

# Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?

*Daniel Thürer\**

“Die Rechtswissenschaft darf daher meines Erachtens nicht bloss die schon in früheren Zeiten zur Geltung gelangten Rechtssätze protokollieren, sondern soll auch die in der Gegenwart wirksamen Rechtsüberzeugungen neu aussprechen und durch diese Aussprache ihr Anerkennung und Geltung verschaffen helfen.”

Johann Caspar Bluntschli<sup>1</sup>

## *I. Veränderungen, Umbruch*

Für uns Zeitgenossen, die wir in die unerbittlichen Anforderungen des täglichen Lebens verstrickt sind, sei die Trennungslinie zwischen einem Zeitalter und dem nächsten beim Überschreiten wahrscheinlich kaum sichtbar, schrieb Hannah Arendt; erst nachdem die Menschen darüber hinweggestolpert seien, wüchsen die Linien zu Mauern empor, hinter denen unwiederbringlich die Vergangenheit zurückbleibe.<sup>2</sup> Standen wir nach dem Untergang der Sowjetunion und dem Ende des Kalten Krieges an einem jener entscheidenden Wendepunkte der Geschichte, welche ganze Epochen voneinander trennten?

Im Jahr 1989 scheint in der Tat ein Bruch im System der internationalen Beziehungen und damit auch der Entwicklung des Völkerrechts eingetreten zu sein, dessen Tragweite wir wohl erst aus historischer Distanz wahrzunehmen und zu ermessen vermögen. In seiner klassischen Gestalt hatte das Völkerrecht einen vorwiegend formalen, instrumentalcharakter: Es sollte die äusseren Beziehungen zwischen den koexistierenden, souveränen Staaten regeln. Georg Schwarzenberger unterschied 1955 drei Grundfunktionen des Völkerrechts nämlich das “Recht der Macht”, das “Recht der Gegenseitigkeit” und das “Recht der Gemeinschaft”, wobei er dem ersten Grundtypus eine überragende Bedeutung zumass.<sup>3</sup> Er kam zum Schluss:

---

\* Professor Dr. iur., LL.M. (Cambridge), Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich. Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den ich anlässlich einer Tagung zu Ehren von Hannah Arendt im April 2000 im Zürcher Rathaus gehalten hatte; Stil und Gedankenführung sind durch den Anlass stark geprägt. Meinen Assistenten Frau lic. iur. Ursula Leu und Herrn lic. iur. Pascal Baur danke ich für ihre wertvolle Mitarbeit.

<sup>1</sup> Johann Caspar Bluntschli, Brief an Dr. Franz Lieber in New York vom 1. October 1872, in: Ders., *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten*, 2. Aufl., Nördlingen 1872, VII.

<sup>2</sup> Hannah Arendt, *Zur Zeit – Politische Essays*, hrsg. von Marie Luise Knott, Hamburg 1999, 163.

<sup>3</sup> Georg Schwarzenberger, *Machtpolitik – Eine Studie über die internationale Gesellschaft*, Tübingen 1955, 130ff.

“Das Völkerrecht als Recht der Macht dient nicht nur dem Primat der Machtpolitik, sondern sichert zugleich die Monopolstellung souveräner Staaten als Mitglieder der internationalen Aristokratie ...

Soweit Völkerrecht ein Recht der Macht ist, erfüllt es die Aufgaben eines reinen Gesellschaftsrechts. Es erklärt Macht und brutale Gewalt für rechtmässig und rechtswirksam und ermöglicht eine geschickte ideologische Verschleierung der mit jedem System internationaler Machtpolitik notwendigerweise verbundenen Ungerechtigkeiten.”<sup>4</sup>

Demgegenüber hatte Walther Burckhardt im Hinblick auf die “Unvollkommenheit des Völkerrechts” und zu dessen Charakterisierung bereits 1923 geschrieben:

“Die menschlichen Gemeinschaften, die wir Staaten nennen, sind, wie die Menschen selbst, berufen, Gerechtigkeit zu üben; ihre Verantwortung für ihr geschichtliches Wirken ist um so grösser, als sie sich nicht auf das Urteil eines unvollkommenen positiven Rechts berufen können. Sie haben sich immer vor der Gerechtigkeit selbst zu verantworten.”<sup>5</sup>

Im Jahr 2000 urteilt nunmehr Cornelio Sommaruga im Rückblick auf seine 12-jährige Tätigkeit als Präsident des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz:

“Une révolution du droit international est en marche, qui vise à moraliser les relations internationales. Elle est sans précédent dans l’histoire, bien qu’elle n’en soit encore à ses balbutiements.”<sup>6</sup>

Und er führt weiter aus:

“L’affirmation assez récente de l’unicité de l’homme et de l’unicité de la planète, ainsi que les moyens d’informations sans précédent dont nous disposons, m’amènent à penser qu’au siècle prochain, l’éthique pourrait conquérir une place centrale dans les relations internationales, pourvu qu’elle prouve des valeurs qui sont aussi porteurs de stabilité. Il y a fort à parier que le respect des droits de l’homme, le respect du droit humanitaire et le respect de l’environnement auront une place déterminante dans la manière dont sera façonné le nouvel ordre international.”<sup>7</sup>

Was hat sich ereignet? Das Völkerrecht befindet sich seit dem Jahr 1989 in tiefgreifendem Wandel. Die Akteure sind im Begriff, sich zu vervielfachen.<sup>8</sup> Inhaltlich dringen ins Völkerrecht, eine traditionell formal-machtorientierte Ordnung, zunehmend Wertefragen ein: nicht nur Friede, sondern auch Gerechtigkeit, nicht nur Stabilisierung etablierter Macht, sondern auch Humanität, nicht nur die Vertretung der Regierungsanliegen, sondern auch die Förderung der Rechte und

<sup>4</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>5</sup> Walther Burckhardt, *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts*, Bern 1923, 23 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>6</sup> Cornelio Sommaruga, *Réflexions et convictions sur l’humanitaire d’aujourd’hui et de demain*, in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2000, 302 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>7</sup> *Ibid.*, 304, 305.

<sup>8</sup> Vgl. Rainer Hofmann (Hrsg.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law, International Law – From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community*, Berlin 1999, mit Beiträgen von Ruth Wedgwood, Daniel Thürer, Thomas M. Franck und Stephan Hobe.

Bedürfnisse der Völker werden zu seinen Zielen gezählt. UN-Generalsekretär Kofi A. Annan hielt fest:

“The Charter protects the sovereignty of peoples. It was never meant as a licence for governments to trample on human rights and human dignity. Sovereignty implies responsibility, not just power.”<sup>9</sup>

Und:

“The United Nations is an association of sovereign States, but the rights it exists to uphold belong to the peoples, not governments.”<sup>10</sup>

Das Völkerrecht hat zunehmend Themen, Charakterzüge und Legitimationsformen in sich aufgenommen, die für “ausgereifte” innerstaatliche Rechtsordnungen typisch sind. Es sind neben den Ausdehnungs- auch innere Wachstumsprozesse zu verzeichnen.

Nachfolgend wird nun versucht, Wandel und Wachstum, die das Völkerrecht in der Epoche nach dem Kalten Krieg erfahren hat, anhand einiger Entschiede, Ereignisse und Episoden zu illustrieren. Wir beginnen mit Fragen der Aufarbeitung und der Bewältigung des im Zweiten Weltkrieg begangenen Unrechts, dessen Erinnerung – symptomatischerweise – am Anfang unserer neuen Epoche schlagartig im kollektiven Gedächtnis aufgetaucht ist und den Ton und die Themen des neuen Diskurses geprägt hat. Es folgen zwei Gerichtsfälle: der *Pinochet*-Fall des House of Lords, der eine wahre Bresche in das alte Dogma der Immunität geschlagen hat, und der *Tadic*-Fall des Jugoslawien-Tribunals mit seiner spektakulären Erschließung der Zuständigkeit des Gerichts auch für in nicht-internationalen Konflikten begangene schwere Verletzungen des (humanitären) Völkerrechts. Wir werfen dann einen Blick auf die Bühne des Regierungshandelns: die NATO-Intervention im Kosovo, die als Katalysator der Umbruchsituation weltweit eine einzigartige Resonanz ausgelöst hat. Es werden auch “Legislativ”werke oder -projekte *pro futuro* aufgegriffen, die ebenfalls exemplarisch Kristallisationspunkte der modernen Entwicklung veranschaulichen, nämlich die Antipersonenminen-Konvention (Ottawa-Konvention), ein innerstaatliches Verfassungsprojekt aus Osteuropa und – zukunftsgerichtet – Fragen der Einbindung transnationaler Unternehmen in den internationalen Menschenrechtsschutz. Das Atomwaffen-Gutachten des Internationalen Gerichtshofes schliesst den Bogen, indem es Licht auf die Strukturen und Grundlagen der neuen “Verfassungs”ordnung wirft, in deren Rahmen die genannten Fälle liegen und auch zu beurteilen und zu bewerten sind. Obwohl unsere acht Fallsituationen in der Folge gleichförmig aneinandergereiht werden, nimmt das erste Beispiel über die Bewältigung des nationalsozialistischen Un-Rechtssystems doch eine Sonderstellung ein, da es gleichsam als “Vorstufe” oder “Prämisse” zu den nachfolgend vorgestellten Fällen und Situationen erscheint.

Die Auswahl der genannten Szenen und Materialien ist insofern repräsentativ, als alle drei Arten von Grundaufgaben, die das innerstaatliche wie auch das inter-

<sup>9</sup> Kofi A. Annan, *The Question of Intervention – Statements by the Secretary-General 1999*, 6.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 12.

nationale System kennzeichnen, angesprochen sind: nämlich die rechtssetzende, die exekutive und die richterliche Funktion. Im übrigen wohnt der Auswahl insofern vielleicht auch eine gewisse Zufälligkeit inne, als einzelne Fälle und Themen einen besonderen Bezug zu jüngsten Tätigkeiten und "Einsätzen" des Autors haben. Alle Beispiele aber werden nicht um ihrer selbst willen, sondern nur deswegen hervorgehoben, weil sie – wie ich glaube – trotz all ihrer Unterschiedlichkeit die Frage nach einer neuartigen Ausrichtung der internationalen Beziehungen und, damit verbunden, die Frage nach neuartigen Ansätzen im völkerrechtlichen Denken aufwerfen. Es ist deshalb nachfolgend auch nicht von Fallanalysen, sondern von "Szenarien" die Rede. Sie markieren je Wachstumspunkte mit einer katalytischen Bedeutung und bringen, im Gesamtzusammenhang betrachtet und mit einem "roten Faden" verknüpft, vielleicht Ansätze eines Paradigmas<sup>11</sup> für ein neu herausziehendes System der internationalen Rechtsordnung zum Ausdruck. Man könnte metaphorisch auch von einem "Archipel" sprechen, dessen verbindenden Untergrund es zu explorieren gilt, wobei wir uns bewusst sind, dass viele z.T. ebenfalls bedeutsame "Inseln" nachfolgend ausserhalb unseres Blickfeldes bleiben müssen.

"We have got to do something! We have to stand up for the protection and promotion of basic values of the international community!" – Das war der Tenor eines Seminars hochrangiger Diplomaten, das unlängst in den Vereinigten Staaten stattfand. Das sind neuartige Töne, wie sie in variierenden Formen nunmehr in den im II. Abschnitt aufgeworfenen Beispielen aufgenommen werden. Es soll im III. Abschnitt dann versucht werden, Gesichtspunkte für eine Standortbestimmung und eine umfassendere Evaluation der Gestalt des zeitgenössischen Völkerrechts zu gewinnen. Die Überlegungen dieses Artikels wurden als Übersicht für einen breiten, auch nichtjuristischen Interessentenkreis zusammengestellt, und der dogmatisch versierte Leser der "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht" sei um Verständnis gebeten, dass hier statt der detaillierten positivrechtlichen Analyse einzelner Rechtsfragen *stricto sensu* vielmehr der Versuch zur Erfassung grösserer Entwicklungsdynamischer Zusammenhänge in den Vordergrund gerückt wird.

## II. Materialien: Entscheide, Ereignisse, Episoden

"Wie die Gewässer die Färbung des Erdreichs annehmen, das sie durchströmen, so tragen alle, auch die scheinbar abstraktesten, Werke des Geistes die herrschenden Ideen der Zeit, ja selbst ihre Vorurteile in sich."  
Bachofen<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Vgl. Thomas S. Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (1962), 9. Aufl., Frankfurt am Main 1988.

<sup>12</sup> Zitiert von Ernst Jünger, Autor und Autorenschaft, Stuttgart 1984, 170.

## 1. Einleitendes Szenario: Vergegenwärtigung und Bewältigung des nationalsozialistischen Un-Rechtssystems – Grundstein für eine sich wandelnde Ordnung?

Mit dem Ende des Kalten Krieges ist, wie gesagt, schlagartig die Erinnerung an den Zweiten Weltkrieg wieder wach geworden. Der "Riss" der Epochenwende von 1989 eröffnete weltweit im Bewusstsein der Menschen auch Durchblicke auf den "Holocaust" und andere Katastrophen unserer Zivilisation, die nach dem Kriege und nun erneut in der gegenwärtigen Epoche unser Gewissen schockierten. Die Vergegenwärtigung der jüngsten Geschichte prägte die Epochenwende von 1989 entscheidend mit. Sie liess uns bewusst werden, welch bedeutsame Errungenschaften für den Aufbau und Ausbau von Rechtsstaatlichkeit und internationalem "rule of law" in den Jahren nach dem Krieg im Grunde erzielt worden waren, und sie gab für die neue Epoche Impulse, weitere Annäherungen an die nach dem Zweiten Weltkrieg mit besonderer Klarheit hervorgetretenen Rechtsideale zu suchen. Die nach 1989 in weiten Teilen der Welt zu einem zentralen Thema gewordene Vergangenheitsbewältigung wird an den Anfang der hier ausgewählten Szenarien gestellt, denn sie markiert gleichsam den Auftakt und spiegelt eindrücklich den Geist der sich anbahnenden Verschiebungen in den Grundlagen der Völkerrechtsordnung.

### *a) Hauptschauplatz Deutschland*

In der deutschen Diskussion um die Bewältigung von staatlichem Unrecht, begangen durch das Naziregime, geht es konkret um folgende Probleme: Bestrafung der Täter des Un-Rechtssystems, Rehabilitierung von und Wiedergutmachung gegenüber Opfern strafrechtlicher Verfolgung, von Verwaltungsunrecht oder von Benachteiligungen im Beruf und Restitution bzw. Entschädigung bei rechtsstaatswidrigen Enteignungen und eigentumsähnlichen Entziehungen von Vermögensrechten.<sup>13</sup>

Im Zentrum der Diskussion um die Bewältigung des nationalsozialistischen Un-Rechtssystems stand zunächst die Frage nach der Verbindlichkeit von durch das nationalsozialistische Regime erlassenen, extrem ungerechtem Recht.<sup>14</sup> Gustav Radbruch hatte 1946 in der Süddeutschen Juristenzeitung unter dem Titel "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht"<sup>15</sup> einen Aufsatz ver-

<sup>13</sup> Zum Ganzen vgl. insbesondere Hans-Jürgen Papier und Johannes Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und 1989, in: Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3289 ff.; Michael Stolleis, Recht im Unrecht – Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt a.M. 1994; Michael Stolleis/Dieter Simon (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, Tübingen 1989.

<sup>14</sup> Allgemein zu dieser Problematik vgl. Bernd Rütters, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit – Defizite eines Begriffs, 2. Aufl., Zürich 1993; Reinhold Zippelius, Das Wesen des Rechts – Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 1997, 88 ff.

<sup>15</sup> Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, abgedruckt in: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, 339 ff.

öffentlich, in dem er in seiner bisher vertretenen Rechtsphilosophie eine entscheidende Änderung anbrachte: im Rahmen der "Rechtsidee", die sich nach seiner Lehre in einem Spannungsverhältnis von "Gerechtigkeit", "Zweckmäßigkeit" und "Rechtssicherheit" manifestiert<sup>16</sup>, verlagerte er den Akzent von der Rechtssicherheit zum Gerechtigkeitswert. Das Miterleben der nationalsozialistischen Diktatur und dann die Niederlage und Besetzung Deutschlands waren für die Fort- und Umbildung seiner Gedanken entscheidend.<sup>17</sup> Radbruch griff in seinem Aufsatz zwei Fälle auf, die damals die Strafjustiz beschäftigt hatten, nämlich die Frage, ob ein Denunziant als Gehilfe oder gar als mittelbarer Täter des ein Unrechts-Urteil fällenden Gerichts erscheine, und dann die Frage, ob sich ein Deserteur, der einen ihn verfolgenden Ordnungshüter des Regimes tötete, auf unverschuldeten Notstand berufen könne. In seiner philosophischen Würdigung der neuen Lage kam Radbruch zur Auffassung, positives Recht definiere sich als eine Ordnung, die ihrem Sinn nach dazu bestimmt sei, der Gerechtigkeit zu dienen; in Rechtsnormen gekleidete Vorschriften, die gar nicht diesem Sinn gewidmet seien, seien "überhaupt kein Recht". Positives Recht also sollte, so die Meinung Radbruchs, seinen Rechtscharakter verlieren, wenn es extremes Unrecht sei und dies auch evident und für jedermann erkennbar werde.<sup>18</sup> Diese Auffassung fand breite Zustimmung, insbesondere auch in der Rechtsprechung. Nach den Worten des (deutschen) Bundesgerichtshofes wohnt der Rechtsordnung "ein gewisser Kerngehaltsbestand inne, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Massnahme verletzt werden darf".<sup>19</sup>

Radbruch vertrat die Auffassung, dass der Rechtscharakter all jenen Gesetzen gefehlt hätte, welche die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten.<sup>20</sup> Er stellte sich damit, so dürfen wir wohl sagen, in die lange (naturrechtliche) Tradition jener, die – wie etwa die Klassiker Sophokles in "Antigone"<sup>21</sup>, Augustinus in "Civitas Dei"<sup>22</sup> oder Chief Justice Cook<sup>23</sup> – höherem Recht oder der Vernunft widersprechendes Recht als

<sup>16</sup> *Ibid.*, 164ff.

<sup>17</sup> So Erik Wolf in der Einleitung zur 4. Auflage von Radbruchs "Rechtsphilosophie", in: Radbruch (Anm. 15), 11.

<sup>18</sup> Radbruch (Anm. 15), 346.

<sup>19</sup> Papier/Möller (Anm. 13), 3290ff.

<sup>20</sup> A.a.O. (Anm. 14), 346.

<sup>21</sup> Die These, dass ein ungerechtes Gesetz kein Gesetz sei, wird von Antigone im Dialog mit ihrem Vater Kreon, König von Theben, vertreten, nachdem sie sich dessen Befehl, ihren Bruder Polyneikes nicht zu begraben, widersetzt hatte. Vgl. Emil Staiger, Sophokles Tragödien, deutsche Übersetzung, 3. Aufl., Zürich 1962, 215 ff., 236 f.

<sup>22</sup> "*Mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit.*" Näheres bei Carl Joachim Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, 2. Aufl., Chicago 1963, 35 ff.

<sup>23</sup> Vgl. das berühmte Dictum von Edward Cook, Chief Justice des Court of Common Pleas im "Dr. Bonham-Case" von 1610: "And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void." Vgl. hierzu Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca/New York/London 1955, 40 ff.

nichtig erachteten. Es ist offensichtlich, dass Radbruchs Rekurs unmittelbar auf die Gerechtigkeit als den Sinn des positiven Rechts heute in aller Regel nicht mehr nötig wäre bzw. dass wir der vagen Formel des Bundesgerichtshofes einen festere Gehalt geben könnten; denn Juristen würden angesichts der seither eingetretenen Entwicklungen des Rechtssystems heute nicht mehr mit ausserhalb oder über dem positiven Recht liegenden Gründen argumentieren, sondern rechtssystemintern, d.h. auf der Ebene des Verfassungs- und des Völkerrechts; Radbruchs Gerechtigkeitswerte sind nunmehr wohl im wesentlichen ins Ganze des positiven Normgefüges integriert und verfahrensrechtlich abgesichert worden.

Zur strafrechtlichen Bewältigung des NS-Unrechts wurde, gestützt auf das Vier-Mächte-Abkommen vom 6. August 1945 und die ihm angegliederte Charta 1946, das Internationale Militärtribunal von Nürnberg eingesetzt. Das Statut sah sehr weit gefasste Straftatbestände vor: Führung eines Angriffskrieges, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diese Tatbestände waren z.T. neu, doch stellte das Tribunal in Abrede, dass sie gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot (*nullum crimen sine lege*) verstießen. Eine förmliche Rechtfertigung für ein solches Vorgehen fand sich nachträglich in Artikel 7 Absatz 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der im Anschluss an die Statuierung des allgemeinen strafrechtlichen Rückwirkungsverbots präzisierend vorsieht: "Durch diesen Artikel darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt der Begehung nach den allgemeinen von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war". Hier stossen wir im Zusammenhang mit der Bewältigung von Regime-Unrecht unmittelbar auf die völkerrechtliche Basis der staatlichen Rechtsordnung. Es gibt offenbar menschliche Verhaltensweisen, die in einem so hohen Masse für die menschliche Gemeinschaft inakzeptabel sind, dass sie gegen die allgemeinen von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätze verstossen; das Völkerrecht gestattet hier den Staaten eine Bestrafung, auch wenn es hierzu zur Zeit der Strafbegehung an einer klaren gesetzlichen Grundlage fehlte. Die staatliche Rechtsordnung wird in Fällen extremen Unrechts gleichsam geöffnet. Zur Anwendung können, mit völkerrechtlicher Ermächtigung, völkerrechtliche Strafnormen gelangen. Dazu zählte nun eben etwa das (neu vertragsrechtlich verankerte) "Verbrechen gegen die Menschlichkeit".

Ein sprachliches "Detail", das aber konzeptionell von enormer Bedeutung ist, sei in diesem Zusammenhang angefügt. Hannah Arendt kritisierte mit gutem Grund, man würde besser von "Verbrechen gegen die Menschheit" sprechen statt von "Verbrechen gegen die Menschlichkeit", da im Zentrum nicht so sehr die Unmenschlichkeit stehe, sondern angesichts von systematischem Morden, Vertreibung, Plünderung und anderen Greuelthaten an den einzelnen Opfern eigentlich die Menschheit als solche getroffen werde. Sie schrieb in ihrem Buch 'Eichmann vor Gericht':

“... als das Naziregime erklärte, das deutsche Volk dulde nicht nur keine Juden in Deutschland, sondern gedächte, das jüdische Volk überhaupt vom Erdboden verschwinden zu lassen, trat das neue Verbrechen hervor, das Verbrechen an der Menschheit im eigentlichen Sinn, nämlich an dem ‘Status des Menschseins’ oder an dem ‘Wesen des Menschengeschlechtes’.”

Und sie fuhr fort:

“Nichts ist verderblicher für das Verständnis dieser neuen Verbrechen und steht der Herausbildung eines neuen internationalen Strafrechts, das sich mit ihm befassen müsste, mehr im Wege, als die weitverbreitete Meinung, dass Mord und Völkermord im Grunde die gleichen Verbrechen seien und dass darum der staatlich organisierte Völkermord ‘kein neues Verbrechen’ darstelle. Das Merkmal des letzteren ist, dass eine gänzlich andere Ordnung zerstört und eine gänzlich andere Gemeinschaft verletzt wird.”<sup>24</sup>

*b) Ein Nebenschauplatz: Reaktionen der Schweiz auf das Un-Rechtssystem des Nationalsozialismus*

Frank Vischer im Rückblick auf die Rolle der schweizerischen Justiz im Zweiten Weltkrieg:

“Die Geschichte prägt das Recht, aber das Recht prägt auch die Geschichte. Von den Historikern wird oft übersehen, dass das Rechtssystem, auch die einem Wandel unterliegende Rechtsauffassung, wesentlich den Gang der Geschichte beeinflusst.”<sup>25</sup>

Die Bewältigung des im Zweiten Weltkrieg verübten Unrechts beschäftigte in der jüngsten Vergangenheit auch die Schweiz. Der Bundesrat ernannte zur wissenschaftlichen Aufarbeitung gewisser Vorkommnisse in jenen Jahren 1996 eine international zusammengesetzte “Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg”.<sup>26</sup> Ein Kernpunkt des vom nationalsozialistischen Regime begangenen “gesetzlichen Unrechts” war die Entrechtung der Juden. Dazu gehörte eine systematische Verletzung ihres Eigentums. Das “Dritte Reich” nahm den Juden ihr Hab und Gut, bevor es zur sogenannten Endlösung schritt. Auf diesem Gebiete – eben der gegen die Juden in Gang gesetzten “Enteignungsmaschinerie” und den Massnahmen zu ihrer wirtschaftlichen Vernichtung – wurde auch die Schweiz unmittelbar mit dem nationalsozialistischen Un-Rechtsregime konfrontiert. Die aussenpolitischen Organe des Bundes waren mit Fragen des diplomatischen Schutzes zugunsten von Juden in Deutschland und in besetzten Gebieten befasst; für die Justiz stellte sich die Frage der Anwendbarkeit deutschen

<sup>24</sup> Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem – Ein Bericht von der Banalität des Bösen (1964), 7. Aufl., München/Zürich 1997, 399.

<sup>25</sup> Frank Vischer, Rechtliche Aspekte des Washingtoner Abkommens und der nachrichtenlosen Vermögen, in: Philipp Sarasin und Regina Wecker, Raubgold – Reduit – Flüchtlinge. Zur Geschichte der Schweiz im Zweiten Weltkrieg, Zürich 1998, 45.

<sup>26</sup> Die nachfolgenden Ausführungen basieren z.T. auf internen, noch im Gang befindlichen Arbeiten dieser Kommission, insbesondere eines “Exposés” von Frank Haldemann. Vgl. zum Ganzen etwa Daniel Thürer, Über die Schweiz im Zweiten Weltkrieg – Bewährung der Neutralität? Folgerungen für die Zukunft, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2000, 413 ff. (mit Hinweisen).

Rechts und der Anerkennung bzw. Vollstreckung von deutschen Urteilen in der Schweiz. Jacques Picard brachte die spezifische Reaktionsweise von Verwaltung und Justiz auf die Formel "Schwache Diplomaten – Starke Gerichte".<sup>27</sup>

Die Praxis des diplomatischen Schutzes erweckte einen zwiespältigen Eindruck. So hielt etwa der Bundesrat in Beantwortung einer Kleinen Anfrage von Nationalrat Ernst-Paul Graber betreffend die Schweizer Juden in Frankreich am 29. September 1941 fest:

"Obwohl die Juden schweizerischer Staatsangehörigkeit gegenüber denjenigen des eigenen (i.e. des französischen) Staates nicht eine Sonderbehandlung beanspruchen können, bemühen sich unsere Vertreter im Ausland, solchen bei der Wahrnehmung ihrer Interessen, soweit immer Gesetze und Verwaltungsvorschriften es zulassen, behilflich zu sein."<sup>28</sup>

Zu Recht reagierte darauf Paul Guggenheim in einem Rechtsgutachten mit der Kritik, völkerrechtlicher Massstab für die schweizerischen Behörden wäre richtigerweise der (bis anhin und auch nach dem Krieg konsequent angewandte) "Mindeststandard der zivilisierten Staaten" gewesen, der – auch das Privateigentum umfassend – "zweifellos weit höher (lag) als der Standard der Juden in Frankreich nach Massgabe des Judenstatuts und seiner Praxis".<sup>29</sup> Im Fall eines eingebürgerten, in Berlin lebenden jüdischen Buchhändlers wurde trotz Mahnung des schweizerischen ausserordentlichen Gesandten in Berlin, dass alle Schweizer aufgrund des Niederlassungsvertrages mit Deutschland Anspruch auf Gleichbehandlung besässen, in Bern vom Chef der Abteilung für Auswärtiges die Gewährung des diplomatischen Schutzes unter anderem mit der Begründung verweigert, "weder die Person" noch das "Geschäft" der betreffenden Person sei für die Schweiz von besonderem Interesse.

Ob und wie die Schweiz ihren Bürgern diplomatischen Schutz gewährte, stand damals gewiss im Ermessen ihrer Behörden. Im Rückblick erscheint aber doch fragwürdig, wie sehr für die schweizerische Diplomatie Opportunitäts- und Zweckmässigkeitsgesichtspunkte im Vordergrund standen; sie hätte sich – wie schon damals von verschiedenen Kreisen kritisiert wurde – vermehrt auf den "Rechtsboden"<sup>30</sup> stellen, ja sogar sich von Gerechtigkeitsfragen leiten lassen müssen, wie sie später in Form von Menschenrechtsgarantien Bestandteil des geltenden Völkerrechts geworden sind.

Was nun die schweizerische Justiz betrifft, stellte sich vor allem die Frage der Anwendung von NS-Konfiskationsrecht und der Anerkennung und Vollstreckung der Urteile des NS-Staates in der Schweiz. Im ersten Fall ging es um die Anwendung des Internationalen Privatrechts, im zweiten Fall des Internationalen Zivilprozessrechts, wobei hier das von der Schweiz am 2. November 1929 mit

---

<sup>27</sup> Jacques Picard, *Die Schweiz und die Juden 1933–1945 – Schweizerischer Antisemitismus, jüdische Abwehr und internationale Migrations- und Flüchtlingspolitik*, Zürich 1994, 169 ff.

<sup>28</sup> Protokoll des Bundesrates vom 29. September 1941, No. 1502, E 1004.

<sup>29</sup> Unveröffentlichtes Gutachten, 17.

<sup>30</sup> Eingabe des Schweizerischen Israelitischen Gemeindebunds vom 8. Dezember 1941 an den Bundesrat.

Deutschland abgeschlossene Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheiden und Schiedssprüchen<sup>31</sup> massgebend war. In beiden Bereichen stand die sogenannte "ordre public"-Klausel im Zentrum, der im System des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts die Funktion zufällt, jenen "grundlegenden Kern rechtsethischer Wertvorstellungen"<sup>32</sup> zu schützen, der einer nationalen Rechtsordnung zugrunde liegt. Beim "ordre public"-Vorbehalt handelt es sich um eine "Notstandsklausel", die dazu bestimmt ist, ein krass ungerechtes Ergebnis im Einzelfall auszuschliessen.

Das Bundesgericht ging in seiner Rechtsprechung regelmässig davon aus, die NS-Konfiskationsgesetzgebung stünde – wie es im "leading case" Fall *Heynau* hiess – "mit dem schweizerischen Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch".<sup>33</sup> Zu der in diesem Fall in Frage stehenden Zwangsverwaltung, die über eine in jüdischem Besitz stehende Firma in Mähren verhängt wurde, fand das Bundesgericht:

"Diese Anordnung missachtet das Eigentumsrecht des Klägers so vollständig, dass sie zu den Grundlagen des schweizerischen Rechtes im schroffsten Gegensatz steht. Sie widerspricht sowohl dem Grundsatz der Anerkennung des Privateigentums, der die entschädigungslose Enteignung durch den Staat ausschliesst, als auch dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, der einen Eingriff in das Vermögensrecht einer Person einzig wegen ihrer Rasse nicht zulässt."<sup>34 35</sup>

Ein Spezialist des Internationalen Privatrechts brachte damals die "ordre public"-Frage in einem Vortrag vor dem Zürcherischen Juristenverein mit den folgenden Worten auf den Punkt:

"Und heute nun, da wieder Nation gegen Nation, Weltanschauung gegen Weltanschauung stehen, heute merkt man plötzlich, dass es sich hier nicht um einen Schönheitsfehler, um eine störende Ausnahmeregel handelt, sondern um ein elementares Prinzip der Selbstverteidigung des Rechts, das so lange bestehen wird, als es ein nationales Recht gibt."<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947, Bd. 12., 359ff.

<sup>32</sup> Ivo Schwander, Einführung in das Internationale Privatrecht, Bd. 1, 3. Aufl., St. Gallen/Lachen 2000, 217, RZ 471.

<sup>33</sup> BGE 68 II 377, 382.

<sup>34</sup> BGE 68 II 381.

<sup>35</sup> In einem besonders gelagerten Fall der Nachkriegszeit (BGE 79 II 193ff. i.S. *Elkan*) ging es darum, dass eine deutsche Behörde den Rückkaufwert einer Lebensversicherung einzog, die der ins Konzentrationslager Theresienstadt verbrachte Münchner Elkan mit der Zweigniederlassung der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt geschlossen hatte. Das Bundesgericht vertrat die Auffassung, eine Wiedergutmachung des Unrechts müsste durch die Regierung Deutschlands erfolgen. Heute würde das Bundesgericht, mit dem "ordre public" und indirekt mit dem Völkerrecht operierend, vielleicht entscheiden, das krass ungerechte Recht sei nicht zu beachten und als Nichtrecht von seiner Anwendung auszuschliessen. Max Gutzwiller hatte den Entscheid als zwar richtige "Algebra" bezeichnet, die indessen "a bad taste" hinterlasse, in: Besprechung von BGE 79 II (1953), 193ff. i.S. *Elkan*, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1954, 293.

<sup>36</sup> Werner Niederer, Das Problem des *ordre public* in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1943, 3.

Es wird also auch für die Privatrechtsordnung im Rahmen des "ordre public" die Gerechtigkeitsfrage, eben die Frage nach dem übergesetzlichen Recht aufgeworfen, und es ist interessant zu beobachten, wie in der modernen Lehre und Praxis der Gehalt des "ordre public" nun nicht mehr so sehr nach Massgabe des nationalen Verfassungsrechts oder des "heimischen Rechtsempfindens" bestimmt wird, sondern vielmehr auch unter Rekurs auf das Völkerrecht.<sup>37</sup>

*c) Konzeptionswandel als Folgeerscheinung der Vergangenheitsbewältigung*

In unserer Rückbesinnung auf die Kriegs- und Nachkriegszeit ist wichtig, was Saul Friedländer unter dem Titel "The Spirit of Laws"<sup>38</sup> beschrieben hatte, nämlich die Erkenntnis, wie rasch die Bevölkerung im "Dritten Reich" bereit war, auch extrem ungerechtes Recht zu akzeptieren, wenn es nur – kurzfristig! – Ordnung herstellte und Ruhe brachte.<sup>39</sup> Als Reaktion auf diese Herausforderung setzte nach 1945 im staatsrechtlichen Bereich und im Völkerrecht eine Neuorientierung ein. Hersch Lauterpacht registrierte 1950

"that the modern development of international law, from a system of procedural and ceremonial rules relating the external intercourse of States and delimiting their jurisdiction, to a body of law concerned with substantive interests of States and their nationals, has rendered the traditional positivist doctrine on the subject obsolete and unworkable."<sup>40</sup>

Für Lauterpacht war der Weg nun geöffnet "to such beneficent changes as the moral sense of mankind"<sup>41</sup>. Es wurden also in jenen fruchtbaren Nachkriegsjahren Massstäbe gesetzt, die – wie ich nun auf den folgenden Seiten skizzieren möchte – in dem sich in der Epoche nach dem Kalten Krieg entwickelnden öffentlichen Bewusstsein wieder klar und in ihrer ganzen Tragweite aufgenommen und in Theorie, Doktrin und Praxis wesentlich fortgebildet wurden.

<sup>37</sup> Juliane Kokott, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 38, Heidelberg 1997, 71 ff. Aus Sicht des internationalen Privatrechts vgl. Bernard Dutoit, L'ordre public: caméléon du droit international privé? Un survol de la jurisprudence suisse, in: B. Dutoit/J. Hofstetter/P. Piotet (Hrsg.), Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, 455 ff.; Anton Heini, Artikel 190 IPRG, in: Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), IPRG-Kommentar, Zürich 1993, 1586 ff.; ders., Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1981/I, 65 ff.; Frederick A. Mann, The Consequences of an International Wrong in International and National Law, in: Ders., Further Studies in International Law, Oxford 1990, 124 ff.; Frank Vischer, General Course on Private International Law, in: Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Bd. 18. 1992/I, 100 ff., insbes. S. 101: "Ever increasingly, human rights have become part of public international law, may it be in the forum of international conventional or international customary law. The ordre public is quite generally the instrument for allowing for the influence of general principles of public international law and into private international law."

<sup>38</sup> Saul Friedländer, Nazi Germany and the Jews, Volume 1: The Years of Persecution, 1933–1939, London 1997, 145 ff.

<sup>39</sup> Vgl. zu dieser Thematik Elisabeth Beck-Gernsheim, Juden, Deutsche und andere Erinnerungsgemeinschaften, München 1999, 195 ff; 233 ff.

<sup>40</sup> Hersch Lauterpacht, International Law and Human Rights, London 1950, 6.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 5.

## 2. Szenario: Zur Immunität General Pinochets – Bresche in den “Panzer” der staatlichen Souveränität

Mit Urteil vom 24. März 1999 entschied das House of Lords, dem früheren Präsidenten Chiles, General Augusto Pinochet, im Zusammenhang mit einem Auslieferungsbegehren durch Spanien keine Immunität zu gewähren. Das Urteil fand in der Öffentlichkeit und in der Fachwelt eine grosse Resonanz und eine grundsätzlich positive Aufnahme. Zwar waren bereits durch das Nürnberger Tribunal und in jüngster Vergangenheit durch die “*Ad hoc*-Tribunale” für Ex-Jugoslawien und Ruanda durch das Völkerstrafrecht Breschen ins alte Dogma der Immunität der Staaten und ihrer Repräsentanten geschlagen worden. Der Tenor der Entscheidung aber, wonach ein ehemaliges Staatsoberhaupt vor den Gerichten eines anderen Staates keine Immunität geniessen solle, wenn es gegen näher spezifizierte Fundamentalprinzipien des internationalen Rechtssystems verstossen habe, wurde als ein weiterer bedeutender Fortschritt der Prinzipien des “rule of law” und des Menschenrechtsschutzes betrachtet.

Zum Sachverhalt: Am 11. September 1973 wurde die demokratisch gewählte Regierung unter dem Sozialisten Salvador Allende durch einen blutigen Militärputsch beseitigt. Der Staatsstreich war geplant und geleitet von einer Militärjunta, der Augusto Pinochet Ugarte, ein damals 57-jähriger General, vorstand. Im Anschluss an den Militärputsch errichtete die Junta unter Führung von Pinochet ein System blutiger Repression, das sich gegen verschiedene Gruppen und Einzelpersonen wandte und zu systematischen und schwersten Menschenrechtsverletzungen führte. Dazu gehörten u. a. willkürliche Verhaftungen und Inhaftierungen, Inhaftierungen aus politischen Gründen, Folter, extralegale Hinrichtungen, die Praxis des Verschwindenlassens, Entführungen sowie massenhaftes Gefangenhalten in Konzentrationslagern.<sup>42</sup> Der Hauptteil der Menschenrechtsverletzungen wurde zwar in Chile an Chilenen begangen, doch fanden chilenische Operationen auch im Ausland statt (u. a. in den Vereinigten Staaten, Spanien, Italien und Argentinien), und es befanden sich unter den Opfern der Repression auch Angehörige anderer Länder (etwa Spanier, Franzosen und Amerikaner). Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch die Kooperation der Geheimdienste der von Militärdiktaturen regierten Länder Chile, Bolivien, Paraguay, Uruguay, Brasilien und Peru im Rahmen der sogenannten “Operación Condor”, welche es den Geheimdiensten ermöglichte, ihre Repressionsmassnahmen auch auf die vor der Diktatur ihrer Länder ins benachbarte Ausland geflüchteten Personen auszudehnen.<sup>43</sup>

Zum Verfahren: Das Verfahren gegen Pinochet geht auf eine von der “Union progressiver Strafverfolger” gegen Pinochet und weitere chilenische Militärs im April 1996 in Spanien eingereichte Strafbeschwerde zurück, in welcher gegen diese Personen

<sup>42</sup> Amnesty International Report-AMR 22/13/98, <<http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1998/AMR/2201298.htm>>(besucht im März 1999), 1–2; Amnesty International Report – EUR 45/01/99, <<http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1999/EUR/44500199.htm>> (besucht im März 1999), 4; Bericht der chilenischen Regierung an das UN-Komitee gegen Folter.

<sup>43</sup> Margarita Lacabe, *The Criminal Procedures against Chilean and Argentinian Repressors in Spain – A Short Summary* (Übersetzung ins Englische und Zusammenfassung von *The American Mining Company*), <<http://www.derechos.net/marga/papers/spain.htm>> (besucht im März 1999), 4.

der Vorwurf des Genozids, des Terrorismus und von Verbrechen gegen die Menschlichkeit erhoben wurde. Dieses Verfahren wurde in der Folge mit einem ähnlichen, gegen argentinische Militärs gerichteten Verfahren verbunden. Im Verlauf beider Untersuchungen wurden von Richter Garcon am 16. Oktober und 22. Oktober 1998 sowie am 3. November 1998 internationale Haftbefehle gegen Pinochet erlassen. Am 3. November stellte Garcon zudem ein formelles Auslieferungsbegehren für Pinochet nach Artikel 12 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens. Am 30. Oktober 1998 (für das "argentinische" Verfahren) bzw. 5. November (für das "chilenische" Verfahren) wurde von der Audiencia Nacional die Zuständigkeit des Untersuchungsrichteramtes Nummer 5 für beide Verfahren bestätigt.<sup>44</sup>

Am 16. Oktober 1998 erliess ein Londoner Magistrate-Court-Richter (Metropolitan Stipendiary Magistrate) gestützt auf den internationalen Haftbefehl vom selben Tag einen provisorischen Haftbefehl gegen Pinochet. Dieser war im Oktober 1998 für einige Tage Ferien<sup>45</sup> in Grossbritannien eingereist, hatte sich aber notfallmässig einer Bandscheibenoperation unterziehen müssen, von welcher er sich in einer Londoner Klinik erholte. Gestützt auf den provisorischen Haftbefehl wurde Pinochet am Abend des 16. Oktobers in der Klinik verhaftet.

Gegen diesen und den von einem anderen Magistrate-Court-Richter am 22. Oktober erlassenen provisorischen Haftbefehl und deren Vollzug gelangte Pinochet an den Queen's Bench Divisional Court u. a. mit den Begehren auf Haftüberprüfung und -aufhebung (*Habeas Corpus*), Judicial Review und Nichtigerklärung des Haftbefehls.

Mit Urteil vom 28. Oktober 1998 erklärte der Divisional Court die beiden provisorischen Haftbefehle für nichtig. Die britische Staatsanwaltschaft (Crown Prosecution Service) appellierte im Namen der spanischen Regierung gegen die Nichtigerklärung des provisorischen Haftbefehls an das House of Lords. Vor dem House of Lords wurde sie unterstützt durch verschiedene, die Opfer der Menschenrechtsverletzungen vertretende Nebenintervenienten, darunter Amnesty International.

Am 25. November 1998 fand das House of Lords mit einem Stimmenverhältnis von 3:2, dass sich das frühere chilenische Staatsoberhaupt, General Augusto Pinochet, im Zusammenhang mit einem Auslieferungsbegehren durch Spanien nicht auf Immunität gegen Verhaftung und Strafverfahren berufen könne (erstes Berufungsurteil). Am 17. Dezember 1998 wurde dieses Urteil wegen objektiver Befangenheit eines der erkennenden Richter durch ein aus fünf Mitgliedern bestehendes Gremium des House of

---

<sup>44</sup> Zum Ganzen Lacabe, *ibid.*, 4–8.

<sup>45</sup> Obwohl die chilenische Regierung vorgebracht hatte, dass Pinochet mit einem diplomatischen Pass nach Grossbritannien gereist (und somit seine Reise nicht ausschliesslich privater Natur) war, spielte das Argument im britischen Verfahren keine Rolle, da offenbar keine Beweise für die Behauptung gefunden werden konnten. S. dazu erstes Pinochet-Berufungsurteil des House of Lords vom 25. November 1998 [Judgments – *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)], Teil 5 S.3. Das Urteil kann über die Homepage des House of Lords abgerufen werden [<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>] (besucht im Juli 2000) und wird nach "Download-Teil" und Teil-Seitenzahl zitiert.

Lords aufgehoben.<sup>46</sup> In einem zweiten Entscheid, am 24. März 1999, bestätigten die Lords in einem Stimmenverhältnis von 6: 1 ihr erstes Urteil, wenn nun auch die Zahl der als Folge der Auslieferung noch zulässigen Anklagen eingeschränkt wurde (zweites Berufungsurteil).

Am 2. März 2000 entschied der britische Innenminister Straw, dass Pinochet auf Grund seiner schlechten Gesundheit verhandlungsunfähig sei und deshalb nicht an Spanien ausgeliefert werde.<sup>47</sup> Noch am selben Tag wurde er an Bord eines Flugzeugs der chilenischen Luftwaffe in seine Heimat zurückgebracht.<sup>48</sup>

Weite Kreise erblickten im Entscheid des House of Lords ein Signal für eine Tendenz, wonach sich nun durch Völkerrecht ein wesentliches Reservat staatlicher Willkürherrschaft allmählich verrechtliche. Staatliche Immunität sollte – so wurde das Pinochet Urteil in der Öffentlichkeit aufgenommen – nach Auffassung des höchsten Gerichts Grossbritanniens und einer sich im allgemeinen Bewusstsein abzeichnenden Rechtsentwicklung inskünftig nicht mehr bedeuten, dass in ihrem Schutz von Hoheitsträgern schwerste Verbrechen begangen werden dürfen; auch Repräsentanten des Staates sollten also nicht ungestraft foltern, morden und deportieren dürfen.

Was waren, genauer betrachtet, Inhalt und Tragweite des vom House of Lords gefällten zweiten Berufungsurteils? Es ist nicht einfach, zu klaren konzeptionellen Aussagen zu gelangen, denn die Gedankengänge in den sieben Opinions der Lordrichter waren zum Teil sehr komplex und stellen insgesamt kein widerspruchloses Ganzes dar. Einige kursorische Betrachtungen müssen in dem hier gegebenen Rahmen genügen.

Das Gericht war mit den beiden Fragen konfrontiert, ob und inwiefern die Voraussetzungen für eine Auslieferung General Pinochets an Spanien gegeben seien und ob bzw. in bezug auf welche Straftatbestände einer Auslieferung Pinochets immunitätsrechtliche Hindernisse entgegenstünden.

Als Auslieferungsverbrechen erkannten die Lordrichter im Rahmen der von Spanien eingereichten Begehren zunächst Verschwörung ("conspiracy") in Spanien zu Mord in Spanien. Zentral für den Entscheid war aber, dass die Richter, gestützt auf das Universalitätsprinzip (Weltrechtsprinzip), eine Auslieferung auch wegen Folter und Verschwörung ("conspiracy") zu Folter als statthaft erachteten; für fünf Richter (Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff, Lord Hope, Lord Saville, Lord Phillips) war dies seit dem Zeitpunkt der Ratifikation der UNO-Folterkonvention bzw. dem Inkrafttreten des die Konvention umsetzenden Criminal Justice Act im Jahre 1988 der Fall, während zwei Richter (Lord Hutton und Lord Millet)

<sup>46</sup> Pinochet hatte geltend gemacht, die Verbindungen Lord Hoffmanns zu einer Wohltätigkeitsorganisation mit Beziehungen zu Amnesty International begründeten den Verdacht seiner Befangenheit (Amnesty International war, wie erwähnt, im ersten Verfahren vor dem House of Lords zugelassener Nebenintervenient).

<sup>47</sup> Das britische Auslieferungsrecht räumt dem Innenminister das Recht ein, auch bei grundsätzlich möglicher Auslieferung auf die Auslieferung zu verzichten, bspw. aus humanitären Gründen.

<sup>48</sup> Zum Ganzen s. etwa Deutsche Welle Tagesthema Manuskript: Die Entscheidung: Pinochet ist frei, <<http://www.dwelle.de/aktuelles/tagesthema/manuskript/20000303.htm>> (besucht im Juli 2000).

von einer früheren gewohnheitsrechtlichen Entstehung der universalen Strafgerichtsbarkeit für Folter ausgingen.

Konnte sich nun General Pinochet – so lautete die Kernfrage des Verfahrens – zur Verhinderung einer Auslieferung auf das Völkergewohnheitsrecht berufen<sup>49</sup>, das ehemaligen Staatsoberhäuptern Immunität gegen strafrechtliche Verfolgung für Akte gewährt, die sie in amtlicher Funktion begangen hatten?<sup>50</sup> Die Richter bejahten angesichts des gegebenen Sachverhalts mit fünf gegen zwei Stimmen ohne Umschweife die Immunität für Verschwörung zu Mord bzw. für Mord, verneinten sie aber aufgrund eingehender Erwägungen mit sechs gegen eine Stimme für Folter. Lord Goff widersetzte sich, als einziger Richter, einer Auslieferung wegen Folter, da – so seine in “positivrechtlicher Manier” vorgebrachte Argumentation – eine solche Einschränkung der Immunität weder in der Folterkonvention noch im Gewohnheitsrecht noch sonstwie vorgesehen sei.<sup>51</sup> Die übrigen Richter bedienten sich zu der von ihnen vertretenen Verneinung der Immunität verschiedener Argumente. In einem traditionellen Begründungsrahmen lag etwa die Erwägung von Lord Hutton, wonach Folter nicht als Amtshandlung bezeichnet werden könne, für die Immunität in Frage komme, selbst wenn sie nicht zu persönlichen Zwecken vorgenommen werde<sup>52</sup>, oder die Erwägung von Lord Millet<sup>53</sup>, der in der Ratifikation der Folterkonvention durch Chile einen Immunitätsverzicht erblickte<sup>54</sup>. Grundsätzlich, aber ebenfalls in den Bahnen der herkömmlichen Argumentationsweisen liegend, nahmen sich Lord Brownes Überlegungen zu einer zielgerichteten Interpretation der Folterkonvention aus. Er wandte sich unter Berufung auf das von der Konvention errichtete System der universellen Strafgerichtsbarkeit gegen einen Schutz Pinochets durch die Immunität:

<sup>49</sup> Die Immunität von Staatschefs ist im geschriebenen britischen Recht einerseits der Immunität des Staates gleichgestellt, andererseits der diplomatischen Immunität. Ausgangspunkt für die Regelung im geschriebenen Recht ist der State Immunity Act 1978 (SIA). Darin wird für strafrechtliche Verfahren gegen Staatschefs – unter Vorbehalt notwendiger Änderungen – auf den Diplomatic Privileges Act 1964 verwiesen, durch welchen das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1964 ins britische Recht übernommen wurde (Art. 20 Abs.1 SIA). In welchem Ausmasse die Immunität *ratione materiae* ehemaliger Staatschefs nach Gesetzesrecht besteht, hängt somit davon ab, welche notwendigen Änderungen vorzunehmen sind. Diese Frage ist zwar unter den Lordrichtern nicht unbestritten, jedoch vertritt eine Mehrheit der Lordrichter die Ansicht, dass Artikel 20 Absatz 1 SIA die völkergewohnheitsrechtliche Regelung im geschriebenen Landesrecht verankert habe (Zweites Pinochet-Berufungsurteil des House of Lords vom 24. März 1999 [Judgment – *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (on Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division)], Teil 2 S.4–5, Teil 2 S.10–11, Teil 5 S.8, Teil 6 S.6, Teil 8 S.2. Das Urteil kann über die Homepage des House of Lords elektronisch abgerufen werden [<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>] und wird nach “Download-Teil” und Teil-Seitenzahl zitiert.

<sup>50</sup> Wenn in diesem Artikel von Immunität die Rede ist, ist immer die auf die amtliche Tätigkeit bezogene sogenannte Immunität *ratione materiae* und nicht die der Person des Staatschefs oder Diplomaten für die Dauer ihrer Amtstätigkeit zuerkannte, absolute Immunität *ratione personae* gemeint.

<sup>51</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 2 S.9–11, Teil 3 S.1–10, Teil 4 S.1–3.

<sup>52</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 7 S.2–9.

<sup>53</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 2 S.3–10, Teil 9 S.1–4.

<sup>54</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 9 S.1–3.

“Under the Convention the international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would all be entitled to immunity ... Therefore the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention – to provide a system under which there is no safe haven for torturers – will have been frustrated.”<sup>55</sup>

Daneben nennt Lord Browne noch andere Gründe, nämlich die Verpflichtung der Konventionsstaaten, Folter zu verhindern und zu pönalisieren.

“How can it be”, fragte er, “for international law purposes an official function to do something which international law itself prohibits and criminalises?”<sup>56</sup>

Interessant ist nun aber, dass in den Erwägungen der Law Lords auch, wie es scheint, neuartige Gedankengänge und Konzepte auftauchen. Gedacht ist dabei zunächst daran, dass sechs Lordrichter massive und systematische Folter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und in diesem Ausmass die Immunität General Pinochets als eingeschränkt betrachteten. Auch wurde von einer Mehrheit der Richter die *ius cogens*-Qualität des Folterverbots anerkannt. Es lässt sich, ohne dass wir hier im einzelnen auf die Opinions eingehen können, aus ihnen die Grundüberlegung herauslesen, dass die (völkerrechtlich pönalisierte und universell verfolgbare) Beteiligung an der systematischen und massiven Verletzung (oder schon einzelnen Verletzungen) des zwingenden Folterverbots die Berufung auf die Immunität “*ratione materiae*” ausschliesst.<sup>57</sup> In diese Richtung jedenfalls zielte etwa Lord Millet, der systematische und massenhafte Folter in Form von Staats“politik” als Verbrechen gegen die Menschlichkeit bezeichnete, für das gewohnheitsrechtlich das Universalitätsprinzip gelte. Lord Hope betonte – in eine ähnliche Richtung deutend –, das Folterverbot habe zur Zeit der Ratifikation der Konvention durch Grossbritannien sicherlich zwingendes Völkerrecht dargestellt, und er fügte hinzu: “... once the machinery which it (i.e. the Convention) provides was put in place to enable jurisdiction over such crimes to be exercised in the courts of a foreign state, it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date being made in the courts of that state against its officials or any other person acting in an official capacity.”<sup>58</sup> Entsprechend lässt sich schliesslich Lord Brownes Opinion lesen, wonach das *ius-cogens*-Verbot der Folter, ihre Pönalisierung und ihre universelle Verfolgbarkeit die Immunität ausschliessen.<sup>59</sup>

Das House of Lords hatte also einen wichtigen und – entgegen einer allgemeinen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit – vorsichtigen Präzedenzfall zur Relativierung der Immunität früherer Staatsoberhäupter gefällt und vielversprechende

<sup>55</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 2 S. 6.

<sup>56</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 2 S. 6.

<sup>57</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 9 S. 2.

<sup>58</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 6 S. 3.

<sup>59</sup> Zweites Pinochet-Berufungsurteil (Anm. 49), Teil 2 S. 3–6.

Wege einer weiteren Rechtsentwicklung aufgezeigt. Sir Arthur Watts hatte schon 1994 geschrieben:

“Over the past half century in particular, significant changes have occurred in the law relating to State immunity. Practical needs have led to a re-evaluation of the role of the State in today’s international community. Older notions of their absolute entitlement to immunity are giving way to a more qualified view (although it is as well to be cautious about the extent to which a restrictive rule of State immunity is sufficiently generally supported throughout the international community to be yet established as a rule of customary international law: the trend towards adoption of the restrictive views is strong, but it cannot yet be said to enjoy consensus).”<sup>60</sup>

Das *Pinochet*-Urteil des House of Lords hat dem Trend in der internationalen Gemeinschaft zur Einschränkung der Immunität (des Staates und des Staatsoberhauptes), den Watts registrierte, beträchtlich gestärkt, wobei auffällt, wie ausgeprägt hier die Rolle der Justiz als treibende Kraft der Rechtsfortbildung in Erscheinung getreten ist und wie sehr das (von Watts genannte) Gewohnheitsrecht im traditionellen Sinne im Grund genommen in den Hintergrund tritt. Man mag eine gewisse Enge im Approach der Law Lords bedauern: so etwa, dass statt der Folterkonvention nicht das Verbrechen gegen die Menschlichkeit klarer ins Zentrum des Urteils gerückt wurde<sup>61</sup>, das als solches universell verfolgt werden könnte und als *ius cogens* eine Vorrangstellung gegenüber anderen völkerrechtlichen Prinzipien besitzt. Insgesamt aber signalisiere der Fall doch klar – so die positive Würdigung von Günther Handl – “a shift of power away from the States to the international community at large, albeit not in form of a zero sum game. For this change represents less a weakening of the State as the traditional prototypical actor in the transnational arena than a disproportionately stronger affirmation of the notion of the international community and the core principles and norms that capture the collective aspirations of mankind.”<sup>62</sup> Auch wurde zu Recht anerkannt, “that the emerging notion of an international public order based on the primacy of certain values and common interests is making its way into the legal culture and common practice of municipal courts”.<sup>63</sup>

Der *Pinochet*-Fall steht als ein Symbol dafür, dass sich aus der konsequenten Fortentwicklung der Menschenrechtsidee Schranken der Immunität ergeben können. Es fragt sich aber, ob die Logik des Urteils nicht weitergetrieben und die Kategorien von Fundamentalprinzipien des Völkerrechts, die eine Einschränkung der

<sup>60</sup> Sir Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, in: *Recueil des Cours of the Hague Academy of International Law*, 1994 III, 9ff., 35f.

<sup>61</sup> In diesem Sinne Günther Handl, *The Pinochet Case, Foreign State Immunity and the Changing Constitution of the International Community*, in: Wolfgang Benedek/Hubert Isak/Renate Kicker (Hrsg.), *Development and Developing International and European Law – Essays in Honour of Konrad Ginther*, Frankfurt am Main u. a. 1999, 59ff., 74.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 82, 83.

<sup>63</sup> Andrea Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in: *European Journal of International Law* 1999, 237ff., 248.

Immunität mit sich bringen, in der späteren Praxis nicht ausgedehnt werden sollten. Dabei ist freilich zu bedenken, dass die internationale Gemeinschaft bisher noch nicht in der Lage war, umfassende Institutionen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts auf der internationalen Ebene zu schaffen. Normative Gestaltung und "institution building" klaffen hier, wie in so vielen Bereichen des Völkerrechts, trotz vielversprechender, im folgenden Szenario aufzugreifender Ansätze, noch weit auseinander. Zur Zeit sind es im wesentlichen noch die einzelnen Staaten, die quasi treuhänderisch für die internationale Gemeinschaft dem Völkerstrafrecht zur Nachachtung verhelfen müssen. Im Fall *Pinochet* hat die Logik des Menschenrechtsschutzes – wenn zunächst auch einmal in einem beschränkten Rahmen – gegen die Logik der Souveränität gesiegt. Staaten bestehen – so wohl die im *genius loci* verwurzelte Grundauffassung des Gerichts – nicht mehr als Selbstzweck, sondern sie müssen sich rechtfertigen im Lichte von höheren rechtlichen und moralischen Werten. Der Gedanke des englischen Philosophen John Locke (1632–1704) jedenfalls scheint in voller Kraft durchzubrechen: der Staat ist Träger des treuhänderischen Mandats der Zivilgesellschaft; wenn seine Repräsentanten das Mandat überschreiten, geniessen sie keinen Schutz vor einer Strafverfolgung.

### 3. Szenario: Urteil i.S. *Tadic* – Minimalstandard von Humanität und Gerechtigkeit im Bürgerkrieg

“Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Menschen begangen und nicht von abstrakten Gebilden, und nur durch Bestrafung von Individuen, die solche Verbrechen begehen, können Vorschriften des Völkerrechts durchgesetzt werden.”<sup>64</sup> Mit diesem Satz aus dem Urteil des Internationalen Militärtribunals von Nürnberg vom 30. September 1946 wird der Kerngedanke der internationalen Strafgerichtsbarkeit ausgedrückt, die nach dem Zweiten Weltkrieg ins Völkerrecht eingeführt wurde und nach dem Kalten Krieg, in Form der 1992 durch den Sicherheitsrat errichteten "Ad hoc-Tribunale" für Ex-Jugoslawien und für Ruanda und des 1998 an einer Diplomatischen Konferenz in Rom verabschiedeten Statuts für einen Internationalen Strafgerichtshof, eine wesentliche Ausweitung und Vertiefung erfahren hatte. Im Prozess der Entfaltung der internationalen Strafgerichtsbarkeit brachte der *Tadic*-Fall einen eigentlichen Durchbruch.

Wir stehen vor dem Forum des vom Sicherheitsrat der UNO in Resolution 827 (1993) errichteten Jugoslawien-Tribunals.<sup>65</sup> Dieses Gericht war zuständig, Kriegsverbrechen, Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu ahnden, die auf dem Gebiet Ex-Jugoslawiens ab 1992 begangen wurden.

Sachverhalt: Dusko Tadic, ein bosnischer Serbe, besass in der Gegend von Opstina Pijedor ein Café und arbeitete nebenbei teilzeitlich als Karate-Lehrer. Er hatte

<sup>64</sup> Office of United States Chief Counsel for Prosecution of Axis Criminality, Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgement 53 (1947).

<sup>65</sup> Resolution 827 (1993) des UN-Sicherheitsrates vom 25. Mai 1993.

in der Reserve gedient und als Polizist in der Kozarac-Gegend gearbeitet. Angeblich hatte Tadic vor dem Krieg ein gutes Verhältnis zu den Moslems seiner Umgebung, doch verschlechterten sich diese Beziehungen mit Beginn der ethnischen Auseinandersetzungen anfangs der 90er Jahre zusehends. Dusko Tadic wurde im Februar 1994 in Deutschland verhaftet, da er verdächtigt wurde, im Juni 1992 im serbisch geführten Konzentrationslager Omarska in Bosnien schwere Verbrechen begangen zu haben. Am 12. Oktober 1994 verlangte das Internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien gestützt auf Artikel 9.2 des Statuts seine Auslieferung. Am 13. Februar 1995 wurden Tadic und ein weiterer bosnischer Serbe namens Goran Borovnica angeklagt, in den Konzentrationslagern Omarska, Keraterm und Trnopolje und an anderen Orten der Gegend Opstina Prijedor im Nordwesten der Republik Bosnien-Herzegovina schwere Verletzungen der Genfer Konventionen, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen zu haben. Den beiden wurden insgesamt 132 Taten zur Last gelegt, darunter Vergewaltigung, unmenschliche Behandlung, Folter, vorsätzliche Tötung und Mord. Am 24. April 1995 lieferte Deutschland Tadic an das Jugoslawien-Tribunal aus.

Am 23. Juni 1995 verlangte Tadic vor dem Gericht die Einstellung des Verfahrens wegen mangelnder Sachkompetenz. Als Begründung machte er u. a. geltend, es fehle dem Tribunal die Zuständigkeit für Verbrechen, die in einem internen bewaffneten Konflikt begangen wurden. Tadic's Begehren wurden am 10. August 1995 von der Gerichtskammer II, soweit sie überhaupt in der Sache darauf eintrat, abgewiesen. Die Appellationskammer, an die Tadic das Urteil am 14. August 1995 weiterzog, bestätigte am 2. Oktober 1995 die Entscheidung der ersten Instanz im Ergebnis. Nach verschiedenen weiteren Verfahrensschritten wurde Tadic schliesslich verurteilt.

In Frage stand im Tadic-Prozess u. a. der Umfang der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts. Diese ist in Artikel 2 (schwere Verletzungen der Genfer Konventionen von 1949), Artikel 3 (Verletzungen der Gesetze und Gebräuche des Krieges), Artikel 4 (Völkermord) und Artikel 5 (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) des Statuts geregelt. Tadic bestritt die Sachzuständigkeit des Tribunals u. a. mit dem Argument, die ihm vorgeworfenen Verbrechen fielen in den Rahmen eines nicht internationalen bewaffneten Konflikts, der Zugriff des Gerichts sei aber von vornherein auf bewaffnete Konflikte mit einem internationalen Charakter beschränkt. Gute Gründe schienen, zumindest auf den ersten Blick, diese Position zu stützen. Denn die sachliche Zuständigkeit des Tribunals war, mit Rücksicht auf das strafrechtliche Rückwirkungsverbot (*nullum crimen sine lege*), strikt und zurückhaltend konzipiert worden: nur wo das geltende Völkerrecht "beyond any doubt" eine anwendbare Regelung enthielt und bei deren Verletzung eine individuelle Strafbarkeit vorsah, sollte nach dem Willen der Schöpfer des Statuts das Tribunal eingreifen dürfen.<sup>66</sup> Auch schien Artikel 3 des Statuts, um den sich die Auseinandersetzungen letztlich drehten, seiner Formulierung nach auf die Vierte Haager Konvention von 1907 zu verweisen, deren Geltung klar auf internationale bewaffnete Konflikte begrenzt war.

---

<sup>66</sup> S. dazu etwa M. Cherif Bassiouni, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (New York) 1996, Kapitel IV, V, VII.

Die Appellationskammer entschied anders<sup>67</sup>. Sie kam – was das anwendbare materielle Recht betrifft – zum Schluss, Artikel 3 des Statuts sei nicht auf internationale bewaffnete Konflikte beschränkt; vielmehr verleihe diese Bestimmung – als Auffangklausel – dem Tribunal die Zuständigkeit zur Verfolgung irgendwelcher schwerer Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht, die nicht von den Artikeln 2, 4 oder 5 des Statuts erfasst seien.<sup>68</sup> Vorausgesetzt sei allerdings, dass ein Verstoß gegen eine gewohnheits- oder vertragsrechtliche Norm vorliege und die Verletzung schwer sei, d. h. eine Norm betreffe, die dem Schutz wichtiger Werte diene, und die Verletzung für das Opfer schwerwiegende Folgen habe.<sup>69</sup> <sup>70</sup> Wenn auch die Appellationskammer auf Grund der Sichtung einer beeindruckenden Masse von Staatenpraxis zur Feststellung gelangte, dass eine Reihe von Regeln für den internen bewaffneten Konflikt entstanden sei, warnte sie doch: “The emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather, the general essence of these rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts.”<sup>71</sup>

In bezug auf die Strafbarkeit einzelner berief sich die Appellationskammer auf die seinerzeit vom Nürnberger Tribunal aufgestellten Massstäbe, wonach der Wille zur Kriminalisierung einer Rechtsverletzung “klar und eindeutig” aus dem Recht und der Praxis von Regierungsbeamten, internationalen Organisationen und von Gerichten hervorgehen müsse.<sup>72</sup> Wende man diese Kriterien auf die in Frage stehenden Rechtsverletzungen an, so könne kein Zweifel daran bestehen, dass sie eine individuelle Verantwortlichkeit des Täters nach sich zögen, und zwar unabhängig davon, ob sie in internen oder in internationalen bewaffneten Konflikten begangen worden seien; die Prinzipien und Regeln des humanitären Völkerrechts spiegeln auch “elementare Anliegen der Menschheit” (“elementary considerations of humanity”) wider, die als Minimalgebote für das Verhalten in bewaffneten Konflikten irgendwelcher Art Anerkennung gefunden hätten;

<sup>67</sup> International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Decision in *Prosecutor v. Dusko Tadic* (October 2, 1995), in: 35 International Legal Materials 32 (1996), 32 ff.

<sup>68</sup> Appellationskammer, Ziffer 91.

<sup>69</sup> Appellationskammer, Ziffer 94.

<sup>70</sup> Vgl. den von Theodor Meron bereits 1995 empfohlenen Approach zur Bestimmung der individuellen (völker)strafrechtlichen Verantwortlichkeit: “The extent to which the prohibition is addressed to individuals, whether the provision is unequivocal in character, the gravity of the act, and the interests of the community are all relevant factors in determining the criminality of various acts.” In: International Criminalization of Internal Atrocities, *American Journal of International Law* 1995, 554 ff., 562.

<sup>71</sup> Appellationskammer, Ziffer 126.

<sup>72</sup> Appellationskammer, Ziffer 128.

niemand könne die Schwere der in Frage stehenden Taten und das Interesse der internationalen Gemeinschaft an deren Verbot bezweifeln.<sup>73</sup>

Allgemein lässt sich sagen, dass sich das Gericht von einer "Philosophie" leiten liess, die es selbst in folgende Worte fasste:

"Der 'state-sovereignty-oriented approach' ist allmählich", so das Gericht, "durch einen 'human-being-oriented approach' ersetzt worden. Schritt für Schritt hat die römischrechtliche Maxime '*hominum causa omne ius constitutum est*' (alles Recht ist zum Nutzen der Menschen geschaffen worden) auch in der internationalen Gemeinschaft Fuss gefasst."<sup>74</sup>

Das Gericht fuhr fort:

"Im Bereich des bewaffneten Konflikts verliert die Unterscheidung zwischen internationalen Kriegen und Bürgerkriegen ihren Wert, soweit es um Menschen geht. Warum sollen die Zivilpersonen gegen kriegerische Gewalt geschützt, Vergewaltigung, Folter oder beliebige Zerstörung von Spitälern, Kirchen, Museen und privatem Eigentum verboten oder Waffen, die unnötiges Leiden verursachen, verboten werden, wenn souveräne Staaten Krieg führen, und dieselben Verbote dann nicht greifen, wenn bewaffnete Gewalt 'nur' im Gebiet eines souveränen Staates ausgebrochen ist?

Wenn das Völkerrecht, während es natürlich die legitimen Interessen der Staaten angemessen schützt, sich Schritt für Schritt dem Schutze der Menschen zuwenden muss, ist es nur selbstverständlich, dass die genannte Dichotomie allmählich ihr Gewicht verlieren soll."<sup>75</sup>

Die Haager Richter haben sich also, wie aufgezeigt, mit kühnem Griff weite Zuständigkeiten im Bereiche der internen bewaffneten Konflikte erschlossen. Dabei steht, wenn wir die Tragweite des Falls zu ermitteln suchen, nicht so sehr der Entscheid als solcher im Vordergrund. Dieser beschränkt sich, als letztinstanzliches "*Dictum*", auf die Festlegung der Sachzuständigkeit des Jugoslawien-Tribunals, wobei Wirkungen auf die Auslegung der Statute der andern internationalen Straftribunale, die allerdings Zuständigkeiten im Bereiche interner bewaffneter Konflikte bereits ausdrücklich vorsehen,<sup>76</sup> natürlich nicht ausgeschlossen sind; auch darf das Urteil als Akt der autoritativen Festlegung und Fortgestaltung des Völkergewohnheitsrechts nicht geringgeschätzt werden. Das eigentlich Interessante und Wesentliche am *Tadic*-Urteil liegt aber im Bereiche der methodischen Überlegungen. Hier fällt zunächst auf, wie sehr sich das Tribunal bemühte, die anwendbaren Regeln des humanitären Völkerrechts und die individuelle Strafbarkeit ihrer Verletzung mit den konventionellen Methoden der Entstehung von Völker-

<sup>73</sup> Appellationskammer, Ziffer 129.

<sup>74</sup> Appellationskammer, Ziffer 97.

<sup>75</sup> Appellationskammer, Ziffer 97.

<sup>76</sup> Das Statut des Ruanda-Tribunals sieht in Artikel 4 die Bestrafung für Verletzungen des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen von 1949 und des II. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1977 vor. Vgl. John R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Ex-Yugoslavia and Rwanda*, Irvington-on-Hudson (New York) 1998, 33f. Das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofes erfasst Kriegsverbrechen in internen bewaffneten Konflikten ebenfalls (Art. 8 Abs. 2 *litterae c-f*).

gewohnheitsrecht nachzuweisen. Man kann sich aber doch mit guten Gründen fragen, ob die in grossem Umfang herangezogenen Materialien im Zeitpunkt der Entscheidung tatsächlich den Schluss auf das Vorliegen der erforderlichen Staatenpraxis und *opinio iuris* erlaubten.<sup>77</sup> Dem Tribunal vorzuwerfen, es habe sich an Wunschvorstellungen der *lex ferenda* orientiert, statt die mit den traditionellen Methoden der Auslegungs- und Quellenlehre ermittelte *lex lata* zur Anwendung zu bringen, wäre in dieser Schärfe gewiss nicht haltbar. Es scheint mir doch auf der Hand zu liegen, dass sich das Gericht letztlich von übergeordneten Interessen der Internationalen Gemeinschaft leiten liess. Das Ordnungsinteresse nach möglichst wirksamen Durchsetzungsverfahren für das humanitäre Völkerrecht und das Interesse, den Opfern auch interner bewaffneter Konflikte Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, stand im Vordergrund. Die Tatsache, dass den in Frage stehenden Prinzipien und Regeln des humanitären Völkerrechts *ius cogens*-Charakter zuerkannt wird, mag zusätzlich dafür gesprochen haben, im vorliegenden Fall die Rechtsgüter der Gesellschaft und der Menschen höher einzustufen als dasjenige der staatlichen Souveränität. Letztlich bleibt der Eindruck, dass das Tribunal – was die “policy” betrifft – richtig, vernünftig und zukunftsgerichtet entschieden hat, denn es hat einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung der “impunité” und damit der Barbarei und Grausamkeit geleistet, die gerade in Bürgerkriegen in besonderem Masse wüten. Das Urteil wurde denn auch in der Sache als gerecht empfunden und in der Öffentlichkeit gut aufgenommen. Hinsichtlich der Begründungsmethode wurde gesagt, das Tribunal sei dank eines “virtuosen” Umgangs mit den Materialien<sup>78</sup> zu diesem Ergebnis gelangt. Vielleicht wäre es ehrlicher, offen anzuerkennen, dass auch das Interesse der internationalen Gemeinschaft, Ordnungsstrukturen für die Menschen zu schaffen und Gerechtigkeitswerte zu verwirklichen, als Eigenwert ein legitimes Element der Urteilsfindung darstellt. Man könnte in diesem Zusammenhang auch von übergeordneten Interessen eines sich entwickelnden völkerrechtlichen Verfassungsrechts sprechen. Jedenfalls stehen wir bei dem von einem dynamischen, innovativen<sup>79</sup> Geist geprägten *Tadic*-Urteil erneut an einer Bruchstelle der Völkerrechtsentwicklung, an welcher sich die Frage aufdrängt, ob nicht die herkömmlichen, im Souveränitätsdenken verhafteten Methoden der Bildung und Interpretation von Völkerrecht einer Neukonzeption bedürfen, indem sie sich vermehrt unmittelbar an menschlichen Werten und dem Wert und Ziel der Gerechtigkeit ausrichten.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Marco Sassoli, La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, in: *Revue Générale de Droit International Public* 1996, 101 ff., 129.

<sup>78</sup> Claus Kress, Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle der Postmoderne, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1996, 638 ff., 646.

<sup>79</sup> Christopher Greenwood, International Humanitarian Law and the *Tadic* Case, in: *European Journal of International Law* 1996, 265 ff., 282–283.

#### 4. Szenario: NATO-Intervention im Kosovo – Dilemma zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlichem, humanitärem Gerechtigkeitsgebot?

Mit der militärischen Intervention im Kosovo wechseln wir nun auf die Ebene des Regierungshandelns: der NATO und ihrer 19 Mitgliedstaaten. Gemeinsam mit den vorerwähnten Gerichtsfällen ist diesem Szenario die Spannung zwischen dem Buchstaben des Rechts und seinen inneren Werten. Spezifisch ist, wie stark die humanitären Werte in den Vordergrund gerückt werden. War im Kalten Krieg die Freiheit eine beherrschende Idee der internationalen Beziehungen, so drehte sich das Handeln der internationalen Gemeinschaft ab 1989 und nunmehr mit besonderem Akzent im *Kosovo*-Fall vor allem um humanitäre Motive.

Wir kennen den Sachverhalt: Vom 24. März bis 10. Juni 1999 führte die NATO Luftschläge gegen Ziele im Kosovo und in weiteren Gebieten der Bundesrepublik Jugoslawien; sie beendete ihre Operationen offiziell am 20. Juni 1999. Grund des militärischen Einschreitens der NATO waren Gewalttätigkeiten zwischen serbischen Sicherheitskräften und der Befreiungsarmee Kosovo, die 1996 im Kosovo einsetzten, sich ab Anfang 1998 ausweiteten und in der Folge rasch eskalierten.

Die Aussenminister der Jugoslawien-Kontaktgruppe unternahmen es, an den Konferenzen von Rambouillet vom 6. bis 23. Februar sowie von Paris Mitte März 1999 mit Vertretern der jugoslawischen und serbischen Regierung sowie der Kosovo-Albaner eine Konfliktlösung auf dem Verhandlungsweg anzubahnen. Doch als mit der Weigerung Belgrads, die erarbeitete Vereinbarung über die weitgehende Autonomie Kosovos zu unterzeichnen, die Bemühungen einer friedlichen Streitbeilegung gescheitert waren, machte die NATO ihre Drohung einer gewaltsamen Intervention wahr.

Motiv der NATO war – so Generalsekretär Javier Solana auf einer Pressekonferenz vom 25. März 1999 – “to halt the violence and to stop further humanitarian catastrophe”; gleichentags begründete Oberbefehlshaber Wesley Clark die militärischen Operationen der NATO als eine “response to the deepening humanitarian tragedy unfolding in Kosovo as Yugoslav military and security forces continue and intensify their attacks on their own people.”

Die militärischen Schläge der NATO stellten Akte der Gewaltanwendung in den internationalen Beziehungen dar, wie sie in Artikel 2 Ziffer 4 der UNO-Satzung und im allgemeinen Völkerrecht grundsätzlich verboten sind. Das Völkerrecht kennt, als Ausnahmen zum Grundtatbestand des Gewaltverbots, allerdings zwei Fälle zulässiger Gewaltanwendung, nämlich das Recht der Staaten auf individuelle und kollektive Verteidigung (Artikel 51 der UNO-Satzung) und vom Sicherheitsrat beschlossene Massnahmen der kollektiven Sicherheit (Artikel 39 der UNO-Satzung). Auf diese beiden an sich zur Verfügung stehenden Rechtfertigungsgründe konnte sich die NATO aber nicht berufen; denn die UCK bzw. Kosovo bildeten keinen Staat, dem allein das Recht auf individuelle Selbstverteidigung zukommt, und die NATO-Staaten konnten sich dementsprechend auch nicht auf das Recht zur Kollektivverteidigung berufen. Der Sicherheitsrat seinerseits hatte verlangt, Massnahmen gegen die Zivilbevölkerung ein Ende zu setzen, und er drohte für den Fall der Nichtbefolgung weitere Aktionen an; er hatte aber

die Militärschläge der NATO nicht im Rahmen des in Kapitel VII der Satzung verankerten Systems der kollektiven Sicherheit autorisiert, da die Veto-Mächte Russland und China nicht bereit waren, ein solches Vorgehen zu unterstützen.

Es stellt sich damit die Frage, ob die in der Satzung genannten zwei Fälle der zulässigen Gewaltanwendung einen abschliessenden Charakter haben, ob es sich also, wenn die Satzung kein Recht der Staaten auf "humanitäre Intervention" vorsieht, um ein qualifiziertes Schweigen handelt. Oder liesse sich davon ausgehen, dass unter den gegebenen Umständen fundamentale Werte der internationalen Gemeinschaft diese Massnahmen rechtfertigten? Die Wertordnung im allgemeinen Völkerrecht hatte sich seit Inkrafttreten der UNO-Charta grundlegend gewandelt. Insbesondere haben die Menschenrechte einen zentralen Stellenwert erlangt. Es wurden von der internationalen Gemeinschaft Gerichte zur Bestrafung von schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts (Kriegsrecht), Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit geschaffen. Könnte also angesichts des fundamentalen Strukturwandels des Völkerrechts allenfalls angenommen werden, dass Staatengruppen oder einzelne Staaten auch ohne formale Ermächtigung durch den Sicherheitsrat das Recht haben müssen, sich gegen massive, systematische Menschenrechtsverletzungen in einem andern Staat mit allen erforderlichen Mitteln zur Wehr zu setzen, wenn der Sicherheitsrat aus sachwidrigen Gründen seine Aufgabe der Friedenssicherung nicht wahrnimmt? Erscheint eine Interpretation der Satzung in dem Sinne heute noch plausibel, dass bei Untätigkeit des Sicherheitsrates die Internationale Gemeinschaft dazu verurteilt sei, schwerwiegende Verstösse gegen die Wertgrundlagen des internationalen Systems wie grausamste Massenmorde an weiten Teilen der Zivilbevölkerung, Massenvertreibungen oder ausgedehnte und systematische Folterungen einfach hinzunehmen? Der wichtigste Beweggrund für das Einschreiten der NATO im Kosovo war schliesslich die Erinnerung an Srebrenica. Der Generalsekretär der UNO hatte jene Massaker und Vertreibungen an der Zivilbevölkerung als die katastrophalste Menschenrechtsverletzung in Europa seit dem Zweiten Weltkrieg bezeichnet.<sup>80</sup> Ein erneutes Versagen der Staatengemeinschaft sollte – so die Begründung zur Legitimierung der Militärschläge durch die NATO – im Kosovo verhindert werden.

Die NATO-Intervention im Kosovo gehört zu den am häufigsten diskutierten und am heftigsten umstrittenen Problemen des modernen Völkerrechts. Die Debatte soll und kann hier nicht erneut aufgegriffen werden.<sup>81</sup> Wesentlich scheint mir in unserem Zusammenhang bloss der Hinweis zu sein, dass auch das "Szenario" des Kosovo die "Bruchstelle" drastisch beleuchtet, an der sich die Völkerrechtsentwicklung zur Zeit befindet. Rigide Verurteilungen des militärischen Vorgehens der NATO als Verstoss gegen das in der UNO-Satzung vorgesehene Gewaltmonopol des Sicherheitsrates und das Völkerrecht sind für eine Gesamtwürdigung ebenso wenig hilfreich wie die generelle Befürwortung eines Rechts

<sup>80</sup> Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35: The fall of Srebrenica, UN. Doc. A/54/549.

<sup>81</sup> Vgl. etwa die Literaturangaben im Artikel des Verfassers "Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata", in: Archiv des Völkerrechts 2000, 1 ff.

der Staaten zur eigenmächtigen (unilateralen oder multilateralen), gewaltmässigen Durchsetzung "höherer Werte" für den Ordnungszustand der internationalen Gemeinschaft gefährlich ist. Wichtig scheint mir zu erkennen, dass wir uns – wie Kofi Annan festhielt – in einem Dilemma befinden zwischen der Achtung der staatlichen Souveränität einerseits und der Pflicht der internationalen Gemeinschaft andererseits, sich nicht nur politisch, sondern wenn nötig auch militärisch zu engagieren, um Konflikte einzudämmen und zu lösen, die ausser Kontrolle geraten sind.<sup>82</sup> Der Generalsekretär hielt fest:

"Just as we have learned that the world cannot stand aside when gross and systematic violations of human rights are taking place, so we have also learned that intervention must be based on legitimate and universal principles if it is to enjoy the sustained support of the world's peoples. This developing international norm in favor of intervention to protect civilians from wholesale slaughter will no doubt continue to pose profound challenges to the international community."

Und Hans Corell, Under General-Secretary for Legal Affairs, gab unlängst zu bedenken:

"... in the exercise of their duties, the members of the Security Council will in future act under the eyes of an increasingly well-informed general public. The members of the Council will have to act with credibility in these situations. If they do not, they may leave others with no other choice but to act on their own in disregard of the letter of the Charter. Provided that such action is proportionate, it will in the eyes of the general public be seen as in conformity with the Charter, even if, strictly speaking, it violates its letter."<sup>83</sup>

Es gilt, im Rahmen der Völkerrechtsordnung und in sorgfältiger Analyse des Verhaltens aller relevanten Akteure zu beurteilen, ob und inwiefern bei der Auslegung im konkreten Fall der Akzent auf den Text der Satzung oder den Sinn und Geist der

<sup>82</sup> Vgl. auch die folgenden Analysen: Kofi Annan hielt in seinem Jahresbericht vom 20. September 1999 an die Generalversammlung zunächst fest: "The State is now widely understood to be the servant of its people, and not vice versa. At the same time, individual sovereignty – and by that I mean the human rights and fundamental freedoms of each and every individual as enshrined in our Charter – has been enhanced by a renewed consciousness of the right of every individual to control his or her destiny." Danach führte er aber aus: "While the genocide in Rwanda will define for our generation the consequences of inaction in the face of mass murder, the more recent conflict in Kosovo has prompted important questions about the consequences of action in the absence of complete unity on the part of the international community. It has cast in stark relief the dilemma of what has been called humanitarian intervention: on one side, the question of the legitimacy of an action taken by a regional organization without a United Nations mandate; on the other, the universally recognized imperative of effectively halting gross and systematic violations of human rights with grave humanitarian consequences. The inability of the international community in the case of Kosovo to reconcile these two equally compelling interests – universal legitimacy and effectiveness in defence of human rights – can only be viewed as a tragedy." Jahresbericht des UN-Generalsekretärs Kofi Annan vom 20. September 1999 an die UN-Generalversammlung, Press Release SG/SM/7136, GA/9596. Vgl. hierzu vor allem auch Hanspeter Neuhold, Die "Operation Allied Force" der NATO: rechtmässige humanitäre Intervention oder politisch vertretbarer Rechtsbruch, in: Erich Reiter (Hrsg.), Der Krieg um das Kosovo 1998/99, Mainz 2000, 193 ff.

<sup>83</sup> Hans Corell, Humanitarian Action and the Charter of the United Nation, Address to the International Congress "Humanitarian Action and State Sovereignty", San Remo, 31. August – 2. September 2000, insbes. S. 12.

modernen Völkerrechtsordnung zu legen ist. Wie beim staatlichen Verfassungsrecht fragt sich, ob und in welchem Umfang das Völkerrecht "evolutiv" und "zielgerichtet" im Sinne einer optimalen Verwirklichung grundlegender menschlicher Werte ausgelegt werden darf und auf diese Weise "implied powers" der Träger der Völkerrechtsordnung erschlossen werden können, wobei natürlich der Übernahme verfassungsrechtlicher Interpretationsmethoden durch den noch rudimentären Entwicklungsstand des Völkerrechts Schranken gesetzt sind. Es fragt sich auch, ob der *Kosovo*-Fall sich allenfalls im aufgezeigten Spannungsfeld als Ausgangspunkt und Katalysator einer Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts erweisen könnte. Dies wäre durchaus nicht auszuschliessen, denn der Sicherheitsrat hatte die Situation ausdrücklich als eine Friedensgefährdung im Sinne von Artikel 39 der UNO-Charta charakterisiert<sup>84</sup>, ohne allerdings Sanktionen einzuleiten, und die UNO-Organen hatten das militärische Einschreiten der NATO nie ausdrücklich als völkerrechtswidrig bezeichnet, wenn auch in der Kosovo-Debatte der Generalversammlung bei den Staaten des Südens die Kritik überwog.

#### 5. Szenario: Verbot von Antipersonenminen von 1997 – Initiative der "Civil Society"

Am 3. und 4. Dezember 1997 wurde in Ottawa von 123 Staaten das "Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und deren Vernichtung" unterzeichnet.<sup>85</sup> Die Konvention ist am 1. März 1999 in Kraft getreten, nachdem die dazu notwendigen 40 Ratifikationen hinterlegt worden waren. Von den 137 Staaten, welche die Konvention mittlerweile unterzeichneten, haben sie 101 auch ratifiziert; 57 Staaten haben bisher von einer Unterzeichnung abgesehen.

Bei der Antipersonenminenkonvention handelt es sich, formal gesehen, um eine Ergänzung eines 1980 im Rahmen der UNO geschaffenen Abkommens, in dem bestimmte Waffen wie zum Beispiel Napalmbomben und Splitterwaffen verboten wurden. Dieses Abkommen sieht vor, dass nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne von seiten der UNO eine Revisionskonferenz einzuberufen sei,

<sup>84</sup> Resolution 1199 (1998) des UN-Sicherheitsrates vom 23. September 1998.

<sup>85</sup> Vgl. zu diesem Vertragswerk etwa Lucius Caflisch/François Godet, *De la réglementation à l'interdiction des mines antipersonnel*, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1998, 1 ff.; International Committee of the Red Cross, *Anti-Personnel Landmines: Friend or Foe? A Study of the Military Use and Effectiveness of Anti-Personnel Mines*, Geneva 1996; Stuart Maslen/Peter Herby, *Interdiction internationale des mines antipersonnelles, Genève et négociation du "traité d'Ottawa"*, in: *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Décembre 1998, No. 832, 751 ff.; David C. Atwood, *Tackling the Problem of Anti-Personnel Landmines: Issues and Developments*, in: Forschungsstelle für Sicherheitspolitik und Konfliktanalyse, ETH Zürich (Hrsg.), *Arms Control and Disarmament, Züricher Beiträge zur Sicherheitspolitik und Konfliktforschung*, Heft Nr. 51, Zürich 1999, 35 ff.; *The United Nations Disarmament Yearbook*, Bd. 22, 1997, United Nations 1998, 105 ff.; David C. Atwood, *Die internationale Kampagne zur Ächtung von Landminen – Überlegungen zur Rolle der Zivilgesellschaft*, in: *Friedenspolitik der Zivilgesellschaft*, Schriftenreihe des Österreichischen Studienzentrums für Frieden- und Konfliktlösung – OeSFK-Studien für europäische Friedenspolitik, Bd. 4, Münster 1998, 250 ff.

die zu prüfen habe, ob noch weitere Waffen zu ächten bzw. deren Herstellung, Verkauf und Einsatz einzuschränken seien. Im Prozess, der schliesslich zur Annahme des – für die moderne Gestalt des Völkerrechts vielleicht besonders repräsentativen, paradigmatischen – Vertragswerks führte, bildete, wie mir scheint, die Wiener Konferenz von 1997 einen Wendepunkt. Fast alle Staaten der Welt waren vertreten. Die meisten entsandten eine doppelt zusammengesetzte Delegation, wobei der eine Teil das Aussenministerium und der andere das Verteidigungsministerium repräsentierte. NGOs forderten – mit zunehmender Resonanz im Verhandlungssaal und in der Weltöffentlichkeit – den “Total Ban” für Personenminen.

Es ist interessant zu beobachten, wie sich im Verlaufe der Konferenz der Akzent zusehends von den Interessen der nationalen Sicherheit bzw. der Abrüstung und Rüstungskontrolle hin zu den Belangen der Humanität verschob. Es fand sich in Wien rasch ein Konsens hinsichtlich der an sich wissenschaftlich entwickelten, aber noch nicht fabrizierten sogenannten “Blinding Weapons”, d.h. von Waffen, die – über grössere Distanz einsetzbar – Menschen zum Erblinden bringen, ohne sie sonst zu verletzen; die Konferenz arbeitete einen entsprechenden Vertragstext aus, wobei es sich bei diesem Text, sollte er eines Tages in Kraft treten, um die erste völkerrechtliche Konvention handeln würde, die eine Waffe verbietet, noch bevor sie auf den Markt gelangt ist.<sup>86</sup> Was das Projekt zu einem Verbot von Personenminen betrifft, wurde zunächst den staatlichen Sicherheitsinteressen ein grosses Gewicht beigemessen: dem Interesse der USA, ihre Sicherheits- und Ordnungskräfte weltweit effektiv zu schützen, dem Interesse der Russischen Föderation, angemessene Zeit zur Entwicklung alternativer Waffen zu gewähren und über geeignete Waffen zum Schutz von Nuklearwaffen zu verfügen, dem Interesse von Staaten mit langgezogenen Grenzen wie etwa China oder Finnland an einem effektiven Grenzschutz oder Interessen an der Bekämpfung des Terrorismus; vor allem wurde auch geltend gemacht, Antipersonenminen seien die probate – leicht erschwingliche, leicht zu handhabende – “poor man weapon”. Zusehends schoben sich nun aber – dramatisch sichtbar im Verlauf der Wiener Konferenz – ideelle, menschenrechtliche und humanitäre Motive in den Vordergrund: das Bewusstsein, dass täglich ca. 70 Menschen durch Minen schwer verletzt oder sogar getötet werden, also alle 15 Minuten eine Person, und dass die überwiegende Mehrheit dieser Opfer Zivilisten sind, die nicht nur während eines ausgetragenen Konflikts, sondern noch Jahre danach durch Minen gefährdet sind. Die Personenminen wurden zum Symbol und Katalysator für die Ausbildung neuer Normen moralischen Verhaltens.<sup>87</sup>

Mindestens so interessant wie das Vertragswerk als solches sind verfahrensrechtliche Aspekte, welche die rasche Annahme der Anti-Personenminenkonvention begünstigten. Zunächst ist bemerkenswert, dass sich die Oslo-Konferenz für

<sup>86</sup> International Committee of the Red Cross, *Blinding Weapons*, ed. by Louise Doswald-Beck, Geneva 1993.

<sup>87</sup> Vgl. *Landmines, the Ottawa Convention, Statistics*, <<http://www.oneworld.org/guides/landmines/stats.htm>> (besucht im Juli 2000).

das Beschlussverfahren mit einer Zweidrittel-Mehrheit begnügte, während derartige Verträge bisher auf dem Konsensweg verabschiedet wurden. Soziologisch bedeutsam war sodann die herausragende Rolle von NGOs als "faktische Legislativkräfte". NGOs, die in besonderer Weise in von bewaffneten Konflikten heimgesuchten Regionen tätig waren, hatten bereits Ende der 80er und Anfang der 90er Jahre die Aufmerksamkeit der Weltöffentlichkeit und der Politiker auf die Minenproblematik gelenkt. Bereits 1992 wurde von sechs NGOs die internationale Kampagne gegen Landminen ins Leben gerufen, welcher sich in der Folge hunderte Organisationen aus der ganzen Welt anschlossen. Das IKRK spielte mit seinem besonderen Sachverstand in dieser Kampagne eine herausragende Rolle. Staaten ergriffen unilaterale Massnahmen. Im Prozess der Entstehung der Konvention erwies sich insbesondere eine Koalition von NGOs und einer Kerngruppe von Staaten (Kanada, die Philippinen, Südafrika, Mexiko, die Schweiz, Norwegen, Österreich und Belgien) als treibende Kraft. Der kanadische Aussenminister, Lloyd Axworthy, kam in seiner Rede bei der Eröffnung des Aktionsforums gegen Minen in Ottawa<sup>88</sup> zum Schluss, dass es "neue Wege" des Handelns, innerhalb und ausserhalb bestehender internationaler Organismen, gebe und dass damit bisher nie erreichte Fortschritte erzielt werden könnten; Staaten und Nichtregierungsorganisationen vermöchten, indem sie als echte Partner zusammenarbeiteten, zu Ergebnissen zu gelangen, die sie allein zu erreichen nicht in der Lage wären. Als prominente Sprecherin der "civil society" äusserte sich Jody Williams, Koordinatorin der Internationalen Kampagne zum Verbot von Landminen und Friedensnobelpreisträgerin, am 3. Dezember 1997 in Ottawa<sup>89</sup> wie folgt:

"Erst als die Stimme der Zivilgesellschaft sich in einem solchen Masse erhob, begannen die Regierungen zuzuhören, bewegte die Veränderung die Welt mit leuchtender und unerwarteter Geschwindigkeit." ... "Nach und nach unternahmen sie (die Regierungen) Schritte, und nach und nach wurde die Basis geschaffen, um die Regierungen der Welt daran glauben zu lassen, dass sie tatsächlich aus den normalen diplomatischen Kanälen treten und etwas anderes machen könnten." "... und es ist ein Geschenk an die Welt, dass wir die Dinge im nächsten Jahrhundert hoffentlich anders machen können, und nicht nur in einer minenfreien Welt leben, sondern in einer Welt, in der wir die Supermacht sind und die Welt rasch ändern können, und uns humanitären Problemen in einer Weise widmen können, wie wir es hier getan haben."

Die Entstehungsgeschichte der Antipersonenminen-Konvention wirft, wie mir scheint, Licht auf das Gestaltungspotential, welches NGOs und ihre Netzwerke im Rahmen der Handlungsbedingungen der modernen internationalen Gemeinschaft zu entfalten vermögen, wenn sie von einem klaren, unzweideutigen Ziel geleitet und von einer starken Motivation beseelt sind. Der Erfolg ihrer Initiativen hängt aber in der Regel letztlich wohl davon ab, dass sie im Verbund mit Regierungen vorgehen, die von ähnlichen Idealen und Vorstellungen über das richtige

<sup>88</sup> Auszugsweise abgedruckt in: Internationale Politik, März 1998, Nr. 3, 53. Jahr, 72 ff.

<sup>89</sup> Abgedruckt in: Internationale Politik, März 1998, Nr. 3, 53. Jahr, 76 ff.

moralische Verhalten getragen sind.<sup>90</sup> Die geschilderten Bestrebungen zum Verbot einer besonders brutalen, in besonderem Masse die Zivilbevölkerung treffenden und lange über einen Konflikt hinaus wirksamen Waffe machen sichtbar, wie sich das Gerechtigkeitsempfinden der Bürger und Bürgerinnen weltweit und wie sich insbesondere – vermittelt durch NGOs, aber auch Internationale Organisationen und Staaten – die Stimmen der Opfer als Formkraft der Völkerrechtsentwicklung erweisen können.

#### 6. Szenario: Kiew, März 2000 – Von Diplomaten lanciertes Verfassungsprojekt

Wir greifen nun als weiteres Szenario den Fall eines ethnischen Konflikts in Mitteleuropa auf. Stefan Zweig beschrieb bereits 1932 ein Phänomen, das – vor allem im früheren Machtkreis der Sowjetunion – bis heute nichts von seiner Aussagekraft verloren hat:

„das Bedürfnis“, stellte er fest, „sich als Gruppe feindselig gegen andere Gruppen zu ereifern, beherrscht noch heute Europa, und man muss an jene alte Sage denken, wo längst nach der Schlacht noch die Schatten der Toten in den Lüften weiter miteinander kämpfen.“<sup>91</sup>

In Kiew fand im Frühling 2000 eine von der OSZE, Russland und der Ukraine einberufene Konferenz zur Erarbeitung einer neuen Verfassung für Moldau statt. Die Republik Moldau ist ein zwischen Rumänien und der Ukraine liegender Staat, der – im Rahmen der Grenzen der früheren Moldawischen Sowjetrepublik – nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion 1989 völkerrechtsgültig entstanden war. Im östlichen Teil der Republik, in Transnistrien, einem schmalen Landstreifen am Ostufer des Dniester, setzten in der Folge Verselbständigungsbestrebungen ein. Am 2. September 1990 hatte sich Transnistrien für unabhängig erklärt. Es wurde dort unter dem Namen „Transnistrische Moldau-Republik“ ein *de facto*-Regime errichtet, mit einer eigenen Verfassung, einem eigenen Parlament, einem eigenen Präsidenten, einer eigenen Regierung, einem eigenen Gerichtssystem, einer eigenen Armee und einer eigenen Währung. Die Region, mehrheitlich von Russen und Ukrainern bewohnt, hatte eine Rumänisierung befürchtet, als die Machthaber von Moldau 1989 Rumänisch zur Staatssprache erklärt und das lateinische Alphabet wieder eingeführt hatten. Russland, die Ukraine und die OSZE sind Vermittler im Konflikt.

An der Konferenz von Kiew, zu der die Vermittler eingeladen hatten, widmeten sich Regierungsvertreter Russlands, der Ukraine, der Regierung Moldaus und Transnistriens, Experten aus verschiedenen Staaten und von OSZE und Europarat der Aufgabe, ein Verfassungsmodell zu entwickeln, in dem die Gesamtrepublik als

---

<sup>90</sup> Vgl. Zdzislaw Lachowski, The Ban on Anti-Personnel Mines, in: SIPRI Yearbook 1998, Armaments, Disarmament and International Security, Oxford University Press 1998, 545ff., 558. (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>91</sup> Stefan Zweig, Menschen und Schicksale, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1998, 41, 42.

völkerrechtliche und staatsrechtliche Einheit fortbestehen würde, Transnistrien aber eine gewisse Eigenexistenz zugesichert würde.

Es war die Sprachregelung der Konferenz, dass gewisse Begriffe in den zu konzipierenden Texten nicht verwendet werden durften: nämlich "Federal State", "Confederal State" und "Autonomy", dies um die Arbeiten nicht vorschnell auf bestimmte, bereits bestehende, im gegebenen Kontext reichlich belastete Modelle zu präjudizieren. Es sollte – um einen weder historisch, politisch noch ideologisch besetzten Terminus zu verwenden – eine Verfassung für einen "common state" konzipiert werden.

Als intellektueller Ausgangspunkt für die Konferenz wurde also gewissermaßen eine *tabula rasa*-Situation supponiert, und unter den Konferenzteilnehmern wurden zwei Gruppen gebildet: eine russisch- und eine englischsprachige Gruppe. Beide erarbeiteten Entwürfe und tauschten sie aus. Jede Gruppe versuchte dann, soviel vom anderen Text ins eigene Modell zu integrieren, wie mit dessen Grundzügen vereinbar war. Es war erstaunlich, wie nah sich die beiden Versionen am Ende kamen. Es wurde – wenn auch auf einer abstrakten Ebene – ein sehr weitgehender Konsens erzielt. Er wurde weitgehend aus der "Natur der Sache", d.h. der konkreten Gegebenheiten, heraus mit Prinzipien der Gerechtigkeit argumentiert. Die Ziele, Prinzipien, Regeln und Standards des Völkerrechts bildeten die natürliche Grundlage und den Rahmen, in den sich das Verfassungsprojekt einbetten sollte.

Weshalb wird dieses Beispiel aus der Politik nach dem Kalten Krieg erwähnt? Es soll – den längerfristig vielleicht als Gedankenanstoss und Teilelement erfolgreichen – Fall illustrieren, in dem staatliche und parastaatliche Akteure, Vertreter der internationalen Gemeinschaft und der "civil society" es unternehmen, unter dem Motto der "Good Governance" Verfassungs- und tragende Rechtswerte als Basis für eine neue Ordnung in einem krisenerschütterten Staat zu entwickeln. Der Fall lässt uns klar vor Augen treten, wie stark eine staatliche Verfassungsordnung und Verfassungs"philosophie" sowie das Recht der internationalen Gemeinschaft ineinander verknüpft und verwoben sind.

### 7. Szenario: Globalisierung – Notwendigkeit eines neuen "ius gentium"?

Wir stehen heute – dies ist ein Gemeinplatz – im Banne der Globalisierung. Eine frühere Epoche, die der langen, klassischen Periode der Nationalstaatlichkeit folgte, war diejenige der Internationalisierung. Das System der Internationalisierung, das sich bereits im 19. Jahrhundert herauszubilden begann und nach dem Zweiten Weltkrieg dann zur vollen Blüte gelangte, war gekennzeichnet durch eine Tendenz der Staaten, sich zur Verfolgung gemeinsamer Ziele und der verbesserten Kooperation und Koordination ihres Wirkens in internationalen Organisationen zusammenzuschließen. Globalisierung steht demgegenüber im Zeichen der Deregulierung und Privatisierung traditioneller Staatsaufgaben, dem Entstehen neuer Akteure des internationalen Systems, ja, letztlich der Frage, ob nicht das Völker-

recht vor der Herausforderung stehe, eine grundlegend neuartige Gestalt anzunehmen.<sup>92</sup>

Aus dem Entstaatlichungsprozess heraus entstanden neue Machtgebilde, vor allem in Form "multinationaler Unternehmen", die sich nur schwer im Interesse des übergeordneten Gemeinwohls in eine umfassende rechtliche Ordnung einfügen lassen.<sup>93</sup> Ich greife, anknüpfend an Episoden aus diesem neuen Problemfeld, die Frage nach der Einbindung multinationaler Gesellschaften in den internationalen Menschenrechtsschutz auf.<sup>94</sup>

Ein schweizerischer Unternehmer sagte unlängst: "Menschenrechte spielen bei allen unternehmerischen Tätigkeiten sowohl innerhalb als auch ausserhalb der Firma, im Inland und im Ausland, eine bedeutende Rolle." Verschiedene transnationale Unternehmen verpflichten sich in Dokumenten, in denen sie Firmenpolitik definieren, ausdrücklich zu Menschenrechten.

– Die Firma "Reebok" etwa erliess "Human Rights Production Standards".

– "Shell" bezog sich im Geschäftsbericht von 1998 auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung von 1948.

– Unternehmerverbände, z.B. in Norwegen und Dänemark, entwickelten höchst bemerkenswerte Strategien zur Verbreitung und Vertiefung der Menschenrechte im Wirtschaftsleben.

– Der Leiter eines schweizerischen multinationalen Konzerns schrieb: "Moralisch-ethisches Verhalten in der Unternehmensführung liegt oft sogar im Interesse des Unternehmens und der langfristigen Ertragssicherung, der Imagepflege und der Erhaltung des Unternehmens." Und: "Je langfristiger wir denken, desto mehr Möglichkeiten gibt es, Humanität und Effizienz auf einen Nenner zu bringen."

Solche Stimmen lassen aufhorchen. Denn der traditionelle Menschenrechtsschutz ist vor allem in die Verantwortung der Staaten gelegt. Diese erscheinen vorab als Garanten der Menschenrechte, wobei auch richterliche, quasirichterliche und administrative Kontrollprozeduren auf der internationalen Ebene eingerichtet wurden. Allerdings stossen wir nun aber bei unserer Suche nach konstitutionellen Perspektiven auf eine interessante Bestimmung in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der UNO von 1948, welcher bei ihrer Erarbeitung nur sehr unklare Konturen gegeben wurden, der aber ein grosses Gestaltungspotential für die Zukunft zukommen könnte. Es geht um Artikel 28, der lautet:

"Jeder Mensch hat Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung aufgelisteten Rechte voll verwirklicht werden können."

---

<sup>92</sup> Vgl. hierzu den Aufsatz von Jost Delbrück, *Globalization of Law, Politics, and Markets – Implications for Domestic Law: A European Perspective*, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* Herbst 1993, 9ff.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu etwa Daniel Thürer, *Globalisierung der Wirtschaft: Herausforderung zur "Konstitutionalisierung" von Macht und Globalisierung von Verantwortlichkeit – Oder: Unterwegs zur "Citizen Corporation"?*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2000, 107ff.

<sup>94</sup> Zum Ganzen vgl. Philip Alston (ed.), *Promoting Human Rights Through Bill of Rights: Comparative Perspectives*, Oxford 1999.

Diese – lange Zeit kaum bemerkte, gering geschätzte – Bestimmung ist voller Entfaltungsmöglichkeiten.<sup>95</sup> Zusammen mit der Präambelstelle, wonach neben den Staaten auch “alle Organe der Gesellschaft” für die Verwirklichung der Erklärung zuständig sind, könnte sie so gelesen werden, dass auch gesellschaftliche Machtträger wie (transnationale) Konzerne im Wirkungsbereich der Menschenrechte stehen. Eine eigentliche (direkte oder indirekte) Drittwirkung lässt sich wohl nicht konstruieren, wohl aber die Zielvorstellung, dass in unserer heutigen globalisierten, vernetzten Welt neben den Staaten auch nicht-staatliche Machtträger in die allgemeine Verantwortung gestellt sind, die Grundsätze des modernen Menschenrechtsschutzes zu respektieren und verwirklichen.

Interessant ist, dass in jüngster Zeit eine Vielfalt von “codes of conduct” für ethisches Verhalten der Wirtschaftsträger entstanden ist. Solche (rechtlich an sich nicht verbindliche) Verhaltensdirektiven sind etwa von internationalen Organisationen und NGOs (z.B. von der Internationalen Handelskammer) geschaffen worden. Auch Unternehmungen haben sich aber, aus eigener Initiative, Verpflichtungen über “business ethics” auferlegt. Konzerne machen etwa in Form von “Produkte-Labels” auf solche Selbstverpflichtungen aufmerksam. Gelegentlich werden auch ausserhalb der ordentlichen, bürokratischen Monitoring-Verfahren im Rahmen internationaler Organisationen *ad hoc* neue, kombinierte Arrangements zum Schutze von Menschenrechten geschaffen. So kooperierten etwa Sportfirmen, UNICEF, “Save the Children”, die ILO und die lokale Handelskammer in Pakistan, um Kinderarbeit bei der Herstellung von Fussbällen zu beseitigen.

Wir stehen vor einem Phänomen von grundsätzlicher Bedeutung: Sind Kräfte der Zivilgesellschaft im Begriffe und in der Lage, aus eigenem Antrieb und von unten her (“from the bottom up”) Verfahren zur Verwirklichung von Menschenrechten ins Werk zu setzen? Sind solche Kontrollsysteme glaubwürdig und tragfähig? Ist der traditionelle Menschenrechtsschutz im Begriff, sich in die Sphären der gesellschaftlichen Gestaltung auszudehnen? Es ist erstaunlich, dass diese neue, vielversprechende Dimension, in welche die Menschenrechte in unserer globalisierten Welt hineinwachsen könnten, bisher in der Praxis und Lehre sowohl als Trend wie auch als mögliche Gestaltungskraft und Zukunftsprojekt kaum wahrgenommen und wissenschaftlich erfasst worden ist. Eine solche Fortentwicklung des Menschenrechtssystems würde dazu beitragen, der Logik des Kapitalismus (welche nach Max Weber die Lebensstile des “Fachmenschen ohne Geist” und des “Genussmenschen ohne Herz” fördert) eine Kultur der Werte überzuordnen.

Festzuhalten bleibt nun dies: Selbstregulierung des Unternehmensverhaltens und unverbindliche Verhaltensstandards, seien sie privater oder öffentlicher Natur, genügen auf die Dauer nicht, die dynamischen Abläufe einer globalisierten Wirtschaft in festen Bahnen zu halten. Träger der Politik, aber auch Führer von Unternehmungen und ihre Berufsverbände verlangen denn auch nachdrücklich eine

<sup>95</sup> Vgl. hierzu Gundmundur Alfredsson/Asbjørn Eide (Hrsg.), *The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement*, The Hague/Boston/London 1999, Kommentierung zu Artikel 28, 597 ff.

Einschränkung der im internationalen Wirtschaftsleben herrschenden "Anomie". Klare Regeln sollen – so fordern Stimmen der Wirtschaft – das Verhalten berechenbar und durchsetzbar machen; Rechtssicherheit solle gewährleistet werden, wobei die Wettbewerbsneutralität zu respektieren sei.

Aus einer umfassenden Sicht ist nun aber bedeutsam, dass – auf regionaler und universaler Ebene – Verfahren zur Schaffung von Ordnungsstrukturen eingeleitet werden, in denen das "Rule of Law"-Prinzip nicht bloss formal, sondern auch im Sinne der materiellen Legitimität zum Tragen kommt. Menschenrechte, die Sicherung der ökologischen Lebensgrundlagen und Prinzipien der (materiellen und ideellen) öffentlichen Wohlfahrt gehören zu den Fundamentalwerten eines in Zukunft zu gestaltenden, inhaltlich erfüllten internationalen Rechts- und Institutionensystems, wie es heute zwar in wesentlichen Fragmenten (z. B. in Form der Europäischen Union) bereits vorliegt, aber der intensiven, kohärenten Weiterentwicklung bedarf. Ein Gedanke freilich erregt Besorgnis: wie sich eine die globalisierte Wirtschaft effektiv steuernde und sie verfassende internationale Wirtschaftsordnung schaffen lässt, die adäquat vom (demokratisch gebildeten) Willen der Menschen, also vom Primat der öffentlichen Interessen und der Gerechtigkeit getragen ist. Ralph Dahrendorf befürchtet, "dass die Entwicklung zur Globalisierung und ihre sozialen Folgen eher autoritären als demokratischen Strukturen Vorschub leisten. Ein Jahrhundert des Autoritarismus", so das von Dahrendorf präsentierte, etwas düstere Gemälde, "ist keineswegs die unwahrscheinlichste Prognose für das 21. Jahrhundert."<sup>96</sup>

Das Szenario der Globalisierung, der verschiedenen Ansätze zur Einbindung multinationaler Unternehmen in den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz sowie die Perspektive einer allmählichen (Zurück)Verwandlung des Völkerrechts in ein neuartiges, sich spontan in gesellschaftlichen, staatlichen und gemischten Foren herausbildenden *ius gentium* wurde herausgegriffen, weil hier, in einem staatlichen Regelungsvakuum, der Gerechtigkeitsgedanke wiederum als unmittelbar gestaltende Kraft in Erscheinung treten könnte. Stehen wir vor einem weiteren Phänomen, in dem die Horizonte internationaler und innerstaatlicher öffentlicher und gesellschaftlicher Ordnungssysteme zu verschmelzen beginnen, dies auch im Zeichen des Menschenrechtsgedankens und damit letztlich eben der Gerechtigkeit?

#### 8. Szenario: Atomwaffen-Gutachten des Internationalen Gerichtshofs: Ein neuer Rahmen für das Recht der internationalen Gemeinschaft?

##### a) Allgemeines

Am 8. Juli 1996 veröffentlichte der Internationale Gerichtshof das auf Antrag der UN-Generalversammlung erstattete Gutachten zur Frage der Legalität der

---

<sup>96</sup> Zitiert bei Hubert Kleinert/Siegmar Mosdorf, Die Renaissance der Politik, Berlin 1998, 159, 160.

Androhung des Einsatzes oder des Einsatzes von Atomwaffen.<sup>97</sup> Der Gerichtshof fand u. a. mit sieben gegen sieben Stimmen, wobei die Stimme des Präsidenten Bedjaoui den Ausschlag gab, in Abschnitt 2 E des Dispositivs:

“... that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law;

However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defense, in which the very survival of a State would be at stake.”

In bezug auf die Stimmabgabe zu diesem Abschnitt ist festzuhalten, dass drei Richter (Koroma, Shahabuddeen und Weeramantry) lediglich deshalb eine Nein-Stimme abgaben, weil sie keinerlei Ausnahmen vom Grundsatz der Völkerrechtswidrigkeit von Atomwaffen zulassen wollten, d. h. ihre Stimme auf den zweiten Teil des Abschnitts 2 E bezogen wissen wollten. Es haben sich daher zehn von vierzehn Richtern gegen die Zulässigkeit der Androhung oder des Einsatzes von Atomwaffen ausgesprochen. Die vier Richter, die eine abweichende Meinung (“dissenting opinion”) vertraten, stammen aus den drei westlichen Atomwaffenstaaten USA (Schwebel), Grossbritannien (Higgins) und Frankreich (Guillaume). Richter Oda (Japan) stimmte lediglich deshalb gegen die Meinung der Mehrheit, weil er der Meinung war, der Internationale Gerichtshof dürfe sich zu dieser Frage nicht äussern; die anderen drei Richter verneinten jedoch uneingeschränkt die Völkerrechtswidrigkeit der Androhung oder des Einsatzes von Atomwaffen als solche.

Das Rechtsgutachten ist äusserst komplex. Fast alle vierzehn Richter gaben eine ausgreifende eigene Erklärung bzw. zustimmende, abweichende oder individuelle Meinung ab. Das mag mit dem hochpolitischen Charakter der zu begutachtenden Frage zusammengehangen haben. Der Pluralismus von Stimmen ist aber auch Ausdruck des Umbruchs, in dem sich die Völkerrechtsordnung heute befindet, nämlich – wie sich Präsident Bedjaoui äusserte, “de l’existence d’un processus très avancé de mutation de droit international en la matière, ou, en d’autres termes, d’une tendance actuelle à la substitution d’une norme de droit international à une autre, la première n’existant pas encore et la seconde n’existant déjà plus”.<sup>98</sup> In unserem Zusammenhang interessieren vorab zwei Fragen: diejenige nach der Grundstruktur des modernen Völkerrechtssystems und diejenige nach deren inhaltlichen Grundlagen.

#### *b) Von der “Lotuswelt” zur “Welt der internationalen Gemeinschaft”*

Im Zentrum der vom Internationalen Gerichtshof zu lösenden Problematik stand die Tatsache, dass es weder im Völkervertrags- noch im Völkergewohn-

<sup>97</sup> Vgl. hierzu etwa die Sondernummer 316 der “International Review of the Red Cross”, Januar/Februar 1997, mit Beiträgen von Géza Herczegh, Yves Sandoz, Luigi Condorelli, Eric David, Louise Doswald-Beck, Hisakazu Fujita, Christopher Greenwood, Timothy L. H. McCormack, Manfred Mohr und John H. McNeill.

<sup>98</sup> Déclaration de M. Président Bedjaoui, ICJ Reports, 1996, para. 16.

heitsrecht eine Norm gibt, welche die Androhung des Einsatzes oder den Einsatz von Nuklearwaffen als solche verbietet. Kommt daher – dies war eine die Richter beschäftigende Kardinalfrage – der seinerzeit vom Ständigen Internationalen Gerichtshof im *Lotus*-Fall entwickelte Grundsatz zur Anwendung, wonach von der Souveränität und damit von der Handlungsfreiheit der Staaten auszugehen sei, soweit dieser nicht durch eine ausdrückliche Regel des völkerrechtlichen Vertrags- oder Gewohnheitsrechts Schranken gezogen seien? Oder ist die als “Lotus-Doktrin” bezeichnete, anlässlich einer Schiffskollision und im Zusammenhang mit der Frage nach der einschlägigen Strafsjurisdiktion entwickelte und in der Aera und der Atmosphäre des Völkerrechts der Koexistenz beheimatete Methode zur Abgrenzung der Sphäre der Völkerrechtsordnung gegenüber derjenigen der staatlichen Souveränität den neuen Aufgaben und Herausforderungen der internationalen Gemeinschaft nicht mehr gewachsen, wie sie gerade im *Atomwaffen*-Fall radikal und drastisch in Erscheinung traten? Die folgenden Richterstimmen mögen die im Internationalen Gerichtshof neu gefundene Orientierung aufzeigen:

Präsident Bedjaoui fand einleitend in der von ihm abgegebenen Erklärung:

“La Charte de l’Atlantique avait pourtant promis de ‘délivrer l’homme de la peur’ et celle de San Francisco de ‘préservier les générations futures du fléau de la guerre’. Un long chemin reste encore à parcourir pour exorciser cette nouvelle terreur de l’homme qui l’a fait renouer avec celle de ses ancêtres qui craignaient jadis la chute sur leur tête d’un ciel d’orage chargé de foudre. Mais la situation de l’homme du XXe siècle se distingue, à bien des égards, de celle de son ancêtre: il est armé de connaissance; il s’expose de son propre fait à l’autodestruction; ses inquiétudes sont plus fondées. Pourtant doué de raison, l’homme n’a jamais été aussi déraisonnable: son destin se brouille; sa conscience s’obscurcit; sa vision se trouble et ses coordonnées éthiques tombent, comme feuilles mortes, de l’arbre de vie.”<sup>99</sup>

Richter Weeramantry argumentierte dann zur “Lotus-Doktrin” wie folgt:

“The doctrine that the sovereign is free to do whatever statute does not expressly prohibit is a long-exploded doctrine. Such extreme positivism in legal doctrine has led humanity to some of its worst excesses. History has demonstrated that power, unrestrained by principle, becomes power abused. Black-letter formulations have their value, but by no stretch of the imagination can they represent the totality of the law.”<sup>100</sup>

Die Auffassung teilte Richter Shahabuddeen:

“It is difficult for the Court to uphold a proposition that, absent a prohibition, a State has a right in law to act in ways which could deprive the sovereignty of all other States of meaning.”<sup>101</sup>

Entsprechend äusserte sich auch Richter Ranjeva:

“The absence of a direct and specific reference to nuclear weapons cannot be used to justify the legality, even indirect, of the threat or use of nuclear weapons. The wording

<sup>99</sup> Déclaration de M. Président Bedjaoui, ICJ Reports, 1996, para. 3.

<sup>100</sup> ICJ Report, 1996, III. Humanitarian Law, 494.

<sup>101</sup> ICJ Reports, 1996, 357 ff. Part II., 393.

of the first clause of operative paragraph 2 E excludes any limitation to the general principle of illegality.”<sup>102</sup>

Präsident Bedjaoui hielt in seiner Erklärung fest:

“Ainsi, la Cour, dans le présent avis, fait preuve de beaucoup plus de circonspection que sa devancière dans l’affaire du Lotus, quand elle affirme aujourd’hui que ce qui n’est pas expressément prohibé par le droit international n’est pas pour autant autorisé.”<sup>103</sup>

Richter Shahabuddeen äusserte sich in seiner “dissenting opinion” wie folgt:

“There have been important developments concerning the character of the international community and of inter-State relations. While the number of States has increased, international relations have thickened; the world has grown closer. In the process, there has been a discernible movement from a select society of States to a universal international community.”

Und er fuhr fort:

“Whichever way the issue in Lotus was determined, the Court’s determination could be accommodated within the framework of an international society consisting of ‘co-existing independent communities’. Not so as regards the issue whether there is a right to use nuclear weapons. Were the Court to uphold such a right, it would be upholding a right which could be used to destroy that framework and which could not therefore be accommodated within it. However extensive might be the powers available to a State, there is not any basis for supposing that the Permanent Court of International Justice considered that, in the absence of a prohibition, they included powers the exercise of which could extinguish civilization and annihilate mankind and thus destroy the framework of international community; powers of this kind were not in issue. To the extent that a course of action could be followed by so apocalyptic a consequence, the case is distinguishable; it does not stand in the way of this Court holding that States do not have a right to embark on such a course of action unless, which is improbable, it can be shown that the action is authorized under international law.”<sup>104</sup>

Im Nukleargutachten des Internationalen Gerichtshofes sowie den Äusserungen der Richter kommt durchgehend die Auffassung zum Ausdruck, dass die alte Welt der Staaten-Koexistenz, in der die Lotus-Formel wurzelt, im Begriff ist, durch das neue Paradigma des Völkerrechts als Rechtsordnung der internationalen Gemeinschaft abgelöst zu werden.

*c) Vom Formalrecht zum ethisch geprägten Recht oder zum Recht der menschlichen Werte*

Im Atomwaffen-Gutachten trat der substanzielle, ethische Gehalt völkerrechtlicher Grundprinzipien stark hervor, was etwa die folgenden Textstellen belegen mögen.

In der Opinion heisst es:

<sup>102</sup> ICJ Reports, 1996, 294 ff.

<sup>103</sup> Déclaration de M. Président Bedjaoui, ICJ Reports, 1996, para. 15.

<sup>104</sup> ICJ Reports, 1996, Part. II., 394, 396.

“The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants. [...] According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering. In application of that second principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use.”

Erklärung von Richter Herczegh:

“... The fundamental principles of international humanitarian law, rightly emphasized in the reasons of the Advisory Opinion, categorically and unequivocally prohibit the use of weapons of mass destruction, including nuclear weapons. International humanitarian law does not recognize any exceptions to these principles.”<sup>105</sup>

Erklärung von Richter Ferrari Bravo:

“... It is obvious that no such rule could have come into existence in the political situation that prevailed between 1945 and 1985. However, I would point out that all the rules produced over the last 50 years, particularly with regard to the humanitarian law of armed conflict, are irreconcilable with the technological development of the construction of nuclear weapons.”<sup>106</sup>

Erklärung von Präsident Bedjaoui:

“Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l’un l’emploi des armes à effets indiscriminés et l’autre celui des armes causant des maux superflus, font partie du *ius cogens*. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu’elle n’avait pas à se prononcer sur ce point ... La Cour n’en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme ‘des règles intransgressibles du droit international coutumier’.”<sup>107</sup>

Abweichende Meinung von Richter Weeramantry:

“The humanitarian principles discussed above have long passed the stage of being merely philosophical aspirations. They are the living law and represent the high-water-mark of legal achievement in the difficult task of imposing some restraints on the brutalities of unbridled war. They provide the ground-rules for military action today and have been forged by the community of nations under the impact of the sufferings of untold millions in two global cataclysms and many smaller wars. As with all legal principles, they govern without distinction all nations great and small.”<sup>108</sup>

Separate Meinung von Richter Ranjeva:

“The law of nuclear weapons is one of the branches of international law which is inconceivable without a minimum of ethical requirements expressing the values to which the members of the international community as a whole subscribe. The survival of mankind and of civilization is one of these values. It is not a question of substituting a moral order for the legal order or positive law in the name of some higher or revealed order. The moral requirements are not direct and positive sources of prescriptions or

<sup>105</sup> ICJ Report, 1996, 275

<sup>106</sup> ICJ Reports, 1996, 285.

<sup>107</sup> Déclaration de M. Président Bedjaoui, ICJ Reports, 1996, para. 21.

<sup>108</sup> ICJ Reports, 1996, IV. Self-Defense, 517 ff.

obligations but they do represent a framework for the scrutiny and questioning of the techniques and rules of conventional and consensual engineering. On the great issues of mankind the requirements of positive law and of ethics make common cause, and nuclear weapons, because of their destructive effects, are one such issue.”<sup>109</sup>

#### Abweichende Meinung von Richter Shahabuddeen:

“In his critical study of history, Ibn Khaldûn referred to ‘the explanation that laws have their reason in the purposes they are to serve’. Continuing, he noted that ‘the jurists mention that injustice invites the destruction of civilization with the necessary consequence that the species will be destroyed’, and that the laws ‘are based upon the effort to preserve civilization’. Thus, the preservation of the human species and of civilization constitutes the ultimate purpose of a legal system. In my opinion, that purpose also belongs to international law, as this is understood today.”<sup>110</sup>

Im Nukleargutachten weist der Internationale Gerichtshof also – in der bisherigen internationalen Rechtsprechung wohl einzigartig – auf die ethischen Werte der internationalen Gemeinschaft als Grundlage des Völkerrechts hin; das humanitäre Völkerrecht bildet den hauptsächlichlichen Kristallisationskern. Das Gutachten ist als Ganzes betrachtet in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Schon die Tatsache, dass sich der Gerichtshof bereit fand, auf die Frage der Zulässigkeit der Androhung oder des Einsatzes von Atomwaffen überhaupt einzutreten, war nicht selbstverständlich; denn es hätte sich mit guten Gründen auch der Standpunkt vertreten lassen, es handle sich hier um eine politische, nicht justiziable Frage, in der sich der Gerichtshof naturgemäss nicht zu einer klaren, in sich geschlossenen Rechtsmeinung durchringen, sondern höchstens – seine Autorität aufs Spiel setzend – ein mehr oder weniger pluralistisches Bündel rechtlicher Würdigungen zu präsentieren vermöge. Was die materielle Würdigung der Frage betrifft, hätte man erwarten können, dass der Internationale Gerichtshof grosses Gewicht der Tatsache beimässe, dass im Gegensatz etwa zu den chemischen oder bakteriologischen Waffen oder dann auch den Antipersonenminen für die Nuklearwaffen ein Einsatzverbot auf vertraglichem Wege gerade nie zustande kam; auch hätte noch wenige Jahre zuvor wohl die Überlegung eine dominierende Rolle gespielt, dass sich vor dem Hintergrund des Kalten Krieges mit dem in ihm verankerten System der gegenseitigen Abschreckung und angesichts der Tatsache, dass sich verschiedene Grossestaaten gerade auch mit Rücksicht auf ihr Nuklearwaffenarsenal geweigert hatten, das I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen zu ratifizieren, ein gewohnheitsrechtliches Androhungs- oder Einsatzverbot von Atomwaffen gar nicht hätte herausbilden können; denn Gewohnheitsrecht ist Ausdruck einer für die Staatenwelt repräsentativen, insbesondere auch die unmittelbar interessierten Staaten einschliessenden Praxis und einer entsprechenden *opinio iuris*. Statt sich bei der ihm vorgelegten “Legalitätsfrage” mit Bestand und Inhalt der entsprechenden Rechtsgrundlagen im einzelnen zu befassen, wie dies eine strikt positivrechtlich konzipierte Analyse geboten hätte, stellten der Gerichtshof und seine Mitglieder

<sup>109</sup> ICJ Reports, 1996, 294 ff., 296.

<sup>110</sup> ICJ Reports, 1996, 379 ff., 381.

nun aber allgemeine Prinzipien des Völkerrechts, ja philosophische Betrachtungen zum Stand der modernen Zivilisation und zu ihrer kategorischen Bedrohung durch einen Nuklearkrieg in den Vordergrund. Ein zentraler Stellenwert wurde dabei nun eben auch dem humanitären Völkerrecht und insbesondere den hinter den einzelnen Regeln stehenden oder ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien beigemessen, denen verschiedene Richter den Rang von *ius cogens* zuerkantten.

### III. Eine neue Theorie des Völkerrechts?

“In reality, there is only one human right which is valid in the international sphere as well as in the domestic sphere.”

Judge Tanaka<sup>111</sup>

(W)ithout moral convictions, you cannot be a realist because the realistic world offers narrow alternatives, while morality consists of having the strength to choose among them.”

Henry A. Kissinger<sup>112</sup>

“Without some consciousness of ends, life becomes dismal and colourless; ultimately the need for excitement too often finds a worse outlet than it would otherwise have done, on war or cruelty or intrigue or some other destructive activity.”

Bertrand Russell<sup>113</sup>

Wir haben, wenn auch nur tentativ und punktuell, einige mehr oder weniger dramatische Ereignisse und Episoden im internationalen Leben der jüngsten Jahre aufgegriffen. Bringen sie gemeinsame Muster für ein neues Selbstverständnis, für neue Konturen und eine neue Struktur der internationalen Gemeinschaft zum Ausdruck? Sind die Fälle in sich kohärent und repräsentativ für umfassendere Entwicklungstendenzen? Sind neue Paradigmata der internationalen Ordnung im Entstehen begriffen? Ist das Völkerrecht im Begriffe, sich zu wandeln, d. h. neue Ziele, Ideale und Entwicklungslinien zu erhalten? Ist ein neues – reicheres und reiferes – Völkerrechtssystem im Begriff, aus der Schale des alten herauszuwachsen? Nur einige wenige Gesichtspunkte seien abschliessend hervorgehoben. Wir fragen uns, ob und auf welche Weise die sich nunmehr nach dem Kalten Krieg abzeichnenden Bewusstseins- und Ordnungsformen wirklich neu sind oder ob sie in der früheren Lehre und Praxis, durch Präzedenzfälle oder Gedankengänge von Vordenkern bereits angebahnt und vorgezeichnet wurden. Auch fragen wir, was für grundlegende methodische und politische Herausforderungen die neuen Entwicklungen für das Völkerrecht mit sich bringen.

<sup>111</sup> Judge Tanaka, Dissenting Opinion, *South West Africa Cases*, Second Phase, ICJ Reports 1966, 297.

<sup>112</sup> Henry A. Kissinger, *The World in Perspective: Lessons of the 20<sup>th</sup> Century for the Next*, a Lecture Given on the Occasion of the 20<sup>th</sup> Anniversary of the Programme for Strategy and International Security Studies, Genf 1999, 19.

<sup>113</sup> Bertrand Russell, *Authority and the Individual*, London 1970, 86.

## 1. Standortbestimmung im Entwicklungszusammenhang

Ich möchte mit einem Bild veranschaulichen, wie ich die Dinge sehe. Der tschechische Schriftsteller Milan Kundera beschrieb in der Geschichte "Wege im Nebel" den Menschen als einen, "der im Nebel voranschreitet". Schau er aber zurück, um die Menschen der Vergangenheit zu beurteilen, sehe er auf deren Weg keinen Nebel; von seiner Gegenwart aus, die deren ferne Zukunft war, scheine ihr Weg in seiner ganzen Länge vollständig klar und übersichtlich. Blicke der Mensch zurück, sehe er den Weg, sehe er die Menschen, die darauf voranschreiten, sehe er ihre Irrtümer, der Nebel jedoch sei nicht mehr da.<sup>114</sup> Ähnlich geht es vielleicht demjenigen, der hinter den heute klar sichtbaren Fragmenten sich erhebende, umfassendere Ordnungsstrukturen aus dem geschichtlichen Gesamtzusammenhang zu eruieren oder sich mindestens vorzustellen sucht. Sind die Häuser und Hütten, Strassen und Plätze der Stadt, die wir im Nebel erahnen, verwandt mit Städten und Stadtplänen, wie sie schon früher existierten und, mit einem Blick zurück, auf dem bereits durchschrittenen Weg klar sichtbar in Erscheinung treten?

Klar wurde, dass Völkerrecht sich evolutiv fortbildet, nicht vor allem als Akt der bewussten Rechtsschöpfung, als grosser Wurf. Einmal in der neueren Geschichte hatte vielleicht für kurze Zeit eine solche Chance bestanden: als der amerikanische Präsident Woodrow Wilson sich anschickte, eine neue, bessere Weltordnung zu schaffen: "the reign of law, based upon the consent of the governed and sustained by the organised opinion of mankind". Stefan Zweig schrieb in seinem Essay "Wilson versagt" über den damaligen, wohl einzigartigen historischen Moment einer möglichen Neukonzipierung des Internationalen Systems:

"Der Krieg, gestern noch ein sinnloses Gezänke um Landstriche, um Grenzen, um Rohstoffe und Erzgruben und Petroleumfelder, hatte plötzlich einen höheren, einen beinahe religiösen Sinn bekommen: der ewige Frieden, das messianische Reich des Rechts und der Humanität."<sup>115</sup>

Er fuhr, Wilsons Idealismus und Versagen beschreibend, fort:

"Er blickt nun in die Zukunft, und statt der verschossenen Gebäude sieht er nur den ewigen Bau. Nur eines ist seine Aufgabe, to do away with an old order and to establish a new order."<sup>116</sup>

Und:

"Statt die Stunde zu nützen, solange sie ihm günstig war, statt das heisse Eisen nach seinem Willen zu schmieden, solange es noch weich und gefügig glühte, hat Wilson die idealistische Disposition Europas erstarren lassen."<sup>117</sup>

Neu ist, dass Völkerrecht in seiner jüngsten Entwicklungsphase zunehmend ähnliche Züge annimmt und Inhalte in sich aufnimmt wie innerstaatliches

<sup>114</sup> Milan Kundera, *Verratene Vermächtnisse*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1999, 225 ff., insbes. S. 227.

<sup>115</sup> Stefan Zweig, *Wilson versagt*, in: ders., *Menschen und Schicksale*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1998, 367.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 373.

<sup>117</sup> Zweig (Anm. 115), 377.

Recht.<sup>118</sup> Dieser Prozess vollzog sich aber eben evolutiv und nicht in Form eines zu Beginn der Epochenschwelle dramatisch inszenierten Neuanfangs. Erhellend ist vielleicht, in diesem Zusammenhang an Roscoe Pound zu erinnern, der sich mit der Moral als einer treibenden Kraft der Rechtsentwicklung befasste und dabei drei Entwicklungsstufen unterschied. Ursprünglich stellten – so Pound – Moral, Religion und Recht weitgehend undifferenzierte Formen der sozialen Kontakte dar. Es sei die Phase des sich verselbständigenden strikten Rechts gefolgt, dessen Vorschriften “crude and rigid” gewesen seien und das die Tendenz in sich geschlossen habe, am Ende seiner konsequenten Entwicklung “highlyimmoral” zu werden.

“In a third stage of legal development”, so Pound, “there is a larger infusion into the law of purely moral ideas from without. This is a stage of growth, and growth in law takes place chiefly by assimilation and adaptation of materials drawn from other legal systems or from outside the law. At Rome in the classical period, Greek ethical philosophy was drawn upon. In England in the rise of the court of chancery and development of equity, ethical ideas from the casuist literature of the sixteenth century, and the general notions of right and wrong held by chancellors who were not common-law lawyers, were made liberalizing agencies. In Continental Europe of the seventeenth and eighteenth centuries the philosophical ideas of juristic writers upon the law of nature were used in the same way. Thus moral duty was formed into legal duty and put in the foreground in place of legal remedy. Reason was relied upon rather than strict rule. The individual human being, as the moral unit, became the legal unit. It was conceived that the moral principle, simply as such and for that reason, was to be also a legal rule. In all legal systems the distinguishing characteristics of this stage are the feeling that the legal must be made to coincide with the moral at every point and the consequent progression of moral ideas into legal ideas, and from what had been but morals without legal sanction into effective legal institutions. The science of law begins in this stage. Consequently as he looked back at it the historical jurist could say that morals were potential law.”<sup>119</sup>

Treffen diese Überlegungen zur dritten Entwicklungsstufe in den Beziehungen zwischen Recht und Moral<sup>120</sup> nicht auch auf die Grundphänomene zu, denen wir in unseren acht “Szenarien” auf Schritt und Tritt begegnet sind?

## 2. Komplexes “Verfassungs”system

Interessant ist, dass heute – wie mir scheint – das Rechtssystem als Ganzes im Begriffe ist, sich zu wandeln. Nelson Mandela etwa wies in seiner

<sup>118</sup> Carl Friedrich von Weizsäcker hatte in diesem Zusammenhang den Begriff der “Weltinnenpolitik” geprägt; vgl. hierzu etwa Ulrich Bartosch und Jochen Wagner (Hrsg.), *Weltinnenpolitik – Internationale Tagung anlässlich des 85. Geburtstags von Carl Friedrich von Weizsäcker*, Münster 1998. Vgl. Jean-Marie Dupuy, *Droit International Public*, 4. Aufl., Paris 1998, der zu der sich neu herausbildenden Gestalt des Völkerrechts schreibt: “Il apparaît ... comme un droit de la communauté internationale et de l’humanité, dont il aura à charge, dans le siècle naissant, de protéger les intérêts sinon de garantir la survie.”, 22.

<sup>119</sup> Roscoe Pound, *Law and Morals* (1924), Littleton, Colorado, 1987, 32, 33.

<sup>120</sup> Vgl. zum Ganzen Otfried Höffe, *Vernunft und Recht*, Frankfurt am Main 1996, insbes. S. 24 ff.

Biographie "Long Walk to Freedom" eindrücklich auf diesen neuartigen Sachverhalt hin. Er klagte nicht vor allem die einzelnen Behördenmitglieder an, die ihn in die 27-jährige Gefangenschaft verbannten, und auch nicht die Gefängnisorgane; es gelte vielmehr, das im Apartheidsystem als solchem verkörperte Unrecht zu überwinden, das von der internationalen Gemeinschaft konsequent als völkerrechtswidrig stigmatisiert und bekämpft worden ist.<sup>121</sup> Wenn wir nun also unser Augenmerk auf die jüngsten Entwicklungen des Völkerrechts im weiten, grossen Zusammenhang richten, vermögen wir zu erkennen, wie stark dessen Tendenz ist, als eine sich verfestigende Werteordnung auf die Staatsrechtsordnungen einzuwirken. Inmitten der im "Nebel" nur in ihren Konturen erkennbaren "Siedlung" und um sie herum wachsen, um beim Bild Kunderas zu bleiben, völkerrechtliche Rechtsgebilde empor, die im Begriff sind, das staatliche Recht zu "durchdringen", zu "überdachen" oder dessen Fortentwicklung zu lenken, wobei sich freilich erst im Rückblick, wenn sich die uns in der Gegenwart umgebenden "Nebel" gelichtet haben, Ausmass, Tiefe, Stärke und Richtung der sich anbahnenden Entwicklung erkennen lassen. Vielleicht ist die Terminologie des Verfassungsrechts in besonderem Masse geeignet, die verschiedenen Aspekte der Entwicklung plastisch sichtbar zu machen.

- Das Völkerrecht hat – wie sich gezeigt hat – vor allem etwa in Form von Kerngrundsätzen des Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts Prinzipien der Moral in sich aufgenommen und ist im Begriffe, eigene, den Staaten übergeordnete "konstitutionelle" Prinzipien oder einen universalen, den Staaten vorgegebenen minimalen "ordre public" zu entwickeln; mit der Thematik der Bewältigung des vom Nationalsozialismus begangenen Unrechts wurde ein Ausgangspunkt dieser Entwicklung beleuchtet und darauf hingewiesen, wie sehr in Überwindung des positivistischen Denkens das "übergesetzliche Recht" nunmehr seinen naturrechtlichen Charakter verloren und verfassungsrechtlich bzw. völkerrechtlich konsolidierte Formen angenommen hat.

- In andern Fällen – wir denken an den *Tadic*-Entscheid und die ihn umgebenden und ihm folgenden Rechtsentwicklungen – traten Prinzipien des (humanitären) Völkerrechts als eigentliches Surrogat für zusammengebrochenes oder nicht mehr funktionsfähiges staatliches Verfassungsrecht hervor; sie erschienen als der "letzte Boden" der Rechtsstaatlichkeit, Gerechtigkeit und Humanität, unter den ein staatsrechtliches System in der Spirale der Gewaltanwendung und inneren Degenerierung nicht hindurchfallen darf.

- Wiederum andere Fälle zeigen, dass das Völkerrecht, in Form von Verboten oder möglichen Ermächtigungen zum Handeln, auch als Schranke und Rahmen

<sup>121</sup> Nelson Mandela, *Long Walk to Freedom*, London 1994, 747, 748: "On the day of the inauguration, I was overwhelmed with a sense of history. In the first decade of the twentieth century ... the white skinned peoples of South Africa patched up their differences and erected a system of racial domination against the dark skinned peoples of their own land. The structure they created formed the basis of one of the worst, most inhumane, societies the world has ever known. Now, in the last decade of the twentieth century ... that system had been overturned forever and replaced by one that recognizes the rights and freedoms of all peoples regardless of the colour of their skin."

des (staatlichen) Handelns hervortritt; wir denken etwa an den "Total Ban" für Antipersonenminen oder das Atomwaffengutachten des Internationalen Gerichtshofes oder an die Kontroverse um die Zulässigkeit der NATO-Intervention im Kosovo.

- Völkerrecht tritt auch zunehmend als ein Leitbild und als ein innerstaatliche Verfassungsprozesse steuerndes Normensystem in Erscheinung; diese direktive Kraft für die Verfassungsentwicklung ist ein gängiges Phänomen, seitdem etwa sich aus der Kolonialherrschaft emanzipierende Staaten der Dritten Welt die Allgemeine Menschenrechtserklärung der UNO von 1948 zum Massstab ihrer Verfassungsgebung nahmen oder ganze Teile davon in ihr Verfassungsrecht integrierten oder seit etwa, umgekehrt, der Sicherheitsrat der UNO eine südafrikanische Verfassungsnovelle von 1984 wegen Verstosses gegen das Verbot der Rassendiskriminierung als "null und nichtig" bezeichnete und damit Südafrika anwies, seine Rechtsordnung im Sinne des völkerrechtlichen Menschenrechtssystems umzugestalten.<sup>122</sup> Im vorliegenden Zusammenhang wurde das Verfassungsexperiment für Moldau als Illustration für die verfassungprägende und -anleitende Kraft und Dynamik des Völkerrechts und auch als Beispiel, wie mir scheint, für innovative Formen der kooperativen Gestaltung genannt.

- Prinzipien des internationalen Rechts sind schliesslich in Zukunft auch *ex vacuo* zu entwickeln, um die sich globalisierende Wirtschaft in Bahnen des "rule of law" zu lenken.

### 3. Herausforderungen an die Rechtsquellenlehre: Allgemeine Rechtsprinzipien als neues Potential der Rechtsfortbildung

Interessante Fragen der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre scheinen sich abzuzeichnen. Völkerrecht tritt als Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht und in Form von allgemeinen, von den Kulturvölkern (zivilisierten Völkern) anerkannten Rechtsprinzipien in Erscheinung. Dies ist die allgemein anerkannte Grundregel über die Entstehung von Völkerrecht, wie sie in Artikel 38 Ziffer 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes niedergelegt ist, im Grunde genommen aber einen "axiomatischen" Grundsatz des völkerrechtlichen Verfassungsrechts darstellt. Völkerrechtsvertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht stehen in der Praxis, wenn auch nicht etwa im dogmatischen Sinn einer Normenhierarchie, im Vordergrund, während die allgemeinen Rechtsprinzipien eher subsidiär zur Lückenfüllung herangezogen werden. Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht sind Ausfluss aus dem souveränen Willen der Staaten, wie er in deren Konsens bzw. Praxis und der *opinio iuris* zum Ausdruck kommt. Hinter den Allgemeinen Rechtsprinzipien dagegen steht immer auch die Rechts- oder Gerechtigkeitsidee als solche. Dass auch die "justice objective" unmittelbare Geltungs- und Formkraft des Völkerrechts sein kann, geht etwa aus den "travaux préparatoires" zum Statut des Stän-

<sup>122</sup> Resolution 554 (1984), 17.8.1984. Vgl. hierzu Christian Tomuschat, Die innerstaatliche Gemeinschaft, in: Archiv des Völkerrechts 1995, 1, 18.

digen Internationalen Gerichtshofes hervor; sie wurde denn auch nach dem Zweiten Weltkrieg von Autoren wie Charles de Visscher als Geltungs- und Verankerungsgrund für den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz herangezogen.<sup>123</sup> Allgemeine Rechtsprinzipien sind naturgemäss nicht als Ausdruck des konkreten Willens der Staaten "gesetzt", sondern entspringen allgemeinen – überdauernden oder mehr epochenbedingten – Anschauungen der Rechtskultur.

Mit Blick auf unsere Thematik fragen wir uns nun, ob in der gegenwärtigen Umbruchsituation des Völkerrechts nicht die allgemeinen Rechtsprinzipien einen viel höheren Stellenwert gewinnen könnten. Betrachten wir nur, als Beispiele, die hier genannten Rechtssprüche des Jugoslawien-Tribunals und des Internationalen Gerichtshofes sowie des House of Lords. Im *Tadic*-Fall war doch erstaunlich, wie die Appellationsinstanz ohne Umschweife auf die Grundidee des Rechts schlechthin, nämlich Wert und Würde der menschlichen Person und ihre Interessen zu schützen, durchgriff und, verbreiteten Erwartungen und fundierten Auffassungen zum Trotz, die Regeln des im internationalen bewaffneten Konflikt geltenden humanitären Völkerrechts *mutatis mutandis* auch auf bewaffnete Konflikte nicht internationaler Natur zur Anwendung brachte. Noch frappanter ist die werthafte Grundorientierung, welche im Nukleargutachten des Internationalen Gerichtshofes und, zum Teil ausgeprägt und stark profiliert, in den Stellungnahmen der einzelnen Richter zum Ausdruck kommt. Auffallend war schliesslich im *Pinochet*-Fall auch, wie Lord-Richter in ihren Opinions die alte Doktrin der Staatenimmunität und den anwendbaren "State Immunity Act" in den Hintergrund rückten und wie sehr sie sich bei der Auslegung der von ihnen als massgeblich erachteten Folterkonvention und anderer herangezogener völkerrechtlicher Instrumente nicht etwa von den "travaux préparatoires", dem Wortlaut des Textes oder von dessen Systematik, sondern dessen Sinn und Ziel als Bestandteil der modernen Menschenrechtsordnung leiten liessen.

Insgesamt mag man sich fragen, ob nunmehr nicht die allgemeinen Rechtsprinzipien oder zumindest die der Anerkennung dieser Rechtsquelle zugrunde liegende Rechtsidee im Begriffe sind, ein viel stärkeres Gestaltungspotential zu entfalten, als dies bis anhin der Fall war. Die strikte Kontrolle der Quellen des Völkerrechts durch die Staaten als die "Herren der Rechtserzeugung" würde damit gelockert und an die Stelle der bewussten Schaffung von Völkerrecht in einem positivistischen Sinne würden Prozesse vermehrt autonomer, dynamischer und unmittelbar an den Zielen der Friedenssicherung und der Menschenrechte, des humanitären Völkerrechts, des internationalen Umwelt- oder Wirtschaftsrechts ausgerichtete Prozesse der Rechtsgewinnung treten, so wie in früheren Epochen oder bestimmten Rechtszivilisationen "Recht" nicht nur als "Fiat" besonderer hierfür geschaffener, formaler Legislativorgane erschien, sondern sich informell – z. B. in der Praxis des römischen "Praetor Peregrinus" und der römischen Rechtskonsulenten aus der schöpferischen Rechtspraxis von Gerichten oder im öffentlichen

<sup>123</sup> Charles de Visscher, *Les Droits fondamentaux de l'Homme, base d'une restauration du droit international*, in: *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1947, 1 ff.

Diskurs unter Anerkennung der Rechtsgemeinschaft herausbildete, entfaltete und wieder wandelte. Natürlich wären solche Verfahren, in denen Recht kraft der besonderen (moralischen) Bedeutung eines Prinzips und nicht so sehr als Ausfluss bestimmter formaler Entstehungsprozesse entstünde, mit grossen Unsicherheiten behaftet. Insbesondere gibt es, wie schon Lon L. Fuller und Ronald Dworkin klarlegten, keinen "Master Test" zur Bestimmung, wann und in welchem Ausmass sich ein Grundsatz der Moral in einen solchen des Rechts umgewandelt hat.<sup>124</sup> Immerhin wäre aber eine solche Entwicklung geeignet, die moralische Identität des Völkerrechts stärker in den Vordergrund treten zu lassen. Die vom Internationalen Gerichtshof im Nuklearwaffen-Gutachten wiederholt angerufene Martens'sche Klausel mit ihrem Verweis auf die "Diktate des öffentlichen Gewissens", die richtigerweise als eine Verfassungsnorm der Völkerrechtsordnung bezeichnet werden müsste, und die vom Internationalen Gerichtshof in früheren Fällen herangezogenen "elementary considerations of humanity"<sup>125</sup> dürften sich zum Beispiel als fruchtbarer Ausgangspunkt für die Entfaltung weittragender allgemeiner Rechtsprinzipien unabhängig von einem formalen "Legislativakt" erweisen. Lange wurde die Qualifizierung, wonach die allgemeinen Rechtsgrundsätze von den "Kulturvölkern" anerkannt sein müssten, als diskriminierendes Relikt aus der Kolonialzeit aufgefasst und an deren Stelle undifferenziert die Anerkennung durch die Staatenwelt gefordert<sup>126</sup>; es liesse sich spekulieren, ob die Klausel der "Kulturvölker" bzw. die der "civilized nations", wie sie in Artikel 38 Ziffer 1 des IGH-Statuts enthalten ist, in Zukunft allenfalls eine neue, qualitative Bedeutung erhält, indem sie eben den Grundstandard der in einer zivilisierten Rechtsgemeinschaft anzuerkennenden menschlichen Grundwerte anvisierte.

#### 4. Institutionelles Manko oder: hinkendes Rechtssystem

Wenn in den bisherigen Ausführungen vom Wandel und Wachstum der modernen Völkerrechtsordnung die Rede war, darf nicht übersehen werden, dass sich diese Entwicklung vor allem auf die materielle Seite der Völkerrechtsordnung bezieht: das Völkerrecht als Normativsystem dehnt sich aus, erfährt eine Konsolidierung und Vertiefung und ist im Begriff, zu einem umfassenden Legitimationsstandard auch der innerstaatlichen Rechtsordnungen zu werden. Die Fortschritte im materiell-rechtlichen, normativen Bereich haben aber bisher noch keine Entsprechung institutioneller Natur gefunden. Im *Pinochet*-Fall ist diese Tatsache klar in Erscheinung getreten; die Justiz Grossbritanniens ist hier, "faute de mieux", gleichsam stellvertretend für einen noch fehlenden Internationalen Strafgerichtshof als Organ zum Schutz von Gemeinwohlinteressen der internationalen Gemeinschaft in Aktion getreten. Auch in der Kontroverse um die Kosovo-Inter-

<sup>124</sup> Vgl. Robert S. Summers, Lon L. Fuller, Stanford 1984, 14.

<sup>125</sup> Vgl. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (1986), IJC Reports 1986, 14–546; Corfu Channel – Merits (1949), IJC Reports 1949, 4–169.

<sup>126</sup> Vgl. Hermann Mosler, General Principles of Law, in: Rudolf Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Vol. II. (1995), 511 ff.

vention der NATO-Staaten zeigte sich mit grosser Schärfe die Kluft auf, die zwischen dem Völkerrecht als Wertordnung und den von ihm geschaffenen Rechtsdurchsetzungsmechanismen besteht. Das moderne Völkerrecht, in dem normative Ansprüche und institutionelles Verwirklichungspotential noch immer so schlecht ausbalanciert sind, erscheint insofern als ein "hinkendes" Rechtssystem.

### 5. Was ist neu oder: gibt es Vorläufer?

Gesamthaft lassen sich die neuen Entwicklungen im Völkerrecht wohl so bewerten, dass die hier aufgezeigten Gedanken inhaltlich nicht so neu sind, wie oft angenommen wird, viele alte Erkenntnisse und Postulate nunmehr aber im Begriffe sind oder eine Chance haben, Teil des geltenden Völkerrechts zu werden. Hersch Lauterpacht etwa hatte bereits 1933, weit mehr als ein halbes Jahrhundert vor dem Nukleargutachten des Internationalen Gerichtshofes, in seinem Werk "The Function of Law in the International Community" zu den Strukturen der internationalen Gemeinschaft geschrieben:

"The field of legal regulation is not coextensive with the legal order, and while the former is necessarily limited, the latter embraces the totality of relations amenable to external regulation between those subject to the sway of law within the state."<sup>127</sup>

Und:

"There is no limitation upon the rule of law in civilized society."<sup>128</sup>

Er stellte die Hypothese auf,

"which, by courageously breaking with the traditions of a past period, incorporates the rational and ethical postulate, which is gradually becoming a fact, of an international community of interests and functions".<sup>129</sup>

Und Johann Caspar Bluntschli hatte zukunftsweisend bereits 1872 in aller Klarheit hervorgehoben, was etwa das Jugoslawien-Gericht im *Tadic*-Fall in voller Klarheit aussprach, dass nämlich der einzelne Mensch Träger und der Schutz seiner Würde Hauptziel der Völkerrechtsordnung ist. In seinem "Rechtssbuch", einer Privatkodifikation der ganzen Völkerrechtsordnung, formulierte er den ersten Punkt wie folgt:

"Völkerrecht ist die anerkannte Weltordnung, welche die verschiedenen Staaten zu einer menschlichen Rechtsgenossenschaft verbindet, und auch den Angehörigen der verschiedenen Staaten einen gemeinsamen Rechtsschutz gewährt für ihre allgemein menschlichen und internationalen Rechte."<sup>130</sup>

Will man die Entwicklung auf einen abschliessenden Punkt bringen, lässt sich vielleicht sagen, dass sich die bereits erwähnte Grundthese Walther Burckhardts bewahrheitet hat, wonach das Völkerrecht vor allem die Legitimation und den spezifischen Auftrag besitzt, den Gerechtigkeitsgedanken zu verwirk-

<sup>127</sup> Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933, 391.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 432.

<sup>129</sup> Lauterpacht (Anm. 127), 432.

<sup>130</sup> Bluntschli (Anm. 1), 57.

lichen; dabei müsste man vielleicht mit Gustav Radbruch präzisieren, die Gerechtigkeit stehe auch oft im Konflikt mit sich selbst.<sup>131</sup> Was nach wie vor aber auffällt, ist die Kluft zwischen dem hohen normativen Anspruch und der institutionellen, strukturellen Schwäche der Völkerrechtsordnung. Auch hier trifft nach wie vor die Beurteilung Burckhardts zu, dass das besondere Defizit des Völkerrechts darin besteht, dass hinter seinen Prinzipien und Regeln nicht die Realisierungsgarantie einer planmäßigen, effektiven Durchsetzungsmacht der internationalen Gemeinschaft steht.<sup>132</sup> Die eingetretenen und sich abzeichnenden materiellen Entwicklungen des Völkerrechts, wie sie hier geschildert worden sind, geben einem sozialen Wandel und Veränderungen des kollektiven Bewusstseins der modernen Welt Ausdruck. Es darf aber nicht übersehen werden, dass auch rational, fair und verantwortlich eingesetzte Macht zur wirksamen Durchsetzung des Rechts ihrerseits integrierender Bestandteil der Idee eines umfassenden "rule of law"- und Gerechtigkeitsgedankens ist.

#### Summary<sup>133</sup>

### Modern International Law: A System in Transformation and Growth – The Idea of Justice as the Motor for Change?

The end of the Cold War triggered a break in the system of international relations and, as a consequence, in international law. This article recalls different scenarios in which signs of an ongoing process can be observed as evidence for fundamental changes in international law since 1989. The scenarios are: (1) efforts in Germany and in Switzerland to cope with the consequences of the Nazi system; (2) the decision on the *Pinochet* case by the House of Lords; (3) the *Tadic* Judgement of the Appeals Chamber of the "Ad hoc Tribunal for Ex-Yugoslavia"; (4) the intervention of NATO in Kosovo; (5) the Ottawa Convention establishing a total ban on anti-personnel landmines; (6) a constitutional project for Moldavia; (7) the emergence in international law of a new sort of *ius gentium* in the era of globalisation; and (8) the Advisory Opinion of the International Court of Justice concerning the legality of the threat or use of nuclear weapons.

It is interesting to observe that in various scenarios international law has become similar to domestic law: it serves to accord a basic legitimacy and a framework for domestic legal systems. It is also important to point out that the process of growth and of change in the international legal order is in permanent evolution, and that one of its modern features is a large infusion of moral ideas into the system of positive law.

International law as a growing and complex legal order is based on fundamental principles in such fields as human rights and humanitarian law, environmental law and economic law. The evolving value system influences national law in different respects. One important

<sup>131</sup> Radbruch (Anm. 15), 345.

<sup>132</sup> Burckhardt (Anm. 5), 4 ff.

<sup>133</sup> Summary by the author.

aspect of the new function of international law is to place limits upon state power and to set a framework within which states are authorised to act. This development can be observed in the context of the "total ban" on anti-personnel landmines as well as in the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons issued by the International Court of Justice, in which the judges expressed their opinions on the new paradigm of international law as a legal system constituting and regulating the international community. In the controversial case of the intervention of NATO in the Balkans, this tendency to set limits to sovereignty is obvious.

Another aspect of this recent development is the function of international legal regimes to serve as "surrogates", such as in the *Tadic* case, for failing domestic legal systems. International law may also contain model elements in the process of shaping domestic constitutional systems; the example of the constitutional project for Moldavia would be a case in point.

From the scenario "Globalisation – a new *ius gentium*?" – we learn that principles of international law are developing and should be developed in the future in order to give rise to and to shape firm legal frameworks for a globalizing economy.

As far as the sources of international law are concerned, the question arises whether the status of general principles of law is changing as a consequence of modern challenges to the international legal order. In the *Pinochet* case, for example, the House of Lords points, in some opinions, to the potential of general principles. The judges decided that ex-heads of states are accountable for violations of fundamental norms of international law due to developments in the field of human rights. The influence of general principles of law can also be noted in the *Tadic* Judgement. The outcome of the case was a landmark in so far as the judges considered the Tribunal to have jurisdiction also in the field of non-international armed conflicts. The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons issued by the International Court of Justice also reminds us of a strong tendency in international law to refer to basic moral values. In the various opinions, judges recalled "elementary considerations of humanity" and the "Martens Clause" which should correctly be interpreted as a constitutional norm within the international legal system. In other contexts, such as globalisation, it was revealed how strong the potential of civil society and, as its agents, NGOs have become as a driving force in legal development.

Referring to the process of growth in international law, it should be mentioned that progress has been made mainly in the area of standard setting, while in institution building, developments are still lagging behind.

An overall impression is that many features and elements we have considered are not new as such; what is new is an overall attitude towards international law, which has paved the way to new features of international law, which is now imbued, to a higher degree, with moral values. Human values have gained in stature while state sovereignty is being reduced and must be redefined. To characterise the specific profile of the developments considered here, the following thesis would appear to be accurate: that a special task and a basis for the legitimacy of international law seems to be to stress and strengthen elements of justice in international relations and within systems of domestic legal order.