

# Andreas Fischer-Lescano/ Carsten Gericke Der IGH und das transnationale Recht

## Das Verfahren BRD ./.. Italien als Wegweiser der zukünftigen Völkerrechtsordnung

Am 22. Dezember 2008 erhob die Bundesrepublik Deutschland gegen die Republik Italien Klage vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag.<sup>1</sup> Der Ausgang des Verfahrens ist von zentraler Bedeutung für die Zukunft der transnationalen Menschenrechtsdurchsetzung, denn der IGH wird darüber zu entscheiden haben, welche Rolle nationalen Gerichten bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Entschädigungsansprüche im Feld der „transitional justice“ zukommt und wie das Spannungsfeld zwischen Menschenrechten einerseits und Staatenimmunität andererseits aufzulösen ist. Versteht man „transnationales Recht“ im Anschluss an Philip C. Jessup<sup>2</sup> als ein Recht, das das Paradigma der Zwischenstaatlichkeit durchbricht, das von Individuen geltend gemacht werden kann und das den Dualismus von nationalem und internationalem Recht überwindet,<sup>3</sup> kann man ohne Übertreibung sagen: Die Zukunft dieses transnationalen Rechts und der Möglichkeitsraum transnationaler Durchsetzungsstrategien zivilgesellschaftlicher Akteure<sup>4</sup> wird maßgeblich vom Verlauf des Verfahrens in Den Haag abhängen.

### *1. Hintergrund*

Unterschiedliche Gruppen von ausländischen NS-Opfern wurden bis dato von deutschen Kompensationszahlungen ausgeschlossen.<sup>5</sup> Teilweise haben diese Gruppen in den vergangenen Jahren erfolgreich vor nationalen Gerichten in Griechenland und Italien rechtskräftige Urteile auf Leistung von Schadensersatz gegen Deutschland erstreiten können.

Die Bundesrepublik – so der Tenor ihres verfahrenseinleitenden Schriftsatzes beim IGH – hält die Klage nach der Erschöpfung des italienischen Rechtsweges für die nunmehr einzige Möglichkeit, um eine Verletzung deutscher Souveränität zu beenden und der drohenden Vollstreckung dieser Entscheidungen zu entge-

1 IGH, Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy); Verfahrensstand und Dokumente sind abrufbar unter [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org); zum Verfahren Knabe, Pending ICJ Case questions scope of Foreign Sovereign Immunity Defense, International Enforcement Law Report 25 (2009), 162 ff.; Bettauer, Germany sues Italy at the International Court of Justice on Foreign Sovereign Immunity, ASIL Insight vom 19.11.2009, <http://www.asil.org/files/insight091119.pdf> (letzter Aufruf 29.12.2009); zum Hintergrund Focarelli, Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others. Order No 14201, AJIL 103 (2009), 122 ff.

2 Jessup, Transnational Law, 1956.

3 Hanschmann, Theorie transnationaler Rechtsprozesse, in: Buckel u.a., Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, 385 ff.

4 Zum Verfahren wegen der Unterstützung der südafrikanischen Apartheid siehe Miriam Saage-Maaß in diesem Heft; siehe ferner Blisset, Globales nunca más!, KJ H. 3 (2008), 279 ff.

5 Für einen Überblick vgl. Hense, Ein- und Ausschlüsse von NS-Opfern. Grundzüge der deutschen Entschädigungspolitik, in RAV-Informationsbrief 103 (2010) i.E., abrufbar unter [www.rav.de](http://www.rav.de).

hen. Anstelle der historischen Verantwortung durch eine Inklusion der bislang exkludierten und weiterhin klagenden<sup>6</sup> Opfergruppen nachzukommen, zielt das Verfahren darauf ab, mit der Autorität des IGH<sup>7</sup> unter die verbliebenen Fragen der zivilrechtlichen Entschädigung von NS-Opfern einen Schlusstrich ziehen zu können.<sup>8</sup> Konkret sollen drei unterschiedliche Sachverhaltsgruppen verhandelt werden.

Der erste Komplex betrifft Klagen italienischer Staatsangehöriger, die während des Zweiten Weltkriegs nach Deutschland verschleppt wurden und dort Zwangsarbeit leisten mussten, jedoch von einer Entschädigung seitens der im August 2000 eingerichteten Stiftung „Erinnerung, Verantwortung, Zukunft“ (EVZ)<sup>9</sup> ausgeschlossen sind. Hierzu zählen insbesondere auch Klagen von Angehörigen der italienischen Streitkräfte, die nach Abschluss des Waffenstillstands zwischen Italien und den Alliierten im September 1943 gefangen genommen wurden und als sog. Militärinternierte (IMI) Zwangsarbeit leisten mussten. Obwohl den italienischen Gefangenen weder formal noch materiell der Status als Kriegsgefangene zuerkannt wurde, erhielten sie bis heute keine Entschädigung für die geleistete Zwangsarbeit im Deutschen Reich. Sie seien vielmehr – der materiellen Rechtslage im Zweiten Weltkrieg widersprechend – als nicht anspruchsberechtigte Kriegsgefangene zu behandeln, da ihre damalige Überführung in den Zivilstatus als Militärinternierte völkerrechtswidrig gewesen sei.<sup>10</sup> Gegen die Ablehnung entsprechender Anträge durch die EVZ gerichtete Klagen in der Deutschland waren erfolglos; eine Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>11</sup> Demgegenüber hatten Klagen vor italienischen Gerichten Erfolg. Richtungsweisend für die weitere Entwicklung war in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Italienischen Kassationsgerichtshofs in dem Rechtsstreit *Ferrini./. Deutschland*, in der der Gerichtshof sich umfassend mit dem von Deutschland vorgebrachten Einwand der Staatenimmunität auseinandersetzte und einen Gerichtsstand für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ehemaliger NS-Zwangsarbeiter in Italien bejahte.<sup>12</sup>

Die zweite Sachverhaltsgruppe umfasst italienische Opfer von Kriegsmassakern, denen als Adhäsionsklägern durch italienische Strafgerichte ein Schadenersatz

- 6 Siehe z.B. den Zehnten Bericht der Bundesregierung über den Stand der Rechtssicherheit für deutsche Unternehmen im Zusammenhang mit der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ vom 31. März 2009, BT-Drs. 16/9047.
- 7 Schon die Einleitung des Verfahrens manifestiert, dass die Bundesrepublik zum IGH ein bisweilen instrumentalistisches Verhältnis pflegt. Das Gericht wird durch die BRD vorliegend zwar bereitwillig als Klägerin adressiert. Zugleich hat die Bundesregierung aber verfassungsrechtlich und rechtspolitisch zweifelhaft, strukturelle Sicherungen ergriffen, um wegen Handlungen im Rahmen „kriegerischer“ Maßnahmen nicht vor dem IGH verklagt werden zu können. Die deutsche Unterwerfungserklärung unter die obligatorische Gerichtsbarkeit des IGH vom 1. Mai 2008 nimmt insbesondere solche Streitigkeiten, die die Verwendung von deutschen Streitkräften im Ausland oder die Nutzung des deutschen Hoheitsgebiets für militärische Zwecke betreffen, von der Gerichtsbarkeit aus, vgl. BT-Drs. 16/9218 v. 5.5.2008; vgl. Bothe/Klein, Bericht einer Studiengruppe zur Anerkennung der Gerichtsbarkeit des IGH gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, ZaöRV 67 (2007), 825 ff.
- 8 Klingner, Staatenimmunität als Instrument der Entschädigungsverweigerung, RAV-Informationsbrief 102 (2009), 5 ff., <http://www.rav.de/publikationen/infobriefe/infobrief-102-2009/> (abgerufen 5.1.2010).
- 9 Zum Entstehungsprozess der Stiftung EVZ sowie den historischen, rechtlichen und politischen Hintergründen vgl. Hense, Verhinderte Entschädigung, 2008.
- 10 Vgl. hierzu die Argumentation bei Tomuschat (der die Bundesrepublik auch im Rahmen des Verfahrens beim IGH vertritt): ders., Rechtsgutachten: Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“?, 2001, <http://www.berliner-geschichtswerkstatt.de/zwangsarbeit/imi/imi-tomuschat-gutachten.pdf> (abgerufen 5.1.2010).
- 11 BVerfG, Beschluss vom 28.6.2004 – 2 BvR 1379/01 –, NJW 2004, 3257 f.
- 12 Oberster Kassationsgerichtshof, Urteil vom 11. März 2004, *Ferrini gg. Bundesrepublik Deutschland*, Az. 5044/2004, International Law Report 128 (2004), 658 ff.; instruktiv hierzu Bianchi, *Ferrini v Federal Republic of Germany*, AJIL 99 (2005), 242 ff.

gegen die Bundesrepublik Deutschland zugesprochen wurde. Beispielhaft hierfür steht der Fall Milde/Civitella: Das Militärtribunal von La Spezia verurteilte den ehemaligen Wehrmachtangehörigen Max Milde im Oktober 2006 wegen der Beteiligung an einem Massaker der Panzerdivision Hermann Göring am 29. Juni 1944, bei dem 203 Zivilisten getötet wurden, zu einer lebenslänglichen Haftstrafe. Gleichzeitig verurteilte das Gericht Milde und die Bundesrepublik Deutschland als Gesamtschuldner zur Zahlung von ca. 1 Mio Euro Schadensersatz an die Opfer bzw. ihre Hinterbliebenen. Auf das hiergegen eingelegte Rechtsmittel der BRD bestätigte der Kassationsgerichtshof am 21.10.2008 dieses Urteil.<sup>13</sup> Schließlich betrifft das Verfahren vor dem IGH auch griechische Opfer von NS-Kriegsverbrechen, deren Klagen von deutschen Gerichten ebenfalls abgewiesen wurden,<sup>14</sup> die aber in Griechenland rechtskräftige Verurteilungen gegen Deutschland auf Zahlung von Schadensersatz erstritten hatten (Distomo-Fall)<sup>15</sup> und diese nun in Italien zu vollstrecken suchen.<sup>16</sup> Der Kassationsgerichtshof ließ auch in dem hierauf durch die BRD angestregten gerichtlichen Verfahren den Einwand der Immunität nicht gelten und betonte das Primat der grundlegenden Werte der Freiheit und der Würde des Menschen.<sup>17</sup>

## II. Völkerrechtsdogmatischer Kern

In völkerrechtsdogmatischer Hinsicht drehen sich die nunmehr vor dem IGH verhandelten Rechtsfragen um zwei zentrale Komplexe. Zum einen adressiert der Fall generell das sich herausbildende Völkerkompensationsrecht, d.h. die Frage, ob Individuen gegenüber Staaten eigene Ansprüche auf Kompensation nach schweren Menschenrechtsverletzungen durchsetzen können. Zum anderen ist über den Umfang der Staatenimmunität zu entscheiden. Mit den Worten von Richard Falk geht es also um die rechtliche Absicherung „of ‚a reparations ethos‘ to the effect that individuals who have been wronged by applicable international human rights standards [...] should be compensated as fully as possible. This ethos is a challenge to notions of sovereignty“.<sup>18</sup>

Beide Fragenkomplexe – Individualansprüche und Staatenimmunität – betreffen zentrale Neustrukturierungsprozesse des Völkerrechts,<sup>19</sup> die im Folgenden grob skizziert werden sollen.

### 1. Individualansprüche auf Schadensersatz

Der transnationale Rechtsprozess hat in den letzten Jahrzehnten ein Netz von Entscheidungen hervorgebracht, in dem nationale Gerichte in den USA, Italien,

13 Urteil des Kassationsgerichtshofs (Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Penale) 1972 vom 21.10.2008. Siehe hierzu Ciampi, *The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War*, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 597 ff.

14 BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – III ZR 245/98 –, NJW 2003, 3488 ff.; BVerfG, Beschluss vom 15.2.2006 – 2 BvR 1476/03 –, NJW 2006, 2542 ff.

15 Oberster Gerichtshof Griechenland (Areopag), Urteil v. 4.5.2000, KJ 2000, 472 ff.; vgl. hierzu umfassend Nessou, *Griechenland 1941-1944: Deutsche Besatzungspolitik und Verbrechen gegen die Zivilbevölkerung. Eine Beurteilung nach dem Völkerrecht*, 2009, 467 ff.; Paech, *Staatenimmunität und Kriegsverbrechen*, AVR 47 (2009), 36 ff.; Fleischer, „Endlösung“ der Kriegsverbrecherfrage, in: Frei (Hrsg.), *Transnationale Vergangenheitspolitik*, 2006, 474 ff.

16 Nach erfolglosen Vollstreckungsversuchen in Griechenland, siehe EGMR Kalogeropoulou u.a./Griechenland, Nr. 59021/00, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 12.12.2002, NJW 2004, 275 ff.

17 Urteil der Vereinigten Senate des Kassationsgerichtshofs (Corte Suprema di Cassazione, Sezione Unite Civili), Az. 14199 vom 6.5.2008.

18 Falk, *Reparations, International Law, and Global Justice*, in: de Greiff (Hrsg.), *The Handbook of Reparations*, 2006, 478 ff. (485).

19 Grundsätzlich hierzu Bothe, *Wandel des Völkerrechts*, KritV 91 (2008), 235 ff.

Griechenland, Japan, Israel, Großbritannien etc. individuelle Schadensersatzansprüche anerkannt haben. Ohne den Nachweis dieser Regel hier in den Einzelheiten vornehmen zu können,<sup>20</sup> sei als Manifestation dieses Trends im Völkerrecht<sup>21</sup> auf universeller Ebene zunächst einmal auf die „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“ (Grundprinzipien und Leitlinien) hingewiesen, in denen die UN-Generalversammlung<sup>22</sup> das Völkerkompensationsrecht – und die sich daraus ergebenden Individualansprüche – systematisiert hat und darauf hinweist, dass die Grundprinzipien und Leitlinien das in Geltung befindliche Völkergewohnheitsrecht nicht fortentwickeln, sondern wiedergeben.

Das wird in der Praxis der Vereinten Nationen auch durch den Bericht der „International Commission of Inquiry on Darfur“, der Völkerrechtsverletzungen im Sudan untersucht, bestätigt. Dort ist festgehalten, das „there has now emerged in international law a right of victims of serious human rights abuses (in particular war crimes, crimes against humanity and genocide) to reparation (including compensation) for damage resulting from those abuses.“<sup>23</sup>

Auch der IGH hat in einer jüngeren Entscheidung im Gutachten zum israelischen Mauerbau<sup>24</sup> die staatliche Verpflichtung anerkannt „to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall’s construction“,<sup>25</sup> was dahingehend gedeutet wird, „that the Court ruled in favour of a general principle to compensate individuals in cases where there is a violation of their rights.“<sup>26</sup>

Die deutsche Klage wendet sich demnach gegen den deutlichen Trend, dass das Völkerrecht „could – if not: should – be interpreted in such a way as to confer, on the individual victims of violations of international humanitarian law, a right to claim compensation for such violations“.<sup>27</sup>

## 2. Ausnahmen von der Staatenimmunität

Auch im Hinblick auf die Immunitätsfragen ist in den letzten Jahrzehnten ein Strukturwandel des Völkerrechts zu beobachten.

- 20 Ausf. Nachweise zur Staatenpraxis Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln, AVR 45 (2007), 299 ff.
- 21 Statt aller und mit w.N. Sassòli, State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross 84 (2002), 401 ff. (419); Bong, Compensation for Victims of Wartime Atrocities, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 187 ff. (203); Kalshoven, State responsibility for warlike acts of the armed forces, International and Comparative Law Quarterly 40 (1991), 847 ff.; Orakhelashvili, State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It wrong, European Journal of International Law 18 (2008), 955 ff.
- 22 UN GA, 21. März 2006, A/RES/60/147.
- 23 International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564, 25. Januar 2005, Ziff. 597 [http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf) (abgerufen 9.12.2009).
- 24 IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9. Juli 2004, ICJ Rep. 2004 und I.L.M. 43 (2004), 1009 ff.
- 25 IGH, ebd., Rdn. 153.
- 26 Schwager, The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict, Chinese Journal of International Law 4 (2005), 417 ff. (430) m.w.N.
- 27 Hofmann, Victims of Violations of International Humanitarian Law, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung. FS Tomuschat, 2006, 341 ff. (357 f.) m.w.N.; siehe auch Art. 6 der Draft Declaration of International Law Principles on Compensation for Victims of War (International Law Association, Bericht der Arbeitsgruppe „Compensation for Victims of War“, 2008, <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018> (abgerufen 5.1.2010).

Im Rahmen der Vollstreckungsimmunität sind nur solche Maßnahmen völkerrechtlich untersagt, die Gegenstände von Staaten betreffen, die „im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen.“<sup>28</sup> Sofern das deutsche Kulturinstitut Villa Vigoni in Italien mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wegen der o.g. Entschädigungsansprüche bedacht wurde, ist ein solcher Bezug zur Kernfunktion der Hoheitlichkeit nicht gegeben.<sup>29</sup>

Auch die Staatenimmunität in Erkenntnisverfahren ist im Völkerrecht keine absolute mehr. Der Grundsatz der Staatenimmunität ist vielmehr „in einem Prozess der Schrumpfung begriffen“; ihre Geschichte ist zur „Geschichte des Ringens um Zahl, Art und Umfang der Ausnahmen geworden“.<sup>30</sup> Hersh Lauterpacht hat schon 1951 formuliert: „Thus no legitimate claim of sovereignty is violated if the courts of a state assume jurisdiction over a foreign state with regard to (...) torts committed in the territory of the state assuming jurisdiction.“<sup>31</sup> Es gibt in der Folge eine deutliche Tendenz in Staatenpraxis und *opinio iuris* dahingehend, dass für deliktisches Handeln und somit erst recht bei schweren Verletzungen des Völkerrechts eine Immunität nicht zuzuerkennen ist. Die Praxis, die Immunitätsausnahmen bei deliktischem Verhalten annimmt, ist letztlich so breit, dass der Nachweis einer allgemeinen Staatenpraxis und *opinio iuris* dahingehend, dass der Immunitätspanzer auch bei schweren Verletzungen vorbehaltslos gilt, schwer fällt, zumal der nach den „Grundprinzipien und Leitlinien“ gebotene effektive Rechtsschutz für Opfer schwerer Völkerrechtsverletzungen die Pflicht einschließt, „gleichen und wirksamen Zugang zur Justiz zu verschaffen, ... gleichviel, wer letztendlich die Verantwortung für die Verletzung oder den Verstoß trägt“.<sup>32</sup> Gerade für Rechtsverletzungen im Territorium des jeweiligen Forumstaates wird darum eine Immunität des Verletzerstaates regelmäßig nicht anerkannt.<sup>33</sup> Konsequenterweise sieht auch Art. 12 der UN-Konvention zur Staatenimmunität dann eine Ausnahme von der Immunität vor, wenn die Handlung oder Unterlassung ganz oder teilweise im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaates stattfand.<sup>34</sup> Der dahinter stehende Gedanke: „since the injuries covered by the exception occur within the forum state, that state is the most convenient forum“.<sup>35</sup> Dass Delikte, die in Italien bzw. Griechenland begangen wurden, dort gerichtlich behandelt und Immunitätsrechte nicht zuerkannt werden, ist dann kein evidentier Völkerrechtsbruch, sondern lediglich Folge davon, dass der *locus delicti commissi* gemeinhin als eine „agreed basis or an unchallenged or undoubted basis for jurisdiction“ betrachtet wird.<sup>36</sup>

28 BVerfGE 46, 342 (364).

29 Er kann auch nicht durch eine nachträgliche – und rechtsmissbräuchliche – Deklaration des Kulturinstituts zur diplomatischen Infrastruktur hergestellt werden.

30 BVerfGE 16, 27 (33).

31 Lauterpacht, *Jurisdictional Immunities of Foreign States*, *British Yearbook of International Law* 28 (1951), 229.

32 „Grundprinzipien und Leitlinien“ (Fn. 22), Ziff. 3 c.

33 Siehe die umfassenden Bestandsaufnahmen bei Paech (Fn. 15), 36 ff.; Cremer, *Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit*, AVR 41 (2003), 137 ff.; ferner Reimann, *A Human Rights Exception to Sovereign State Immunity*, *Michigan Journal of International Law* 16 (1995), 403 ff.

34 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die gerichtlichen Immunitäten der Staaten und ihres Eigentums vom 2. Dezember 2004, A/RES/59/38; allerdings ist die Konvention noch nicht in Kraft getreten, da die dafür nötigen 30 Ratifikationen bislang noch nicht hinterlegt wurden.

35 Forcese, *De-Immunitizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity*, *McGill Law Journal* 52 (2007), 127 ff. (151); ferner Crawford, *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*, *British Yearbook of International Law* 54 (1983), 75 ff. (111).

36 International Law Commission, *Fifth report on jurisdictional immunities of States and their property*, A/CN.4/363, 39.

Aus völkerrechtsdogmatischer Sicht ist das Verfahren vor dem IGH darum für die Bundesrepublik kein Selbstläufer, denn die deutsche Rechtsargumentation stemmt sich gegen die vorgenannten Entwicklungstendenzen des modernen Völkerrechts. Warum könnte die Klage dennoch erfolgreich sein?

Gegen die dezentrale Menschenrechtsdurchsetzung vor nationalen Gerichten werden allgemein und konkret zahlreiche rechtspolitische Einwände vorgebracht, manche explizit, manche implizit. Die drei Zentraleinwände sollen im Folgenden näher betrachtet werden: (1) Im konkreten Fall wird argumentiert, dass die Bundesrepublik im Rahmen von *Globalabkommen* und sonstigen bilateralen Vereinbarungen bereits massive Entschädigungsleistungen erbracht und Italien wie Griechenland einen Verzicht auf weitergehende Forderungen erklärt hätten. (2) Generell wird ein *intertemporaler Gesichtspunkt* vorgebracht: Heute möge es zwar so sein, dass das Völkerrecht Individualansprüche zuweise und eine dezentrale Durchsetzung ermögliche, es komme aber auf den Rechtszustand im Zeitpunkt der Delikte an, und der verbiete eine Durchsetzung. (3) In prozeduraler Hinsicht, so fürchten manche, führe eine dezentrale Menschenrechtsdurchsetzung in ein *rechtlisches Chaos*.

### 1. Wiedergutmachungs- und Vermögensverträge

Zunächst zu dem Argument, dass die Bundesrepublik wegen der in Rede stehenden Delikte bereits hinreichend Entschädigung geleistet habe: Deutschland hat bislang insgesamt ca. 65 Mrd. Euro an Entschädigungen gezahlt. Zu keinem Zeitpunkt machte die Höhe der Entschädigungszahlungen mehr als 0,7 Prozent des Bruttoinlandsprodukts oder sieben Prozent des Bundeshaushalts aus. Mit zahlreichen Staaten hat die Bundesrepublik in den 1960iger Jahren sog. Globalabkommen und komplementäre Verträge geschlossen, darunter auch Griechenland und Italien.<sup>37</sup> Die Bundesregierung beruft sich darauf, dass diesen Verträgen gegenüber den aktuell verhandelten Fällen eine Sperrwirkung zukomme.<sup>38</sup> Der Forderungsverzicht Italiens aus Artikel 77 IV des Friedensvertrags der alliierten Siegermächte mit Italien von 1947<sup>39</sup> wie aus den beiden deutsch-italienischen Abkommen vom 2. Juni 1961 über (a) die Regelung gewisser vermögensrechtlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Fragen und über (b) Leistungen zugunsten italienischer Staatsangehöriger, die von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffen worden sind, stehe den Ansprüchen entgegen.<sup>40</sup> Aufgrund der beiden Abkommen hatte Deutschland je 40 Millionen DM gezahlt.

Die beiden Verträge aus 1961 haben allerdings die genannten Individualrechtsverletzungen nicht zum Vertragsgegenstand. Während der „Wiedergutmachungsvertrag“ von 1961 sich ausschließlich auf die Entschädigungsansprüche italienischer Staatsangehöriger wegen nationalsozialistischen Unrechts in Form rassistischer, politischer etc. Verfolgungsmaßnahmen richtet, zielt der Vermögensvertrag auf die Klärung eigentumsrechtlicher Forderungen. Keiner der beiden Verträge hat die vor dem IGH verhandelten Verletzungen des humanitären

37 Zu deren Verhandlungsgeschichte de la Croix/Rumpf, Der Werdegang des Entschädigungsrechts unter national- und völkerrechtlichem und politologischem Aspekt, 1985, 251 ff.; siehe auch Stuby, Völkerrechtliche Probleme bei der Entschädigung von ausländischen NS-Zwangsarbeitern, Zeitschrift für Rechtspolitik 1990, 314 ff.

38 Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/11884 v. 10.2.2009, 2; die Rechtsargumentation folgt Tomuschat (Fn. 10).

39 Abgedruckt in AJIL 42 (1948), Suppl., 42 ff.

40 BGBl. 1963 II S. 669/793.

Völkerrechts geregelt. Diese Verträge können also wegen ihres limitierten Regelungsbereichs keine Sperrwirkung für Entschädigungen entfalten, die aufgrund von Verletzungen des humanitären Völkerrechts zu zahlen sind. Das gilt schließlich auch für den Friedensvertrag der Alliierten mit Italien vom 10. Februar 1947. Zwar ist in Art. 77 IV dieses Vertrages statuiert, dass „Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945“. Diese Regelung findet sich aber in Teil VI, Abschnitt 1 des Friedensvertrages, der mit „Reparationen“ überschrieben ist und sich ausschließlich auf die Regelung der in diesem Zusammenhang entstehenden Rechtsfragen bezieht. Reparationszahlungen und Entschädigungszahlungen wegen der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter sind aber nicht identisch, sondern kategorial verschieden.<sup>41</sup> Kompensationen bei Verletzungen höchstpersönlicher Integritätsrechte unterscheiden sich von den zur Reparationspflicht führenden Sachverhalten dadurch, dass sie die Zivilbevölkerung nicht wie diese als unausweichliche reflexhafte Folge des Krieges treffen, sondern dass sie auf Maßnahmen zurückzuführen sind, die nach humanitärem Völkerrecht unbedingt vermieden werden müssen.<sup>42</sup> Der Friedensvertrag der Alliierten regelt damit zwar die Reparationen, etwaige individuelle Wiedergutmachungsansprüche werden aber gerade nicht ausgeschlossen.<sup>43</sup>

Auch das Zusammenspiel von Londoner Schuldenabkommen (LSA) aus dem Jahr 1953<sup>44</sup> und dem 2+4-Vertrag von 1990<sup>45</sup> kann nicht zu einer Freistellung der Bundesrepublik führen. Die Bundesrepublik hatte in der Nachkriegszeit in Bezug auf Individualansprüche wegen Kriegsverbrechen zunächst argumentiert, diese partizipierten am Moratorium aus Art. 5 Abs. 2 LSA mit der Folge, dass sämtliche Ansprüche bis zur endgültigen Regelung der Reparationsfrage in einem Friedensvertrag gestundet seien.<sup>46</sup> Dieses Moratorium, so die spätere Argumentation, sei durch den 2+4-Vertrag gegenstandslos geworden: „Dieser Vertrag enthält die endgültige Regelung der durch den Krieg entstandenen Rechtsfragen.“<sup>47</sup> Damit gibt es auch nach Auffassung der Bundesregierung aktuell kein Moratorium mehr im Hinblick auf die Entschädigungszahlungen. Dass der 2+4-Vertrag aber einen darüber hinausreichenden Verzicht auf die Entschädigung beinhaltet, ist eine Rechtsauffassung, die im Kontext der italienischen und griechischen Verfahren indes schon deshalb nicht greifen kann, weil Griechenland und Italien nicht Vertragsparteien des 2+4-Vertrages waren und daher aus diesem auch keine nachteiligen Folgen für die beiden Staaten, geschweige denn ein Verzicht auf Individualrechtspositionen abgeleitet werden kann. Ein Vertrag zum Nachteil dritter Staaten oder ihrer Staatsangehöriger ist nach Art. 35 der Wiener Vertragsrechtskonvention, die Völkergewohnheitsrecht darstellt, untersagt. – Und selbst wenn ein Vertrag zum Nachteil Dritter erlaubt wäre: Entschädigungsfragen sind im 2+4-Vertrag an keiner Stelle angesprochen; sie sind dort weder explizit noch durch „qualifiziertes Schweigen“ geregelt.

41 BVerfGE 94, 315 ff. (331) m.w.N.

42 So auch die Argumentation des Areopag (Fn. 15).

43 A.A. allerdings ohne schlüssiges Argument für die Nivellierung der Differenz von Reparationen und Wiedergutmachungen, Tomuschat (Fn. 10), 6 (bei Fn. 24).

44 Ausf. Rombeck-Jaschinski, Das Londoner Schuldenabkommen. Die Regelung der deutschen Auslandsschulden nach dem Zweiten Weltkrieg, 2005.

45 BGBl. 1990 II, 1318.

46 Die Strategie der Bundesregierung offenbarte sich in einer Verbalnote des Deutschen Botschafters in Athen an das Auswärtige Amt aus dem Jahr 1969: „Es müsste doch unser Interesse sein, diesen Zwischenzustand des Nichtzustandekommens eines Friedensvertrags so lange wie möglich aufrechtzuhalten, um Forderungen unserer damaligen Gegner durch Zeitablauf einer Verwicklung zuzuführen“. Zit. nach Paech, Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, KJ H. 3 (1999), 380 ff. (391).

47 Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 16/1634 v. 30.5.2006, 5.

Selbst wenn aber die genannten Verträge eine solche Sperrwirkung intendiert hätten, könnten sie den Individualansprüchen nicht entgegengehalten werden. Die Genfer Abkommen aus dem Jahr 1949 sehen in ihren Artikeln 6 bzw. 7 jeweils vor, dass Verträge, die die im humanitären Völkerrecht eingeräumten Individualrechtspositionen untergraben, verboten sind. So heißt es in Art. 7 des IV. GA zum Schutz der Zivilpersonen:<sup>48</sup> „Keine besondere Vereinbarung darf die Lage der geschützten Personen, wie sie durch das vorliegende Abkommen geregelt ist, beeinträchtigen oder die Rechte beschränken, die ihnen das Abkommen einräumt.“ Zu den hierdurch vor Abbedingung geschützten Rechten wird auch der Individualanspruch auf Entschädigung gezählt, weshalb der Verzicht auf Entschädigungszahlungen für die Verletzung höchstpersönlicher Individualrechte in Friedensverträgen oder Globalabkommen „an explicit prohibition of international humanitarian law“ verletze<sup>49</sup> und hinsichtlich der in Frage stehenden Tatbestände auch eine Verjährung ausscheidet.<sup>50</sup> Die Verletzung führe auch zur Unwirksamkeit einer Verichtsvereinbarung.<sup>51</sup>

## 2. Intertemporalität

Der zweite Einwand, der gegen die Entschädigungsklagen vorgebracht wird, ist intertemporaler Natur.<sup>52</sup> Entschädigungsansprüche könnten nicht rückwirkend geltend gemacht werden.

In intertemporaler Perspektive ist die Frage nach der Herausbildung eines Völkerkompensationsrechts<sup>53</sup> strukturanalog zu der Frage nach der Existenz eines Völkerstrafrechts im Zeitpunkt der Nürnberger Prozesse. Vergleichbar mit der Argumentation Carl Schmitts, der bis zuletzt die Legitimation der Nürnberger Prozesse deshalb angezweifelt hat, weil bspw. das Delikt des Angriffskrieges zum Tatzeitpunkt nicht strafbar gewesen sei,<sup>54</sup> behaupten die Vertreter\_innen der intertemporalen Einschränkung, dass zwar möglicherweise heute Schadenersatzansprüche anerkannt seien, dies zum Tatzeitpunkt aber nicht der Fall gewesen sei.

Wie beim Völkerstrafrecht in Nürnberg kann im Bereich des Kompensationsrechts aber an viele Elemente aus dem zum Tatzeitpunkt geltenden Völkerrecht angeknüpft werden.<sup>55</sup> Insbesondere sieht Art. 3 des IV. Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges von 1907 ausdrücklich vor: „Die Kriegspartei, welche die Bestimmungen (der HLKO) verletzen sollte, ist gegebenen Falles zum Schadenersatz verpflichtet. Sie ist für alle Handlungen verantwortlich, die von den zu ihrer bewaffneten Macht gehörenden Personen begangen werden.“ Diese Regel ist fester Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts.<sup>56</sup>

48 Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (UNTS 75, 287).

49 So Sassöli (Fn. 21), 419.

50 Siehe auch die Entscheidungen des Obersten italienischen Kassationsgerichtshofes (Fn. 17).

51 Bong (Fn. 21), 203: „a waiver ... would clearly violate the explicit prohibition of these provisions“.

52 Zum intertemporalen Völkerrecht: Krause-Ablas, Intertemporales Völkerrecht, 1970; Elias, The Doctrine of intertemporal Law, AJIL 74 (1980), 285 ff.; Higgins, Some Observations on the inter-temporal Rule in International Law, in: Makarczyk (Hrsg.), Theory of international law at the threshold of the 21st century, 1996, 173 ff.; Grodecki, Intertemporal conflict of laws, 1976.

53 Derleder, Individualentschädigungsansprüche zur Durchsetzung des Kriegsvölkerrechts, in: IALANA (Hrsg.), Frieden durch Recht, 2010, i.E.

54 Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ (1945), hrsg. v. Quaritsch, 1994.

55 Vgl. schon Kantorowicz, Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914, mit einer Einführung von Imanuel Geiss, 1967.

56 Secretary-General, Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704 (3. Mai 1993), Rdn. 35.

Alle nunmehr in Den Haag verhandelten Deliktgruppen stellen Verletzungen dar, die auch unter dem Haager Recht völkerrechtswidrig sind. Die Schadensersatzpflicht für diese Delikte wurde bereits 1907 in Vertragsform gegossen. Von einer Belastung durch die rückwirkende Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs kann keinerlei Rede sein. Der Schadensersatzanspruch beruht auf einer Rechtsgrundlage, deren vertragliche Form älter als 100 Jahre ist. Deshalb führt auch der hier häufig genannte Hinweis auf Art. 28 der Wiener Vertragsrechtskonvention in die Leere: Von einer vertraglichen Rückwirkung kann keine Rede sein, die Schadensersatzpflicht besteht.

Problematisch ist aber nicht die Entstehung des Anspruchs selbst, sondern seine Durchsetzung. Hierzu gilt in intertemporaler Hinsicht: Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung ist der Zeitpunkt der Handlung maßgeblich. Ob das humanitäre Völkerrecht verletzt wurde, bemisst sich also nach dem Rechtszustand im Zeitpunkt der Tat. Die Frage der Durchsetzung (Können Individuen vor nationalen Gerichten klagen und sich auf Immunitätsausnahmen berufen?) bemisst sich aber nach dem Stand des Völkerrechts zu dem Zeitpunkt, zu dem die vermeintlichen Eingriffe in die Staatenimmunität stattfinden. Und hier gilt: Unter dem aktuellen Völkerrecht können die entsprechenden Normen durchaus individualberechtigend und immunitätsausschließend interpretiert werden.

### 3. *Transnationaler Menschenrechtsschutz durch „Funktionsverdoppelung“*

Das dritte Argument, das von den Gegner\_innen eines Individualanspruches, der vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden könnte, geltend gemacht wird, ist ein prozedurales und deckt sich hier mit einer Kontroverse, die die Richter\_innen des IGH anlässlich des Haftbefehlsfalls, in dem es um die dezentrale strafrechtliche Verfolgung mittels des Weltrechtsprinzips ging, ausgefochten hatten. Die Richter\_innen hatten unterschiedliche Vorstellungen über die adäquate Ausgestaltung der völkerrechtlichen Foren, was vor allem in den die Entscheidung im Ergebnis tragenden Sondervoten der Richter\_innen Higgins, Kooijmans, Buergenthal auf der einen und Präsident Guillaume auf der anderen Seite zum Ausdruck kommt. Letzterer (heute nicht mehr Mitglied des Gerichtshofs) malte ein düsteres Bild von „judicial chaos“: „Contrary to what is advocated by certain publicists, such a development would represent not an advance in the law but a step backward.“<sup>57</sup> Dem hielten Higgins, Kooijmans und Buergenthal Effektivitätsgesichtspunkte entgegen: „[M]oreover, it is quite risky to expect too much of a future international criminal court in this respect. The only credible alternative therefore seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court“.<sup>58</sup>

Die zentrale, in diesen Stellungnahmen evozierte Frage ist: Welche Rolle sollen nationale Gerichte zukünftig bei der Durchsetzung des Völkerrechts spielen? Über eine „Funktionsverdoppelung“, wie George Scelle sie genannt hat,<sup>59</sup> können nationale Gerichte bislang als Durchsetzungsorgane des Völkerrechts tätig werden.<sup>60</sup> Sie stellen dann nicht nur eine wichtige Ergänzung internationaler Spruchkörper dar, sondern werden selbst zum Motor der Durchsetzung und Stärkung der Herrschaft des Rechts. So haben spanische und britische Gerichte

57 ICJ vom 14. Februar 2002, Arrest warrant-Fall (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Guillaume, Ziff. 15.

58 ICJ, ebd., joint sep. opinion, Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Ziff. 75.

59 Scelle, Précis de droit des gens, Bd. I, 1932, 47; hierzu Cassese, Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublément fonctionnel) in International Law, EJIL 1 (1990), 210 ff.

60 Siehe auch Bothe, Complementarity: Ensuring compliance with international law through criminal prosecutions, Die Friedens-Warte 83(2008), 59 ff.

den dezentralen Schutz vor staatlicher Willkür Gewalt im Pinochet-Fall maßgeblich gestärkt,<sup>61</sup> nehmen US-amerikanische Gerichte eine Vorreiterrolle bei der Durchsetzung der globalen Herrschaft des Rechts ein<sup>62</sup> und so hat sich mehrfach erwiesen, dass nationale Gerichte Akteure im Kampf ums Friedensrecht sein können.<sup>63</sup>

Nationale Gerichte haben insofern eine wichtige und völkerrechtlich durchaus anerkannte Komplementärfunktion. „Rechtschaos“ ist nicht die zwangsläufige Folge eines solchen Systems von dezentralen und überlappenden Zuständigkeiten. Es gibt zahlreiche funktionale Äquivalente zur Ideologie eines Stufenbaus des Rechts. Gerade die auch sektoriell fragmentierte<sup>64</sup> Völkerrechtsordnung hat hier Mechanismen<sup>65</sup> hervorgebracht, die mittels verfahrensförmiger Komplementaritätsnormen und gegenseitiger Berücksichtigungspflichten wirksame Koordinierungsformen zur Abstimmung der Gerichtsforen bei der dezentralen Implementierung der Menschenrechte bereitstellen.<sup>66</sup>

#### IV. Fazit

Die Bundesrepublik streitet in diesem für die zukünftige Völkerrechtsordnung wegweisenden Verfahren bedauerlicherweise aus offensichtlich ökonomischen Gründen<sup>67</sup> Seit an Seit mit den Vertretern einer überkommenen Weltordnung gegen eine Entwicklung, als deren Ergebnis die rechtspazifistische Idee vom utopischen Ideal zu einer Realität mit forensischen Durchsetzungsmechanismen transformiert werden könnte. Sollte sich diese Position durchsetzen, könnten jahrzehntelange internationale Bemühungen, Kriegsverbrechen nicht nur strafrechtlich, sondern auch zivilrechtlich zu sanktionieren, konterkariert werden. Dass Italien besonderes Interesse daran hätte, engagiert für die Gegenposition zu streiten, war lange nicht ersichtlich. Der italienischen Exekutive waren die italienischen Gerichtsentscheidungen – und die zunehmende Gefahr, selbst Anspruchsgegner von Entschädigungsansprüchen zu sein – zunächst jedenfalls ge-

61 Zum Pinochet-Fall statt aller Brody/Ratner, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, 2000.

62 Siehe bspw. Halfmeier, *Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 68 (2004), 653 ff.

63 Benvenisti, *National courts, domestic democracy, and the evolution of international law*, *EJIL* 20 (2009), 59 ff.; Shany, *National Courts as International Actors: Jurisdictional Implications*, *Hebrew University International Law Research Paper No. 22/08*, Oktober 2008.

64 Statt aller Koskeniemi, *Legal fragmentation(s)*, in: Callies u.a. (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz*. Festschrift für Gunther Teubner, 2009, 795 ff.

65 Neumann, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen Ordnungen. Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, 2002.

66 Zum Netzwerkgedanken und gerichtlichen Beobachtungsbeziehungen Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2007, 111 ff.; in eine ähnliche Richtung geht das Konzept der „dialectical legal interaction“ bei Berman, *Global Legal Pluralism*, in: *Southern California Law Review* 80 (2007), 1155 (1197 ff.).

67 Ob es lediglich der Konnex mit den Naziverbrechen und darauf bezogenen ökonomischen Folgen ist, der die Bundesregierung hier so souveränitätslastig argumentieren lässt, erscheint fraglich. Auch im Varvarin-Fall, der Schadensersatzansprüche aus der Kosovo-Intervention betrifft, hat die Bundesregierung individuelle Entschädigungsansprüche nicht nur der Sache, sondern unnötigerweise auch dem Grunde nach abgestritten. Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG in der anhängigen Verfassungsbeschwerde (gegen BGHZ 169, 348 ff.) die Gelegenheit zur Klarstellung nicht auslassen wird. Auch in der Entschädigungsfrage der Kunduz-Opfer scheint die Bundesregierung keine Rechtspflicht anerkennen zu wollen. Die Formulierung, dass „nach Landessitte“ gezahlt werden soll (siehe Rath, *Entschädigung nach Landessitte*, taz v. 9.12.2009), entspricht der US-amerikanischen Strategie von solatia-Zahlungen in Afghanistan. Es wird so versucht, den Rechtsgrund der Zahlungen in lokalen Gewohnheiten zu verorten, und die Frage der nationalen oder internationalen Rechtspflicht zur Zahlung weiterhin in der Schwebe zu belassen (zu den solatia-Zahlungen in Afghanistan Fischer-Lescano [Fn. 20], 363 ff.).

nauso unlieb<sup>68</sup> wie es die Verfahren spanischer Gerichte gegen Pinochet der Regierung Aznar waren oder die Holocaust-Prozesse in den USA der US-Regierung.

Der IGH wird also über zentrale Strukturfragen der Völkerrechtsordnung zu entscheiden haben, namentlich darüber, wie weit die Macht der Bürokratie über die internationalen Beziehungen reicht und wie die Forderung nach Inklusion der Opfer ins Recht<sup>69</sup> prozedural umgesetzt werden kann. Will man die internationalen Beziehungen juridifizieren, gibt es keine Alternative zur Stärkung der Unabhängigkeit des Rechts und derjenigen juristischen Verfahren, in denen auch vor nationalen Gerichten Verantwortungsattribution und Kompensation ermöglicht werden.

In diesem Sinne wird in Den Haag nicht einfach über Kompensationsansprüche von letztlich doch überschaubarem Ausmaß verhandelt, sondern über die Zukunft der internationalen Gerichtsbarkeit selbst. In den Worten von Hans Kelsen: „In demselben Maß, als das Völkerrecht mit seiner Regelung in Materien eindringt, die bisher nur durch die einzelstaatliche Rechtsordnung normiert waren, muß sich seine Tendenz zu unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung der Individuen verstärken.“<sup>70</sup>



## Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik

Beiträge zur rechtsstaatsorientierten  
Evaluierung von Sicherheitsgesetzen

Herausgegeben von Prof. Dr. Marion Albers  
und Dr. Ruth Weinzierl

2010, 198 S., brosch., 29,- €,

ISBN 978-3-8329-4337-0

Erscheint ca. März 2010

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei unter ► [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)



**Nomos**

68 So befürwortete Außenminister Frattini eine „symbolische Geste“ und sprach sich gegen die Zahlung von individuellen Entschädigungen aus, auch die italienischen Gerichtsentscheidungen hielt er für falsch: „Ich halte dieses Urteil für gefährlich. Wenn die Gerichte von Fall zu Fall entscheiden, ob einem Staat Immunität zukommt, wird das Prinzip der Staatenimmunität unberechenbar“ (Frattini, „Wir brauchen eine symbolische Geste“, Interview, Süddeutsche Zeitung v. 19.6.2008).

69 Siehe Hitzel-Cassagnes in diesem Heft.

70 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, Studienausgabe, hrsg. v. Jestaedt, 2008, 143.