

Washburn, John 2010: From Anxiety to Complacency: Prospects for the US-ICC relationship, The Hague Justice Portal, 24.9.2010, [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Washburn\\_From%20Anxiety%20to%20Complacency\\_EN.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Washburn_From%20Anxiety%20to%20Complacency_EN.pdf) [Zugriff 18.2.2013]

Washburn, John 2012: Where the US stands on the ICC today, 3.7.2012, ICJ Central, <http://ijcentral.org/news/>

icc10\_the\_us\_and\_the\_icc\_today\_ijcentral\_4th\_of\_july\_special\_feature?utm\_source=CICC+Newsletters&utm\_campaign=90ac078394-July\_Ratification\_Digest\_EN&utm\_medium=email [Zugriff 20.5.2013]

Williams, Ian 2010: Obama, die USA und die UN. Amerikas neuer Präsident tut sich noch schwer, in: Vereinte Nationen 58.2, 64-68.

# Die Situation in Palästina vor dem IStGH – Überweisung durch die VN-Generalversammlung?

Robert Frau\*

**Abstract:** The International Criminal Court investigates cases of war crimes and crimes against humanities in Libya's civil war 2011. The Security Council referred the situation in the non-state party Libya to the ICC and created a legal base for the ICC's actions. Regarding the conflict between Israel and Palestine, the members of the Security Council have not referred the matter to The Hague. In addition, the Prosecutor has declined to open an investigation. But the decision of the UN General Assembly to grant non-member state observer status to Palestine has changed the discourse, and thus put the ICC in a political dilemma.

**Keywords:** Israel, Palestine, statehood of Palestine, UN General Assembly, observer status, ICC Israel, Palästina, Staatlichkeit Palästinas, UN-Generalversammlung, Beobachterstatus, IStGH

## 1. Einleitung

Manche Diplomaten verzichten in UNO-Debatten auf nüchternen Sprachgebrauch und werden emotional. So wird eine Regierung aus „Verbrechern“ als „faschistisches Regime in Tripolis“ bezeichnet und eine Resolution der Generalversammlung als „Geburtsurkunde“, mit der die Welt sagt: „Genug Aggressionen, Siedlungen und Besatzung“. Diese Äußerungen entstammen den Debatten um die Überweisung der Situation in Libyen an den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) und der Anerkennung Palästinas<sup>1</sup> als Beobachterstaat innerhalb der Vereinten Nationen, die mit Blick auf den IStGH vorgenommen wurde. Wie kann es aber sein, dass die markigen Worte im Falle Libyens zu einer Befassung des IStGH geführt haben, während der Israel-Palästina-Konflikt noch nicht zur Debatte steht? Welche politischen Erwägungen stehen hinter der Überweisung und der Nicht-Überweisung? Ist es möglich, dass die Generalversammlung der Vereinten Nationen durch die Verleihung des Status als Beobachterstaat an Palästina die Situation dort an den IStGH „überwies“ bzw. diese Überweisung vorbereitet hat? Diesen und weiteren Fragen wird der Beitrag nachgehen.

\* Dr. Robert Frau ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht, Europarecht und ausländisches Verfassungsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder, frau@europa-uni.de. Dieser Artikel wurde erfolgreich einem anonymen Begutachtungsverfahren (double-blind peer-reviewed) unterzogen. Der Autor dankt den Gutachtern für ihre hilfreichen Anregungen.

1 Im Folgenden wird zur Vereinfachung die Bezeichnung „Palästina“ für die Palästinensischen Autonomiegebiete im Westjordanland bzw. Judäa und Samaria und im Gazastreifen benutzt, ohne jedoch damit die Staatlichkeit des Gebildes anzuerkennen.

## 2. Zugänge zum IStGH

### 2.1 Offenheit des IStGH für Staaten

Der IStGH ist nicht Teil der Vereinten Nationen, sondern eine eigenständige internationale Organisation. Seine Aufgabe ist die Strafverfolgung der schwersten völkerstrafrechtlichen Verbrechen und damit die Sicherung und Wiederherstellung des Weltfriedens. Der IStGH steht beitriftswilligen Staaten offen, die seine Gerichtsbarkeit über die im Statut bezeichneten Verbrechen anerkennen. Aufgrund des dem Völkerrecht zugrundeliegenden Konsensprinzips<sup>2</sup> hat der IStGH nur dann Gerichtsbarkeit, wenn der Tatort- oder Täterstaat Vertragsstaat des Rom-Statuts ist (Art. 12 Abs. 1, 2 IStGH-Statut). Über Nichtvertragsstaaten hat der IStGH daher grundsätzlich keine Gerichtsbarkeit. Möglich ist nur, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen dem IStGH eine Situation überweist und damit Gerichtsbarkeit des IStGH begründet.

Allein die Begründung der Gerichtsbarkeit hat jedoch nicht automatisch zur Folge, dass der IStGH diese auch ausüben kann. Erforderlich ist vielmehr, dass ein Vertragsstaat dem Gerichtshof eine Situation unterbreitet (Art. 13 lit. a) IStGH-Statut) oder der Ankläger selbstständig Ermittlungen aufnimmt (Art. 13 lit. c) IStGH-Statut). Über Nichtvertragsstaaten kann die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch eine Überweisung durch den Sicherheitsrat ermöglicht werden (Art. 13 lit. b) IStGH-Statut).<sup>3</sup>

2 K. Ipsen, § 1 Regelungsbereich und Geltungsgrund des Völkerrechts Rn. 42 ff., in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013.

3 In diesem Fall fallen beide Schritte in der Resolution zusammen.

## 2.2 Zuständigkeitsbegründungen

### 2.2.1 Begründungswege mit dem Konsens des Staates

Die einfachste Art, die Zuständigkeit des IStGH zu begründen, liegt im Beitritt eines Staates zum Statut. Ratifiziert ein Staat das Rom-Statut so erkennt er die Zuständigkeit des IStGH für bestimmte Straftaten an. Rechtsfolge des Beitritts ist eine generelle Anerkennung der Gerichtsbarkeit. Eine Anerkennung für den Einzelfall kann hingegen erreicht werden, wenn der Staat nicht beitritt, sondern eine Ad-hoc-Erklärung abgibt, die die Gerichtsbarkeit des IStGH für eine konkrete Situation begründet. In der Folge kann der Gerichtshof gem. Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut Strafgerichtsbarkeit über Taten ausüben, die auf dem Gebiet des erklärenden Staates oder von dessen Staatsangehörigen begangen wurden.<sup>4</sup> Bislang haben die Elfenbeinküste und Palästina eine solche Erklärung abgegeben.<sup>5</sup>

### 2.2.2 Begründungsweg ohne/gegen den Konsens des Staates

Ohne oder gegen den Willen eines Staates kann die Gerichtsbarkeit des IStGH nur begründet werden, wenn der Sicherheitsrat eine Situation an den IStGH überweist, indem er eine Resolution nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen erlässt. Im Rahmen von Kapitel VII kann der Sicherheitsrat völkerstrafrechtliche Tribunale gründen.<sup>6</sup> Überweist der Sicherheitsrat eine Situation an den IStGH, so nutzt er die unabhängige Organisation quasi als Ad-hoc-Gericht.<sup>7</sup> Eine Kapitel-VII-Resolution ist völkerrechtlich verbindlich und ersetzt den Konsens eines Staates.<sup>8</sup> Damit ist es rechtlich möglich, die Gerichtsbarkeit des IStGH nahezu weltweit auszudehnen.<sup>9</sup>

## 3. Die Situation in Israel und Palästina vor dem IStGH

### 3.1 Fehlende Rechtsgrundlage für den IStGH

Der Konflikt im Nahen Osten unterliegt bislang nicht der Gerichtsbarkeit des IStGH: Israel ist aus politischen Gründen nicht Vertragspartei. Nachdem es zunächst das Statut unterzeichnet hatte, gab die Regierung Israels 2002 bekannt, das Statut nicht ratifizieren zu wollen.<sup>10</sup>

Palästina hingegen möchte die Gerichtsbarkeit des IStGH begründen. Zu diesem Zweck hat der Justizminister der Palä-

stinensischen Autonomiebehörde (PA) im Januar 2009 eine „Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court“ abgegeben.<sup>11</sup> Damit erkannte die Behörde die Gerichtsbarkeit über solche Taten an, die seit dem 1. Juli 2002 in Palästina begangen worden sind, und verpflichtete sich, nach Teil 9 IStGH-Statut mit dem IStGH zu kooperieren.

Mit dieser Erklärung ist Palästina dem IStGH *nicht* beigetreten. Vielmehr wurde die Erklärung als Ad-hoc-Anerkennung der Gerichtsbarkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut abgegeben. Mit einer solchen Erklärung kann ein Staat die Gerichtsbarkeit des IStGH über Taten anerkennen, die auf dem Gebiet des erklärenden Staates oder von dessen Staatsangehörigen begangen wurden,<sup>12</sup> oder, wie es wörtlich heißt, „kann dieser Staat durch Hinterlegung einer Erklärung beim Kanzler die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den Gerichtshof in Bezug auf das fragliche Verbrechen anerkennen.“ Daran wird bereits deutlich, was die erste Voraussetzung für eine wirksame Ad-hoc-Anerkennung ist: Die erklärende Entität muss Staatsqualität besitzen. Wie das Statut in dieser Hinsicht auszulegen ist, war nach der Erklärung Palästinas umstritten.

Teilweise wurde eine funktionale Auslegung des Begriffes „Staat“ vorgeschlagen. Der Gerichtshof sei schon aufgrund seiner Eigenschaft als Strafverfolgungsbehörde daran gehindert, die Qualität eines Gebildes als „Staat“ ein für alle Mal zu entscheiden.<sup>13</sup> Vielmehr sei ohne Rekurs auf das allgemeine Völkerrecht der Begriff im Lichte von Ziel und Zweck des Statuts auszulegen und eine möglichst umfassende Gerichtsbarkeit des IStGH zu begründen.<sup>14</sup> Über das Westjordanland und den Gazastreifen habe aber nur Palästina völkerrechtliche Strafgewalt.<sup>15</sup> Lehnte man nun ab, Palästina als „Staat“ i. S. d. Art. 12 Abs. 3 IStGH zu qualifizieren, entstünde eine „Zone der Straffreiheit“, die vom Statut nicht gewollt wäre.<sup>16</sup>

Andere lehnen diese Herangehensweise ab und betonen, dass der Begriff des „Staates“ wie im allgemeinen Völkerrecht auszulegen sei, da das Statut nicht ausdrücklich eine Modifizierung dieses Begriffs für den eigenen Regelungsbereich vorsehe.<sup>17</sup> Palästina sei aber kein Staat, denn es fehle an einem entsprechenden Selbstverständnis<sup>18</sup> oder der effektiven Staatsgewalt.<sup>19</sup> Vor allem reiche es für die Anerkennung als Staat nicht aus, dass eine palästinensische Strafgewalt existiere, die an den IStGH übertragen werden könne.<sup>20</sup> Darüber hinaus hat eine Nichtanerkennung der palästinensischen Erklärung weder zur Folge, dass Taten in den besetzten Gebieten straffrei

11 <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122%20PalestinianDeclaration2.pdf>, letzter Abruf am 11.7.2013.

12 Schabas, a.a.O. (Fn 4), S. 290.

13 A. Pellet, The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), S. 981 ff. (S. 983).

14 Vgl. ebenda.

15 Ebenda, S. 981 ff. (S. 992).

16 Ebenda, S. 981 ff. (S. 995); J. Quigley, The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue, *Rutgers Law Record* 35 (2009), S. 1 ff. (S. 5 ff.).

17 M. Shaw, The Article 12 (3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), S. 301 ff. (S. 309 ff.); Y. Ronen, ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), S. 3 ff. (S. 18).

18 Ronen, a.a.O. (Fn 17), S. 3 ff. (S. 13 ff.).

19 Shaw, a.a.O. (Fn 17), S. 301 ff. (S. 307).

20 Ebenda, S. 301 ff. (S. 315).

4 W. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary to the Rome Statute*, Oxford 2010, S. 290.

5 Zu der Erklärung Palästinas vgl. sogleich III 1.

6 Statt vieler vgl. ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule“*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, Beschluss vom 2. Oktober 1995, Rn. 32 ff.; N. Krisch, Art. 41 Rn. 26, in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl. 2012.

7 R. Phillips, *The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility*, *Criminal Law Forum* 10 (1999), S. 61 ff. (S. 65).

8 R. Frau, Die Überweisung der Lage in Libyen an den Internationalen Strafgerichtshof durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, *AVR* 49 (2011), S. 276 ff. (S. 280).

9 R. Frau, Das Verhältnis zwischen dem ständigen Internationalen Strafgerichtshof und dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, Berlin 2010, S. 128.

10 W. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary to the Rome Statute*, Oxford 2010, S. 1197 f.

sind noch dass die Gerichtsbarkeit des IStGH nicht durch eine Sicherheitsratsresolution begründet werden könnte.<sup>21</sup>

Nach mehr als drei Jahren hat der Chefankläger des IStGH abgelehnt, in der Situation in Palästina weiter zu ermitteln.<sup>22</sup> Da er den Streit um die Staatlichkeit Palästinas umgehen wollte, orientierte er sich an der Praxis des VN-Generalsekretärs, der wiederum der VN-Generalversammlung folgt. Selbst die Praxis von über 130 Staaten, die Palästina als Staat anerkennen, sei nicht maßgebend. Da Palästina in der VN-Generalversammlung aber keinen Beobachterstaatsstatus habe, seien die Voraussetzungen aus Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut nicht erfüllt.<sup>23</sup>

Damit ist nicht völlig ausgeschlossen, dass der IStGH Gerichtsbarkeit über den Konflikt erlangt, denn es besteht noch die theoretische Möglichkeit, dass der Sicherheitsrat dem IStGH die Rechtsgrundlage schafft. Realpolitisch ist dies aber illusorisch, denn der Sicherheitsrat müsste dazu eine Kapitel-VII-Resolution verabschieden, gegen die kein ständiges Mitglied des Sicherheitsrats stimmen dürfte. Es ist aber durchaus wahrscheinlich, dass eine Überweisung, die den Vorstellungen Israels widerspricht, von den USA mit einem Veto blockiert wird.

Diese Lage, in der einer der Akteure nicht ratifizieren will und der andere Akteur nicht ratifizieren kann, könnte sich im November 2012 durch einen Beschluss der VN-Generalversammlung grundlegend geändert haben.

### 3.2 Anerkennung Palästinas als Staat durch die Vereinten Nationen

Palästina ist nicht Mitglied der UNO, denn die Mitgliedschaft steht nur Staaten offen (Art. 4 Abs. 1 VNCh). Da es Ziel der UNO ist, möglichst universelle Mitgliedschaft zu erreichen, werden in Vorbereitung eines Beitritts Nichtmitgliedstaaten eingeladen, als Beobachterstaaten an der Arbeit der VN teilzunehmen. Eine Anerkennung hatte bisher regelmäßig zur Folge, dass der betreffende Staat später der UNO beigetreten ist (z. B. die Schweiz).<sup>24</sup>

Die Staatlichkeit Palästinas ist seit Längerem umstritten. Weitgehend anerkannt ist, dass der im Entstehen begriffene Staat „Palästina“ über ein Staatsvolk und ein Staatsgebiet im Westjordanland und dem Gazastreifen verfügt. Es mangelt hingegen an der effektiven Staatsgewalt, die als drittes Element erforderlich ist.<sup>25</sup> Staatsgewalt im Sinne der Drei-Elemente-Lehre ist die „Fähigkeit, eine Ordnung auf dem Staatsgebiet zu organisieren [...] und nach außen selbstständig und von anderen Staaten rechtlich unabhängig im Rahmen und nach Maßgabe des Völkerrechts zu handeln (äußere Souveränität).“<sup>26</sup> Israel behält sich das Recht vor, sowohl im Gazastreifen als auch im Westjordan-

land dann zu intervenieren, wenn es dies für geboten erachtet. Damit hängt jede noch so zarte palästinensische Staatsgewalt am seidenen Faden des anderen Völkerrechtssubjekts Israel; Palästina ist damit nicht nach außen souverän. Überdies ist die Palästinensische Autonomiebehörde in ihrer alltäglichen Arbeit von Israel abhängig, denn Israel stellt die Strom- und Lebensmittelversorgung sicher und verteilt Steuergelder an die Behörde.<sup>27</sup> Damit fehlt es auch an der inneren Souveränität.

Innerhalb der Vereinten Nationen hat Palästina eine einmalige Entwicklung erfahren.<sup>28</sup> Die Palästinensische Befreiungsbewegung („Palestine Liberation Organization“, PLO) hat 1974 als nationale Befreiungsbewegung einen Beobachterstatus in den Vereinten Nationen verliehen bekommen, der sich zunächst auf die „Palestine Liberation Organization“<sup>29</sup> und später auf „Palästina“ bezog, ohne durch die Umbenennung etwas an dem Status der Entität zu ändern.<sup>30</sup> Im Rahmen der diplomatischen Kampagne, die Palästina zum 194. Vollmitglied in den VN machen sollte („Palestine 194“<sup>31</sup>) wurde Palästina 2011 zunächst als Vollmitglied in die UNESCO, eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, aufgenommen.<sup>32</sup> Ein nachfolgender Antrag auf Vollmitgliedschaft scheiterte an der Nichtbefassung durch den Sicherheitsrat. Daraufhin beantragte der Präsident der Palästinensischen Autonomiebehörde, Mahmud Abbas, bei der Generalversammlung die Aufnahme Palästinas als Beobachterstaat. Die Generalversammlung hat Ende 2012 diesen Antrag mit 138 Ja-Stimmen bei neun Gegenstimmen und 41 Enthaltungen, darunter auch Deutschland, angenommen.<sup>33</sup> Um den schwierigen und langen Prozess einer eigenen Prüfung der Staatlichkeit Palästinas zu umgehen, machte sich die Generalversammlung die sogenannte „Wiener Formel“ zunutze, wonach diese Prüfung entfallen kann, wenn eine Entität bereits Vollmitglied einer UN-Sonderorganisation ist<sup>34</sup> – im Falle Palästinas der UNESCO.

Mit der Aufwertung zum Beobachterstaat ist aber nicht der Teilungsplan von 1947<sup>35</sup> verwirklicht, der einen jüdischen und einen arabischen Staat im ehemaligen Mandatsgebiet Palästina vorsah. An der Staatlichkeit Palästinas ändert die Anerkennung durch die Generalversammlung nichts, denn ob effektive Staatsgewalt ausgeübt wird, bleibt fraglich.<sup>36</sup> Die Resolution 67/19 der Generalversammlung hat vor allem nach innen gerichtete Rechtswirkungen.<sup>37</sup> Sie betreffen die Teilnahme an der Arbeit der Generalversammlung, die Ausübung einzelner Rechte aus der Geschäftsordnung wie Antrags- und Rederecht sowie die Möglichkeit, an bestimmten Sitzungen

27 B. Rubin, Israel, Occupied Territories, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online-edition, 2013, Rn. 55, 67.

28 Vgl. S. Mißling, Der Status Palästinas in internationalen Organisationen, VN 2012, S. 147 ff.

29 UN Doc. A/RES/3237(XXIX) vom 22.11.1974. Vgl. Brief zur Anerkennung der PLO durch Israel vom 9.9.1993, AVR 32 (1994), 150.

30 UN Doc. /RES/43/177 vom 15.12.1988.

31 Vgl. <http://wayback.archive.org/web/20110923221111/http://palestine194.org/>; <http://www.palestinestate194.com>, letzter Abruf am 11.7.2013.

32 UNESCO Pressemitteilung vom 31.10.2011.

33 UN Doc. A/RES/67/19 vom 4.12.2012.

34 U. Fastenrath, Art. 4 Rn. 46, in: Simma/ Khan/ Nolte/ Paulus, a.a.O. (Fn. 24).

35 UN Doc. A/RES/181(II) vom 29.11.1947.

36 Ebenso S. Schwarz, Die Anerkennung Palästinas als Beobachterstaat: Die Frage der Staatlichkeit und der Zugang zur internationalen Gerichtsbarkeit, Bofax Nr. 419D, 7.12.2012.

37 Chr. Schaller, Palästinas Aufwertung zum Beobachterstaat in den Vereinten Nationen, SWP-Aktuell 73, 2012, S. 2 f.; J. Cerone, Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State, ASIL Insights 16 (2012), Issue 37, <http://www.asil.org/insights121208.cfm>.

21 Ebenda, S. 301 ff. (S. 314 f.); Ronen, a.a.O. (Fn. 17), S. 3 ff. (S. 17).

22 ICC, Situation in Palestine, 3. April 2012, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdon-lyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, letzter Abruf am 11.7.2013.

23 Dazu sogleich 3. Auswirkungen der Anerkennung auf den IStGH.

24 U. Fastenrath, Art. 4 Rn. 48, in: B. Simma/D.-E. Khan/G. Nolte/A. Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl. 2012.

25 V. Epping, § 5 Staatlichkeit, Rn. 1, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., 2014 (i. E.).

26 Epping, § 5 Staatlichkeit, Rn. 137, in: Ipsen a.a.O. (Fn. 25).

des Sicherheitsrats teilzunehmen (Art. 32, 35 Abs. 2 VNCh).<sup>38</sup> Darüber hinaus ist die Verleihung des Status als Beobachterstaat eine „Frage der Ehre“: Palästina wird UN-intern nicht mehr als „Palestine“, sondern als in der Kategorie der Nichtmitgliedstaaten als „State of Palestine“ geführt.<sup>39</sup>

### 3.3 Auswirkungen der Anerkennung auf den IstGH

Aufgrund der institutionellen Unabhängigkeit des IstGH von den Vereinten Nationen hat die Verleihung eines Beobachterstaatstatus durch die VN-Generalversammlung auf den IstGH keinen unmittelbaren Einfluss. Insbesondere sind die Organe des IstGH nicht an solche Resolutionen gebunden, die keine externen Rechtswirkungen haben, eben wie Res. 67/19.<sup>40</sup>

Mittelbar allerdings hat die Anerkennung durchaus Auswirkungen. Es steht nämlich zu erwarten, dass die palästinensische Regierung erneut eine Ad-hoc-Anerkennung der Gerichtsbarkeit erklärt oder einen Ratifizierungsversuch unternimmt. Als eigenständige Organisation steht es dem IstGH grundsätzlich frei, über das Vorliegen der Beitrittsvoraussetzungen zu entscheiden. Allerdings geht das Statut einen etwas anderen Weg und bestimmt, dass die Beitrittsurkunden beim Generalsekretär der VN hinterlegt werden (Art. 125 Abs. 3 S. 2 IstGH-Statut). Dieser hat wiederum keine Kompetenz, die Staatlichkeit einer Entität zu prüfen.<sup>41</sup> Die Generalversammlung geht vielmehr davon aus, dass der Generalsekretär sich an den Vorgaben der Generalversammlung orientiert.<sup>42</sup> In der Praxis weicht der Generalsekretär von der Ansicht der Generalversammlung nicht ab. Damit gibt die Generalversammlung vor, welche Entitäten als Staaten anzusehen sind und völkerrechtliche Verträge ratifizieren können. Im Ergebnis gibt damit die Verleihung des Beobachterstaatstatus an Palästina dem Generalsekretär vor, die Staatlichkeit Palästinas anzunehmen. Damit hat die Generalversammlung den Weg dafür frei gemacht, dass Palästina das IstGH-Statut ratifizieren oder die Gerichtsbarkeit des IstGH ad hoc anerkennen kann.<sup>43</sup>

Ist es daher nicht gerechtfertigt, von einer Überweisung der Generalversammlung an den IstGH zu sprechen? Die Bemühungen der Palästinensischen Autonomiebehörde, Gerichtsbarkeit des IstGH zu begründen, waren im Vorfeld der Abstimmung Ende November 2012 bekannt. Einige europäische Staaten sollen angeboten haben, der Resolution zuzustimmen, wenn die Palästinensische Autonomiebehörde im Gegenzug auf einen Beitritt zum IstGH verzichtet hätte. So könnte man meinen, dass die Generalversammlung daher den Weg nach Den Haag geebnet habe. Der einzige Schritt, der fehlte, um den Nahostkonflikt der Zuständigkeit zu unterwerfen, wurde getan.

Überzeugend ist dies freilich nicht. Von einer „Überweisung“ im Rechtssinne kann nicht gesprochen werden. Das Statut bezeichnet die „Überweisung“ als den Schritt, durch den die Organe des IstGH die Gerichtsbarkeit ausüben können (Art. 13 IstGH-Statut), der nach dem ersten Schritt der Begründung der Gerichtsbarkeit getan wird. Die Generalversammlung mag den Weg frei gemacht haben, um eine Begründung der Gerichtsbarkeit durch Palästina zu erreichen. Entscheidend ist: Ohne den Schritt Palästinas auf den IstGH zu begründet Res. 67/19 die Gerichtsbarkeit des IstGH nicht. Darüber hinaus muss dann noch der zweite entscheidende Schritt der Ausübungseröffnung durch den IstGH getan werden. Damit ist die Entscheidung der Generalversammlung zu weit entfernt von der tatsächlichen Arbeit des IstGH. Sie hat nur mittelbare Wirkung – anders als eine Überweisung durch den Sicherheitsrat, der sowohl die Gerichtsbarkeit des IstGH begründet als auch die Ausübung der Gerichtsbarkeit ermöglicht und damit unmittelbar Rechtsfolgen setzt.<sup>44</sup> Das IstGH-Statut kennt auch keine Überweisung durch ein anderes Organ als den VN-Sicherheitsrat.

### 3.4 Exkurs: Die Überweisung der Situation durch die Komoren

Der Konflikt zwischen Israel und Palästina ist für den IstGH bereits auf andere Art relevant geworden. Im Mai 2013 haben die Komoren, ein Vertragsstaat des IstGH seit 2006, den Vorfall vom 31. Mai 2010 an den IstGH überwiesen.<sup>45</sup> Dabei handelte es sich um den Versuch von sechs Schiffen, die israelische Blockade vor dem Gazastreifen zu durchbrechen, der durch israelische Streitkräfte vereitelt wurde. Beim Entern durch israelische Streitkräfte kamen neun Menschen ums Leben, zahlreiche weitere wurden verletzt.<sup>46</sup> Das bekannteste dieser sechs Schiffe, die Mavi Marmara, fuhr unter der Flagge der Komoren. Daher nehmen die Komoren in Anspruch, Strafgewalt über dieses Schiff auszuüben (Art. 92 VN-Seerechtsübereinkommen), die sie für den genannten Vorfall vom IstGH ausgeübt sehen möchten. Dieser hat aufgrund von Art. 12 Abs. 2 lit. a) IstGH-Statut Gerichtsbarkeit. Darüber hinaus basieren die Komoren die Gerichtsbarkeit auf die Erklärung der PA von Januar 2009. Selbst unter geänderten politischen Vorzeichen seit November 2012 kann diese Erklärung jedoch nicht die Gerichtsbarkeit über ein Schiff, das auf den Komoren registriert ist, begründen,

44 Frau, a.a.O. (Fn. 9), S. 115 ff.

45 Referral of the „Union of the Comoros“ with respect to the 31 May 2010 Israeli raid on the Humanitarian Flotilla bound for Gaza Strip, requesting the Prosecutor of the ICC pursuant to Articles 12, 13 and 14 of the Rome Statute to initiate an investigation into the crimes committed within the Court's jurisdiction, arising from this raid, 14. Mai 2013, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>, im folgenden Referral by Comoros letzter Abruf am 11.7.2013.

46 Zu den Geschehnissen an Bord der Schiffe und der rechtlichen Bewertung vgl. Turkish National Commission of Inquiry, Interim Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010, September 2010, <http://www.mfa.gov.tr/data/Turkish%20Interim%20Report.pdf>, letzter Abruf am 11.7.2013.; The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, Report Part One, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf>, letzter Abruf am 11.7.2013.; Report of the international fact-finding mission to investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance vom 27.9.2010, A/HRC/15/21; Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, vom 2.9.2011, [http://www.un.org/News/dh/infocus/middle\\_east/Gaza\\_Flotilla\\_Panel\\_Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf), letzter Abruf am 11.7.2013.

38 U. Fastenrath, Art. 4 Rn. 55, in: Simma/ Khan/ Nolte/ Paulus, a.a.O. (Fn. 24).

39 United Nations, Permanent Missions to the United Nations („Blue Book“), No. 303, April 2013, S. 318. Im Ergebnis auch J. Cerone, Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State, ASIL Insights 16 (2012), Issue 37, <http://www.asil.org/insights121208.cfm>.

40 Vgl. auch A. Zimmermann, Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?, JICJ 11 (2013), S. 303 (S. 305 f.).

41 Schabas, a.a.O. (Fn. 4), S. 1199.

42 United Nations Juridical Yearbook 1973, Part 2, Chapter IV, S. 79, Fn. 9.

43 Ebenso Schwarz, a.a.O. (Fn. 36); Schaller, a.a.O. (Fn. 37), S. 3 f.

weil die Erklärung Palästinas schlicht nichts mit der Strafgewalt der Komoren zu tun hat.

Ob der IStGH trotz der grundsätzlich vorhandenen Gerichtsbarkeit diese auch ausüben wird, ist fraglich. Zwar meinen die Komoren, dass die Vorfälle von entsprechender Schwere sind, die Befassung durch den IStGH zu rechtfertigen.<sup>47</sup> Doch handelt es sich um einen einzelnen Vorfall, der nur verhältnismäßig wenige Opfer gefordert und nur wenige Stunden gedauert hat. Andere Situationen, die am IStGH anhängig sind, umfassen Konflikte die Monate oder Jahre andauern und mehrere Hundert oder Tausend Tote gefordert haben. Es ist daher davon auszugehen, dass die „Schwere“ i. S. d. Art. 17 Abs. 1 lit. d), 53 IStGH-Statut enger auszulegen ist und einzelne Vorfälle nicht erfasst.<sup>48</sup>

### 3.5 Rechtlich bedeutungslose diplomatische Meisterleistung?

Neben den vagen Rechtswirkungen der Anerkennung durch die Generalversammlung wird auch deutlich, wie internationale Organisationen genutzt werden, um diplomatische Ziele zu erreichen.

Das Scheitern der Ad-hoc-Erklärung hat der Chefankläger des IStGH mit der fehlenden Anerkennung durch die Generalversammlung begründet. Damit hat er vorgezeichnet, welchen Weg die PA mit guten Aussichten gehen könnte. In der VN-Generalversammlung genießt die PA nämlich große Unterstützung, wie die Zahl von über 130 bilateralen Anerkennungen zeigt. Diese Staaten erkennen Palästina auch außerhalb der Vereinten Nationen als Staat an.<sup>49</sup> Die PA konnte daher optimistisch sein, was eine Anerkennung als Beobachterstaat anging. Mit dieser diplomatischen Aufwertung kann die PA nun erneut eine Erklärung nach Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut abgeben.<sup>50</sup> Die Chefanklägerin wird schwerlich von der Position ihres Vorgängers abweichen und andere Maßstäbe an die Auslegung anlegen können. Damit steht zu erwarten, dass die Anklägerin die Gerichtsbarkeit des IStGH über Palästina – wahrscheinlich in den Grenzen des Westjordanlandes und des Gazastreifens – grundsätzlich anerkennt.<sup>51</sup>

Politisch ergeben sich für die PA und die PLO unter Mahmud Abbas folgende, unmittelbare Vorteile. Zuerst erfährt das derzeit noch fragile Gebilde „Palästina“ durch die Anerkennung eine deutliche diplomatische Aufwertung.<sup>52</sup> Diesen Gewinn kann sich die PA zuschreiben. Damit wird deutlich, dass die PLO weltweit als die Stimme des palästinensischen Volkes wahrgenommen wird und nicht die „Opposition“ im Gazastreifen, die vom Westen nicht einmal als Gesprächspartner akzeptiert wird. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Staaten,

die gegen eine Anerkennung des Beobachterstatus gestimmt oder sich enthalten haben, das Gebilde Palästina als Staat anerkennen. Die Rechtsfolgen der Res. 67/19 beschränken sich auf den internen Bereich der Vereinten Nationen.

Zweitens wird jede Anerkennung des IStGH gerade von europäischen Staaten hoch geschätzt und begrüßt. Der IStGH wird zu Recht als Fortschritt in der Völkerrechtsordnung gesehen, der die Durchsetzung des Völkerrechts stärkt und der durch jeden beitretenden bzw. anerkennenden Staat noch effektiviert wird. Diese Anerkennung lässt sich, gerade im Hinblick auf die Weigerung Israels, den IStGH anzuerkennen, politisch gut verkaufen.

Drittens erstreckt sich die Anerkennung der Gerichtsbarkeit zwar auf das gesamte Gebiet Palästinas. Tatsächlich kontrolliert die PA jedoch nur das Westjordanland, während der Gazastreifen nach dem blutigen Konflikt zwischen Fatah und Hamas seit 2007 von der Hamas kontrolliert wird. Im Fokus der Weltöffentlichkeit stehen – und sind damit potenzielle Fälle vor dem IStGH – aber regelmäßig die Handlungen von Israel und Hamas im Gazastreifen während kürzerer bewaffneter Konflikte,<sup>53</sup> die Seeblockade vor Gaza durch Israel,<sup>54</sup> der Bau der Sperranlagen sowie von Siedlungen im Westjordanland durch Israel.<sup>55</sup> Kurz: die Handlungen der Fatah/PA stehen selten im Verdacht, Verbrechen i. S. d. Art. 5 Abs. 1 IStGH-Statut zu sein. Damit erreicht die PA eine Ausweitung der Strafgewalt des IStGH, von der ihre Angehörigen nichts zu befürchten haben, sondern innen- sowie außenpolitische Gegner.<sup>56</sup>

Damit wird deutlich, dass die PA unter Mahmud Abbas durch die Anerkennung als Beobachterstaat die Gerichtsbarkeit des IStGH gefahrlos ausweitet und dafür weltweit Applaus erhält – eine diplomatische Meisterleistung.<sup>57</sup>

## 4. Ergebnis

Aus völkerrechtlicher Sicht ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Zuständigkeit des IStGH erweitert wird. Die Effektivität des universal gedachten IStGH, sprich die Abschreckungswirkung völkerstrafrechtlicher Tatbestände, wird durch jeden neuen Mitgliedstaat gesteigert. Ebenso ist zu begrüßen, wenn der Sicherheitsrat den IStGH unterstützt und dessen Zuständigkeit auf bestimmte Situationen erweitert. Jedoch bestehen auch Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Situation in Israel und Palästina vor dem IStGH: Die Effektivität des IStGH wird nämlich nicht gesteigert, wenn eine erweiterte Zuständigkeit und eine erhöhte Arbeitsbelastung nicht mit einer entsprechenden Ausweitung der Arbeitskapazitäten einhergeht. Eine Überlastung des IStGH kann unter Umständen zu einer bloß oberflächlichen Bearbeitung einzelner Fälle führen und damit die Glaubwürdigkeit des IStGH in Frage stellen. Ermittlungsschwierigkeiten führen möglicherweise zu einer einseitigen oder unvollständigen „Aufklärung“, die den IStGH vor Legi-

47 Referral by Comoros, a. a. O. (Fn. 45), S. 5 ff.

48 Schabas, a.a.O. (Fn. 4), S. 297.

49 Deutschland gehört nicht dazu und erkennt das Gebilde nicht als Staat an. Dennoch werden diplomatische Beziehungen zur PNA unterhalten.

50 Dass zumindest eine Bestätigung der Erklärung von 2009 erforderlich ist, betont zu Recht Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), S. 303 (S. 308 f.).

51 Schaller, a.a.O. (Fn 37), S. 3 f.; Schwarz, a.a.O. (Fn. 36); J. Cerone, Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State, ASIL Insights 16 (2012), Issue 37, <http://www.asil.org/insights121208.cfm>.

52 Schaller, a.a.O. (Fn 37), S. 1; Schwarz, a.a.O. (Fn. 36).

53 Operation Cast Lead 2008/09, Operation Pillar of Defense 2012.

54 Vgl. oben Fn. 42.

55 IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Gutachten vom 9.7.2004, S. 12 ff., Rn. 86 ff.

56 Vgl. Schaller, a.a.O. (Fn 37), S. 4; Schwarz, a.a.O. (Fn. 36); Zimmermann, a.a.O. (Fn.40), S. 303 (S. 329).

57 Vgl. auch A. Zimmermann, Beobachter in Nöten, FAZ vom 28.11.2012.

timationsprobleme stellt. Gerade bei dem Konflikt im Nahen Osten stellt sich die Frage, ob ein Befassen des IstGH sinnvoll ist oder ob es nicht zweckdienlicher wäre, zunächst eine politische Lösung zu finden und Völkerrechtsbrüche abzustellen, bevor mögliche Strafverfolgungsmaßnahmen ergriffen werden. Befasst sich der IstGH weit vor einer – im Falle Israels/Palästinas unabsehbaren – politischen Lösung des Konflikts mit Fragen der strafrechtlichen Ahndung, könnte er sich politisch instrumentalisieren lassen.<sup>58</sup> Diese Gründe haben unter

anderem die deutsche Bundesregierung bewogen, sich bei der Abstimmung zur Verleihung des Status als Beobachterstaat in New York zu enthalten.<sup>59</sup> Ob diese Zweifel berechtigt sind oder ob ein mögliches Tätigwerden des IstGH im Nahostkonflikt einer Lösung neuen Antrieb verleihen wird, hängt nicht zuletzt von der Tätigkeit des IstGH ab und bleibt daher abzuwarten.

<sup>59</sup> Vgl. Pressekonferenz der Bundeskanzlerin am 6. Dezember 2012, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2012/12/2012-12-06-merkel-netanjahu.html>.

<sup>58</sup> Vgl. auch Ronen, a.a.O. (Fn. 17), S. 3 ff. (S. 24 f., 27).

# The Role of National Investigations in the System of International Criminal Justice – Developments in Germany

Andreas Schüller\*

**Abstract:** With the adoption of the Rome Statute in 1998, a new system of international criminal justice has been created. The preamble of the Rome Statute emphasizes the mutual interest of the international community as a whole to prosecute international crimes as well as to cooperate with the International Criminal Court (ICC). Thus, there is a burden-sharing envisaged within the international criminal justice system, in which national prosecution services complement the work of the Office of the Prosecutor of the ICC. This article presents the history and evaluates the changes within the practice of the German Federal Public Prosecutor in the prosecution of international crimes. Further it focusses on perspectives and chances considering the cooperation of national prosecutors with the ICC in prosecuting powerful actors contrary to a states' foreign policy.

**Keywords:** Code of Crimes against International Law, Federal Prosecutor General, international crimes, complementarity, International Criminal Court, universal jurisdiction

Völkerstrafgesetzbuch, Generalbundesanwalt, Völkerstraftaten, Komplementarität, Internationaler Strafgerichtshof, Weltrechtsprinzip

## 1. Introduction

The adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC Statute) in 1998 and its ratification by states put pressure on the latter to revisit their national laws regarding the prosecution of international crimes.<sup>1</sup> With the ICC Statute, a first international treaty was created that criminalizes a large number of acts, most of them already prohibited under customary international law,<sup>2</sup> and that introduced a new system of international criminal justice. This new system has the International Criminal Court (ICC) as a last resort, since the ICC Statute emphasizes that it is the primary responsibility of the states to prosecute international crimes. Not only the proximity to the evidence, but also the

impact and meaning of trials close to the crime scene and within the society in which victims and perpetrators live, stand for the importance of prosecutions in the territorial state. Trials in a third state or before an international court such as the ICC are a last resort, taking into account security or infrastructural problems, but also political interferences in the territorial state. However, not only the technical legal implementation of the ICC Statute on national level faces challenges, but also the political considerations, when the investigations of a state's law enforcement authorities go against a state's foreign policy. As a result of the latter challenge, only perpetrators of international crimes from very few states have been prosecuted so far before third states' courts, e.g. those from former Yugoslavia or Rwanda.<sup>3</sup> The ICC's complementarity principle enshrined in article 17 of the ICC Statute requires the states' inability or unwillingness as admissibility test to prosecute the crimes before the ICC. This new system reverses the *ad hoc* tribunals' concept, in which primary responsibility for the prosecution of crimes committed in former Yugoslavia and in Rwanda lay with the respective tribunal.<sup>4</sup> The new system of

\* LL.M. (adv.) – Legal Advisor, International Crimes and Accountability Program, European Center for Constitutional and Human Rights e.V. (ECCHR), Berlin – [www.ecchr.eu](http://www.ecchr.eu); E-Mail: [schueller@ecchr.eu](mailto:schueller@ecchr.eu).

This article has successfully undergone a double-blind peer-review process. The author would like to thank Wolfgang Kaleck, Aaalen Micus and the unknown reviewers of the S+F journal for their comments on earlier drafts of this article.

<sup>1</sup> See e.g., Amnesty International, *Universal jurisdiction: A preliminary survey of legislation around the world – 2012 update*, Index: IOR 53/019/2012, Amnesty International, October 2012.

<sup>2</sup> On international crimes as violations of customary international law, see G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (2005), pp. 49-50, and A. Cassese, *International Criminal Law* (2008), pp. 11-13.

<sup>3</sup> See especially M. Langer, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction*, 105 Am. J. Int'l L. 2011, pp. 1-49.

<sup>4</sup> On the primacy of these tribunals over national courts, see A. Cassese, *International Criminal Law* (2008), pp. 339-342.