Unterstützung gewidmet.

## II. Der Begriff der „Souveränität“ im Völkerrecht

Bevor etwaigen neueren Entwicklungstendenzen nachgegangen werden kann, erscheint es zunächst angebracht, zumindest kurz das Verständnis von „Souveränität“ zu erläutern, das den nachfolgenden Ausführungen zugrunde liegt. Der Begriff der „Souveränität“ ist bekanntlich untrennbar verknüpft mit dem Namen Jean Bodin und seinem Hauptwerk „Les Six Livres de la République“ (1576). Eine häufig anzutreffende Fehlvorstellung ist es, Souveränität mit Bindungslosigkeit, mit absoluter Freiheit gleichzusetzen. Dass dem nicht so ist, zeigt sich bereits bei Bodin, liegt doch seinem Werk die Vorstellung zugrunde, dass der Souverän zumindest an das göttliche Recht sowie an das Naturrecht gebunden ist.<sup>8</sup> „Souveränität“ ist für Bodin daher „Souveränität *im* Recht“, nicht „Souveränität *über* dem Recht“.

Dieser Gesichtspunkt kommt auch in einer noch heute gebräuchlichen völkerrechtlichen Definition von Souveränität zum Ausdruck. Souveränität bedeutet danach „Völkerrechtsunmittelbarkeit“:<sup>9</sup> Souverän ist ein Herrschaftsverband, wenn er nicht dem Recht eines anderen Staates, sondern nur dem Völkerrecht untersteht. Damit wird aber zugleich ausgesagt, dass der Herrschaftsverband *jedenfalls* an das

<sup>5</sup> Symptomatisch für diesen Ansatz der Titel der Dissertation von *M. Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010.

<sup>6</sup> *E. Klein*, in: FS Röss, 2005, 151 (154 f.).

<sup>7</sup> Vgl. *M. Breuer*, Effektivitätsprinzip, in: B. Schöbener (Hrsg.), Grundbegriffe des Völkerrechts (i.E.); *H. Krieger*, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht, 2000, *passim*; *H. Krüger*, in: FS Spiropoulos, 1957, 265 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *D. Grimm*, Souveränität, 2009, 25 f.; zum Souveränitätsbegriff bei Bodin vgl. ferner *H. Quaritsch*, AVR 17 (1977/78), 257 ff.

<sup>9</sup> Vgl. etwa *J. Delbrück*, in: G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1 1989, § 23 II 1; *K. Hailbronner/M. Kau*, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, 3. Abschnitt, Rn. 83; *T. Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, Rn. 41; *Steinberger* (Fn. 2), 512.

Völkerrecht gebunden ist und nicht im Sinne einer völligen Bindungslosigkeit über dem Völkerrecht steht.

Auch wenn der Begriff der „Völkerrechtsunmittelbarkeit“ somit einen wichtigen Aspekt von Souveränität zutreffend beschreibt, erweist er sich doch aus anderen Gründen für eine umfassende Definition als ungeeignet. Bereits Alfred Verdross hat darauf hingewiesen, völkerrechtsunmittelbar seien auch „bestimmte Individuen, Treuhandgebiete und internationale Organisationen“.<sup>10</sup> Im Folgenden wird daher ein anderer Souveränitätsbegriff zugrunde gelegt. Dieser orientiert sich bewusst an tradierten Elementen der Souveränitätsvorstellung, da nur so etwaige Entwicklungstendenzen im Völkerrecht offengelegt werden können. „Souverän“ im Sinne des Völkerrechts ist ein Herrschaftsverband danach zum einen, wenn er nicht ohne seine Zustimmung rechtlichen Bindungen unterliegt.<sup>11</sup> Dieser Aspekt der Souveränität verweist auf den Charakter des Völkerrechts als traditionell konsensuale Rechtsordnung. Zum anderen soll Souveränität im hier verwendeten Sinne die Eigenschaft eines Herrschaftsverbands bezeichnen, andere Herrschaftsgewalt von seinem Territorium ausschließen zu können.<sup>12</sup> Hierin kommt der Territorialitätsbezug von Souveränität zum Ausdruck.

### III. Fallstudien

Vor diesem begrifflichen Hintergrund sollen nun drei jüngere Phänomene näher betrachtet werden, um einem etwaigen Wandel des Souveränitätsbegriffs nachzuspüren: Das sind zum einen das Phänomen des *ius cogens* (1.), die Frage nach der Immunität von Staatsoberhäuptern vor internationalen Gerichten (2.) und schließlich die Auswirkungen, die das Konzept der „responsibility to protect“ für den Souveränitätsbegriff mit sich bringt (3.).

#### 1. *Ius cogens*

*Ius cogens* wird in Art. 53 WVK definiert als

„eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.“

Mittlerweile hat das Konzept des *ius cogens* den engen vertragsrechtlichen Zusammenhang allerdings abgelegt. *Ius-cogens*-Normen werden heute allgemein verstanden als Normen, denen ein höherer Rang im Vergleich zu sonstigem Völkerrecht

<sup>10</sup> A. Verdross, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 1950, 9.

<sup>11</sup> Vgl. B. Fassbender, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, 1089 (1090); C. Hillgruber, JZ 2002, 1072 (1075).

<sup>12</sup> Vgl. Fassbender (Fn. 11), 1090: „Impermeabilität des eigenen Territoriums“.

zukommt<sup>13</sup> und die nicht nur entgegenstehende Verträge, sondern auch einseitige völkerrechtliche Rechtsakte wie z. B. Vorbehalts- oder Verzichtserklärungen invalidieren.<sup>14</sup> Zudem gilt nach den ILC-Artikeln über die Staatenverantwortlichkeit für Ius-cogens-Verstöße ein Sonderregime.<sup>15</sup>

Typischerweise handelt es sich beim *ius cogens* um Normen des Völkergewohnheitsrechts.<sup>16</sup> Dem herkömmlichen Souveränitätsverständnis trägt das Völkergewohnheitsrecht durch das Element der *opinio iuris* Rechnung: Ein Gewohnheitssatz bedarf für seine Entstehung neben einer länger andauernden Staatenpraxis (*consuetudo*) noch der Rechtsüberzeugung, dass das praktizierte Verhalten auch tatsächlich rechtlich geboten ist. Freilich wäre die Bildung von Völkergewohnheitsrecht in der Praxis so gut wie ausgeschlossen, verlangte man eine *alle* Staaten umfassende Praxis und entsprechende *opinio iuris*. Abzustellen ist daher auf die „überwiegende Mehrheit der Staaten“.<sup>17</sup> Das freilich bedeutet, dass Völkergewohnheitsrecht auch ohne oder sogar gegen den Willen einzelner Staaten zustande kommen kann.

Das Dilemma, welches sich hieraus für das traditionelle Souveränitätskonzept ergibt, löst die Völkerrechtslehre durch die Figur der „persistent objection“.<sup>18</sup> Ein Staat kann durch beharrliches Widersprechen zwar die Entstehung neuen Völkergewohnheitsrechts nicht verhindern, der *persistent objector* ist aber an die neue Regel nicht gebunden. An dieser Stelle kommt nun das *ius cogens* ins Spiel: Da das *ius cogens* auch auf einseitige Rechtsakte bezogen wird, soll nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung eine *persistent objection* insoweit ausgeschlossen sein.<sup>19</sup> Damit

<sup>13</sup> Str., für Höherrangigkeit von *ius cogens* z. B. *M. Knauff*, Der Regelungsverbund. Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, 56 ff. (mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand); *M. Nettesheim*, JZ 2002, 569 (576); ablehnend *C. Hillgruber*, JöR 54 (2006), 57 (87 ff.); zurückhaltend auch *Klein* (Fn. 6), 152 f.; aus menschenrechtlicher Perspektive *ders.*, Israel Law Review 41 (2008), 477 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Klein* (Fn. 6), 152; *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 351 f.

<sup>15</sup> Art. 40 f. ILC-Artikel (Responsibility of States for internationally wrongful acts, GA Res. 56/83, Annex).

<sup>16</sup> Zur Frage, ob auch aus völkerrechtlichen Verträgen *ius cogens* entstehen kann, s. *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1992, 184 f.; ablehnend *Klein* (Fn. 6), 153 f.

<sup>17</sup> BVerfGE 15, 25 (35).

<sup>18</sup> Hierzu allgemein *I. Brownlie*, Principles of International Law, 7. Aufl. 2008, 11; *O. Elias*, Denning Law Journal 6 (1991) 37 ff.; *A. Orakhelashvili*, The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, 2008, 94 ff.; *T. L. Stein*, Harvard International Law Journal 26 (1985), 457 ff.; in der Völkerrechtslehre wird diese Rechtsfigur aus unterschiedlichen Gründen kritisiert, vgl. etwa *J. Charney*, BYIL 56 (1985), 1 ff.; *H. Lau*, Chinese Journal of International Law 6 (2005–2006), 495 ff.; skeptisch auch *C. Tomuschat*, RdC 241 (1993–IV), 195 (284 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. z. B. *J. Delbrück*, in: G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/3, 2002, § 152 III.1.b; *C. G. Guldahl*, NJIL 77 (2008), 51 (61 f.); *M. Herdegen*, Völkerrecht, 10. Aufl. 2011, § 3 Rn. 8; *S. Hobe/O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, 181 f.; *A. E. Roberts*, AJIL 95 (2001), 757 (784); *A. Steinfeld*, Brooklyn Law

freilich kommt es endgültig zum Bruch mit dem traditionellen Souveränitätsverständnis: Ein Staat sieht sich auch gegen seinen expliziten Willen an rechtliche Regeln gebunden, und zwar ohne die Möglichkeit, sich deren Geltung durch persistent objection zu entziehen. Als „Gesetzgeber“ scheint am Horizont vielmehr die „internationale Staatengemeinschaft“ auf, welche den zwingenden Charakter des Gewohnheitsrechtssatzes anerkannt hat.<sup>20</sup> Andreas Paulus zieht aus diesem sowie weiteren Befunden die Konsequenz, bei der „internationalen Staatengemeinschaft“ handle es sich bereits um ein Völkerrechtssubjekt, welches zwar mangels eigener Organe handlungsunfähig sei. Bei Versagen institutionalisierter Mechanismen wie etwa der Vereinten Nationen könne jedoch gegebenenfalls auch die nicht-organisierte Staatengemeinschaft für das Völkerrechtssubjekt „internationale Gemeinschaft“ handeln.<sup>21</sup> In ähnlicher Weise sieht Antonio de Luna bei der Schaffung von *ius cogens* nicht die Staaten in ihrer Eigenschaft als Individuen, sondern als Organe der internationalen Gemeinschaft (sic!) am Werk.<sup>22</sup>

An dieser Sichtweise erscheinen Zweifel berechtigt. Mit dem Konzept des *ius cogens* haben zunächst einmal materielle Rechtswerte – im Sinne eines „völkerrechtlichen ordre public“ – Einzug in das ansonsten wertneutrale Völkerrecht gehalten. Insoweit mag ein Vergleich mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) weiterführen, welche ja vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bisweilen ebenfalls als ein Instrument des ordre public (nämlich des „ordre public européen“) bezeichnet wird:<sup>23</sup> Die darin erfolgte Anerkennung materieller (menschenrechtlicher) Rechtswerte führt nicht zum Postulat einer hinter den Konventionsstaaten stehenden, mit eigenständiger Völkerrechtspersönlichkeit ausgestatteten „Konventionsgemeinschaft“. Auch lässt sich die EMRK aufgrund ihrer Entstehungsweise als völkerrechtlicher Vertrag ohne weiteres mit dem traditionellen Souveränitätsbegriff in Einklang bringen, hat doch schon der StIGH den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags gerade als Ausdruck richtig verstandener Souveränität bezeichnet.<sup>24</sup> Wenn die Staaten auf universeller Ebene durch Übereinkunft in Form einer gemeinsamen *opinio iuris* und eine entsprechende *consuetudo* materielle Rechtswerte als *ius cogens* anerkennen, ist insoweit ebenfalls kein Bedürfnis nach einem gewandelten Souveränitätskonzept ersichtlich.

---

Review 62 (1996), 1635 (1677 ff.); C. Tomuschat, RdC 241 (1993-IV), 195 (306 f.); W. Graf *um*, in: ders. (Fn. 9), I. Abschnitt, Rn. 126.

Vgl. P.-M. Dupuy, RGDIP 93 (1989), 569 (592); Tomuschat (Fn. 19), 307.

Paulus (Fn. 14), 423 f.; ähnlich Payandeh (Fn. 5), 357 (zur Gesetzgebung durch die internationale Gemeinschaft); 439 ff. (zur Völkerrechtssubjektivität der internationalen Gemeinschaft); krit. C. Hillgruber, JöR 54 (2006), 57 (83 ff.); A. Rausch, Responsibility to Protect, 2011, 82 ff.

A. de Luna, YBILC (1966 vol. I/1), 39, Rn. 34; dagegen G. M. Danilenko, Law-Making by the International Community, 1993, 230 f.

EGMR, Loizidou /. Türkei (Vorgängige Einreden), Series A no. 310, Rn. 75, 93.

StIGH, S.S. „Wimbledon“, PCIJ Series A No. 1 (1923), 15 (25): „[...] the right of entry into international engagements is an attribute of State sovereignty.“

Ein Unterschied freilich bleibt: An die EMRK sind nur die Konventionsstaaten, nicht aber Drittstaaten gebunden.<sup>25</sup> Das ist im Fall des *ius cogens* anders, sofern man der Auffassung zuneigt, eine *persistent objection* sei hier ausgeschlossen. Dieser Widerspruch lässt sich dogmatisch auf zwei Weisen auflösen: Entweder man folgt der traditionellen Sichtweise, die eine *persistent objection* auch gegenüber *Ius-cogens*-Normen zulässt.<sup>26</sup> Dieses Ergebnis steht freilich im Widerspruch zu dem Ziel des *ius cogens*, den geschützten materiellen Rechtswerten so weit wie möglich zur Durchsetzung zu verhelfen. Zudem verschafft sich der *persistent objector* mit seinem Widerspruch einen strategischen Vorteil gegenüber der übrigen Staatenwelt, welche an das *ius cogens* gebunden ist.<sup>27</sup>

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, bietet es sich an, das Verbot der *persistent objection* gegenüber einer noch im Werden befindlichen *Ius-cogens*-Norm seinerseits als völkergewohnheitsrechtlich akzeptiert zu betrachten. Der Ausschluss der *persistent objection* wird also an einen vorausliegenden Gewohnheitsrechtssatz angeknüpft. Ob der Nachweis für die insoweit erforderliche *consuetudo* und *opinio iuris* gelingen kann, erscheint angesichts der spärlichen Staatenpraxis in diesem Bereich fraglich: Hinsichtlich der *consuetudo* könnte auf den in der Literatur immer wieder angeführten Fall der Verurteilung Südafrikas wegen seiner Apartheid-Politik durch die Vereinten Nationen verwiesen werden.<sup>28</sup> Für den Nachweis der *opinio iuris* wird argumentiert, im Rahmen der Ausarbeitung der Wiener Vertragsrechtskonvention habe Frankreich einen Vorschlag, *persistent objection* gegenüber *Ius-cogens*-Normen zuzulassen, mangels Unterstützung der Vertragsrechtskonferenz wieder zurückgezogen;<sup>29</sup> die Motivlage ist insoweit allerdings nicht ganz eindeutig, so dass der Fall auch andere Interpretationen zulässt.<sup>30</sup> All dies kann vorliegend auf sich beruhen. Entscheidend ist allein, dass sich das Problem der *persistent objection* gegen *Ius-cogens*-Sätze durchaus mit den traditionellen Instrumenten der Völkerrechtsdogmatik fassen und erklären lässt. Eines Gesetzgebers „internationale Staatengemeinschaft“ bedarf es daher nicht.

<sup>25</sup> Vgl. EGMR, *Soering /J. Vereinigtes Königreich*, Series A no. 161 = EGMR-E 4, 376, Rn. 86.

<sup>26</sup> Vgl. *C. Hillgruber*, JöR 54 (2006), 57 (84 f.); *Kadelbach* (Fn. 16), 194 f.; *Knauff* (Fn. 13), 55 f.; in diese Richtung auch *O. Elias*, *Persistent Objector*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Rn. 18 (Stand: September 2006).

<sup>27</sup> *A. Steinfeld*, *Brooklyn Law Review* 62 (1996), 1635 (1679).

<sup>28</sup> Vgl. *Paulus* (Fn. 14), 347; *Tomuschat* (Fn. 19), 289; skeptisch jedoch *Elias* (Fn. 26), Rn. 4; *C. Hillgruber*, JöR 54 (2006), 57 (84) mit Fn. 108; *Kadelbach* (Fn. 16), 195.

<sup>29</sup> So *Paulus* (Fn. 14), 346.

<sup>30</sup> Vgl. *Danilenko* (Fn. 22), 235 mit Fn. 88.

## 2. Immunität von Staatsoberhäuptern vor internationalen Strafgerichten

Ein ähnliches Phänomen wie beim *ius cogens* begegnet uns im Rahmen der internationalen Strafgerichtsbarkeit, und zwar im Hinblick auf die Geltung des Grundsatzes der Immunität von Staatsoberhäuptern. Die Beispiele sind wohlbekannt: Slobodan Milošević hatte sich vor dem Jugoslawien-Kriegsverbrechertribunal zu verantworten und entging einer zu erwartenden Verurteilung nur durch seinen vorzeitigen Tod. Der ehemalige liberianische Präsident Charles Taylor ist vom Sondergericht für Sierra Leone zu 50 Jahren Haft verurteilt worden,<sup>31</sup> und der sudanesishe Präsident Al Bashir sieht sich vor dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) angeklagt.<sup>32</sup> Am 27. Juni 2011 stellte der IStGH gegen den libyschen Revolutionsführer Muammar Al-Gaddafi einen internationalen Haftbefehl aus,<sup>33</sup> der sich mittlerweile freilich durch den gewaltsamen Tod Gaddafis erledigt hat. Schließlich ist Ende November 2011 der ehemalige Präsident der Elfenbeinküste, Gbagbo, an den IStGH überstellt worden.<sup>34</sup>

Traditionell schützt das Völkerrecht Staatsoberhäupter für die Dauer ihrer Amtszeit umfassend als Person vor strafrechtlicher Verfolgung (sog. Immunität *ratione personae*). Dahinter steht der Gedanke, dass der Staat auf seine zur Außenvertretung befugten Organe angewiesen ist, so dass die Funktionsfähigkeit des zwischenstaatlichen Verkehrs insgesamt von der unbeeinträchtigten Handlungsfähigkeit dieser Organe abhängt.<sup>35</sup> Für ehemalige Staatsoberhäupter gilt der umfassende Schutz der Immunität *ratione personae* zwar nicht mehr, fort wirkt aber die sog. Immunität *ratione materiae*, d. h. das ehemalige Staatsoberhaupt braucht sich für in amtlicher Eigenschaft begangene Straftaten nicht zu verantworten.<sup>36</sup> Traditionell zielt die Immunität auf den Schutz vor den nationalen Gerichtsbarkeiten anderer Staaten ab. Das hängt damit zusammen, dass bei einer Verurteilung für in amtlicher Eigenschaft begangene Taten mittelbar ein Urteil auch über den fremden Staat gefällt würde.<sup>37</sup> Das aber stünde mit fundamentalen Grundsätzen der souveränen Gleichheit in Widerspruch (*par in parem non habet iudicium* bzw. *imperium*).

Die funktionell wirkende Immunität *ratione materiae* sieht sich seit Jahren in zunehmendem Maße unter Druck – als Stichwort sei hier nur auf das Urteil des House of

<sup>31</sup> „Charles Taylor zu 50 Jahre Haft verurteilt“, F.A.Z. vom 31. Mai 2012, 1.

<sup>32</sup> Az. ICC-02/05–01/09 vom 4. März 2009.

<sup>33</sup> Az. ICC-01/11 vom 27. Juni 2011.

<sup>34</sup> „Gbagbo in Den Haag vor Gericht“, F.A.Z. vom 1. Dez. 2011, 1.

<sup>35</sup> IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Rep. 2002, 3, Rn. 53; siehe auch R. Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (34).

<sup>36</sup> Vgl. nur G. Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 607.

<sup>37</sup> A. Paulus, NJW 1999, 2644 (2645).

Lords im Fall des chilenischen Ex-Diktators Augusto Pinochet verwiesen.<sup>38</sup> Die Immunität amtierender Staatsoberhäupter – die Immunität *ratione personae* also – ist von dieser Entwicklung bislang verschont geblieben, jedenfalls was die Strafverfolgung durch nationale Gerichtsbarkeiten angeht. Eine Bestätigung für die nach wie vor absolute Geltung der Immunität *ratione personae* vor nationalen Gerichten findet man im Urteil des IGH zum Fall Kongo gegen Belgien, der zwar nicht ein amtierendes Staatsoberhaupt, wohl aber einen amtierenden Außenminister betraf, für welchen vergleichbare Überlegungen gelten. Zentral für die Bejahung der Immunität durch den IGH war die Überlegung, „immunity“ sei nicht gleichzusetzen mit „impunity“, mit Straflosigkeit also.<sup>39</sup> Vielmehr könne auch ein amtierender Außenminister unter bestimmten Umständen gleichwohl strafrechtlich belangt werden. Und in diesem Zusammenhang verweist der IGH nun auf die Möglichkeit, einen amtierenden Außenminister vor internationalen Gerichten wie dem Jugoslawien-Kriegsverbrechertribunal, dem Ruanda-Tribunal oder dem Internationalen Strafgerichtshof anzuklagen.

Als Begründung für diese Immunitätsausnahme wird regelmäßig angeführt, der Gedanke „*par in parem non habet iudicium*“ greife hier nicht, da nicht ein einzelner Staat, sondern die Staatengemeinschaft insgesamt über das ausländische Staatsoberhaupt zu Gericht sitze.<sup>40</sup> Die staatliche Souveränität sieht sich hier also zugunsten einer – wie auch immer näher zu definierenden – „internationalen Staatengemeinschaft“ eingeschränkt. Trat beim *ius cogens* die Staatengemeinschaft in ihrer Funktion als „Gesetzgeber“ auf, wird sie hier strafverfolgend tätig. Besonders deutlich wird die Parallelität der Argumentationsmuster bei Markus Benzing, wenn dieser davon ausgeht, durch den IStGH übe die internationale Staatengemeinschaft originäre (!) Staatsgewalt aus, die bis zur Schaffung des IStGH mangels institutioneller Verfestigung lediglich latent vorhanden gewesen sei. Sofern die Staaten völkerrechtliche Verbrechen verfolgen, übten sie lediglich derivative Gerichtsbarkeit aus.<sup>41</sup>

Diese These verlangt nach einer kritischen Überprüfung. Zu fragen ist, ob die fehlende Immunität von Staatsoberhäuptern vor internationalen Gerichten nicht auch in Übereinstimmung mit der traditionellen Völkerrechtsdoktrin erklärt, also letztlich

<sup>38</sup> *House of Lords*, Regina–Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), (1999) 2 Weekly Law Reports 825; hierzu statt vieler *K. Ambos*, JZ 1999, 16 ff.; *R. Bank*, ZaöRV 59 (1999), 677 ff.; *J. Bröhmer*, LJIL 13 (2000), 229 ff.; *A. Paulus*, NJW 1999, 2644 ff.

<sup>39</sup> IGH (Fn. 35), Rn. 60.

<sup>40</sup> Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case Number SCSL-2003–01–I, Beschluss vom 31. Mai 2004, Rn. 51; *P. Gaeta*, JICJ 7 (2009), 315 (320 f.); *R. Wolfrum*, in: Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 19), § 197 II.8. Anderer Ansatz bei *D. Robinson*, in: R. Cryer et al., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2007, 20.2.3: Das Völkerrecht könne nicht bestimmte Verbrechen verbieten und zugleich die Täter schützen.

<sup>41</sup> *M. Benzing*, in: D. König/P.-T. Stoll/V. Röben/N. Matz-Lück (Hrsg.), International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?, 2008, 17 (24); für eine originäre Strafgewalt des IStGH auch *O. Lagodny*, ZStW 113 (2001), 800 (803 ff.).



aus dem souveränen Willen der Staaten hergeleitet werden kann. Insoweit ist zwischen den beiden Tribunalen für Ex-Jugoslawien (ICTY) und Ruanda einerseits sowie dem IStGH andererseits zu differenzieren.<sup>42</sup>

#### a) Jugoslawien-Kriegsverbrechertribunal und Ruanda-Tribunal

##### aa) Errichtung

Die beiden Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda basieren jeweils auf einer Resolution des UN-Sicherheitsrates gem. Kap. VII der UN-Charta.<sup>43</sup> Die Errichtung der Tribunale lässt sich somit zumindest indirekt auf die Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen zurückführen. Die Souveränität der Staaten wird hierdurch nicht prinzipiell in Frage gestellt:<sup>44</sup> Die Mitgliedschaft in einer Internationalen Organisation lässt die Souveränität ihrer Mitgliedstaaten nämlich unberührt, jedenfalls solange die Kompetenz-Kompetenz nicht von den Staaten auf die Organisation übergegangen ist.

Mit Blick auf das ehemalige Jugoslawien bedürfen diese Ausführungen freilich der Präzision: War doch nach dem Zerfall des Vielvölkerstaates zu Beginn der 1990er Jahre gerade strittig, ob der jugoslawische Staat im Wege der Dismembration untergegangen war (und mit ihm auch die UN-Mitgliedschaft) oder ob sich lediglich einzelne Republiken im Wege der Sezession von dem fortexistierenden Mutterstaat abgespalten hatten. Das Kriegsverbrechertribunal hat sich im Fall Milutinović auf den Standpunkt gestellt, die Mitgliedschaft Jugoslawiens in den Vereinten Nationen dauere angesichts des Sui-generis-Charakters der vorliegenden Situation fort<sup>45</sup> – eine Einschätzung, der von Seiten des IGH später jedoch widersprochen wurde. Der IGH ging vielmehr davon aus, die Bundesrepublik Jugoslawien sei jedenfalls im Jahr 1999 nicht Mitglied der Vereinten Nationen gewesen.<sup>46</sup> Dann aber konnte die 1993 erfolgte Einsetzung des ICTY ebenfalls nicht mit der Mitgliedschaft in der Weltorganisation begründet werden.

<sup>42</sup> Das Sondergericht für Sierra Leone betrifft einen Spezialfall, der aus Platzgründen hier nicht weiter behandelt werden kann; dazu *V. Klingberg*, in: *GYIL* 46 (2003), 537 ff.; *R. Uerpmann-Witzack*, *AVR* 44 (2006), 33 (51 f.) m.w.N.

<sup>43</sup> *SR-Res.* 827 (1993) vom 25. Mai 1993; *SR-Res.* 955 (1994) vom 8. Nov. 1994.

<sup>44</sup> Souveränitätsrechtlich problematisch erschien zunächst, dass die Errichtung internationaler Straftribunale nicht zu den typischen Maßnahmen nach Kap. VII gehörte (hierzu *K. Oellers-Frahm*, in: *FS Bernhardt*, 1995, 733 [736 ff.]). Das ICTY hat im Fall *Tadić* die Kompetenz des Sicherheitsrats bejaht, vgl. *ILM* 35 (1996), 32 (35). Seither ist es um dieses Problem still geworden, heute jedenfalls bestreitet – soweit ersichtlich – niemand mehr ernstlich die Kompetenz des Sicherheitsrats zur Einrichtung der Tribunale, vgl. *J. A. Frowein/N. Krisch*, in: *B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Art. 41 Rn. 19.

<sup>45</sup> *ICTY, Milutinović et al.*, *Az. IT-99-37-PT*, Beschluss vom 6. Mai 2003, Rn. 44.

<sup>46</sup> *IGH, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, *ICJ Rep.* 2004, 279, Rn. 79.

Das Kriegsverbrechertribunal hat im Fall Milutinović freilich noch eine hilfsweise Begründung für den Fall angeboten, dass die Bundesrepublik Jugoslawien nicht als Mitglied der Vereinten Nationen anzusehen sein sollte. Dann, so das Tribunal, sei die Gerichtsbarkeit aus der Mitgliedschaft des Vorgängerstaates, welcher sogar zu den Gründungsmitgliedern der Vereinten Nationen gehört habe, herzuleiten. Die Mitgliedschaft der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien in den Vereinten Nationen bis zu ihrem Auseinanderbrechen habe eine Zuständigkeit des UN-Sicherheitsrates begründet, auch nach einem etwaigen Untergang des Staates für Frieden und Sicherheit in der Region zu sorgen.<sup>47</sup>

Die Begründungen des ICTY in der Milutinović-Entscheidung mögen im Einzelnen anfechtbar sein.<sup>48</sup> Worauf es für den vorliegenden Zusammenhang ankommt, ist die Tatsache, dass die angebotenen Begründungen ganz in den Bahnen des traditionellen, konsensbasierten Völkerrechts verbleiben. Ein fundamental verändertes Völkerrechtsverständnis, gar der Anspruch, gänzlich losgelöst vom souveränen Willen des betroffenen Jugoslawien im Namen der Staatengemeinschaft originäre Strafge-  
walt ausüben zu können, lässt sich nicht nachweisen.

#### *bb) Immunität*

Von der Frage nach der zulässigen Errichtung der Tribunale zu unterscheiden ist die weitere Frage, ob sich amtierende (oder auch ehemalige) Staatsoberhäupter dort auf ihre Immunität berufen können. Dass das Jugoslawien-Tribunal nach der Milutinović-Entscheidung zulässigerweise Gerichtsbarkeit über die Geschehnisse im ehemaligen Jugoslawien ausübte, bedeutete nicht notwendigerweise, dass es auch über Slobodan Milošević als den ehemaligen Staatspräsidenten urteilen durfte. Die Immunität Miloševićs konnte vielmehr nur dann als aufgehoben betrachtet werden, wenn auf sie wirksam verzichtet worden war. Nun wurde Milošević bekanntlich nach seinem Sturz als Präsident von der dann amtierenden jugoslawischen Regierung unter Ministerpräsident Djindjić an das Tribunal in Den Haag ausgeliefert. Darin wird man einen impliziten Verzicht auf die Immunität Miloševićs als ehemaliges Staatsoberhaupt erblicken können.<sup>49</sup>

Aus dogmatischer Sicht problematisch ist allerdings, dass der erste Haftbefehl durch das Jugoslawien-Tribunal bereits im Jahr 1999 und damit zu einem Zeitpunkt ausgestellt wurde, da Milošević noch im Amt war. Völkerrechtlich legitimieren lässt sich dieses Vorgehen nur, wenn man dem Sicherheitsrat die Kompetenz zubilligt, auf Grundlage des Kap. VII nicht nur die Gerichtsbarkeit zu begründen, sondern auch die

<sup>47</sup> ICTY, Milutinović (Fn. 45), Rn. 59.

<sup>48</sup> Krit. *D. Akande*, *J Int'l Crim Justice* 1 (2003), 618 (629 f.); *S. Talmon*, *BYIL* 57 (2004), 101 (156 ff.), behandelt allgemein das Problem der gegen die Bundesrepublik Jugoslawien als Nicht-Mitglied der VN ergriffenen Maßnahmen, rechtfertigt diese aber mit einem Satz des Völkergewohnheitsrechts, wonach der Sicherheitsrat zum Erlass bindender Resolutionen auch gegenüber Nicht-Mitgliedern befugt sei.

<sup>49</sup> *D. Akande*, *AJIL* 98 (2004), 407 (417) mit Fn. 70.

Immunität eines amtierenden Staatsoberhauptes aufzuheben. Allerdings bleibt auch dann das Problem, dass SR-Resolution 827 hierzu keinerlei explizite Aussagen enthält, es müsste also insoweit mit der Figur des stillschweigenden (impliziten) Verzichts gearbeitet werden.<sup>50</sup>

## b) Internationaler Strafgerichtshof

Der IStGH unterscheidet sich von den beiden Tribunalen grundlegend. Denn dieser beruht nicht auf einer Kap. VII-Resolution des UN-Sicherheitsrates, sondern auf einem multilateralen völkerrechtlichen Vertrag, dem sog. Rom-Statut<sup>51</sup>. Die beiden zuvor diskutierten Fragestellungen – zulässige Errichtung sowie Geltung des Immunitätsgrundsatzes – sind daher im Fall des IStGH gesondert zu untersuchen.

### aa) Errichtung

Was die Errichtung angeht, liegen die Dinge beim IStGH zunächst relativ einfach: Mit dem Rom-Statut existiert ein völkerrechtlicher Vertrag, mittels dessen sich die Ausübung der internationalen Gerichtsbarkeit unmittelbar auf den Willen der am Statut beteiligten Staaten zurückführen lässt. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn der Angeklagte Angehöriger eines Nicht-Vertragsstaates ist. Dann stellt sich die Frage, ob der IStGH überhaupt seine Gerichtsbarkeit ausüben darf oder ob er nicht durch das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, Art. 34 WVK) daran gehindert ist.

Das Statut des IStGH gestattet die Ausübung der Gerichtsbarkeit gegenüber Drittstaatsangehörigen in drei Fällen:<sup>52</sup> (1.) auf der Grundlage des Territorialitätsprinzips, sofern das Verbrechen auf dem Territorium einer Vertragspartei begangen worden ist, (2.) auf der Grundlage einer Sicherheitsratsresolution gem. Kap. VII UN-Charta sowie (3.) wenn der Drittstaat die Zuständigkeit des IStGH gem. Art. 12 Abs. 3 Rom-Statut anerkannt hat. Souveränitätsrechtlich am wenigsten bedenklich ist die letzte Alternative: Durch die Anerkennung gem. Art. 12 Abs. 3 Rom-Statut hat der Drittstaat auf seine souveränen Rechte verzichtet. Bisweilen mag ein Drittstaat sogar ein Interesse daran haben, sich der Gerichtsbarkeit des IStGH zu unterwerfen, um diesem eine Situation zur Aburteilung überweisen zu können.<sup>53</sup> Auch die zweite

<sup>50</sup> Krit. P. Gaeta, JICJ 7 (2009), 315 (321) mit Fn. 14; zustimmend hingegen V. Klingberg, in: GYIL 46 (2003), 537 (546 f.); R. Uerpman-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (38); siehe auch C. Kreß, GA 2003, 25 (39 f.).

<sup>51</sup> Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, BGBl. 2000 II 1394.

<sup>52</sup> Vgl. L. Buzzard, American University Int'l L. Rev. 24 (2008–2009), 897 (921) mit Fn. 115.

<sup>53</sup> Vgl. die rechtliche Auseinandersetzung um die Erklärung Palästinas vom 22. Jan. 2009, hierzu Y. Ronen, J Int'l Crim Justice 8 (2010), 3 ff.; darauf antwortend Y. Shany, J Int'l Crim Justice 8 (2010), 329 ff.; siehe ferner A. Pellet, J Int'l Crim Justice 8 (2010), 981 ff.; M. N. Shaw, J Int'l Crim Justice 8 (2010), 301 ff. Die Anklagebehörde am IStGH hat am

Alternative leuchtet ohne weiteres ein: Wenn der Sicherheitsrat schon die Kompetenz besitzt, auf der Grundlage einer Kap. VII-Resolution eigens ein Straftribunal einzusetzen, so muss es ihm erst recht gestattet sein, sich für dieselben Zwecke des IStGH zu bedienen. Ob der Angeklagte Angehöriger einer Partei des Rom-Statuts ist oder nicht, erscheint insoweit irrelevant. Mit der Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen haben die UN-Mitgliedstaaten vielmehr die Kompetenz des Sicherheitsrates zur Strafverfolgung dem Grunde nach anerkannt.

Souveränitätsrechtlich problematischer erscheint die erste Alternative: Wird durch die Ausübung der Strafgewalt gegenüber dem Angehörigen einer Nicht-Vertragspartei nicht deren Souveränität verletzt? Dies ist jedenfalls die Auffassung von Teilen der US-amerikanischen Völkerrechtsliteratur, die einen Verstoß gegen den *Pacta-tertiis*-Grundsatz reklamiert.<sup>54</sup> Diesem Einwand kann indes nicht gefolgt werden: Aus der Personalhoheit des Heimatstaates eines Straftäters folgt nicht dessen Anspruch, exklusiv über die Strafverfolgung entscheiden zu dürfen.<sup>55</sup> Vielmehr existiert mit dem Territorialitätsprinzip ein zweiter Anknüpfungspunkt, der die Ausübung von Strafgewalt über Drittstaatsangehörige gestattet. Wenn nun der Territorialstaat selbst die Strafverfolgung vornehmen dürfte, so muss es ihm erst recht gestattet sein, sich hierfür eines internationalen Gerichts zu bedienen. Die auf dem Territorialitätsprinzip gründende Ausübung der Strafgewalt durch den IStGH erweist sich damit ebenfalls als souveränitätsrechtlich unbedenklich.

#### *bb) Immunität von Staatsoberhäuptern*

Ist es dem IStGH somit nicht schon von vornherein verwehrt, über Drittstaatsangehörige zu urteilen, so stellen sich besondere Probleme im Zusammenhang mit der Immunität amtierender Staatsoberhäupter. Hierzu heißt es in Art. 27 Abs. 2 Rom-Statut:

„Immunität oder besondere Verfahrensregeln, die nach innerstaatlichem Recht oder nach dem Völkerrecht mit der amtlichen Eigenschaft einer Person verbunden sind, hindern den Gerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über eine solche Person.“

Es erscheint fraglich, ob die in der Bestimmung zum Ausdruck kommende Unbeachtlichkeit der Immunität *ratione personae et materiae* nur gegenüber den Vertragsparteien des Statuts gilt oder auch gegenüber Drittstaaten.<sup>56</sup> Diese Frage stellte

---

3. April 2012 entschieden, auf Palästina mangels Staatsqualität einstweilen Art. 12 Abs. 3 Rom-Statut nicht anzuwenden, vgl. [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A-FAFF5F334B92/284387/SituationinPalestine\\_030412ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A-FAFF5F334B92/284387/SituationinPalestine_030412ENG.pdf) (letzter Aufruf 31. Aug. 2012).

<sup>54</sup> Vgl. R. Wedgewood, EJIL 10 (1999), 93 (99 ff.).

<sup>55</sup> W. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2010, 286.

<sup>56</sup> Keine Probleme bestehen hier wiederum, wenn der Heimatstaat auf die Souveränität verzichtet hat. Das mag bei amtierenden Staatsoberhäuptern so gut wie ausgeschlossen sein, nicht aber bei ehemaligen: Jedenfalls nach einem Machtwechsel mag die neue Regierung ein

sich in aller Schärfe im Fall des vor dem IStGH angeklagten sudanesischen Präsidenten Al Bashir, da der Sudan nicht Vertragspartei des Rom-Statuts ist.<sup>57</sup> Die Pre-Trial Chamber, welche die Anklage gegen Al Bashir zuließ, hat diese Frage in dem letztgenannten Sinne u. a. mit dem Argument bejaht, dass die Situation in Darfur vom Sicherheitsrat im Wege einer Kap. VII-Resolution an den Gerichtshof verwiesen worden sei.<sup>58</sup> Dem wird man folgen können.<sup>59</sup> Wenn der Sicherheitsrat die Kompetenz besitzt, die Gerichtsbarkeit des IStGH über einen Drittstaat zu begründen, muss die Verweisung zugleich dazu führen, etwaige Immunitätsregeln außer Kraft zu setzen.<sup>60</sup> Alles andere führte zu dem unerträglichen und in sich widersprüchlichen Ergebnis, dass der IStGH auf der Grundlage der Verweisung zwar prinzipiell seine Gerichtsbarkeit ausüben könnte, die Hauptverantwortlichen aber nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnten. Dem sollte durch die Entwicklung der internationalen Strafgerichtsbarkeit gerade entgegengewirkt werden. Letztlich verbleibt die Argumentation auch hier im System konsensualer Rechtsetzung, da die UN-Mitgliedstaaten über ihre Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen die betreffende Kompetenz des Sicherheitsrates akzeptiert haben.

Umso schwerer fällt es aber, die Unbeachtlichkeit der Immunität im Falle der bloß territorialen Anknüpfung der Gerichtsbarkeit zu begründen. Der Territorialstaat selbst dürfte sich nach der Rechtsprechung im Fall Kongo gegen Belgien ja gerade nicht über die Immunität *ratione personae* hinwegsetzen.<sup>61</sup> Versteht man die Rechtsprechungskompetenz des IStGH als von den Staaten abgeleitet, können dem Gerichtshof nicht mehr Kompetenzen zuwachsen, als die Staaten selbst besitzen (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Anders verhält es sich, wenn man im oben angedeuteten Sinne dem IStGH originäre Strafgewalt zubilligt: Dann würde der Gerichtshof für die „internationale Staatengemeinschaft“ seine Gerichtsbarkeit ausüben. Die für die Staaten geltenden Beschränkungen wären dann nicht ohne weiteres einschlägig.

Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel, der Staatengemeinschaft eine derart selbstständige Rolle zuzubilligen. Zwar gehören dem Rom-Statut heute bereits mehr

---

ehemaliges Staatsoberhaupt an den IStGH überstellen und damit zumindest implizit auf die fortwirkende Immunität *ratione materiae* verzichten. Ein Beispiel hierfür liefert der Fall des ehemaligen ivorischen Staatspräsidenten Gbagbo (Fn. 34).

<sup>57</sup> Sudan ist zwar Unterzeichnerstaat, hat aber durch spätere Erklärung deutlich gemacht, dass es nicht ratifizieren wird, vgl. S. Williams/L. Sherif, *Journal of Conflict & Security Law* 1 (2009), 71 (78) mit Fn. 43.

<sup>58</sup> Az. ICC-02/05–01/09, Beschluss vom 4. März 2009, Rn. 45. Im Fall Gaddafi hat die Pre-Trial-Chamber lediglich auf die Begründung im Fall Al Bashir verwiesen, Az. ICC-01/11, Beschluss vom 27. Juni 2001, Rn. 9.

<sup>59</sup> Ebenso Buzzard (Fn. 52), 927; a.A. Schabas (Fn. 55), 451 f.; krit. auch P. Gaeta, *JICJ* 7 (2009), 315 (323 f.).

<sup>60</sup> Ebenso R. Uerpman-Witzack, *AVR* 44 (2006), 33 (41 f.); siehe auch C. Krefß, *GA* 2003, 25 (40).

<sup>61</sup> Siehe oben bei Fn. 39.

als die Hälfte der UN-Mitgliedstaaten an. Was aber befähigt die derzeit<sup>62</sup> 121 Vertragsstaaten, für „die Staatengemeinschaft“ in ihrer Gesamtheit zu sprechen?<sup>63</sup> Wäre die Situation eine andere, wenn dem Rom-Statut heute beispielsweise erst die für das Inkrafttreten des Statuts erforderlichen 60 Staaten angehörten? Diese Überlegung führt zu der Einsicht, dass im Falle des IStGH zwar in der Tat nicht ein einzelner Staat zu Gericht sitzt – doch auch nicht die Staatengemeinschaft insgesamt. Vielmehr sitzen die im Rom-Statut verbundenen Staaten zu Gericht, und zwar durch einen internationalen Spruchkörper, den sie sogar mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet haben (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Rom-Statut). Das aber bedeutet, dass der *Pacta-tertiis*-Grundsatz hier voll zur Geltung kommt (kommen muss): Art. 27 Abs. 2 Rom-Statut ist daher einschränkend in dem Sinne auszulegen, dass gegenüber Drittstaaten im Falle einer auf dem Territorialitätsprinzip begründeten Gerichtsbarkeit die Immunität *ratione personae* nicht überwunden wird.<sup>64</sup> Wer dem nicht folgen will, kommt nicht umhin, eine gewohnheitsrechtliche Ausnahme von der Immunität *ratione personae* vor internationalen Gerichten zu postulieren.<sup>65</sup>

### c) Ergebnis

Zu welchem Ergebnis führen uns die vorstehenden Überlegungen? Gewiss lässt sich festhalten, dass die Errichtung und Praxis der internationalen Strafgerichte das traditionelle völkerrechtliche Konsensprinzip z. T. bis an seine Grenzen geführt hat. Ein fundamentaler Paradigmenwechsel im Sinne einer verselbständigten Strafgewalt der „internationalen Gemeinschaft“ lässt sich demgegenüber nicht feststellen. Das Völkerrecht bleibt auch weiterhin vom Konsens der Staaten getragen.

### 3. *Responsibility to protect*

Umso entscheidender ist nach alledem die Frage, ob durch die sog. „responsibility to protect“ (R2P) das Völkerrecht seinen traditionellen Charakter als von den Staaten abgeleitete Rechtsordnung verloren hat. Die responsibility to protect ist ein wahrer „Shooting-Star“ des Völkerrechts: Gerade einmal im Jahr 2001 von einer Experten-

<sup>62</sup> Stand: 31. Aug. 2012.

<sup>63</sup> R. Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (40 f.) verweist einerseits auf den schwach organisierten Charakter des Völkerrechts, der einzelne Staaten möglicherweise dazu befähigen könnte, für die internationale Gemeinschaft insgesamt zu handeln. Andererseits anerkennt er aber zutreffend (S. 42 ff.), dass die materielle Legitimation des IStGH durch Objektivität und Neutralität für sich genommen nicht ausreicht, um einen vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen Konsens der betroffenen Staaten zu ersetzen (S. 44).

<sup>64</sup> Ebenso V. Klingberg, in: GYIL 46 (2003), 537 (549 ff.); Schabas (Fn. 55), 450; siehe auch L. A. Casey/D. B. Rivkin, Virginia Journal of International Law 44 (2003), 63 (82).

<sup>65</sup> In diesem Sinne P. Gaeta, JICJ 7 (2009), 315 (320 ff.); vorsichtig in diese Richtung auch C. Kreß, GA 2003, 25 (40 f.); Werle (Fn. 36), Rn. 616; dagegen jedoch R. Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (45 ff.).

kommission aus der Taufe gehoben,<sup>66</sup> hat das Prinzip bereits Eingang in das Ergebnisdokument des UN-Weltgipfels von 2005 gefunden<sup>67</sup> und erfreut sich seither ungebrochener Beliebtheit in der Völkerrechtslehre.<sup>68</sup> Dabei ist nicht einmal klar, ob es sich bei der R2P überhaupt bereits um einen Bestandteil des geltenden Völkerrechts handelt.<sup>69</sup> Ihre Schöpfer sprechen von einem „emerging guiding principle“,<sup>70</sup> das vom damaligen UN-Generalsekretär Kofi Annan eingesetzte UN-High Level Panel on Threats, Challenges and Change qualifizierte sie als eine „emerging norm“ des Völkerrechts.<sup>71</sup> Zusätzliche Nahrung dürfte die Diskussion um den Rechtscharakter der R2P durch die Erwähnung in der Sicherheitsrats-Resolution 1973 erhalten haben, mit welcher die NATO-Intervention in Libyen autorisiert wurde.<sup>72</sup> Im Folgenden mag die Frage nach dem Rechtscharakter der R2P jedoch dahinstehen; stattdessen soll der Schwerpunkt auf den konzeptionellen Auswirkungen liegen, die diesem Prinzip innewohnen.

Die R2P ist letztlich eine Antwort auf Gräueltaten wie diejenigen von Somalia, Ruanda oder Srebrenica. Auch wenn sich die R2P bei weitem nicht in der Legitimierung humanitärer Interventionen erschöpft, liegt in diesem Punkt doch die eigentliche Sprengkraft des Prinzips. Zentral ist dabei das Verständnis von Souveränität als Verantwortung („sovereignty as responsibility“):<sup>73</sup> Während das traditionelle Souveränitätskonzept allein den negativen Aspekt des Ausschlusses fremder Staatsgewalt vom eigenen Territorium betont hat, ergänzt die R2P das Recht auf Souveränität um eine korrespondierende Pflicht, die eigene Bevölkerung vor massiven Menschenrechtsverletzungen zu bewahren. Kommt der Territorialstaat dieser Verpflichtung nicht nach – und hierin liegt die eigentliche Innovation – geht die Verantwortung für die betroffene Bevölkerung vom Territorialstaat auf die Staatengemeinschaft

<sup>66</sup> The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty vom Dez. 2001, abrufbar unter <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (letzter Aufruf 31. Aug. 2012).

<sup>67</sup> World Summit Outcome vom 16. Sept. 2005, Res. A/RES/60/1, Rn. 138 f.

<sup>68</sup> Aus der überreichen Fülle an Literatur vgl. etwa A. v. Arnould, *Friedens-Warte* 84 (2009), 11 ff.; A. J. Bellamy u. a. (Hrsg.), *The responsibility to protect and international law*, 2011; P. Hilpold, *SZIER* 21 (2011), 231 ff.; J. Hoffmann/A. Nollkaemper (Hrsg.), *Responsibility to protect. From Principle to Practice*, 2012; C. Kreuter-Kirchhof, *AVR* 48 (2010), 338 ff.; Rausch (Fn. 21), *passim*; C. Verlage, *Responsibility to protect*, 2009; A. Zimmermann, in: FS Simma, 2011, 629 ff.

<sup>69</sup> Hierzu etwa C. Stahn, *AJIL* 101 (2007), 99 ff.; Rausch (Fn. 21), 41 ff.; Verlage (Fn. 68), 43 ff., jeweils m.w.N.

<sup>70</sup> ICISS-Bericht (Fn. 66), 2.24.

<sup>71</sup> A more secure world: our shared responsibility, A/59/565, Rn. 203; ebenso K. Annan, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, A/59/2005, Rn. 135.

<sup>72</sup> SR-Res. 1973 (2011) vom 17. März 2011; hierzu z. B. A. Pradetto, in: ders. (Hrsg.), *Demokratischer Frieden, „responsibility to protect“ und die „humanitäre Intervention“ in Libyen*, *Studien zur Internationalen Politik*, Heft 1/2012, 53 ff.

<sup>73</sup> Hierzu insbesondere A. Etzioni, *Orbis* 50 (2006), 71 ff.; G. Nolte, in: *Proceedings of the 99<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2005, 389 ff.; T. Reinold, *Friedens-Warte* 84 (2009), 101 ff.

über. Auch hier begegnet uns also das Phänomen, dass die staatliche Souveränität in die „internationale Staatengemeinschaft“ eingebunden wird.

Die Frage, auf die es für den vorliegenden Zusammenhang ankommt, lautet, ob es damit zu einer konzeptionellen Neubegründung des Völkerrechts gekommen ist. Dies ist jedenfalls die These von Anne Peters, die in der R2P einen Paradigmenwechsel vom staatszentrierten hin zu einem auf Humanität gegründeten Völkerrecht erblickt. Peters zieht dabei eine Parallele zum innerstaatlichen Bereich: Ebenso wie die Ausübung von Herrschaftsgewalt ehemals das nicht hinterfragbare Recht des souveränen Fürsten gewesen sei und doch heute legitimiert werden müsse durch die Rückbindung an den Willen des Souveräns – des Volkes –, vollziehe sich nun auf völkerrechtlicher Ebene eine ähnliche Entwicklung.<sup>74</sup> Hierdurch lasse das Völkerrecht den Absolutismus Hobbes'scher Prägung hinter sich und wende sich hin zum liberalen Gedankengut eines John Locke.<sup>75</sup>

Der Vergleich mit John Locke ist insofern klug gewählt, als jener es war, der die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen *vor* dem Staat betonte – im Gegensatz zu Hobbes, der nur den Schutz des Einzelnen *durch* den Staat kannte.<sup>76</sup> Durch sein Verständnis vom Menschen als einem von Natur aus freien, gleichen und unabhängigen Wesen wurde er zu einem Vordenker des Grundrechtsschutzes heutiger Prägung.<sup>77</sup> Und doch trägt die Parallele letztlich nur auf den ersten Anschein: Denn mittels eines Gesellschaftsvertrags im Sinne Lockes lässt sich die Ausübung von Herrschaftsgewalt doch nur auf die im Staatsvolk zusammengefassten Bürger, also auf die mit politischen Mitwirkungsrechten ausgestatteten *citoyens*, zurückführen. Der R2P liegt allerdings nicht ein bürgerschaftliches, sondern ein menschenrechtliches Konzept zugrunde: Die Staaten sind zum Schutz ihrer Bevölkerung verpflichtet, unabhängig davon, ob es sich um ihre eigenen Angehörigen handelt oder nicht. Peters sieht diesen Widerspruch durchaus, lässt ihn aber letztlich unaufgelöst.<sup>78</sup>

Aufgrund dieses menschenrechtlichen Ansatzes ist die R2P aber am Ende ungeeignet, einen Wechsel der „Letztbegründung“ für die Ausübung von Herrschaftsgewalt von den Staaten hin zum Einzelmenschen zu bewirken. Im Unterschied zum Staatsvolk, welches eine hinreichend konkret definierte Größe ist, um Träger des Souveränitätsrechts sein zu können, bilden die Einzelmenschen lediglich eine amorphe Masse. Dieser in einem rechtlich relevanten Sinne das Souveränitätsrecht zuzuschreiben, kommt nicht in Betracht. Wenn sich die Staaten mit der R2P daher zum

<sup>74</sup> A. Peters, EJIL 20 (2009), 513 (521).

<sup>75</sup> A. Peters, EJIL 20 (2009), 513 (526).

<sup>76</sup> Vgl. J. Isensee, in: FS Eichenberger, 1982, 23 (28).

<sup>77</sup> Statt vieler H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 4.

<sup>78</sup> A. Peters, EJIL 20 (2009), 513 (526): „A difference is that the liberal trust-givers are the citizens (the nation), whereas the ICISS principals are all persons within the state's territory, including foreigners.“



Schutz der Bevölkerung verpflichtet, dann tun sie das – um im Bild zu bleiben – nach dem Vorbild einer konstitutionellen Monarchie, nicht des freiheitlichen Rechtsstaats.

Führt die R2P somit zu keiner grundlegenden Neukonzeption im Verhältnis Staat-Einzelmensch, ist in einem weiteren Schritt das Verhältnis des Staates zur Staatengemeinschaft in den Blick zu nehmen. Hier ist zunächst einmal auf die bestehende Parallele zum internationalen Strafrecht hinzuweisen:<sup>79</sup> Ebenso wie nach dem Rom-Statut die Territorialstaaten vorrangig für die Strafverfolgung zuständig sind und die Zuständigkeit an den IStGH nur verlieren, wenn sie hierzu entweder nicht willens oder aber nicht in der Lage sind (Art. 17 Abs. 1 lit. a Rom-Statut), verhält es sich auch mit der Verantwortlichkeit im Sinne der R2P. Freilich ist hieraus, soweit ersichtlich, bislang nicht der Schluss gezogen worden, die Staatengemeinschaft sei originär für die Einhaltung der fundamentalen Menschenrechte zuständig und die Territorialstaaten üben diese Verantwortung nur mittels Delegation aus. Vielmehr beschreibt die Verantwortlichkeit der Staatengemeinschaft im Sinne der R2P eine Rückfallposition, die nur höchst ausnahmsweise aktiviert werden soll. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass Ausübung der Verantwortung durch die Staatengemeinschaft – jedenfalls nach dem Gipfeldokument von 2005 – stets und nur in Übereinstimmung mit der UN-Charta erfolgen darf.<sup>80</sup> Eine nicht autorisierte humanitäre Intervention wie im Fall des NATO-Eingreifens im Kosovo wird hierdurch also gerade nicht legalisiert.<sup>81</sup>

Dann allerdings erscheint fraglich, welchen Mehrwert die R2P im Verhältnis zur bisherigen Dogmatik erbringen soll. Ein Eingreifen des Sicherheitsrates im Falle massiver Menschenrechtsverletzungen ist bereits durch den Übergang vom negativen zum positiven Friedensbegriff in Art. 39 UN-Charta begründbar.<sup>82</sup> Einer zusätzlichen Legitimation durch die R2P bedarf es hierfür nicht, so dass die Anrufung dieses Prinzips durch den Sicherheitsrat in der Libyen-Resolution letztlich redundant erscheint. Einen Unterschied bewirkt die R2P lediglich insofern, als die UN-Mitgliedstaaten diesem Konzept zufolge zu einem Eingreifen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sein können.<sup>83</sup> Gerade die Existenz einer derartigen Verpflichtung im Rechtssinne ist vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Politik gegenüber Syrien und anderen Staaten jedoch mehr als fraglich.

<sup>79</sup> Zu dieser Parallele etwa auch *Benzing* (Fn. 41), 36 f.

<sup>80</sup> World Summit Outcome (Fn. 67), Rn. 139: „In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, *in accordance with the Charter*, including Chapter VII ...“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>81</sup> Wie hier wohl *A. v. Arnould Friedens-Warte* 84 (2009), 11 (34 f.); a.A. *C. Kreuter-Kirchhof*, AVR 48 (2010), 338 (349): Die Frage nach der Zulässigkeit einer einseitigen Intervention sei bewusst offen gelassen worden.

<sup>82</sup> Vgl. *A. v. Arnould Friedens-Warte* 84 (2009), 11 (30 f.).

<sup>83</sup> Hierzu *Verlage* (Fn. 68), 33 ff. m.w.N.

#### IV. Schluss

Dass die Fähigkeit der Staaten zu freier, ungebundener Entscheidung zu Beginn des 21. Jh. geringer ist als gegen Ende des 19. Jh., ist angesichts zunehmender internationaler Verrechtlichung eine Binsenweisheit. Durch sie wird die Souveränität, verstanden als Souveränität *im* Recht, jedoch nicht prinzipiell in Frage gestellt. Gewiss lässt sich nicht bestreiten, dass in dem Konzept der „Souveränität als Verantwortung“, sollte sich die R2P auch als Rechtsprinzip durchsetzen, ein gewandeltes Souveränitätsverständnis zum Ausdruck kommt. Das belegt indes nur einmal mehr die Entwicklungsoffenheit des Souveränitätsbegriffs.

Der Begriff der „Staatengemeinschaft“ erweist sich vor dem Hintergrund der vorstehenden Untersuchungen in erster Linie als ein politischer: Eine Berufung auf den Willen der Staatengemeinschaft impliziert die Legitimität des eigenen Handelns. Eine rechtliche Bedeutung, gar im Sinne eines verselbständigten Völkerrechtssubjekts „internationale Gemeinschaft“, kommt dem Begriff hingegen nicht zu. Zwar hat das Phänomen der fehlenden Immunität von Staatsoberhäuptern vor internationalen Gerichten gezeigt, welche Schwierigkeiten es im Einzelfall bereiten kann, die Rückbindung an den souveränen Willen der Staaten zu wahren. Weder die R2P noch die Immunitätsfrage haben jedoch letztlich hinreichende Indizien dafür erbracht, von einem epochalen Bruch im Verständnis des Völkerrechts als einer konsensbasierten Rechtsordnung auszugehen. Die Kopernikanische Wende steht daher noch aus.