Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht 13

Paula Fischer

Das Irrtumsrisiko bei den Ausnahmen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes

Nomos

INSTITUTE FOR
INTERNATIONAL PEACE
AND SECURITY LAW

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht

Cologne Studies on International Peace und Security Law

Études colognaises sur le droit de la paix et de la sécurité internationales

Herausgegeben von/Edited by/Éditées par

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß LL.M. (Cambridge)

Band/Volume 13

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Paula Fischer

Das Irrtumsrisiko bei den Ausnahmen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes

Nomos

INSTITUTE FOR
INTERNATIONAL PEACE
AND SECURITY LAW

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7844-7 (Print)
ISBN 978-3-7489-2254-4 (ePDF)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand im Wesentlichen während meiner Tätigkeit am Institut für Friedenssicherungsrecht und berücksichtigt Entwicklungen in der Staatenpraxis, Rechtsprechung und Literatur bis Mitte August 2020.

Vor allen gilt mein herzlichster Dank meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß LL.M. (Cambridge), dessen Person und leidenschaftliche Begeisterung für die Wissenschaft mich während des gesamten Dissertationsprojekts angetrieben und während meiner langjährigen Tätigkeit am Lehrstuhl sowohl akademisch als auch persönlich entscheidend geprägt haben. Herr Kreß hat mir nicht nur die Tür zum Völkerrecht geöffnet. Ich verdanke ihm auch, dass er mir durch die Aufnahme in seine wunderbare Lehrstuhlfamilie über viele Jahre während des Studiums und der Promotionsphase ein akademisches Zuhause gegeben und mich an Wissenschaft und Lehre so intensiv hat teilhaben lassen. Es ist ein unschätzbares Glück, dass ich auf einen so mitreißenden und menschlich so großartigen Lehrer getroffen bin, der mir in fachlicher wie in persönlicher Hinsicht ein Vorbild und Wegbegleiter war und ist.

Frau Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Angelika Nußberger M.A. danke ich sehr herzlich für die umfassende und vertiefte Auseinandersetzung mit meiner Arbeit und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich weiter meinen wissenschaftlichen Weggefährten und Freunden Dr. Henrike von Scheliha, Benjamin Nußberger und Dr. Bernd Scholl sowie meiner Mutter Sigrid Fischer für den beständigen inhaltlichen Gedankenaustausch und die so mühevolle und hilfreiche Durchsicht und Korrektur meines Manuskripts. Zu großem Dank verpflichtet bin ich auch Professor Dr. Christian Tams von der University of Glasgow für unsere wiederholten Diskussionen über „meine Irrtümer". Diese inhaltlichen Anregungen waren mir eine große Hilfe.

Bedanken möchte ich mich zudem bei der Columbia Law School, die mir durch die Möglichkeit eines Forschungsaufenthalts neue Blickwinkel auf das Thema meiner Arbeit eröffnet hat. Mein größter Dank gilt hier Professor George P. Fletcher, der mir während seines Seminars und vieler Gespräche wertvolle Denkanstöße gegeben und mich an das US-amerikanische Strafrecht herangeführt hat. Danken möchte ich auch Professor

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Matthew C. Waxman und Alex Moorehead – letzterem ganz besonders für sein großes Engagement, mit dem er meine beiden Lehrstuhlkollegen und mich so herzlich in das Human Rights Institute integriert hat.

Dem Taktischen Luftwaffengeschwader 71 „Richthofen" in Wittmund danke ich für die aufschlussreichen Einblicke in die Sicherung des deutschen und des NATO-Luftraums, die mein Bewusstsein für die Herausforderungen der militärischen Praxis erheblich geschärft haben.

Der rechtsvergleichende Teil meiner Arbeit – vor allem zum russischen und chinesischen Recht – wäre nicht möglich gewesen ohne die großartige Hilfe von Dr. Gleb Bogush von der Staatlichen Lomonossow-Universität Moskau, Long Zhang von der Peking-Universität, Nino Burdiladze, Jiahui Shi und Dr. Daniel Sprick von der Universität zu Köln sowie Alain Bloch, ehemaliger Richter am belgischen Kassationshof, denen ich herzlich danke. Für überaus hilfreiche Anregungen danke ich auch dem Richter am Internationalen Gerichtshof Professor James Crawford, Professor Dr. Tom Ruys von der Universität Gent, Professor Dr. Dr. Frauke Rostalski und Dr. Björn Schiffbauer von der Universität zu Köln, Dr. Bernd Martenczuk von der Europäischen Kommission und Professor Dr. Dr. Alexander Morell, mittlerweile an der Universität Mannheim.

Für den steten regen Gedankenaustausch bin ich darüber hinaus meinem gesamten Lehrstuhl zu Dank verpflichtet. Ganz besonders ist hier Dr. Lars Berster zu nennen, der meine Arbeit in einigen Punkten entscheidend beeinflusst und mich als Büronachbar mit einem reichen Vorrat an Gedankenstoff auch über das Straf- und Völkerrecht hinaus versorgt hat, der noch lange vorhalten wird. Daneben danke ich insbesondere Michael Agi, Mehrnusch Anssari, Dana Schirwon, Svenja Raube und Sarah Gucanin für unsere intensiven Diskussionen über jeden Winkel des Selbstverteidigungsrechts und den freundschaftlichen Rückhalt während der gesamten Zeit.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die ideelle Förderung meines Dissertationsprojekts sowie meinem Vertrauensdozenten Prof. Dr. Axel Karenberg von der Universität zu Köln für unsere spannenden Themenabende und Exkursionen.

Ganz besonders danken möchte ich schließlich Christian Rhein für seine so liebevolle Begleitung und Unterstützung und die große Geduld, die er während des Dissertationsprojekts, aber auch im Studium und Referendariat für mich aufgebracht hat. Auch meinen Eltern Sigrid und Karsten Fischer danke ich für den starken Rückhalt und die uneingeschränkte Unterstützung in jeder Phase meines Werdegangs. Euch dreien ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im August 2020 Paula Fischer

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsübersicht

Einleitung 25

TEIL 1 Grundlagen 29

TEIL 2 Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt 125

TEIL 3 Die nähere Ausgestaltung der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt 349

TEIL 4 Fehlvorstellungen im kollektiven Sicherheitssystem 413

Zusammenfassung und Schlussbemerkung 517

Summary 521

Literaturverzeichnis 527

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis 19

Abkürzungen 21

Einleitung 25

TEIL 1 Grundlagen 29

1. Kapitel: Begriffe und Prämissen 29
I. Ausnahmen von Art. 2 (4) UNC 29
1. Anerkannte Ausnahmen: Art. 42 und 51 UNC 29
a) Die Existenz materiell-rechtlicher Grenzen in Art. 39 UNC 30
b) Negativer oder positiver Friedensbegriff 33
c) Anforderungen an das Störerverhalten 35
2. Antizipiertes Selbstverteidigungsrecht 37
3. (Unilaterale) humanitäre Intervention 41
4. Rettung von Staatsangehörigen 43
II. Der Begriff des Irrtumsrisikos 45
1. Irrtum 47
2. Fehlverdacht 47
3. Fehlprognose 49
4. Terminologisches 53
III. Herausbildung der relevanten Konstellationen 53
1. Faktoren bei unilateralen Gewaltanwendungen 54
a) Vermeidbarkeit des Irrtums 54
b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit beim Fehlverdacht 55
c) Mitzuständigkeit des Opferstaates für die Fehlvorstellung 55
d) Die Fehlvorstellung über innere Tatsachen – ein Sonderfall? 56
e) Schlussfolgerung: Die zu untersuchenden Konstellationen 57
2. Faktoren bei Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem 58

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Bedeutung und Tragweite der Fragestellung 58
1. Unilaterale Gewaltanwendungen 58
a) Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates 58
b) Beteiligung von Drittstaaten 59
c) Staatenverantwortlichkeit 61
2. Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem 63

2. Kapitel: Fehlvorstellungen in anderen Völkerrechtsgebieten 68
I. Fehlvorstellungen im ius in bello 68
II. Fehlvorstellungen im Recht der Menschenrechte 73
III. Fehlvorstellungen im Recht der Staatenverantwortlichkeit 78
IV. Fehlvorstellungen im Umwelt- und Gesundheitsvölkerrecht 83
V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen 87

3. Kapitel: Eine methodische Besonderheit: Analogien zum Straf- und Polizeirecht 89
I. Ausgangspunkt: Das Verhältnis des nationalen Rechts zum Völkerrecht 92
II. Die vergleichende Methode im Völkerrecht 94
1. Berücksichtigung nationalen Rechts als allgemeinen Rechtsgrundsatz 95
2. Berücksichtigung bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht 97
3. Berücksichtigung als normatives Auslegungskriterium der UNC 98
4. Die Analogie als eigene Rechtsquelle 99

4. Kapitel: Amts- und Notrechte im nationalen und im Friedenssicherungsrecht 100
I. Grundlagen der Unterscheidung im nationalen Recht 101
II. Relevanz für Fehlvorstellungen 106
III. Die kollektive Gewaltbefugnis als völkerrechtliches Amtsrecht 108
IV. Unilaterale Gewaltbefugnisse als völkerrechtliche Notrechte 112
1. Das Selbstverteidigungsrecht, Art. 51 UNC 112
a) Der Einwand der fehlenden gemeinsamen normativen Grundlage 113
b) Der Einwand der Unvergleichbarkeit mit strafrechtlichen Erlaubnissätzen 115
c) Der Einwand der Besonderheiten des ius contra bellum 118
2. Die humanitäre Intervention 121
3. Die Rettung eigener Staatsangehöriger 122

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 2 Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt 125

5. Kapitel: Der Meinungsstand in der Literatur 125
I. Ex-post-Beurteilung 125
II. Objektive ex-ante-Beurteilung 128
III. Vollständig subjektive Beurteilung 131

6. Kapitel: Das Verhältnis von Charta- und Gewohnheitsrecht 133
I. Die Relevanz des vor 1945 geltenden Gewohnheitsrechts 133
II. Die Frage der Fortgeltung nach Inkrafttreten der Charta 135
1. Vorrang der Charta bei Unvereinbarkeit mit früherem Gewohnheitsrecht 135
2. Unvereinbarkeit der Charta mit früherem Gewohnheitsrecht 137
a) Verdrängung anderer Erlaubnissätze als das Selbstverteidigungsrecht 138
b) Fortbestand einiger Formen des individuellen Selbstverteidigungsrechts 139
III. Die Veränderung der Rechtslage durch spätere Praxis 140
1. Einfluss der späteren Praxis auf das speziellere Chartarecht 141
2. Einfluss der späteren Praxis auf das chartakonkretisierende Gewohnheitsrecht 144
3. Gewichtungsregeln 144

7. Kapitel: Staatenpraxis 146
I. Zur Auswahl und Bewertung der Staatenpraxis 146
II. Staatenpraxis vor 1945 149
1. Vorfälle auf See 149
a) Der Marianna-Flora-Vorfall (1826) 149
b) Der Dogger-Bank-Vorfall (1904) 151
c) Die Durchsuchungen der Jessie, Thomas F. Bayard und Pescawha (1909) 153
2. Vorfälle an Land 154
a) Der Waima-Vorfall (1893) 154
b) Der Maziua-Vorfall (1914) 155
c) Der Kling-Vorfall (1921) 156
d) Der griechisch-bulgarische Grenzzwischenfall (1925) 156
e) Der Mukden-Vorfall (1931) 158
3. Völkerrechtliche Verträge 159
4. Zwischenergebnis 162

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Staatenpraxis nach 1945 163
1. Fehlvorstellungen bei umfangreichen Gewalteinsätzen 163
a) Der Sechstagekrieg (1967) 163
b) Der israelische Luftangriff auf den Osirak-Reaktor (1981) 170
c) Der Irakkrieg (2003) 171
d) Zwischenergebnis 175
2. Fehlvorstellungen bei geringfügigen Gewaltanwendungen 175
a) Prämissen für den Auslegungswert geringfügiger Gewaltanwendungen 175
aa) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 2 (4) UNC 176
(1) Enthält Art. 2 (4) UNC eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle? 176
(2) Abgrenzung von Gewalt und Polizeimaßnahmen 181
(3) Zwischenergebnis 186
bb) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 51 UNC 186
b) Putativangriffe von Flugzeugen 188
aa) Abschuss von Cathay Pacific VR-HEU durch China (1954) 188
bb) Abschuss von El Al Flight 402 durch Bulgarien (1955) 189
cc) Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 durch Israel (1973) 192
dd) Abschuss von Korean Air Lines Flight 902 durch die Sowjetunion (1978) 194
ee) Abschuss von Korean Air Lines Flight 007 durch die Sowjetunion (1983) 196
ff) Abschuss von Iran Air Flight 655 durch die USA (1988) 200
gg) Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 über der Ukraine (2014) 205
hh) Abschuss von Ukraine International Airline Flight 752 durch den Iran (2020) 207
c) Putativangriffe von Schiffen 209
aa) Der Golf-von-Tonkin-Vorfall (1964) 209
bb) Der Angriff auf die USS Liberty (1967) 211
cc) Der Angriff auf die USS Stark (1987) 214

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Maritime Interception Operations 215
d) Gewaltanwendungen in der US-Iran-Krise 2019 218
e) Zwischenergebnis 222
3. Fehlvorstellungen bei der Abwehr von Terrorismus 223
a) Der Angriff auf die sudanesische Pharmafabrik Al-Schifa (1998) 224
b) Weitere Fälle vermuteter Verantwortlichkeit für ein Attentat 226
c) Das Abfangen eines libyschen Flugzeugs mit syrischen Offiziellen (1986) 230
d) Zwischenergebnis 230
4. Fehlvorstellungen bei Cyberangriffen 231
5. Abstrakte Äußerungen zu antizipierter Selbstverteidigung nach 9/11 235
a) Nationale Sicherheitsstrategien 236
b) Jüngere Stellungnahmen der USA, Großbritanniens und Australiens 238
6. Fehlvorstellungen bei der Rettung von Staatsangehörigen 239
a) Der Mayaguez-Vorfall (1975) 239
b) Die Operation Entebbe (1976) 242
c) Zwischenergebnis 245
7. Fehlvorstellungen bei der humanitären Intervention 245
8. Ergebnis zur Staatenpraxis 248

8. Kapitel: Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten 249
I. Die einzelnen Rechtsordnungen im Vergleich 250
1. Deutschland 250
2. Frankreich 255
3. USA 259
4. Vereinigtes Königreich 266
5. China 271
6. Russland 273
7. Völkerstrafrecht 276
8. Zwischenergebnis 281
II. Schlussfolgerungen für die Fragestellung 282

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

9. Kapitel: Lösungsansätze nach textorientierter Auslegung unter Berücksichtigung der IGH-Rechtsprechung und vorheriger Erkenntnisse 284
I. Volle Rechtfertigungslösung 287
1. Selbstverteidigung, Art. 51 UNC 287
a) Wortlaut 287
b) Systematik 290
c) Telos 292
d) Genetik 296
e) IGH-Rechtsprechung 298
f) Zwischenergebnis 301
2. Rettung von Staatsangehörigen 302
3. Humanitäre Intervention 303
II. Entschuldigungslösung 304
1. Bedeutung 304
2. Wortlaut, Systematik und Telos 307
III. Eingeschränkte Rechtfertigungslösung 311
1. Animus aggressionis beim Aggressionsverbot 312
2. Handlungsunrecht beim bewaffneten Angriff 316
3. Das subjektive Element bezüglich des „Tatbestands" des Gewaltverbots 320
a) Das Gewaltverbot als Verhaltensnorm: Auslegung und Konsequenz 322
b) Weitere Indizien für ein Handlungsunrechtserfordernis 326
c) Art des verlangten Handlungsunrechts: Vorsatz oder Sorgfaltswidrigkeit? 329
4. Das subjektive Element bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände 333
5. Der Sonderfall des hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdachts 335
IV. Clean-Hands-Lösung 337
1. Geltung des Clean-Hands-Prinzips 339
2. Inhalt und Anwendung des Clean-Hands-Prinzips auf Fehlvorstellungen 342
V. Gesamtauslegungsergebnis 345

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 3 Die nähere Ausgestaltung der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt 349

10. Kapitel: Anforderungen an sorgfaltsgemäßes Handeln 349
I. Sorgfältige Ermittlung der Indizien 353
1. Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung 353
2. Auswahl und Arten berücksichtigungsfähiger Indizien 356
II. Sorgfältige Indizienwürdigung 359
1. Grundlagen 359
2. Die Rationalität der staatlichen Überzeugungsbildung als Mindestanforderung 361
3. Abgrenzung von Erfahrungssätzen und Vorurteilen 365
III. Überschreitung der hinreichenden Wahrscheinlichkeitsschwelle 369
IV. Reichweite der Subjektivierung bei Indizienermittlung und -würdigung 383

11. Kapitel: Die Kontrolle der staatlichen Entscheidung 387
I. Beweis der Indizien 389
1. Beweislast 389
2. Beweismaß 391
II. Nachprüfung der Indizienwürdigung 394
III. Pflicht zur Offenlegung der Indizien und Geheimhaltungsinteressen 395

12. Kapitel: Relevanter Personenkreis 400
I. Grundlagen zur Wissens- und Verschuldenszurechnung 400
II. Die Relevanz des Entscheidungsträgers und weiterer Staatsorgane 402
III. Abgrenzung zwischen Entscheidungsträgern und anderen Organen 406
IV. Entscheidungen durch staatliche Kollektivorgane 408
V. Zwischenergebnis: Präzisierungen zum unilateralen Irrtumsrisiko 411

TEIL 4 Fehlvorstellungen im kollektiven Sicherheitssystem 413

13. Kapitel: Der Meinungsstand in der Literatur 413

14. Kapitel: Praxis der Staaten und UN-Organe 417
I. Frühe Debatten und Äußerungen über die Tatsachengrundlage 418
1. Die Spanische Frage (1946) 418

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Das Arbeitspapier des Generalsekretärs zur UN-Palästina-Kommission (1948) 421
3. Der Korea-Konflikt (1950–1951) 422
4. Der Südrhodesien-Konflikt (1965–1966) 423
5. Zwischenergebnis 423
II. Vermutete Verantwortlichkeit für Terrorakte und Chemiewaffeneinsätze 424
1. Die Lockerbie-Resolutionen 731 und 748 (1992) 425
2. Die Mubarak-Resolutionen 1044 und 1054 (1996) 428
3. Die Resolution 1267 gegen die Taliban (1999) 431
4. Die Resolution 1530 nach den Anschlägen von Madrid (2004) 432
5. Die Hariri-Resolution 1636 (2005) 434
6. Der Chemiewaffeneinsatz in Syrien (2013–2020) 437
a) Der gescheiterte Resolutionsentwurf S/2017/172 (Februar 2017) 437
b) SR-Debatten zwischen Februar 2017 und Mai 2020 439
7. Zwischenergebnis 441
III. Vermuteter Massenvernichtungswaffenbesitz 442
1. Der Fall Irak (2003) 442
a) Resolution 1441 zum Irak und anschließende Debatten (2002–2003) 442
b) Reaktionen auf die Aufdeckung des Irrtums 445
2. Der Fall Iran (2006–2010) 448
IV. Gezielte Sanktionen gegen Individuen 450
V. Ergebnis zur Staatenpraxis 454

15. Kapitel: Internationale Rechtsprechung 454
I. Das Lockerbie-Verfahren 455
1. Die Beschlüsse und Sondervoten zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen (1992) 455
2. Die Klageschrift und die Erwiderungen (1993–1995) 458
a) Die libysche Position 458
b) Die britische Position 461
c) Die amerikanische Position 461
3. Die Mehrheits- und Sondervoten zu den Preliminary Objections (1998) 462
4. Zusammenfassende Würdigung 465
II. Weitere Fälle 465
III. Zwischenergebnis 467

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

16. Kapitel: Fehlvorstellungen bei nationalen polizeirechtlichen Amtsrechten 467
I. Die einzelnen Rechtsordnungen im Vergleich 468
1. Deutschland 468
2. Frankreich 471
3. USA 473
4. Vereinigtes Königreich 475
5. China 477
6. Russland 478
7. Zwischenergebnis 479
II. Schlussfolgerungen 480

17. Kapitel: Textorientierte Auslegung unter Einbeziehung vorheriger Erkenntnisse 481
I. Die Irrelevanz der ex-post-Perspektive 482
II. Objektiv ex ante oder weitgehend subjektiv: der Einschätzungsspielraum des SR 484
1. Bezugspunkt des Einschätzungsspielraums 484
2. Materiell-rechtliche Grenzen des Einschätzungsspielraums 491
a) Willkürverbot 492
b) Verbot des Missbrauchs von Befugnissen 494
c) Der SR als Kollektivorgan 495
3. Zwischenergebnis: Die Bedeutung des Einschätzungsspielraumes für Fehlvorstellungen 496
III. Verfahrensrechtliche Anforderungen 496
1. Die Verzahnung prozessualer mit materiell-rechtlichen Anforderungen 496
2. Relevante Rechtsquellen 498
3. Relevante verfahrensrechtliche Anforderungen 500
a) Das Vetorecht, Art. 27 (3) UNC 500
b) Sorgfältige Sachverhaltsermittlung 502
c) Rechtliches Gehör des betroffenen Staates 504
d) „Unschuldsvermutung"? 509
e) Transparenz des Entscheidungsprozesses und Geheimhaltungsinteressen 510
f) Begründung der Entscheidung? 513
g) Zwischenergebnis 515
IV. Gesamtauslegungsergebnis 516

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassung und Schlussbemerkung 517

Summary 521

Literaturverzeichnis 527

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abb:	Einfluss der maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsschwelle auf das Risiko von Fehlentscheidungen	374
Tabelle 1:	Die Sprachfassungen der Selbstverteidigungslage iSd Art. 51 UNC	288
Tabelle 2:	Die Beachtlichkeit von Irrtum und Fehlverdacht in Abhängigkeit von der Vermeidbarkeit bzw. hinreichenden Wahrscheinlichkeit und der Mitzuständigkeit des Opferstaates	347
Tabelle 3:	Die maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsstandards für den sorgfaltsgemäßen Fehlverdacht in Abhängigkeit von den Kosten einer Fehlentscheidung	382

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungen

A/	General Assembly
aA	andere Auffassung
Add.	Addendum
a.E.	am Ende
ARSIWA	Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
Art.	Artikel
ASIL	American Society of International Law
AT	Allgemeiner Teil
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
AWZ	Ausschließliche Wirtschaftszone
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bull. Crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CIA	Central Intelligence Agency
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Doc.	Document
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Menschenrechtsgerichtshof
eing.	eingehend
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entspr.	entsprechend
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
f/ff	folgender/folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FRUS	Foreign Relations of the United States
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	GG
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GO-SR	Geschäftsordnung des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen
Gr. Ch.	Grand Chamber
grsl.	grundsätzlich
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIS	Iraqi Intelligence Service
IIT	Investigation and Identification Team der OPCW
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
i. Erg.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
int'l	international
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
IStGHSt	Statut des Internationalen Strafgerichtshofs
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JIM	Joint Investigative Mechanism
JIT	Joint Investigation Team
krit.	kritisch
MPC	Model Penal Code
mwN	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
no.	numéro/number
Nr.	Nummer
NSA	National Security Agency
NSS	National Security Strategy
NY Times	New York Times

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

OAU	Organisation of African Unity
OIG	Office of the Inspector General, United States Department of Justice
OPCW	Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons
OTA	Office of Technology Assessment
para(s).	paragraph(s)
PLO	Palestine Liberation Organization
PolG	Polizeigesetz
R. v.	Regina versus
Res.	Resolution
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite/Satz
S/	Security Council
SC/	Security Council Press Statement
sog.	sogenannte(r/s)
SR	Sicherheitsrat
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
u.a.	unter anderem
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
umf.	umfassend
UN	United Nations
UN Doc.	United Nations Document
UNC	United Nations Charter
UNCIO	United Nations Conference on International Organization
UNIIIC	United Nations International Independent Investigation Commission
UNYB	Yearbook of the United Nations
US	United States
USA	United States of America
USDOJ	United States Department of Justice
usw.	und so weiter
uU	unter Umständen
v.	vom/versus
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VwVfg	Verwaltungsverfahrensgesetz
WMD	Weapons of Mass Destruction
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
zB	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZP	Zusatzprotokoll

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einleitung

> „[D]aß man nur sicheren Nachrichten trauen solle, daß man das Mißtrauen nie von sich lassen müsse, steht wohl in allen Büchern, ist aber ein elender Büchertrost und gehört zu der Weisheit, zu welcher System- und Kompendienschreiber in Ermangelung von etwas Besserem ihre Zuflucht nehmen. Ein großer Teil der Nachrichten, die man im Kriege bekommt, ist widersprechend, ein noch größerer ist falsch und bei weitem der größte einer ziemlichen Ungewißheit unterworfen."[1]

Was *von Clausewitz* um 1824 über Nachrichten im Krieg schreibt, beansprucht keine geringere Geltung für Nachrichten *vor* dem Krieg und hat rund 200 Jahre später nichts von seiner Aktualität verloren. Die völkerrechtliche Bühne ist interaktiv: Staaten richten ihr Handeln an ihrer Interpretation des Verhaltens, der Fähigkeiten und Motive anderer Akteure aus.[2] Die Wahrnehmung militärischer Bedrohungen – seien sie gegen den eigenen Staat, Drittstaaten oder Bürger eines anderen Staates gerichtet – ist besonders fehleranfällig. Denn es besteht ein chronisches Informationsdefizit: Staaten hüllen sich über ihre wahren militärischen Absichten und Fähigkeiten aus Sorge um eigene Sicherheitsinteressen regelmäßig in Schweigen; manche täuschen bewusst eine unrichtige Sachlage vor. Gruppen, die an einer militärischen Auseinandersetzung interessiert sind, streuen – dessen wird man sich im „postfaktischen" Zeitalter der *fake news* zunehmend bewusst – gezielt Fehlinformationen. Direkte Kommunikationskanäle, die die Umstände einer angenommenen Bedrohungslage aufklären könnten, stehen den Akteuren nicht immer zur Verfügung. In akuten Krisensituationen bleibt für eine staatliche Entscheidung für oder gegen einen Gewalteinsatz häufig nicht viel Zeit. In manchen Fällen – man denke an ein nicht auf Kommunikations- und Abfangversuche reagierendes fremdes Flugzeug, das sich einem Atomreaktor nähert – muss sie innerhalb weniger Minuten fallen. Es verwundert kaum, dass es so zu staatlichen Gewaltanwendungen kommt, die auf einem Tatsachenirrtum basieren, weil sich

---

1 Von Clausewitz, Vom Kriege, Teil 1, Buch 1, Kap. 6.
2 Vgl. Jervis, in: Jervis/Lebow/Stein, Psychology and Deterrence, S. 13 (33).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Entscheidungsträger die *Umstände, die ihn zu der Maßnahme berechtigt hätten, nur irrig vorstellte*.

Gewalteinsätze aufgrund von Irrtümern über das tatsächliche Vorliegen eines völkerrechtlichen Erlaubnissatzes sind kein neues Phänomen. 1967 rechnete Israel bei seinem Präventivangriff auf Ägypten mit einem bevorstehenden Angriff seiner arabischen Nachbarn. Aus heutiger Sicht spricht vieles dafür, dass ein solcher Angriff nicht erfolgt wäre, möglicherweise nie geplant war.[3] 1988 schoss das US-amerikanische Marineschiff *USS Vincennes* im Persischen Golf ein Flugzeug ab, das die *Vincennes* für einen angreifenden Jet iranischer Revolutionsgarden hielt. Tatsächlich handelte es sich um den zivilen Airliner *Iran Air Flight 655*.[4] Das Problem irrtümlicher Gewaltanwendungen hat seither noch an Bedeutung gewonnen. Denn die Konflikte sind durch die Beteiligung verschiedener Akteure so komplex geworden, dass Staaten oft nicht mit Gewissheit sagen können, wer Urheber einer Militärhandlung ist oder sie unterstützen mag. Moderne Kriegstechnologien machen nicht nur eine unmittelbare Konfrontation menschlicher Akteure entbehrlich. Durch ihre Fähigkeit, innerhalb kürzester Zeit immense Schäden anzurichten, erhöhen sie die Bereitschaft zu frühen Verteidigungsmaßnahmen. Der immer wichtiger werdende Bereich der Cyberkonflikte zählt die Maskierung wahrer Identitäten der Urheber schädigender Handlungen gar zu seinen Wesensmerkmalen. Opfer solcher Cyberangriffe können Reaktionen regelmäßig nur auf Mutmaßungen stützen. Nichts anderes gilt für die auf fremdem Territorium ausgeführten – und deshalb teilweise am Gewaltverbot gemessenen – Giftangriffe auf Personen sowie für unkonventionelle Kriegsführung durch Sabotageakte, zu der Staaten in jüngerer Zeit – man denke etwa an die mysteriösen Angriffe auf Tanker nahe der Straße von Hormus im Frühsommer 2019[5] – vermehrt greifen. Nicht nur Irrtümer unilateral agierender Staaten werden dadurch wahrscheinlicher. Auch steigt das Risiko, dass die *Staatengemeinschaft* einer kollektiven Fehlvorstellung unterliegt, namentlich der SR eine Friedensbedrohung aufgrund ungesicherter Tatsachen feststellt, die sich später als unzutreffend herausstellen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie das Friedenssicherungsrecht Gewaltanwendungen von Staaten und Gewaltautorisierungen des SR behandelt, die auf einer Fehlvorstellung über die maßgeblichen tatsächlichen Umstände basieren: Verletzt ein Staat, der sich irrtümlich für

3 Dazu ausf. unten 7. Kap., III. 1. a.
4 Dazu ausf. unten 7. Kap., III. 2. b. ff.
5 Dazu unten 7. Kap., III. 2. d.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Opfer eines bewaffneten Angriffs hält und gegen den vermeintlichen Aggressor Gewalt anwendet, das Gewaltverbot iSd Art. 2 (4) UNC oder ist es der vermeintliche Aggressor, der dieses Irrtumsrisiko trägt? Hängt die Antwort ab von der Vermeidbarkeit des Irrtums und überdies vielleicht von einer etwaigen Mitzuständigkeit des vermeintlichen Angreifers für den Irrtum? Wie wirken sich Fehlvorstellungen des SR auf die Rechtmäßigkeit einer Kapitel-VII-Resolution aus? Diese Fragen haben bisher relativ wenig Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Die Annahme, dass Entscheidungen des SR weitgehend „irrtumsfest" sind, wird in der Literatur kaum in Frage gestellt. Im Bereich unilateraler Gewalt wiederum sind sich die wenigsten des existierenden Dissenses bewusst: Wie selbstverständlich halten manche Autoren Fehlvorstellungen bei einer tatsächlich nicht gerechtfertigten Gewaltanwendung für unbeachtlich, während andere keinen Zweifel daran haben, dass ein „vernünftiger" Irrtum den Gewalt einsetzenden Staat vor einer Verletzung des Gewaltverbotes bewahrt. Die sich hier offenbarenden Lücken im Diskurs[6] soll diese Arbeit füllen.

Dabei geht es in weiten Teilen um die *deklaratorische* Funktion[7] des Völkerrechts: Hat ein Staat unilateral zur Gewalt gegriffen oder der SR den Einsatz militärischer Mittel autorisiert, jeweils in der irrigen Annahme, die Sachlage berechtige sie dazu, und sollten diese Akteure dadurch Völkerrecht verletzt haben, so machte ein solches Urteil ihr Verhalten nicht rückgängig. War der Akteur von den angenommenen Tatsachen *überzeugt*, bestand aus seiner Sicht gar keine echte Handlungsalternative. Er würde sich in Zukunft regelmäßig genauso verhalten, sodass ein Rechtswidrigkeitsurteil keine verhaltenssteuernde Wirkung entfaltete. Es diente allein der Feststellung, dass Unrecht geschehen ist, was etwa Entschädigungspflichten nach sich zöge. Verhaltenssteuernd wirken die untersuchten rechtlichen Maßstäbe hingegen bei militärischen Maßnahmen, die aufgrund bloßer *Vermutungen* erfolgen, da der Akteur hier eine bewusste Risikoabwägung trifft. Das Gleiche gilt für das Vorfeld von Irrtümern, namentlich ihre Entstehung und Vermeidung, die der Akteur beeinflussen kann.

Bei der Rechtsermittlung müssen zwei wesentliche Erwägungen im Blick behalten werden: So gilt einerseits nicht nur für das Konfliktvölkerrecht, sondern auch für das ius contra bellum, dass die an Staaten zu stellenden Anforderungen ihre Interessen angemessen berücksichtigen müssen. Das Völkerrecht ist mangels zentralen Durchsetzungsorgans in besonderem Maße auf die Akzeptanz der geltenden Regeln angewiesen. Unrea-

6 Vgl. Milanovic, EJIL: Talk!, 14. Januar 2020.
7 Dazu Gray, Use of Force, S. 29; Corten, in: EJIL 16 (2005), S. 803 (821).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

listische Vorgaben riskierten, missachtet zu werden, und fügten der Völkerrechtsordnung als Ganzer Schaden zu.[8] Auf der anderen Seite darf nie in den Hintergrund geraten, dass die Entlastung eines Akteurs vom Irrtumsrisiko immer mit der Belastung eines anderen Akteurs mit diesem Risiko einhergeht. Das Irrtumsrisiko lässt sich nicht aufheben, sondern nur verlagern.

In dieser Arbeit wird grundlegend zwischen tatsächlichen Fehlvorstellungen bei Gewalteinsätzen *innerhalb* und *außerhalb* des kollektiven Sicherheitssystems iSd Kapitels VII UNC unterschieden, weil diese rechtlichen Regime ganz verschiedenen Zwecksetzungen unterworfen sind. Der erste Teil der Arbeit bereitet den gemeinsamen Boden für den hier unternommenen Versuch, eine friedenssicherungsrechtliche Dogmatik der Verteilung des Irrtumsrisikos zu entwerfen. Der zweite und dritte Teil ist Fehlvorstellungen bei unilateralen Erlaubnissätzen gewidmet, wobei im zweiten Teil der Hauptfrage nachgegangen wird, ob Fehlvorstellungen von Staaten im Hinblick auf das Gewaltverbot überhaupt berücksichtigt werden können, und im dritten Teil die Anforderungen an eine berücksichtigungsfähige Fehlvorstellung präzisiert werden. Der vierte Teil betrifft Fehlvorstellungen des SR im Rahmen des kollektiven Sicherheitssystems der UN.

8 So auch der britische Generalanwalt Jeremy Wright in seiner Rede v. 11. Januar 2017 zum „The modern law of self-defence", verfügbar auf EJIL: Talk!, 11. Januar 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 1 Grundlagen

Nach der Klärung wichtiger Begrifflichkeiten und Prämissen, die gleichzeitig den Untersuchungsgegenstand abstecken (1. Kapitel), wird ein Blick auf die Behandlung von Fehlvorstellungen in anderen Völkerrechtsgebieten geworfen, um sich den Kontext der Fragestellung zu vergegenwärtigen (2. Kapitel). Auch das nationale Recht ist mit Fehlvorstellungen konfrontiert. Potentielle Parallelen bedürfen jedoch eines methodischen Fundaments (3. Kapitel) sowie einer Auseinandersetzung mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen nationalem Recht und Friedenssicherungsrecht (4. Kapitel).

1. Kapitel: Begriffe und Prämissen

I. Ausnahmen von Art. 2 (4) UNC

Die häufig bei Grenzzwischenfällen diskutierte Frage eines subjektiven Erfordernisses bezüglich einer „tatbestandlichen" Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC kann in dieser Arbeit zwar nicht unberührt bleiben. Ihr eigentlicher Gegenstand aber sind nicht Fehlvorstellungen über den „Tatbestand" des Gewaltverbots, sondern die bisher wenig beachteten Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner *Ausnahmen*. Welche Ausnahmen das Gewaltverbot in welchen Schattierungen kennt, ist nicht Untersuchungsgegenstand. Die hier für ernsthaft erwägenswert und daher relevant erachteten Ausnahmen werden deshalb nur kurz skizziert – einschließlich derer, die erst im Begriff sein mögen, sich zu Völkergewohnheitsrecht zu entwickeln. In einigen Fällen müssen dabei jedoch inhaltliche Anforderungen klargestellt werden, da die weiteren Überlegungen wesentlich davon abhängen.

1. Anerkannte Ausnahmen: Art. 42 und 51 UNC

Über die Existenz zweier Ausnahmen des in Art. 2 (4) UNC kodifizierten Gewaltverbotes, das Staaten die Anwendung oder Androhung von Gewalt gegenüber einem anderen Staat untersagt, besteht heute kein Zweifel: Der

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einsatz von Gewalt ist erstens erlaubt, wenn der SR eine Friedensbedrohung, einen Friedensbruch oder eine Angriffshandlung nach Art. 39 UNC festgestellt und die Staaten zum Einsatz aller erforderlichen Mittel iSd Art. 42 UNC ermächtigt hat.[1] Die zweite unbestrittene Ausnahme ist das reaktive Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UNC, das dem Staat, der Opfer eines bewaffneten Angriffs geworden ist, sowie anderen Staaten im Wege der kollektiven Selbstverteidigung die Gewaltanwendung gegen den Angreiferstaat gestattet. Gewalteinsätze, die wie Selbstverteidigung außerhalb eines SR-Mandates stattfinden, werden hier auch als *unilaterale* Einsätze bezeichnet, unabhängig davon, ob sie gemeinsam mit anderen Staaten stattfinden oder der Angriff auf einen Drittstaat im Wege kollektiver Selbstverteidigung abgewehrt wird. Für die Autorisierung von Gewalt durch den SR, *kollektive* Gewalt also, sind einige Prämissen festzustellen.

a) Die Existenz materiell-rechtlicher Grenzen in Art. 39 UNC

Die Frage der rechtlichen Behandlung von Fehlvorstellungen *des SR* stellt sich nur, wenn der Tatbestand des Art. 39 UNC überhaupt einen materiellrechtlichen Gehalt besitzt, der den SR in irgendeiner – und sei es auch noch so losen – Form bindet. Hinge die Handlungsbefugnis des SR dagegen allein von der (ausdrücklichen oder gar impliziten)[2] *Feststellung* einer Friedensbedrohung, eines Friedensbruchs oder einer Angriffshandlung ab, wäre seine Befugnis also von dem vorliegenden Sachverhalt von vornherein entkoppelt und einer rechtlichen Bewertung damit entzogen, so könnten faktische Fehlvorstellungen nicht schädlich sein. Denn der Sachlage – unabhängig davon, ob tatsächlich oder vorgestellt – käme dann keinerlei Bedeutung zu. Wie die Bindung des SR an sonstige völkerrechtliche Normen beim Handeln nach Kapitel VII[3] ist diese Frage nicht völlig ge-

1 Zum praktizierten Ermächtigungsmodell s.u. 4. Kap., III.

2 Eine implizite Feststellung genügen lassend Martenczuk, Rechtsbindung, S. 165; Arntz, Begriff der Friedensbedrohung, S. 87 (aber einen Hinweis auf die Gefährlichkeit der Situation verlangend); dagegen Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (68–70).

3 Diskutiert wird u.a. über die Bindung an die gesamte Charta, ihre Ziele und Grundsätze, das Selbstverteidigungsrecht, Konfliktvölkerrecht, die Menschenrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, wobei die Literatur zunehmend zur Bejahung dieser Grenzen tendiert, für eine weitgehende Bindung etwa de Wet, Chapter VII Powers, S. 187–191; A. Kolb, UN Security Council Members' Responsibility to Protect, S. 131–138; insb. für eine Bindung an Menschenrechte Orakhelashvili,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

klärt,[4] und gewichtige Stimmen in Rechtsprechung und Literatur stellen die materiell-rechtliche Bindungskraft von Art. 39 UNC bis heute in Abrede.[5] Diese Auffassung überzeugt jedoch kaum.

Zwar ließe sich der Wortlaut von Art. 39 UNC („shall *determine* the existence of any threat (…)") in der Tat so verstehen, als genüge die einfache *Feststellung* von Friedensbedrohung, Friedensbruch oder Angriffshandlung, unabhängig von der (echten oder vorgestellten) Sachlage.[6] Auch deuten Diskussionen während der Konferenz von San Francisco über die rechtlichen Grenzen bei dem Handeln nach den späteren Kapiteln VI und VII in diese Richtung. Verbreitet war die Auffassung, dass „wide freedom of judgment is left [to the Council] as regards the moment it may choose to intervene and the means to be applied, with the sole reserve that it

---

Max Planck UNYB 11 (2007), S. 144 (175–190); gegen jegliche Bindungen Kelsen, Law of the UN, S. 294 f; gegen Bindung an allgemeines Völkerrecht Chappez, AFDI 38 (1992), S. 468 (478 f); Wolfrum, in: Simma, UN Charter, Art. 1, Rn. 22; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (545 f) (letzterer auch bzgl. ius cogens); zurückhaltend auch Krisch, in: Simma: UN Charter, Chapter VII General Framework, Rn. 38–52; für einen umf. Überblick über die Materie s. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 75–152, speziell zu Kapitel-VII-Maßnahmen ebd. Rn. 133–152.

4 Eing. Schilling, AdV 33 (1995), S. 67 (78–86); vor allem in den 1990er Jahren war die Existenz materiell-rechtlicher Grenzen bei Feststellungen nach Art. 39 UNC Gegenstand lebhafter Diskussion; allein in Deutschland erschienen innerhalb von drei Jahren fünf Dissertationen: Martenczuk, Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats (1996); Herbst, Rechtsbindung und Rechtskontrolle des SR (1997); Lailach, Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgabe des SR der Vereinten Nationen (1997); A. Stein, SR der Vereinten Nationen und die Rule of Law (1999); Fraas, SR der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof (1998); zu jüngeren Auseinandersetzungen gehören insb. de Wet, Chapter VII Powers; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61–100.

5 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 79 f (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 333–335; Kelsen, Law of the UN, S. 736 (diesen Umstand aber selbst kritisierend, s. S. 737); Österdahl, Threat to the Peace, S. 91, 97 f; Gill, Netherlands YB Int'l 26 (1995), S. 33 (64, 109, 117); Dulles, War or Peace, S. 194 f; zwischen Friedensbedrohung als „eher politischem" Konzept und der Angriffshandlung als einer rechtlichen Beurteilung „eher zugänglich" differenzierend, wobei auch bei der Friedensbedrohung die Ziele und Grundsätze der Charta einzuhalten seien, ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 29; nicht ganz eindeutig ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Separate Opinion Sidhwa Rn. 20–23; nicht leicht ist die Unterscheidung dieser Meinungsgruppe von denjenigen, die Art. 39 zwar materiell-rechtliche Voraussetzungen entnehmen, ihr Vorliegen in tatsächlicher Hinsicht aber allein nach der Vorstellung des SR beurteilen, dazu s.u. 13. Kap.

6 Zum Begriff „determine" auch Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

should act 'in accordance with the purposes of the Organization'".[7] Doch wäre bei dieser Auslegung erstens die Unterscheidung innerhalb des Art. 39 UNC zwischen den drei genannten Eingriffstatbeständen vollkommen überflüssig.[8] Das Gleiche gälte für die unterschiedlichen Anforderungen, die die Charta an Maßnahmen nach Kapitel VI und solche nach Kapitel VII formuliert.[9] Zweitens wurde der weite Beurteilungsspielraum des SR primär betont, um Versuche einer Aggressionsdefinition zurückzuweisen, weil man dem SR Flexibilität bewahren wollte und befürchtete, nicht sämtliche Fälle abstrakt zu erfassen.[10] Daraus folgt nicht, dass er einen Freibrief erhalten sollte, losgelöst vom zugrunde liegenden Sachverhalt zu agieren, und den Tatbestandsvarianten Friedensbedrohung, Friedensbruch und Aggression keinerlei materieller Gehalt zukommen sollte.[11] Zumindest ist die Charta ein lebendiges Instrument[12] und eine „Weltregierung", die ihr Handeln allein an den politischen Zielen einer geringen Zahl, ungleich ausgewählter Staaten ausrichten dürfte, wäre kaum mit der heutigen Konzeption von Rechtsstaatlichkeit vereinbar.[13] Aus diesem Grund überzeugt drittens auch das Argument nicht, der SR sei ein politisches, kein rechtliches Organ.[14] Politische Organe[15] unterliegen in allen rechtsstaatlichen Systemen rechtlichen Bindungen.[16] Die völlige Freistellung des SR davon fügte seiner Legitimität ebenso wie der des Völkerrechts Schaden

---

7 Report on Chapter VIII, Section B, UNCIO XII, S. 572; s. auch UNCIO XII, 505; ausf. zu diesem Argument ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 77–80 (Libya v. UK) bzw. S. 169–171 (Libya v. USA).

8 De Wet, Chapter VII Powers, S. 136 f.

9 Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 6; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (542).

10 S. die Begründung in UNCIO XII, S. 505.

11 Weitergehend noch Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (541 f); krit. zum historischen Argument auch de Wet, Chapter VII Powers, S. 135 Fn. 7, S. 146 Fn. 80.

12 So selbst ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 80 (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA).

13 Zur Bindung der UN an diesen Grundsatz näher s.u. 17. Kap., II. 2. a; eine solche Weltregierung wäre auch im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge problematisch, Herbst, Rechtskontrolle, S. 300 f.

14 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 256; ähnlich Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (117).

15 Man denke an nationale Regierungen und Parlamente.

16 Ebenso ICJ, Conditions of Admission, 1948, S. 64; vgl. auch ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 99; ablehnend ggü. dieser political-questions-Doktrin auch ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 23–25; vorsichtiger ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 89–98; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 32–35; zu dieser Frage Kreß, EuGRZ (1996), S. 638 (640).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu.[17] Ein zentrales Gegenargument ist schließlich die Staatenpraxis: Zahlreiche Debatten über die rechtlichen Grenzen von Art. 39 UNC belegen, dass verbreitet angenommen wird, die Norm enthalte materiell-rechtliche Anforderungen.[18] Insofern kann angenommen werden, dass der SR bei der Feststellung einer der Tatbestandsvarianten rechtlichen Grenzen unterliegt und der zugrunde liegende Sachverhalt nicht ohne Bedeutung ist.[19]

b) Negativer oder positiver Friedensbegriff

Um Fehlvorstellungen des SR richtig zu kategorisieren, sind im Hinblick auf die mit Abstand bedeutsamste Tatbestandsvariante der Friedensbedrohung weiterhin klärungsbedürftig die Begriffe des Friedens und der Bedrohung. Nach herkömmlicher Auffassung wird unter Frieden negativ die Abwesenheit militärischer Auseinandersetzungen verstanden.[20] Die Feststellung einer Friedensbedrohung ist danach die Prognose, dass die gegenwärtige Situation geeignet ist, in der Zukunft einen bewaffneten Konflikt hervorzurufen.[21] Ohne Bedeutung ist die Natur des Auslösers, der zu dieser Befürchtung Anlass gibt. Es kann sich zB um militärische, sicherheitspolitische, wirtschaftliche, soziale oder ökologische Krisen handeln.[22] In jüngerer Zeit wird die Forderung lauter, den Friedensbegriff positiv auszufüllen. Hintergrund ist das Bestreben, die Friedensbedrohung auf Fälle zu erstrecken, bei denen ein Einschreiten des SR geboten erscheint, obwohl

---

17 Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (277); vgl. auch Franck, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du conseil de sécurité, S. 83 (85, 110).

18 Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 6, 35; Beispiele sind Diskussionen um Resolutionen zum Irak 1991, zu Haiti 1993 und 1994 und zum Kosovo 1998, vgl. Krisch, Selbstverteidigung, S. 150; s. auch Murphy, Humanitarian Intervention, S. 170 f, 240 f; die hier untersuchte Staatenpraxis (s.u. 14. Kap.) enthält weitere Beispiele.

19 Wie hier u.a. Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 56; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (insb. 64, 68, 72–74); Schilling, AdV 33 (1995), S. 67 (78–86).

20 De Wet, Chapter VII Powers, S. 138; eing. A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 118–122.

21 Vgl. de Wet, Chapter VII Powers, S. 138; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 238 f; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (543 f); ebenso (für die Zeit bis zum Ende des Kalten Krieges) A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 160; Cannizzaro, Int'l Org. L. Rev. 3 (2006), S. 189 (211) im Kontext der Bindung an Menschenrechte; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 205, zum Prognoseelement ebd. S. 186 f.

22 Vgl. Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 195–197.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Ausbruch eines militärischen Konfliktes unwahrscheinlich ist.[23] Der Frieden wird dann nicht erst durch den potentiellen militärischen Konflikt beeinträchtigt, sondern schon durch die gegenwärtige Situation, zB die stattfindenden Menschenrechtsverletzungen. Ausgelöst hat diese Debatte die Praxis des SR seit den 1990er-Jahren, Friedensbedrohungen verstärkt bei internen Krisen festzustellen.[24]

Die dem positiven Friedensbegriff zugrunde liegende Erwägung ist berechtigt: In einer Zeit, in der Individuen den Status völkerrechtlicher Subjekte weitgehend errungen haben,[25] muss der SR mit dem rechtlichen Rüstzeug ausgestattet sein, um sie vor drohenden Schäden, sei es durch die eigene Regierung, zu bewahren. Ob sich dieses Ergebnis jedoch nur durch eine positive Aufladung des Friedensbegriffs erreichen lässt und damit nicht letztlich mehr Nach- als Vorteile einhergingen, erscheint fraglich. Denn da insbesondere schwere interne Menschenrechtsverletzungen stets geeignet sind, militärische Konflikte herbeizuführen, steht – solange die Anforderungen an die Gefahr nicht zu hoch angesetzt werden[26] – nicht zu befürchten, dass dem SR nach einem negativen Friedensbegriff in für die betroffene Zivilbevölkerung unzumutbarer Weise die Hände gebunden wären. Ein positiver Friedensbegriff hätte dagegen Schwierigkeiten zu erklären, warum der SR häufig nur eine Friedens*bedrohung* feststellt, obwohl die jeweilige interne Krisensituation bereits unzweifelhaft eingetreten ist.[27] Er riskierte zudem eine gewisse Erosion des Konzepts der Friedensbedrohung[28] und eine Ausuferung der Befugnisse des SR, würde der Inhalt des Friedensbegriffs doch austauschbar.[29] Wie *de Wet* darlegt, zeigt weiter ein genauer Blick auf die Staatenpraxis, dass bei den meisten der regelmäßig als Beleg für einen positiven Friedensbegriff angeführten SR-Resolutionen eine Gefahr regionaler militärischer Konflikte durchaus bestand und den

23 Eing. zur angenommenen Notwendigkeit einer Erweiterung des Friedensbegriffs A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 299–311; vgl. auch de Wet, Chapter VII Powers, S. 138 f.

24 S. nur A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 161–298; Krisch, Selbstverteidigung, S. 154–159; Österdahl, Threat to the Peace, S. 18–21.

25 S. nur Peters, Beyond Human Rights, insb. S. 35–59.

26 Insoweit hängen Friedens- und Bedrohungsbegriff zusammen, eing. A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 301–310.

27 Der Grund kann auch nicht darin liegen, dass sich der SR davor scheut, Verantwortung zuzuschreiben, dazu Gray, Use of Force, S. 21. Denn das ist auch für den Friedensbruch nicht erforderlich. I. Ü. benennt er auch bei der Friedensbedrohung häufig einen Verantwortlichen.

28 De Wet, Chapter VII Powers, S. 144.

29 De Wet, Chapter VII Powers, S. 139; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 240.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SR mitbeeinflusste.[30] Auch der amerikanische Versuch im Jahr 2017, Menschenrechtsverletzungen als solche stärker in das Themenfeld des SR zu integrieren, stieß auf viele kritische Stimmen.[31] Indem die USA ihren Vorstoß damit begründeten, dass Menschenrechtsverletzungen oft in „real threats to international peace and security" mündeten,[32] lösten sie sich selbst nicht vollständig von dieser Verbindung. Insgesamt sprechen daher gewichtige Gründe dafür, den Nexus zum militärischen Konflikt, mag er sich auch in den wenigsten Konfliktsituationen auswirken, noch nicht vollständig aufzugeben.[33] Insofern wird hier eine Friedensbedrohung angenommen, *wenn die Situation geeignet ist, einen bewaffneten Konflikt hervorzurufen*.

Ob es bei dieser Einschätzung auf die tatsächliche oder die vorgestellte Sachlage ankommt, wie also von der Realität abweichende Feststellungen zu behandeln sind, bildet den Kern der im kollektiven Bereich untersuchten Fragestellung. Von wesentlicher Bedeutung sind dabei der Bezugspunkt und die Grenzen des Einschätzungsspielraumes, der dem Sicherheitsrat nach verbreiteter Auffassung bei der Feststellung der Friedensbedrohung zugestanden wird.[34]

c) Anforderungen an das Störerverhalten

Nach verbreiteter Auffassung muss das Verhalten oder der Zustand, die zur Feststellung einer Friedensbedrohung oder eines Friedensbruchs führen, nicht rechtswidrig sein.[35] Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Der

30 Vgl. de Wet, Chapter VII Powers, S. 150–174 zu den Situationen in Südrhodesien, Südafrika, Irak (1991), Jugoslawien, Albanien, Kosovo, Ruanda, Haiti, Angola, Ost-Timor, dem internationalen Terrorismus und Gefahren durch HIV. Nach de Wet hat allein in Somalia die Gefahr eines regionalen Konflikts zu Beginn keine Bedeutung gespielt, ebd. S. 155–158.

31 So Kasachstan, Ägypten, Russland, Äthiopien, Bolivien, China, UN Doc. SC/12797.

32 UN Doc. S/PV.7926, S. 4.

33 Ebenso de Wet, Chapter VII Powers, S. 174–177; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 227 f; aA Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (78).

34 Dazu s.u. 17. Kap., II.

35 Krisch, in: Simma, UN Charter, Chapter VII, Rn. 17 und Art. 39, Rn. 10; Kelsen, Law of the UN, S. 733; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 16; Herbst, Rechtskontrolle, S. 356 f; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 249; aA Menk, Gewalt für den Frieden, S. 68 f, 141; ein rechtswidriges Handeln stets für gegeben haltend Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 105 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wortlaut des Art. 39 UNC verlangt keine nach Art. 2 (4) UNC verbotene Androhung oder Anwendung von *Gewalt*. Normzweck ist zudem nicht die repressive Sanktionierung früheren Verhaltens, sondern die Wahrung des Weltfriedens, sodass die Norm primär auf *Prävention* abzielt.[36] Die Effektivität des Handelns des SR würde beeinträchtigt, wenn seine Gefahrenabwehrmaßnahmen von der Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Verhaltens abhingen – ganz unabhängig von dem Problem, dass über diese Frage häufig Streit besteht.[37] Auch die Staatenpraxis deutet darauf hin, dass der SR, um einen Konflikt effektiv zu befrieden, eine Maßnahme an eine Konfliktpartei adressieren darf, die sich zuvor nicht rechtswidrig verhalten hat.[38]

Dennoch ist der SR bei der Wahl des Adressaten seiner Maßnahmen nach der hier zugrunde gelegten Sicht nicht völlig frei.[39] Die Einsetzung *gezielter Sanktionen* gegen einen Staat etwa, der mit der Friedensbedrohung in keinerlei Zusammenhang steht, weil er weder für ihre Ursache verantwortlich noch in der Lage ist, sie zu beseitigen, verfehlte nicht nur den Zweck der Wahrung des internationalen Friedens. Sie verletzte auch das Willkürverbot, an das der SR, wie noch näher dargelegt wird,[40] als zentrale Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gebunden ist. Auch die souveräne Gleichheit der Staaten, die der SR gemäß Art. 2 (1), 24 (2) UNC beachten muss, könnte man als beeinträchtigt ansehen.[41] Mit diesen Anforderungen erscheinen Sanktionen nur vereinbar, wenn sie sich gegen einen Staat rich-

---

36 Vgl. Kelsen, Law of the UN, S. 732–737, wobei (präventive) „enforcement measures" für ihn zwingend mit einem politischen, also nicht-rechtlichen Charakter verbunden sind.

37 Vgl. Martenczuk, Rechtsbindung, S. 267.

38 So wurde etwa das Waffenembargo gegen Jugoslawien, das Bosnien-Herzegowina mitumfasste (UN Doc. S/RES/713 (1991), para. 6), primär unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts und der Förderung des Genozids an bosnischen Muslimen diskutiert und nicht, weil Bosnien-Herzegowina keine Rechtsverletzung begangen hatte, dazu Gray, British YB Int'l L. 67 (1996), S. 155 (190–195); de Wet, Chapter VII Powers, S. 191, 248–250; Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (102–105); Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 41, Rn. 25; ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 98–104, zu diesem Aspekt s. noch unten 4. Kap., III., Fn. 427.

39 Permissiver Herbst, Rechtskontrolle, S. 357 (grsl. freie Störerauswahl außer gegen „Opferstaat"); völlig freie Störerauswahl zulassend Bindschedler, RCADI 108 (1963-I), S. 307 (384 f, 401 f); Dinstein, War, Aggression, Self-Defense, S. 334 f; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 266–275.

40 S.u. 17. Kap., II. 2. a.

41 Denn sieht man den Kern souveräner Gleichheit mit Kelsen, Yale L. J. 53 (1944), S. 207 (212) darin, dass kein Staat ohne seinen Willen gebunden ist, dann haben

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, der für die Friedensbedrohung *zuständig* ist, weil er die Bedrohung verantworten muss, mag er sich auch völkerrechtskonform verhalten haben.[42] Die Resolutionspraxis zeigt deutlich, dass die SR-Mitglieder Sanktionen nur dann gezielt gegen einen Staat richten, wenn sie ihn für die Friedensbedrohung verantwortlich machen.[43] Ob die bloße Fähigkeit, die Bedrohung auszuräumen, ausreicht, erscheint daher schon fragwürdiger. Unzuständige Staaten dürfen von Sanktionen allenfalls *mittelbar* betroffen werden, etwa indem sie ein Embargo umsetzen müssen.[44]

Der Grundsatz, dass die Friedensbedrohung kein rechtswidriges Verhalten voraussetzt, mag zudem einzuschränken sein für SR-Resolutionen, die ungeachtet ihres präventiven Charakters eindeutig ein Unwerturteil enthalten. Dazu gehören etwa Resolutionen, die den Staat auffordern, die Unterstützung von Terrorismus zu unterlassen.[45] In diesem Fall legt wiederum das Willkürverbot nahe, dass der Staat das vorgeworfene rechtswidrige Verhalten begangen haben oder der SR dies zumindest annehmen muss (welches von beidem, gilt es zu untersuchen). Der SR darf sein Unwerturteil also nicht beliebig aussprechen. Aus dem Gesagten folgt, dass Fehlvorstellungen über den Urheber der Handlungen oder den Zustand, die die Friedensbedrohung begründen, nicht von vornherein irrelevant sind.

2. Antizipiertes Selbstverteidigungsrecht

Neben den unangefochtenen Erlaubnissätzen der SR-Autorisierung und der reaktiven Selbstverteidigung zählt zu den erwägenswerten Ausnahmen vom Gewaltverbot das *antizipierte* Selbstverteidigungsrecht. Dieser Erlaub-

---

Staaten dem SR die Befugnis zur Vornahme kollektiver Maßnahmen nur insoweit übertragen, als dieser nicht diskriminiert, indem er die Lasten der Friedenswahrung ohne Grund einseitig einem Mitglied aufbürdet.

42 Die Begriffe „verantwortlich" und „zuständig", auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann, werden hier mit „objektiv zurechenbar geschaffen" gleichgesetzt, ähnlich Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (663) Fn. 105; Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 56 f.

43 Als Beispiel können insb. die im 14. Kap. erörterten Fälle dienen; ähnlich wie hier (jedoch in Bezug auf *rechtswidriges* Verhalten) Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 105 f; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (85).

44 Ähnlich T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (223) unterscheidend zwischen Sanktionen „mit Wirkung für" und Sanktionen „gegen" einen Staat.

45 ZB UN. Doc. S/RES/741 (1992) (Lockerbie), Rn. 2; S/RES/1044 (1996) Rn. 4b (Mubarak).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nissatz, dessen Zulässigkeit zu den „never ending saga[s]" gehört,[46] ist für die untersuchte Fragestellung von herausgehobener Bedeutung. Denn die erforderliche Prognose[47] über das Bevorstehen eines Angriffs macht die antizipierte Selbstverteidigung besonders irrtumsanfällig. Wenn auch die Begriffe nicht einheitlich verwendet werden,[48] besteht weitgehend Konsens darüber, dass die – teils *präventiv*,[49] teils *präemptiv*[50] genannte – Selbstverteidigung gegen *nicht unmittelbar bevorstehende* Angriffe unzulässig ist.[51] Der Streit entzündet sich an der Selbstverteidigung gegen *unmittelbar bevorstehende* Angriffe („imminent attacks"), die, je nach Autor, die jeweils andere Bezeichnung (präemptiv oder präventiv)[52] trägt.[53] Hier stehen eine Reihe vehementer Kritiker[54] den zahlenmäßig mittlerweile wohl überwiegenden Befürwortern[55] gegenüber, wobei ihr Verständnis vom unmittel-

46 Kreß, British YB Int'l L. 83 (2013), S. 160 (167).

47 Zu diesem Begriff näher s.u. 1. Kap., II. 3.

48 Zur „terminologischen Verwirrung" (Schwehm, AdV 46 (2008), S. 368 (368)) ebd. S. 369–372.

49 ZB Ruys, Armed Attack, S. 253 f; S. Brown, Illusion of Control, S. 116; Kamp, Internationale Politik 12 (2002), S. 19 (20).

50 Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017, The Right of Self-Defence Against Imminent Armed Attack in International Law, verfügbar auf EJIL: Talk!, 25. Mai 2017; Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 963 (968); Murphy, Villanova L. Rev. 50 (2005), S. 699 (704).

51 S. nur Ruys, Armed Attack, S. 322–324; Franck, AJIL 97 (2003), S. 607 (619 f); O'Connell, Myth of Preemptive Self-Defense; aA Bradford, Notre Dame L. Rev. 79 (2004), S. 1365–1492; Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209–226; Yoo, AJIL 97 (2003), S. 563 (571–574).

52 Für eine wieder andere Bedeutung dieser Begriffe (präemptiv bezeichne tatsächliche Gefahren, präventiv nur vorgestellte) Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111 (113). Aus etymologischer Sicht eignet sich das Begriffspaar für keine dieser Abgrenzungen: prävenire bedeutet *zuvorkommen*, präemere *zuvor erwerben*. Weder unterschiedliche zeitliche Anforderungen noch eine Echtheit der Gefahr oder Vorstellung davon lassen sich damit begründen.

53 Ausgangspunkt dieser Debatte ist der berühmte Caroline-Fall aus dem Jahr 1837, der die „Webster-Formel" prägte, nach der Gewalt zulässig ist bei „necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation", Diplomatic and Official Papers of D. Webster, S. 110.

54 S. nur Brownlie, Use of Force, S. 275–278; Cassese, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 51, Rn. 1341 f; Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction, S. 456–458; Kelsen, Law of the UN, S. 797 f; Ruys, Armed Attack, S. 342; Gray, Use of Force, S. 170–175; Kühn, Unilaterale Präventive Gewaltanwendung, S. 464 f.

55 S. nur Bowett, Self-Defence, S. 191 f; Franck, Recourse to Force, S. 97–197; Bothe, EJIL 14 (203), S. 227 (227, 231); Tomuschat, Vereinte Nationen 2 (2003), S. 41 (42); Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 446–450; N. A. Shah, J

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar bevorstehenden Angriff variiert.[56] Die Gegner stützen sich im Wesentlichen auf den englischen Wortlaut von Art. 51 UNC („if an armed attack *occurs*"),[57] der jegliche Formen antizipierter Selbstverteidigung ausschließe,[58] darauf, dass sich Staaten in der Vergangenheit selten ausdrücklich darauf berufen hätten, während dieses Recht häufig explizit zurückgewiesen worden sei,[59] sowie auf das Problem, dass antizipierte Selbstverteidigung stets auf einer vagen Sachlage beruhe.[60]

Diese Arbeit legt hingegen die Rechtmäßigkeit antizipierter Selbstverteidigung zugrunde, soweit ein Angriff mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zeitlich unmittelbar bevorsteht.[61] Entscheidend erscheint, dass der Wortlaut der französischen, spanischen und chinesischen Sprachfassung keinen Ausschluss antizipierter Selbstverteidigung formuliert, die chinesische gar umgekehrt jede Einflussnahme der Charta auf den Inhalt des Selbstverteidigungsrechts verbietet.[62] Insoweit hat die Charta das frühere gewohnheitsrechtliche antizipierte Selbstverteidigungsrecht wohl nicht ausgeschlossen.[63] Die spätere Staatenpraxis bestätigt diese Auslegung: In zahlreichen Konflikten haben sich Staaten auf ein antizipiertes Selbstverteidigungsrecht berufen. Zurückweisungen dieser Begründung basierten meist primär darauf, dass man ihre Voraussetzungen nicht als erfüllt an-

---

Conflict & Security L. 12 (2007), S. 95 (103 f); Greenwood, San Diego Int'l L. J. 4 (2003), S. 7 (15); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (497–499).

56 Eing. zum Meinungsstand Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 148–213.

57 Hervorhebung hinzugefügt.

58 S. nur Kretzmer, EJIL 24 (2013), S. 235 (247), der sich dennoch für ein eng gefasstes antizipiertes Selbstverteidigungsrecht ausspricht, ebd. S. 250.

59 Gray, Use of Force, S. 170–175.

60 Brownlie, Use of Force, S. 276.

61 Wobei mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit" kein besonders niedriger, sondern ein flexibler Standard gemeint ist, abhängig von der Schwere des drohenden Schadens und der durch die Verteidigung entstehenden Beeinträchtigung. Zeitpunkt- von wahrscheinlichkeitsorientierten Ansätzen hingegen unterscheidend Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 164–198; zu diesen Kriterien auch Akande/Liefländer, AJIL 107 (2013), S. 563 (564 f). Doch ist fraglich, ob sich beide Aspekte trennen lassen, steht ein zukünftiges Ereignis doch nie fest, s.u. 1. Kap., II. 3.

62 Eing. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 304 f, 314. Zwar kommt auch die französische Fassung nicht ohne Prädikat aus: „dans le cas où un Membre des Nations Unies *est l'objet* d'une agression armée", diese Formulierung ist aber in zeitlicher Hinsicht offener als die aktivische Präsensform „occurs" im Englischen. Schiffbauer ist daher i. Erg. zuzustimmen.

63 Zum Verhältnis zwischen Charta- und früherem Gewohnheitsrecht s.u. 6. Kap., II.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sah. Die Zulässigkeit antizipierter Selbstverteidigung als solche wurde im Gegenteil in vielen Fällen ausdrücklich oder zumindest konkludent,[64] in jüngster Zeit gar wiederholt abstrakt und bemerkenswert dezidiert anerkannt.[65] Insgesamt lässt sich die Charta daher mit der normativen Erwägung vereinbaren, dass einem Staat, der sich einem unmittelbar bevorstehenden Angriff gegenüber sieht, ein Abwarten dieses Angriffs nicht zugemutet werden kann.[66]

Auch wenn häufig so angenommen,[67] ist damit noch nicht gesagt, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit antizipierter Selbstverteidigung auf den *Handlungszeitpunkt* ankommt und (vernünftige) Fehlvorstellungen somit in jedem Falle zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.[68] Denn antizipierte Selbstverteidigung könnte auch einen *tatsächlich* bevorstehenden Angriff verlangen. Sie könnte sogar voraussetzen, dass sich der Angriff tatsächlich *realisiert* hätte,[69] sodass ihre Voraussetzungen zu verneinen wären, sollte sich ex post herausstellen, dass der Angriff ausgeblieben wäre. Dass damit ein oft nicht mit Sicherheit festzustellender *hypothetischer* Geschehensverlauf Bedeutung erlangte, stünde dem nicht entgegen. Ob der Angriff tatsächlich stattgefunden hätte oder nicht, ließe sich anhand allgemeiner Beweisregeln ermitteln,[70] die mit Wahrscheinlichkeiten arbeiten. Auch

64 Beispiele sind die Kuba-Krise 1962, die US-amerikanische Intervention in die Dominikanische Republik 1965, der Sechstagekrieg, die Befreiungsaktion Entebbe 1976, der irakische Luftangriff im ersten Golfkrieg 1980, die Bombardierung des irakischen Atomreaktors durch Israel 1981, die israelische Bombardierung von Beirut 1981, vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 371, 374, 376, 379–382; auch die jüngst erfolgte Tötung des iranischen Generals Soleimani am 3. Januar 2020 durch die USA wurde zum Teil mit antizipierter Selbstverteidigung gerechtfertigt, s. Milanovic, EJIL: Talk!, 7. Januar 2020.

65 Rede des britischen Generalanwalts v. 11. Januar 2017, The Modern Law of Self-Defence, s. Einleitung Fn. 8; Rede des australischen Generalanwalts v. 11. April 2017, The Right of Self-Defence Against Imminent Armed Attack in International Law, s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50.

66 Vgl. McDougal, AJIL 57 (1963), S. 597 (601), der das Bild der „sitting duck" prägte.

67 Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (719); implizit aber auch Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (437–439); Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (526); Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1–77 (47–57); Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111 (118); David, in: Doria/Gasser/Bassiouni, Legal Regime of the ICC, S. 757 (763) (letzterer zu Art. 31 (1) (c) IStGHSt).

68 Ebenso Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339).

69 Zu diesem Unterschied zwischen Irrtum und Fehlprognose näher s.u. 1. Kap., II. 3.

70 Zu diesen Regeln allgemein s.u. 11. Kap., I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

andere völkerrechtliche Standards kommen nicht ohne die Betrachtung hypothetischer Geschehensverläufe aus.[71] Ob es eines *tatsächlichen* oder nur *aus Sicht des Akteurs* bevorstehenden Angriffs bedarf, gilt es also erst herauszufinden.

3. (Unilaterale) humanitäre Intervention

Ist bereits die antizipierte Selbstverteidigung heftig umstritten, so wird vielleicht noch leidenschaftlicher über die (unilaterale) humanitäre Intervention debattiert. Dabei setzt ein Staat ohne SR-Mandat Gewalt gegen einen anderen Staat ein, um dessen Bevölkerung vor schwersten Menschenrechtsverletzungen zu schützen, wenn der SR handlungsunfähig ist und friedliche Lösungsversuche des Konflikts gescheitert sind.[72] Das Dilemma liegt darin, dass in kaum einem anderen Fall ein militärisches Eingreifen gleichermaßen legitim erscheint, die UNC die humanitäre Intervention jedoch nicht als Ausnahme vom Gewaltverbot anerkennt.

Für die Überwindung dieser Schwierigkeit haben ihre Befürworter[73] verschiedene Wege ersonnen: Die humanitäre Intervention falle bereits nicht in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC, sei die Gewalt doch weder gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit des anderen Staates gerichtet noch mit den Zielen der UNC unvereinbar.[74] Einem anderen Ansatz zufolge greife das Gewaltverbot nur so lange ein,

---

71 ZB für die Verhältnismäßigkeit der militärischen Maßnahme (im ius contra bellum wie im ius in bello), für die beurteilt werden muss, ob eine andere, gleich geeignete Maßnahme geringere Schäden verursacht hätte. Dass dabei im ius in bello eine ex-ante-Sicht zugrunde gelegt wird (s.u. 2. Kap., I.), ändert nichts daran, dass – dann eben auf dieser Faktengrundlage – ein hypothetischer Kausalverlauf nachgezeichnet werden muss.

72 Zu den (im Einzelnen umstrittenen) Voraussetzungen der humanitären Intervention s. nur Taskushina, Humanitäre Intervention, S. 66 f.

73 S. nur Bowett, Self-Defence, S. 95; Doehring, in: The Modern World of Human Rights, S. 549–565; Fonteyne, California W. Int'l L. J. 4 (1974), S. 203 (insb. 255–258); Greenwood, The World Today 49 (1993), S. 34 (35–40); Lauterpacht, Oppenheim's International Law, Vol. I, S. 320; Lillich, in: Moore, Law and Civil War, S. 229–251; Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention S. 167 (178, 192 f).

74 Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention, S. 167 (177); im Ansatz ähnlich Tesón, Humanitarian Intervention, S. 149 f (der Staat verwirke die Schutzwürdigkeit seiner Souveränität durch die Menschenrechtsverletzungen).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie die UN Menschenrechte effektiv schützten.[75] Jedenfalls sei ein etwaiger Verstoß gegen das Gewaltverbot durch den Schutz der Menschenrechte[76] bzw. durch Nothilfe zugunsten der notleidenden Bevölkerung[77] gerechtfertigt. Die Mehrheit der Befürworter will die humanitäre Intervention dagegen mit Völkergewohnheitsrecht begründen und verweist dafür auf eine Reihe von Interventionen der Vergangenheit.[78] Diese Auffassung hat zuletzt durch die militärischen Angriffe der USA im April 2017 und (gemeinsam mit Großbritannien und Frankreich) im April 2018 auf Militärstützpunkte des syrischen Machthabers Assad Aufwind erfahren.[79] Die wohl herrschende Ansicht in der Völkerrechtslehre hält hingegen keine dieser Lösungen für tragbar und verneint die Existenz dieses Erlaubnissatzes:[80] Die Charta-bezogenen Ansätze stünden im Widerspruch zu Ziel und Zweck sowie zur Entstehungsgeschichte der Charta.[81] Die von der Gegenansicht benannten Präzedenzfälle begründeten weder eine hinreichende Staatenpraxis noch eine einheitliche *opinio iuris*.[82] Schließlich drohe durch

---

75 Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention, S. 167 (178); Lillich, in: Moore, Law and Civil War, S. 229 (244–248).

76 Tomuschat, Friedens-Warte 74 (1999), S. 33 (34 f); Fonteyne, California W. Int'l L. J. 4 (1974), S. 203 (255, 258); ähnlich Ipsen, Friedens-Warte 74 (1999), S. 19 (21).

77 Doehring, in: The Modern World of Human Rights, S. 549 (559–565).

78 Angeführt werden etwa die Intervention der USA in die Dominikanische Republik 1965, von Tansania in Uganda 1979, von Vietnam in Kambodscha 1979, von Indien in Ostpakistan 1971, von Frankreich in Zentralafrika 1979, die Flugverbotszonen 1991 im Irak und der viel diskutierte Kosovo-Einsatz 1999, s. allg. Tesón, Humanitarian Intervention, S. 219–278; Greenwood, The World Today 49 (1993), S. 34 (35–40); Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention, S. 167 (183–187); s. auch Adam Roberts, Int'l Affairs 69 (1993), S. 429–449 (vorsichtiger); krit. auch Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55.

79 Zur Bedeutung dieser Fälle Scharf, Chicago J. Int'l L. 19 (2019), S. 586–614.

80 S. nur Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 52–57; Clark, Ga. J. Int'l & Comp. L. 13 (1983), S. 211 (212 f); Akehurst, in: Bull, Intervention in World Politics, S. 95–118; Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (456); Brownlie, Use of Force, S. 338–342; Henkin, AJIL 93 (1999), S. 824 (824); Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 126 (letzterer aber für eine „Entschuldigung" eintretend).

81 Vgl. Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 52–54; Clark, Ga. J. Int'l & Comp. L. 13 (1983), S. 211 (212 f); Brownlie, Use of Force, S. 265–271; Henkin, AJIL 93 (1999), S. 824 (824).

82 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55, s. auch Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (456); Simma, EJIL 10 (1999), S. 1 (11) zum Kosovo-Einsatz.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Anerkennung der humanitären Intervention eine erhebliche Missbrauchsgefahr.[83]

Hier ist nicht der Ort, um zu der Frage Stellung zu beziehen. Doch wird ein *gewohnheitsrechtlicher* Erlaubnissatz der humanitären Intervention zumindest für ernsthaft erwägenswert gehalten und schon deshalb nicht ausgeklammert, weil er sich in der Entstehung befinden und Gewalteinsätze in Zukunft begründen mag.

4. Rettung von Staatsangehörigen

Im Zusammenhang mit dem Selbstverteidigungsrecht oder der humanitären Intervention werden eine Reihe anderer Rechtsfiguren erörtert, von denen einzig[84] die Rettung eigener Staatsangehöriger ernsthaft erwägenswert erscheint.[85] Die vorgeschlagenen Begründungswege sind vielfältig: Wiederum wird teilweise das Vorliegen einer Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) verneint.[86] Andere halten den Gewalteinsatz als Form der Selbsthilfe[87], als Maßnahme zum Schutz der Menschenrechte[88] oder als eigenständigen gewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz für gerechtfertigt.[89] Dieser Arbeit wird hingegen die Auffassung zugrunde gelegt, dass die – erforderliche[90] – Rechtfertigung beim Selbstverteidigungsrecht ansetzt. Dabei soll an dieser Stelle offen bleiben, ob der Angriff auf die Staatsangehörigen als Angriff iSd Art. 51 UNC beurteilt werden kann[91] oder ob ein gewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht, das die Rettung eigener Staatsangehöriger

---

83 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55; Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 126.

84 Zur Ablehnung von Selbsthilfe, gewaltsamer Repressalie und Notstand s.u. 6. Kap., II. 2. a.

85 Für ihre Anerkennung D. Gordon, Case W. Res. J. Intl'l L 9 (1977), S. 117–134; Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 344–351); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (466 f); Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59); dagegen Brownlie, Use of Force, S. 298–303.

86 Vgl. Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 246, 249; aA Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (198–201).

87 In diesem Sinne Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 347–351).

88 Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 247, 250.

89 Ronzitti, J. Confl. & Sec. L. 11 (2006), S. 343 (354).

90 Insb. wird hier angenommen, dass Art. 2 (4) UNC keine Erheblichkeitsschwelle voraussetzt, näher s.u. 7. Kap., III. 2. a. aa. (1).

91 Offen dafür Ruys, Armed Attack, S. 215; Schachter, Michigan L. Rev. 82 (1984), S. 1620 (1632).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einschließt, nach 1945 fortbesteht bzw. sich seitdem herausgebildet hat.[92] Danach ist für eine zulässige Rettung eigener Staatsangehöriger erstens erforderlich, dass sich diese in unmittelbarer Gefahr für Leib oder Leben[93] befinden, wofür man die Caroline-Formel heranziehen mag.[94] Zweitens muss der Territorialstaat unwillig oder unfähig sein, diese zu beschützen. Drittens darf der handelnde Staat keine weiteren Zwecke als den Schutz seiner Staatsangehörigen verfolgen, und viertens müssen die negativen Folgen der Operation für den anderen Staat und ihre Ziele in einem angemessenen Verhältnis stehen.[95]

Ausgeklammert wird die Intervention auf Einladung, deren Anerkennung zwar unumstritten ist[96] und die manchmal zu den Ausnahmen vom Gewaltverbot gezählt wird,[97] die aber wohl bereits nicht unter den Tatbestand des Gewaltverbotes fällt.[98] Hier mögen andere Erwägungen gelten als beim rechtfertigungsbedürftigen Gewalteinsatz gegen den Willen des

92 S. dazu Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (496 f); Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (347–349); Ader, Gewaltsame Rettungsaktionen, S. 97–264; Hailbronner, Berichte DGVR 26 (1986), S. 49 (102–107); Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 58–60; Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59) (jedoch nicht spezifizierend, ob am Selbstverteidigungsrecht anknüpfend); aA (wegen erhöhter Anforderungen an die spätere Praxis) Beyerlin, ZaöRV 37 (1977), S. 213 (224–239). Das Teheraner-Geiseln-Urteil des IGH kann nicht so verstanden werden, als schließe er ein solches Recht aus, s. Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (594). Zu beiden Selbstverteidigungslösungen auch Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (227).

93 Vgl. Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59); ähnlich auch Waldock, RCADI 81 (1952-II, S. 451 (467) (threat of injury); Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 347 f) scheint dagegen auch andere Menschenrechtsverletzungen ausreichen zu lassen.

94 So Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (467).

95 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 61; ähnlich Waldock, RCADI 81 (1952-II, S. 451 (467).

96 Vgl. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 46; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 125–130; Brownlie, Use of Force, S. 317 f.

97 So de Wet, EJIL 26 (2015), S. 979 (980); Corten, Law Against War, S. 289.

98 So wohl ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 46, Wippman, Duke J. Comp. & Int'l L. 7 (1996), S. 209 (210); Le Mon, Int'l L. and Pol. 35 (2003), S. 741 (742); Bannelier/Christakis, Leiden J. Int'l L. 26 (2013), S. 855 (860); Frowein, in: Legal Aspects of International Terrorism, S. 55 (64); vgl. auch Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (337 Fn. 28).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Opferstaates, dessen unilaterale Rechtfertigung stets auf der Auflösung einer Interessenkollision basiert.[99]

II. Der Begriff des Irrtumsrisikos

Im Mittelpunkt stehen hier Fehlvorstellungen derjenigen Akteure, die die maßgebliche Entscheidung darüber treffen, dass die Voraussetzungen für den Einsatz von Gewalt erfüllt sind, und entsprechende Taten folgen lassen. Im Bereich unilateraler Gewalt sind das die *handelnden Staaten* selbst; bei kollektiver Gewalt ist das der *SR*, der die Anwendung militärischer Gewalt autorisiert.[100] Fehlvorstellungen von Staaten bei der *Umsetzung* eines SR-Mandates werden ausgeklammert – zB ein Staat, der infolge eines Irrtums über die zivile Eigenschaft eines Zieles die Grenzen eines entsprechend beschränkten Mandates überschreitet.[101]

Das Irrtums*risiko* beschreibt primär die Gefahr, dass ein Akteur auf Grundlage einer Vorstellung handelt, die sich im Nachhinein als unrichtig *herausstellt*. Es umfasst aber auch den Fall, dass sich das Vorliegen der vorgestellten Umstände später nicht feststellen lässt. Denn gelingt es der beweisbelasteten Partei nicht, den Beweis zu führen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahme vom Gewaltverbot vorlagen bzw. (sollte die andere Seite diese Bürde tragen) nicht vorlagen, geht auch ein non liquet zu ihren Lasten.

Mit *Irrtums*risiko sind hier ausschließlich Fehlvorstellungen über den Sachverhalt gemeint. Rechtsirrtümer werden (mit einer Ausnahme)[102] nicht betrachtet.[103] So wird auch die irrige Annahme eines Staates, es existiere ein SR-Mandat, außen vor gelassen, geht sie doch regelmäßig auf die

---

99 Zu dieser Zwecksetzung näher s.u. 4. Kap., I., IV; zum Unterschied zwischen Fehlvorstellungen hinsichtlich des Tatbestands des Gewaltverbots und der Rechtfertigung s.u. 9. Kap., III. 5.

100 Auf welche (natürliche) Person es für die Fehlvorstellung ankommt, wird später untersucht. So lange ist vom Irrtum *eines Staates* oder *des SR* die Rede.

101 Auf den Schutz von Zivilisten beschränkt waren zB UN Doc. S/RES/1291, para. 8; S/RES/1417, Rn. 7; vgl. die Auslegung der Resolution 1973 (2011) Rn. 4 in Lehmann, J. Conflict & Sec. L. 17 (2012), S. 117 (120).

102 Gemeint ist der (im Kern rechtliche) Irrtum über die hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle beim Fehlverdacht, dazu s.u. 10. Kap., III.

103 Das nationale Strafrecht steht Rechtsirrtümern regelmäßig weniger tolerant gegenüber als Sachverhaltsirrtümern, was häufig mit der Formel „ignorantia legis non excusat" umschrieben wird, zum Problem rechtlicher Ungewissheiten im Konfliktvölkerrecht s. Haque, Int'l L. Stud. 95 (2019), S. 118–160.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtliche Auslegung der Resolution zurück. Im Mittelpunkt stehen weiter Fehlvorstellungen über die Erlaubnis*lage*, also das „ob" des Einschreitens. Dazu gehört namentlich die Existenz der die Friedensbedrohung bildenden Umstände, des erfolgten oder bevorstehenden bewaffneten Angriffs, der humanitären Interventionslage oder der (drohenden) Verletzung eigener Staatsangehöriger. Fehlvorstellungen über das „wie" – etwa die Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung[104] oder des gestatteten Umfangs der Gewaltanwendung iSd Art. 42 UNC – sind nicht Untersuchungsgegenstand, auch wenn sich einige der hier angestellten Erwägungen darauf übertragen ließen. Auch die Notwendigkeit der Selbstverteidigung, mag man sie auch zur Selbstverteidigungs*lage* zählen,[105] steht nicht im Vordergrund. Denn über ihre Beurteilung besteht bereits weitgehend Einigkeit.[106]

Im Wesentlichen lassen sich drei Kategorien von Fehlvorstellungen unterscheiden: der Irrtum (im engeren Sinne), der Fehlverdacht und die – in ihrer Bedeutung jedoch nachrangige – Fehlprognose. Der Begriff der *Fehlvorstellung* wird hier als ihr Oberbegriff verwendet, wobei damit nur die positive Vorstellung rechtfertigender Umstände gemeint ist, nicht auch der Fall, dass sich ein Staat über die Umstände überhaupt keine Gedanken macht.[107]

---

104 Verhältnismäßigkeit wie hier verstehend Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 58, 61; aA Franck, AJIL 102 (2008), S. 715 (721), der die Verhältnismäßigkeit im ius contra bellum auf die Frage beschränkt, ob *überhaupt* ein Recht zur Gewaltanwendung bestand und die Verhältnismäßigkeit *der gewählten Maßnahme* als Problem des ius in bello ansieht. Der IGH prüft bei Art. 51 UNC jedoch stets die Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahme, vgl. ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 76; ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 41–43; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 194, 237.

105 Das gilt dann, wenn man mit Erforderlichkeit meint, dass militärische Mittel *überhaupt* erforderlich waren, friedliche Mittel also nicht gereicht hätten, so Gardam, Necessity, Proportionality and the Use of Force, S. 5; Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96); Randelzhofer/Nolte beziehen sie dagegen auf die gewählte Maßnahme, Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 58, 61; andere sehen beide Aspekte darin enthalten, Akande, AJIL 107 (2013), S. 563 (567); Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (967).

106 Sie wird überwiegend objektiv ex ante beurteilt, vgl. Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (966); Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96).

107 Zu diesem Unterschied für das deutsche Strafrecht Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, § 16, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Irrtum

Bei einem Irrtum ist der handelnde Akteur (SR oder Staat) irrig von tatsächlichen Umständen *überzeugt*, die, wenn sie vorlägen, eine Befugnis zum militärischen Eingreifen begründeten. Im unilateralen Bereich führt der Irrtum also dazu, dass – positiv formuliert – der Staat von dem tatsächlichen Vorliegen einer unilateralen Ausnahme vom Gewaltverbot ausgeht oder – negativ formuliert – ihm das Bewusstsein fehlt, in nicht gerechtfertigter Weise Gewalt anzuwenden. Irrtümer sind bei sämtlichen Ausnahmen des Gewaltverbotes denkbar: So kann der SR etwa irren über die Verantwortlichkeit eines Staates für ein friedensbedrohendes Verhalten wie einen Terrorangriff. Ein Staat mag über das Vorliegen, die Schwere oder den Urheber eines bereits erfolgten Angriffs im Irrtum sein, oder über die Umstände, die die Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs begründen. Er kann über das vermeintliche Bestehen einer humanitären Interventionslage irren – etwa nicht erkennen, dass die Menschenrechtsverletzungen in Wahrheit von einer Rebellengruppe ausgehen, die der Machthaber des Staates im Begriff ist, nicht ganz ineffektiv zu bekämpfen[108] – oder über eine für seine Staatsangehörigen bestehende Gefahr.

2. Fehlverdacht

Mit der zweiten Art von Fehlvorstellung, die hier als *Fehlverdacht* bezeichnet wird, ist gemeint, dass sich der handelnde Akteur bewusst ist, dass er über eine unvollständige Sachverhaltskenntnis verfügt, er das Vorliegen von Umständen, die ihn zu einer Gewaltmaßnahme berechtigen würden, aber für wahrscheinlich hält und sich daher zum Handeln entschließt. Ex post stellt sich heraus, dass die vermuteten Umstände nicht vorlagen – entweder weil das Wahrscheinlichkeitsurteil nicht richtig gebildet wurde oder weil sich derjenige Fall als richtig herausstellt, der ex ante unwahrscheinlich erschien. Auch der Fehlverdacht kann bei jeder Ausnahme vom Ge-

108 So etwa lautete die syrische Kritik an den Luftangriffen der USA auf die syrische Luftwaffe am 6. April 2017 sowie (mit Frankreich und Großbritannien) am 14. April 2018, solange die Urheberschaft der Chemiewaffeneinsätze umstritten war; der Untersuchungsbericht der Kommission des Human Rights Council bestätigte für den Einsatz 2017 jedoch die Urheberschaft Assads, vgl. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic for the Human Rights Council, thirty-sixth session, 11–29 september 2017, zu den Luftangriffen s.u. 7. Kap., III. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

waltverbot auftreten: So kann der SR seine Gewaltautorisierung auf einen bloßen (und sich später als falsch herausstellenden) Bedrohung*sverdacht* stützen, oder der sich verteidigende Staat nur (fälschlicherweise) *vermuten*, dass ein bewaffneter Angriff stattgefunden hat, dass ein bestimmter Staat sein Urheber war, oder Umstände vorliegen, die sein unmittelbares Bevorstehen begründen. Auch über Umstände, die eine humanitäre Interventionslage oder die Rettung von Staatsangehörigen begründen, kann Ungewissheit bestehen. In all diesen Fällen verlässt sich der Akteur auf eine bloße Wahrscheinlichkeit, dass die seine Gewalt legitimierenden Umstände vorliegen.

Die Abgrenzung des Fehlverdachts vom Irrtum ist nicht immer einfach. Denn regelmäßig erfolgt der Entschluss zu einem Gewalteinsatz nicht völlig spontan, sondern sowohl Staaten als auch der SR ziehen, wenn Informationsdefizite wie so häufig auf der Hand liegen, angesichts der Folgen ihrer Entscheidung Sachverhaltsalternativen in Erwägung. Der Grat zwischen dem (letzten Endes falsch liegenden) Akteur, der diese ursprünglichen Zweifel sodann überwindet und eine sichere Überzeugung bildet (Irrtum), und demjenigen, der gewisse Zweifel behält und sich bewusst mit einer Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der maßgeblichen Umstände begnügt (Fehlverdacht), ist schmal. In den seltensten Fällen lässt sich dieser Entscheidungsprozess zudem im Nachhinein genau rekonstruieren, geschweige denn beweisen. Zwar wird im Folgenden aus konzeptuellen Gründen versucht, zwischen Irrtum und Fehlverdacht zu unterscheiden. Die Schwierigkeit ihrer Abgrenzung ist aber bereits ein starkes Argument dafür, sie nicht völlig unterschiedlich zu behandeln.

Nicht zum eigentlichen Untersuchungsgegenstand gehört der Fall, dass sich der Akteur trotz Zweifel zum Handeln entschließt und sich seine Vermutung ex post als *richtig* erweist, die den Erlaubnissatz begründenden Umstände also vorlagen.[109] Insbesondere bei Maßnahmen des SR und zum

109 Dieser Fall mag den erwähnten westlichen Luftangriffen auf Syrien entsprechen (Fn. 108), soweit man die humanitäre Intervention anerkennt und ihre Voraussetzungen im Fall bejaht, dazu dennoch 7. Kap., III. 7. Hielte man das Für-Möglich-Erachten eines rechtfertigenden Sachverhaltes *nicht* für ausreichend, entspräche die Konstellation der des strafrechtlichen Versuchs, den das völkerrechtliche Gewaltverbot nicht kennt. Dennoch gegen die Berücksichtigung von *ex-post*-Kenntnissen auch in diesem Fall Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (141); ähnlich Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537–557; zur strafrechtlichen Behandlung der Problematik s. Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben Vor. § 32, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teil auch im unilateralen Bereich wird sich das Streifen solcher Fälle des „korrekten Bedrohungsverdachts“ jedoch nicht vermeiden lassen.

3. Fehlprognose

Von Irrtum und Fehlverdacht lässt sich konzeptuell eine dritte Art von Fehlvorstellung unterscheiden: die Fehlprognose. Sie kommt bei denjenigen Ausnahmen vom Gewaltverbot in Betracht, die ein prognostisches Element enthalten. Während sich Irrtum und Fehlverdacht auf die die Prognose *begründenden* Umstände (die Diagnose) beziehen, betrifft die Fehlprognose das ausgehend von diesen Umständen gefällte *Prognoseurteil*. Hierbei handelt es sich, da es die *zukünftige* Entwicklung betrifft, stets um ein Wahrscheinlichkeitsurteil.[110] Die Feststellung einer Friedensbedrohung enthält nach dem hier zugrunde gelegten negativen Friedensbegriff etwa eine Prognose darüber, dass die gegenwärtige Situation potentiell einen militärischen Konflikt heraufbeschwören kann.[111] Heikler als Prognosen des SR erscheinen die Prognoseelemente der unilateralen Erlaubnissätze der antizipierten Selbstverteidigung und der Rettung von Staatsangehörigen: Hier muss der handelnde Staat prognostizieren, ob er in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen wird bzw. Leib oder Leben seiner Staatsangehörigen verletzt werden. Selbst dem reaktiven Selbstverteidigungsrecht wohnt hinsichtlich seines zeitlichen Endes ein Prognoseelement inne, der Frage also, ob bei Abgeschlossenheit eines ersten Angriffs die Gefahr weiterer Angriffe bzw. die Fortsetzung des „Gesamtangriffs“ droht.[112] Mit einer *Fehl*prognose wird hier bezeichnet, dass der tätig werdende SR oder Staat zwar den vorliegenden Sachverhalt zutreffend diagnostiziert, sich aber seine Prognose, dieser Sachverhalt werde sich zu dem

110 Vgl. Hoffmann-Riem, FS Wacke, S. 327 (327, 332) zu derselben Erwägung im Rahmen des polizeilichen Gefahrenbegriffs; anders offenbar Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 166; ders., in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (180 f), der antizipierte Selbstverteidigung für ausgeschlossen hält, wenn fehlende Gegenwärtigkeit mit Ungewissheit des Angriffs zusammentrifft.

111 Zu diesem Begriff und dem Nexus zum militärischen Konflikt s.o. 1. Kap., I. 1. b; zum Wahrscheinlichkeitsurteil des SR s. auch Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 186 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 353; de Wet, Chapter VII Powers, S. 141; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 244.

112 Zu diesen zwei dogmatischen Lösungsmöglichkeiten des Problems s. Kreß, Eckstein mit Grauzonen, FAZ Einspruch v. 3. April 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schädigenden Ereignis verdichten, als unrichtig herausstellt; der Frieden wäre also tatsächlich nicht verletzt worden, der Angriff oder die Verletzung der Staatsangehörigen wären – aus welchen Gründen auch immer – ausgeblieben oder zumindest nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe eingetreten oder die Angriffe nicht fortgesetzt worden. Dabei geht es nicht darum, die zeitlichen und wahrscheinlichkeitsspezifischen *Anforderungen an die Gefahr* des Schadensereignisses zu erörtern, sondern allein darum, wie sich der Umstand, dass sich die zum Handlungszeitpunkt *tatsächlich bestehende* Gefahrenlage letztlich nicht realisiert hätte, auf die Rechtmäßigkeit der SR-Maßnahme und der unilateralen Gewaltanwendung auswirkt.

In der deutschen Strafrechtsliteratur wird im Hinblick auf den Gefahrenbegriff des rechtfertigenden Notstandes iSd § 34 StGB verbreitet bestritten, dass zwischen Diagnose und Prognose unterschieden werden kann.[113] Die Prognose entwickle sich zwangsläufig aus gegenwärtigen Umständen, nur seien diese häufig unbekannt.[114] Die Anlage zu einer bestimmten Entwicklung könne also stets als Eigenschaft der gegenwärtigen Lage definiert werden.[115] Die Prognose etwa, ob ein Unfallopfer an seinen Verletzungen stirbt, hänge immer von dem Körperzustand ab, der zur Zeit der Notstandshandlung bereits gegeben sei.[116] In anderen Bereichen wird die Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose für selbstverständlich gehalten. Die deutsche Polizeirechtswissenschaft etwa differenziert konzeptuell zwischen der Anscheinsgefahr (bei der ein Amtsträger über die der Gefahr *zugrunde liegenden Umstände* irrt) und der Fehlprognose (die die *echte* Gefahr bestehen lässt, weil die Prognose, dass sich die gefährlichen Umstände zu einem Schaden entwickeln, von vornherein objektiv ex ante beurteilt wird).[117]

Der Einwand, die Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose sei willkürlich, mag häufig zutreffen. Das Völkerrecht bildet hier keine Aus-

113 Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 173 Fn. 84; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (551); Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (95–97); nahezu wortgleich Dimitratos, Begriffsmerkmal der Gefahr, S. 147–149; Roxin, Strafrecht AT I § 16, Rn. 18; aA Schönke/Schröder/Perron § 34, Rn. 13; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben Vor. §§ 32 ff. Rn. 10b; Schüler, Zweifel, S. 62; ebenso (jedoch zur Notwendigkeit der Notwehrhandlung) s. Burchard, HRRS 10 (2012), S. 421 (439); Geilen, Jura (1981), S. 308 (315).

114 Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 18; s. auch Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (95–97).

115 Jakobs, Strafrecht AT, 13/13; Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 173 Fn. 84.

116 Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 18.

117 Näher zu dieser Unterscheidung im deutschen Polizeirecht s.u. 16. Kap., I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahme: Dass etwa ein bewaffneter Angriff wegen ungenügender militärischer Ausrüstung letztlich doch ausgeblieben wäre, kann als *Fehlprognose* ebenso wie als Eigenschaft der *ursprünglichen* Angriffsgefahr – es drohte von vornherein nur eine Gefahr durch einen unzureichend ausgerüsteten Staat – formuliert werden. Doch liegen die Dinge anders, wenn das Ereignis, das den Schadenseintritt verhindert, nicht in der Vergangenheit angelegt war und man es – selbst bei allumfassendem Wissen über jedes kleinste Detail der Gegenwart und alle Naturgesetze – nicht hätte voraussagen können, weil es noch nicht feststand. Wenn auch in den diversen Disziplinen hochumstritten,[118] spricht vieles dafür, dass solche zufälligen Entwicklungen existieren.[119] Zumindest wenn das Ausbleiben des Schadensereignisses auf einer (neuen) menschlichen Entscheidung beruht, mag diese Entwicklung nicht bereits als Eigenschaft der ursprünglichen Gefahrenumstände formuliert werden können. Zwar ist in der Neurowissenschaft noch nicht abschließend geklärt, ob der Mensch wirklich über einen freien, indeterminierten Willen verfügt.[120] Die Rechtswissenschaft muss dies aber – etwa für den strafrechtlichen Schuldgrundsatz – bislang unterstellen.[121] In-

118 Dagegen etwa die These vom kausalen Determinismus, s. überblicksartig Hoefer, Causal Determinism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy.

119 Der Determinismus in der Philosophie wurde u.a. durch die Quantenmechanik ins Wanken gebracht, die davon ausgeht, dass der genaue Zeitpunkt des Zerfalls eines Atomkerns oder der Emission und Absorption eines Photons objektiv nicht feststeht und damit auch bei allumfassender Kenntnis nicht vorausgesagt, sondern nur nach bestimmten Wahrscheinlichkeiten prognostiziert werden kann, vgl. Hoefer, Causal Determinism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Abschnitt 4.4, der aber auf eine deterministische Interpretation der Quantenmechanik hinweist; vgl. auch Schweizer, Beweiswürdigung, S. 103; MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 79; zur Unmöglichkeit, sichere wissenschaftliche Aussagen über die Zukunft zu treffen, s. auch Trouwborst, Precautionary Rights and Duties, S. 97. Auch in anderen Disziplinen – etwa der Versicherungsmathematik – ist die Existenz des Zufalls anerkannt, s. zum Zufalls-, Irrtums- und Änderungsrisiko Bogendörfer, Dimensionen des Risikomanagements, S. 262 f.

120 S. zB Lavazza, Frontiers in Human Neuroscience 10 (2016), S. 262 ff; zu den Folgen für das Strafrecht vgl. das Streitgespräch zwischen Björn Burkhardt und Reinhard Merkel, Gehirn & Geist vom 11. April 2016, S. 56–59; die Kompatibilisten John M. Fischer und David Hume halten die Existenz eines freien Willen für mit dem Determinismus vereinbar, vgl. J. M. Fischer, in: Deep Control, S. 85 (86–91); Hume, An Enquiry Concerning Human Understanding, Abschnitt 8; P. Russell, Hume on Free Will, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

121 S. Morissette v. US, 342 U.S. 246, 250 (1952); US v. Grayson, 438 U.S. 41, 52 (1978); BGHSt 2, 194 (200 f) = NJW 1952, 593 (594); s. eing. nur Cotton, Public Interest L. J. 15 (2005), S. 1–48; T. A. Green, Mich. L. Rev. 93 (1995), S. 1915–2053.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soweit spricht vieles für eine theoretische Möglichkeit der Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose und einen eigenständigen Anwendungsbereich der Fehlprognose. Im Ergebnis überzeugt es daher, alle nach dem „Höchstwissen der Zeit“,[122] das heißt theoretisch feststellbaren Umstände, dem Irrtumsbereich, die übrigen dem Prognosebereich zuzuordnen.

In der Praxis ist diese Unterscheidung freilich nicht leicht umzusetzen. Selten lässt sich mit Sicherheit beantworten, ob ein Ereignis bereits in der Vergangenheit angelegt war oder nicht – etwa ob ein Entscheidungsträger, der letztlich doch vom bewaffneten Angriff abgesehen hätte, von vornherein nie ganz dazu entschlossen war oder seinen ursprünglichen Entschluss durch einen indeterminierten Impuls geändert hat.[123] Die Linie zwischen Irrtum und Fehlprognose kann daher kaum mit naturwissenschaftlicher Exaktheit gezogen werden, sondern beruht letztlich auf wertenden Gesichtspunkten. Trotz dieser Schwäche wird hier versucht, die Unterscheidung aufrechtzuerhalten. Denn die Fehlprognose, bei der sich nur das *jeder Prognose innewohnende* Risiko der Ungewissheit *zukünftiger* Entwicklung realisiert und das im Begriff der Friedensbedrohung und in den antizipierenden Erlaubnissätzen der vorbeugenden Selbstverteidigung und der Rettung von Staatsangehörigen *angelegt* ist, mag normativ eine andere Behandlung verlangen als eine Fehlvorstellung über gegenwärtige Umstände.[124] Zumindest im Bereich unilateraler Gewalt ist das Risiko von Fehlprognosen empirisch aber auch nicht zu überschätzen. Der zeitliche Abstand zwischen dem Tätigwerden des Gewalt ausübenden Staates und dem prognostizierten Schadenseintritt ist per definitionem gering, müssen der bewaffnete Angriff bzw. die Verletzung der Staatsangehörigen doch unmittelbar bevorstehen. Für das Dazwischentreten nicht in der Vergangenheit angelegter Ereignisse ist daher weniger Raum als etwa bei Maßnahmen des SR, dessen Gefahrenprognose sich häufig auf einen längeren Zeitraum bezieht. So lassen sich in der unilateralen Staatenpraxis kaum Fehlprognosen im hier verstandenen Sinne identifizieren. Entsprechend liegt der Untersuchungsschwerpunkt hier eindeutig auf dem Irrtum und dem Fehlverdacht. Doch wird die Fehlprognose angesprochen, wo sie dogmatische Aufhellung verspricht.

---

122 Schönke/Schröder/Perron, § 34, Rn. 14.

123 Hilfskriterium könnte sein, ob der Entscheidungsträger seine jeweiligen Entscheidungen äußerlich manifestiert hat. Die Schwierigkeit, einen neuen Entschluss von einem konstant bestehenden abzugrenzen, ist zB aus der Konkurrenzenlehre im Strafrecht bekannt.

124 Näher s.u. 9. Kap., I. 1., c am Ende.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Terminologisches

Der Ausdruck, die Voraussetzungen einer Handlungsbefugnis seien *ex post* (manchmal auch „objektiv"), *ex ante* (manchmal auch „vollständig subjektiv") oder *objektiv ex ante* zu beurteilen, formuliert die Frage, ob Fehlvorstellungen zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind, nur um. Bei einer ex-post-Beurteilung sind sämtliche Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und unter Umständen auch Fehlprognosen[125] unabhängig von ihrer Nachvollziehbarkeit unbeachtlich, weil die Voraussetzungen der Befugnisnorm *tatsächlich* vorliegen müssen, sodass der irrig annehmende oder vermutende Akteur den Erlaubnistatbestand verfehlt. Werden die Voraussetzungen ex ante, also vollständig subjektiv beurteilt, werden sämtliche Fehlvorstellungen – ob nachvollziehbar oder nicht – zu seinen Gunsten berücksichtigt. Die objektive ex-ante-Perspektive nimmt eine vermittelnde Position ein, indem sie dem Handelnden nur solche Fehlvorstellungen zu Gute kommen lässt, die angesichts der ex ante erkennbaren Umstände vernünftig waren. Bei dieser Formulierung bleibt offen, ob der Akteur zum Handlungszeitpunkt von den Umständen überzeugt sein muss (also nur der *Irrtum* positiv beachtlich ist) oder ob der *Verdacht* ihres Vorliegens ausreicht. Die Fehlprognose ist wohl in jedem Fall umfasst. Der Begriff *ex ante* wird also auch nicht *rein zeitlich* verstanden, sodass nicht der Kenntnisstand der Allgemeinheit, sondern der des (vernünftigen) Akteurs in seiner *konkreten Handlungssituation* entscheidend ist.

III. Herausbildung der relevanten Konstellationen

Ergänzt man die drei Fehlvorstellungsarten um weitere geeignete Unterscheidungskriterien, lassen sich daraus Fallkonstellationen herleiten, die sich zur Untersuchung anbieten. Ob diese Kriterien für die Fragestellung

125 Der Ausschluss der Fehlprognose von dem ex-post-Begriff ist nicht selbstverständlich: Wer zB fordert, dass die Voraussetzungen für eine Friedensbedrohung iSd Art. 39 UNC „ex post" vorliegen müssen, meint damit regelmäßig nicht, dass es ohne das Eingreifen des SR notwendigerweise auch zu einer militärischen Auseinandersetzung hätte kommen müssen. Wer hingegen das „ex-post-Vorliegen eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs" verlangt, gibt sich mit einer ex-post-Angriffs*gefahr* regelmäßig nicht zufrieden. Der Grund für dieses unterschiedliche Verständnis dürfte sein, dass die Feststellung einer Friedensbedrohung einen deutlich stärkeren prognostischen Charakter besitzt als das antizipierte Selbstverteidigungsrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tatsächlich entscheidend sind, ergibt sich erst aus den späteren Überlegungen.

1. Faktoren bei unilateralen Gewaltanwendungen

a) Vermeidbarkeit des Irrtums

Bei unilateralen Gewaltanwendungen kommt für den Irrtum als erstes Unterscheidungskriterium seine Vermeidbarkeit in Betracht. Sie ist potentiell bedeutsam, weil sie einen Sorgfaltsverstoß impliziert: Indem ein Staat gegen einen anderen Gewalt anwendet, begeht er zunächst ein „tatbestandliches" Erfolgsunrecht. Hiermit lässt sich eine *duty to reflect* über die tatsächlichen Voraussetzungen des Erlaubnissatzes begründen. Denn von demjenigen, der eine prima facie verbotene Handlung vornimmt, kann erwartet werden, dass er sich über seine Rechtfertigung[126] – und das gilt auch für ihre tatsächlichen Voraussetzungen – Gedanken macht.[127] Wer das Fehlen dieser tatsächlichen Voraussetzungen nicht erkennt, obwohl er es hätte erkennen müssen, legt nicht die von ihm erwartete Sorgfalt an den Tag. Inwieweit das ius contra bellum der Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt Bedeutung beimisst, bleibt freilich zu untersuchen. Auch wenn der Begriff der „unvermeidbaren" Fehlvorstellung dem natürlichem Wortsinn nach anspruchsvoller erscheinen mag als die im nationalen Kontext ebenfalls verwendeten Ausdrücke der „nachvollziehbaren" oder „vernünftigen" (reasonable) Fehlvorstellung, werden hier beide Begriffe der Einfachheit halber gleichgesetzt.[128]

---

126 Die Annahme, dass das Eingreifen einer Ausnahme schon den „tatbestandlichen" Verstoß gegen Art. 2 (4) UNC verhindere, wird hier nicht geteilt, näher s.u., 9. Kap., III. 4. Deshalb wird der Begriff der *Ausnahme* vom Gewaltverbot mit dem der *Rechtfertigung* gleichgesetzt.

127 Vgl. für das nationale Strafrecht Horder, Ashworth's Principles, S. 239; H. J. Hirsch, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 314 f; Paeffgen, Verrat in irriger Annahme, S. 132–147, insb. S. 143 f.

128 Auch das nationale Recht verzichtet auf diese Nuance und setzt sorgfaltswidriges Verhalten mit der Vermeidbarkeit des Irrtums gleich, zB das deutsche Strafrecht, s.u. 8. Kap., I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit beim Fehlverdacht

Vorausgesetzt, dass nicht bereits *jeder* Zweifel an dem Vorliegen einer Eingriffserlaubnis die Handlungsbefugnis entfallen lässt, ein Fehlverdacht also nicht per se sorgfaltswidrig ist,[129] kann auch hier zwischen sorgfaltsgemäßem und sorgfaltswidrigem Verhalten unterschieden werden. Sorgfaltswidrig ist der Fehlverdacht jedenfalls dann, wenn die tatsächlichen Indizien, die dem Staat objektiv ex ante hätten bekannt sein müssen, das Vorliegen der den Erlaubnissatz begründenden Umstände nicht so wahrscheinlich machten, dass es vernünftig erschien, sich auf den Verdacht ihres Vorliegens zu verlassen. Dieses kritische Wahrscheinlichkeitsmaß, jenseits dessen das Handeln erst Sorgfaltsanforderungen genügen mag – so der Fehlverdacht nicht generell sorgfaltswidrig ist –, wird hier als „hinreichende Wahrscheinlichkeit" bezeichnet. Mit einem *hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht* ist folglich ein Verdacht gemeint, der, obwohl er letztlich falsch war, hinreichend begründet erschien. Dabei bezeichnet „hinreichend wahrscheinlich" noch kein bestimmtes Wahrscheinlichkeitsmaß; dieser Begriff ist erst auszufüllen. Auch bei der Fehlprognose, bei der sich der Akteur auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung verlassen muss, ist das wesentliche Unterscheidungskriterium, ob die prognostizierte Entwicklung hinreichend wahrscheinlich erschien.

c) Mitzuständigkeit des Opferstaates für die Fehlvorstellung

Das potentielle Kriterium, das auf Seite des Opferstaates gewissermaßen das Pendant zur Vermeidbarkeit des Irrtums und zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit beim Fehlverdacht darstellt, ist ein etwaiges (Mit-)Verschulden oder jedenfalls eine zurechenbare Mitverursachung der Fehlvorstellung durch den Opferstaat, die hier als *Mitzuständigkeit* bezeichnet wird, ohne dass der genaue Inhalt dieses Begriffs schon festgelegt werden kann. Der mitzuständige Opferstaat ist weniger schutzwürdig und es mag somit legitim erscheinen, ihm einen Teil des Irrtumsrisikos aufzubürden. Eine ähnliche Erwägung kommt im nationalen Recht beim Defensivnotstand

129 Dazu näher s.u. 9. Kap., III., 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum Tragen.[130] Insbesondere mag die Mitzuständigkeit Auswirkungen auf das Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates haben.[131]

d) Die Fehlvorstellung über innere Tatsachen – ein Sonderfall?

Innere Tatsachen wie das Bestehen des staatlichen *Willens* zur Herbeiführung des Schadensereignisses – eines Angriffs oder massiver Menschenrechtsverletzungen – kann der andere Staat im Entscheidungsmoment selten mit Sicherheit feststellen.[132] Selbst ein Staat, der offensiv mit den Säbeln rasselt, mag im Innern fest entschlossen sein, es nicht zum Angriff kommen zu lassen. Auch die Änderung eines früheren Entschlusses bleibt anderen Staaten regelmäßig verborgen.[133] Innere Tatsachen sind daher in besonderem Maße irrtumsanfällig.[134] Dennoch überzeugt es kaum, darauf bezogene Fehlvorstellungen aus diesem Grund anders zu behandeln als solche über „äußere" Umstände wie die Angriffsfähigkeit, etwa indem man innere Tatsachen wie den Angriffswillen von vornherein außen vor ließe und einen tatsächlich bevorstehenden Angriff annähme, sobald sich der Staat aus Sicht seines Gegners objektiv so verhält, als würde er in unmittelbarer zeitlicher Nähe angreifen.[135] Denn damit entfernte man sich zu weit von der Realität: Der Angriffswille ist (unabhängig davon, ob er rechtliche Voraussetzung von Art. 51 UNC ist)[136] in *tatsächlicher* Hinsicht entscheidend dafür, ob es zum Angriff kommt oder nicht. Freilich muss das Völkerrecht innere Tatsachen[137] wie das nationale Recht[138] aus objektiven Verhaltensweisen der Staatsorgane ableiten. Doch sind dabei nicht nur das

130 Freilich geht es beim Defensivnotstand an sich nicht um die Zuständigkeit für den *Irrtum*, sondern für die *Gefahr*, s. dazu Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 304–333; näher zum Defensivnotstand s.u. 4. Kap., I.

131 Dazu s.u. 9. Kap., IV.

132 Vgl. Jervis, in: Jervis/Lebow/Stein, Psychology and Deterrence, S. 13 (14).

133 Vgl. Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (68 Fn. 312).

134 Ein folgenreiches Beispiel ist der Irrtum über den vermeintlichen Willen des Iraks, US-Territorium anzugreifen, der u.a. aus dem Versuch abgeleitet wurde, US-Kartensoftware zu erwerben, vgl. WMD Commission Report, S. 132, 137 ff.

135 Entsprechend für Einschätzungen innerhalb des kollektiven Sicherheitssystems, namentlich hinsichtlich der IAEA Acton, Survival 51 (2009), S. 119 (126–130).

136 Dazu s.u. 9. Kap., III. 2.

137 ZB die „knowledge" iSd Art. 16 ARSIWA oder der „intent to destroy" iSd Art. II der UN-Völkermordkonvention v. 9. Dezember 1948.

138 ZB den Vorsatz im Strafrecht, s. nur BVerfG, NJW 2009, 1061 (1062); Hassemer, GS Armin Kaufmann, S. 289 (304 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ex ante erkennbare Verhalten,[139] sondern auch nachträglich ans Licht gelangte Indizien zu berücksichtigen. Die für eine staatliche Maßnahme erforderliche Kommunikation zwischen den Entscheidungsträgern und Befehle an Untergebene dokumentieren, so sie festgehalten sind, einen staatlichen Angriffswillen oder sein Fehlen sogar regelmäßig besser als etwa der spontane Tötungsentschluss eines Menschen nachgewiesen werden kann. Dass dieser dokumentierte Wille dem anderen Staat zum Zeitpunkt der Entscheidung über seine Abwehrmaßnahme selten zugänglich ist, ist kein Spezifikum innerer Tatsachen. Auch etwa die Fähigkeiten des Gegners offenbaren sich ihm häufig erst im Nachhinein. Insofern spricht vieles dafür, Fehlvorstellungen über innere Umstände nicht von vornherein anders zu behandeln als solche über äußere.

e) Schlussfolgerung: Die zu untersuchenden Konstellationen

Ausgehend von den primär maßgeblichen zwei Fehlvorstellungsarten und den erwähnten Kriterien können folgende Konstellationen unterschieden werden:

(1) Der Irrtum war unvermeidbar und der Opferstaat unzuständig.
(2) Der Irrtum war vermeidbar und der Opferstaat unzuständig.
(3) Der Irrtum war unvermeidbar und der Opferstaat mitzuständig.
(4) Der Irrtum war vermeidbar und der Opferstaat mitzuständig.
(5) Der Fehlverdacht war hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat unzuständig.
(6) Der Fehlverdacht war nicht hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat unzuständig.
(7) Der Fehlverdacht war hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat mitzuständig.
(8) Der Fehlverdacht war nicht hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat mitzuständig.

Wo es keiner Differenzierung bedarf, werden unvermeidbare Irrtümer und hinreichend wahrscheinliche Fehlverdachtsmomente im Folgenden unter dem Begriff der *vernünftigen* oder *sorgfaltsgemäßen* Fehlvorstellung zusammengefasst. Auf die nur am Rande betrachtete Fehlprognose sind die Unterscheidungskriterien des Fehlverdachts übertragbar.

---

139 Zu den relevanten Verhaltensweisen vgl. die Indikatoren für hostile intent des San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex A, Appendix 4, Rn. 4.3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Faktoren bei Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem

Die genannten Unterscheidungskriterien können im Wesentlichen auf Fehlvorstellungen des SR übertragen werden. Doch muss hier der Beurteilungsspielraum des SR berücksichtigt werden, der diesem bei der Feststellung einer der Tatbestandsvarianten iSd Art. 39 UNC zusteht.[140] Die Vermeidbarkeit des Irrtums und die hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Fehlverdachts mögen zudem mit verfahrensrechtlichen Bedingungen zu konkretisieren und zu ergänzen sein.

IV. Bedeutung und Tragweite der Fragestellung

1. Unilaterale Gewaltanwendungen

Für Gewalteinsätze außerhalb des kollektiven Sicherheitssystems steht die Frage im Mittepunkt, ob der handelnde Staat trotz seiner Fehlvorstellung das Gewaltverbot iSd Art. 2 (4) UNC im Ergebnis verletzt oder ob ein solcher Verstoß wegen seiner Fehlvorstellung verneint werden muss. Der hier interessierende Untersuchungsmaßstab ist also allein das *Gewaltverbot*, nicht das Verbot der Aggression als der „schwersten und gefährlichsten Form" rechtswidriger Gewaltanwendung,[141] nicht das Aggressionsverbrechen iSd Art. 5 (1) (d) IStGHSt oder das Konfliktvölkerrecht, an denen seine Gewaltmaßnahme ebenfalls zu messen sein mag.[142] Diese Felder werden nur ergänzend herangezogen. Ob ein irrender oder fehlvermutender Staat, der Gewalt einsetzt, das Gewaltverbot verletzt oder nicht, hat eine Reihe bedeutsamer Folgen, die man sich vergegenwärtigen sollte.

a) Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates

Ob ein Gewalt anwendender Staat, der einer Fehlvorstellung unterliegt, das Gewaltverbot verletzt, kann relevant sein für das Selbstverteidigungs-

140 Dazu näher s.u. 17. Kap., II.
141 Definition der Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Präambelabsatz 5.
142 Zur möglichen gleichzeitigen Anwendung von ius contra bellum und ius in bello Lehmann, J. Conflict & Sec. L. 17 (2012), S. 117 (129 f); zum Verhältnis auch ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 42; ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 106 ff, 205 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht des Opferstaates. Auch wenn Art. 51 UNC nicht ausdrücklich einen *rechtswidrigen* bewaffneten Angriff verlangt, besteht über dieses Erfordernis Konsens.[143] Ließe die Fehlvorstellung des Staates die Verletzung des Gewaltverbotes entfallen, weil man das Vorliegen einer Ausnahme von vornherein aus seiner Sicht, also ex ante bestimmte, so läge der Schluss nahe, in dem betreffenden Gewalteinsatz auch keinen bewaffneten Angriff zu sehen, sodass der Opferstaat kein Selbstverteidigungsrecht besäße und sich das Irrtumsrisiko vollständig auf ihn verlagerte. Etwas anderes mag gelten, wenn man den Irrtum nur in herabgesetzter Weise für berücksichtigungsfähig hielte – den irrenden Staat etwa nur als *entschuldigt* ansähe oder dem Fehlen eines *Unrechtsvorsatzes* rechtliche Bedeutung beimäße – und annähme, das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs bliebe hiervon unberührt.[144]

b) Beteiligung von Drittstaaten

Weiter ist die Fragestellung für die Rechtmäßigkeit der Beteiligung von Drittstaaten an der Gewaltanwendung relevant. Die Beteiligung an völkerrechtswidrigem Verhalten wird traditionell vornehmlich im Zusammenhang mit der *Staatenverantwortlichkeit* erörtert.[145] Während die ältere völkerrechtliche Literatur der Unterstützung völkerrechtswidriger Akte offenbar noch indifferent gegenüberstand[146] und nur aus den Neutralitätsregeln resultierende Pflichten anerkannte,[147] herrscht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass solche Unterstützungshandlungen eine Haftung auslösen. Allein über die Begründung scheiden sich die Geister: Manche leiten die-

143 Ausdrücklich Arnauld, Völkerrecht, Rn. 1058; die meisten Autoren setzen dies stillschweigend voraus, s. nur Ruys, Armed Attack, S. 145.

144 Ausf. zu diesen Lösungsansätzen s.u. 9. Kap., II., III.

145 Eingehende Werke dazu sind Lanovoy, Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility; Aust, Complicity and the Law of State Responsibility; Felder, Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit; einen weiteren Blickwinkel einnehmend Jackson, Complicity in International Law; s. auch jüngst Pacholska, Complicity and the Law of International Organizations.

146 S. Ago, RCADI 68 (1939), S. 415 (433); Ago, Second Report on State Responsibility, S. 192 und Aust, Complicity, S. 13–15, 91 f zur angenommenen Reziprozität zwischen Rechten eines Staates und Pflichten eines anderen Staates, in die sich Beihilfeformen nicht einfügen ließen; s. auch Pacholska, Complicity, S. 79 f.

147 Aust, Complicity, S. 19–23; hierbei handelte es sich der Sache nach aber bereits um Primärpflichten, ebd. S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen Grundsatz aus dem Wesensgedanken der betreffenden (durch den Hauptakteur verletzten) Völkerrechtspflicht her,[148] andere aus der Abwendung des Völkerrechts von der traditionellen „Bilateralität" und seiner Hinwendung zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen,[149] aus der Effektivität des Völkerrechts[150] oder dem Verbot des Rechtsmissbrauchs.[151] Heute ist die völkerrechtliche Verantwortlichkeit eines unterstützenden Staates, der die Umstände kennt, in Art. 16 ARSIWA verankert und vom IGH als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.[152]

Die Existenz einer *allgemeinen Primärpflicht*, Völkerrechtsverletzungen anderer Staaten nicht zu unterstützen, wird zwar bis heute bezweifelt.[153] Die ILC hat sich auf diese Position jedoch ausdrücklich nicht festgelegt.[154] Tatsächlich lässt die explizite Kodifizierung einzelner Unterstützungsverbote auf Primärrechtsebene[155] keinen Umkehrschluss auf das Fehlen einer solchen allgemeinen Pflicht zu. Denn diese Verbote könnten auch bloß von ihr abweichende Anforderungen an verbotene Beihilfe stellen. Die ILC gesteht zudem ein, dass die Regeln des Kapitels IV ARSIWA die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärpflichten verschwimmen lassen.[156] Daher wird teilweise angenommen, dass Art. 16 ARSIWA selbst

148 Lanovoy, Complicity and its Limits, S. 12.

149 Epiney, AdV 39 (2001), S. 1 (48 f). Ähnliche Ansätze finden sich bei Simma, RCADI 250 (1994), S. 217 (317); Graefrath, Rev. belge dr. int'l 2 (1996), S. 371 (372, 378); Howard, Melbourne J. Int'l L. 2 (2001), Text zu den Fußnoten 91–93; krit. dazu Aust, Complicity, S. 25, 48, 50–52; Pacholska, Complicity, S. 80 f.

150 Epiney, AdV 39 (2001), S. 1 (49).

151 Aust, Complicity, S. 69–96.

152 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 420; die ILC formuliert etwas vorsichtiger „State practice supports […]", ARSIWA, Art. 16 Commentary (7); in der Literatur ist die Frage noch umstritten, s. Aust, Complicity, S. 98 f.

153 Aust, Complicity, S. 51, sich auf ARSIWA, Art. 16 Commentary (2) berufend, s. indes Fn. 154.

154 Ausdr. offenlassend Art. 16 ARSIWA, Commentary (2): „Various specific rules exist, prohibiting one State from providing assistance in the commission of certain wrongful acts by other States or even requiring third States to prevent or repress such acts. Such provisions do not rely on any general principle of derived responsibility, nor do they deny the existence of such a principle, and it would be wrong to infer from them the non-existence of any general rule." [Fn. weggelassen].

155 Art. 3 Aggressions-Definition, UN Doc. A/RES/3314 (1974); Friendly Relations Declaration, UN Doc. A/RES/25/2625 (1970), Principle 1, para. 10, den man so lesen kann, als umfasse er auch die Unterstützung staatlicher Gewalt.

156 Chapter IV ARSIWA, Commentary (7).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine entsprechende *Primärpflicht* enthalte.[157] Zumindest bei Art. 2 (4) UNC spricht vieles dafür, dass das Verbot, ungerechtfertigte Gewalt zu unterstützen, jedenfalls *im Verbot, selbst Gewalt anzuwenden,* mitenthalten ist.[158]

Danach ist die Frage, ob der Gewalt einsetzende irrende oder fehlvermutende Staat Art. 2 (4) UNC verletzt, unmittelbar relevant: Wäre sein Handeln objektiv, also *vollumfänglich gerechtfertigt*, so wäre auch die Beteiligung Dritter rechtmäßig,[159] und zwar unabhängig von ihrem Kenntnisstand. Das gälte zumindest, soweit die Unterstützungsleistung nicht wegen ihres Umfangs oder aus anderen Gründen (etwa weil der Unterstützerstaat den Irrtum des handelnden Staates bewusst ausgenutzt hat)[160] als eigenständige Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC zu beurteilen wäre. Wäre der handelnde Akteur nur *entschuldigt* oder das Fehlen seines *Unrechtsvorsatzes* relevant, lägen die Dinge anders, soweit man für rechtswidrige Unterstützung eine „objektive" Rechtswidrigkeit der Haupttat ausreichen ließe.

c) Staatenverantwortlichkeit

Die Fragestellung kann schließlich Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit des handelnden Staates für völkerrechtswidriges Handeln haben. Lehnte man wegen der Fehlvorstellung eine Verletzung des Gewaltverbotes ab, käme diese als Primärpflichtverletzung iSd Art. 2 b ARSIWA nicht

---

157 Graefrath, Rev. belge dr. int'l 2 (1996), S. 371 (372); dagegen wohl nur eine Sekundärpflicht annehmend Aust, Complicity, S. 51 f und allgemein in Kapiteln 3–5.

158 Der Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden, s. aber Kelsen, AJIL 44 (1950), S. 259 (271) zu Art. 10 der Draft Declaration on Rights and Duties of States (1949), der das Verbot der Beteiligung an rechtswidrigen Maßnahmen als im „concept of international law" enthalten sieht; Pacholska, Complicity, S. 130 ff hat jüngst die These einer (sektoriellen) „aggravated complicity rule" aufgestellt, nach der jedenfalls die Unterstützung schwerer ius-cogens-Verstöße verboten sei. Ob sie das Gewaltverbot dazu zählt, bleibt, soweit ersichtlich, offen.

159 Art. 16 ARSIWA, Commentary (11); Sloane, AJIL 106 (2012), S. 485 zum Notstand.

160 Diese Situation entspräche einer „mittelbaren Täterschaft", die sich möglicherweise unter die „direction and control" des Art. 17 ARSIWA fassen ließe. Eine echte Beteiligungsdogmatik wurde für das Gewaltverbot bislang noch nicht entwickelt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehr in Betracht. Das gälte unabhängig davon, wie man das Fehlen eines Gewaltverbotsverstoßes begründete.[161] Eines Rückgriffs auf die Umstände iSd Kapitels V ARSIWA, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, bedürfte es nicht erst, da diese nur für solche Primärpflichtverletzungen greifen, die anders als Art. 2 (4) UNC nicht bereits selbst eine entsprechende Ausnahme vorsehen.[162] Denkbar bliebe jedoch die Verantwortlichkeit wegen einer anderen Primärpflichtverletzung, die mit dem Gewalteinsatz gleichfalls einhergeht und die Fehlvorstellungen unberücksichtigt lässt.[163]

Hielte man Fehlvorstellungen dagegen auch beim Gewaltverbot für unbeachtlich, träte eine Haftung jedenfalls immer dann ein, wenn die Gewaltanwendung den Kernbereich des Gewaltverbotes beeinträchtigt. Denn ob die Staatenverantwortlichkeit von einem Vorsatz oder einem Verschulden[164] abhängt – Anforderungen, an denen es bei bestimmten Fehlvorstellungen fehlte –, richtet sich allein nach dem Inhalt der Primärpflicht, deren Verletzung bereits feststünde. Die sekundären Regeln der Staatenverantwortlichkeit enthalten insoweit keine eigene Hürde mehr.[165] Auch findet sich im Kapitel V der ILC-Artikel kein allgemeiner Ausschlussgrund der „vermeintlichen Annahme rechtfertigender Umstände".[166] Die existierenden Ausschlussgründe des Kapitels V könnten die Haftung ebenso wenig abwenden. Eine Gegenmaßnahme iSd Art. 22 ARSIWA käme nicht in Betracht, weil sie gemäß Art. 50 (1) (a) ARSIWA nicht von der Einhaltung des Gewaltverbotes befreit. Ein Eingreifen der Gründe der Selbstverteidigung (Art. 21), des Distress (Art. 24) und der Necessity (Art. 25 ARSIWA)

161 Für die hier erörterten Begründungsansätze s.u. 9. Kap.

162 Für das Selbstverteidigungsrecht s. Art. 21 ARSIWA, Commentary (1); Crawford, State Responsibility, S. 290; Paddeu, British YB Int'l L. 85 (2015), S. 90 (91). Etwas anders Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (6, 17), der im Selbstverteidigungsrecht zwar einen die Primärpflichtverletzung ausschließenden Umstand sieht, dabei dennoch auf Art. 21 ARSIWA zurückgreift. Dies erklärt sich daraus, dass Vidmar bei den Gründen iSd Kapitels V unterscheidet zwischen Rechtfertigungsgründen, die die Primärpflichtverletzung ausschließen, und Entschuldigungsgründen, die erst auf Sekundärebene eingreifen, vgl. ebd. S. 17; zum Verhältnis zwischen Primärpflichten und den Gründen des Kapitels V auch Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (492).

163 S. näher unten 9. Kap., III. 3. b.

164 Häufig wird der Begriff des „fault" verwendet, der sodann mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit bzw. mit mens rea oder culpa gleichgesetzt wird, vgl. Crawford, State Responsibility, S. 60 f.

165 Art. 2 ARSIWA, Commentary (3), (10); Lysén, State Responsibility, S. 95 f; Brownlie, State Responsibility, S. 39–44; aA ICJ, Corfu Channel, Dissening Opinion Krylov, Merits, 1949, S. 72.

166 Anders noch Lissitzyn, AJIL 47 (1953), S. 559 (588 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wäre zwar grundsätzlich denkbar, soweit man ihre Voraussetzungen nicht ex post sondern ex ante beurteilte.[167] Art. 26 ARSIWA stellt jedoch klar, dass Verstöße gegen zwingende Normen des Völkerrechts generell aus dem Anwendungsbereich des Kapitels V herausfallen.[168] Soweit der zwingende Kernbereich des Gewaltverbotes[169] betroffen ist, führte die Annahme, dass trotz Fehlvorstellung ein Verstoß gegen das Gewaltverbot zu bejahen ist, daher stets zur Haftung des Staates. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man auch bei Gewaltanwendungen, die nach Art und Umfang den Kernbereich des Gewaltverbotes grundsätzlich berührten, diesen wegen der fehlenden Aggressionsabsicht nicht als betroffen ansähe.

2. Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem

Auch bei militärischen Mandaten des SR, die auf einer Fehlvorstellung beruhen, steht letzten Endes die Frage im Raum, wie sich das Gewaltverbot zu den darauf gestützten staatlichen Gewaltanwendungen verhält. Diese Untersuchung stellt im Bereich kollektiver Fehlvorstellungen indes die vorgelagerte Frage in den Vordergrund, inwieweit der SR mit einer irrtums- oder fehlverdachtsbehafteten Resolution überhaupt seine Handlungsbefugnisse nach Art. 39 UNC überschreitet, die wie festgestellt[170]

---

167 Auch dazu s.u. 2. Kap., III.

168 Art. 26 ARSIWA dagegen auf solche Gründe beschränkend, die in Wahrheit Entschuldigungsgründe darstellten und allein die Sekundärhaftung beträfen, Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (19–26).

169 Hier wird zugrunde gelegt, dass nur der Kernbereich des Gewaltverbotes, zu dem insb. das Aggressionsverbot gehört, ius-cogens-Charakter besitzt. Ansonsten lässt sich nicht begründen, wie ein Verzicht auf den Schutz von Art. 2 (4) möglich sein soll, vgl. Ronzitti, in: Cassese, Current Regulation, S. 147 (153 f, 169); wie hier ARSIWA, Art. 40, Commentary (4); Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (339); ders., Gewaltverbot, S. 131 Rn. 577; Hannikainen, Peremptory Norms, S. 323–356 (insb. S. 340, 356); überwiegend wird nicht zwischen Kern und sonstigem Inhalt des Gewaltverbot unterschieden, s. Art. 50 (1) ILC Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries; erwähnt von ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 190 (eine eigene Positionierung hat der IGH auch ansonsten noch nicht vorgenommen, Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (571)); Corten, Le droit contre la guerre, S. 342–359; Gray, Use of Force, S. 32; Crawford, Brownlie's Principles, S. 581; Henkin, RCADI 216 (1989), S. 9 (60); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 109 f; Ruys, Armed Attack, S. 27 (die letzten beiden ausdrücklich für den Einschluss des gesamten Gewaltverbotes).

170 S.o. 1. Kap., I. 1. a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtlichen Grenzen unterliegen. Im Falle einer Überschreitung handelte er ohne chartarechtliche Grundlage, obwohl zwingende Maßnahmen des SR einer solchen bedürfen.[171] Diese Vorgabe fließt aus der Charta selbst, deren „konstitutionellen" Anforderungen die Entscheidungen des SR genügen müssen, weil er seine Existenz und Befugnisse der Charta selbst verdankt.[172] Bezieht man die zweideutige Anforderung „in accordance with the present Charter" in Art. 25 UNC[173] aus guten Gründen nicht nur auf die *Umsetzung* der SR-Entscheidungen durch die Mitglieder, sondern die *Entscheidungen* selbst,[174] lässt sich dieser Grundsatz auch aus Art. 25 UNC herleiten. Gleichzeitig ist denkbar, dass der SR mit fehlvorstellungsbehafteten Gewaltautorisierungen chartaimmanente Grenzen, die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen,[175] sowie Grundsätze und Ziele der Charta verletzt.[176] In Betracht kommt schließlich die Übertretung prozessualer Schranken.

Um sich auch hier die Bedeutung der untersuchten Fragestellung – die Auswirkungen von Fehlvorstellungen auf die *Rechtmäßigkeit* der Resolution – zu verdeutlichen, ist ein Blick auf die Folgen einer rechtswidrigen SR-Resolution sinnvoll. Diese Frage gehört zu den brisantesten völkerrechtlichen Fragestellungen überhaupt. Das Gleiche gilt für die damit verschränkte gerichtliche Kontrolle von SR-Resolutionen. Lösungsansätze können hier nur skizziert werden.[177]

---

171 Dieser Grundsatz wird unterschiedlich bezeichnet, vgl. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 91 („principle of legality"); Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (273 f) („excess of power"); Cannizzaro/Palchetti, in: Klabbers/Wallendahl, Research Handbook on the Law of International Organizations, S. 365–397 („ultra vires", jedoch allgemein Rechtsverletzungen dazuzählend). Nach deutscher Terminologie liegt der Begriff „Gesetzesvorbehalt" am nächsten; rechtsvergleichend zu diesem Prinzip im nationalen Recht Fromont, Droit administratif, S. 233–235.

172 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 88, 137.

173 Die gesamte Norm lautet: „The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter."

174 Ebenso ICJ, Namibia, 1971, Rn. 115 f; de Wet, Chapter VII Powers, S. 375 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 295 f; Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 56–60, 74, 88; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (535 f); beschränkend auf die formelle Rechtmäßigkeit Delbrück, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 25, Rn. 18.

175 Zur Bindung daran s.u. 17. Kap., II. 2. a.

176 Zur Bindung daran s.o. 17. Kap., I. 1. a, Fn 3.

177 S. zur Rechtskontrolle nur de Wet, Chapter VII Powers, S. 69 ff; Herbst, Rechtskontrolle, S. 387 ff; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 67 ff; A. Stein, SR der Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Denkbar erschiene erstens, die infolge der Fehlvorstellung unterstellt rechtswidrige Resolution für nichtig und daher wirkungslos zu halten – entweder ex tunc oder zumindest ex nunc von dem Zeitpunkt an, zu dem sich die Sachlage aufklärt. Je nachdem handelte ein die Resolution umsetzender Staat ohne rechtliche Grundlage und der betroffene Staat müsste die angewandte Gewalt nicht erdulden oder aber Grundlage und Bindungswirkung der Resolution fielen mit ex-nunc-Wirkung weg. Zweitens könnte die rechtswidrige Resolution zwar wirksam, der SR aber verpflichtet sein, sie aufzuheben. Hierbei entstünde das Problem des *Reverse Veto*: Jedes ständige Mitglied könnte durch sein Veto die Rücknahme verhindern.[178] Drittens könnte man die Nichtigkeit der Resolution von einer (konstitutiven) Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs abhängig machen. Nachdem sich der Lockerbie-Streit auf diplomatischem Wege löste, musste sich der IGH zur hochumstrittenen Frage einer Kontrollbefugnis nicht festlegen.[179] Im Beschluss über die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen[180] und im Zwischenurteil[181] bezog die Richtermehrheit zumindest nicht ausdrücklich Position.[182] Während sich in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals,[183] des EuGH und des EGMR[184] Ansätze zur Kontrolle von SR-Resolutionen finden, lassen Passagen früherer IGH-

einten Nationen, S. 347 ff; Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 56–199, insb. Rn. 174–199; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (95–98).

178 Herbst, Rechtskontrolle, S. 359; Caron, AJIL 87 (1993), S. 552 (577–588); Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (113); de Wet, Chapter VII Powers, S. 375.

179 Zum Lockerbie-Fall noch ausf. unten 14. Kap., II. 1. und 15. Kap., I.

180 ICJ, Lockerbie, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA).

181 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA).

182 Das Mehrheitsvotum zu den Preliminary Objections als Bekräftigung rechtlicher und vom IGH kontrollierbarer Grenzen deutend Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (546 f); wohl auch Herbst, Rechtskontrolle, S. 78; entspr. zum Beschluss über vorsorgliche Maßnahmen Franck, AJIL 86 (1992), S. 519 (522); gegen die Möglichkeit der Überprüfung von SR-Resolutionen durch den IGH ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 73-81 (Libya v. UK) bzw. S. 164-172 (Libya v. USA); Dissenting Opinion Jennings (Libya v. UK), S. 111.

183 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 20–22.

184 Sowohl der EuGH (s. Kadi I, Urteil v. 3. September 2008, insb. Rn. 293–300, 319–330; Kadi II, Urteil v. 18. Juli 2013, insb. Rn. 119, 125, 136) als auch der EGMR (Gr. Ch., Nada v. Switzerland, 10593/08, 2012, insb. Rn. 172, 175–180; Gr. Ch., Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 139–141) halten sich zumindest für befugt, nationale Umsetzungsakte von Entscheidungen des SR und der Sanktionskomitees an EU-GRCh bzw. EMRK zu kontrollieren. Einer Kontrolle der Resolution selbst kommen sie da-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidungen,[185] die die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen anderer UN-Organe streiften, keine eindeutige Aussage zu.[186]

Eine ex-tunc-Nichtigkeit der Resolution kann sicherlich nur bei *flagranten* Verstößen gegen Normen von Chartarang oder ius-cogens-Charakter angenommen werden.[187] Zu groß wäre die Rechtsunsicherheit, führte bereits jeder noch so kleine Mangel die Unwirksamkeit der Resolution herbei mit der Folge, dass sämtliche darauf basierende Akte einer Grundlage entbehrten. Auch fügte dies der Verbindlichkeit der SR-Entscheidungen Schaden zu.[188] Eine Beschränkung auf gravierende Mängel ist in manchen Rechtsordnungen aus eben diesen Gründen auch für nationale Polizeimaßnahmen anerkannt.[189] Ist die Resolution aber mit einem flagranten, das heißt offensichtlich schweren Mangel behaftet, kann ihre Wirksamkeit kaum von der Aufhebung durch den IGH abhängen.[190] Unabhängig da-

---

mit schon sehr nahe, auch wenn sich der EGMR bisher immer bemühte, durch eine (zum Teil recht angestrengte) Auslegung der Resolution eine Normenkollision nach Art. 103 UNC abzuwenden.

185 ICJ, Certain Expenses, 1962, S. 168; ICJ, Namibia, 1971, Rn. 89; ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, Rn. 98.

186 Diese Passagen gegen eine Kontrollbefugnis wertend ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 74 f (Libya v. UK) bzw. S. 165 f (Libya v. USA); das Namibia-Gutachten und den Effect of Awards case im Gegenteil für eine Inzidentkontrollbefugnis anführend ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 21; wie hier zum Expenses- und Namibia-Fall Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (669); offenlassend ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 104; allg. zu der Frage Alvarez, AJIL 90 (1996), S. 1–39; Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (116–126); Herbst, Rechtskontrolle, S. 387–409; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (525–528); Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (643–677).

187 Nichtigkeit annehmend bei Verstößen gegen Ziele und Grundsätze der Charta oder ius-cogens-Normen ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 101, 103 f; wenn die Resolution „manifestly ultra vires" ist oder fundamentale Normen verletzt sind Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (110, 115); wenn die Resolution ultra vires ist Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (92, 95); auf ius-cogens-Verstöße beschränkend Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 183; gegen eine solche Einschränkung (allerdings für Rechtsirrtümer) Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (538).

188 Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (115).

189 § 44 (1) VwVfG (Deutschland); s. auch Buisson, Force publique, Rn. 79 (Frankreich); Crim. 5. Januar 1821, Pradel/Varinard, Les grands arrêts du droit pénal général, S. 259, 261 (letztere beiden zur Unzulässigkeit von Notwehr auch gegen eine fehlerhafte Polizeimaßnahme).

190 Wie hier Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (110 f); dagegen eine Unwirksamkeitserklärung voraussetzend Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 184, 187; Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (672).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von, dass kein passendes Verfahren für eine solche „Anfechtungsklage" existierte,[191] mahlten die Mühlen des IGH viel zu langsam, um die Interessen des betroffenen Staates effektiv zu schützen. Die unmittelbar fehlende Bindungswirkung lässt sich auf Art. 25 UNC stützen, soweit man seinen Zusatz „in accordance with the present Charter", wie hier befürwortet, auf die SR-Beschlüsse selbst bezieht.[192] Andernfalls entstünde auch ein Wertungswiderspruch zu Art. 2 (5) UNC, der die Mitgliedsstaaten bei (und man mag aus teleologischer Sicht hinzufügen: eindeutig) chartawidrigen Maßnahmen von ihrer Beistandspflicht befreit.[193] Freilich ist die Unterscheidung zwischen einfachen und offensichtlich schweren Mängeln eine nicht leicht zu beurteilende Wertungsfrage.[194] Der IGH mag im Streitfalle zu ihrer Klärung beitragen. Denn tatsächlich sprechen die besseren Gründe wohl dafür, ihm die Befugnis einer inzidenten Kontrolle (eben ohne Gestaltungswirkung) zuzugestehen.

Einfache Mängel hingegen verpflichten den SR nach hier befürworteter Sicht zur *Aufhebung* der Resolution. Diese Pflicht lässt sich aus Art. 3, 30 a), 31 des Entwurfs zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen der ILC[195] herleiten, entweder als Beendigung iSd Art. 30 oder als Wiedergutmachung im Wege der Restitution nach Art. 31, 35 des Entwurfs.[196] Freilich sind die Möglichkeiten zur Durchsetzung dieser Pflicht begrenzt, wenn sich ein oder mehrere ständige SR-Mitglieder querstellen. Daneben kommt eine weitergehende Haftung der Vereinten Nationen in Form von Wiedergutmachung nach Art. 31, 34 ff ARSIWA in Betracht.[197] Von einem „qualifizierten" Rechtswidrigkeitserfordernis ist dabei wohl abzusehen.[198] Zum einen findet sich in den ILC-Artikeln dafür kein Anhaltspunkt. Zum anderen ermöglichte eine solche „mittlere" Erheblichkeit – unterhalb derjenigen, die zur Nichtigkeit führt, aber oberhalb der einfachen Rechtswid-

191 Krit. ggü. einer prinzipalen Kontrolle auch ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 21.

192 S.o. Fn. 174.

193 Herbst, Rechtskontrolle, S. 295 f; de Wet, Chapter VII Powers, S. 376 f.

194 Zu dieser Unterscheidung s. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 182, 186.

195 UN Doc. A/66/100.

196 Vgl. Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 143 f; zur Rücknahmepflicht s. auch Herbst, Rechtskontrolle des UN-SR, S. 359; vgl. auch Gray, British YB Int'l L. 67 (1996), S. 155 (191, 193).

197 Andeutend Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 145.

198 So aber Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 185–187, die auch für die Widerlegung der Rechtmäßigkeitsvermutung von UN-Maßnahmen eine qualifizierte Rechtswidrigkeit fordert.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rigkeit – kaum mehr eine sichere Bestimmung der eintretenden Rechtsfolge.[199] Vor einer Aufhebung ist die einfach rechtswidrige Resolution jedoch für die Mitgliedsstaaten bindend.[200]

2. Kapitel: Fehlvorstellungen in anderen Völkerrechtsgebieten

Das völkerrechtliche ius contra bellum ist kein abgeschlossener Kosmos, sondern bildet nur einen Teil der aus verschiedenen Regelungssystemen bestehenden Völkerrechtsordnung. Sich der untersuchten Fragestellung durch eine Betrachtung dieser anderen Systeme zu nähern, ermöglicht es, angeführte Argumente besser nachzuvollziehen, Erwägungen, die bei der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen eine Rolle spielen, sichtbarer zu machen, Anregungen für die Behandlung von Fehlvorstellungen zu finden und Widersprüche zu vermeiden.

I. Fehlvorstellungen im ius in bello

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Rechtmäßigkeit militärischer Handlungen im Konfliktvölkerrecht weitgehend aus der objektiven ex-ante-Sicht des Entscheidungsträgers beurteilt wird. Das gilt jedenfalls für die Vorschriften zum Schutz der Zivilbevölkerung des vierten Teils des Zusatzprotokolls I zu den Genfer Konventionen,[201] die mit dem Unterscheidungsgebot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zentrale Regeln des Konfliktvölkerrechts enthalten.[202] Teilweise folgt hier bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, dass es erstens auf die Vorstellung des Befehlshabers zum Zeitpunkt der Handlung und nicht auf nachträgliche Erkenntnisse ankommt und dass zweitens die *vernünftige* Sicht entscheidend ist, die von der tatsächlichen Vorstellung des Entscheidungsträgers abweichen

199 Für Peters ist die Frage weniger virulent, weil sie die Nichtigkeit auf ius-cogens-Verstöße begrenzt, dies., in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 183.

200 Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn ein nationales Gericht die Resolution als rechtswidrig qualifiziert hat, vgl. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 191.

201 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, angenommen in Genf am 8. Juni 1977, im Folgenden ZP I.

202 ICRC Commentary Rn. 1863 (zu Art. 48 ZP I), Rn. 1923 (zu Art. 51 ZP I); ebenso i.Erg. Milanovic, EJIL: Talk!, 14. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann. Das gilt etwa für den in Art. 51 (5) (b) ZP I verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Danach ist unter anderem als unterschiedslos anzusehen

> „an attack *which may be expected* to cause incidental loss of civilian life […] which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage *anticipated*."[203] [Hervorhebung hinzugefügt]

Eine entsprechende Formulierung enthält Art. 57 (2) (a) (iii) ZP I zu Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff. Dass der Handlungszeitpunkt entscheidend ist, belegt weiter die Regelung in Art. 57 (2) (b) ZP I, derzufolge ein Angriff einzustellen ist, „*if it becomes apparent* that the objective is not a military one […]."[204] Die Beschränkung auf die *vernünftige* Vorstellung zum Handlungszeitpunkt folgt bei Art. 57 ZP I auch aus der Pflicht iSd Art. 57 (2) (a) (i) und (ii), alles praktisch Mögliche zu tun, um zivile Opfer zu vermeiden.[205]

Diese Auslegung wird durch Interpretationserklärungen gestützt, die zahlreiche Staaten im Zuge der Unterzeichnung oder der Ratifizierung des ZP I abgegeben haben. So erklärten Belgien, Kanada und Deutschland in Bezug auf den gesamten ersten Abschnitt von Teil IV des ZP I, dass die Entscheidung des Verantwortlichen auf der Grundlage derjenigen Informationen zu bewerten sei, die im Zeitpunkt des Handelns zur Verfügung standen, nicht nach dem nachträglich erkennbaren tatsächlichen Verlauf.[206] Italien, Irland, die Niederlande, Spanien und das Vereinigte Königreich gaben eine entsprechende Erklärung immerhin im Hinblick auf die wichtigen Regeln der Art. 51–58 ZP I ab.[207] Die inhaltlich identischen Er-

---

203 Eine ganz ähnliche Regelung enthält Art. 3 (8) (c) Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996.

204 Hervorhebung hinzugefügt; zu allen dieser drei Regelungen vgl. auch das Kundus-Urteil des BGH von 2016, BGHZ 2017, 173 Rn. 53 = NJW 2016, 3656; s. auch Einstellungsvermerk des Generalbundesanwalts v. 16. April 2010, S. 64 f.

205 Vgl. Sloane, Harvard N'l. Sec. J. 6 (2015), S. 255 (313); Kalshoven, in: ASIL Proceedings 86 (1992), S. 39 (44).

206 So fast wörtlich die deutsche Interpretationserklärung, abgedruckt in Schindler/Toman, Laws of Armed Conflicts, S. 802 (für die deutsche Übersetzung s. BT-Drucks. 11/6770, Anlage 3 para. 4); ähnlich die belgische Erklärung para. 6, abgedruckt in Schindler/Toman, Laws of Armed Conflicts, S. 796; kanadische Erklärung, ebd. S. 797 f.

207 Für Italien s. Schindler/Toman, Laws of Armed Conflict, S. 807; für Irland ebd. S. 805; für die Niederlande ebd. S. 810; für Spanien ebd. S. 813; für das Vereinigte Königreich S. 815.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

klärungen Algeriens, Australiens, Frankreichs und der Schweiz beziehen sich auf einzelne dieser Vorschriften.[208] Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, demzufolge die Regelung des Art. 51 (5) (b) ZP I Gewohnheitsrecht entspricht,[209] bezieht sich auf diese Erklärungen.[210] Die Maßgeblichkeit der objektiven ex-ante-Perspektive hat schließlich der ICTY in seiner Galić-Entscheidung in Bezug auf Art. 51 (5) (b) und 57 (2) ZP I ausdrücklich bestätigt. Danach sei für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheidend,

> „whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack."[211]

Schwieriger zu beurteilen ist, ob diese Grundsätze auch für die übrigen Vorschriften des Konfliktvölkerrechts gelten, deren Wortlaut nicht ausdrücklich auf eine ex-ante-Perspektive abstellt und für die keine entsprechende Interpretationserklärungen existieren.[212] Dagegen spricht freilich die Beschränkung dieser Erklärungen auf bestimmte Vorschriften des ZP I. Auch aus den Regelungen zu schweren Verletzungen iSd Art. 50 GK I, 51 GK II, 130 GK III, 147 GK IV und Art. 11 (4), 85 (3) ZP I, die jeweils an *wilfullness* anknüpfen – womit *wrongful intent* oder *recklessness* gemeint ist[213] – ließe sich im Umkehrschluss ableiten, dass einfache Verletzungen von Konfliktvölkerrecht eine Voraussehbarkeit des Verstoßes nicht verlangen und daher die ex-post-Situation maßgeblich ist. Doch ist keines dieser Argumente zwingend. Staaten mag eine Klarstellung der maßgeblichen Sicht für Art. 51 (5) (b) und Art. 57 (2) ZP I besonders wichtig erschienen sein, ohne dass ihre Interpretationserklärungen ein entsprechendes Ver-

208 Algeriens Erklärung betrifft Art. 41 (3), 57 (2) und 58 ZP I, Schindler/Toman, Laws of Armed Conflict, S. 792; Australiens Erklärung betrifft Art. 57 (2) ZP I, ebd. S. 794; Frankreichs Erklärung betrifft Art. 35 (2), (3) und 55 ZPI, ebd. S. 800; die Erklärung der Schweiz betrifft Art. 57 (2) ZPI, ebd. S. 814.

209 ICRC Customary International Humanitarian Law (Study), Rule 14.

210 ICRC Customary International Humanitarian Law (Study), S. 50.

211 ICTY, Galić, IT-98–29-T, 5. Dezember 2003, Rn. 58. Das Tribunal stellt diese Erwägung noch vor Erörterung der Frage an, ob der Angeklagte über die erforderliche mens rea iSd Art. 85 (3) ZP I verfügte, vgl. ebd. Rn. 59.

212 Ein Beispiel ist Art. 18 GK IV, der Angriffe auf zivile Krankenhäuser verbietet. Auch hier sind nachvollziehbare Irrtümer möglich.

213 ICRC Commentary, Rn. 3474.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständnis anderer Vorschriften ausschließen sollten.[214] Das Erfordernis der *wilfulness* für schwere Verletzungen lässt sich auch so verstehen, dass dies einen besonders hohen Sorgfaltsverstoß (Rücksichtslosigkeit) verlangt, während einfache Verstöße gegen Konfliktvölkerrecht schlicht ein geringeres „Verschuldenselement" genügen lassen, die den Verstoß begründenden Umstände also immer noch *voraussehbar* gewesen sein müssen. Eben dies ist auch für Art. 51 (5) (b) und 57 (2) (a) (iii) ZP I anerkannt, die bei rücksichtsloser Begehungsweise ebenfalls unter Art. 85 (3) ZP I fallen.

Tatsächlich wird verbreitet für das Konfliktvölkerrecht als solches eine objektive ex-ante-Sicht zugrunde gelegt. Der Goldstone-Report etwa stellt an zahlreichen Stellen darauf ab, dass bestimmte Umstände den Konfliktparteien hätten bekannt sein müssen[215] – auch wenn der Bericht dafür kritisiert wird, diesen objektiven ex-ante-Standard selbst nicht konsequent durchzuhalten.[216] Die objektiv ex-ante zu beurteilenden Tatbestandsmerkmale der Regeln des ZP I haben auch in anderen Texten Niederschlag gefunden. Dazu zählen das Protokoll II zur Konvention über konventionelle Waffen[217] und das San Remo Manual zu bewaffneten Konflikten auf der See.[218] Der deutsche Bundesgerichtshof hat in seiner Kundus-Entscheidung aus dem Jahr 2016 die Möglichkeit angedeutet, dass im Konfliktvölkerrecht generell ein objektiver ex-ante-Maßstab gilt.[219] In der Literatur wie in den Handbüchern wird dieser Maßstab wegen der das Konfliktvöl-

214 Vgl. San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Explanation, Rn. 46.3.

215 Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48, 25. September 2009, insb. Rn. 586 („The Mission Considers that Israelian forces had all of the information necessary to appreciate the danger they were creating"), Rn. 590 („The Mission is not attempting to second-guess with hindsight the decisions of commanders"), s. auch Rn. 629, 778.

216 Blank, YBIHL 12 (2009), S. 347 (376 f).

217 S. Art. 3 (8) (c), (10) Protokoll über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Minen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen in der am 3. Mai 1996 geänderten Fassung (Protokoll zum Übereinkommen über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermäßige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können v. 10. Oktober 1980).

218 S. Art. 46 (2) San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea; s. auch Explanation, Rn. 46.3.

219 BGHZ 2017, 173 Rn. 53 = NJW 2016, 3656: „Bei der Beurteilung der Frage, ob ein (schuldhafter) Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht vorliegt, ist Maßstab für die einzuhaltende Sorgfalt nicht die ex post getroffene Sichtweise. Vielmehr kommt es auf die – tatsachenbasierten – Erwartungen zum Zeitpunkt der militärischen Handlung an". Dass der Begriff *schuldhaft* in Klammern steht, legt

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kerrecht prägenden militärischen Notwendigkeitserwägungen für richtig gehalten.[220]

Im ius in bello gehen demnach weder unvermeidbare Irrtümer noch ein Fehlverdacht, der auf einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit basiert, zulasten des Angreiferstaates. Denn das humanitäre Völkerrecht unterscheidet grundsätzlich nicht dazwischen, ob der Entscheidungsträger von dem Vorliegen bestimmter Umstände *überzeugt* ist oder sie nur *für möglich hält*. Da ihm die Sachlage selten im Detail mit Sicherheit bekannt ist, ist von den Fehlvorstellungen der Fehlverdacht sogar der Regelfall. Welche genauen Anforderungen an das erforderliche Wahrscheinlichkeitsurteil gestellt werden, ist nicht völlig geklärt. Dem Chatham Report zur Proportionality in the Conduct of Hostilities zufolge haben Kommandeure bei Zweifeln darüber, ob die Maßnahme einen übermäßigen Kollateralschaden verursacht, einen „fairly broad margin of judgment", solange sie die nötige Sachverhaltsaufklärung betreiben und die Sachlage „in good faith" beurteilen.[221] Eine Ausnahme davon, dass das Risiko eines Fehlverdachts nicht auf dem Handelnden lastet, bildet Art. 50 (1) S. 2 ZP I, wonach eine Person im Zweifelsfall als Zivilist zu behandeln ist. Eine entsprechende Regelung für die Nutzung eines Objekts zu zivilen Zwecken findet sich in Art. 52 (3) ZP I.[222] Die Regeln des Konfliktvölkerrechts entlasten den Angreiferstaat schließlich auch von dem Risiko, dass sich seine vernünftigen *Prognosen* ex post als fehlerhaft herausstellen. Das ist im humanitären Völkerrecht von besonderer Bedeutung, können die genauen Auswirkungen einer Kampfhandlung nur selten mit völliger Gewissheit vorausgesagt wer-

---

nahe, dass das Gericht es für möglich hielt, dass ein aus objektiver ex-ante-Sicht vernünftiges Handeln bereits den objektiven Verstoß gegen Konfliktvölkerrecht und nicht erst das Verschulden entfallen lässt.

220 Aus diesem Grund sogar für eine Ausweitung des ex-ante-Standards auf Menschenrechte im bewaffneten Konflikt Steiger, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance, S. 289 f, dazu näher s.u. 2. Kap., II.; für einen allgemeinen ex-ante-Maßstab auch Boutruche, in: Clapham/Gaeta/Sassòli, 1949 Geneva Conventions, A Commentary, S. 573 Rn. 33; Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321 (370–374); Sassòli, Additional Protocols 40 Years Later, S. 2; HPCR Advanced Practitioner's Handbook, S. 34; Milanovic, EJIL: Talk!, 14. Januar 2020; aA Hill-Cawthorne, EJIL: Talk!, 29. November 2018.

221 Gillard, Chatham House Report on Proportionality in the Conduct of Hostilities (2018), Rn. 81; ebenso Pictet/Pilloud, in: ICRC Commentary on the Additional Protocols, Art. 57, Rn. 2208, 2210; krit. Haque, Just Security, 29. Januar 2019, der diesen Fall wie Zweifel über die zivile Eigenschaft der von der Maßnahme betroffenen Person behandeln will, dazu sogleich.

222 Vergleichbare Zweifelsregelungen enthalten Art. 5 (2) GK III, Art. 45 (1) ZP I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, sodass sie meistens eine Prognoseentscheidung beinhalten. Insgesamt gehen also „vernünftige Fehlvorstellungen“[223] im ius in bello im Wesentlichen nicht zulasten des Handelnden.

II. Fehlvorstellungen im Recht der Menschenrechte

Ob ein Menschenrecht verletzt wurde, richtet sich grundsätzlich nach den zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bekannten Fakten.[224] Daran ändert auch der in einigen Menschenrechtssystemen existierende Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und der ausführenden Behörden[225] nichts. Denn dieser betrifft die in Begriffen wie dem der Verhältnismäßigkeit beinhalteten *Wertungen*, nicht die Faktenlage, auf der die Maßnahme basiert.[226] Etwas anderes gilt jedoch im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr, das von besonderen Zweckerwägungen geprägt ist[227] und das wegen seiner Ähnlichkeit mit dem Handeln des SR hier von besonderer Bedeutung ist.[228] Der EGMR hatte in einer Reihe von Fällen zu entscheiden, ob ein Staat das Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK verletzt, wenn ein Polizeibeamter einen Bürger in der irrigen Annahme erschießt, von ihm

---

223 Zu diesem Begriff s.o. 1. Kap., III. 1. a, b.

224 Steiger, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance, S. 286, 290; das Gleiche gilt für die EU-GrCh: In Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner hat der EuGH bei der Entscheidung über die Wirksamkeit einer Kommissionsentscheidung von 2000 auch später bekannt gewordene Informationen berücksichtigt, EuGH, Urteil v. 6. Oktober 2015, Rn. 11–25, vgl. auch Rn. 76; s. auch Ismer/von Hesler, The Theory & Practice o. Legisl. 4 (2016), S. 279 (293 f); für die deutschen Grundrechte s. BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 359 (360 f) (Pflicht zur Überprüfung einer Entscheidung anhand späterer Erkenntnisse).

225 S. nur ECHR (Plenary), Sunday Times v. UK, 6538/74, 1979, Rn. 59; auch vor nationalen Verfassungsgerichten sind Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers anerkannt, vgl. für das deutsche Recht Maunz/Dürig/Grzeszick, „Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit“, Rn. 121–123 mwN.

226 Zu dieser Erwägung noch näher s.u. 17. Kap., II. 1.; anders als hier Steiger, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance, S. 290.

227 Ebenso Steiger, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance, S. 290; ähnlich Kretzmer, EJIL 16 (2005), S. 171 (176–183, insb. 179 f) (bei law enforcement genügt „strong evidence“ der Gefahr); weitergehend noch Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 153–163, die das Vorliegen einer Gefährdung von Menschenrechten generell wie im deutschen Gefahrenabwehrrecht beurteilen und die Begriffe der ex-ante-Gefahr, Anscheinsgefahr und Gefahrenverdachts übertragen will.

228 Dazu ausf. unten 4. Kap., III.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gehe eine Gefahr für Leib oder Leben des Polizisten oder für Dritte aus. Anders als Art. 6 (1) ICCPR, Art. 4 (1) American Convention of Human Rights und Art. 4 African Charter on Human and People's Rights nennt Art. 2 EMRK nicht das Verbot der willkürlichen Tötung,[229] sondern bestimmt eine abschließende Zahl von Fällen, in denen eine Tötung zulässig ist. Dazu gehört der „use of force which is no more than absolutely necessary in defence of any person from unlawful violence."[230] Da jedoch weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass die in Art. 2 (2) EMRK aufgezählten Fälle eine willkürliche Tötung iSd übrigen Menschenrechtskonventionen ausschließen,[231] lassen sich die für die EMRK geltenden Grundsätze im Wesentlichen auf die anderen Konventionen übertragen.

Obwohl der Ausnahmetatbestand des Art. 2 (2) EMRK objektiv formuliert ist („*is* […] necessary"), hielt der EGMR bislang die *vernünftige Sichtweise* der handelnden Beamten für entscheidend. Im Fall *McCann*, in dem der Gerichtshof diesen Grundsatz erstmals formulierte, erschossen gibraltarische Soldaten drei Männer, die die Polizei für Terroristen der Irisch-Republikanischen Armee (IRA) hielt und verdächtigte, ein Attentat auf eine Wachwechselzeremonie in Gibraltar zu planen.[232] Bei ihrer Festnahme fehlinterpretierten die Soldaten eine Handbewegung der Männer und nahmen an, diese wollten den Fernzünder einer Autobombe betätigen, obwohl, wie sich später herausstellte, weder Zünder noch Bombe existierten.[233] Der Gerichtshof stellte fest:

> „(T)he use of force by agents of the State […] may be justified under this provision (art. 2–2) where it is *based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time* but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others." [Hervorhebung hinzugefügt][234]

Die Richter bejahten einen „honest belief" und gelangten erst wegen Fehler bei der Planung und Kontrolle der Gesamtoperation zu einer Verlet-

---

229 Art. 6 (1) ICCPR lautet: „No one shall be arbitrarily deprived of his life".
230 Art. 2 (2) (a) EMRK.
231 Kretzmer, EJIL 16 (2005), S. 171 (177); Rodley/Pollard, Treatment of prisoners, S. 253; vgl. auch Nowak, CCPR Commentary, Art. 6, Rn. 14.
232 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 23.
233 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 59–63, 78 f, 196–198.
234 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zung von Art. 2 EMRK.[235] Im Fall *Andronicou und Constantinou*,[236] in dem die zyprische Polizei bei dem Befreiungsversuch einer Geisel den Täter in der irrigen Annahme erschoss, dieser bedrohe die Polizeibeamten und die Geisel noch unmittelbar mit einer Schusswaffe,[237] fügte er der Passage des *McCann*-Urteils hinzu:

> „(T)he Court cannot with detached reflection substitute its own assessment of the situation for that of the officers who were required to react in the heat of the moment in what was for them a unique and unprecedented operation to save life."[238]

Diese Grundsätze hat der EGMR seither mehrfach bestätigt, etwa im Fall *Bubbins*,[239] in dem ein Polizeibeamter auf einen vermeintlichen Wohnungseinbrecher schoss, von dem er sich bedroht glaubte, im Fall *Giuliano und Gaggio*,[240] in dem sich ein Polizist, dessen Fahrzeug von Demonstranten umringt wurde, in Lebensgefahr wähnte und einen Warnschuss abgab, der einen Demonstranten tötete, sowie im Fall *Brady*,[241] in dem ein Polizist den Täter eines Raubüberfalles bei seiner Festnahme erschoss, weil dieser eine Handbewegung mit einer Taschenlampe machte, die der Polizist für eine Waffe hielt. Das Gericht verneinte jeweils eine Verletzung von

---

235 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 202–214; laut Steiger, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance, S. 290 soll dadurch letztlich doch eine ex-post-Kontrolle Eingang in die Prüfung finden. Das ist zweifelhaft. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Kontrolle und Organisation soll verhindern, dass es überhaupt erst zu unübersichtlichen Situationen kommt, in denen Irrtümer wahrscheinlich sind. Damit betrifft diese Erwägung nur die Pflicht zur Vermeidung von Irrtümern. Das Gericht bleibt dabei durchgehend in einer ex-ante-Perspektive.

236 ECHR (Chamber), Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 86/1996/705/897, 1997.

237 Er hatte bereits einmal auf den als erstes eintretenden Polizeibeamten und die Geisel geschossen, hielt aber, wie sich später herausstellte, als die beiden ihn tödlich verletzende Polizeibeamten eintraten und schossen, keine Waffe mehr in den Händen, ECHR (Chamber), Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 86/1996/705/897, 1997, Rn. 9–87, 191.

238 ECHR (Chamber), Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 86/1996/705/897, 1997, Rn. 192. Anders als die Mehrheit hielt Judge Pekkanen die Annahme, der Täter habe andere Waffen als sein Gewehr zur Verfügung gehabt, für unbegründet und meint, diese Vermutung hätte vor dem Einsatz verifiziert werden müssen (Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion, S. 56).

239 ECHR (3rd Section), Bubbins v. UK, 50196/99, 2005, Rn. 138 f.

240 ECHR (Gr. Ch.), Giuliano and Gaggio v. Italy, 23458/02, 2011, 178 f.

241 ECHR (3rd Section), Brady v. UK, 55151/00, 2001, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 2 EMRK, weil es die Situationseinschätzung der Polizisten für „honest“[242] und „derived from good reasons“[243] hielt. Von dieser Rechtsprechung ausgehend lag bislang eine Beurteilung nach *objektiver ex-ante-Sicht* nahe, die auch die Inter-Amerikanische[244] und die Afrikanische[245] Menschenrechtskommission zugrunde legen. Auch die relevanten UN-Rechtsquellen des Art. 3 des Code of Conduct for Law Enforcement Officials der UN-Generalversammlung[246] und des neunten Prinzips der Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials lassen sich in diesem Sinne verstehen.[247] So stellt der offizielle Kommentar für den Ausdruck „when strictly necessary“ in Art. 3 des Code of Conduct klar, dass Gewalt nur zulässig ist „*as is reasonably necessary under the circumstances* for the prevention of crime […]“.[248] Principle 9 der Basic Principles lässt für die Berücksichtigung der subjektiven Vorstellung des Beamten Raum, indem es von vornherein als Finalsatz („to prevent“) formuliert ist. Auch für Art. 6 ICCPR kann nichts anderes gelten.[249]

---

242 ECHR (3rd Section), Bubbins v. UK, 50196/99, 2005, Rn. 140; ECHR (Gr. Ch.), Giuliano and Gaggio v. Italy, 23458/02, 2011, Rn. 21–24; 186–194; ECHR (3rd Section), Brady v. UK, 55151/00, 2001, S. 8.

243 ECHR (3rd Section), Brady v. UK, 55151/00, 2001, S. 8.

244 Vgl. Corumbiara v. Brazil, Report N°32/04 Case 11.556 (2004), Rn. 180.

245 Vgl. Kazingachire, Chitsenga, Chemvura, Hadzisi v. Simbabwe, Communication 295 (2004), Rn. 116; zu beiden s. Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016.

246 UN Doc. A/RES/34/169 (1979), Art. 3 lautet: „Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty“.

247 Angenommen vom 8. UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (1990), Principle 9 lautet: „Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life.“

248 Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary, Art. 3 (a); wenn der Satz auch objektiv formuliert ist, legt der Ausdruck „under the circumstances“ nahe, dass man ihn lesen muss wie „as *appears* reasonable“.

249 Die insoweit wenig eindeutige Aussage des Human Rights Committee in de Guerrero v. Colombia, Communication No. R.11/45, Rn. 13.2 („There is no evidence that the action of the police was necessary in their own defence“) mag dem Umstand geschuldet sein, dass in dem Fall jeder Anhaltspunkt für einen Angriff der Getöteten fehlte. Dass das Human Rights Committee eine ex-post-Notwendigkeit verlangt, liegt fern.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In einem Aspekt hat der EGMR jedoch dieses Bild 2016 im Fall *Armani Da Silva* getrübt, in dem britische Polizeibeamte einen Mann erschossen, den sie mit einem gesuchten Gefährder verwechselten. Offensichtlich darum bemüht, das *vollständig subjektive* englische Notwehrrecht[250] mit Art. 2 EMRK zu vereinbaren[251] und sein Urteil dennoch in eine Linie mit seiner früheren Rechtsprechung zu stellen, führte das Gericht aus, dass mit „good reasons" nicht eine „objective reasonableness" gemeint sei, sondern, dass der Irrtum „subjectively reasonable" sein müsse: „that is, it was […] based on subjective good reasons".[252] Mit dieser fragwürdigen Formulierung legten die Richter wohl eine vollständig subjektive Beurteilung zugrunde. Denn auch ein „subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab" – die einzig sinnvolle Bedeutung des Begriffs „subjective good reasons", da er die Beamtenvorstellung zumindest an gewissen objektiven Anforderungen mäße[253] und die Einschränkung nur so überhaupt einen Zweck erfüllte – konnte angesichts des englischen Notwehrrechts nicht gemeint sein. Dass die Richter von der Richtigkeit dieser Position selbst nicht überzeugt waren, schimmert in ihren Ausführungen zur (objektiven) Nachvollziehbarkeit des Irrtums durch.[254] Es bleibt daher abzuwarten, ob es der EGMR mit dieser völlig versubjektivierten Sicht ernst meint oder doch zu den *McCann*-Grundsätzen zurückkehrt.[255]

Nach der Rechtsprechung des EGMR sind nicht nur *Irrtümer*, für die es „good reasons" gibt, unschädlich. Wie sich aus dem Urteil *Andronicou und Constantinou* ergibt, kann selbst ein Fehlverdacht eine Handlungsbefugnis

250 Dazu s.u. 8. Kap., I. 4.

251 Im Ausgangspunkt hätte es dafür wohl genügt, die öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeit des Vorfalls und staatliche Verantwortlichkeit Großbritanniens, nicht die *strafrechtliche Verantwortung des handelnden Polizeibeamten* als relevanten nationalen Standard heranzuziehen (zumindest soweit kein grob fahrlässiges Polizeihandeln vorlag, da dieses eine strafrechtliche Verfolgung verlangen mag, so ECHR, Armani Da Silva v. UK, Joint Dissenting Opinion Karakaş, Wojtyczek, Dedov, 5878/08, 2016, Rn. 5; Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016). In England stimmen jedoch beide Standards miteinander überein, s.u. 16. Kap. 4.

252 ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 244–248, insb. Rn. 248.

253 Denn der Beamte würde dann mit einem vernünftigen Beamten mit seinen Kenntnissen, Fähigkeiten und Defiziten verglichen, näher s.u. 10. Kap., IV. Das Urteil so deutend R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 83.

254 ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 253 f.

255 Krit. auch ECHR, Armani Da Silva v. UK, Joint Dissenting Opinion Karakaş, Wojtyczek, Dedov, 5878/08, 2016, Rn. 4–6; Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründen, hielten die schießenden Polizeibeamten das weitere Vorhandensein einer Waffe doch nur für *möglich*, ohne vollends davon überzeugt zu sein. Eine Aussage zur erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle lässt sich der Entscheidung hingegen nicht entnehmen.[256]

III. Fehlvorstellungen im Recht der Staatenverantwortlichkeit

Auch wenn bisweilen als „objektives Haftungsprinzip" bezeichnet,[257] verhält sich das Recht der Staatenverantwortlichkeit wie festgestellt neutral zu der Frage, ob die Verantwortlichkeit eines Staates Vorsatz oder Verschulden voraussetzt: Dies hängt allein vom Inhalt der verletzten Primärnorm ab.[258] Der Tatsachenirrtum als solcher lässt auch nicht die Rechtswidrigkeit entfallen.[259] Allenfalls mag ein Irrtum einem der in Kapitel V ARSIWA genannten Ausschlussgründe wie der Force majeure iSd Art. 23 ARSIWA nur zugrunde liegen.[260] Mit der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung als solcher und dem Fehlen einer allgemeinen Irrtumsregel ist aber noch nichts darüber gesagt, *aus welcher Perspektive* sich die tatsächlichen Voraussetzungen der die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstände beurteilen.

---

256 Zwar lassen sich zwei Formulierungen isoliert so lesen, als ob jedes Für-Möglich-Halten ausreiche, Rn. 192: „He (Officer no. 2) also believed that Lefteris Andronicou might have other weapons" und Rn. 81: „He (Officer no. 1) had been told that it could not be excluded that Lefteris Andronicou might have had another weapon, for example a knife, which he could have used to kill the young woman". Da die Gefahr eines weiteren Schusses aber objektiv hoch war – der Täter hatte bereits einmal geschossen –, ginge diese Deutung wohl zu weit.

257 Krit. zu diesem Begriff Crawford, State Responsibility, S. 61, Fn. 55.

258 S.o. 1. Kap., IV. 1. c, Fn. 165.

259 S.o. 1. Kap., IV. 1. c, Fn. 166 und begleitender Text.

260 Vgl. Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 262, zu dem Beispiel, dass ein Fehler der Steuerungstechnik zu einem Irrtum über den Standort eines Flugzeugs führt. Damit Art. 23 ARSIWA erfüllt ist, müsste der Fehler extern sein. Die aus einem unüberwindbaren oder unvorhersehbaren Ereignis folgende Unmöglichkeit der *Kenntnis* der Völkerrechtswidrigkeit des Handelns hatte Ago ursprünglich als von der force majeure zu unterscheidenden *cas fortuit* vorgesehen, vgl. Art. 31 (1) ILC Draft Articles von 1997. Crawford verzichtete auf diese Variante, weil er sie als von der force majeure umfasst ansah und die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als solche nicht für erforderlich hielt, Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 262.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sämtliche Ausschlussgründe des Kapitels V sind vollständig objektiv formuliert. Necessity iSd Art. 25 ARSIWA setzt etwa voraus, dass „the act *is* the only way for the State to safeguard an essential interest […]".[261] Das Gleiche gilt für die Voraussetzungen der Einwilligung (Art. 20), der Force majeure (Art. 23), des Distress (Art. 24) und der Gegenmaßnahme (Art. 22 iVm 49–54 ARSIWA). Für das Selbstverteidigungsrecht lässt sich keine Aussage treffen, bezieht sich Art. 21 ARSIWA doch schlicht auf die UNC, deren Selbstverteidigungsnorm des Art. 51 noch genau untersucht wird.[262] Die objektiven Formulierungen sind bemerkenswert vor dem Hintergrund, dass im Common Law die inhaltlich ähnlichen Notstands- und Notwehrregelungen überwiegend subjektiv gefasst sind („when the actor *believes* that [force is necessary]").[263] Tatsächlich wird für einige Ausschlussgründe des Kapitels V ARSIWA – namentlich die Einwilligung, Gegenmaßnahme und Force majeure – angenommen, ihre Voraussetzungen müssten sämtlich ex post vorliegen.[264]

Doch liegen die Dinge bei anderen Gründen anders. So wird, erstens, die Bedingung des Distress, der Handelnde dürfe *keine andere vernünftige Möglichkeit* haben, um das gefährdete Leben zu retten, von *Szurek* (in Abgrenzung vom „material element" der Gefahr) als „psychological element" bezeichnet, das sich nach der *vernünftige Vorstellung* des Handelnden beurteile.[265] *Crawford*, der den Artikelentwurf als Sonderberichterstatter von 1997 an bis zu seiner Annahme durch die ILC im Jahr 2001 maßgeblich prägte, teilt diese Auffassung.[266] Soweit er betont, dass es sich nicht um einen subjektiven Test handle, geht es auch ihm darum, dass die Vorstellung (objektiv) *vernünftig* sein muss.

---

261 Hervorhebung hinzugefügt.

262 Art. 21 ARSIWA wird nur für andere Primärpflichten als Art. 2 (4) UNC relevant, s.o. 1. Kap., IV. 1. c; die Identität der Voraussetzungen kam noch deutlicher in Agos Entwurf von 1980 zum Ausdruck, Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 124; dazu, dass Art. 21 ARSIWA nicht genau auf Art. 51 UNC verweist s. Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 295.

263 So zB Section 3.04 (1) MPC, s. ausf. unten 8. Kap., I. 3., 4. Tatsächlich schlug Crawford für den distress eine versubjektivierte Formulierung vor, dazu sogleich Fn. 268.

264 Vgl. ARSIWA, Commentaries zu Art. 20, 22 und 23, die allgemein vom tatsächlichen Vorliegen der Voraussetzungen ausgehen; s. auch Mansour, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 441 (zur Einwilligung), Szurek, in: ebd. S. 477 (zur Force majeure).

265 Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 482 f.

266 Crawford, State Responsibility, S. 303 f; vgl. auch ebd. S. 304.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Derselbe Grundsatz sollte nach *Crawfords* zweitem ILC-Bericht beim Distress, zweitens, auch für die *Gefahr* gelten:

> „Clearly, the threat to life must be apparent and have some basis in fact, but is it sufficient that the agent who acted under distress reasonably believed that the danger existed? Or does that agent act at peril, so that if a later and detailed examination shows this was not in truth the case (however it may have appeared at the time), distress will not be available to excuse the breach? In cases of genuine distress there may be neither the time nor the personnel to conduct a proper medical or other examination before acting. *In such cases, the agent should be entitled to act on the basis of a reasonable belief as to a situation of distress*. For these reasons article 32 should be framed in terms of a reasonable belief in a life-threatening situation."[267] [Hervorhebung hinzugefügt]

Aus *Crawfords* Formulierungsvorschlag „if the author *reasonably believed* that there was no other way, in a situation of distress, of saving that person's own life […]"[268] wurde jedoch „if the author has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life […]". Sieht man in dem Ausdruck „has no other reasonable way" überhaupt Spielraum für eine Versubjektivierung auf eine objektive ex-ante-Sicht,[269] scheint sich diese nur auf das Fehlen einer vernünftigen Alternative, nicht auf das Vorliegen der *situation of distress* zu beziehen. In diese Richtung weist auch der Umstand, dass sich die zitierte Passage aus *Crawfords* zweitem Bericht nicht im ILC-Kommentar niedergeschlagen hat, sondern dieser für das Merkmal der Gefahr einen ex-post-Maßstab andeutet.[270] Auf der anderen Seite mag man *Crawfords* Appell nach einer Umformulierung mit der Einfügung des Wortes „reasonable" berücksichtigt sehen und seine ursprüngliche Auffas-

---

267 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 273.

268 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 358, Hervorhebung hinzugefügt.

269 Zwar ist „has" objektiv formuliert. Die Einfügung des Wortes *reasonable* kann aber als Anknüpfungspunkt für eine ex-ante-Sicht dienen, obwohl Crawford damit gerade eine Verobjektivierung bezweckte. Denn damit wird implizit an die Perspektive des Handelnden angeknüpft.

270 Vgl. Art. 24 ARSIWA, Commentary (4) („In fact, the danger to one of the officers […] was real"), Zweifel weckt auch eine Passage des Rainbow Warrior Arbitral Award, 1990, RIAA XX, S. 215 (Rn. 79), die als Voraussetzung des Art. 24 ARSIWA nennt: „The existence of very exceptional circumstances […], provided always that a prompt recognition of the existence of those exceptional circumstances is subsequently obtained from the other interested party or is clearly demonstrated".

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sung für gültig halten.[271] Hierfür lässt sich auch die häufig wiederholte These anführen, anders als bei der Force majeure handle der Akteur beim Distress zwar nicht ohne Willen,[272] seine Entscheidungsfreiheit sei durch die Gefahrensituation aber faktisch aufgehoben.[273] Kommt es auf die Entscheidungsfreiheit an, erscheint es konsequent, die Voraussetzungen des Distress insgesamt aus der (vernünftigen) Perspektive des Akteurs zu beurteilen.

Nach dem ILC-Kommentar ist, drittens, das Merkmal der Gefahr im Rahmen der Necessity iSd Art. 25 ARSIWA objektiv ex ante zu beurteilen:

> „In the Gabčíkovo-Nagymaros Project case the Court noted that the invoking State could not be the sole judge of the necessity, but a measure of uncertainty about the future does not necessarily disqualify a State from invoking necessity, if the peril is clearly established *on the basis of the evidence reasonably available at the time*."[274] [Hervorhebung hinzugefügt, Fn. weggelassen]

Diese nicht von allen geteilte[275] Sichtweise begründete *Crawford* in seinem zweiten ILC-Bericht mit dem entsprechenden Umgang mit wissenschaftlichen Unsicherheiten im Umwelt- und im WTO-Recht.[276] Er sprach sich

---

271 So i. Erg. wohl Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 483, die ebenjene Passage des Sonderberichterstatters in ihre Analyse integriert.

272 S. schon Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 1; Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 102 f; Art. 23 ARSIWA, Commentary (1), Art. 24 ARSIWA Commentary (1); mit unwillentlich („involuntarily") meint Crawford aber nicht vorsatzlos, sondern reflexartig, Crawford, State Responsibility, S. 295 Fn. 132.

273 Art. 24 ARSIWA, Commentary (1); Crawford, State Responsibility, S. 301; Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 483; vgl. auch Lissitzyn, AJIL 47 (1953), S. 559 (588), nicht zwischen distress und force majeure unterscheidend; weniger wird dieser Aspekt betont bei Ago, der beim state of necessity (einen distress unterschied er nicht) das willentliche Handeln in den Vordergrund stellte, vgl. Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 102.

274 Art. 25 ARSIWA, Commentary (16); der Gedanke, dass sich das Vorliegen einer necessity nicht nach der subjektiven Einschätzung einer Partei bestimmt, findet sich auch in ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 222, 282 (zu Art. XXI GATT).

275 Vgl. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 51980, demzufolge der état de nécessité jedenfalls bis zum zweiten Weltkrieg die „existence *réelle* de toutes les conditions qui ont été énumérées" [Hervorhebung hinzugefügt] voraussetzte.

276 Dazu s.u. 2. Kap., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur deshalb gegen eine Änderung des Wortlautes aus, um die Einrede der Necessity eng begrenzt zu halten.[277] Die IGH-Richter im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall verlangten für die damalige ILC-Version des state of necessity[278] eine „'peril' duly established at the relevant point of time" (dem Handlungszeitpunkt), an anderer Stelle eine „*real*, 'grave' and 'imminent' peril".[279] Trotz dieser für eine ex-post-Betrachtung sprechenden Wortwahl stellte das Gericht anschließend durchgängig auf die zum Handlungszeitpunkt erkennbaren Umstände ab[280] und beurteilten das Vorliegen der Gefahr somit objektiv ex ante. Die zum Handlungszeitpunkt bestehende *Möglichkeit* eines Schadens hielt es dabei nicht für ausreichend. Es müsse eine bereits nachweisbare Gefahr vorliegen, die „sufficiently certain" sei.[281]

Diese nach den Ausschlussgründen und ihren Voraussetzungen differenzierende Sichtweise zieht der ILC-Kommentar auch nicht mit dieser Passage in Zweifel:

> „A State taking countermeasures acts at its peril, if its view of the question of wrongulness turns out not to be well founded. A State which resorts to countermeasures based on its unilateral assessment of the situation does so at its own risk and may incur responsibility for its own wrongful conduct in the event of an incorrect assessment. *In this respect there is no difference between countermeasures and other circumstances precluding wrongfulness*."[282] [Hervorhebung hinzugefügt]

Denn wie der ausdrückliche Hinweis auf „[the state's] view of the question of wrongfulness" im ersten Satz zeigt, dürfte sich das erwähnte Beurteilungsrisiko, das beim handelnden Staat verbleiben soll, auf die *rechtliche* Beurteilung der Sachlage, und nicht auf die korrekte Wahrnehmung der Tatsachen beziehen.[283]

Über die für die Voraussetzungen der verschiedenen Ausschlussgründe maßgebliche Sichtweise lässt sich also kein einheitliches Urteil fällen. Während für viele Merkmale entsprechend dem Wortlaut der ILC-Artikel eine ex-post-Betrachtung zugrunde gelegt wird, werden bestimmte Bedingungen – das Fehlen einer vernünftigen Alternative bei Art. 24, die Gefahr bei Art. 25 und möglicherweise auch die Gefahr bei Art. 24 ARSIWA –

277 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 290 f.
278 Vgl. Art. 33 Draft Articles on State Responsibility with Commentaries von 1997.
279 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 54, Hervorhebung hinzugefügt.
280 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 52–57.
281 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 54, 56.
282 Art. 49 ARSIWA, Commentary (3).
283 Anders dagegen Milanowic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überwiegend aus der objektiven ex-ante-Sicht beurteilt. Hier werden also Irrtum, Fehlverdacht und Fehlprognose zugunsten des Akteurs berücksichtigt, solange sie vernünftig waren.

IV. Fehlvorstellungen im Umwelt- und Gesundheitsvölkerrecht

Wie *Crawford* im zweiten ILC-Bericht erkannte, ist der staatliche Hoheitsträger auch im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass das Bestehen von Risiken häufig nicht zweifelsfrei feststeht, ihre mögliche Realisierung aber bereits gegenwärtige Schutzmaßnahmen erforderlich macht. Da Umweltprozesse hochkomplex sind und vergleichsweise langsam ablaufen, ist die Unsicherheit, die umweltwissenschaftlichen Voraussagen anhaftet, besonders hoch.[284] Damit umweltschützende Bestrebungen nicht gelähmt werden,[285] hat sich in diesem Bereich das *Vorsorgeprinzip* durchgesetzt.[286] Dieses stammt ursprünglich aus dem nationalen Recht,[287] hat sich in Principle 15 der Rio Declaration on Environment and Development niedergeschlagen[288] und findet sich heute in nahezu jedem multilateralen umweltrechtlichen Vertrag.[289] Wenn sein genauer Inhalt und Umfang auch umstritten sind,[290] so besteht

284 Vgl. McIntyre/Mosedale, J. Envt'l. L. 9 (1997), S. 221 (221); Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (187); Ellis/FitzGerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779 (783).

285 McIntyre/Mosedale, J. Envt'l. L. 9 (1997), S. 221 (221).

286 Für einen Überblick über die umfangreiche Literatur zum umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip s. Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (185); vgl. auch Ellis, EJIL 17 (2006), S. 445 („overexploitation of a valuable ressource?").

287 Genauer gesagt aus dem deutschen Recht, vgl. Stevens, Sust. Dev. L. & Pol. 2 (2002), S. 13 (13); zum dortigen Vorsorgeprinzip sowie zur Rechtslage in Frankreich und Belgien s. de Sadeleer, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 9 (2002), S. 144 (144–150).

288 Report of the UN Conference on Environment and Development, A/CONF.151/26 (Vol. I), Annex I, Principle 15: „In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation".

289 Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (185).

290 Für einen Überblick über die wichtigsten Streitfragen s. Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (186–195).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über den zentralen (gewohnheitsrechtlich anerkannten)[291] Kern des Prinzips Einigkeit: Staatliche Maßnahmen zum Schutz vor schweren und irreversiblen Umweltschäden sind auch dann zulässig, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und den Schäden nicht vollständig bewiesen ist.[292] Ausreichend ist, dass auf Grundlage der verfügbaren Informationen hinreichende Gründe[293] für die Annahme des Risikos eines solchen Schadens bestehen. Damit verlagert das Vorsorgeprinzip das Risiko vernünftiger Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und Fehlprognosen von dem Urheber der Maßnahme auf die von ihr betroffenen Akteure. Denn ob der Autor der Maßnahme von gegenwärtigen Umständen fälschlicherweise überzeugt ist, sie fälschlicherweise vermutet oder sich ein tatsächlich bestehendes Risiko schlicht nicht realisiert hätte, ist gleichgültig. Die Vernünftigkeit der Maßnahme richtet sich unter anderem nach einer Abwägung der mit einem Tätigwerden oder Untätigbleiben verbundenen Vor- und Nachteile.[294] Die Maßnahmen sind an etwaige neue wissenschaftliche Erkenntnisse anzupassen, obwohl eine absolute zeitliche Beschränkung nicht existiert.[295]

Ob das Vorsorgeprinzip über das Umweltrecht hinaus – insbesondere im Bereich des Gesundheitsschutzes – Geltung beansprucht, wird unter-

---

291 Sands/Peel/Fabra/MacKenzie, Principles of International Environmental Law, S. 228; Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (187 f); J. Cameron, in: O'Riordan/J. Cameron, Interpreting the Precautionary Principle, S. 263 (283); aA Gündling, Int'l J. Estuarine & Coastal L. 5 (1990), S. 23 (30).

292 Wie hier s. J. Cameron/Abouchar, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 14 (1991), S. 1 (2); s. auch Ellis/FitzGerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779 (782–784); die Unsicherheit kann sich auch auf den Umfang oder die Auswirkungen des Risikos beziehen, vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 5.1.

293 Das Wahrscheinlichkeitsmaß wird unterschiedlich formuliert, aber im Wesentlichen wie hier verstanden, vgl. Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (188); Trouwborst, Precautionary Rights and Duties, S. 116; Cooney, Precautionary Principle, S. 7 („reasonable grounds for concern"); Lemons/Shrader-Frechette/Cramer, Foundations of Science 2 (1997), S. 207 (210) („good reason to expect […] damage"); Matthee/Vermersch, J Agr. & Envt'l Ethics 12 (2000), S. 59 (60) („reasonable fear").

294 S. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.4.

295 Trouwborst, Precautionary Rights and Duties, S. 188–190. Weitere Anforderungen der Europäischen Kommission sind das Diskriminierungsverbot, das Kohärenzgebot und die Verfolgung der wissenschaftlichen Entwicklung vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.2, 6.3.3, 6.3.5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schiedlich beurteilt.[296] Jedenfalls wird auch hier das Irrtums- und Prognoserisiko ein Stück von den Staaten auf die von den Schutzmaßnahmen betroffenen Akteure verlagert. Das im Rahmen der WTO geschlossene SPS-Abkommen[297] etwa enthält in seinem Art. 5 detaillierte Regeln für die Bewertung von Risiken im Bereich des Gesundheits- und Pflanzenschutzes. Einer Risikobewertung bedarf es, wenn ein Staat ein höheres Schutzniveau erzielen will als internationale Standards gewährleisten, Art. 3 (3) SPS-Abkommen. Art. 5 SPS-Abkommen belegt, dass es für die Rechtmäßigkeit der *Einführung* einer sanitären oder phytosanitären Maßnahme auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem sie getroffen wird. Denn eine Pflicht zur Risikobewertung vor Einführung einer SPS-Maßnahme ergibt nur einen Sinn, wenn das Ergebnis dieser Bewertung auch an den Erkenntnissen gemessen wird, die dem Mitglied zu diesem Zeitpunkt bekannt waren. Hierfür spricht auch der Bezug auf „*verfügbare* wissenschaftliche Beweise" (Art. 5 (2)) sowie auf „eine *den Umständen entsprechende* Bewertung" (Art. 5 (1) SPS-Abkommen).[298] Eine Maßnahme wird also nicht rückwirkend rechtswidrig, wenn sich eine ex ante vernünftige wissenschaftliche Annahme, auf der die Maßnahme beruht, durch neue Erkenntnisse ex post als falsch herausstellt. Dabei darf sich der Staat auch auf eine wissenschaftliche Minderauffassung stützen, solange sie aus qualifizierten und anerkannten Quellen stammt.[299] Auch hier ist die Maßnahme aber an neue Erkenntnisse anzupassen, vgl. Art. 2 (2) SPS-Abkommen.[300] Ihre Aufrechterhaltung beurteilt sich insoweit ex post.[301]

---

296 Dafür die europäischen Institutionen, vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 4; EuGH, Sogenannter Rinderwahnsinn, Urteil v. 5. Mai 1998, Rn. 62–64; Laowonsiri, Max Planck UNYB 14 (2010), S. 565 (577–591); dagegen Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185 (190 f), der meint, die EU fechte mit ihrer Auffassung einen einsamen Kampf aus (ebd. S. 190).

297 Übereinkommen über die Anwendung sanitärer und phytosanitärer Maßnahmen v. 15. April 1994.

298 Hervorhebungen hinzugefügt.

299 WTO Appellate Body, *EC – Hormones*, Rn. 194.

300 Vgl. auch WTO Appellate Body, *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 708 („scientific progress may lead a WTO Member and international organizations to reconsider the risk assessment underlying an SPS measure").

301 So erklärt sich auch die Feststellung des Panel-Berichts in *Japan – Apples*, Rn. 7.10: „[A]n assessment of the compatibility of a measure with Article 2.2 is made at the time the matter is reviewed by the Panel"; vgl. auch Gruszczynski, Ottawa L & Techn. J 6 (2009), S. 53 (75 f), der anders als hier nicht zwischen Einführung und Aufrechterhaltung der Maßnahme unterscheidet.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für den Fehlverdacht besonders interessant ist Art. 5 (7) SPS-Abkommen, der eine spezielle Regel für den Fall enthält, dass der „wissenschaftliche Beweis unzureichend" ist, und zwar derart, dass eine Risikobewertung nach Art. 5 (1) SPS unmöglich ist.[302] Dann sind nur *vorübergehende* Maßnahmen zulässig und es besteht eine Pflicht zur Beschaffung nötiger Zusatzinformationen sowie zur Überprüfung der Maßnahme. Auch hier beurteilt sich die Einführung der Maßnahme (Art. 5 (7) S. 1) objektiv ex ante, die Frage ihrer Aufrechterhaltung (Art. 5 (7) S. 2 und 3) ex post.[303] Nach dem Appellate Body hat in Art. 5 (7) SPS-Abkommen das Vorsorgeprinzip Berücksichtigung gefunden.[304] Daher sei die Pflicht, zusätzliche Informationen zu beschaffen und die Maßnahme zu überprüfen, im Lichte etwaig bestehenden Zeitdrucks zu beurteilen.[305]

Mag das Lebensmittelrecht die Vorläufigkeit der Maßnahmen auch stärker betonen als das Umweltvölkerrecht,[306] so führt das Vorsorgeprinzip im

302 WTO Appellate Body, *Japan – Apples*, Rn. 179; *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 674. Damit umfasst Art. 5 (7) SPS-Abkommen Fälle, in denen die verfügbaren Beweise in quantitativer Hinsicht mehr als minimal sind, jedoch nicht zu verlässlichen und schlüssigen Ergebnissen führen, vgl. WTO Appellate Body, *Japan – Apples*, Rn. 185. Bestehen zwar Unsicherheiten, ist aber eine Risikobewertung möglich, greift Art. 5 (1), WTO Appellate Body, *Australia — Apples*, Rn. 244. In *Japan – Apples*, Rn. 184 hat der Appellate Body zwar begrifflich zwischen wissenschaftlicher Unsicherheit und dem Fehlen genügender Beweise iSd Art. 5 (7) SPS-Abkommen unterschieden. Der Sache nach umfasst Art. 5 (7) SPS-Abkommen aber in jedem Fall Unsicherheiten wie die Unfähigkeit, ein Phänomen zu erklären, und Kenntnisdefizite, wie hier Gruszczynski, Ottawa L & Techn. J 6 (2009), S. 53 (68–71).

303 Vgl. WTO Panel Report, *EC – Biotech Products*, Rn. 7.3252–3255; vgl. auch WTO Panel Report *Japan – Apples*, Rn. 7.10, der nicht zwischen den beiden Sätzen unterscheidet; krit. zu *EC – Biotech Products* auch Gruszczynski, Ottawa L & Techn. J 6 (2009), S. 53 (76).

304 WTO Appellate Body, *EC – Hormones*, Rn. 124 f; Ellis und FitzGerald sehen in der gewählten Formulierung des Appellate Body Raum für Flexibilität in der Zukunft, vgl. Ellis/FitzGerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779 (797).

305 WTO Appellate Body, *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 680; das Vorsorgeprinzip auch bei Art. 5 (1) und (2) SPS-Abkommen für relevant haltend Laowonsiri, Max Planck UNYB 14 (2010), S. 565 (586–590).

306 Vgl. Laowonsiri, Max Planck UNYB 14 (2010), S. 565 (577); Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.5: „Diese Voraussetzungen [die Einschränkungen des Art. 5 (7) SPS-Abkommen] gelten somit nur im Anwendungsbereich des SPS-Übereinkommens, aber es könnte sein, daß in Bereichen wie z. B. der Umwelt teilweise andere, den Besonderheiten des jeweiligen Sektors entsprechende Grundsätze gelten."

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ergebnis in beiden Bereichen dazu, dass sich vernünftige Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und Fehlprognosen zugunsten des die Maßnahme ergreifenden Staates auswirken.

V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Alle untersuchten Regelungssysteme des Völkerrechts berücksichtigen unter bestimmten Umständen vernünftige Fehlvorstellungen zugunsten des handelnden Akteurs. Es wäre vorschnell, daraus zu schließen, dass für das ius contra bellum nichts anderes gelten kann. Doch dass selbst als „objektiv" bezeichnete Regelungsregime wie das Recht der Staatenverantwortlichkeit bestimmte Fehlvorstellungen nicht ignorieren, gibt jedenfalls dazu Anlass, die Haltung zu überdenken, im Friedenssicherungsrecht bestehe keinerlei Raum für ihre Berücksichtigung.

Die Betrachtung zeigt weiter, dass für die Zugrundelegung einer ex-ante-Perspektive oft spezifische Gründe existieren. Im Konfliktvölkerrecht liegt der Grund in der militärischen Notwendigkeit.[307] Im Recht der Menschenrechte geht die ex-ante-Sicht im Bereich der Gefahrenabwehr darauf zurück, dass den Polizei- und Ordnungsbehörden eine effektive Gefahrenabwehr andernfalls unmöglich wäre.[308] Im Umwelt- und Gesundheitsvölkerrecht soll das Vorsorgeprinzip das Problem lösen, dass die diesen Bereichen innewohnenden wissenschaftlichen Unsicherheiten die Entscheidung sonst stets zulasten der Umwelt und der Gesundheit ausfallen ließen, obwohl diese Rechtsgüter besonders schutzwürdig erscheinen.[309]

Das Friedenssicherungsrecht ist anders als das ius in bello nicht von militärischen Notwendigkeitsbetrachtungen geprägt. Dieses reflektiert das legitime Interesse von Staaten, im einmal ausgebrochenen Konflikt militärische Faktoren zu berücksichtigen,[310] ohne deren Berücksichtigung sich Staaten nicht an das Konfliktvölkerrecht halten würden. Im ius contra bellum, das primär das Ziel verfolgt, den Ausbruch militärischer Konflikte zu

307 S.o. Fn. 220.

308 Vgl. insb. die zitierte Passage aus ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 200, s.o. Fn. 234.

309 Eindrücklich die frühere norwegische Premierministerin Gro Harlem Brundtland: „If we err in our decisions affecting the future of our children and our planet, let us err on the side of caution", Keynote address, Conference on "Action for a Common Future" in Bergen am 8. Mai 1990, zit. von J. Cameron/Abouchar, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 14 (1991), S. 1 (1).

310 Vgl. Schmitt, Virginia J. Int'l L. 50 (2010), S. 795 (799).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vermeiden, ist ein solches Interesse nicht als legitim anerkannt, obwohl auch in dieser Bereich unrealistische Vorgaben schaden können.[311] Die Erwägungen der anderen beiden Regelungsregime mögen hingegen im Friedenssicherungsrecht Geltung beanspruchen: Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystems weisen Ähnlichkeiten mit polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen auf, sodass Effektivitätserwägungen von Bedeutung sein können.[312] Weiter handelt es sich bei den Gefahren, deren Abwendung das Friedenssicherungsrecht erlaubt, zwar nicht um wissenschaftlich schwer ergründbare Langzeitprozesse wie im Umwelt- oder Gesundheitsrecht. Auch im ius contra bellum besteht auf Seiten des handelnden Staates aber ein systematisches Informationsdefizit über die Motive und Pläne der Gegenseite.[313] Berücksichtigte man diese in keiner Weise, setzten sich stets die Interessen der einen Seite zulasten der der anderen Seite durch. Dass es sich beim Umwelt- und Gesundheitsschutz anders als beim Einsatz von Gewalt um ein in seinem Grundsatz billigenswertes Ziel handle, ist ein vordergründiger Einwand: Der im Einklang mit dem Friedenssicherungsrecht ausgeführte Gewalteinsatz verfolgt ebenfalls ein legitimes Ziel, nämlich die Wahrung des internationalen Friedens (bei der autorisierten Gewaltanwendung), die staatliche Souveränität (bei Selbstverteidigung), die Beendigung massiver Menschenrechtsverletzungen (bei der humanitären Intervention) oder den Schutz von Staatsangehörigen (bei ihrer Rettung). Umgekehrt beeinträchtigen auch umwelt- und gesundheitsschützende Maßnahmen schutzwürdige Interessen, und zwar die in der Regel wirtschaftlichen Interessen der von ihnen nachteilig betroffenen Akteure.

Das Recht der Staatenverantwortlichkeit, das ähnlich wie das nationale Zivilrecht weniger auf Verhaltensnormen als auf der Funktion basiert, Rechtsgüter zu distribuieren,[314] ist das einzige der untersuchten Regelungssysteme, das Fehlvorstellungen bei bestimmten Ausschlussgründen iSd Kapitels V ARSIWA ohne spezifische Erwägungen berücksichtigt. Der zweite ILC-Bericht *Crawfords* und der ILC-Kommentar[315] legen bei den Merkmalen der Gefahr und dem Fehlen einer Alternative schlicht zugrunde, dass der handelnde Akteur seine Entscheidung unter Zeitdruck treffen muss und somit nur die ihm bekannten Tatsachen berücksichtigen kann.

311 Zu dieser Erwägung s.o. in der Einleitung.
312 Näher dazu s.u. 4. Kap., III.
313 S.o. in der Einleitung.
314 Zu dieser normtheoretischen Unterscheidung näher s.u. 9. Kap., III. 3. a.
315 S.o. Fn. 267 und Fn. 273.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auf friedenssicherungsrechtliche Erlaubnissätze (auch wenn sie als solche einen anderen Normcharakter als die Regeln der Staatenverantwortlichkeit besitzen)[316] trifft dieser Aspekt nicht minder zu, weisen ihre Merkmale doch Ähnlichkeiten mit dem der Gefahr iSd Distress oder der Necessity auf.[317]

Insgesamt lässt sich aus dem Gesagten der vorsichtige Schluss ziehen, dass es keinen Widerspruch innerhalb der Völkerrechtsordnung begründete, bestimmte Fehlvorstellungen im Friedenssicherungsrecht zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen. Im Gegenteil bedürfte es guter Gründe, Fehlvorstellungen hier völlig anders zu behandeln als in anderen Bereichen. Für weitergehende Schlüsse unterscheiden sich die untersuchten Regelungsgebiete wohl zu stark von dem des Friedenssicherungsrechts. Es kann sich daher als fruchtbar erweisen, Regelungssysteme in den Blick zu nehmen, die ähnlichere Sachverhalte zum Gegenstand haben. Solche finden sich im nationalen Recht.

3. Kapitel: Eine methodische Besonderheit: Analogien zum Straf- und Polizeirecht

Diese Untersuchung bedient sich ganz überwiegend der klassischen methodischen Werkzeuge zur Ermittlung des geltenden Völkerrechts. Hierfür werden die in Art. 38 IGH-Statut erwähnten Rechtsquellen herangezogen. Die wichtigsten vertragsrechtlichen Normen, die es auszulegen gilt, sind Art. 2 (4), 39 und 51 UNC. Ihre Auslegung richtet sich nach den in Art. 31–33 WVK festgelegten Grundsätzen, die nach verbreiteter Auffassung Völkergewohnheitsrecht entsprechen.[318] Wie sich aus Art. 31 WVK ergibt, stellen der gewöhnliche Wortsinn, die Systematik, Ziel und Zweck

316 S.u. 4. Kap., IV. 1. b im Hinblick auf unilaterale Erlaubnissätze.

317 Zur Übertragung der IGH-Aussagen zum Notstandsrecht im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall auf das vorbeugende Selbstverteidigungsrecht s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 431–433; zur Wesensgleichheit von Selbstverteidigung und Defensivnotstand, ebd. S. 87 f.

318 S. nur ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada), Preliminary Objections, 2004, Rn. 99 (zu Art. 31 WVK); ICJ, Arbitral Award, 1991 (Guinea-Bissau v. Senegal), Rn. 48 (zu Art. 31 und 32 WVK); Ress, Berichte DGVR 23 (1981), S. 7 (11 f); Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 291; einschr. Villiger, Commentary VCLT, Art. 31, Rn. 37–39; aA Schwarzenberger, Virginia J. Int'l L. 9 (1968), S. 1 (19); zur Rspr. eing. Thirlway, British YB Int'l L. 77 (2007), S. 1 (25–30).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sowie die Aspekte des Art. 31 (3) WVK die primären Auslegungskriterien mit gleichrangiger Bedeutung dar.[319] Da die deutsche Sprache nicht authentische Charta-Sprache ist, werden an vielen Stellen dieser Arbeit unmittelbar der englische sowie der Wortlaut anderer authentischer Sprachen verwendet. Genetische Aspekte sind hilfsweise heranzuziehen, wenn die primären Auslegungskriterien die Bedeutung mehrdeutig, dunkel oder sinnwidrig erscheinen lassen, vgl. Art. 32 WVK. Die wichtigste Rechtsquelle neben Völkervertragsrecht ist Völkergewohnheitsrecht,[320] das ebenfalls ausgelegt werden muss.[321] Dieser – im Gegensatz zur induktiven Identifikation von Gewohnheitsrecht – deduktive Prozess[322] richtet sich nach ähnlichen Grundsätzen wie die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, das heißt primär nach systematischen und teleologischen Kriterien.[323] Auch allgemeine Rechtsgrundsätze spielen für die untersuchte Fragestellung eine Rolle. Richterliche Entscheidungen und Lehrmeinungen werden als subsidiäre Rechtsquelle berücksichtigt.

Eine Besonderheit der untersuchten Fragestellung ist, dass sie auffallend an Fragen erinnert, die sich im nationalen Recht stellen. Jede Strafrechtsordnung kennt die häufig tragischen Fälle der sogenannten Putativnotwehr, bei der eine Person gegenüber einer anderen Notwehr übt, weil sie irrig annimmt, von dieser angegriffen zu werden.[324] Die Nähe zu der Situation, in der sich ein Staat über die Voraussetzungen einer Selbstverteidi-

---

319 Villiger, Commentary VCLT, Art. 31 Rn. 29; zu diesen Kriterien in der IGH-Rechtsprechung Thirlway, British YB Int'l L. 77 (2007), S. 1.

320 Zu ihrem Verhältnis s.u. 5. Kap., II., III.

321 ICJ, North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion Tanaka, 1969 (Germany v. Netherlands), S. 181; eing. Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (134–142).

322 Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (134–136); auch die ILC sieht einen gewissen Raum für Deduktion, s. ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 2, Commentary (5).

323 Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (150, 152); North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion Tanaka, 1969 (Germany v. Netherlands), S. 181 („logical and teleological"); Bleckmann, ZaöRV 37 (1977), S. 504 (526–528). Gegen die Einbeziehung auch der *grammatikalischen* Auslegung – dh der maßgeblichen staatlichen Äußerungen und Vertragstexte (ebd. S. 526) – spricht, dass so die Auslegung der *staatlichen Äußerungen* zur Feststellung eines Gewohnheitsrechtsatzes mit der Auslegung *dieses abstrakten Rechtssatzes* nach seiner Feststellung vermischt würden – zwei Prozesse, die Bleckmann selbst voneinander trennen will, ebd. S. 520 f.

324 Als Beispiel sei dieser Fall aus Louisiana erzählt: 1992 klingelten der 16-jährige japanische Austauschschüler Yoshihiro Hattori und sein amerikanischer Gastbruder, zu einer Halloween-Party eingeladen, versehentlich an der falschen

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungslage irrt, liegt auf der Hand. Sie hat viele Stimmen veranlasst, im Friedenssicherungsrecht mit Parallelen zur nationalen strafrechtlichen Notwehr zu argumentieren[325] in Anknüpfung an die Analogie zwischen Individuen und Staaten, die unter den klassischen Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts weit verbreitet war.[326] Für Irrtümer im Kontext des kollektiven Sicherheitssystems lässt sich der Gedanke fortspinnen. Hier liegt die Parallele zum nationalen Polizeirecht nahe: Irrtümer des SR über das Vorliegen einer tatsächlichen Friedensbedrohung weisen starke Ähnlichkeiten mit der Situation eines Polizeibeamten auf, der eine Gefahrenlage annimmt, die ihn zum Eingriff befugte, obwohl sie tatsächlich nicht gegeben ist.[327] Die Berücksichtigung dieser Ähnlichkeiten (die es im Detail noch zu untersuchen gilt)[328] bei der Lösung der völkerrechtlichen Problemstellung wirft jedoch einige methodische Fragen auf.

Adresse. Die Frau des dort wohnenden Ehepaares sah die beiden Jungen in ihren Halloween-Kostümen, erschrak und bat ihren Mann, die Waffe zu holen. Dieser rannte den sich entfernenden Jugendlichen nach. Hattori drehte sich um und ging lächelnd auf den Mann zu, in seinem gebrochenen Englisch erklärend „We're here for the party". Der Mann, der Hattori für einen „Verrückten" hielt, rief „Freeze", was Hattori offenbar nicht verstand und daher keine Folge leistete, und schoss dem Jungen in die Brust. Dieser verstarb noch am selben Ort, s. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 167 f.

325 Für Nachweise speziell im Zusammenhang mit Irrtümern über die Selbstverteidigungslage s.u. Teil 2 Fn. 24; Parallelen zwischen dem Selbstverteidigungsrecht und der Notwehr ziehen auch Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 202 f, zu ihrer Grenze jedoch ebd. S. 199; N. A. Shah, J Conflict & Security L. 12 (2007), S. 95 (95); Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1109, 1115); Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (10 f); Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (435); Genoni, Notwehr im Völkerrecht, S. XXIX, Kap. 2 und 3.

326 Das gilt für Naturrechtler – Grotius, De jure belli ac pacis (1625), Buch II, Kap. I, Rn. III, XVI zur Notwehr und staatlichen Selbstverteidigung; von Pufendorf, De jure naturae et gentium (1672), Buch II, Kap. III, Rn. XXIII – ebenso wie für Positivisten, vgl. Rachel, De jure naturae et gentium dissertationem (1676), Dissertatio altera, Jure Gentium, III; Rutherforth, Institutes of Natural Law (1754–1756), Buch II, Kap. IX, Rn. 5, 7; Textor, Synopsis Juris Gentium (1680), Vol. II, Ch. XXIV, Rn. 29 f; einschr. dagegen Wolff, Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum (1749), Vol. II, Preface, S. 1; de Vattel, Le droit des gens (1758), Buch III, Kap. II, § 6; s. zum Ganzen Dickinson, Yale L. J. 26 (1917), S. 564 (565–575), der dieser Analogie krit. gegenübersteht, ebd. S. 564 (590 f); vgl. auch Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1099–1101).

327 Vgl. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (327), der für den Fall Irak 2003 eine Parallele zum polizeirechtlichen Gefahrenverdacht zieht; Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (189, 191) hingegen zieht die Parallele zur polizeilichen Gefahrenprognose für unilaterale Erlaubnissätze heran.

328 S.u. 4. Kap.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Wesentlichen lassen sich zwei Einwände formulieren: Erstens könnten das Straf- und das Polizeirecht von zu spezifischen Erwägungen geprägt sein, um die dort geltende Grundsätze für das Friedenssicherungsrecht fruchtbar zu machen. Als Ordnung zwischen gleichrangigen Subjekten mag es im Ausgangspunkt gar dem Zivilrecht näherstehen.[329] Zweitens geht es nicht um eine Analogie von einem Völkerrechtsgebiet zu den Regeln eines anderen,[330] sondern (mit Ausnahme des Völkerstrafrechts) um eine Analogie zu Normen des *nationalen* Rechts. Die Heranziehung nationaler Regeln für die Lösung völkerrechtlicher Fragestellungen ist aber problematisch. Beide Einwände greifen ineinander.[331]

I. Ausgangspunkt: Das Verhältnis des nationalen Rechts zum Völkerrecht

Das nationale Recht zählt als solches nicht zu den von Art. 38 (1) IGH-Statut aufgezählten Quellen des Völkerrechts. Nach dem dualistischen Modell stellen das nationale und das Völkerrecht zwei voneinander getrennte Rechtsordnungen dar.[332] Um in der Völkerrechtsordnung Geltung zu beanspruchen, müssten nationale Regeln die Grenzen derjenigen Rechtsordnung verlassen, für die sie bestimmt sind. Das wäre im Ausgangspunkt ähnlich kurios wie die Heranziehung französischer Rechtsnormen innerhalb der deutschen Rechtsordnung. Auch in monistischen Systemen bereitet die Übertragung nationaler Regeln auf das Völkerrecht grundsätzliche Schwierigkeiten: Zwar werden nationales Recht und Völkerrecht hier als Teile derselben Rechtsordnung angesehen,[333] die sich mit *Kelsens* Worten

329 Zu den prominentesten Vertretern von Analogien zum Zivilrecht gehört sicherlich Lauterpacht, s. nur Private Law Sources and Analogies in International Law; The Function of Law in the International Community, S. 115–118; zur Öffnung gegenüber nationalem öffentlichen Recht durch die Generation „nach" Lauterpacht s. Friedmann, AJIL 57 (1963), S. 279 (281).

330 Zur methodischen Zulässigkeit der Analogie im Völkerrecht ausf. Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161–180.

331 Zu den wenigen Autoren, die die häufig gezogene Parallelen zwischen Selbstverteidigungsrecht und Notwehr zu begründen versuchen, gehören Bakircioglu, Self-Defence, S. 189–193 und Rodin, War and Self-Defence, S. 122–162, wobei sich letzterer i. Erg. dagegen ausspricht.

332 S. nur Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, insb. S. 111; Oppenheim, in: Picciotto, Relation of International Law to the Law of England, S. 10.

333 Insb. Kelsen, General Theory of Law and State, S. 325; Kelsen, Principles of International Law, S. 403–447; Jones, British YB Int'l L. 16 (1935), S. 5 (17 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von derselben „Grundnorm" ableiten lassen.[334] Beide Rechtsquellen stammen aber von verschiedenen Akteuren ab und sind nicht auf dieselbe Art und Weise entstanden.[335] Völkerrechtliche Rechte und Pflichten entstehen, wenn ihnen Völkerrechtssubjekte – etwa durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags – zustimmen oder durch andauernde Übung bei bestehender Rechtsüberzeugung zur gewohnheitsrechtlichen Geltung verhelfen.[336] Unabhängig davon, ob man die normative Grundlage des Völkerrechts in der (gegebenenfalls stillschweigenden) Zustimmung der Staaten oder im Naturrecht sucht,[337] erscheint es begründungsbedürftig, warum Staaten mit ihren nationalen Notwehr- und Gefahrenabwehrregeln ihre *völkerrechtlichen* Rechte und Pflichten beeinflussen wollen sollten oder darin ein Grundsatz zum Ausdruck kommen sollte, der – naturrechtlich gesprochen – unmittelbar aus der Idee des Rechts resultierte[338] und damit auch im Völkerrecht Geltung beanspruchte.

Hinzu kommt schließlich, dass das hier betroffene völkerrechtliche Gewaltverbot, dessen Kern zugleich eine zwingende[339] Norm des Völkergewohnheitsrechts[340] ist und das eine völkervertragliche Grundlage hat, in vielen Rechtsordnungen in seinem Rang über dem einfachen nationalen Recht steht.[341] Die Heranziehung einer Regel des einfachen nationalen

334 Kelsen, Principles of International Law, S. 408–419.

335 Gemeint ist, dass Akteure wie nationale Parlamente nicht allein *Völkerrecht* erschaffen können. Überschneiden kann sich freilich der Regelungsgegenstand, da auch das nationale Recht das Verhalten des eigenen Staates gegenüber anderen Staaten regeln kann. Zum umgekehrten Fall völkerrechtlicher Regelung nationaler Belange Kelsen, Principles of International Law, S. 404 f.

336 Zu den strukturellen Unterschieden zwischen nationalem und Völkerrecht s. Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (196–199).

337 Diese Frage ist insb. für das Völkergewohnheitsrecht sehr str.: für den staatlichen Willen als Grundlage ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 269; Henkin, RCADI 216 (1989), S. 9 (45–59, insb. S. 46), Ruys, Armed Attack, S. 12; einschr. aber ebd. S. 51–53; nuanciert Cassese, International Law, 2. Aufl., S. 153–155; krit. zum Willen als Grundlage (den Effektivitätsgedanken betonend) Guzman/Hsiang, EJIL 25 (2014), S. 553–559; Guzman, Berk. Pro. Law & Ec, Work. Pap. Ser. (2011); krit. auch Kelsen, Principles of International Law, S. 311–317; zum Ganzen s. auch Verdross, RCADI 52 (1935-II), S. 191 (195–203); Brownlie, Principles of Public International Law, S. 7–11.

338 Vgl. Verdross, RCADI 52 (1935-II), S. 191 (195–203).

339 S.o. Nachweise in Fn. 169.

340 S. nur Henkin, RCADI 216 (1989), S. 9 (60).

341 In Deutschland ist maßgebend, dass es eine „allgemeine Regel des Völkerrechts" ist (Art. 25 GG), in Frankreich genau umgekehrt, dass es sich um Völkerver-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechts schiede daher zumindest dann aus, wenn sich das völkerrechtliche Gewaltverbot mit der nationalen Regel nicht in Einklang bringen ließe.

II. Die vergleichende Methode im Völkerrecht

Trotz dieser grundsätzlichen Bedenken hat in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Entwicklung eingesetzt, die nationale Rechtsordnungen in Bezug auf eine bestimmte Fragestellung vergleicht und dabei nicht die „gewöhnlichen"[342] Zwecke der Rechtsvergleichung – Rechtsvereinheitlichung, Suche nach Lösungen de lege ferenda oder schlicht dogmatische Erhellung[343] – sondern die *Ermittlung bestehenden Völkerrechts* im Blick hat.[344] Erst kürzlich hat diese Methode mit den viel rezipierten Büchern „Is International Law International?" von *Anthea Roberts*[345] und „Comparative International Law" von *Anthea Roberts*, *Pierre-Hugues Verdier* und *Mila Versteeg* wieder viel Aufmerksamkeit erfahren.[346] Bei der vergleichenden Methode geht es „nicht mehr um die Anwendung innerstaatlichen Rechts, sondern um die Anwendung von Völkerrecht, dessen Inhalt aber durch eine vergleichende Betrachtung mehrerer (wie auch immer auszuwählender) innerstaatlicher Rechtsordnungen vermittelt wird".[347] Der Begriff der *nationalen Analogie*[348] darf daher keinesfalls in dem Sinne verstanden wer-

---

tragsrecht handelt (vgl. Art. 55 Constitution (1958); CE 6. Juni 1997 n° 148683 Aquarone); s. auch de Wet, EJIL 15 (2004), S. 97 (101–105, 112–114) zum Verhältnis zwischen ius-cogens-Normen und nationalem Recht.

342 Vgl. Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193).

343 Zu diesen Zwecken der Rechtsvergleichung Strebel, ZaöRV 1964, S. 405 (405); Bernhardt, ZaöRV 24 (1964), S. 431 (431–445, 449 f); Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193).

344 Eine eindrucksvolle Sammlung bedeutender Aufsätzen zur vergleichenden Methode im Völkerrecht hat Butler 1980 in dem Band „International Law in Comparative Perspective" veröffentlicht; lesenswert auch Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190–226.

345 Zu Roberts' Teil über die vergleichende Methode insb. Jia, EJIL: Talk!, 9. Februar 2018; Fabri, EJIL: Talk!, 8. Februar 2018.

346 Zu den Aufsätzen aus der jüngeren Zeit zählen Jain, AJIL 109 (2015), S. 486–497; Forteau, AJIL 109 (2015), S. 498–513; Roberts, Int'l & Comp. L. 60 (2011), S. 57–92.

347 Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280).

348 Vgl. Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51–53; Bakircioglu, Self-Defence, S. 193; Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (498); Walzer, Just and Unjust Wars, S. 58; Goldie, Syracus J. Int'l L. & Com. 1 (1972), S. 39 (39 f); Rodin, War and Self-Defence, S. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, dass bei einer völkerrechtlichen Regelungslücke nationale Regeln in vorgefundener Form in das Völkerrecht importiert und dort schematisch angewendet werden.[349] Die vergleichende Methode setzt an den drei Primärrechtsquellen iSd Art. 38 (1) (a)-(c) IGH-Statut an, über die die Erkenntnisse der Rechtsvergleichung grundsätzlich nur Eingang in das Völkerrecht finden.[350]

1. Berücksichtigung nationalen Rechts als allgemeinen Rechtsgrundsatz

Auf der Hand liegt der nationalrechtliche Einfluss auf das Völkerrecht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die sich großenteils[351] aus dem nationalen Recht speisen.[352] Ob jedoch nationale Regeln zu Putativnotwehr und irrtümlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen das Potential für einen Allgemeinen Rechtsgrundsatz haben, erscheint fraglich. Denn bisher hat die Rechtsprechung letztere im Wesentlichen auf hochabstrakte Prinzipien des „common sense"[353] beschränkt.[354] Beispiele sind das Entschädigungserfordernis bei einer Pflichtverletzung,[355] das Prinzip von Treu

349 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (289); Verdross, RCADI 52 (1935-II), S. 191 (205); Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, S. 384 § 602; Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 26.

350 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280–283); Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 59 (50–52, 58 f); Dutoit, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 67 (72, 84); Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193 f); L. C. Green, Tul. L. Rev. 42 (1967–1968), S. 52 (66) (letzterer zum Nutzen für allgemeine Rechtsgrundsätze).

351 Manche Autoren meinen gar ausschließlich, vgl. Bothe, ZaöRV 1976, S. 280 (282).

352 Lord Phillimore, Procès-verbaux des Séances du Comité, PCIJ, 16. Juni – 24. Juli 1920, avec Annexes, S. 335; vgl. Cheng, General Principles of Law, S. 25; Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 50–53, der das nationale Recht als eine von fünf Kategorien allgemeiner Rechtsgrundsätze systematisiert; Art. 21 (1) (c) IStGHSt enthält diesbezüglich eine klarere Regel.

353 Vgl. ICJ, Certain Norwegian Loans, Separate Opinion Lauterpacht, Preliminary Objections, 1957, S. 50.

354 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51; für eine Öffnung für konkretere Prinzipien in bestimmten Bereichen plädierend, ebd. S. 53.

355 PCIJ, Chorzów Factory, Ser. A, No. 17, 1928, Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Glauben,[356] Equity,[357] Estoppel,[358] der Vorrang der spezielleren oder späteren Norm oder der Grundsatz pacta sunt servanda.[359] Konkretere Prinzipien wurden bisher nur im Bereich des Prozessrechts anerkannt[360] und auch dort begegnen internationale Gerichte ihnen mit Skepsis.[361] Der Grund für diese Begrenzung auf abstrakte Rechtsinstitute liegt darin, dass allgemeine Rechtsprinzipien traditionell als die *Idee des Rechts* selbst reflektierend verstanden werden[362] und ihre eigentliche Grundlage im Naturrecht gesucht wird,[363] sie sich also deshalb ohne Weiteres in die Völkerrechtsordnung einfügen, weil sie die Grenzen des nationalen Rechts ohnehin transzendieren.[364] Die Regeln zu Fehlvorstellungen bei Notwehr und Gefahrenabwehrmaßnahmen müssten immerhin ein Stück weit verändert werden, um für die völkerrechtlichen Ausnahmen vom Gewaltverbot Sinn zu ergeben. Denn im Ausgangspunkt sind sie auf die Begründung der *Bestrafung* eines Täters und die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns ge-

356 Vgl. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, S. 267.

357 Individual Opinion Hudson, PCIJ Diversion of the Waters from the River Meuse, Ser. A/B No. 70, 1937, Rn. 321–324.

358 Schweizerisches Bundesgericht 106 Ib 154 S. 154 (169), Nufenen-Fall. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich auch in PCIJ, Ihlen Declaration in the Status of Eastern Greenland, Urteil vom 5. April 1933, Ser. A/B No. 53, S. 69–73.

359 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 53 f; Bothe, ZaöRV 36 (1976) S. 280 (295); für eine gewisse Systematisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze s. Cheng, General Principles of Law.

360 ICJ, Effect of Awards of Compensation, Advisory Opinion, 1954, 1954, S. 53 (zum Prinzip res judicata); Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 53–57; zur Abstraktheit allgemeiner Rechtsgrundsätze s. auch Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (287–289); Cheng, General Principles of Law, S. 24.

361 Vgl. Parker (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1926, RIAA IV, S. 35 (39).

362 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51.

363 Vgl. ICJ, South West Africa, Dissenting Opinion Tanaka, Second Phase, 1966 (Liberia v. South Africa und Ethiopia v. South Africa), S. 298; ICTY, Erdemović, IT-96–22, Dissenting and Separate Opinion Stephens, 7. Oktober 1997, Rn. 26 („simple justice"); vgl. auch Jain, AJIL 106 (2015), S. 486 (487 f).

364 Zur notwendigen Eignung des Prinzips für die Völkerrechtsordnung s. Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 52; Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (294–298); Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (50, 62). Etwa lag in der Nichtübertragbarkeit des Rechts der Dienstbarkeiten wohl der Grund dafür, dass der IGH im Fall Right of Passage over Indian Territory allgemeine Rechtsgrundsätze als unerheblich beiseiteschob (Gutachten vom 12. April 1960, S. 43); vgl. etwa Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (295).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genüber dem Bürger zugeschnitten.[365] Mögliche *normative* Parallelen zwischen der Notwehr und der polizeirechtlichen Gefahrenabwehrmaßnahme einerseits und den Ausnahmen vom Gewaltverbot andererseits sind damit nicht ausgeschlossen. Doch die Identifizierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne eines „das Recht selbst" zum Ausdruck bringenden Prinzips steckte das Ziel angesichts der Spezifität der Regeln des Straf- und Polizeirechts wohl zu hoch.[366]

2. Berücksichtigung bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht

Inwieweit eine interne Rechtspraxis und Rechtsüberzeugung geeignet sind, die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht zu beeinflussen, ist nicht unumstritten.[367] Erforderlich ist wohl zumindest, dass in den nationalen Regeln die Überzeugung zum Ausdruck kommt, das nach nationalem Recht gebotene oder erlaubte Verhalten gelte auch in völkerrechtlicher Hinsicht.[368] Hierfür muss die nationale Norm einen völkerrechtlich relevanten Sachverhalt betreffen, auf das Völkerrecht Bezug nehmen, oder umgekehrt der Staat im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr auf sie verweisen.[369] Sowohl die strafrechtlichen Notwehrregelungen als auch die poli-

---

365 Das ist das Hauptargument der Kritiker völkerrechtlicher Analogien zum Strafrecht Quigley, The Six-Day War, S. 145; Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (473); skeptisch zum Polizeirecht Bernhardt, ZaöRV 24 (1964), S. 430 (450).

366 Daran ändert auch nichts, dass nationale Rechtsinstitute nie „lock, stock and barrel" auf die Ebene des Völkerrechts gehoben werden können, Separate Opinion Lord McNair, International Status of South West Africa, 11. Juli 1950, S. 148, da die erforderlichen Anpassungen hier wohl zu groß wären als noch von einem allgemeinen Rechtsprinzip die Rede sein könnte.

367 Dafür Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (50); Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (281 f); Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (201–205); Dutoit, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 67 (72); dagegen wohl Dissenting Opinion Altamira, PCIJ Lotus, Ser. A No. 10, 1927, Rn. 283–285. Dem IGH lag rechtsvergleichendes Material zB im britisch-isländischen Fischereifall vor (vgl. Joint Separate Opinion Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh und Ruda, 25. Juli 1974, Rn. 17 f); vgl. auch PCIJ, Lotus, Ser. A No. 10, 1927, Rn. 77–84; zur Relevanz nationaler Gerichtsentscheidungen s. ILC Identification of Customary Law (2018), Draft Conclusion 6 (2), Commentary (6), Conclusion 10 (2), Commentary (5), Conclusion 13 (2), Commentary (6), (7).

368 Ebenso Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (201–203).

369 Ähnlich Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (201–203); Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (50).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeirechtlichen Eingriffsbefugnisse auf nationaler Ebene haben für sich genommen einen ausschließlich nationalen Sachverhalt zum Gegenstand. Auch nimmt, soweit ersichtlich, keine nationale Notwehr- und Polizeirechtsnorm auf das Völkerrecht Bezug. Der Versuch mancher Strafrechtswissenschaftler, ihr nationales Strafrecht mithilfe der Regeln des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts zu erklären,[370] ist bemerkenswert, belegt aber keine Bezugnahme *des Staates*, die die Einflussnahme nationalen Rechts auf das Völkergewohnheitsrecht begründen könnte.[371] Auch die im Völkerrecht angestellten Vergleiche mit der strafrechtlichen Notwehr werden eher von der völkerrechtlichen Literatur gezogen[372] als von den staatlichen Akteuren selbst, deren Praxis und Rechtsauffassung für die Entstehung Völkergewohnheitsrechts unmittelbar relevant sind.[373] Eine Ausnahme bilden Parallelen zum nationalen Recht, die die Staaten im Rahmen der Chartaentstehung herstellten. Diese lassen sich aber besser im Rahmen der Chartaauslegung als beim Völkergewohnheitsrecht selbst berücksichtigen.

3. Berücksichtigung als normatives Auslegungskriterium der UNC

Erfolgsversprechender als die Einbruchsstelle des Völkergewohnheitsrechts erscheint daher ein dritter Begründungsweg für die Analogie vom Völker- zum nationalen Recht: Sollte sich herausstellen, dass die *normativen Erwägungen*, die den in Rede stehenden national-rechtlichen Eingriffstatbeständen und den völkerrechtlichen Ausnahmen vom Gewaltverbot zugrunde liegen, identisch sind, so liegt es nahe, dass die Schöpfer der UNC die völkerrechtlichen Erlaubnissätze zur Anwendung von Gewalt nicht völlig anders konzipiert haben als die entsprechenden nationalen Eingriffsbefugnisse. Das gilt zumindest, soweit wie hier die überwiegend identische Bezeichnung der nationalen und völkerrechtlichen Eingriffsbefugnisse („self-

370 S. Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 20 f; Fletcher, Fletcher's Essays, S. 274.

371 Diese Versuche sind nur eine subsidiäre Rechtsquelle, die zur Bestimmung von Völkergewohnheitsrecht beitragen, vgl. Art. 38 (1) (d) IGH-Statut; ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 14, Commentary (2).

372 Dazu s.u. 5. Kap., II.

373 Freilich sind die „Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler" subsidiäre Rechtsquelle, Art. 38 (1) lit. d IGH-Statut. Sie können aber nicht die opinio iuris und Praxis eines Staates ersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

defence“)[374] und der während der Genese der betreffenden Chartanormen explizit gezogene Vergleich zum nationalen Recht (der SR als „policeman“)[375] eine Verbindung zum nationalen Recht herstellen. Die normative Vergleichbarkeit unterstellt, wäre das nationale Recht dann – als frühere oder spätere Praxis – bei der Ermittlung des Parteiwillens zu berücksichtigen.[376] Zugleich deutete die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen innerhalb der nationalen Erlaubnissätze, die einen ähnlichen Schutzzweck wie ihre völkerrechtlichen Entsprechungen erfüllen, darauf hin, dass teleologische Gründe für eine derartige Berücksichtigung von Fehlvorstellungen existieren. Das nationale Recht würde so zu einem historischen und normativen Auslegungskriterium und fände Eingang in das Völkerrecht, ohne dass der strafrechtliche und polizeirechtliche Charakter der nationalen Norm entgegenstünde. Denn das Erfordernis normativer Vergleichbarkeit stellte sicher, dass die nationale Norm nicht von zu spezifischen Erwägungen ihres Anwendungskontextes geprägt ist. Freilich griffe dieses Auslegungskriterium nicht isoliert, sondern im Zusammenspiel mit den übrigen Auslegungskriterien, und zwar insbesondere dann, wenn diese übrigen Kriterien wie hier – so viel sei bereits verraten – kein eindeutiges Auslegungsergebnis liefern.

4. Die Analogie als eigene Rechtsquelle

Teilweise ist das Institut der Analogie auch als eigenständige Rechtsquelle anerkannt, die auf dem Postulat der Gerechtigkeit beruhe, Gleichrangiges gleich zu behandeln.[377] Dass dieser Gleichheitssatz im Völkerrecht gilt, hat *Bleckmann* unter Hinweis auf die Gleichheit der Staaten und das Willkür-

374 Die englische, französische und spanische Chartafassung verwendet in Art. 51 UNC denselben Begriff wie die jeweilige Sprache für die strafrechtliche Notwehr (self-defense, légitime défense, legítima defensa); im Russischen und Chinesischen ist der verwendete Begriff zumindest ganz ähnlich: самооборону („Selbstverteidigung“) in Art. 51 UNC und необходимой обороны („notwendige Verteidigung“) in Art. 37 des russischen StGB; 自卫 („Selbstverteidigung“) in Art. 51 UNC und 防卫 („Verteidigung“) in Art. 20 des chinesischen StGB.

375 UNCIO VI, S. 25 (Großbritannien), S. 28 f (Panama); S. 29 (USA), S. 33 (Uruguay).

376 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280 f); zur Beeinflussung der Auslegung von Völkervertragsrecht durch nationales Recht s. auch Lauterpacht, Private Law Sources, S. 302.

377 Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (173).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbot überzeugend begründet.[378] Wenn er auch Analogien von *einem* Völkerrechtsbereich zu einem *anderen* vor Augen hat, greift seine Erwägung auch für Analogien zu nationalen Regeln. So gilt es in monistischen Systemen, die durch die unterschiedlichen Regelungsbereiche entstehenden Wertungswidersprüche zu vermeiden. Doch auch in dualistischen Systemen, in denen völkerrechtliche Regeln erst in die nationale Rechtsordnung inkorporiert werden müssen, befindet sich der Inhalt beider Regelungskreise letzten Endes in ein- und derselben Rechtsordnung, die ein möglichst widerspruchsfreies System bilden sollte. Zu einem Wertungswiderspruch kommt es freilich nur, wenn der Bereich, für den keine eindeutige Regel existiert, und der Bereich, dessen Regel übertragen werden soll, miteinander vergleichbar sind. Das primäre Kriterium dafür ist dasselbe wie für die Berücksichtigung der Parallelen zum nationalen Recht als normatives Auslegungskriterium: die Vergleichbarkeit der *Zwecksetzungen* beider Rechtsinstitute.[379]

Eine These dieser Arbeit ist, dass sich diese normativen Parallelen nicht nur zwischen der strafrechtlichen Notwehr und dem Selbstverteidigungsrecht sowie zwischen der nationalen Gefahrenabwehrmaßnahme und der SR-Autorisierung aufzeigen, sondern dass sich allgemein zwei Gruppen von Eingriffsrechten gegenüberstellen lassen, die auf nationaler wie auf völkerrechtlicher Ebene existieren: die Gruppe der Amtsrechte und die der Notrechte. Um diese für Fehlvorstellungen besonders bedeutsame Unterscheidung geht es im folgenden Kapitel.

4. Kapitel: Amts- und Notrechte im nationalen und im Friedenssicherungsrecht

Die aus dem nationalen Recht bekannte Unterscheidung zwischen Amts- und Notrechten (I) ist für die untersuchte Fragestellung von Relevanz, da es legitim erscheint, Fehlvorstellungen bei Amtsrechten anders zu behandeln als bei Notrechten (II). Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob sich auch auf friedenssicherungsrechtlicher Ebene Amts- und Notrechte identifizieren lassen (III). Die dazu angestellten Erwägungen begründen gleichzeitig die normative Vergleichbarkeit dieser Rechtsinstitute und legen da-

---

378 Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (173–176), zum Willkürverbot s.u. 17. Kap., II. 2. a.

379 Vgl. Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (169); krit. ebd. S. 161 (175 f); vgl. auch Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 207 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit die Grundlage für den an späterer Stelle[380] unternommenen Vergleich nationaler Rechtsordnungen und die daraus gezogenen Schlüsse für die teleologische Auslegung der völkerrechtlichen Erlaubnissätze.

I. Grundlagen der Unterscheidung im nationalen Recht

In nahezu allen nationalen Rechtsordnungen verfügt der Staat über das Gewaltmonopol. Während dem Bürger die Anwendung von Gewalt grundsätzlich untersagt ist, darf der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen Gewalt einsetzen. Die polizeiliche Befugnis zum Einsatz von Gewalt zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung[381] ist als hoheitliche Eingriffsbefugnis in die Rechte des Bürgers zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ein typisches *Amtsrecht*.[382] Regelmäßig wird sie durch den Hoheitsträger selbst ausgeübt.[383] Die Konzentration der Befugnis zur Anwendung physischer Gewalt auf den Hoheitsträger basiert auf dem Gedanken, dass nur so Frieden und Ordnung innerhalb des Staates gewährleistet sind.[384] Der Zweck des Gewaltmonopols umfasst also regelmäßig den Schutz von Individualinteressen, geht aber noch darüber hinaus.[385]

---

380 8. Kap. (Rechtsvergleich für Notrechte), 16. Kap. (Rechtsvergleich für Amtsrechte).

381 Wenn auch diese beiden Rechtsbegriffe nicht in allen Rechtsordnungen existieren, so kennt doch jede Rechtsordnung die davon umfassten Schutzgüter.

382 Eigentlich handelt es sich nicht um ein *Recht*, sondern eine *Befugnis*; der Begriff „Amtsrecht" ist als Gegenstück zum „Notrecht" aber geläufiger; in Deutschland wird der Begriff teilweise auch mit der früheren „Sonderrechtstheorie" verbunden. Die polizeiliche Inanspruchnahme von Nichtstörern wurde früher auch als *Staats-* oder *polizeiliches Notrecht* bezeichnet, vgl. Wolzendorff, AöR 27 (1911), S. 220 (221–236), ist aber nicht mit den Notrechten des Bürgers zu verwechseln, s. ebd. S. 245.

383 Zur Delegation von Amtsrechten s. aber unten 4. Kap., III., Fn. 435.

384 Die Grundlage des Gewaltmonopols in der Friedensstiftung zu sehen, geht auf Hobbes zurück, s. insb. Kapitel 19 der Elements of Law, Kapitel 5 aus De Cive und Kapitel 17 des Leviathan, nebeneinander gestellt in Baumgold, Three-Text Edition, Kapitel 16; zur Friedenseinheit als Strukturmerkmal staatlicher Ordnung Böckenförde, Staat als sittlicher Staat, S. 12–15; zur Verbindung zwischen Gewaltmonopol und Demokratie s. Fisahn, KritV 94 (2011), S. 3 (8–10).

385 Für Deutschland vgl. BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht NRW/Gusy/Worms, § 1, Rn. 51–55, 71; für Frankreich und Italien s. Natoli, Rev. d. droits de l'homme 11 (2017), S. 1 (6).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In manchen Situationen ist der Staat nicht in der Lage, der ihm übertragenen Aufgabe des Rechtsgüterschutzes effektiv nachzukommen – etwa weil eine so akute Gefahr besteht, dass jedes polizeiliche Einschreiten zu spät käme. Für diesen Fall geben die nationalen Rechtsordnungen dem Bürger *Notrechte* an die Hand – Notfallkompetenzen also, die ihn zum Eingriff in Rechte eines Dritten ermächtigen, wenn staatliche Hilfe nicht zur Verfügung steht.[386] Diesen Zusammenhang zwischen Notrechten und Gewaltverbot beschreibt *Erb* für die Notwehr, einem zentralen Notrecht des Straf- und Zivilrechts, so:

> „Kommt es zu einem gegenwärtigen Angriff, dann ist die Rechtsordnung ihrer zentralen Aufgabe, dem einzelnen Sicherheit zu vermitteln, im Einzelfall offensichtlich nicht gerecht geworden. Damit verwirkt sie den Anspruch, den Angegriffenen an den sonst üblichen Maßstäben zu messen und ihm unter Auferlegung persönlicher Nachteile genau das abzuverlangen, was sie zu seinen Gunsten nicht zu gewährleisten vermag, nämlich eine *friedliche Konfliktbewältigung*."[387] [Hervorhebung im Original, Fn. weggelassen]

Notrechte bilden also eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol[388] oder das Gewaltmonopol wird unmittelbar so formuliert, dass „nur der Staat physischen Zwang ausüben und jede nichtstaatliche Gewaltanwendung nur aufgrund einer staatlichen Gewaltgestattung erfolgen darf."[389] Das andere zentrale Notrecht neben der Notwehr ist das Notstandsrecht. Viele Rechtsordnungen unterscheiden zwischen zwei Arten des Notstandes: Die eine löst eine echte Interessenkollision auf und erlaubt die Hand-

386 Vgl. Frister/Korte/Kreß, JZ (2010), S. 10 (12); zu dieser Erklärung der bürgerlichen Notrechte vgl. Granger, RSC (2009), S. 273 (283); Buisson, Force publique, Rn. 86; Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507 (543); Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 292–295; konzeptuell sind Notrechte daher gegenüber Amtsrechten subsidiär, vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 292–302.

387 MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 3; ganz ähnlich schreibt Vermelle, La violence en droit pénal, S. 237, zitiert bei Granger, RSC (2009), S. 273 (283): „Le droit concède au particulier menacé, ou témoin d'un péril, la prérogative de défense de son intérêt, lorsque l'on relève l'inaptitude de l'autorité publique à intervenir à ce moment"; auch in China wird die Notwehr angesehen als „ein Recht, welches der Staat dem einzelnen Bürger 'zeitweise überlässt' […], wenn die Ausübung der (originären) öffentlichen Gewalt gestört ist", Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 296.

388 Schulte, DVBl (1995), S. 130.

389 Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56; s. auch Schulte, DVBl (1995), S. 130.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung des Täters, weil er damit ein höherwertiges Rechtsgut rettet.[390] Die andere berücksichtigt primär eine psychische Zwangslage des Täters und hat häufig – so diese Unterscheidung vorgenommen wird – nur entschuldigende bzw. subjektive Wirkung.[391] Hier steht die erste dieser Notstandsformen im Vordergrund, da nur sie – soweit man die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung oder zwischen objektiven und subjektiven Strafausschließungsgründen anerkennt[392] – einen echten *Erlaubnissatz* zur Anwendung von Gewalt und damit ein Notrecht im eigentlichen Sinne darstellt.[393]

Die genaue normative Begründung dieser beiden Notrechte wird bis heute nicht einheitlich beurteilt. Die für die Notwehr in der Strafrechtsdogmatik früher diskutierten Grundlagen – der psychische Zwang,[394] die private Bestrafung[395] oder das rechtfertigende Motiv[396] – haben sich nicht durchgesetzt.[397] Vorrangig werden heute zwei Begründungsstränge vertreten, die bisweilen auch miteinander kombiniert werden.[398] So erblicken manche in der strafrechtlichen Notwehr die Verteidigung der Rechtsord-

---

390 So der état de nécessité iSd Art. 122–7 Code pénal, die choice-of-evils-Einrede iSd Section 3.02 MPC, die „extreme necessity" iSd Art. 39 des russischen StGB und der rechtfertigende Notstand iSd § 34 des deutschen StGB.

391 So die contrainte morale iSd Art. 122–2 Code pénal (eine cause subjective d'exonération), die physical or mental coercion iSd Art. 40 des russischen StGB, der duress iSd § 2.09 MPC und der entschuldigende Notstand iSd § 35 des deutschen StGB, obwohl letztere beiden auch eine Interessenkollision auflösen und sich daher nicht auf eine psychische Zwangslage reduzieren lassen; zur Unterscheidung dieser Notstandsformen s. auch Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (474–478); insb. die Unterscheidung zwischen choice-of evil und duress ebenso wie ihre jeweilige Rechtsfolge ist im britischen und US-Recht str., wie hier Schwartz, U. Chi. L. Rev. 75 (2008), S. 1259 (1263 f).

392 Die erste Unterscheidung ist zB im deutschen, die zweite im französischen Strafrecht verbreitet, s.u. 8. Kap., I. 1., 2.

393 Die Konzeption, dass Notrechte echte *Rechte* sind und nicht nur vor Bestrafung schützen, liegt nicht nur westlichen Rechtsordnungen, sondern etwa auch dem russischen Strafrecht zugrunde, vgl. Aghayev, Russian Criminal Law, S. 252, 261.

394 Dana, Essai sur la notion d'infraction, Rn. 208 f; vgl. auch Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 30 f.

395 Vgl. Geyer, Lehre von der Notwehr, S. 75–87 zum germanischen Tötungsrecht, das dieser aber von der Notwehr unterscheidet; vgl. auch Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 27–29, 34.

396 Zu diesem Exkulpationsgrund Trousse, RDPC (1962), S. 418–436.

397 Eing. Bernardini, Légitime défense, Rn. 9–18.

398 So die in Deutschland hM, s. nur BGHSt 24, 356 (359) = NJW 1972, 1821 (1822); BayObLG NStZ-RR 1999, 9 (9); ähnlich die russische Konzeption (s. Pa-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung, also die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch den Bürger.[399] Insbesondere in Deutschland gewinnt dagegen die Überzeugung an Zulauf, dass die Notwehr primär dem Schutz des betroffenen Individualrechtsguts dient.[400] Die mit der Notwehrausübung einhergehende Rechtsbewährung sei aus Sicht des Handelnden allenfalls Reflex,[401] eine über den Individualschutz hinausgehende Begründung zudem überflüssig.[402] Tatsächlich will der Gedanke, dass der Notwehr übende Bürger eine *staatliche* Funktion wahrnimmt, zumindest in Rechtsordnungen wie der deutschen nicht recht passen, in denen der Bürger (anders als ein Hoheitsträger grundsätzlich) nicht an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden ist.[403] Aber auch in anderen Rechtsordnungen schimmert eine individualistische Begründung überall dort durch, wo die Grundlage aller Notrechte in einer Abwägung der betroffenen Individualinteressen gesehen wird, ein Rechtsgut also beeinträchtigt wird, um ein anderes, im Einzelfall überwiegendes Interesse zu schützen[404] und die Notwehr als Unterfall des Notstandes behandelt wird.[405] Tatsächlich leuchtet die aus der Notwehr resultierende Pflicht des Angreifers, die Verteidigung zu dulden, insoweit unmit-

---

ramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, in: National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 129 f) sowie die chinesische, Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 295–299.

399 Bernardini, Légitime défense, Rn. 19; Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 321; Schmidhäuser, GA (1991), S. 97 (112–125); Jhering, Kampf um's Recht, S. 46–67, 92–96; Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 297–299 zum chinesischen Recht; vgl. auch die – wenn auch nicht ganz identische – „soziale" Begründung bei Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 34 f („self-defense as a measure furthering the public welfare").

400 S. nur Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 16, 94–108, 117 f; Frister, GA (1988), S. 291 (295–316).

401 MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 17.

402 Zum naturrechtlichen Charakter des Notwehrrechts MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 5, 15.

403 So in Deutschland, vgl. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 14–18; auch für Fletcher hat die Frage der sozialen und individualistischen Begründung insb. Auswirkungen darauf, ob die Notwehr verhältnismäßig sein muss, vgl. Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 32–36; näher zur Kritik an der überindividualistischen Begründung Frister, GA (1988), S. 291–316.

404 Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 27–32; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 59; Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 389.

405 So ist der Notstand im MPC die erste Verteidigungseinrede und trägt den Titel „Justification Generally: Choice of Evils", dazu Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 389, 447 f; für eine ähnliche Erwägung im Recht der Staatenverantwortlichkeit s. Heathcote, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 496; die Notwehr individualistisch begründend auch Dressler, UCLA L. Rev. 32 (1984), S. 61 (85).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

telbar ein: Er hat seinen eigenen Rechtskreis überschritten, sodass der Verteidiger die Beeinträchtigung seines Rechtskreises, für die der andere „vollzuständig“[406] ist, nicht wehrlos hinnehmen muss.[407]

In dieser Zuständigkeit liegt der wesentliche Unterschied zwischen Notwehr und Defensivnotstand einerseits und Aggressivnotstand andererseits. Während das Opfer einer *Defensiv*notstandshandlung für die Gefahr immerhin *mit*zuständig ist – der Defensivnotstand daher eigentlich der Notwehr näher steht als dem Aggressivnotstand[408] – ermächtigt letzterer zu Eingriffen in Rechte Dritter, die für die Gefahr überhaupt nicht zuständig sind. Aus diesem Grund ist er besonders begründungsbedürftig.[409] Will man nicht mit *Kant* einen „Zwang ohne Recht“[410] und – wegen der fehlenden Abschreckungswirkung der (noch ungewissen) Strafe in einer Situation, in der andernfalls der *gewisse* Verlust des Lebens droht, – eine blo-

406 Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 306–308, wobei er einen rechtswidrigen und *sorgfaltswidrigen* Angriff meint; ob nur ein solcher Angriff unter § 32 StGB fällt, ist str., s.u. 8. Kap., I.

407 Der hiergegen gerichtete Einwand Cottons, New Crim. L. Rev. 18 (2015), S. 35 (47 f), Notwehr verlange kein Schuldurteil über den Angreifer, sondern diene nur der Abwehr einer *Gefahr* (und unterscheide sich daher letztlich nicht vom (Aggressiv-)notstand), überzeugt nicht. Denn dass Notwehr keine private Bestrafung ist, schließt nicht aus, mit der Vollzuständigkeit des Angreifers für die Konfliktlage zu begründen, dass von den beiden in Betracht kommenden Personen – Angreifer oder Angegriffener – ersterer die letztendliche Beeinträchtigung erdulden muss. Im US-Recht mag indes auch die Rechtfertigung der Notwehr Probleme bereiten, weil ihre Voraussetzungen versubjektiviert werden, also nicht notwendigerweise ein tatsächlicher rechtswidriger Angriff vorliegen muss, näher s.u. 8. Kap., I. 3.

408 Vgl. Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 309, der es für eine „rein terminologische Frage“ hält, ob die unter der Kategorie des Defensivnotstands diskutierten Fälle dem rechtfertigenden Notstand oder „der („sozialethisch“ eingeschränkten) Notwehr“ zugeschlagen werden.

409 Diese Unterscheidung zwischen Aggressiv- vom Defensivnotstand hat sich vor allem in Deutschland durchgesetzt, wo sie einen unterschiedlichen Abwägungsmaßstab begründet, vgl. § 34 StGB und § 904 BGB einerseits und § 228 BGB andererseits; in Frankreich, den USA und England ist sie weniger verbreitet, beim Notstand gilt regelmäßig ein Abwägungsmaßstab wie beim deutschen Aggressivnotstand, dh das beeinträchtigte Interesse muss das geschützte überwiegen, vgl. Art. 122–7 Dalloz Code pénal, Rn. 44; Section 3.02 (1) (a) MPC; für England vgl. R. v. Howe (1987) 85 Cr. App. R. 32 zur Tötung eines unbeteiligten Dritten.

410 Kant, Metaphysik der Sitten, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ße „subjektive Straflosigkeit“[411] annehmen, so lassen sich die Begründungswege auch hier im Wesentliche auf zwei Ansätze zurückführen: In den Common-Law-Ländern, aber auch in Frankreich und Russland, ist bis heute eine primär utilitaristische Begründung herrschend. Der Täter, der ein Rechtsgut zugunsten eines höherwertigen Rechtsguts opfert, mehrt danach den Gesamtnutzen für die Gesellschaft.[412] In Deutschland, das sich heute mit utilitaristischen Rechtfertigungen schwer tut, wird die Duldungspflicht des Opfers überwiegend als Ausfluss einer Pflicht zur Mindestsolidarität der Rechtsgenossen untereinander begriffen.[413]

II. Relevanz für Fehlvorstellungen

Die Unterscheidung zwischen Amts- und Notrechten ist für die Behandlung von Fehlvorstellungen von besonderer Bedeutung, weil es legitim erscheint, dem Bürger bei Ausübung seiner Notrechte ein höheres Irrtumsrisiko aufzubürden als dem Amtsträger bei Ausübung seiner Amtsrechte.

Nicht begründet werden können unterschiedlich hohe Anforderungen damit, dass polizeiliches Handeln regelmäßig Prognoseentscheidungen voraussetzt, die unter hohem Zeitdruck und bei ungewisser Sachlage gefällt werden müssen. Denn das trifft auf den Notwehr übenden Bürger nicht minder zu. Entscheidend ist vielmehr, dass der Bürger, da er die notfalls gewaltsame Verteidigung seiner Interessen grundsätzlich dem Staat überantwortet hat, darauf *angewiesen* ist, dass der Staat diese Aufgabe auch

411 Kant, Metaphysik der Sitten, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, S. 29; dazu Küper, Immanuel Kant, S. 3–5, 13–19; zur Bedeutung der „subjektiven Straflosigkeit“ s. ebd. S. 55.

412 Vgl. Brandt, Law and Phil. 14 (1995), S. 65 (87) zu Section 3.02 MPC; Cotton, New Crim. L. Rev. 18 (2015), S. 35 (55–62) (sich indes auf den fehlenden Nutzen der Bestrafung eines Necessity-Täters konzentrierend); Garé, État de nécessité et droit au logement, Recueil Dalloz (2001), S. 512; Danti-Juan, État de nécessité, Rn. 54; die russischen Strafausschließungsgründe sollen „animierend“ wirken und das soziale Verhalten von Bürgern verbessern, vgl. Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 129; für Deutschland s. nur Rudolph Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 41 f; Joerden, GA (1993), S. 245 (247 f).

413 S. nur Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 15, 238 f; Kühl, FS Lenckner, S. 143 (156–158); jene Pflicht zur Mindestsolidarität wird von Pawlik mit der quasi-institutionellen Bürgerpflicht begründet, als Repräsentant des Staates an der Aufrechterhaltung eines Systems realer Freiheit mitzuwirken, Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 123, 180.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

effektiv erfüllt.[414] In vielen Rechtsordnungen ist deshalb anerkannt, dass die hoheitliche Gewalt nicht nur über entsprechende Ermächtigungsgrundlagen verfügt, sondern zum effektiven Schutz bestimmter Rechte seiner Bürger auch *verpflichtet* ist. Diese staatliche Schutzpflicht ist entweder ausdrücklich angeordnet[415] oder folgt aus den Grundrechten, für die sich zumindest in einigen Staaten durchgesetzt hat, dass sie neben der Funktion, staatliche Eingriffe *abzuwehren*, auch dem *Schutz* vor Verletzungen Dritter dienen.[416] Nur wenn der Staat die Sicherheit seiner Bürger effektiv

414 Zum Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Schutzpflicht des Staates und Gehorsamspflicht des Bürgers s. Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507 (513 f, 546), der dieses Verhältnis auf das Common Law des frühen 17. Jahrhunderts zurückführt und demzufolge es die Entstehung des Civil Rights Act von 1866 und des Fourteenth Amendment maßgeblich beeinflusste.

415 So in Frankeich, vgl. Art. 1 al. 2 de la loi n°95–73 du 21 janvier 1995 und Art. 1 al. 2 de la loi n° 2003–239 du 18 mars 2003: „L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité"; Art. 1 al. 2 de la loi n° 2001–1062 du 15 novembre 2001: „[la sécurité] est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics"; in allen drei Gesetze heißt es in Art. 1 al. 1: „la sécurité est un droit fondamental"; ebenso Art. L111–1 Code de la sécurité publique; jedoch ist str., ob daraus ein wirkliches „droit subjectif à la sécurité" folgt, krit. Granger, RSC (2009), S. 273 (288 f); Buisson, Force publique, Rn. 88–91.

416 So zB in Deutschland, s. nur BVerfGE 39, 1 (41 f) = NJW 1975, 573 (575) (Schwangerschaftsabbruch I); BVerfGE 46, 160 (164 f); NJW 1977, 2255 (2255) (Schleyer). Die Existenz von Schutzpflichten hängt mit der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten zusammen (s. E. Klein, NJW (1989), S. 1633 (1639)), die auch in Frankreich für die droits fondamentaux, nicht aber für die libertés publiques anerkannt ist, Granger, RSC (2009), S. 273 (274). In den USA ist die Frage heftig umstritten. Nach dem DeShaney-Urteil des Supreme Court 1989 folgt aus dem Fourteenth Amendment der Verfassung keine staatliche Pflicht zum Schutz gegen Verletzungen Privater, sondern nur ein Abwehrrecht gegen staatliches Handeln. Das Nichteinschreiten gegen die dauerhafte und behördenbekannte Misshandlung eines Kleinkindes durch seinen Vater verletze daher nicht die Verfassung (DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189 (1989). Die Entscheidung hat massive Kritik hervorgerufen, s. nur Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507–571; Abramchayev, J. Civ. Rights & Ec. Dev. 18 (2004), S. 849 (862–868); anerkannt ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht aber gegenüber sich unfreiwillig im staatlichen Gewahrsam befindenden Bürgern, Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewährleistet, kann das Gewaltmonopol seine Friedens- und Ordnungsfunktion erfüllen.[417]

Versagte man einem Polizisten im Irrtumsfall nachträglich die Eingriffsbefugnis, verlören polizeiliche Maßnahmen erheblich an Effektivität. Denn drohende Folgen für ihn oder seinen Dienstherrn führten zu einem zögerlicheren Einsatz der Befugnisse. Unklare Sachlagen hätten eine Rechtsunsicherheit zur Folge, die die Verbindlichkeit polizeilicher Maßnahmen beeinträchtigte. Zwar hat auch der in akute Not geratene Bürger ein Interesse daran, seine Rechtsgüter möglichst effektiv zu verteidigen. Anders als Polizeimaßnahmen steht bei seinen Notrechten aber nicht die gesamte Friedensfunktion des Gewaltmonopols auf dem Spiel.[418] Insoweit mag es legitim erscheinen, bei Irrtümern von Amtsträgern in Ausübung hoheitlicher Aufgaben großzügiger zu sein als bei den Notrechten des Bürgers.

Ob sich diese Erwägungen in nationalen Rechtsordnungen tatsächlich niedergeschlagen haben, wird noch untersucht. An dieser Stelle genügt es festzustellen, dass – unterstellt, die Dichotomie von Amts- und Notrechten findet sich im Völkerrecht wieder – Grund dazu besteht, die identifizierten unterschiedlichen Zwecksetzungen bei der Behandlung von Fehlvorstellungen zu berücksichtigen.

III. Die kollektive Gewaltbefugnis als völkerrechtliches Amtsrecht

Auch wenn völkerrechtliche Konflikte anders als im nationalen Recht nicht *systematisch* von einer Staaten übergeordneten Instanz gelöst werden, die das Völkerrecht notfalls mit Gewalt durchsetzt,[419] existiert ein zentrales Organ im kollektiven Sicherheitssystem, das deutliche Züge einer Exekutivgewalt trägt: Die UN-Mitglieder haben dem SR nach Art. 24 (1) UNC die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit übertragen und ihm dafür die Befugnis zur Vornahme militärischer Maßnahmen an die Hand gegeben, Art. 42 UNC. Zweck

417 Zur Erklärung der staatlichen Schutzpflicht mit dem Gewaltmonopol und dessen Friedensfunktion s. E. Klein, NJW (1989), S. 1633 (1635 f).

418 Das gilt selbst dann, wenn man die Notwehr überindividualistisch begründet (dazu oben 4. Kap., I.). Denn anders als ein Polizist, der von einer Gefahrenabwehrhandlung absieht, erschüttert der Bürger, der die Rechtsordnung im Einzelfall nicht „verteidigt", nicht das öffentliche Vertrauen in deren Gültigkeit. Das folgt schon daraus, dass es keine *Pflicht* zur Notwehrausübung gibt.

419 Vgl. Rodin, War and Self-Defense, S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser Befugnis ist die möglichst *effektive* Sicherung des Friedens und der internationalen Sicherheit.[420] Auch wenn diese kollektive Gewaltbefugnis wie die übrigen Maßnahmen des Kapitels VII in Literatur und Praxis als *Sanktionen* bezeichnet werden, verfolgen sie nicht einen repressiven, sondern einen präventiven Zweck.[421] Im Mittelpunkt steht also nicht das Zur-Verantwortung-Ziehen eines Akteurs für ein vorheriges Fehlverhalten, sondern die in die Zukunft gerichtete Wahrung oder Wiederherstellung des Friedens.[422] Das ergibt sich aus der von Art. 39 und 42 UNC ausdrücklich formulierten Zielsetzung seines Tätigwerdens („to maintain or restore international peace and security"), daraus, dass Art. 39 UNC kein rechtswidriges Verhalten,[423] sondern nur einen „threat to the peace" verlangt, dass Kapitel VII die Notwendigkeit schnellen Handelns anerkennt[424] sowie aus ausdrücklichen Klarstellungen des SR.[425] Um zwischenstaatliche Gewalt so weit wie möglich zurückzudrängen, haben sich die UN-Mitglieder verpflichtet, ohne sein Mandat grundsätzlich keine Gewalt anzuwenden, Art. 2 (4) UNC. Wie ein Hoheitsträger im nationalen Recht übt damit ein von den handelnden Rechtssubjekten verschiedenes Organ, dessen Beschlüsse verbindlich sind,[426] das Gewaltmonopol aus. Die Ausnahme des Selbstverteidigungsrechts berührt diesen Grundsatz nicht, zumal dieses Recht unter dem Vorbehalt kollektiver Sicherheitsmaßnahmen steht, Art. 51 S. 1 a.E. und S. 2 UNC. Selbst die kontroverse Annahme, das Selbstverteidigungsrecht bestehe fort neben SR-Maßnahmen, die den angegriffenen Staat nicht effektiv schützen, stellte das Gewaltmonopol des SR nicht in Abrede.[427] Denn auch im nationalen Recht verliert der Bürger seine Notrechte erst, wenn der Staat seine Schutzpflichten effektiv erfüllt.

---

420 Vgl. Art. 24 (1) UNC.

421 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

422 De Wet, Chapter VII Powers, S. 183; Lailach, Die Wahrung des Weltfriedens, S. 192; Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 18 f; vgl. auch Gowland-Debbas, ICLQ 43 (1994), S. 55 (59 f).

423 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

424 Vgl. Art. 40 UNC, der den SR zu vorläufigen Maßnahmen befugt, und Art. 42 UNC, der den SR von einem vorherigen Ausschöpfen der Maßnahmen nach Art. 41 UNC befreit.

425 UN Doc. S/RES/1989 (2011), Präambelabsatz 14 (indes für Sanktionen gegen Individuen).

426 Art. 25 UNC.

427 Die Frage wurde namentlich im Zusammenhang mit SR-Resolution 713 diskutiert: dafür, dass Art. 51 UNC die Handlungsbefugnis des SR entsprechend begrenzt s. nur de Wet, Chapter VII Powers, S. 191, S. 248–250; Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (103–105); Bindschedler, RCADI 108 (1963-I), S. 307

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Zielsetzung des völkerrechtlichen Gewaltmonopols geht wie beim nationalen Gewaltmonopol über den Schutz des bedrohten Akteurs hinaus, indem der internationale Frieden als solcher geschützt wird.[428] Dieser Zweck begründet, warum im kollektiven Sicherheitssystem mehr erlaubt ist als bei Selbstverteidigung und Interessen einzelner Staaten unter Umständen hinter dem Wohl der Völkergemeinschaft zurückstehen müssen.[429] Zu Recht wurde der SR bei seiner Entstehung[430] und wird bis heute mit einer „Weltpolizei" verglichen.[431]

Freilich bestehen auch Unterschiede zu nationalen Gefahrenabwehrmaßnahmen, die jedoch den Bereich des Vergleichs normativer Grundlagen verlassen. So ist der SR gegenüber der nationalen Polizei deutlich weniger zu schnellem und effektivem Handeln fähig, ist er doch insbesondere auf den Konsens aller ständigen Mitglieder angewiesen, Art. 27 (3) UNC. Diese Hürde hat ihn während seiner ersten vierzig Jahre nahezu handlungsunfähig gemacht und erschwert ihm bis heute seine Tätigkeit. Doch kennzeichnet dieses im Kern praktische Problem, das seinen Grund in den politischen Realitäten hat, keinen strukturellen Unterschied, der die amtsrechtliche Natur einer SR-Gewaltautorisierung in Frage stellt. Aus normativer Sicht soll kollektive Gewalt die Regel, unilaterale Gewalt die Ausnahme sein. Im Übrigen hat der SR nach dem Aufbruch seiner Blockade während des Kalten Krieges in den 1990er-Jahren seine Fähigkeit zu effektivem Handeln unter Beweis gestellt,[432] wenn er auch in den letzten Jahren wieder verstärkt Versuchen ausgesetzt ist, ihn in seinen Dornröschenschlaf zurückzuversetzen. Auch dass der SR, da es zum Abschluss der

---

(401); weniger weitgehend Gray, British YB Int'l L. 67 (1996), S. 155 (194) („an arms embargo may affect the exercise of the right to self-defense but it does not actually deny the right"); Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 41, Rn. 25 (Selbstverteidigung sei kein „hard and fast limit, but a factor to be taken into account in the Council"); gegen jegliche Begrenzung Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 256.

428 Vgl. Krisch, Selbstverteidigung, S. 145–154.

429 Vgl. Krisch, Selbstverteidigung, S. 160–167, demzufolge das Selbstverteidigungsrecht ggf. vollständig hinter dem System kollektiver Sicherheit zurücktritt.

430 S.o. 3. Kap., II. 3, Fn. 375.

431 Kreß, „Das ist Gesetzgebung im Hinterzimmer", Interview, Spiegel-Online v. 3. April 2014; Krisch, Selbstverteidigung, S. 172; zur Polizeifunktion des SR auch ders., in: Simma, UN Charter, Chapter VII, Rn. 17–19. Auch wenn der SR seine Aufgaben zunehmend erweitert, bleibt die Polizeifunktion seine Hauptaufgabe, vgl. ebd. Rn. 25.

432 So zB nach 9/11 mit Resolutionen 1368 und 1373, von denen letztere einige konkrete Aufforderungen enthielt, auch wenn sie nach hM nicht zur Gewaltanwendung ermächtigte.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sonderabkommen iSd Art. 43 UNC nie gekommen ist, die Gewalt nicht durch eine eigene Armee ausübt, sondern die Staaten zur Gewaltanwendung nur autorisiert,[433] weckt keine Zweifel am amtsrechtlichen Charakter seiner Maßnahmen. Dieser Umstand hat allenfalls Auswirkungen auf die Natur der staatlichen militärischen Umsetzungsmaßnahme, nicht auf die hier interessierende Autorisierung, und selbst der Umsetzungsakt teilt wohl den amtsrechtlichen Charakter, weil die UN-Mitglieder aufgrund einer Delegation der SR-Befugnisse tätig werden, die diesem als implied power gestattet ist.[434] Auch im nationalen Recht verliert eine Maßnahme durch die Delegation der Befugnis auf den Bürger nicht ihren hoheitlichen Charakter.[435] Im Ergebnis kann das Gewalt autorisierende SR-Mandat als

433 Diese Praxis ist heute ganz überwiegend als zulässig anerkannt, vgl. Blokker, EJIL 11 (2000), S. 568; auch das Nuclear-Weapons-Gutachten, Rn. 38 kann, weil die Autorisierungspraxis bereits üblich war, so gelesen werden, dass der IGH ihr nicht abgeneigt gegenübersteht, vgl. Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (578); gegen die Zulässigkeit dieser Praxis noch Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du Conseil de sécurité, S. 67 (73 f); Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (insb. 273–276).

434 Vgl. ICJ, Reparation for Injuries, 1949, S. 182. Die Figur der implied powers, die ursprünglich aus dem Common Law stammt, wurde bereits anerkannt in PCIJ Competence of the International Labour Organization, Ser. B No. 13, 1926, S. 18; ausf. zu den Voraussetzungen der implied powers Blokker, EJIL 11 (2000), S. 541 (547–549); zu weiteren Begründungsversuchen Freudenschuß, EJIL 5 (1994), S. 492 (523–527); die Auffassung, die Autorisierungspraxis basiere auf dem kollektiven Selbstverteidigungsrecht (Schachter, AJIL 85 (1992), S. 452 (459 f); Rostow, AJIL 85 (1991), S. 506 (508 f); Weckel AFDI 37 (1991), S. 165 S. (191 f)), hat sich nicht durchgesetzt.

435 Beispiele für solche Delegationen sind in Deutschland die Beleihung Privater mit gefahrenabwehrrechtlichen Aufgaben (zB die Sicherung des Straßenverkehrs vor Gefahren der Allgemeinheit durch den TÜV, vgl. BGHZ 49, 108 (111 f) = NJW 1968, 443 (444)) oder ihre Heranziehung als unselbstständige Verwaltungshelfer oder Beauftragte (zB die Bergung eines Fahrzeugs durch private Abschleppunternehmer, vgl. BGHZ 121, 161 = NJW 1993, 1258); zur Übertragung von services publics auf Private in Frankreich s. CE Caisse Primaire „Aide et protection", 13. Mai 1938; CE Magnier, 13. Januar 1961. Zwar dürfen Private keine Aufgaben der police administrative wahrnehmen, zu deren Kern der Schutz der öffentlichen Ordnung gehört (Picard, La notion de police administrative, S. 679–682). I. Erg. ergeben sich aber keine Unterschiede, weil der französische Conseil d'Etat im Abschleppen eines Autos eine mission de service public sieht, die nach deutschem Verständnis noch zur Gefahrenabwehr gehörte, CE 22. März 2000, Recueil Lebon 1. April 2001; zur Delegation von Amtsrechten gehört auch das Jedermann-Festnahmerecht in § 127 (1) StPO, Art. 73 al. 1 Code de procédure pénale, Section 3 (1) Criminal Law Act 1967, Section 24A

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

völkerrechtliches Amtsrecht qualifiziert werden und besteht eine starke normative Parallele zur polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahme.

IV. Unilaterale Gewaltbefugnisse als völkerrechtliche Notrechte

1. Das Selbstverteidigungsrecht, Art. 51 UNC

Die Ähnlichkeiten des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts mit der strafrechtlichen Notwehr sind unübersehbar: In beiden Fällen wehrt sich ein Rechtssubjekt gegen den Angriff eines anderen, gleichrangigen Rechtssubjekts unter Anwendung von Gewalt, die ihm nur ausnahmsweise gestattet ist, weil es sich in einer akuten Notsituation befindet und es die das Gewaltmonopol innehabende Instanz nicht rechtzeitig zu schützen vermag. Die Subsidiarität des Selbstverteidigungsrechts gegenüber dem kollektiven Sicherheitssystem tritt besonders deutlich in der Bestimmung des Art. 51 S. 1 UNC a.E. zu Tage, derzufolge das Selbstverteidigungsrecht grundsätzlich nur so lange besteht, bis sich der SR dem Konflikt annimmt.[436] Die Bezeichnungen des Selbstverteidigungsrechts als „emergency right"[437], als Ausprägung des „right of every State to survival"[438] und als Maßnahme der Selbsthilfe[439] bringen den notrechtlichen Charakter dieses Erlaubnissatzes auf den Punkt.[440] Die Parallele zur strafrechtlichen Not-

---

(3), (4) Police and Criminal Evidence Act 198 (England) und Art. 37 (1) des russischen StGB. Im englischen Recht ist die Festnahme auch zu präventiven Zwecken, in Deutschland und Frankreich nur zu repressiven Zwecken erlaubt.

436 Bakicioglu, Self-Defence, S. 194 f; diesen Aspekt vernachlässigt Yoo, wenn er meint, anders als im nationalen Recht gelte im Völkerrecht mangels zentraler Instanz, die Staaten effektiv schütze, dass „self-help is the prevailing rule in international affairs.", Yoo, U. Chi. L. Rev. 729 (781).

437 Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts, Vol. II, S. 31.

438 ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 96. Spätestens seit dieser Entscheidung ist auch anerkannt, dass es sich um ein *Recht* handelt, anders noch Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 87, s. dazu Thouvenin, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 459 f; zur naturrechtlichen Grundlage Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1105).

439 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 202; vgl. auch Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1103); R. Kolb, Ius contra bellum, S. 182.

440 Besonders häufig wird er im Zusammenhang mit dem Caroline-Fall von 1837 betont, zB Kearley, Wisconsin J. Int'l L. 17 (1999), S. 325 (333–335); zur historischen Bedeutung des Selbsterhaltungsgedankens für die Selbstverteidigung Genoni, Notwehr im Völkerrecht, S. 43–46.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wehr liegt somit auf der Hand. Und doch wird sie, und zwar in normativer Hinsicht, immer wieder bestritten.

a) Der Einwand der fehlenden gemeinsamen normativen Grundlage

Den wohl grundlegendsten Einwand formuliert *Rodin*: Das Selbstverteidigungsrecht habe eine andere normative Grundlage als die Notwehr,[441] weil es sich weder auf die Verteidigung der Summe individueller Interessen der Staatsbürger[442] noch auf eigene Rechte des Staates stützen lasse: Weder die Souveränität des Staates, die nur ein faktisches und keine normatives Konzept darstelle,[443] noch das Gemeinschaftsleben innerhalb eines Staates[444] oder das Recht auf kollektive Selbstbestimmung seien davon geschützte Rechte.[445] Sicher ist die Grundlage des Selbstverteidigungsrechts nicht in der gebündelten Ausübung der Notwehrrechte der Bürger zu sehen. Es bezweckt nach dem traditionellen Verständnis des Völkerrechts als zwischenstaatliche Ordnung[446] im Ausgangspunkt den Schutz der Rechte des angegriffenen *Staates*. Hier greift es zu kurz, die staatliche Souveränität als bloß faktisches Konstrukt zu betrachten, das einem Staat zugestanden wird, wenn die Staatsgewalt effektive Kontrolle über das Staatsgebiet ausübt. Selbst wenn der Inhalt des Souveränitätsbegriffs in gewissem Umfang variabel sein mag,[447] verfügt er über einen festen Kern. Dazu gehört das Recht, nicht von anderen Mächten dominiert zu werden[448] und innerstaatliche Angelegenheiten selbst zu bestimmen.[449] In dieser Hinsicht stellt

441 Rodin, War and Self-Defense, S. 106–162.
442 Rodin, War and Self-Defense, S. 127–132; dagegen auch Yoo, U. Chi. L. Rev. 729 (779 f); dafür aber Luban, Phil. & Pub. Affairs 9 (1980), S. 160 (166).
443 Rodin, War and Self-Defense, S. 118 f; ebenso Luban, Phil. & Pub. Affairs 9 (1980), S. 160 (164).
444 Rodin, War and Self-Defense, S. 144–154.
445 Rodin, War and Self-Defense, S. 154–162, der hierin einen durchgreifenden Einwand gegen die Lehre vom gerechten Krieg sieht, die maßgeblich auf der Analogie von Staaten im Völkerrecht zu Bürgern im nationalen Recht basiert, dazu Walzer, Just and Unjust Wars, S. 58 f.
446 Das umstrittene unit self-defense einmal ausgenommen, dazu Trumbull, Duke J. Comp. & Int'l L. 23 (2012), S. 121–148.
447 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 198 („fluctuating content").
448 Vgl. Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du Conseil de sécurité, S. 67 (81).
449 Zum Inhalt des Prinzips staatlicher Souveränität s. nur ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 26–32; ICJ, North Sea Continental Shelf, 1969 (Germany v. Nether-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch das von *Walzer* angeführte Selbstbestimmungsrecht eine Ausprägung staatlicher Souveränität dar.[450] Das gilt unabhängig davon, ob der betroffene Staat demokratisch verfasst ist oder nicht.[451] Eng mit der staatlichen Souveränität verknüpft ist das in Art. 2 (1) verankerte Interventionsverbot. Neben diese beiden Prinzipien tritt als Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts das Recht auf territoriale Unversehrtheit iSd Art. 2 (4) UNC. Indem das Selbstverteidigungsrecht der Abwehr der Rechte des sich verteidigenden Rechtssubjektes dient, entspricht seine normative Grundlage durchaus der (individualistischen)[452] Begründung der strafrechtlichen Notwehr.

Anders als – zum Teil[453] – die strafrechtliche Notwehr, wird das Selbstverteidigungsrecht von den wenigsten mit überindividualistischen Zielen begründet.[454] Zwar wäre es im Ausgangspunkt denkbar, in der Selbstverteidigung die Verteidigung des Gewaltverbotes und somit der völkerrechtlichen Rechtsordnung zu sehen. Dagegen spricht jedoch, dass das Völkerrecht ein Selbstverteidigungsrecht bereits kannte, bevor das Gewaltverbot mit Art. 2 (4) UNC in seiner allgemeinen und verbindlichen Form aus der Taufe gehoben wurde. Auch wenn das Recht zur souveränen Kriegsführung im 19. Jahrhundert zunehmend Beschränkungen unterworfen wurde,[455] sah man im Selbstverteidigungsrecht nie eine Bestätigung dieser Beschränkungen, sondern nur die Ausübung des Rechts zur defensiven Kriegsführung.[456] Die Formulierung des Selbstverteidigungsrechts in Art. 51 UNC als *inherent right* und die Entstehungsgeschichte legen nahe, dass die Gründer der Charta an dieser Konzeption nicht rütteln und die völkerrechtliche Notwehr nicht zum Instrument der „Verteidigung" des Gewaltverbotes machen wollten. Diese Konzeption widerspräche auch der

---

lands und Germany v. Denmark), Rn. 19, 43; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 202.

450 Vgl. Walzer, Just and Unjust Wars, S. 89.

451 Rodin meint dagegen, das kollektive Selbstbestimmungsrecht sei nur in demokratischen Staaten gewährleistet, sodass eine Argumentation, die sich auf dieses Recht stützt, autoritäre Regime vom Selbstverteidigungsrecht ausnehmen müsse, Self-Defense, S. 156.

452 Dazu oben 4. Kap., I.

453 S.o. 4. Kap., I.

454 Ein entsprechender Ansatz findet sich bei Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (435), der im Selbstverteidigungsrecht eine *Bestätigung* des Gewaltverbotes sieht.

455 Alder, Inherent Right of Self-Defence, S. 26–35.

456 Schon de Vitoria unterscheidet in seinem De indis et de iure belli relectiones (1696) zwischen offensivem von defensivem Krieg, s. Second Relectio, On the Law of War, dazu Alder, Inherent Right of Self-Defence, S. 6–8.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Idee kollektiver Sicherheit, zwischenstaatliche Gewalt dem SR zu überantworten und ihre unilaterale Anwendung so weit wie möglich zu beschränken.[457] Der normativen Parallele zur strafrechtlichen Notwehr steht dieser Umstand dennoch nicht entgegen. Denn deren überindividualistische Begründung steht auch in einigen nationalen Rechtsordnungen auf unsicheren Füßen.[458] Zudem erkennen die meisten Rechtsordnungen zumindest *auch* eine individualistische Begründung an.

b) Der Einwand der Unvergleichbarkeit mit strafrechtlichen Erlaubnissätzen

Insbesondere *Quigley* hält die Notwehr wegen ihrer Rechtsnatur eines *strafrechtlichen* Erlaubnissatzes für unvergleichbar mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht.[459] Tatsächlich erscheint es intuitiv nicht unbedenklich, ein Rechtsinstitut, das einen Täter vor *Strafe* bewahrt, mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht zu vergleichen, das die Ausnahme von einer Regel ohne einen solchen Strafanspruch darstellt. Bei näherem Hinsehen zerstreuen sich diese Bedenken jedoch.

Vielen nationalen Rechtsordnungen liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr „die Rechtswidrigkeit *schlechthin* und nicht nur die Strafrechtswidrigkeit“[460] ausschließt. So finden in den USA im Bereich zivilrechtlicher Ansprüche dieselben Notrechte wie im Strafrecht Anwendung.[461] In Deutschland existiert mit der zivilrechtlichen Notwehr iSd § 227 BGB eine Norm, deren Wortlaut mit § 32 StGB fast vollständig übereinstimmt. Auch für den Notstand gibt es mit §§ 228, 904 BGB ein zivilrechtliches Pendant. In Frankreich entspricht es seit über 200 Jahren ständiger Rechtsprechung, dass strafrechtliche Rechtfertigungsgründe auch die zivilrechtliche Haftung ausschließen.[462]

---

457 Zu diesem Schutzzweck Krisch, Selbstverteidigung, S. 167–172.

458 S.o. 4. Kap., I.

459 Quigley, Six-Day War, S. 143, 145 f; ähnlich Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (473) (zu Art. 25 ARSIWA); für weitere Kritiker dieser Parallele s.u. 5. Kap., I. Fn. 8.

460 MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 58, Hervorhebung hinzugefügt.

461 Hattori v. Paeirs 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995); Keeton et al., in: Prosser and Keeton on Torts, S. 124–127; Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402 (1415 f).

462 Levasseur, RSC (1990), S. 783 mwN; Burgelin, Recueil Dalloz (1992), S. 353 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinter dieser Konzeption steht das Streben nach der Einheit der Rechtsordnung. Stellt die Notwehr den Täter aber nicht nur straflos, sondern räumt sie ihm ein *Recht* zum Eingriff in die Rechtsgüter des Angreifers ein, der seinerseits einer Duldungspflicht unterworfen wird,[463] so kann die strafrechtliche Verankerung der Notwehr einem Vergleich mit dem Selbstverteidigungsrecht nicht entgegenstehen. Es machte überhaupt keinen Unterschied, ob das *strafrechtliche* oder das *zivilrechtliche* Notwehrrecht zum Vergleich mit dem Selbstverteidigungsrecht herangezogen wird, womit der Einwand *Quigleys* widerlegt wäre.

Diese Überlegung hat einen Haken: Der Gleichlauf von straf- und zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen wird wegen der unterschiedlichen Zweckrichtung von Straf- und Zivilrecht in bestimmten Fällen durchbrochen.[464] In den USA und in Deutschland gehört der hier interessierende und noch genau zu untersuchende Fall der Putativnotwehr zwar nicht zu diesen Ausnahmefällen.[465] In Frankreich hat sich die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht dazu positioniert, ob die Putativnotwehr im Deliktsrecht wie im Strafrecht zu behandeln ist.[466] Die englische Rechtsprechung indes ist bei der schuldrechtlichen Behandlung dieses Problems ausdrücklich von der strafrechtlichen Lösung abgewichen:

> „It is urged upon your Lordships that the criteria for self-defence in civil law should be the same as in criminal law. In my opinion, however, this plea for consistency between the criminal law and the civil law lacks cogency for the ends to be served by the two systems are very different. One of the main functions of the criminal law is to identify, and provide punitive sanctions for, behaviour that is categorised as

---

463 Vgl. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 1, entspr. zum Selbstverteidigungsrecht s.o. Fn. 438.

464 Vgl. Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402 (1418–1420); MüKoBGB/Grothe, § 227, Rn. 1 f; Braun, NJW (1998), S. 941 (942); Rouidi, RSC 1 (2016), S. 17 Rn. 17–34.

465 Im eingangs (Fn. 324) erwähnten Fall State v. Paeirs bzw. Hattori v. Paeirs 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995) maßen sowohl Straf- als auch Zivilgericht die Voraussetzungen der Notwehr an der Vorstellung einer vernünftigen Person, auch wenn sie zu gegensätzlichen Ergebnissen gelangten, vgl. Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402 (1409–1418); zur Putativnotwehr im tort law s. auch Keeton et al., in: Prosser and Keeton on Torts, S. 124 f; auch in Deutschland wird, indem beim „entschuldbaren" Erlaubnistatumstandsirrtum im Zivilrecht das Verschulden entfällt (BGH NJW 1976, 41 (42); BGHZ 169, 364 (366 f) = NJW-RR 2007, 310 (311)), die Putativnotwehr entsprechend der hM im Strafrecht behandelt, zu letzterem s.u. 8. Kap., I. 1.

466 Rouidi, RSC 1 (2016), S. 17 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> criminal because it is damaging to the good order of society. It is fundamental to criminal law and procedure that […] no one should be punished for a crime that he or she did not intend to commit or be punished for the consequences of an honest mistake. […] The function of the civil law of tort is different. Its main function is to identify and protect the rights that every person is entitled to assert against, and require to be respected by others."[467]

Man mag die unterschiedlichen Zwecke des Straf- und des Deliktsrechts hier für überbetont halten. Denn auch Strafnormen schützen neben der allgemeinen gesellschaftlichen Ordnung – zumindest in westlichen Rechtssystemen wie dem englischen – individuelle Rechtsgüter, möglicherweise sogar vorrangig letztere.[468] Die Rechtsfolge von Strafnormen, die Strafe selbst, enthält zudem wie das Deliktsrecht eine *Ausgleichs*funktion, soweit man den Zweck von Strafe nicht allein in der Prävention sieht: Ausgeglichen wird, je nachdem, welche Strafzwecktheorie man zugrunde legt, die Rechtsverletzung des Opfers[469] oder die eingetretene Normgeltungsgefährdung.[470] Umgekehrt enthält nicht nur das Strafrecht (primäre) Verhaltensnormen, an denen Bürger ihr Handeln ausrichten sollen, sondern auch dem Deliktsrecht wird neben einer Ausgleichsfunktion zunehmend auch eine Orientierungsfunktion zugeschrieben.[471] Wenn für das englische Recht dennoch eine Entscheidung fallen muss darüber, ob das

---

467 Lord Scott of Foscote in Ashley & Anor v. Chief Constable of Sussex Police, [2008] UKHL 25, Rn. 17 f; s. auch R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 92; zur Lösung im englischen Strafrecht s.u. 8. Kap., I. 4.

468 S. Pawlik, Unrecht des Bürgers, S. 99–110 (insb. S. 106 f), der den Legitimationsgrund der „strafbewehrten Mitwirkungspflicht" in der „Freiheit der Bürger" sieht.

469 So insb. die Vergeltungslehre, die verbreitet in Verbindung gebracht wird mit Kants Metaphysik der Sitten (s. insb. Rechtslehre, zweiter Teil: Das öffentliche Recht, erster Abschnitt: Das Staatsrecht, § 49, Allgemeine Anmerkungen, E: Vom Straf- und Begnadigungsrecht für das berühmte Inselbeispiel) sowie mit Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts (s. insb. Erster Teil „Das abstrakte Recht", 3. Abschnitt „Das Unrecht", § 82).

470 So insb. Jakobs, Strafrecht AT, 1/2–16; Pawlik, Unrecht des Bürgers, S. 82 ff (insb. S. 116 f), wobei Jakobs selbst seinen Ansatz zu den präventiven Theorien zählt; umf. zu den Strafzwecktheorien H. J. Hirsch/Neumann/Seelmann, Strafe – Warum?.

471 MüKoBGB/Wagner, Vor. § 823, Rn. 45–47; bereits von Savigny hielt das Deliktsrecht und das Strafrecht für eng miteinander verwandt, s. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts (1853), Bd. 2, 2. Kap., II., § 82 f. Katzenmeier hält in Dauner-Lieb/Langen, Vorb. § 823, Rn. 54 die Aus-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht besser mit der zivilrechtlichen oder mit der strafrechtlichen Notwehr vergleichbar ist, liegt letzteres näher.[472] Denn zwar mag die Feststellung einer Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots anders als ein strafrechtlicher Schuldspruch nicht zwingend einen *Vorwurf* im Sinne eines individuellen Unwerturteils beinhalten.[473] Dennoch steht beim Gewaltverbot wie bei einem Straftatbestand die Verhaltensnorm im Vordergrund, an der sich Staaten orientieren müssen,[474] und weniger seine bloße Haftbarmachung für die Beeinträchtigung der Rechtsgüter eines anderen Staates,[475] der Zweck, den zumindest die englische Rechtsprechung als dem Schuldrecht eigen identifiziert. Letzteres ist Sache der Staatenverantwortlichkeit, dessen Ausschlussgründe iSd Kapitels V ARSIWA eher mit zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen vergleichbar erscheinen als Art. 51 UNC. Insgesamt scheitert die Vergleichbarkeit mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht daher nicht am strafrechtlichen Ursprung der Notwehr.

c) Der Einwand der Besonderheiten des ius contra bellum

Schließlich werden der Parallele zwischen Selbstverteidigungsrecht und strafrechtlicher Notwehr unterschiedlich nuancierte Einwände entgegengehalten, die sich auf geltend gemachte Besonderheiten des ius contra bellum stützen. Das Institut de droit international fasst diese Bedenken so zusammen:

---

gleichsfunktion aber noch für den „primären Zweck". Dem ist für Deutschland insoweit zuzustimmen, als die Rechtswidrigkeit iSd § 823 (1) BGB nach überwiegender Auffassung an ein Erfolgs-, und nicht an ein Handlungsunrecht anknüpft. In England erklärt sich die Betonung der Unterschiede zwischen Straf- und Deliktsrecht für die Putativnotwehr möglicherweise damit, dass der Täter auch beim vermeidbaren Irrtum straflos bleibt (4. Kap., I. 4.), eine deliktische Haftung dagegen billig erscheint.

472 AA Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020.

473 Dazu näher s.u. 9. Kap., II; zu diesem Erfordernis für das nationale Strafrecht vgl. für England R v. Robert James Slater [2006] 1 Cr. App. R. (S.) 3 Rn. 14, 16; für Deutschland BVerfGE 109, 133 (167 f) = NJW 2004, 739 (744); besondere Bedeutung hat die öffentliche Missbilligung bei den expressiven Straftheorien, Brooks, Punishment, S. 101–122.

474 Zur näheren Begründung des Verhaltensnormcharakters s.u. 9. Kap., III. 3. a.

475 Zur Gegenüberstellung von Verhaltensnormen und bloßen Verursachungsnormen Rostalski, GA (2016), S. 73 (78).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „[I]t does not seem advisable to link altogether self-defence under international law with the homonymous concept existing in all national legal systems (with which indeed it presents common aspects), as the legal environments (national and international) are not the same."[476]

Ein erstes Argument *Yoos* in diese Stoßrichtung, im Völkerrecht liege anders als im nationalen Recht das erstrebenswerte Gewaltniveau nicht bei Null, weil mit der humanitären Intervention und Einsätzen zur Beseitigung eines undemokratischen Regimes oder zur Ausfüllung eines Machtvakuums auch „wünschenswerte" militärische Interventionen existierten,[477] ist zurückzuweisen. Bereits die Prämisse, solche Gewalteinsätze seien sämtlich wünschenswert, erscheint mehr als anfechtbar. Unabhängig davon kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass das Völkerrecht, selbst wenn es bestimmte Ausnahmen zulässt, zwischenstaatliche Gewalt erst einmal *so weit wie möglich* einzudämmen sucht.[478] Insoweit unterscheidet sich das völkerrechtliche nicht vom nationalen Gewaltverbot.

Der umgekehrte Einwand, das völkerrechtliche Gewaltverbot müsse im Vergleich zum nationalen Gewaltverbot *besonders weit* – seine Ausnahmen entsprechend *restriktiv* – ausgelegt werden erscheint schon erwägenswerter. Denn tatsächlich fehlt es dem Völkerrecht anders als dem nationalen Recht an einer Instanz, die Rechtsverstöße systematisch verurteilt und dadurch eingetretene Normgeltungsschäden repariert. Aus Verletzungen des Völkerrechts kann gar Gewohnheitsrecht entstehen.[479] Bereits heute sind Staaten bei der Auslegung militärischer Erlaubnissätze äußerst kreativ.[480] Da eine militärische Gewaltanwendung viele Opfer fordern und ganze Kriege zur Folge haben kann, mag zudem noch mehr auf dem Spiel stehen als bei der Gewaltanwendung eines Bürgers gegen einen anderen,[481] wobei dies von der Betrachtung abhängt.[482] Dennoch rechtfertigen diese Unterschiede kaum eine unterschiedliche Behandlung völkerrechtlicher und

476 Session de Santiago du Chili, Rapporteur Emmanuel Roucounas, Annuaire de l'Institut de droit int'l 72 (2007), S. 77 (83 Rn. 9).
477 Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (781–784).
478 Vgl. Präambel und Art. 1 (1) UNC.
479 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (198); Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (14); vgl. auch Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (498, Fn. 212).
480 Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (14).
481 Rodin, War and Self-Defense, S. 138 f; Dickinson, Yale J. L. 26 (1917), S. 564 (590).
482 Sicher ist bei einer militärischen Gewaltmaßnahme die absolute Zahl möglicher Todesopfer potentiell höher als bei der Notwehrhandlung eines Bürgers. Das

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strafrechtlicher Erlaubnissätze. Denn aus effektiveren Rechtsdurchsetzungsmechanismen und geringeren Eskalationsfolgen im nationalen Kontext lässt sich nicht folgern, dass es das nationale Recht mit dem Gewaltverbot zwischen Bürgern „nicht so genau nehmen" muss und seine Ausnahmen weniger restriktiv formulieren kann – was das vorgebrachte Argument suggeriert. Ein Staat ist auf den Respekt seines Gewaltmonopols durch die Bürger ebenfalls *absolut* angewiesen. Der Umstand, dass der Respekt des völkerrechtlichen Gewaltverbotes *noch* bedeutsamer sein mag, kann eine permissivere Behandlung nationaler Notrechte gegenüber völkerrechtlichen daher nicht legitimieren. Insgesamt stehen daher auch Besonderheiten des Völkerrechts der Parallele vom Selbstverteidigungsrecht zur Notwehr nicht entgegen.

Im Ergebnis ist das Selbstverteidigungsrecht als völkerrechtliches Notrecht durchaus in normativer Hinsicht mit der strafrechtlichen Notwehr vergleichbar.[483]

---

gilt erst recht, wenn man die Folgen einer Eskalation des jeweiligen Konflikts miteinander vergleicht. Nimmt man dagegen allein die Rechtsgüter des (vermeintlichen) Angreifers in den Blick, so wird das Risiko, dass dieser nicht „überlebt", bei der nationalen Notwehr sogar größer sein als im Völkerrecht. Denn zur völligen Vernichtung eines Staates ist es glücklicherweise noch nie gekommen, während die Tötung des Angreifers durch Notwehr nicht selten ist. Auch mag man das Risiko, *dass* der Konflikt nach dem Gewalteinsatz eskaliert, im nationalen Recht für höher halten als im Völkerrecht, da man in einer Konfliktsituation von staatlichen Entscheidungsträgern, die sich gravierender Folgen bewusst sind, ein rationaleres Handeln als von Bürgern erwarten kann.

483 Neben den hier betrachteten normativen Einwänden wird die Vergleichbarkeit noch aus anderen Gründen bestritten: So müsse die völkerrechtliche Selbstverteidigung nur bei der ersten Gewaltanwendung verhältnismäßig sein, nicht aber der weitere Kriegsverlauf, Notwehr müsse dagegen aufhören, wenn der Angriff abgewehrt ist, vgl. Rodin, War and Self-Defense, S. 111 f; Yoo, U. Chi. L. Rev. 729 (780). Doch wird heute überwiegend angenommen, dass das ius contra bellum (inklusive des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) auch nach Ausbruch des Konflikts fortgilt, vgl. Okimoto, Distinction and Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*, S. 31–35. Auch dass eine Nation regelmäßig mehr Zeit hat als ein Individuum, auf einen Angriff zu reagieren, bevor die Existenz bedroht ist (Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (498, Fn. 212)) ist ohne entscheidende Bedeutung. Zu weiteren Unterschieden in den Voraussetzungen der beiden Notrechte s. auch Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1109 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Die humanitäre Intervention

Die humanitäre Intervention wird verbreitet mit der strafrechtlichen Nothilfe zugunsten der Bevölkerung des anderen Staates verglichen.[484] Das ist in einem Punkt begründungsbedürftig. Nach „westlicher" Konzeption ist für die Nothilfe charakteristisch, dass ein Rechtssubjekt die Individualrechtsgüter eines anderen Rechtssubjekts derselben Ordnung gegen den Angriff eines dritten Rechtssubjekts verteidigt. Der typische Fall völkerrechtlicher Nothilfe ist danach die kollektive Selbstverteidigung, in der ein Staat einen anderen *Staat* gegen den Angriff eines Dritten verteidigt. Bei der humanitären Intervention hingegen verteidigt der eingreifende Staat die durch den Menschenrechtsverletzer bedrohte fremde *Bevölkerung*. Eine Nothilfesituation liegt darin nur, wenn man das Individuum auch für das Friedenssicherungsrecht als Völkerrechtssubjekt anerkennt, was teilweise bejaht wird.[485] Auch die traditionelle Auffassung, die zumindest das ius contra bellum noch als Regelungsregime zwischen*staatlicher* Beziehungen versteht, kann in der humanitären Intervention aber jedenfalls die Abwehr einer Gefahr für ein Rechtsgut der *Staatengemeinschaft* sehen, nämlich für den internationalen Frieden, der bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen regelmäßig bedroht ist.[486] Nach russischer und chinesischer Konzeption schützt die Notwehr auch solche Allgemeinrechtsgüter.[487] Für andere Rechtsordnungen liegt dann die Parallele zum Notstand näher, der anders als die Notwehr typischerweise Allgemeininteressen schützt.[488] Der Schutz der fremden Bevölkerung vor einer humanitären Katastrophe wiegt dabei schwerer als die durch die Intervention beeinträchtigte staatliche

---

484 So etwa Taskushina, Humanitäre Intervention, S. 69.

485 S. nur Doehring, in: The Modern World of Human Rights, S. 549 (559–565); allg. zur Völkerrechtssubjektivititität des Individuums Janis, Cornell Int'l L. J. 17 (1984), S. 61–78.

486 S.o. 1. Kap., I. 1. b; überwiegend wird die Friedensbedrohung sogar zur Voraussetzung der humanitären Intervention gemacht, vgl. Taskushina, Humanitäre Intervention, S. 67.

487 Vgl. Art. 37 (1) des russischen StGB, Art. 20 (1) des chinesischen StGB; zu diesem Merkmal insb. kommunistischer Rechtsordnungen s. Sangero, Self-Defence, S. 124–126.

488 S. Sangero, Self-Defence, S. 125 f mit Nachweisen zum israelischen Recht; ebenso das deutsche Recht, vgl. zum Notstand OLG Düsseldorf NJW 2006, 630 (630) und zur Notwehr BGH NJW 1954, 438 (438). Genauso reicht bei necessity iSd Art. 25 ARSIWA eine Gefahr für ein wesentliches Interesse der Staatengemeinschaft aus, Art. 25 ARSIWA, Commentary (17), während Notwehr iSd Art. 21 ARSIWA einen Angriff auf den Staat verlangt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Souveränität, sodass der Vergleich trägt,[489] unabhängig davon, ob die Menschenrechtsverletzungen vom eigenen Regime ausgehen (die Situation also einem Defensivnotstand entspricht) oder von privaten Akteuren stammen (und die Parallele zum Aggressivnotstand näherliegen mag, wobei das nicht einmal zwingend ist).[490]

Ob nun die Parallele zur Nothilfe oder die zum Notstand stärker erscheint – der notrechtliche Charakter der humanitären Intervention jedenfalls lässt sich nicht bestreiten: Der eingreifende Staat handelt, um eine akute Gefahr für ein Rechtsgut abzuwenden, dessen Schutz grundsätzlich dem Inhaber des Gewaltmonopols obliegt, wegen einer SR-Blockade aber nicht gewährleistet werden kann.[491] Damit handelt es sich um ein völkerrechtliches Notrecht par excellence.

3. Die Rettung eigener Staatsangehöriger

Ausgehend von dem Gesagten steht auch der Einordnung der Rettung eigener Staatsangehöriger als Notrecht nichts im Wege. Selbst wenn man diese nicht wie hier auf Art. 51 UNC stützte, sondern gewohnheitsrechtlich begründete,[492] läge die Parallele zu Nothilfe oder Notstand hier auf der Hand. Denn wie bei der humanitären Intervention rettet der eingreifende Staat Individuen – allein nicht fremde, sondern eigene Staatsangehörige – vor einer akuten Gefahr, deren Abwendung grundsätzlich dem SR obläge,[493] der dieser Aufgabe aber nicht schnell genug nachkommen kann.

Nach dem Gesagten steht fest: Der Unterschied zwischen der SR-Autorisierung von Gewalt, einem *völkerrechtlichen Amtsrecht*, und den unilatera-

---

489 Dass über den Wert der betroffenen Rechtsgüter kein Konsens besteht (vgl. Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (479 f) ist keine Spezifikum des Völkerrechts.

490 Denn auch ein staatliches Regime, das zum Schutz seiner Bürger nicht willens oder nicht fähig ist, könnte *zuständig* sein für die Gefahr, sodass die Situation einem Defensivnotstand ähnelte; zur Abgrenzung s.o. 4. Kap., I. Bei diesen Überlegungen geht es nur um *normative Parallelen*, nicht darum, die *Rechtmäßigkeit* der humanitären Intervention mit Notwehr oder Notstand zu begründen, hiergegen überzeugend Mohamed, North Carolina L. Rev. 88 (2009), S. 1275 (1302 f).

491 Zu den Voraussetzungen der humanitären Intervention s.o. 1. Kap., I. 3.

492 S.o. 1. Kap., I. 4.

493 Weil auch hier regelmäßig eine Friedensbedrohung besteht, vgl. Zedalis, Texas Int'l L. J. 25 (1990), S. 209 (231); Jessup, A Modern Law of Nations, S. 169 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len Erlaubnissätzen, *völkerrechtlichen Notrechten*, ist grundsätzlich.[494] Damit sind nicht nur die wesentlichen Grundlagen für den späteren Rechtsvergleich gelegt, sondern auch die Zwecksetzungen der jeweiligen Erlaubnissätze identifiziert, die es bei der nun anstehenden Rechtsermittlung zu berücksichtigen gilt.

494 Diese Formulierung stammt (in anderem Kontext) von Köhler, FS Schroeder, S. 257 (247).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 2 Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt

Auf Basis dieser Grundlagen wird nun der Versuch unternommen, zu beantworten, ob *unilaterale* völkerrechtliche Erlaubnissätze *überhaupt* Raum für eine Berücksichtigung von Fehlvorstellungen lassen. Dabei schließt sich an den Überblick über den literarischen Meinungsstand (5. Kapitel) und einige methodische Überlegungen (6. Kapitel) die eigentliche Rechtsermittlung an. Hierfür werden die Staatenpraxis untersucht (7. Kapitel) und verschiedene Rechtsordnungen auf ihre Behandlung von Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten miteinander verglichen (8. Kapitel). Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse werden schließlich die relevanten Chartanormen ausgelegt, wobei verschiedene mögliche Lösungsansätze für das Problem untersucht werden (9. Kapitel).

5. Kapitel: Der Meinungsstand in der Literatur

Die Literatur zur Behandlung staatlicher Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen unilateraler Ausnahmen vom Gewaltverbot ist übersichtlich. Wer sich dazu äußert, wirft meist im Zusammenhang mit dem *antizipierten Selbstverteidigungsrecht* die Frage auf, ob das unmittelbare Bevorstehen des Angriffs ex post, objektiv ex ante oder vollständig subjektiv aus der Sicht des Gewalt anwendenden Staates zu beurteilen ist, ohne zwischen Irrtümern, Fehlverdacht und Fehlprognosen zu unterscheiden.

I. Ex-post-Beurteilung

Diejenigen, die das Vorliegen eines (erfolgten oder bevorstehenden) bewaffneten Angriffs ex post beurteilen wollen und dabei den Fall der putativen Selbstverteidigung vor Augen haben,[1] machen zunächst geltend, dass

1 Quigley, Six-Day War, S. 143–148; Bowett, Self-Defence, S. 256, 262; Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525, (526); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (187); ders., ICLQ 58 (2009), S. 163 (164); Bakircioglu, Self-Defence, S. 220 f; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339 f, 376 f, 385) (einschr. auf die

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es keine Staatenpraxis für eine objektive ex-ante- oder eine vollständig subjektive Beurteilung gebe.[2] Eine Reihe von See- und Landvorfällen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts wiesen vielmehr in die gegensätzliche Richtung.[3] Nach *Bowett* und *Quigley*, die sich auf *de Vattel*[4] und *de la Brière*[5] berufen, basiert das Selbstverteidigungsrecht zudem darauf, dass der Staat, gegen den Gewalt angewendet wird, deliktisch gehandelt, also seine Pflichten verletzt hat.[6] Der Gewalteinsatz gegen einen Staat, von dem in Wahrheit weder ein Angriff noch eine Angriffsgefahr ausging, könne deshalb nicht gerechtfertigt sein. *Brownlie* fügt hinzu, dass dem Opferstaat, hielte man die putative Selbstverteidigungshandlung für gerechtfertigt, selbst kein Selbstverteidigungsrecht zustünde, was nicht überzeuge. Schließlich könne vom Opfer schlecht erwartet werden „to hold his hand in the face of a considerable attack for any length of time whilst attempts are made to discover the attacker's intention".[7]

Die von der Gegenauffassung häufig bemühte und bereits erwähnte Analogie zum nationalen Notwehrrecht greift nach den Anhängern einer

---

Staatenverantwortlichkeit und die Aggression ausnehmend); Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts, Vol. II, S. 31; Session de Santiago, Rapporteur Emmanuel Roucounas, Annuaire de l'Institut de droit int'l 72 (2007), S. 77 (118 Rn. 86); van Steenberghe, Annales de Dr. de Louvain 70 (2010), S. 43 (52 f); Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 109 (113 f); Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011; in diese Richtung jedenfalls tendierend Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020; vgl. auch Roscini, in: Ohlin/Govern/Finkelstein, Cyberwar, S. 219; zur Aggression Alfaro, Memorandum submitted to the ILC, A/CN.4/L.8, YRBK. 2 (1951), Rn. 57–59; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843 f); nicht eindeutig Brownlie, Use of Force, S. 377 f, der einerseits Vorsatz für einen „unlawful use of force" für entbehrlich hält, andererseits in der vernünftigen Annahme eines Angriffs eine zulässige Verteidigung sieht, ohne indes ausdrücklich für Art. 2 (4) eine Sorgfaltswidrigkeit zu verlangen.

2 Quigley, Six-Day War, S. 143; vgl. auch Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525 (526, 548) (allerdings bezogen auf die hier bereits verworfene Selbstverteidigung gegen „conjectural and contingent threat of the mere possibility of an attack at some future time").

3 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (320–335, 339 f) (zur Staatenverantwortlichkeit).

4 De Vattel, Le droit des gens (1758), Buch III, Kap. III, § 26 („Disons donc en genéral, que le fondement, ou la Cause de toute Guerre juste est l'injure […]").

5 De la Brière, Le droit de juste guerre, S. 64 („Il existera une cause juste […] quand de la part du belligérant adverse, il y aura eu violation certaine, grave et obstinée du droit […]").

6 Bowett, Self-Defence, S. 6, 156; ebenso Quigley, Six-Day War, S. 143 f; in dieselbe Richtung Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (377).

7 Brownlie, Use of Force, S. 377.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ex-post-Beurteilung zu kurz.[8] Nicht nur sei das Notwehrrecht *grundsätzlich* nicht mit dem Selbstverteidigungsrecht vergleichbar – ein Argument, das bereits widerlegt wurde.[9] Auch die *strafrechtliche Lösung für das Problem der Putativnotwehr* habe spezifisch strafrechtliche Gründe. So sehe man von Strafe ab, weil diese ihre Funktion hier nicht erfüllen könne. Diese Erwägung greife im Völkerrecht nicht, da eine *Bestrafung* des Staates dort nicht in Rede stehe.[10] Auch ließen viele nationale Strafrechtssysteme erst die Schuld des irrenden Täters entfallen. Diese Lösung stehe im Völkerrecht, das keine Schuldebene kenne, nicht zur Verfügung.[11]

Weiter sprächen praktische Probleme gegen eine ex-ante-Beurteilung: Diese sei in hohem Maße missbrauchsanfällig, könne der Staat doch stets behaupten, er habe an eine Angriffsgefahr geglaubt. Vorgebrachte Belege seien nicht immer leicht zu entkräften.[12] Der Standard einer *vernünftigen* Beurteilung sei hingegen zu unbestimmt, weil „der vernünftige Staat" nicht existiere.[13] Zudem sei unklar, auf welchen Personenkreis es für die Vorstellung „des Staates" ankomme und was gälte, wenn die relevanten Personen unterschiedliche Kenntnisse besitzen.[14]

Besonders hoch sei das Missbrauchsrisiko im Falle der *Sachverhaltsunklarheit*.[15] Die UNC habe die Praxis, dass Staaten unklare Situationen bösgläubig zu ihren Gunsten interpretierten und Gewaltanwendungen mit vermeintlichen Bedrohungen durch andere Staaten begründeten, bewusst beenden wollen. Das Risiko sogenannter *false negatives* – ein Staat entscheidet sich fälschlicherweise *gegen* die Gewaltanwendung und wird dann tat-

8 Gegen diese Analogie Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (775–784); Quigley, Six-Day War, S. 143, 145 f; Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (189); krit. s. auch Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (473) (zu Art. 25 ARSIWA); vgl. auch Rodin, War and Self-Defense, S. 138 f; weniger ablehnend aber ebd. S. 106–115.

9 S.o. 4. Kap., IV 1. b.

10 Vgl. Quigley, Six-Day War, S. 143.

11 Bakircioglu, Self-Defence, S. 220.

12 Vgl. Brownlie, Use of Force, S. 377 f; Quigley, Six-Day War, S. 144; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843) (zur Aggression).

13 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (50); ähnlich Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (376 f).

14 Brownlie, Use of Force, S. 377; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (844); ders., AFDI 20 (1974), S. 9 (26) (beide zum animus aggressionis); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (192 f) (allerdings zum Erfordernis einer Art „Verteidigungswillen").

15 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (427); Koh, in: Doyle, Striking First, S. 99 (112 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sächlich Opfer eines Angriffs – sei dabei in Kauf genommen worden.[16] Dieses Defizit werde durch das kollektive Sicherheitssystem aufgefangen, das dem SR gestatte, aufgrund einer an bloßen Standards orientierten[17] Entscheidung einzuschreiten. Das Zusammenwirken vieler Staaten bei Entscheidungen des SR in einem gewissen prozessualen Rahmen sei geeigneter, die wahre Tatsachenlage aufzudecken, als das unilaterale Handeln des Staates, der sich für bedroht hält.[18]

II. Objektive ex-ante-Beurteilung

Die Anhänger einer objektiven ex-ante-Beurteilung der Selbstverteidigungslage, denen es primär um die *irrige Annahme* eines (bevorstehenden) Angriffs geht,[19] stützen sich darauf, dass es dem handelnden Staat in dieser

16 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (427 f). Der Gegenbegriff sind die hier untersuchten *false positives*, also die falsche Entscheidung für einen Gewalteinsatz, s. Doyle, Striking First, S. 53; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (7); näher s.u. 10. Kap., III.

17 Dieser *standard-based approach*, der dem Entscheidungsträger eine kontextabhängige Entscheidung anhand bloßer Kriterien gestattet, wird verbreitet abgegrenzt von dem Ansatz, der ihn nach einer *rule* entscheiden lässt, die seinen Spielraum stärker begrenzt, s. Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (758 f); umf. Kaplow, Duke L. J. 42 (1992), S. 557–629.

18 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (428), aber relativierend ebd. Fn. 42; zu den Vorteilen von Kollektiventscheidungen Sullivan/Amar, Harvard L. Rev. 106 (1992) S. 19 (119).

19 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212 (anders wohl auch nicht auf S. 255 „acts at its own risk", da auf die rechtliche Bewertung bezogen); Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321 (370–374); Dershowitz, Preemption, S. 83; Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147; Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (139); Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f; Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32); Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36) (anders jedoch den bloßen Fehlverdacht beurteilend); S. Brown, Illusion of Control, S. 113; implizit auch Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111 (118 f, 122), der zumindest die Prognose nur an Vernünftigkeitsstandards messen will; für die Beurteilung der humanitären Interventionslage Reinhard Merkel im persönlichen Gespräch; für eine Entschuldigung, nicht aber eine Rechtfertigung Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 170–174, 87–89; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; ders., in: C. Russell, George Fletcher's Essays, S. 274; andeutend auch Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (11); Maggs, Regent J. Int'l L. 4 (2006), S. 149 (163 f); offenlassend, ob bei unvermeidbaren Prognosefehlern eine geminderte Verantwortung verbleibt, Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (190).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Situation nicht vorwerfbar sei, Gewalt angewendet zu haben. So heißt es bei *Dinstein*:

> „Hindsight knowledge, suggesting that – notwithstanding the well-founded contemporaneous appraisal of events – the situation may have been less desperate than it appeared, is immaterial. The invocation of the right of self-defence must be weighed on the ground of the reliable information available (and reasonably interpreted) at the moment of action, without the benefit of *post factum* wisdom. In the circumstances, as perceived in June 1967, Israel did not have to wait idly by for the expected shattering blow […], but was entitled to resort to self-defence as soon as possible."[20]

Ähnliche Worte findet *Gill*:

> „No State can reasonably be expected to take the risk that adversaries which have pronounced their intention to wage a war of annihilation, and made corresponding preparations, are bluffing."[21]

Das Völkerrecht müsse die praktischen Bedürfnisse der staatlichen Akteure berücksichtigen. Staaten hielten sich nur dann an völkerrechtliche Regeln, wenn sie in der Lage seien diese auch umzusetzen, ohne zu große Opfer erbringen zu müssen. Unrealistische Verpflichtungen blieben unbeachtet und fügten der Völkerrechtsordnung damit mehr Schaden als Nutzen zu.[22] Dahinter steht der Gedanke, dass ein Staat, der vernünftigerweise annimmt, ein Angriff stehe unmittelbar bevor, wenn er die Interessen seiner Bevölkerung schützen will, gar keine andere Wahl habe, als sich zu verteidigen. Ihm *ex post* vorzuwerfen, es habe tatsächlich an einer Selbstverteidigungslage gefehlt, sei zwecklos, da er sich in Zukunft genauso verhalten würde. Zudem sei es andernfalls unmöglich, eine Gewaltanwendung zum Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtlich zu bewerten – und entsprechende Konsequenzen daraus zu ziehen –, weil stets die Möglichkeit bestehe, dass

20 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212; ganz ähnlich Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147.

21 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (139).

22 Vgl. Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16) (stärker auf den Fehlverdacht als auf den Irrtum bezogen); Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (540 f); s. dazu bereits die Einleitung und 2. Kap., V.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

später ans Licht kommende Tatsachen das Pendel noch einmal umschlagen lassen.[23]

Bemerkenswert viele Befürworter der objektiven *ex-ante*-Beurteilung ziehen Parallelen zum nationalen Strafrecht: Ebenso wenig wie der einen vermeintlichen Angreifer tötende Täter wegen Totschlags strafbar sei, verletze der in putativer Selbstverteidigung handelnde Staat das Gewaltverbot.[24] Teilweise wird dafür gar die dogmatische Begründung übertragen: Der über die Selbstverteidigungslage irrende Staat sei zwar nicht gerechtfertigt, aber entschuldigt. Auf diese Weise bleibe dem Opferstaat auch das Selbstverteidigungsrecht erhalten.[25] *Walker* zieht demgegenüber einen Vergleich zum *ius in bello*, das die Rechtmäßigkeit einer Kriegshandlung wie festgestellt nach dem Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Handlung und nicht *ex post* bewertet.[26]

Weiter führen Vertreter der objektiven *ex-ante*-Beurteilung die Staatenpraxis an: So habe die Mehrzahl der Staaten den israelischen Präventivangriff auf Ägypten im Sechstagekrieg 1967 gebilligt, obwohl sich später herausgestellt habe, dass die arabischen Staaten wohl nicht angegriffen hätten und Israel insoweit im Irrtum war.[27] *Tibori-Szabó* beruft sich auf die Operation Catapult im Jahr 1940, bei der die britische Marine Schiffe der französischen Flotte zerstörte, um zu verhindern, dass sie in die Hände der Deutschen fielen. Tatsächlich hegten die Deutschen, wie sich später herausstellte, keine solche Absicht.[28] Die Missbrauchsgefahr werde gebannt, indem nur unvermeidbare Irrtümer beachtlich seien. Dieser Standard sei nicht

---

23 Vgl. Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (141) (allerdings zum umgekehrten Fall, dass später Tatsachen ans Licht kommen, die die Gewaltanwendung als rechtmäßig erscheinen lassen).

24 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 171 f; Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f; Dershowitz, Preemption, S. 83; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59 Fn. 270); vorsichtiger Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); vgl. auch Milanovic, EJIL: Talk!, 14./15. Januar 2020, obwohl er letztlich dennoch zu einer ex-post-Beurteilung neigt.

25 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 172 f; andeutend auch Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32); für eine Erhaltung auch Henderson, Use of Force, S. 75, Fn. 154, 215 f; zu dieser dogmatischen Begründung s.u. 9. Kap., II.

26 Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321 (370–374) bezieht sich zunächst auf die persönliche Verantwortung des handelnden Kommandeurs, verdeutlicht aber auf S. 375, dass er diese Erwägungen auch für die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns heranziehen will.

27 Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); Dershowitz, Preemption, S. 81, 83; näher zu diesem Fall s.u. 7. Kap., III. 1. a.

28 Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 97 f, 147.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unbestimmter als im nationalen Recht, in dem man ohne Skrupel darauf zurückgreife.[29]

Noch einen Schritt weiter gehen die Stimmen, die die Selbstverteidigung auch bei bewusster Unklarheit über das Bevorstehen eines Angriffs gestatten, solange er hinreichend wahrscheinlich ist.[30] Dabei unterscheiden sie nicht dazwischen, ob wie bei einer Fehlprognose tatsächlich eine Angriffsgefahr besteht und nur ihre Realisierung unsicher ist,[31] oder ob wie beim Fehlverdacht bereits über die Tatsachengrundlage Zweifel bestehen.[32] Zentrales Argument ist auch hier, dass dem Staat ein weiteres Zuwarten unzumutbar sei und nur so das Völkerrecht der Realität gerecht werde.[33] Mit einer bestimmten Mindestwahrscheinlichkeit ließe sich auch das Risiko von Fehlentscheidungen minimieren.[34]

III. Vollständig subjektive Beurteilung

Einzelne Stimmen treten schließlich dafür ein, dass für die Selbstverteidigungslage die tatsächliche Vorstellung des handelnden Staates maßgeblich und damit jeder Irrtum beachtlich sei, unabhängig davon, ob die Vorstellung der vernünftigen Bewertung der Umstände entspricht.[35] Insbesondere die von Massenvernichtungswaffen ausgehende Gefahr rechtfertige es,

---

29 Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16).

30 Wenn auch im Detail verschieden, lassen alle Ansätze eine *Wahrscheinlichkeit* des Angriffs ausreichen, s. Doyle, Striking First, S. 47–63; Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (754–760); ders., AJIL 97 (2003), S. 563 (574); Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (28, 54–57); Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f; Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16); ähnlich Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (174) für den Abschuss eines Flugzeugs; s. auch Nachweise unten 10. Kap., III. Fn. 120.

31 Diesen Fall scheinen Sofaer und Doyle aber primär vor Augen zu haben, vgl. Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209 (220 („the likelihood that the threat will be realized"); Doyle, Striking First, S. 53 („threats that would not have materialized").

32 Diesen Fall meint wohl Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1–77 („states that might have weapons of mass destruction"), auch wenn er sich auf Sofaer und Doyle bezieht, ebd. S. 28.

33 Vgl. Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (27), zu derselben Erwägung s.o. Fn. 22 und begleitender Text.

34 Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (758–760).

35 Rivkin/Casey/DeLaquil, Chicago J. Int'l L. 5 (2005), S. 467 (496); für die Aggression Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221–223, der eine „intention agressive" fordert, ohne sie durch objektive Kriterien zu begrenzen; ähnlich Henderson, Use of Force, S. 77 f. Indes verzichtet Tibori-Szabó (entgegen Quigley, Six-Day War, S. 146) wohl nicht auf die Vernünftigkeit der Vorstellung, wie sich aus

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Irrtumsrisiko vollständig auf den vermeintlich drohenden Staat zu verlagern.[36]

Walzer wird bisweilen diesem Meinungsspektrum zugeordnet.[37] Eine vielzitierte Passage aus seiner Schrift *Just and Unjust Wars* – das sich nicht dem positiven Recht, sondern der Legitimität von Krieg widmet – weckt daran jedoch Zweifel:

> „[A]ggression can be made out not only in the absence of a military attack or invasion but in the (probable) absence of any immediate intention to launch such an attack or invasion. The general formula must go something like this: states may use military force in the face of threats of war, whenever the failure to do so would seriously risk their territorial integrity or political independence. Under such circumstances it can fairly be said that they have been forced to fight and that they are the victims of aggression."[38]

Tatsächlich misst *Walzer* nicht der Vorstellung des Staates, sondern allein der *objektiven* Wahrscheinlichkeit des Angriffs – in Form eines „serious risk" – Bedeutung bei. Weiter beschreibt er die israelische Furcht vor einem ägyptischen Erstangriff 1967 als „an almost classical example of '*just* fear'" und den israelischen Präventivangriff folglich als „clear case of legitimate anticipation".[39] Danach spricht wenig dafür, dass er eine vollständig subjektive Beurteilung zugrunde legt.

Häufiger als für den Irrtum sehen Literaturstimmen die subjektive Einschätzung des handelnden Staates für den Fehlverdacht als allein maßgebend an: Die Gewaltanwendung sei bereits dann gerechtfertigt, wenn der Staat den Angriff subjektiv für wahrscheinlich halte.[40] So heißt es eindrücklich bei *Glennon*:

---

ihrem Zitat von Dinstein ergibt, s. Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147.

36 Vgl. Rivkin/Casey/DeLaquil, Chicago J. Int'l L. 5 (2005), S. 467 (496 f), die möglicherweise den Fall des Fehlverdachts miteinbeziehen.

37 Quigley, Six-Day War, S. 146–148.

38 Walzer, Just and Unjust Wars, S. 83–85.

39 Walzer, Just and Unjust Wars, S. 83–85, Hervorhebung hinzugefügt.

40 Vgl. National Security Strategy of the United States of America (September 2002), S. 15 f; Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (552 f). Diese Position ist nicht zu verwechseln mit der höchstzweifelhaften Auffassung, Selbstverteidigung gewähre dem Handelnden eine *rechtliche* Einschätzungsprärogative, die etwa mit der Bush-Doktrin im Jahr 2003 verbunden wird, Franck, AJIL 100 (2006), S. 88 (102) zur Rede George W. Bushs for the Joint Session of the Congress on the State of the Union (28. Januar 2003); zu diesem „unilaterist view"

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „Mistakes may be made. It is better, however, that the price of those mistakes be paid by states that so posture themselves than by innocent states asked patiently to await slaughter."[41]

Auch hier ist die Argumentation maßgeblich von der Erwägung geprägt, dass eine andere Perspektive als die subjektive im Zeitalter der Massenvernichtungswaffen den davon potentiell bedrohten Staaten nicht zumutbar sei.[42]

6. Kapitel: Das Verhältnis von Charta- und Gewohnheitsrecht

Im Bereich unilateraler Gewalteinsätze stellen sich im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Völkergewohnheitsrecht und den Chartanormen einige methodische Fragen, die auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln sind.[43]

I. Die Relevanz des vor 1945 geltenden Gewohnheitsrechts

Angesichts der Zäsur, die das Inkrafttreten der Charta 1945 für das Recht der Gewaltanwendungen bedeutete, muss zwischen dem Völkergewohnheitsrecht vor und nach diesem Zeitpunkt unterschieden werden. Der Blick in die Zeit vor 1945 wirft jedoch die Frage auf, ob sich in einer Völkerrechtsordnung, die ein umfassendes Gewaltverbot noch gar nicht kannte, das Problem der *Rechtfertigung* von Gewaltanwendungen – und dementsprechend von *Fehlvorstellungen* über ihre *Voraussetzungen* – überhaupt stellte. Doch war das Recht zur souveränen Kriegsführung,[44] das erst im 20. Jahrhundert begrenzten materiellen Einschränkungen unterworfen

---

(allerdings weniger deutlich zwischen rechtlicher und faktischer Einschätzungsprärogative unterscheidend) auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (24–26, 41–47).

41 Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (553).

42 Vgl. Condoleza Rice im Interview mit Wolf Blitzer v. 8.9.2002, CNN Late Edition.

43 Zu diesem Verhältnis eing. Kreß, Gewaltverbot, S. 34–40, 169–186; Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 319–337, 342–361; Ruys, Armed Attack, S. 6–29.

44 Dieses war das Ergebnis der während des 19. Jahrhunderts stattfindenden Abwendung von der Lehre vom gerechten Krieg, die in die Annahme mündete, das Völkerrecht sei gegenüber dem Krieg indifferent, dazu Bilfinger, ZaöRV 15

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde,[45] auf Kriege im formellen Sinn beschränkt, die namentlich eine Kriegserklärung voraussetzten.[46] In *Friedenszeiten* war zwischenstaatliche Gewalt im Grundsatz durchaus untersagt und rechtfertigungsbedürftig.[47] Diese Fälle betrafen vor allem kleinere zwischenstaatliche Vorfälle, die man heute als „measures short of war"[48] bezeichnen würde und die besonders irrtumsanfällig sind. Überwiegend anerkannte Rechtfertigungsgründe waren die Selbstverteidigung, die gewaltsame Repressalie und der Notstand, wobei Einzelheiten und Begrifflichkeiten umstritten sind.[49] Handelte ein Staat ohne Rechtfertigung, machte er sich völkerrechtlich verantwortlich.[50] Daraus lässt sich schließen, dass die vorgetragenen Rechtfertigungen nicht nur unverbindliche politische Entschuldigungen darstellten, sondern rechtliche Relevanz besaßen.[51] Für die untersuchte Fragestellung sind Irrtumssituationen vor Inkrafttreten der Charta daher durchaus relevant. Angesichts des Fehlens eines allgemeingültigen und umfassenden Gewaltverbots vor 1945 ist bei der Übertragung der Erkenntnisse auf das Chartaregime dennoch eine gewisse Vorsicht geboten.

(1953/1954), S. 453 (463 f); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457); Bothe, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Abschn., Rn. 3.

45 Namentlich durch die II. und III. Haager Konvention (1907), die Völkerbundsatzung (1919), den Vertrag von Locarno (1925) und freilich den Briand-Kellogg-Pakt (1928), zu dieser Entwicklung s. nur R. Kolb, Ius contra bellum, S. 33–68.

46 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 231.

47 Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 1; Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457 f); Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (127 Fn. 44); Bothe, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Abschn., Rn. 3.

48 So explizit zum Caroline-Fall von 1837 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (127 Fn. 44); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 203, 225; s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 232; Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457) („forcible measures of self-help short of war").

49 Vgl. die Aufzählung von Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (458–467), der neben Selbstverteidigungsrecht und Repressalie die Retorsion und „legitimate intervention" nennt, ebd. S. 458, wobei letztere keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstelle, ebd. S. 461. Zum Notstand s. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 57; Bowett, Self-Defence, S. 58–60.

50 Kearley, Wisconsin Int'l L. J. 17 (1999), S. 325 (332).

51 Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 1; s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 232–236 mit weiteren Argumenten für die Rechtserheblichkeit der Selbstverteidigung; aA Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 203.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die Frage der Fortgeltung nach Inkrafttreten der Charta

Inwieweit das vor 1945 geltende Gewohnheitsrecht nach Inkrafttreten der Charta fortgilt, ist hochumstritten.

1. Vorrang der Charta bei Unvereinbarkeit mit früherem Gewohnheitsrecht

Soweit früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta konfligiert, genießt letztere Vorrang. Das folgt zwar nicht aus Art. 38 (1) IGH-Statut, da dieser zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht keine formelle Hierarchie etabliert.[52] Art. 103 UNC enthält aber eine allgemeine Kollisionsregel, die der Charta Vorrang[53] vor widersprechenden Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkommen einräumt. Verbreitet wird diese Norm zumindest analog auf entgegenstehendes Völkergewohnheitsrecht angewandt.[54] Dabei setzt sich die Charta nicht nur bei einem Konflikt zwischen zwei *Pflichten*, sondern auch bei der Kollision einer *Pflicht* mit einer *Befugnis* durch.[55] Der Vorrang der Chartanormen ließe sich auch mit der

52 Vgl. Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams, ICJ Statute, Art. 38, Rn. 271, 273, relativierend aber Rn. 272–282.

53 Ob es sich bei diesem Verhältnis um einen Geltungsvorrang (so wohl Brownlie, Use of Force, S. 272 f; Kelsen, Law of the UN, S. 792; Bothe, EJIL 14 (2003), S. 227 (232)) oder einen Anwendungsvorrang (so wohl Fassbender, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn, Legalität, S. 99 (129)) handelt, ist allein in Bezug auf Nichtmitglieder der UN relevant und heute somit von geringer Bedeutung.

54 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 68 (Analogie oder universale Akzeptanz des Chartavorrangs); für die Anwendung auch der ILC Fragmentation Report, Rn. 345; Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (586); dagegen Separate Opinion Rezek, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 2; Bowett, EJIL 5 (1994), S. 89 (92); krit. auch Thouvenin, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 103, S. 2140.

55 Ist die Befugnis die völkergewohnheitsrechtliche *verdrängte* Norm, ergibt sich das aus einem erst-recht-Schluss. Zum problematischeren umgekehrten Fall, dass die Befugnis die *verdrängende* Chartanorm ist, Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 31–36; allg. zum Begriff der Normenkollision Vranes, EJIL 17 (2006), S. 395 (407–412, 418); Pauwelyn, Conflict of Norms, S. 170 f; ILC Fragmentation Report, Rn. 25; aA Jenks, British YB Int'l L. 30 (1953), S. 401 (426).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lex-posterior-[56] und der lex-specialis-Regel[57] begründen. Im Übrigen hat sich früheres Gewohnheitsrecht zu staatlichen Gewaltanwendungen *mit* oder zumindest *nach* Inkrafttreten der Charta wohl insoweit an diese angepasst, als es mit ihr unvereinbar war.[58] Denn selbst wenn man für die Entstehung oder Modifikation von Völkergewohnheitsrecht durch Völkerrechtsverträge eine Praxis und opinio iuris *außerhalb* des jeweiligen Vertrages verlangt, sind diese für das Recht der Gewaltanwendungen ausreichend vorhanden.[59] Das bedeutet nicht, dass Charta- und Gewohnheitsrecht seit 1945 inhaltlich exakt identisch sind.[60] Dort, wo früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta *nicht* unvereinbar ist und mangels Normenkollision fortbesteht – die Charta seine Fortgeltung also zulässt – ist keine Angleichung des Gewohnheitsrechts an den Wortlaut der Charta erfolgt. Das Gewohnheitsrecht besitzt in diesen Bereichen eine Konkretisierungsfunktion und ist als lex specialis die vorrangig maßgebliche Rechts-

---

56 Ruys, Armed Attack, S. 13; Thouvenin, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 103, S. 2140 f; zur lex-posterior-Regel s. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 15 f.

57 Dazu allg. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 12–14; Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams, ICJ Statute, Art. 38, Rn. 274, 277. Der lex-specialis- und der lex-posterior-Grundsatz sind einer Rechtsordnung immanent; die Frage, ob sie Völkergewohnheitsrecht darstellen, daher für falsch gestellt haltend Vranes, ZaöRV 65 (2005), S. 391 (398, 401–403). Zwischen ihnen besteht auch keine abstrakte Hierarchie, ebd. S. 402.

58 Ruys, Armed Attack, S. 15–18; ähnlich Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 104; ILC Report on the work of its eighteenth session, Draft Articles on the Law of Treaties, Art. 50, Commentary (8), YBILC (1966-II), S. 247; am ehesten lässt sich diese Auffassung Schiffbauers „Identitätstheorie" zuordnen, wobei dieser „Identität in beide Richtungen" annimmt, Art. 51 UNC also auch von früherem Völkergewohnheitsrecht beeinflusst sei, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 326–329.

59 So erkennen zahlreiche andere Völkerrechtsverträge nach 1945 das Gewaltverbot und das Selbstverteidigungsrecht der Charta an, zB Art. 1, 3 Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance; Art. 1, 5 Nordatlantikvertrag; Schlussakte von Helsinki, S. 4 (Gewaltverbot); Gleiches gilt für UN-Resolutionen, zB die Friendly Relations Declaration und die Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations; auch ist opinio iuris von Nicht-Vertragsstaaten vorhanden (so zB von BRD und DDR vor ihrem Beitritt, Czapliński, ICLQ 38 (1989), S. 151–166), zum Ganzen s. Ruys, Armed Attack, S. 15–17. Soweit man hingegen annimmt, dass die inhaltliche Anpassung des Gewohnheitsrechts bereits *mit* Inkrafttreten der Charta eingetreten ist, fehlt es bereits am Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC oder der lex-posterior-Regel.

60 So auch ausdrücklich ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 176, auch wenn das Gericht beide Rechtsquellen kurz darauf (ebd. Rn. 181, 188) nahezu identisch konstruiert, vgl. auch Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (568).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

quelle. In den Bereichen, in denen die Angleichung erfolgt ist, kann umgekehrt die Charta als konkretere Norm gelten.[61]

Über das bisher Gesagte – bei Unvereinbarkeit setzt sich die Charta durch – herrscht weitgehend Konsens.[62] Streit entzündet sich erst an der Frage, *inwieweit* früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta unvereinbar ist.

2. Unvereinbarkeit der Charta mit früherem Gewohnheitsrecht

Zu einer Kollision käme es bei der hier untersuchten Fragestellung dann, wenn das Chartarecht gegenüber dem irrenden oder fehlvermutenden Akteur zwingend *permissiver* oder zwingend *restriktiver* wäre als früheres Gewohnheitsrecht. Das ist durch Auslegung der Charta zu ermitteln. Von Bedeutung ist dabei der in der Völkerrechtslehre seit jeher schwelende Streit darüber, inwieweit Art. 2 (4) und 51 UNC die Fortgeltung früherer gewohnheitsrechtlicher Erlaubnissätze ausschließen, die über den Wortlaut von Art. 51 UNC hinausgehen. Gegenüberstehen sich im Wesentlichen die sogenannten „Restriktivisten", die Art. 51 UNC eng und/oder Art. 2 (4) weit auslegen[63] und jegliche unilaterale Gewalt auf die Voraussetzungen des *unmittelbaren Wortlautes* von Art. 51 UNC (insbesondere auf das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs) begrenzen, und die sogenannten „Gegen-Restriktivisten", die umgekehrt eine weite Auslegung von Art. 51 UNC und/oder eine enge Auslegung von Art. 2 (4) befürworten und unilaterale Gewalt auch außerhalb dieser engen Voraussetzungen zulassen.[64] Nach der restriktiven Auffassung wäre das frühere Gewohnheitsrecht zu Fehlvorstellungen bei Erlaubnissätzen, die sich nicht auf den unmittelba-

61 Vgl. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 13; zur Anwendung der lex-specialis-Regel außerhalb von Normenkonflikten ILC Fragmentation Report Rn. 88–102, insb. Rn. 91, 99.

62 Auch Schiffbauer muss sich nicht zwischen der u.a. von ihm unterschiedenen Koexistenz- und Identitätstheorie (allg. Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 320–329) entscheiden, ebd. S. 353–355.

63 Je nach Bezugspunkt werden die Begriffe „Restriktivisten" und „Gegen-Restriktivisten" daher auch im gegensätzlichen Sinne verwendet, s. zB Ruys, Armed Attack, S. 9 f.

64 Zu dieser Spaltung eing. Corten, EJIL 16 (2006), S. 803–822, der ihren Ursprung in der unterschiedlichen methodischen Herangehensweise sieht; vgl. auch Ruys, Armed Attack, S. 8–10; Banks/Criddle, Leiden J. Int'l. L. 29 (2016), S. 67–93 (die Positionen als „conventional restrictivists" und „costumary restrictivists" bezeichnend).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Wortlaut des Art. 51 UNC stützen lassen, von der Fortgeltung ausgeschlossen und so von vornherein von geringer Relevanz. Das betrifft nach hier befürworteter Sicht die humanitäre Intervention[65] sowie (je nachdem wie restriktiv man den Halbsatz „if an armed attack occurs" versteht) die antizipierte Selbstverteidigung[66] und die Rettung eigener Staatsangehöriger.[67] Falls das frühere Gewohnheitsrecht in Bezug auf Fehlvorstellungen permissiver wäre als der Wortlaut des Art. 51 UNC, wäre die Kontroverse zudem entscheidend dafür, ob es dennoch fortgelten könnte. Weil die Debatte bekannt ist, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die ganz zentralen Aspekte.

a) Verdrängung anderer Erlaubnissätze als das Selbstverteidigungsrecht

Wie *Kreß* überzeugend begründet,[68] stehen andere frühere gewohnheitsrechtliche Erlaubnissätze als das Selbstverteidigungsrecht – namentlich die gewaltsame Repressalie und die Notstandsmaßnahme – eindeutig im Widerspruch zur textorientierten Auslegung der Charta, also der Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Telos.[69] Die nach dem Wortlaut wohl noch mögliche Lesart, dass Art. 2 (4) UNC nicht zwingend *jeden* Gewalteinsatz auf fremdem Staatsgebiet verbietet,[70] machte die Existenz des Art. 51 UNC völlig unplausibel: Er hätte nur noch deklaratorischen Charakter und würde mit der Selbstverteidigung gerade das am wenigsten Klarstellungsbedürftige herausgreifen.[71] Ziel und Zweck des Kapitels VII,

65 Die sich nach hier zugrunde gelegter Auffassung nur gewohnheitsrechtlich begründen lässt, s.o. S. 1. Kap., I. 3., 4.

66 Nach hier befürworteter Sicht lässt sie sich mit einigen Sprachfassungen in Einklang bringen, während andere die Wortlautgrenze für überschritten halten, s.o. 1. Kap., I. 2.

67 Auch hier ist str., ob Grundlage die Charta oder Gewohnheitsrecht ist, s.o. 1. Kap., I. 4.

68 Kreß, Gewaltverbot, S. 172–185, sich zwar darauf konzentrierend, ob der bewaffnete Angriff unerlässliche Voraussetzung der Selbstverteidigung ist, ebd. S. 169 f; diese Frage ist mit der Fortgeltung früheren Gewohnheitsrechts aber verknüpft, s. auch ebd. S. 178–182.

69 S.o. 3. Kap.; den Begriff „textorientiert" verwendet u.a. Kreß, Gewaltverbot, S. 169.

70 S. Kreß, Gewaltverbot, S. 175.

71 Kreß, Gewaltverbot, S. 175–177; Genoni, Notwehr im Völkerrecht, S. 104 f; s. auch Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 225 (für das antizipierte Selbstverteidigungsrecht).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das die Wahrung des Friedens dem SR überantwortet, bestärken diese Auslegung. Auch die Genese der Art. 2 (4), 51 UNC ergibt, dass die Zusätze des Art. 2 (4) („against the territorial integrity […]")[72] das Gewaltverbot nicht beschränken und Selbstverteidigung den einzigen Erlaubnissatz zur Gewaltanwendung außerhalb des Kapitels VII bilden sollte.[73] Andere vor 1945 gewohnheitsrechtlich anerkannte Titel als das Selbstverteidigungsrecht[74] sind daher unvereinbar mit der Charta und werden von ihr verdrängt. Die Zwecksetzung einer Gewaltanwendung spielt insoweit keine Rolle. Zumindest für Fehlvorstellungen bei der humanitären Intervention, die sich nicht mit dem Selbstverteidigungsrecht begründen lässt,[75] kann das vor 1945 geltende Gewohnheitsrecht somit von vornherein außer Betracht bleiben.

b) Fortbestand einiger Formen des individuellen Selbstverteidigungsrechts

In Bezug auf das frühere gewohnheitsrechtliche *individuelle* Selbstverteidigungsrecht lässt sich eine vollständige Verdrängung hingegen nicht begründen:[76] Der Wortlaut des Art. 51 S. 1 UNC ist nicht eindeutig. Betont man den Satzteil „if an armed attack occurs", mag Art. 51 S. 1 das „naturgegebene Recht" zur Selbstverteidigung nur *in der von der Charta definierten Ausprägung* unberührt lassen, das heißt als Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff.[77] Ein darüber hinausgehendes gewohnheitsrechtli-

---

72 „[A]gainst the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations".

73 S. für die Diskussion im Komitee UNCIO VI, S. 334 f; Kreß, Gewaltverbot, S. 179 f; E. Gordon, Yale J. Int'l L. 10 (1985), S. 271 (276); vgl. auch Brownlie, British YB Int'l L. 37 (1961), S. 183 (237); die Ablehnung einer „nicht-aggressiven" Intervention lässt sich auch aus ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 35 herauslesen, vgl. Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (573 f).

74 Repressalie und Notstand sind auch keine Unterformen davon, Falk, AJIL 63 (1969), S. 415 (429).

75 S.o. 1. Kap., I. 3.

76 Vgl. Kreß, Gewaltverbot, S. 172–186, der indes feststellt, dass individuelle Selbstverteidigungsmaßnahmen, die nicht der Abwehr eines bewaffneten Angriffs dienen, nur bei ganz überwiegender nachfolgender Praxis satzungskonform sind. Aus der Anwendung seiner Gewichtungsregel (2) lässt sich folgern, dass ihm zufolge nur Gründe von sehr geringem Gewicht für einen Einklang solcher Maßnahmen mit der textorientierten Chartaauslegung sprechen, vgl. ebd. S. 37.

77 Vgl. Kreß, Gewaltverbot, S. 176.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ches Selbstverteidigungsrecht verlöre den Bestand. Legt man das Augenmerk hingegen auf den Ausdruck „nothing in the present Charter shall impair the inherent right", mag der Zusatz „if an armed attack occurs" eine exemplarische Umschreibung des Selbstverteidigungsrechts im Allgemeinen darstellen, was der Fortgeltung eines weiteren gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts Raum beließe.[78] Der Existenz des Art. 51 UNC käme konstitutive Bedeutung zu, allein der Halbsatz „if an armed attack occurs" hätte primär deklaratorischen Charakter (nur primär, weil darin immerhin ein unverzichtbarer Kern des Selbstverteidigungsrechts zum Ausdruck käme). Zumindest für die vorbeugende Selbstverteidigung lässt sich letztere Auslegung teleologisch gut begründen.[79] Auch die Genese legt nahe, dass Art. 51 UNC vorwiegend der Begrenzung *kollektiver* Selbstverteidigung diente.[80] Für jeglichen Ausschluss eines früheren *individuellen* Selbstverteidigungsrechts, das weiter als der unmittelbare Wortlaut von Art. 51 UNC reicht, fehlen hingegen Anhaltspunkte. Welche seiner genauen Ausprägungen das Inkrafttreten der Charta überlebten,[81] kann hier offen bleiben. Das für Fehlvorstellungen besonders wichtige antizipierte Selbstverteidigungsrecht gehört jedenfalls dazu.[82] In Bezug auf diesen Teil des gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts fehlt es folglich an einem Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC[83] und die Staatenpraxis zum antizipierten Selbstverteidigungsrecht vor 1945 ist für die hier untersuchte Fragestellung von Bedeutung.

III. Die Veränderung der Rechtslage durch spätere Praxis

Die nach Inkrafttreten der Charta stattfindende Praxis (im Folgenden: spätere Praxis) ist für die Rechtslage in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Sie

78 Dazu, dass sich der Auslöservorbehalt „if […] occurs" überhaupt auf das *Selbstverteidigungsrecht* selbst und nicht auf die *Anwendung* von Art. 51 S. 1 (dh „auf die grundsätzliche Geltung von Selbstverteidigung") bezieht, ausf. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 312–314.

79 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 318.

80 S. UNCIO XII, S. 680–682; Kreß, Gewaltverbot, S. 180 f; s. auch E. Gordon, Yale J. Int'l L. 10 (1985), S. 271 (278), näher s.u. 9. Kap., I. 1. d.

81 Ein (geschehener oder bevorstehender) *bewaffneter Angriff* ist wohl jedenfalls erforderlich, so auch ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195, Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (580).

82 Umf. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 310–338.

83 Ebenso wenig liegt ein Konflikt iSd lex-posterior-Regel vor, so man Art. 103 UNC anders als hier (6. Kap., II. 1.) für unanwendbar hält.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beeinflusst die Auslegung der UNC als spätere Übung iSd Art. 31 (3) b) WVK und ist notwendiger Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. Zu unterscheiden ist zwischen Bereichen, in denen das Chartarecht die lex specialis darstellt, und den Bereichen, in denen umgekehrt das Gewohnheitsrecht als eine die Charta konkretisierende Norm die maßgebliche Rechtsquelle bildet.

1. Einfluss der späteren Praxis auf das speziellere Chartarecht

Insoweit sich das frühere Gewohnheitsrecht zu zwischenstaatlichen Gewaltanwendungen an das Chartarecht angepasst hat, weil dieses keine Abweichung zuließ, ist es mit dem Recht der Charta zwar identisch geworden. Die Rechtsermittlung richtet sich aber vorrangig nach den spezielleren Regelungen der Charta.[84] Eine durch die spätere Praxis ausgelöste Veränderung des *Gewohnheitsrechts* reicht daher für sich genommen nicht aus, um das in diesen Bereichen maßgebliche Recht zu modifizieren. Die spätere Praxis kann auf das Chartarecht aber in zweierlei Hinsicht Einfluss nehmen.

Sie kann zum einen *als Auslegungskriterium* die *Auslegung* des Chartarechts beeinflussen. Nach Art. 31 (3) b WVK ist sie ein gegenüber Wortlaut, Systematik und Telos gleichrangig zu berücksichtigendes Auslegungskriterium.[85] Daneben kann sie als ergänzendes Auslegungsmittel iSd Art. 32 WVK relevant werden.[86] Wie *Karl* überzeugend begründet und auch die ILC anerkennt,[87] erschöpft sich dieser Auslegungsfaktor nicht in der Ermittlung der ursprünglichen Vertragsabsicht,[88] sondern ist als selbstständiges Auslegungskriterium Indiz für den aktuellen Parteienkonsens[89]

---

84 S.o. 6. Kap., II. 1.

85 S. bereits oben 3. Kap., Fn. 319.

86 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 2 (4).

87 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 8 und 7, Commentary (27): „The scope for 'interpretation' is therefore not necessarily determined by a fixed original intent, but must rather be determined by taking into account a broader range of considerations, including certain later developments".

88 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 139–141; zu dem Fehlen einer zeitlichen Beschränkung auf die ursprüngliche Parteienabsicht in Art. 31 (3) b WVK s. auch Ruys, Armed Attack, S. 20.

89 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 141–164.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und die objektive Vertragswirklichkeit,[90] die beide für die Auslegung relevante Aspekte darstellen.[91]

Zum anderen kann die spätere Praxis *als Bestandteil des Gewohnheitsrechts* die Charta *modifiziert* haben, wenn die Grenzen der Auslegung erreicht sind, die maßgebliche Regel also auch bei dynamischer Vertragsauslegung nicht mit der Chartanorm in Einklang gebracht werden kann. Eine einfache *Derogation* vom Chartarecht ist deshalb unmöglich, weil sie nicht mehr unter den auf Auslegung beschränkten Art. 31 (3) b WVK fällt und sich die Charta nach Art. 103 UNC auch gegenüber jüngerem Gewohnheitsrecht durchsetzt.[92] Das spätere Gewohnheitsrecht muss das Chartarecht also *modifiziert* haben, damit es an einem Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC fehlt.[93] Selbst unter denjenigen Stimmen, die Art. 103 UNC für anwendbar halten, bejahen nicht wenige diese Möglichkeit.[94] Auch wenn die Modifizierung eines Völkerrechtsvertrages durch spätere Praxis aus dem Entwurf von Art. 38 WVK gestrichen wurde[95] und die ILC diese Art der Vertragsänderung in ihren Draft conclusions von 2018 nicht für „generally recognized" hält,[96] wird verbreitet angenommen, dass die in einer späteren Praxis zum Ausdruck kommende Übereinkunft eine Ände-

90 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 164–181.

91 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 148, 165; zum darüber hinaus angeführten „Konsistenzargument", das Verhalten einer Vertragspartei beinhalte eine Äußerung zum Vertragsinhalt, ebd. S. 156–158; zur sog. Präzedenzwirkung der späteren Praxis ebd. S. 172–177.

92 Zur Anwendung von Art. 103 UNC auf konfligierendes *Gewohnheitsrecht* s.o. 6. Kap., II. 1.

93 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69; allg. zur Unterscheidung von Auslegung und Modifikation Art. 38 (1) ILC Draft Articles on Law of Treaties with Commentaries.

94 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69; Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 54–57; ebenso Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277 f) und Ruys, Armed Attack, S. 24 (indes beide ohne Bezug zu Art. 103 UNC); aA Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (586).

95 Der ILC-Entwurf von Art. 38 lautete: „A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions", ILC Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, S. 236; s. auch Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277).

96 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 7 (3) S. 2; anders noch ILC Fragmentation Report, Rn. 224 („customary behaviour undoubtedly affects the interpretation and application of treaties and may, in some cases, modify treaty law").

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung eines Vertrages herbeiführt.[97] Bei Änderungen der *Charta* besteht das Problem, dass Art. 108 UNC dafür grundsätzlich eine Zustimmung der Generalversammlung mit Zweidrittelmehrheit und eine Ratifizierung durch zwei Drittel der Mitglieder verlangt. Aus diesem Grund wird die Chartamodifizierung durch Gewohnheitsrecht teilweise für unmöglich gehalten.[98] Dagegen spricht jedoch, dass mit den Formalia in Art. 108 UNC nur Rechtssicherheit über das geltende Chartarecht erreicht werden soll.[99] Dieses Ziel wird nicht gefährdet, wenn sich alle Vertragsparteien über die Änderung einig sind und dies durch eine entsprechende Praxis bestätigt haben.[100] Jedenfalls eine von *einvernehmlicher* Überzeugung getragene *einheitliche* Staatenpraxis muss die Charta daher modifizieren können,[101] wobei die Überzeugung implizit zum Ausdruck gebracht werden kann.[102] Eine Übereinkunft von zwei Dritteln der Mitglieder erscheint demgegenüber nicht ausreichend.[103]

---

97 S. nur Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277); Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (17 f); Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 55; Czapliński/Danilenko, Netherlands YB Int'l L. 21 (1990), S. 3 (37–41); Villiger, Customary International Law, S. 196 f, 200–203.

98 ICJ, Certain Expenses, Separate Opinion Spender, 1962, S. 191; Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (599 f).

99 Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 57.

100 Das Minus an Formalia wird durch das Plus an übereinkommenden Staaten sozusagen kompensiert, vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 351.

101 Vgl. Witschel, in: Simma, UN Charter, Art. 108, Rn. 10; Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 349 f; ähnlich Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69 („universal acceptance").

102 Ebenso Ruys, Armed Attack, S. 24; Villiger, Customary International law, S. 211. Ob diese implizite Zustimmung *aus völkerrechtlich relevanten Umständen* folgen muss, die zur Nichtkundgabe eigener Rechtsüberzeugung *hinzutreten müssen* („affirmatives völkerrechtliches Verhalten", so Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 351 f), ist fraglich. Das Erfordernis einer affirmativen Praxis *aller* UN-Mitglieder machte die Chartamodifikation durch Gewohnheitsrecht weitgehend theoretisch. Auch in den Fällen, in denen eine Modifikation verbreitet angenommen (zB bei Art. 27 (3) UNC, dazu sogleich näher), lagen solche zusätzlichen Umstände nicht vor.

103 Ebenso Karl/Mützelburg/Witschel, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 108, Rn. 12; Kreß, Gewaltverbot, S. 37 Fn. 52; aA Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 57; Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (278), der Art. 108 UNC analog anwendet und einen Verzicht auf die prozessualen Anforderungen für möglich hält. Wie hier i. Erg. wohl ICJ, Namibia, 1971, Rn. 22 zu der Frage, ob eine SR-Resolution auch bei Enthaltung eines ständigen Mitglieds zustande kommt, obwohl Art. 27 (3) UNC ein „affirmative vote" verlangt: „This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Einfluss der späteren Praxis auf das chartakonkretisierende Gewohnheitsrecht

In Bereichen, die die Charta nicht ausdrücklich regelt, kommt dem Gewohnheitsrecht eine die Charta konkretisierende Rolle zu. Hierunter fallen insbesondere Bereiche, in denen früheres Gewohnheitsrecht von der Charta weder verdrängt wurde noch sich daran genau angeglichen hat.[104] Dazu gehört etwa die antizipierte Selbstverteidigung.[105] Die spätere Praxis nimmt hier als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts auf die Rechtslage Einfluss. Auch wenn das Völkergewohnheitsrecht die maßgebliche Rechtsquelle darstellt, sind seiner Entwicklung wegen Art. 103 und 108 UNC Grenzen gesetzt. Bewegt sich das Völkergewohnheitsrecht auf den unmittelbaren Wortlaut der Charta zu, ist diese Entwicklung aus Sicht der Charta unproblematisch. Es gelten die allgemeinen Grundsätze zur Änderung von Völkergewohnheitsrecht.[106] Entfernt sich das Gewohnheitsrecht hingegen (weiter) von dem Wortlaut der Charta, muss durch Auslegung der Charta ermittelt werden, ob sie diese weitere Abweichung zulässt. Hierbei stellt die spätere Praxis entsprechend der erörterten Grundsätze ein Auslegungskriterium dar. Ist das zu verneinen, kommt nur eine Modifikation der Charta in Betracht, für die die dargestellten Grundsätze gelten.

3. Gewichtungsregeln

Zwei Aspekte wurden bisher weitgehend außen vor gelassen. Erstens ist die Grenzziehung zwischen Auslegung und Modifikation der Charta nicht immer einfach und variiert von Interpret zu Interpret.[107] Das ist wegen der an diese Unterscheidung geknüpften Folgen – die Modifikation erfordert

---

has been *generally accepted* by Members of the United Nations and evidences a *general practice* of that Organization" [Hervorhebungen hinzugefügt].

104 S.o. 6. Kap., II. 1.

105 S.o. 6. Kap., II. 2. b.

106 Diese entsprechen den Grundsätzen, die für die Entstehung neuen Völkergewohnheitsrechts gelten, vgl. Bradley/Gulati, Yale L. J. 120 (2010), S. 202 (212); Verdier/Voeten, AJIL 108 (2014), S. 389 (401 f, 405–411); neben der opinio iuris bedarf es einer „extensive and virtually uniform" practice, ICJ, North Sea Continental Shelf, 1969 (Germany v. Netherlands und Germany v. Denmark), Rn. 74, wobei für ersteres „general practice" genügt, ILA, Report on Formation of Customary International Law, Ziff. 14 (1), S. 24.

107 Ruys, Armed Attack, S. 23; s. auch ILC Fragmentation Report, Rn. 412.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine *einheitliche* Staatenpraxis getragen von *einvernehmlicher* Überzeugung – problematisch. Aus diesem Grund sollte der Bedarf einer *Modifikation* erst dort angenommen werden, wo sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der Charta nicht mehr mit vertretbaren Argumenten begründen lässt, die Charta also *eindeutig* erscheint.[108] Das ist vergleichsweise selten der Fall.[109]

Zweitens stellt sich die Frage, wie die spätere Praxis bei der *Chartaauslegung* gegenüber den textorientierten Auslegungskriterien zu gewichten ist. Ausgehend von den bei der Modifikation berücksichtigten Faktoren – die Eindeutigkeit der Charta und die Einheitlichkeit der entgegenstehenden Staatenpraxis[110] – eignet sich diese Formel: Je bessere textorientierte Gründe für eine bestimmte Auslegung der Charta sprechen – je „eindeutiger" also die Charta –, desto einheitlicher muss eine dieser Auslegung entgegenstehende Staatenpraxis sein, um sich im Ergebnis durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund können die von *Kreß* formulierten Gewichtungsregeln[111] zugrunde gelegt werden – wobei sich die Grenzziehung zwischen Regel (2) und (3) nicht normativ begründen lässt, sondern letztlich der Praktikabilität geschuldet ist. Sie werden hier nur geringfügig angepasst:

(1) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta nicht mit vertretbaren Argumenten begründen, bedarf es für seine Völkerrechtsgemäßheit einer entsprechenden *einheitlichen* späteren Praxis getragen von *einvernehmlicher* Überzeugung.

(2) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta zwar mit noch vertretbaren Argumenten begründen, sprechen aber *deutlich überwiegende* Gründe dagegen, bedarf

108 Etwas enger noch Ruys, Armed Attack, S. 23, der für eine Modifikation das Fehlen eines „*plausible* meaning" ausreichen lässt.

109 Umgekehrt formuliert die ILC die Vermutung, dass die Vertragsparteien mit ihrer späteren Praxis den Vertrag im Zweifel *auslegen* und nicht *modifizieren* wollten, ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 7 (3).

110 Dass diese beiden Faktoren für die Gewichtung entscheidend sind, formuliert, soweit ersichtlich, erstmals Kreß, Gewaltverbot, S. 36. Weniger differenzierte Ansätze von Gewichtungsregeln finden sich bei Hailbronner, Berichte DGVR 26 (1986), S. 49 (65) und Beyerlin, ZaöRV 37 (1977), S. 213 (238 f), die sich stärker an der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung eines Erlaubnissatzes vor 1945 orientieren. Diesen Aspekt berücksichtigt auch Kreß, dazu Fn. 112.

111 Kreß, Gewaltverbot, S. 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es für seine Völkerrechtsgemäßheit einer entsprechenden *deutlich überwiegenden* späteren Praxis.[112]

(3) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta nicht nur mit vertretbaren Argumenten begründen, sondern *halten sich dafür und dagegen sprechende Gründe etwa die Waage*, genügt für seine Völkerrechtsgemäßheit eine entsprechende *einfach überwiegenden* späteren Praxis.[113]

7. Kapitel: Staatenpraxis

I. Zur Auswahl und Bewertung der Staatenpraxis

Der Fokus der folgenden Untersuchung liegt auf Fällen, in denen der handelnde Akteur einer Fehlvorstellung in Bezug auf einen Erlaubnissatz unterlag oder zumindest mit gewisser Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann. Fälle, die nicht eindeutig eine Fehlvorstellung zum Gegenstand haben, aber für die untersuchte Fragestellung interessante staatliche Äußerungen hervorriefen, werden unterstützend herangezogen. Dabei

---

112 Kreß beschränkt diese Regel auf vor 1945 anerkannte Erlaubnissätze, ders., Gewaltverbot, S. 37 Fn. 53, S. 185. Nach der hier zugrunde gelegten Konzeption lässt sich die Fortgeltung eines Teiles des früheren gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts bereits mit der textorientierten Auslegung in Einklang bringen, ohne dass es einer entsprechenden späteren Praxis bedarf, um sie „endgültig" rechtmäßig zu machen. Gewichtungsregel (2) kann hier daher unabhängig von diesem Aspekt verstanden werden, i. Erg. wie hier Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 337, 341.

113 Diese dritte Regel weicht leicht von der Kreß'schen Gewichtungsregel (3) ab, die lautet: „Lassen sich im Rahmen der textorientierten Auslegung für die Satzungskonformität eines Gewalteinsatzes Gründe anführen, denen mehr als nur sehr geringes Gewicht zukommt, so kann selbst eine deutlich überwiegende abweichende spätere Praxis nicht zur Begründung des Verdikts der Unzulässigkeit angeführt werden." Die hier formulierte Regel stellt hingegen klar, dass, solange nicht die besseren Gründe für eine Vereinbarkeit mit der textorientierten Auslegung sprechen, die entsprechende Praxis zumindest überwiegen muss, um den Ausschlag zu geben. Im Übrigen lässt sich darüber streiten, ob im Falle einer deutlich überwiegenden Praxis, derzufolge ein Verhalten *unzulässig* ist, mehr als nur sehr geringgewichtige Gründe (die aber immer noch geringfügiger als die entgegenstehenden Gründe sein können) ausreichen sollten, um das Verhalten insgesamt völkerrechtsgemäß zu machen, wie das nach der Kreß'schen Gewichtungsregel möglich scheint; zu diesem Problem vgl. ebd. S. 36 Fn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist aber der Kontext entscheidend.[114] Einer nur en passant gemachten Bemerkung wollte der Akteur möglicherweise keine entsprechende Bedeutung verleihen. Generell gilt daher: Je entscheidungserheblicher eine Aussage, desto höheres Gewicht kann ihr beigemessen werden.[115] Hieraus folgt, dass eine *objektive Formulierung* der Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes (zB „Selbstverteidigung setzt einen bewaffneten Angriff voraus") keinen zuverlässigen Schluss auf die Unbeachtlichkeit von Fehlvorstellungen zulässt, wenn die subjektive Vorstellung des Akteurs von der objektiven Sachlage erkennbar nicht abwich. Denn hier gab es keinen Anlass dafür, die Voraussetzungen aus Sicht des Akteurs zu formulieren; die objektive Formulierung ist dann schlicht die kürzeste. Eine *explizit versubjektivierte* Formulierung („Selbstverteidigung setzt die Annahme eines bewaffneten Angriffs voraus") kommt umgekehrt – auch unabhängig von der Sachlage – mehr Bedeutung zu. Aus dem Gesagten folgt freilich auch, dass Aussagen, zu deren Zeitpunkt der Irrtum bereits *unbestritten* war, mehr Gewicht besitzen als solche, die gemacht wurden, als die wahre Sachlage oder der Kenntnisstand des Akteurs noch weitgehend im Dunkeln lagen.

Geringere Anforderungen werden bei Auswahl und Bewertung der Staatenpraxis daran gestellt, ob der Staat, hätte die Vorstellung seines Akteurs zugetroffen, tatsächlich gerechtfertigt gewesen wäre. Denn soweit die Staaten zur Relevanz einer Fehlvorstellung Stellung bezogen haben, besteht kein Grund, ihren Aussagen weniger Bedeutung beizumessen, weil der Erlaubnissatz ohnehin nicht erfüllt gewesen wäre, etwa weil die Maßnahme unverhältnismäßig war – worüber sich häufig trefflich streiten lässt.[116] Nicht Gegenstand der Untersuchung sind Fälle, in denen der Akteur über den „Tatbestand" des Gewaltverbotes irrte, also nicht gezielt militärische Gewalt gegen einen anderen Staat einsetzte. Ebenso wenig werden die zahllosen Fälle „freundlichen Feuers" berücksichtigt, in denen ein Staat während eines bewaffneten Konfliktes infolge eines Irrtums die Streitkräfte eines an seiner Seite kämpfenden Staates angreift,[117] da sie – obwohl das

114 ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 3, Commentary (2)-(5).

115 Vgl. zum entsprechenden Grundsatz bei IGH-Urteilen Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (587, 602).

116 Anders liegen die Dinge, wenn eine Rechtfertigung unabhängig vom Irrtum überhaupt nicht diskutiert wurde, so beim Abschuss des Malaysia Airlines Flight 17, s.u. 7. Kap., III. 2. b. gg.

117 Für Beispiele s. Knighton, 10 Friendly Fire Incidents from Military History, Military History online v. 19. Oktober 2017. Ein junges Beispiel ist der versehentli-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht ganz leicht zu begründen ist[118] – verbreitet nicht am Gewaltverbot gemessen werden. Die deutliche Mehrheit der untersuchten Fälle betrifft das reaktive und das antizipierte Selbstverteidigungsrecht, ein geringer Teil die Rettung von Staatsangehörigen und die humanitäre Intervention.

Im Friedenssicherungsrecht kommt, um Staatenpraxis nachzuweisen, den Reaktionen der Staatenwelt auf ein bestimmtes Verhalten besondere Bedeutung zu. Denn zumindest eine restriktive Übung besteht bei prohibitiven Normen wie dem Gewaltverbot im Nichtstun.[119] Weil das Nichtstun eines Staates viele Gründe haben, entscheidet hier das Element der opinio iuris über die Relevanz der Praxis.[120] Die Untersuchung der Relevanz von Fehlvorstellungen ist besonders stark auf die Betrachtung staatlicher Reaktionen angewiesen. Denn den Irrtum zeichnet gerade aus, dass der ihm unterliegende Akteur die Situation nicht richtig überblickt und seine Entscheidung für ein Handeln nicht frei trifft. Nicht sein *Handeln*, sondern erst seine *Reaktion*, die des Opferstaates und der Drittstaaten sagen etwas über die Beachtlichkeit seiner Fehlvorstellung aus. Beim Fehlverdacht und der Fehlprognose, bei denen der Akteur eine bewusste Risikoabwägung vornimmt, mag etwas anderes gelten.

Schweigen der Staaten kann nur dann als stillschweigende Duldung beurteilt werden, wenn die Staaten reagieren konnten und ein Protest zu er-

---

che Abschuss eines russischen Kampfflugzeugs durch die syrische Luftwaffe im September 2018. In die Untersuchung aufgenommen werden dagegen einige Beispiele, bei denen es infolge einer Verwechslung durch eine Kriegspartei zum Angriff auf am Konflikt *unbeteiligte* Staaten kam, so beim USS-Liberty- und beim USS-Stark-Vorfall, s.u. 7. Kap., 2. c, bb, cc.

118 Das gilt zumindest, wenn man das ius contra bellum vom ius in bello nicht für verdrängt hält (s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142). Allenfalls lässt sich an eine „vorweggenommene Einwilligung" in das bei einem bewaffneten Konflikt unvermeidbare Risiko freundlichen Feuers denken, ähnlich wie manche bei gefährlichen Sportarten unvermeidbare Verletzungen mittels einer Risikoeinwilligung als rechtmäßig qualifizieren, vgl. zum deutschen Recht Katzenmeier, in: Dauner-Lieb/Langen, Schuldrecht, § 823 BGB Rn. 113 (der jedoch eine Lösung über das Mitverschulden nach § 254 BGB bevorzugt).

119 ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 6 (1), Commentary (3), s. zu dem Problem auch Haque, Int'l L. Stud. 95 (2019), S. 118 (144).

120 Vgl. Tams/Tzanakopoulos, in: d'Aspremont/Kammerhofer, International Legal Positivism, in: S. 498 (509 f); Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 25 f; Lowe, International Law, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

warten gewesen wäre.[121] Letzteres lässt sich indes nicht leicht feststellen. Die denkbaren Kriterien – die Betroffenheit des schweigenden Staates,[122] seine Beziehung zu den agierenden Staaten,[123] das Fehlen anderer offensichtlicher Motive für das Schweigen,[124] die vom handelnden Akteur gelieferte Begründung für seine Maßnahme und Reaktionen Dritter[125] – lassen einen weiten Spielraum,[126] sodass umsichtig mit ihnen umzugehen ist. Zur Staatenpraxis im weiteren Sinne werden hier neben konkreten Vorfällen auch völkerrechtliche Verträge und Sicherheitsstrategien gezählt.

II. Staatenpraxis vor 1945

1. Vorfälle auf See

a) Der Marianna-Flora-Vorfall (1826)

Am 5. November 1821 näherte sich das amerikanische Militärschiff *Alligator* dem portugiesischen Handelsschiff *Marianna Flora* auf Hoher See, weil es letztere in Seenot glaubte.[127] Die *Marianna Flora* hielt die *Alligator* für ein Piratenschiff und feuerte auf sie, woraufhin die Besatzung der *Alligator*, nunmehr ihrerseits in dem Glauben, es mit Piraten zu tun zu haben, mit Feuer reagierte. Die Besatzung der *Alligator* nahm die der *Marianna Flora* fest und brachte sie gemeinsam mit dem Schiff in die USA, wo ein gegen sie eröffnetes Verfahren jedoch bald eingestellt wurde.[128] Im Rahmen der

121 ICJ, Temple of Preah Vihear, Merits, 1962, S. 23; ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 10 (3), Commentary (8); ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 10 (2), Commentary (14)-(22); instruktiv Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (26–45).

122 MacGibbon, British YB Int'l L. 33 (1957), S. 115 (132, 143); krit. zu diesem Kriterium bei Art. 51 UNC Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (39 f).

123 Je weniger freundschaftlich die Beziehung, desto mehr Gewicht kommt dem Schweigen zu und umgekehrt, entspr. für den Protest vgl. Gray, Use of Force, S. 22; Ruys, Armed Attack, S. 39.

124 S. Ruys, Armed Attack, S. 38; krit. zu dem Kriterium Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (27–30).

125 Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (32–39).

126 Mendelson, British YB Int'l L. 66 (1996), S. 177 (186 f).

127 S. zu dem Vorfall Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (317–319); Wehberg, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch, Ibero-Amerikanismus bis Quirin-Fall, S. 472; für die Fakten s. insb. Circuit Court, D. Massachusetts Case No. 9,080.

128 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (318).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von der Besatzung der *Marianna Flora* erhobenen Widerklage, mit der diese die Völkerrechtswidrigkeit des Gewalteinsatzes und der Festnahme festgestellt wissen wollte, nahm der amerikanische Supreme Court zur rechtlichen Behandlung des beiderseitigen Irrtums Stellung:

> „But every hostile attack, in a time of peace, is not necessarily piratical. It may be by mistake, or in necessary self-defence, or to repel a supposed meditated attack by pirates. It may be justifiable, and then no blame attaches to the act; or, it may be without just excuse, and then it carries responsibility in damages."[129]

Wenn das Gericht den Irrtum auch getrennt vom Selbstverteidigungsrecht aufführte – ein Indiz dafür, dass es letzteres für sich genommen ex post beurteilte[130] –, hatte ein (unvermeidbarer)[131] Irrtum ihm zufolge rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung.[132] Während der Supreme Court den Irrtum der *Marianna Flora* für vermeidbar hielt[133] – ihn aber nur am Rande erwähnte – sah er den Gewalteinsatz der *Alligator* aufgrund des Irrtums ihrer Besatzung als gerechtfertigt an.[134] Die in diesem Zusammenhang getroffene Feststellung, die *Marianna Flora* habe durch ihr Verhalten

---

129 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 41; ganz ähnlich Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

130 Obwohl die Passage fast wortgleich dem Urteil des Circuit Court entnommen ist, deutet dort eine andere Passage auf eine (anspruchsvolle) objektive ex-ante-Beurteilung der Selbstverteidigungslage: „If, indeed, there was any blame, it was the Marianna Flora; because she had no right to apply force, *unless in self-defence, and where the circumstances admitted of no reasonable doubt of a hostile or piratical attack*." [Hervorhebung hinzugefügt], Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

131 Diese Einschränkung wird deutlicher im Urteil des Circuit Court (s. Fn. 130); auch die zitierte Passage des bestätigenden Supreme-Court-Urteils lässt sich aber so verstehen.

132 Das Gericht unterschied nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, wie an der synonymen Verwendung der Begriffe *justifiable*, *blame* und *excuse* deutlich wird. Den Begriff der „piratical aggression" verwendete es im Übrigen weit (vgl. zB 24 U.S. 1, 40), sodass er nicht auf Piraterie im heutigen Sinne beschränkt ist und sich für das Gewaltverbot fruchtbar machen lässt.

133 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 51: „The only excuse offered for this unjustifiable act was, that the commander entertained a fear that the Alligator was a pirate. But, such a fear, *unauthorized by any acts on the other side*, was no excuse for a wrong which might have led to the most fatal consequences" [Hervorhebung hinzugefügt]; etwas deutlicher Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

134 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 45–50. Auch die Festnahme von Schiff und Besatzung hielt das oberste Gericht in Analogie zum Prisenrecht für ge-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Irrtum der *Alligator* mitverursacht,[135] war angesichts dieser vorherigen Feststellung eigentlich überflüssig,[136] bestärkte die Richter aber offenbar darin, dass die *Marianna Flora* das volle Irrtumsrisiko zu tragen hatte. Insgesamt kann der Vorfall als Indiz für eine Beachtlichkeit von Irrtümern gelten. Auf die Auswirkungen des Irrtums einer Partei auf das Selbstverteidigungsrecht der anderen Partei, die selbst keinem Irrtum unterliegt, gibt er hingegen keinen Aufschluss, da das Gericht das *beiderseitige* Missverständnis betonte.

b) Der Dogger-Bank-Vorfall (1904)

In der Nacht zum 22. Oktober 1904 feuerte während des russisch-japanischen Krieges eine russische Flotte vor der englischen Küste auf englische Fischerboote, die sie für angreifende japanische Torpedoboote hielt.[137] Der russische Kommandeur rechnete mit einem solchen Angriff und hatte die Sicherheitsvorkehrungen wenige Stunden vor dem Vorfall noch einmal verschärft, nachdem ein zurückgefallenes Schiff seiner Flotte fälschlicherweise gemeldet hatte, dass es Opfer eines Torpedoangriffs geworden sei. Bei dem russischen Beschuss der Fischerboote kamen drei englische Fischer sowie zwei russische Besatzungsmitglieder ums Leben. Der Vorfall rief eine diplomatische Krise zwischen Großbritannien und Russland hervor.[138] Unmittelbar nach dem Vorfall bedauerten russische Diplomaten und ihre Regierung den „unfortunate mistake" und versprachen Entschädigung, sobald sich die Faktenlage aufgeklärt habe.[139] Als der Bericht des russischen Schiffskommandeurs vorlag, sah Russland den Auslöser jedoch

---

rechtfertigt, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 54. Die unterste Instanz hatte der Besatzung noch eine Entschädigung zugesprochen, vgl. Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080 a.E.

135 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 47 f.

136 Dem Umstand, dass sich die *Alligator* gegen einen – wegen des vermeidbaren Irrtums der *Marianna Flora* – ohnehin *objektiv rechtswidrigen* Gewalteinsatz wehrte, maß das Gericht keine Bedeutung bei.

137 Für die Fakten s. Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929–936; Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173–176; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (312–316); Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (929–939); für eine rechtliche Bewertung s. Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 34–36.

138 S. etwa London Mob Attacks Russian Ambassador, NY Times v. 25. Oktober 1904.

139 Aussagen des russischen Kaisers Nicolas II, des Außenministers Count Lamsdorff und des russischen Diplomaten Prinz Sviatopolk-Mirsky, vgl. Moore, Ad-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in der „tatsächlichen oder vermuteten" Anwesenheit von Torpedobooten.[140] Eine mit der Untersuchung des Vorfalls betraute internationale Kommission[141] gelangte hingegen mehrheitlich zu dem Ergebnis, dass die Eröffnung des Feuers nicht gerechtfertigt war, weil von den Fischerbooten keine Gefahr ausgegangen sei und sich darunter keine Torpedoboote befunden hätten.[142] Gleichwohl habe der Admiral persönlich alles getan, um die englischen Fischer zu verschonen. Zudem würden weder seine militärischen Fähigkeiten und seine Menschlichkeit noch die seiner Mannschaft in Abrede gestellt.[143] Liest man daraus, dass die Kommission den Irrtum des Admirals für unvermeidbar hielt,[144] so waren für die Mehrheit ihrer Mitglieder selbst Irrtümer dieser Art im Ergebnis unbeachtlich.[145] Das russische Kommissionsmitglied nahm die gegenteilige Position ein, indem es darauf beharrte, dass die „suspicious-looking vessels approaching the squadron with hostile intent" der Auslöser gewesen seien.[146] Dennoch akzeptierte Russland den Bericht und zahlte 65.000 Pfund als Entschädigung an die englischen Fischer.[147] Angesichts dieses Umstandes, der frühen russi-

---

vocate of Peace 67 (1905), S. 173 (174); London Mob Attacks Russian Ambassador, NY Times v. 25. Oktober 1904.

140 Aussage des russischen Chargé d'affaires in London Sazonow, zitiert von Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173 (174), Hershey, International Law and Diplomacy, S. 222.

141 Grundlage war das I. Haager Abkommen betreffend die friedliche Erledigung von internationalen Streitfällen (1899), wobei der Auftrag der Kommission über die bloße Faktenermittlung hinausging und auch die individuelle Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger umfasste, Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (931–933). Die Kommission bestand aus fünf Admirälen aus Großbritannien, Russland, Frankreich, den USA und Österreich-Ungarn, jeweils einem russischen und britischen Berater sowie einem Vertreter der beiden Botschaften in Paris, ebd. S. 934; Irmscher, MPEPIL 1032 (2006), Rn. 5.

142 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (935 Rn. 13).

143 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (936 Rn. 15, 17).

144 Das erscheint indes nicht zwingend, vgl. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (316 f).

145 So auch Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173 (176), der der Unvermeidbarkeit offenbar keine Bedeutung beimisst: „Had they [the commissioners] been lawyers, they probably would have brought out more clearly the distinction, which was clearly playing on their minds, between justification in fact and apparent justification. They found that the attack was not in fact justified, and from this finding there arose an obligation to make compensation."

146 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (935 Rn. 13).

147 Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (939); Irmscher, MPEPIL 1032 (2006) Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Entschädigungszusagen sowie der Mehrheitsauffassung weist der Dogger-Bank-Vorfall in Richtung einer ex-post-Betrachtung.[148]

c) Die Durchsuchungen der Jessie, Thomas F. Bayard und Pescawha (1909)

1909 durchsuchten US-amerikanische Funktionäre die britischen Schiffe *Jessie*, *Thomas F. Bayard* und *Pescawha* auf hoher See und versiegelten deren Waffen in der irrigen Annahme, dazu berechtigt zu sein.[149] Die USA gestanden zwar ein, dass die Beamten zu diesen Maßnahmen kein Recht gehabt hätten, lehnten es wegen des Irrtums aber ab, Verantwortung zu übernehmen.[150] Das angerufene Schiedsgericht erkannte an, dass die amerikanischen Beamten „bona fide" gehandelt hatten. Hierauf könnten sich diese aber nur gegenüber ihrer Regierung berufen. Letztere sei gegenüber anderen Regierungen für „errors in judgment of its officials" verantwortlich.[151] Wenn der Begriff des „error in judgment" auch geeignet ist, die Beurteilung der Fakten zu umfassen, spricht der der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts[152] dafür, dass sich das Gericht auf Rechtsirrtümer beschränkte. Für die untersuchte Fragestellung ist der Vorfall – unabhängig davon, dass das Vorliegen einer *zwischenstaatlichen Gewaltanwendung* nicht selbstverständlich erscheint[153] – daher kaum von Aussagekraft.

---

148 Den Vorfall gegensätzlich beurteilend Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f.

149 Zu den Fakten s. Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57–60.

150 Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (58).

151 Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (59).

152 Weder dem Schiedsspruch noch anderen Quellen lässt sich die genaue Vorstellung des Entscheidungsträgers entnehmen. Die Annahme eines Rechtsirrtums liegt näher als die eines Sachverhaltsirrtums angesichts der Formulierung des Schiedsspruchs („acted in the bona fide belief that he had the authority so to act", Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (58)) und des Umstandes, dass, wie die US-Regierung implizit anerkannte, es für dieses Vorgehen einer speziellen zwischenstaatlichen Vereinbarung bedurft hätte (ebd. S. 58).

153 Zur Abgrenzung zu law-enforcement-Maßnahmen s.u. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Vorfälle an Land

a) Der Waima-Vorfall (1893)

In der Nacht vom 23. Dezember 1893 beschossen französische Soldaten an der sierra-leonischen Grenze in Waima ein britisches Soldatenlager in der irrigen Annahme, dass es sich dabei um Krieger eines Stammes handle, der sowohl von den Franzosen als auch von den Briten bekämpft wurde.[154] Frankreich akzeptierte seine Verantwortlichkeit für den Vorfall dem Grunde nach. Uneinig waren sich die Parteien jedoch über die „Würdigung der Umstände" und die Höhe der Entschädigungssumme.[155] Das mit diesen Fragen betraute Schiedsgericht erkannte an, dass der französische Offizier gutgläubig gehandelt habe und der Vorfall zum Teil auf eine unglückliche Verkettung von Umständen zurückgehe. Auch wenn sich die Verantwortlichkeit der französischen Regierung dadurch verringere, gelte, dass „la réparation n'en doit pas moins se régler dans un large esprit d'équité."[156] Bei der Frankreich auferlegten Zahlungspflicht blieb das Gericht nur knapp unter den von England geforderten 10.000 Pfund.[157] Der Waima-Vorfall bringt das Ringen um eine interessengerechte Lösung zum Ausdruck: Nach Auffassung der Akteure war das Risiko unvermeidbarer Irrtümer größtenteils von der irrenden Partei zu tragen, ihr Irrtum bei der Haftungsausfüllung gleichwohl ein Stück weit zu berücksichtigen.[158] Zu seiner etwaigen Berücksichtigung in der *Haftungsbegründung* konnte das

154 S. Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (354 f); Waima Incident, The Telegraph (Brisbane) v. 25. Oktober 1899, S. 5; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (331 f).

155 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (354).

156 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (355).

157 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (356) (9.000 Pfund).

158 Zwar begründete das Schiedsgericht das Zurückbleiben der gewährten Summe hinter der Forderung nicht ausdrücklich mit einer französischen „Teilverantwortlichkeit", sondern u.a. damit, dass die britische Regierung einen Schaden von 10.000 Pfund nicht bewiesen habe, Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (356). Nach der Rede vom „large esprit d'équité" liegt es aber nahe, dass der Irrtum des französischen Offiziers eine Rolle spielte. Denn es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass England einen Schaden in Höhe der zugesprochenen 9.000 Pfund bewiesen hatte, sodass die Beweisfrage nicht der alleinige Grund gewesen sein dürfte. Auch enthält die Entscheidung, anders als Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (332) annimmt, keine Aussage, Frankreich habe *alle* britischen Schäden zu ersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schiedsgericht angesichts der französischen Verantwortungsübernahme keine Stellung beziehen. Ebendiese spricht aber gegen die Beachtlichkeit auf dieser Ebene.

b) Der Maziua-Vorfall (1914)

Am 24. August 1915 griff die Einheit des deutschen Postens in Sasabara (Deutsch-Ostafrika) den portugiesischen Posten in Maziua (Mosambik) an.[159] Das Gerücht über eine portugiesische Kriegserklärung hatte die Runde gemacht und der deutsche Kommandeur hielt seinen Posten, der nur durch einen Fluss vom portugiesischen getrennt wurde, für von einem bevorstehenden portugiesischen Angriff bedroht. Der Befehl des Gouverneurs von Deutsch-Ostafrika, vorerst keine Kampfhandlungen zu unternehmen, hatte den Posten in Sasabara nicht erreicht. Wie Frankreich im Waima-Vorfall erkannte Deutschland seine Verantwortung für die entstandenen Schäden dem Grunde nach an. Das allein mit dem Haftungsumfang betraute Schiedsgericht maß dem Irrtum keinerlei Bedeutung bei, sodass der in der Waima-Entscheidung angedeutete Lösungsweg keine Bestätigung fand. Die Verantwortungsübernahme Deutschlands ebenso wie die vom Schiedsgericht verwendete Formulierung der „aggression allemande“[160] weisen darauf hin, dass Irrtümer auch im Bereich der Haftungsbegründung als unbeachtlich angesehen wurden.[161] Jedoch lässt sich nicht ausschließen, dass die Entscheidung der Schiedsrichter davon beeinflusst war, dass sie den Irrtum des Kommandeurs für vermeidbar hielten[162] oder wegen des internen Kommunikationsdefizits zumindest der Sphäre Deutschlands zurechneten.

159 Für die Fakten s. Responsabilité de l’Allgemagne, Portugal contre Allemagne, Sentence Arbitrale, 1928, RIAA II, S. 1011 (1017 f); Linnan, Yale J. Int’l L. 16 (1991), S. 245 (332 f).

160 Responsabilité de l’Allgemagne, Portugal contre Allemagne, Sentence Arbitrale, 1928, RIAA II, S. 1011 (1018 f).

161 Den Vorfall i. Erg. ebenso bewertend Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts, Vol. II, S. 31.

162 Linnan, Yale J. Int’l L. 16 (1991), S. 245 (333).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Der Kling-Vorfall (1921)

Am 23. Januar 1921 erschossen mexikanische Soldaten einen amerikanischen Staatsangehörigen, der sich mit anderen Amerikanern am Straßenrand aufhielt, von denen einige mit Waffen in die Luft geschossen hatten. Mexiko argumentierte, seine Behörden hätten pflichtgemäß gehandelt „in repelling an aggression which, real or imaginary, had all the aspects of an attack by a party which, because of the hour and their behavior, might be considered as marauders".[163] Diese Argumentation wies das angerufene Schiedsgericht zurück, indem es die erwähnte Passage des Jessie-Schiedsspruchs, derzufolge eine Regierung für die „errors in judgment" ihrer Beamten verantwortlich sei, zur allgemeinen Regel erhob.[164] Angesichts der ausdrücklich auf Sachverhaltsirrtümer bezogenen Argumentation Mexikos („imaginary aggression") lässt sich das Gericht – anders als noch das Schiedsgericht im Jessie-Fall – nur so verstehen, als seien auch die *tatsächlichen* Voraussetzungen der Selbstverteidigung ausschließlich ex post zu beurteilen. Dass der Fall heute eher dem Bereich des law enforcement als dem zwischenstaatlicher Gewaltanwendungen zuzuordnen wäre, relativiert jedoch seine Bedeutung.[165]

d) Der griechisch-bulgarische Grenzzwischenfall (1925)

Am 19. Oktober 1925 wurde bei einem Schusswechsel an der griechisch-bulgarischen Grenze ein griechischer Grenzsoldat getötet.[166] Aus dem Vorfall entwickelte sich eine kleinere militärische Auseinandersetzung zwischen griechischen Soldaten auf der einen und bulgarischen Soldaten und bewaffneten Zivilisten auf der anderen Seite. Durch Fehleinschätzungen, Übertreibungen und Ungenauigkeiten bei der Weitergabe von Informatio-

163 Lillie S. Kling (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1930, RIAA IV, S. 575 (578).

164 Lillie S. Kling (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1930, RIAA IV, S. 575 (581, s. auch 579).

165 Denn die internationalen Beziehungen waren wohl nicht betroffen, zur Abgrenzung s.u. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2).

166 Zu den Fakten s. Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.727 M.270.1925, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (197–203); Report to the Seventh Assembly, League of Nations Doc. A.6.126, S. 30–33.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen[167] entstand in Athen der falsche Eindruck, ein ganzes bulgarisches Bataillon besetze griechisches Territorium.[168] Daraufhin ordnete die Athener Regierung unter Berufung auf sein Selbstverteidigungsrecht ihre Soldaten an, kilometertief in bulgarisches Gebiet einzudringen, das diese sodann mehrere Tage lang besetzten.[169] Der vom Rat des Völkerbundes angenommene Bericht der eingesetzten Untersuchungskommission gelangte zu dem Ergebnis, dass Griechenland die Völkerbundsatzung verletzt habe.[170] Dass die Regierung einem Irrtum unterlegen hatte, erkannte der Bericht ausdrücklich an.[171] Jedoch kann auch hier nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Kommission von dem Umstand leiten ließ, dass der Irrtum ihrer Auffassung nach hätte vermieden werden können.[172] Allein eine allgemein formulierte Aussage des britischen Rapporteurs in der Sache weist in die Richtung einer vollständigen ex-post-Beurteilung:

> „We believe that all the Members of the Council will share our view in favour of the broad principle that where territory is violated without sufficient cause reparation is due, *even if at the time of the occurrence it was believed by the party committing the act of violation that circumstances justified the action*. We believe this to be a principle which all Members of the League of Nations will wish to uphold."[173] [Hervorhebung hinzugefügt]

---

167 Vgl. Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (200 f).

168 Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 S. 200 (201).

169 Telegramm des griechischen Außenministers v. 24. Oktober 1925, League of Nations OJ 6 (1925), S. 1697.

170 Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (203).

171 S. Fn. 168.

172 Nach der Kommission hätte die griechische Regierung eine Untersuchung vor Ort vornehmen, jedenfalls hätten fehlende Anhaltspunkte für weitere bulgarische Truppenbewegungen sie alarmieren müssen, Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (202).

173 Twelth Meeting, League of Nations OJ 7 (1926), S. 172 (173); s. auch Report to the Seventh Assembly, League of Nations Doc. A.6.126, S. 35. Ein Zweifel an der Aussagekraft der Passage ergibt sich daraus, dass der Berichterstatter kurz vorher darauf hinwies, dass Griechenland auch bei Zugrundelegung seiner Vorstellung nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Aussage auch so lesen, dass sie sich allein auf Subsumtionsirrtümer bezieht, deutlicher insoweit die entsprechende Aussage im Mukden-Vorfall, s. sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Der Mukden-Vorfall (1931)

Während sich die Anspannungen zwischen China und Japan auf ihrem Höhepunkt befanden, ereignete sich am Abend des 18. September 1931 eine Explosion auf den Gleisen der von Japan kontrollierten südmandschurischen Eisenbahn in der Nähe der chinesischen Stadt Mukden.[174] Daraufhin nahm die japanische Armee unter Berufung auf ihr Selbstverteidigungsrecht und den Schutz japanischer Bürger[175] die Mandschurei ein und gründete dort den unter ihrer Kontrolle stehenden Staat „Mandschukuo". Es zeigte sich erst deutlich später, dass die japanische Armee – ohne Rücksprache mit der Regierung in Tokio – die Explosion aller Wahrscheinlichkeit nach selbst inszeniert hatte.[176] Noch bevor dies ans Licht kam, wies die vom Völkerbund eingesetzte Untersuchungskommission den japanischen Rechtfertigungsversuch zurück. Ihr Bericht, den die Völkerbundversammlung fast einstimmig annahm,[177] enthält eine interessante Passage:

> „An explosion undoubtedly occurred (…), but the damage, if any, to the railroad did not in fact prevent the punctual arrival of the southbound train from Changchun, and was not in itself sufficient to justify military action. The military operations of the Japanese troops during this night (…) cannot be regarded as measures of legitimate self-defence. *In saying this, the Commission does not exclude the hypothesis that the officers on the spot may have thought they were acting in self-defence*."[178] [Hervorhebung hinzugefügt]

Isoliert betrachtet scheint der letzte Satz eine ex-post-Betrachtung zugrunde zu legen. Der vorherige Hinweis darauf, dass die Explosion – unterstellt, sie sei von den Chinesen verursacht worden – nicht ausreichend schwer war, um ein Selbstverteidigungsrecht zu begründen, legt jedoch na-

---

174 Heute Shenyang. Zu den Fakten s. Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.663.M.320.1932, S. 66–72; Takeuchi, War and Diplomacy, S. 349–357; Hathaway/Shapiro, The Internationalists, S. 131–133, 153–155.

175 Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 36.

176 Hathaway/Shapiro, The Internationalists, S. 155; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (333 Fn. 400).

177 Es gab 42 Ja-Stimmen, eine Nein-Stimme (Japan) und eine Enthaltung, Seventeenth Plenary Assembly Meeting, League of Nations OJ Spec. Suppl. 112 (1933), S. 22.

178 Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.663.M.320.1932, S. 71.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

he, dass sich die Kommission allein auf einen von ihr angenommenen Subsumtionsirrtum bezog. Dafür spricht bei genauerem Hinsehen auch die Formulierung des betreffenden Satzes („thought they were acting in self-defence") sowie der Umstand, dass der Bericht einen Sachverhaltsirrtum der handelnden Soldaten an keiner Stelle in Betracht zog, ja nicht einmal die These formulierte, dass die Explosion nicht auf chinesisches Handeln zurückging.[179] Die Bedeutung des Mukden-Vorfalls für Irrtümer über die *tatsächlichen* Voraussetzungen der Selbstverteidigung und der Rettung eigener Staatsangehöriger ist daher zweifelhaft. Auch das Tokio-Urteil des internationalen Militärgerichtshofs gibt, da es bereits die These von der Inszenierung des Vorfalls zugrunde legte, keinen weiteren Aufschluss über die Frage.[180]

3. Völkerrechtliche Verträge

Zwei Arten völkerrechtlicher Verträge vor 1945 sind für die untersuchte Fragestellung von Interesse: vertragliche Beistandspflichten für den Fall des Angriffs durch einen Dritten – sollte der spätere Art. 51 UNC doch gerade die Vereinbarkeit der Charta mit einem bestimmten Verteidigungsbündnis gewährleisten – sowie die ersten Kriegsächtungspakte, da sie Vorläufer des heutigen Gewaltverbotes waren.

Die meisten der zahlreichen Verteidigungspakte vor 1945[181] setzten ihrer Formulierung nach einen tatsächlichen Angriff voraus: Etwa begründete der Dreibund zwischen Österreich-Ungarn, Deutschland und Italien von 1882 eine Beistandspflicht „im Falle, wo Italien [oder Deutschland] ohne unmittelbare Herausforderung seinerseits aus irgendeinem Grunde von Frankreich angegriffen *werden sollte*."[182] Entsprechend verlangte die französisch-russische Allianz von 1892 militärischen Beistand „if France [or Russia] *is* attacked by Germany […]".[183] Das nie in Kraft getretene Genfer Protokoll von 1924 sah eine Beistandspflicht zugunsten des „State at-

179 Diesen Aspekt vernachlässigt Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (336), der den Vorfall als klaren Präzedenzfall für eine ex-post-Betrachtung bewertet.

180 International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 4 November 1948, paras. 49.049–49.054, 49.781 f, 49.797.

181 Ausf. zu den einzelnen Verträgen Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 236–249.

182 Dreibund v. 20. Mai 1882, Art. II, Hervorhebung hinzugefügt.

183 Franco-Russian Alliance Military Convention v. 18. August 1892, para. 1, Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tacked or threatened" vor.[184] Auch die unmittelbar vor oder während des zweiten Weltkriegs geschlossenen Verteidigungsbündnisse waren überwiegend objektiv formuliert.[185] Die genaue Aussagekraft dieser Formulierungen ist indes unklar. Einzelne Abkommen legten hingegen ausdrücklich eine ex-ante-Sicht zugrunde: So richtete sich die im Abkommen von Nyon (1937) vorgesehene Beistandspflicht gegen „any submarine encountered in the vicinity of a position where a ship […] has recently been attacked […] in circumstances *which give valid grounds for the belief* that the submarine was guilty of the attack".[186] Der Act von Chapultepec (1945), dem Art. 51 UNC seine Existenz verdankt,[187] stellte im dritten Absatz der „Erklärung" zwar noch objektiv auf „*every attack* of a State against the integrity […]" ab. Im vierten Absatz heißt es hingegen: „[I]n case *acts of aggression occur or there may be reasons to believe that an aggression is being prepared* by any other State […], the States signatory to this declaration will consult amongst themselves in order to agree upon measures it may be advisable to take."[188] Die verschiedenartige Formulierung der Perspektive legt nahe, dass die Voraussetzungen reaktiver Selbstverteidigung ex post, die antizipierter Selbstverteidigung objektiv ex-ante beurteilt wurden.

Erste multilaterale Verträge, die das Kriegsführungsbefugnis einschränkten, geben über die untersuchte Fragestellung nur insoweit Aufschluss, als sie überhaupt eine Aussage zu unilateralen Ausnahmen von den Kriegsführungsbeschränkungen, namentlich dem Selbstverteidigungsrecht, trafen. Die Völkerbundsatzung, die die Kriegsführungsbefugnis nur punktuell beschnitt,[189] ließ das Selbstverteidigungsrecht ungeregelt. Doch zumindest war das Verbot der Kriegsführung gegen eine Partei, „die sich dem [einstimmig angenommenen] Bericht des Rates fügt", eine der wenigen mate-

184 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes v. 2. Oktober 1924, Art. 11 S. 3.

185 So zB die Verteidigungspakte zwischen Russland und Frankreich vom 1935 („in the event that France or the U.S.S.R. *are subjected* to the threat or danger of aggression"), Art. 1; die (erzwungenen) Pakte Russlands mit Estland v. 28. September 1939, Lettland v. 5. Oktober 1939 und Litauen v. 10. Oktober 1939 („*in the event* of direct aggression or threat of aggression"), Art. 1 bzw. 2; die Deklaration von Panama v. 3. Oktober 1939 („whether such hostile act *be* attempted or *made* form land, sea, or air"), Hervorhebungen hinzugefügt.

186 Abkommen von Nyon (1937), Art. III, Hervorhebung hinzugefügt.

187 S.u. 9. Kap., I. 1. d.

188 Act of Chapultepec, Declaration (Part I), para. III, IV, Hervorhebung hinzugefügt.

189 Insb. durch Art. 11, 12, 13, 15 Völkerbundsatzung.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

riell-rechtlichen Beschränkungen, objektiv formuliert.[190] 1924 stellte der Bericht der Vollversammlung des Völkerbundrats in objektiven Begriffen klar, dass „[t]he right of legitimate self-defence continues, as it must, to be respected. The State *attacked* retains complete liberty to resist by all means in its power any acts of aggression."[191] Das bereits erwähnte Genfer Protokoll sowie der Vertrag von Locarno (1925), die beide ein allgemeines Kriegsführungsverbot gegen andere Mitglieder statuierten, formulierten die Ausnahmen ebenfalls objektiv. So lautete die Ausnahme im Genfer Protokoll „except in case of resistance to acts of aggression [...]",[192] im Locarno-Vertrag war die Rede von der „Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung, das heißt [...] den Widerstand gegen eine Verletzung der Verpflichtung des vorstehenden Absatzes [das Kriegsverbot] oder gegen einen flagranten Verstoß gegen die Art. 42 und 43 des Vertrags von Versailles."[193] Im Briand-Kellogg-Pakt (1928) wurde das Selbstverteidigungsrecht nicht kodifiziert, weil sich die USA mit einer bemerkenswerten Begründung gegen einen entsprechenden Vorstoß Frankreichs durchsetzten:

> „There is nothing in the American draft of an anti-war treaty which restricts or impairs in any way the right of self-defense. That right is inherent in every sovereign state and is implicit in every treaty. Every nation is free at all times and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion and *it alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defense*. If it has a good case, the world will applaud and not condemn its action. Express recognition by treaty of this inalienable right, however, gives rise to the same difficulty encountered in any effort to define aggression. It is the identical question approached from the other side. Inasmuch as no treaty provision can add to the natural right of self-defense, it is not in the interest of peace that a treaty should stipulate a juristic conception of self-defense since it is far too easy for the unscrupulous to mold

190 Art. 15 (6) Völkerbundsatzung.
191 League of Nations, Official Journal, Special Supplement No. 23, S. 483, zitiert von ILC Report, 32nd session, Doc. A/35/10, Art. 34, Commentary (10), Fn. 186, YBILC (1980-II), S. 55, Hervorhebung hinzugefügt.
192 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes v. 2. Oktober 1924, Art. 2.
193 Vertrag von Locarno, Art. 2 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

events to accord with an agreed definition."[194] [Hervorhebung hinzugefügt]

Bezieht man die hervorgehobene Formulierung nicht nur auf den rechtlichen Umfang von Selbstverteidigung, sondern auch auf die Wahrnehmung der Tatsachen, ist die Note ein dezidierter Ausspruch für eine vollständig subjektive Beurteilung dieser Tatsachen. Die von der Sowjetunion 1933 initiierte „Konvention für die Definition der Aggression" wiederum qualifizierte der Formulierung nach den objektiv ersten Akt der aufgelisteten Art als Aggression, ohne subjektive Elemente zu berücksichtigen.[195]

4. Zwischenergebnis

Die aufgeführten Vorfälle beziehen sich – mit Ausnahme des Mukden-Vorfalls, in dem auch die Rettung eigener Staatsangehöriger durchklang – sämtlich auf das Selbstverteidigungsrecht. Auch wenn das Bild weniger klar ist als bisweilen geltend gemacht wird,[196] existiert mit dem Dogger-Bank, dem Maziua-, dem Kling- und dem griechisch-bulgarischen Grenzvorfall vor 1945 eine Reihe von Präzedenzfällen, die von einer Zurückhaltung gegenüber der Beachtlichkeit vermeidbarer wie unvermeidbarer Irrtümer zeugen. Fälle wie der Marianna-Flora- und der Waima-Vorfall, in denen die Berücksichtigung unvermeidbarer Irrtümer (im letzteren zumindest andeutungsweise) zum Ausdruck kommt, stehen zumindest zahlenmäßig dahinter zurück. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass der handelnde Akteur in keinem der erstgenannten Fälle – der Dogger-Bank-Fall bildet möglicherweise eine Ausnahme – nach Auffassung des sich Äußernden einem *unvermeidbaren* Irrtum unterlag. Aus den anlässlich dieser Fälle gemachten abstrakten Aussagen dürfen deshalb keine zu weitgehenden Schlüsse gezogen werden.[197] Auch bei der Würdigung der überwiegend objektiv formulierten völkerrechtlichen Verträge ist Vorsicht gebo-

194 Note an mehrere Regierungen v. 23. Juni 1928, abgedruckt in AJIL 22 (1928), S. 109 (109 f).

195 Art. 2 der Konvention für die Definition der Aggression v. 3. Juli 1933 zwischen der Sowjetunion, Rumänien, Estland, Lettland, Polen, Türkei, Persien, Afghanistan, Finnland; v. 4. Juli zwischen der Sowjetunion und Litauen und v. 5. Juli zwischen der Sowjetunion, Tschechoslowakei, Rumänien, Türkei und Jugoslawien, s. Alexandrov, Self-Defense, S. 72, Fn. 115.

196 S. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (330–335, 373 f).

197 S.o. 7. Kap., I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, bedeuten solche abstrakte Formulierungen doch nicht zwingend eine ex-post-Beurteilung und gab es doch vereinzelt dezidierte Aussprüche für eine (teilweise sogar vollständig subjektive) ex-ante-Bewertung. Vor diesem Hintergrund erscheint die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass die Staatenpraxis vor Inkrafttreten der UNC zu einer ex-post-Beurteilung tendierte, allerdings nicht gefestigt war. Im Übrigen geben die untersuchten Vorfälle allein Aufschluss über die Konzeption des *Erlaubnissatzes der Selbstverteidigung* selbst, nicht über den Inhalt des erst später entstehenden Gewaltverbotes, der hier untersuchten Primärpflicht, dessen Auslegung für die Behandlung von Fehlvorstellungen ebenfalls relevant ist.[198] Denn es standen nicht Verletzungen des Gewaltverbotes in Rede und mangels *Krieges* wohl ebenso wenig die seiner Vorläufer – Völkerbundsatzung oder Briand-Kellogg-Pakt –, den griechisch-bulgarischen Grenzzwischenfall und den Mukden-Vorfall ausgenommen. Vielmehr betrafen die Vorfälle *Souveränitätsrechte* des Opferstaates, die zwar Staatenverantwortlichkeit auszulösen geeignet sind, aber nicht zwingend die gleiche Perspektive zugrunde legen mögen.

III. Staatenpraxis nach 1945

1. Fehlvorstellungen bei umfangreichen Gewalteinsätzen

a) Der Sechstagekrieg (1967)

Die seit Mitte der 1960er-Jahre zunehmend angespannten Beziehungen zwischen Israel und seinen arabischen Nachbarn[199] spitzten sich im Frühsommer des Jahres 1967 dramatisch zu. Am 14. Mai 1967 verlegte Ägypten Truppen an die ägyptisch-israelische Grenze im Sinai. Zwei Tage später forderte der ägyptische Staatspräsident Nasser UN-Generalsekretär U Thant auf, die in Gaza und im Sinai stationierten bewaffneten UN-Truppen abzuziehen. Letzterer kam dieser Forderung zügig nach.[200] Am

198 Das ist relevant für die später unterschiedenen Lösungsansätze: Die Auslegung des Erlaubnissatzes selbst steht im Zentrum bei der Frage, ob der Erlaubnissatz subjektiviert werden muss und der irrende daher „objektiv", also vollständig gerechtfertigt ist; um die Auslegung des Gewaltverbotes geht es bei der Frage, ob der Staat (unabhängig von einer tatsächlichen Erlaubnislage) entschuldigt oder „subjektiv" und damit eingeschränkt gerechtfertigt ist, s.u. 9. Kap.

199 Dazu näher Morris, Righteous Victims, S. 303 f.

200 Morris, Righteous Victims, S. 305 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

22. Mai erklärte Ägypten die Straße von Tiran für israelische Schiffe für geschlossen, eine Maßnahme, von der Israel wiederholt deutlich gemacht hatte, dass es sie als *casus belli* bewerten würde.[201] Am 30. Mai schloss Ägypten einen Verteidigungspakt mit Jordanien.[202] Zwischen Ägypten und Syrien bestand ein solches Bündnis bereits.[203] Diese Handlungen waren begleitet von einer scharfen Kriegsrhetorik Ägyptens. So sagte Nasser am 26. Mai: „We intend to open a general assault against Israel. This will be total war. Our basic aim will be to destroy Israel."[204] Vor diesem Hintergrund startete Israel am Morgen des 5. Juni 1967 eine Militäroffensive gegen die ägyptische Luftwaffe und errang gegen Ägypten und die in den Krieg eintretenden Staaten Jordanien und Syrien einen militärischen Sieg, der die politische Landkarte des Nahen Ostens nachhaltig verändern sollte.[205]

Geht man entgegen der israelischen Argumentation davon aus, dass die Schließung der Straße von Tiran keinen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC darstellte,[206] lässt sich Israels Präventivangriff nur mit einem bevorstehenden Angriff Ägyptens, also durch antizipierte Selbstverteidigung rechtfertigen. Jedoch wird heute überwiegend angenommen, dass Nasser Israel in Wahrheit zumindest nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen hätte.[207] Er hatte in der Vergangenheit deutlich gemacht, die militärische Auseinandersetzung nicht als Erster eröffnen zu wollen.[208] Auch wenn er diese Aussagen am 29. Mai relativierte („I have already said in the past that we will decide the time and place and not allow them to decide […]. Preparations have already been made. We are now ready to confront Israel")[209] war Nasser offenbar überzeugt davon, den Krieg auch dann zu

201 Parker, Politics of Miscalculation, S. 47, 49.
202 Morris, Righteous Victims, S. 309.
203 Gat, Israel Affairs 11 (2005), S. 608 (617).
204 Zitiert vom israelischen Botschafter in UN Doc. S/PV.1348, Rn. 150.
205 Für eine ausf. Darstellung der Vorgeschichte und des Verlaufs des Krieges s. Morris, Righteous Victims, S. 302–329; Quigley, Six-Day War, insb. S. 6–82.
206 Jedenfalls fehlte es an dem Einsatz militärischer Mittel zur Durchsetzung der Schließung, da die Schließung auch keine Blockade iSd Art. 3 c) iSd Aggressionsdefinition, A/RES/3314 (XXIX) (1974) darstellte, s. ausf. Quigley, Six-Day War, S. 46–58.
207 Quigley, Six-Day War, S. 128–131, 141.
208 S. zB US Embassy Lisbon telegram no. 1517 v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 129, para. 4, 15; vgl. auch Parker, Politics of Miscalculation, S. 49; Rikhye, Sinai Blunder, S. 72, 79.
209 Rede Nassers vor der ägyptischen Nationalversammlung v. 29. Mai 1967, abgedruckt bei P. Roberts, Arab-Israeli Conflict, S. 96 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewinnen, wenn Israel zuerst angriff.[210] Zudem war ein erheblicher Teil seiner Truppen in militärische Auseinandersetzungen im Jemen verwickelt und seine Armee in einem schlechten Zustand, wobei unklar ist, wie weit Nasser darüber informiert war.[211] Mit der Verlegung seiner Truppen bezweckte der Staatspräsident offenbar die Abwehr eines befürchteten israelischen Angriffs auf Syrien,[212] nicht eine Offensive gegen Israel. Wenn es daher an einer tatsächlichen antizipierten Selbstverteidigungslage fehlte, hängt die Frage, ob Israel putative Selbstverteidigung übte, maßgeblich davon ab, ob dieses an einen unmittelbar bevorstehenden Angriff *glaubte*. Dies ist heftig umstritten.[213] Zwar nähren Äußerungen einiger Beteiligter auf israelischer Seite Zweifel an der Irrtumstheorie. So sagte der israelische General Yitzhak Rabin 1968 in einem Interview:

> „Je ne pense pas que Nasser voulait la guerre. Les deux divisions qu'il envoya dans le Sinaï, le 14 mai, n'auraient pas suffi, pour déclencher une offensive contre Israël. *Il le savait, et nous le savions*. […] Il bluffait; il voulait se présenter, à bon prix, comme le sauveur de la Syrie et se gagner ainsi de larges sympathies dans le monde arabe. *Nous connaissions le stratagème* […]."[214] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Ähnliche Äußerungen machte 1982 der zu diesem Zeitpunkt amtierende israelische Premierminister Menachem Begin.[215] Der 2004 veröffentlichte Schriftverkehr zwischen den USA und Israel sowie zwischen Washington

---

210 Parker, Politics of Miscalculation, S. 57 f.

211 Parker, Politics of Miscalculation, S. 78–82; vgl. auch Memorandum From the CIA's Board of National Estimates v. 26. Mai 1967, FRUS Doc. 79, para. 1.b.

212 Die Befürchtung ging maßgeblich auf zumindest teilweise unzutreffende russische Nachrichtendienstinformationen zurück, ausf. Parker, Politics of Miscalculation, S. 3–20; vgl. auch Memorandum From Nathaniel Davis (National Security Council) v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 136; Morris, Righteous Victims, S. 304 f, der indes bezweifelt, dass die sowjetische Warnung der eigentliche Grund für die Truppenverlegung war.

213 Dagegen Quigley, S. 128–131; Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f); dafür Dinstein, War, Aggression, Self-Defence, S. 212; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; S. Brown, Illusion of Control, S. 115; s. auch Rusk, As I Saw it, S. 331 („if there ever was a justification for preventive action, the Six-Day War might have been the case for it").

214 Interview mit Eric Rouleau, Le Monde v. 29. Februar 1968.

215 „In June 1967, we again had a choice. The Egyptian Army concentrations in the Sinai approaches do not prove that Nasser was really about to attack us. We must be honest with ourselves. We decided to attack him. This was a war of self-defense in the noblest sense of the term. The Government of National Unity then established decided unanimously: we will take the initiative and attack the

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und den US-Botschaften in der Region[216] legt aber nahe, dass Nassers Drohungen in Israel durchaus ernst genommen wurden. Nicht nur die israelische Regierung,[217] sondern auch Diplomaten und Militärs[218] brachten gegenüber den USA ihre mit der Zeit wachsende Sorge vor einem ägyptischen Erstangriff auf eine israelische Stadt oder Israels Luftwaffe unmissverständlich zum Ausdruck. Ein Telegramm der US-Botschaft in Tel Aviv an das US-Außenministerium vom 27. Mai verschafft einen Eindruck davon, für wie ernst Israel seine Lage offenbar hielt:[219]

> „Israelis took occasion embark on emotional, evidently sincere, exposition their thesis that evidence available to them conclusive that Nasser has "crossed his Rubicon" and surprise aerial attack expected any moment. My remonstrances that our most careful and equally authoritative assessment is to contrary were met by argument we behind times and essential intelligence this regard had been received in last few hours. They talked in terms of surprise air strike knocking out Israeli airfields and rendering their response ineffective. They said they had intercepts of Egyptian messages to confirm situation as they see it. Also frightened by fact four MIGs overflew Israel yesterday and Israeli Airforce not able intercept. […] Broadest impact this session with me is that GOI [Government of Israel] cannot be convinced Nasser will not

---

enemy, drive him back, and thus assure the security of Israel and the future of the nation", Begins Rede v. 8. August 1982 vor dem Israeli National Defense College, Auszüge abgedruckt bei Neff, Begin's Admission, Washington Report on Middle East Affairs, July/August 1994, S. 73.

216 Die folgenden zitierten Dokumente sind abgedruckt in Foreign Relations of the United States, 1964–1968, XIX, Arab-Israel Crisis and War, Prewar Crisis, May 15-June 4, 1967 (im Folgenden: FRUS).

217 Vgl. Note From Israeli Ambassador Harman to Secretary of State Rusk v. 30. Mai 1967: „On the best intelligence estimates available to me, I am convinced that there continues to hover over my country the danger of an Egyptian-Syrian attack. President Nasser's speeches of May 26, 28 and 29 cannot be ignored".

218 Vgl. Memorandum for the Record v. 1. Juni 1967, FRUS Doc. 124, para. 4; Memorandum of Conversation v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 132; Memorandum From President's Special Assistant Rostow to President Johnson v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 131; Intelligence Memorandum Prepared in the Central Intelligence Agency v. 3. Juni 1967, FRUS Doc. 143, para. 3.

219 Dass die Darstellung zumindest die US-Botschaft überzeugte, spricht gegen die Erwägung, Israel habe die Situation bewusst dramatisiert, um die USA zu stärkerer Unterstützung zu bewegen, so aber Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> strike first. If he does, Israelis have no secondary response capability and they think they likely be lost."[220]

Dass die israelische Besorgnis nicht völlig abwegig war, wird dadurch belegt, dass auch die US-Botschaft in Kairo die durch Nasser drohende Gefahr – anders als die Regierung in Washington[221] – als echt einschätzte[222] und die ägyptischen Aussagen, keinen Erstangriff zu planen, ausdrücklich in Zweifel zog.[223] Dass Israel tatsächlich einem Irrtum über das unmittelbare Bevorstehen eines ägyptischen Angriffs unterlag, erscheint demnach nicht fernliegend.[224] Im Übrigen ist für die Ermittlung der opinio iuris der *vorgegebene* Kenntnisstand nicht weniger relevant als der *tatsächliche*.[225] Denn ersterer gibt Aufschluss über die eigene Rechtsüberzeugung des betreffenden Staates und bildet häufig die Grundlage für Rechtsansichten Dritter.

---

220 US Embassy Tel Aviv no. 3808 v. 27. Mai 1967, FRUS Doc. 82, paras. 2, 5.

221 „Our best judgment is that no military attack on Israel is imminent, and, moreover, if Israel is attacked, our judgment is that the Israelis would lick them", Aussage Johnsons in Memorandum of Conversation v. 26. Mai 1967, FRUS Doc. 77.

222 „Nasser is playing for keeps and thinks he can win. […] He is ready to risk everything for it [the Palestine problem]. He has bided his time and has planned well. His only area of miscalculation may be his estimate of Egyptian military capabilities vis à vis Israel, and even there we may be in for some surprise", US Embassy Cairo telegram no. 8080 v. 27. Mai 1967, abgedruckt in Parker, Politics of Miscalculation, S. 242; wenige Tage später schrieb der US-Botschafter in Kairo hingegen, Nasser würde den militärischen Showdown „probably welcome, but not seek", US Embassy Cairo telegram no. 8218 v. 30. Mai 1967, FRUS Doc. 100.

223 „There can be no assurance that Arab appetites, whetted by unexpected and intoxicating show of unity, will not soon demand further satisfaction, despite Riad statement to me UAR has no such present intention.", US Embassy Cairo telegram no. 8362 v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 128.

224 Sollte Israel bei einem ägyptischen Erstangriff nicht mit einer militärischen Niederlage gerechnet, sondern nur angenommen haben, dass der Preis des Krieges steigen würde, stellte das das vorgestellte antizipierte Selbstverteidigungsrecht nicht in Abrede, aA Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f, 307 f), der den Präventivangriff für unzulässig hält, weil sich Israel nach einem ägyptischen Erstangriff noch hätte verteidigen können. Dieser Aspekt mag für die *zeitlichen* Anforderungen an den drohenden Angriff relevant sein (soweit man annimmt, antizipierte Verteidigung sei umso früher zulässig, je gravierender die Angriffsfolgen wären). Hier schien der angenommene ägyptische Erstangriff aber so nah, dass die zeitlichen Anforderungen wohl selbst dann erfüllt gewesen wären, wenn Israel eine Niederlage noch hätte abwenden können.

225 Vgl. Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (696) für den Irakkrieg.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die im SR und in der Generalversammlung geäußerten Auffassungen der Staatenvertreter haben für die Bewertung eines israelischen Irrtums indes nur beschränkte Aussagekraft, da zu diesem Zeitpunkt noch viele Fakten unklar waren. Israel, das sein Handeln mit Art. 51 UNC begründete,[226] stützte sich auf einen Sachverhalt, der seiner Darstellung nach objektiv vorlag: Ägypten habe zuerst angegriffen[227] und weitere Angriffe hätten bevorgestanden.[228] Von ersterer Behauptung rückte Israel später ab und berief sich stattdessen primär auf die Schließung der Tiranstraße als casus belli.[229] *Antizipatorische* Selbstverteidigung wurde erst später zur israelischen Argumentationslinie,[230] wobei sich diese wieder auf eine wirkliche Gefahrenlage stützte. Die arabischen Kriegsbeteiligten und nicht wenige Drittstaaten sahen im israelischen Handeln zwar eine Aggression.[231] Die Staaten, die sich mit der von Israel geltend gemachten Gefahrenlage auseinandersetzten, begründeten diese Auffassung aber mit der generellen Ablehnung antizipierter Selbstverteidigung,[232] ohne ausdrücklich auf die entscheidende Sichtweise einzugehen. Immerhin wurde vereinzelt das Erfordernis der „actual occurence of an armed attack" betont[233] und implizit die tatsächliche – und nicht die von Israel angenommene – Sachlage zugrunde

226 S. zB UN Doc. S/PV.1347 Rn. 32; UNYB (1967), S. 196.
227 UN Doc. S/PV.1347 Rn. 30; UNYB (1967), S. 196.
228 S. bereits UN Doc. S/PV.1348 Rn. 144–152, 167–169, 175–177; vgl. auch Quigley, Duke J. Comp. & Int'l L. 2 (1994), S. 195 (204 f).
229 Vgl. Äußerungen Eshkols, zitiert in: Le premier ministre admet que les israéliens ont tirés les premiers, Le Monde v. 10. Juli 1967; UN Doc. A/PV.1526 Rn. 133; Quigley, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 131 (134).
230 Vgl. Premierminister Barak 2005, in: Shamir/Maddy-Weitzman, The Camp David Summit, S. 117 (130): „although we were the ones to fire the first shot, the world saw us as trying to free ourselves of strangulation by our neighbors"; Premierminister Netanyahus Rede vor dem AIPAC, Jerusalem Post v. 3. März 2015: „In 1967, as an Arab noose was tightening around Israel's neck […] Israel acted alone to defend itself."; stellvertretender ständiger Vertreter Israels bei den UN Rosenne in L. & Contemp. Problems 33 (1968), S. 44 (55), wobei er nicht zwingend die Sicht seiner Regierung wiedergibt.
231 ZB UN Doc. S/PV.1347 Rn. 36–53 (Ägypten); S/PV.1348 Rn. 201 (Syrien), Rn. 44, 49 (Sowjetunion), Rn. 72–77 (Bulgarien), Rn. 79 f (Mali), Rn. 88 (Indien), Rn. 107 (Irak), Rn. 251 (Marokko).
232 UN Doc. A/PV.1527 Rn. 93–95 (Tschechoslowakei); A/PV.1529 Rn. 93 (Jugoslawien); A/PV.1538 Rn. 84 (Sambia); A/PV.1530 Rn. 56 f (Sudan), Rn. 153 (Indien); A/PV.1541 Rn. 72 (Zypern). Den Sechstagekrieg daher als Präzedenzfall gegen die Rechtmäßigkeit antizipatorischer Selbstverteidigung einordnend Ruys, Armed Attack, S. 278; Quigley, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 141 f.
233 UN Doc. A/PV. 1541 Rn. 72 (Zypern), wobei die Formulierung zwar nahelegt, dass „actual" im Sinne von *tatsächlich* zu verstehen ist, der Kontext hingegen da-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelegt.[234] Dass einzelne Staaten in Erinnerung riefen, Ägypten habe ausdrücklich erklärt, keinen Erstangriff zu planen,[235] ist hingegen kein eindeutiges Indiz für die Überzeugung, dass es auf die *tatsächliche* Sachlage ankomme, lässt sich die Aussage doch auch so verstehen, dass Israel die wahre Sachlage gekannt habe und ein (grundsätzlich beachtlicher) Irrtum nicht Betracht komme. Insgesamt lässt sich den israelkritischen Stimmen allenfalls eine leichte Tendenz für eine ex-post-Perspektive entnehmen. Auch die Äußerungen der vielen Staaten, die das israelische Handeln nicht als Aggression verurteilten und entsprechende Resolutionsentwürfe[236] nicht unterstützten, sind wenig aufschlussreich, da sie rechtliche Stellungnahmen weitgehend vermieden.[237] Ob das in ihrem Abstimmungsverhalten zum Ausdruck kommende Verständnis für das israelische Handeln die Überzeugung einschloss, Israels Perspektive sei die rechtlich entscheidende, liegt zwar nahe, lässt sich aber nicht mit Sicherheit sagen.

Soweit ersichtlich positionierte sich auch im späteren Verlauf kein Staat unter Hinweis auf im Nachhinein gewonnene Erkenntnisse, die einen israelischen Irrtum nahelegen, zu dem Präventivangriff. Die rechtlichen Auswirkungen dieser nachträglichen Erkenntnisse wurden allein von der Literatur aufgegriffen und dort sehr unterschiedlich beurteilt. Während einige allein die tatsächliche Sachlage für entscheidend hielten,[238] stellten andere auf die israelische Perspektive ab, soweit sie der vernünftigen Be-

---

rauf hindeutet, dass mit „actual" *bereits begonnene* Angriffe gemeint sind und der Ausdruck in Abgrenzung zur antizipatorischen Selbstverteidigung verwendet wird; ähnlich UN Doc. A/PV.1530 Rn. 56 (Sudan).

234 Vgl. zB UN Doc. A/PV.1538 Rn. 84 (Sambia): „Even if we accept for the sake of argument that there was a threat to the state of Israel, the right course would have been for Israel to bring its complaint to the United Nations".

235 UN Doc. S/PV.1348 Rn. 75 (Bulgarien), Rn. 104 (Irak).

236 Der russische Entwurf einer SR-Resolution (UN Doc. S/7951/Rev.2), der Israel als Aggressor verurteilte und nicht genügend Ja-Stimmen erhielt, bekam auch keine Gegenstimme, sondern es enthielten sich elf Staaten, UNYB (1967), S. 190. Bei der Abstimmung über eine entsprechende Generalversammlungsresolution (UN Doc. A/L.519) stimmten 57 Staaten gegen den Israel verurteilenden operativen Paragraph, 36 dafür, 23 enthielten sich, vgl. UNYB (1967), S. 209.

237 UN Doc. S/PV.1348 Rn. 8 ff (USA), Rn. 19 ff. (Äthiopien), Rn. 30 ff (Frankreich), Rn. 33 ff (Großbritannien), Rn. 53 ff (Argentinien), Rn. 61 (Kanada), Rn. 69 ff. (Japan), Rn. 65 ff (Brasilien), Rn. 82 ff. (China), Rn. 98 ff (Dänemark). Den USA und Großbritannien ging es primär darum, ihre eigene Beteiligung zu bestreiten, vgl. ebd. Rn. 14 f, 131 f, 232 (USA), Rn. 34 f, 243 (Großbritannien).

238 Quigley, Six-Day War, S. 141–148.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wertung der Umstände entsprach.[239] Wenn der Sechstagekrieg daher den Anstoß gab für eine Diskussion in der Literatur über die Beurteilung von Irrtümern und er als vielleicht bedeutsamstes Beispiel eines Irrtumsfalles gelten kann, geht von ihm mangels entsprechender Rechtsauffassungen staatlicher Akteure keine entscheidende Präzedenzwirkung für oder gegen die Berücksichtigung von Irrtümern aus.

b) Der israelische Luftangriff auf den Osirak-Reaktor (1981)

Am 7. Juni 1981 zerstörte die israelische Luftwaffe den im Bau befindlichen irakischen Atomreaktor Osirak.[240] Israel vermutete, dass der Irak diesen Reaktor zur Herstellung von Atomwaffen nutzen wollte, die er gegen Israel einsetzen würde.[241] Für Israels Verdacht ließen sich im Nachhinein keinerlei Anhaltspunkte finden. Der IAEA zufolge deuteten sämtliche Inspektionen auf eine ausschließlich friedliche Nutzung hin und die Abzweigung von Kernmaterial für unfriedliche Zwecke wäre leicht zu entdecken gewesen.[242] Israel berief sich dennoch auf das antizipierte Selbstverteidigungsrecht.[243] Dieser Rechtfertigungsversuch wurde nicht nur vom Irak,[244] sondern auch von der Staatengemeinschaft nahezu einhellig zurückgewiesen,[245] welches sich in einer den Luftangriff verurteilenden SR-Resolution niederschlug.[246] Dabei stützte sich eine Vielzahl von Staaten unter anderem darauf, dass der Reaktor allein friedlichen Zwecken gedient habe,[247] und erklärte den israelischen Fehlverdacht damit implizit für un-

---

239 Dinstein, War, Aggression, Self-Defence, S. 212; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; Dershowitz, Preemption, S. 81, 83; Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); Franck, Recourse to Force, S. 105.

240 S. näher G. Fischer, AFDI 27 (1981), S. 147–167; Mallison/Mallison, Vanderbilt J. Transnat'l L. 15 (1982), S. 417–448; Ruys, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 329–341.

241 Vgl. Brief vom israelischen UN-Vertreter v. 8. Juni 1981, UN Doc. S/14510.

242 UN Doc. S/PV.2288 Rn. 13 f.

243 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 58, 97–102.

244 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 48–51.

245 S. UN Doc. S/PV.2280-S/PV.2288.

246 UN Doc. S/RES/487 (1981). Auch das Board of Governors der IAEA verurteilte die Maßnahme, vgl. Telegramm vom IAEA Director General v. 12. Juni 1981, UN Doc. S/14532.

247 S. zB UN Doc. S/PV.2280 Rn. 147 (Algerien), Rn. 196 (Jordanien); S/PV.2281 Rn. 9 (Kuwait), Rn. 33 (Indien), Rn. 48–50 (Kuba), Rn. 69 (Pakistan); S/PV.2281 Rn. 24 f (Uganda), Rn. 48–56 (Frankreich), Rn. 65–68 (DDR), Rn. 82 f (Spa-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beachtlich. Vergleichsweise wenige Staaten legten ihr Augenmerk auf die *Vorstellung* Israels, indem sie betonten, dass dieses um die friedliche Nutzung des Reaktors gewusst habe.[248] Einige Staaten bemerkten im Gegenteil ausdrücklich, dass das Vorliegen einer Angriffsgefahr nicht allein der Beurteilung des handelnden Staates obliege.[249] Die Zerstörung des Osirak-Reaktors zeigt somit, dass ein Fehlverdacht keinen tragfähigen Rechtfertigungsgrund darstellt, wenn er sich wie in diesem Fall auf eine völlig vage Faktenlage gründet. Über die Berücksichtigungsfähigkeit anderer Fehlvorstellungen ist damit jedoch nichts gesagt.

c) Der Irakkrieg (2003)

Am 20. März 2003 marschierte eine Kriegskoalition bestehend aus den USA, Großbritannien, Australien und Polen, unterstützt von einer Vielzahl weiterer Staaten, die keine eigenen militärischen Kampfhandlungen vornahmen,[250] in den Irak ein, stürzte das Regime von Saddam Hussein und setzte eine Übergangsregierung ein. Die Staaten der Kriegskoalition beriefen sich darauf, dass Saddam Hussein weiterhin Massenvernichtungswaffen besitze, die die eigene sowie die Sicherheit der internationalen Ge-

---

nien), Rn. 106 f (Großbritannien); S/PV.2283 Rn. 20 (Irland), Rn. 66 (Sowjetunion), Rn. 136 (Vietnam) Rn. 147 (Sierra Leone), Rn. 169 f (Mongolei) Rn. 178 (Sambia); S/PV.2284 Rn. 11 (Niger), Rn. 45 (Jemen) Rn. 75–77 (Syrien); S/PV.2285 Rn. 8–10 (Marokko), Rn. 117 f (Bangladesch), Rn. 140 (Polen), S/PV.2286 Rn. 13 f (Guyana), Rn. 71 (Italien); S/PV.2287 Rn. 21 (Indonesien); S/PV.2288 Rn. 113 (Mexiko).

248 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 196 (Jordanien): „The Israelis know perfectly well that the small scientific reactor […] was never intended for other than peaceful purposes and scientific progress"; UN Doc. S/PV.2286 Rn. 72 (Italien): „All this is very well known both in Israel and elsewhere"; das Vorliegen einer Fehlvorstellung anzweifelnd auch UN Doc. S/PV.2281 Rn. 69 (Pakistan); S/PV.2282 Rn. 65 (DDR); S/PV.2283 Rn. 66 (Sowjetunion), Rn. 147 (Sierra Leone); S/PV.2284 Rn. 74 (Syrien).

249 UN Doc. S/PV.2282 Rn. 56 (Frankreich): „Where would we end up if a state were to proclaim itself judge of the intentions of another State even though the latter was complying with the rules […]?"; S/PV.2283 Rn. 23 f (Irland): „It is further implied that Israel will be the sole arbiter and judge. We simply cannot accept this approach […]"; vgl. auch S/PV.2284 Rn. 11 (Nigeria): „As regards the Iraqi bomb, it existed only in the imagination of the Israeli leaders".

250 Die USA gaben an, bei der Invasion von 44 Staaten politisch und militärisch unterstützt zu werden, Weller, Iraq and the Use of Force, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meinschaft bedrohten.[251] Der Irak hatte wiederholt Verpflichtungen im Zuge seiner Abrüstung verletzt, die ihm nach dem Irak-Kuwait-Krieg durch SR-Resolution 678 (1990)[252] und spätere Resolutionen[253] auferlegt worden waren, und sich geweigert, mit den UN-Waffeninspekteuren zu kooperieren.[254] Im Nachhinein stellte sich der vorherige Verdacht zu weiten Teilen als unbegründet heraus. So fanden sich keinerlei Beweise dafür, dass der Irak zum Zeitpunkt der Invasion noch Massenvernichtungswaffen besaß.[255] Auch wenn vielfach unterstellt wird, Nachrichtendienstinformationen seien absichtlich manipuliert worden, um einen Vorwand für die Invasion zu kreieren,[256] deutet vieles darauf hin, dass die Mitglieder der Kriegskoalition tatsächlich von der Existenz von Massenvernichtungswaffen ausgingen und somit einem Irrtum unterlagen.[257] Den Untersuchungsberichten zufolge ging dieser Irrtum unter anderem auf vermeidbare Feh-

---

251 Vgl. Iraq's Weapons of Mass Destruction, Assessment of the British Government (2002), das den berühmten Hinweis auf die Waffeneinsatzbereitschaft in 45 Minuten enthält, ebd. S. 4 f, 17, 19; Rede an die Nation des US-Präsidenten Bush am 19. März 2003; Rede des UK-Premierministers Blair vor dem House of Commons am 18. März 2003.

252 UN Doc. S/RES/687 (1991), paras. 8–13.

253 S. zB UN Doc. S/RES/1154 (1998), S/RES/1205 (1998).

254 Während die Kooperation zunächst nur zögerlich verlief (s. etwa Report on the first two IAEA Inspections v. 11. Juli 1991, UN Doc. S/22788, S. 9), verweigerte der Irak von 1998 an jede Inspektion, vgl. U.N. monitors suspend Iraqi inspections, CNN v. 1. November 1998; erst nach dem von Resolution 1441 (2002) gesetzten Ultimatum zeigte er sich wieder kooperativ; näher zu den Ereignissen zwischen 1991 und 2003 Weller, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 639 (640–644).

255 Vgl. Anhörung von David Kay, früherer Leiter der Iraq Servey Group, vor dem Senate Armed Service Committee, 28. Januar 2004, Federal News Service, S. 6 f; der Iraq Survey Group Final Report v. 30. September 2004, S. 64 lässt nur die Möglichkeit offen, dass „some weapons existed in Iraq although not of a militarily significant capability"; Schreiben der US Commission on the Intelligence Capabilities of the United States Regarding WMD v. 31. März 2005 (im Folgenden WMD Commission Report), S. 1: „the Intelligence Community was dead wrong in almost all of its pre-war judgments about Iraq's weapons of mass destruction."; Report of the Iraq Inquiry v. 6. Juli 2016 (im Folgenden Chilcot Report), S. 604 f.

256 S. zB Krugman, Errors and Lies, NY Times, v. 18. Mai 2015; vgl. auch Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (695 f).

257 Zu diesem Ergebnis gelangen für Großbritannien der Chilcot Report (s. insb. S. 410–415), der Review of Intelligence on WMD Report of a Committee of Privy Counsellors (im Folgenden: Butler Report), Rn. 405; für die USA der WMD Commission Report (S. 50 f) und der Senate Select Committee on Intelligence Report on the US Intelligence Community's Prewar Intelligence Assess-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ler der Nachrichtendienste zurück, wobei der gewichtigste Fehler wohl darin lag, dass die Richtigkeit der Informationen gegenüber den Entscheidungsträgern mit einer nicht gerechtfertigten Gewissheit dargestellt worden waren.[258] Insoweit liegt die Annahme eines vermeidbaren Irrtums nahe.[259]

In rechtlicher Hinsicht begründeten die USA, Großbritannien und Australien ihr Handeln indes mit dem vereinten Effekt der SR-Resolutionen 678 (1990), 687 (1991) und 1441 (2002)[260] und nicht mit dem antizipierten Selbstverteidigungsrecht.[261] Der Hinweis darauf, dass die USA sich und die internationale Gemeinschaft gegen die vom Irak ausgehende Gefahr „verteidigten",[262] sollte dem Handeln zusätzliche Legitimität verschaffen, wohl aber nicht eine eigenständige rechtliche Begründung liefern.[263] Tatsächlich lag eine Rechtfertigung der Invasion durch antizipierte Selbstverteidigung

---

ments on Iraq (2004) (im Folgenden SSCI Report), insb. S. 129, 187, 211; kritischer der Bericht von Cirincione et al., Carnegie Endowment for International Peace, WMD in Iraq, S. 50 f. Jedenfalls sind für die Identifizierung von Gewohnheitsrecht und nachfolgender Praxis die *geäußerten* Gründe nicht weniger bedeutsam als die *tatsächlichen* Motive, vgl. Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (696).

258 Chilcot Statement v. 6. Juli 2016, S. 5 f; Chilcot Report, Vol. IV, S. 282 f Conclusions 883–887, S. 419 Conclusion 731; Butler Report, Rn. 465, Hinweise des Joint Intelligence Center darauf, dass die verfügbaren Informationen begrenzt waren, seien im September-Bericht der britischen Regierung nicht ausreichend deutlich gemacht worden, ebd. Rn. 331 f; wenig krit. hingegen ebd. Rn. 453 („We were impressed by the quality of intelligence assessments on Iraq nuclear capabilities"); WMD Commission Report, S. 45–196, für die primären Schlussfolgerungen s. S. 46, 52, 80, 112, 132, 147; krit. zu den frühesten drei Untersuchungsberichten Jervis, J. Strat. Stud. 29 (2006), S. 3–52.

259 Näher dazu s.u. 10. Kap., I., II., III.

260 Briefe der Vertreter der USA, Großbritanniens und Australiens v. 20. März 2003, UN Doc. S/2003/350, S/2003/351, S/2003/352; näher s.u. 14. Kap., III. 1. a.

261 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (314); Bruha, AdV 41 (2003), S. 295 (297).

262 Brief vom US Vertreter bei den Vereinten Nationen v. 20. März 2003, UN Doc. S/2003/351; vgl. auch UN Doc. S/PV.4644, S. 3. Auch George W. Bush und Tony Blair begründeten die Notwendigkeit des Krieges mit der vom Irak ausgehenden Gefahr für die eigene und die internationale Sicherheit, vgl. Rede an die Nation des US-Präsidenten am 19. März 2003 und Rede des UK-Premierministers vor dem House of Commons am 18. März 2003.

263 Dafür sprechen ihre gegenüber der „UN-Begründung" klar nachgeordnete Stellung sowie, dass sich die USA sonst ausdrücklich auf „das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UNC" berufen, vgl. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (314 Fn. 107); noch deutlicher die australische Argumentation, die die vom Irak ausgehende Gefahr für die eigene Sicherheit als Grund für die Beteiligung am Krieg benannte, im nächsten Satz den Krieg *rechtlich* aber ausschließlich mit

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fern, stand ein unmittelbar bevorstehender Angriff doch nicht in Rede.[264] Der Großteil der geäußerten Rechtsauffassungen bezog sich daher auf das geltend gemachte UN-Mandat und ist für Fehlvorstellungen im Bereich individueller Gewalteinsätze wenig aufschlussreich.[265] Einige Staaten, die das vorbeugende Selbstverteidigungsrecht „vorbeugend"[266] zurückwiesen, stützten ihre Ablehnung jedoch ausdrücklich auf die unsichere Faktenlage.[267] Das lässt auf ihre Überzeugung schließen, das Vorliegen einer Selbstverteidigungslage müsse zumindest hinreichend wahrscheinlich sein, bevor sich ein Staat zu einem Gewalteinsatz entschließen darf. Dass die Selbstverteidigungslage auch *ex post* vorliegen muss – der handelnde Akteur also selbst dann das Risiko einer Fehleinschätzung trägt, wenn eine Selbstverteidigungslage (anders als im Fall Irak) hinreichend wahrscheinlich erschien –, kann diesen Aussagen nicht eindeutig entnommen werden. Doch ist dieses Verständnis möglich.[268] Auch die Literaturvertreter, die die Intervention kurz nach ihrem Stattfinden am Selbstverteidigungsrecht maßen, machten überwiegend deutlich, dass dieser Erlaubnissatz allenfalls in Betracht komme (und selbst dann scheitere), wenn im Irak noch

---

den UN-Resolutionen begründet, UN Doc. S/PV.4726, S. 27; die amerikanische Formulierung hingegen als Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht wertend Tomuschat, Vereinte Nationen 2 (2003), S. 41 (41 f); Weller, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 639 (645); ebenso Orakhelashvili, Submission to the Inquiry on the UK's Legal Justification for the Iraq War and the Relevant Legal Advice, S. 7, Fn. 17, der sich auf frühere Äußerungen der USA beruft. Im Übrigen ist fraglich, ob neben einem SR-Mandat überhaupt noch Raum eine Selbstverteidigungshandlung gewesen wäre.

264 Ebenso Dutch Committee of Inquiry Report, Netherlands Int'l L. Rev. 57 (2010), S. 81 (134); Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (313 f); zum einzig in Betracht kommenden, aber abzulehnenden Begründungsansatz s. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 403 f.

265 Zur Bedeutung der Resolution 1441 und der Debatte für Fehlvorstellungen bei kollektiven Gewalteinsätzen s.u. 14. Kap., III. 1. a.

266 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (316).

267 UN Doc. S/PV.4726, S. 8 (Malaysia), S. 13 (Jemen).

268 Vgl. auch folgende Äußerung Russlands, UN Doc. S/PV.4726 (Resumption 1), S. 27: „The military action undertaken […] cannot be justified in any way. In fact, those countries were unable to provide any proof to support their allegations regarding Iraq's possession of weapons of mass destruction […]. [N]o proof has been found in the course of the ongoing military action to support such accusations." Sicherlich hatte Russland primär die vorgebrachte Begründung mittels der SR-Resolutionen vor Augen. Die Formulierung „cannot be justified in any way" mag das Selbstverteidigungsrecht aber einschließen, zumal es von anderen Vertretern angesprochen wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Massenvernichtungswaffen gefunden würden.[269] Auch die gegenteilige Sicht wurde aber vereinzelt formuliert.[270] Angesichts der Mehrdeutigkeit der Aussagen und der geringen Zahl *staatlicher* Akteure, die den Irakkrieg am Selbstverteidigungsrecht maßen, stellt er allenfalls einen schwachen Präzedenzfall zugunsten einer ex-post-Bewertung der Voraussetzungen des Art. 51 UNC dar.

d) Zwischenergebnis

Keiner der erwähnten Konflikte gibt eindeutig Aufschluss über die Berücksichtigungsfähigkeit von Irrtümern. Der Angriff auf den Osirak-Reaktor zeigt allein, dass zumindest ein Fehlverdacht, der sich auf eine vollends unklare Faktenlage stützt, nicht ausreicht, um den Gewalteinsatz eines Staates zu rechtfertigen.

2. Fehlvorstellungen bei geringfügigen Gewaltanwendungen

a) Prämissen für den Auslegungswert geringfügiger Gewaltanwendungen

Besonders häufig betreffen Fehlvorstellungen kleinere Zusammenstöße zwischen Staaten wie das gewaltsame Anhalten eines einzelnen Schiffs oder den Abschuss eines einzelnen Flugzeugs. Einen Auslegungswert für die untersuchte Fragestellung besitzen Maßnahmen dieser Art indes nur, wenn sie in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC fallen. Die Klärung dieser Frage ist auch deshalb von hoher Bedeutung, weil sich die Staaten bei der Bewertung solcher kleineren Irrtumsfälle nicht immer aus-

---

269 S. nur Simpson, Melbourne J. Int'l L. 6 (2005), S. 167 (182 Fn. 94); Abdel-Moneim, Analysis of the UK's Legal Basis for Military Action in Iraq, International Law Submission to the UK Iraq Inquiry, S. 3 f; Al-Dosari, Legalizing War, International Law Submission to the UK Iraq Inquiry, S. 2; offener formuliert Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (313 f).

270 So der „reasonable necessity approach" von Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (26–30) (offenlassend, ob die Irakinvasion diesen Anforderungen genügte); ähnlich Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209 (221–223), der die Indizien für eine von Saddam Hussein ausgehende Gefahr für ausreichend hielt; ebenso Yoo, AJIL 97 (2003), S. 563 (574); ähnlich im Grundsatz, aber in Bezug auf Irak zum gegenteiligen Ergebnis gelangend Doyle, Striking First, S. 90–92; Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 170–174 (zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung differenzierend und die Vermeidbarkeit des Irrtums im Fall Irak offenlassend).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

drücklich auf die Normen der Charta beziehen. Um Fehlvorstellungen über die Selbstverteidigungslage richtig identifizieren zu können, müssen daneben die Anforderungen an den bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC klargestellt werden. Wegen der hohen empirischen Relevanz kleinerer Vorfälle für Fehlvorstellungen kann über beide Fragen nicht leichtfertig hinweggegangen werden. Da sich die meisten Fälle, die international wahrgenommen wurden, zumindest unter Einsatz von Waffengewalt ereigneten, kann hier erst einmal offen bleiben, ob Gewalt iSd Art. 2 (4) UNC Waffengewalt voraussetzt oder etwa schon die *Anwesenheit* von Soldaten auf fremdem Territorium oder die Verwendung *anderer Mittel* als Waffen genügt.[271]

aa) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 2 (4) UNC

(1) Enthält Art. 2 (4) UNC eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle?

Seitdem der IGH deutlich gemacht hat, dass er für den bewaffneten Angriffs iSd Art. 51 UNC die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle verlangt,[272] diskutiert die Literatur darüber, ob auch Art. 2 (4) UNC eine de-minimis-Schwelle enthält, sodass nur Gewalt von einer gewissen Erheblichkeit verboten wäre.[273] Denn fiele unter diese Norm jede noch so geringfügige Gewaltanwendung, könnten sich Staaten gegen Gewaltanwendungen, die unterhalb der Schwelle des Angriffs iSd Art. 51 UNC bleiben, nicht einmal mit minimaler Gewalt zur Wehr setzen. Der IGH hat sich zu dieser Frage bislang nicht klar positioniert. Seine Aussagen im Korfu-Kanal-Fall sind mehrdeutig: Er hielt die territoriale Souveränität Albaniens zwar für verletzt, nahm jedoch nicht auf Art. 2 (4) UNC Bezug und verwendete den Begriff der *force* nur im untechnischen Sinn.[274] Der Passage

271 Allein im Cyberbereich wird diese Frage relevant, dazu s.u. 7. Kap., III. 4.

272 Dazu näher s.u. 7. Kap., III. 2. a. bb.

273 Befürwortend Corten, The Law Against War, S. 55, 66, 67–76; O'Connell, in: White/Henderson, Research Handbook, S. 89 (102–106); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (33 f, insb. Fn. 64); Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 472; Independant International Fact-Finding Mission on the Conflict of Georgia, Vol. II, S. 242; dagegen insb. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (187 f); ähnlich krit. zu Maßnahmen innerhalb des eigenen Territoriums Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 215, Fn. 1230.

274 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 35 („policy of force" und „demonstration of force"); zu den Deutungsmöglichkeiten Kreß, in: Weller, Oxford Handbook,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Nicaragua-Urteils, derzufolge „less grave forms of force" (die nicht die Schwelle des Art. 51 UNC erreichen) unter Art. 2 (4) UNC fallen,[275] lässt sich weder entnehmen, dass dafür minimale Gewaltanwendungen ausreichen, noch dass sie ungenügend sind. Im Ölplattformen-Fall hielt das Gericht zwar für möglich, in der Verminung eines einzelnen Militärschiffs einen bewaffneten Angriff zu sehen,[276] sodass sie erst recht für Gewalt iSd Art. 2 (4) genügen müsste.[277] Ebenso wenig hat es eine allgemeine de-minimis-Schwelle damit aber verneint.[278]

Aus teleologischer Sicht würde ein Schwellenerfordernis bei Art. 2 (4) UNC die Lücke zwischen Art. 2 (4) und 51 UNC zumindest verkleinern: Allen Gewaltanwendungen, die nicht die Intensität eines Angriffs iSd Art. 51 UNC erreichen, könnte mit geringfügiger gewaltsamer Gegenwehr unterhalb der Schwelle des Art. 2 (4) UNC begegnet werden. Das die Reaktion auslösende Verhalten dürfte die Schwelle des Art. 2 (4) dabei durchaus überschreiten. Es käme also nicht zu dem von *Ruys* beklagten Widerspruch, dass bei Annahme einer de-minimis-Schwelle ein Staat auf *geringfügige* Gewalt unterhalb der Gewaltverbotsschwelle mit ebenso geringfügiger Gewalt und auf einen *bewaffneten Angriff* mit erheblicher Gewalt reagieren dürfte, er hingegen bei *einfacher Gewalt* iSd Art. 2 (4) unterhalb der Angriffsschwelle zu keinerlei gewaltsame Reaktion befugt wäre.[279]

Problematisch ist indes die Begründung dieser Schwelle de lege lata.[280] Die durch das Nicaragua-Urteil[281] gesäte Idee, die Charta lasse bei Gewalt-

---

S. 561 (575). Corten, Law Against War, S. 69 f sieht in dem Urteil eine Anerkennung der de-minimis-Schwelle.

275 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

276 ICJ, Oil Platform, Rn. 72.

277 Denn nach dem IGH unterscheidet sich Gewalt iSd Art. 2 (4) und der Angriff iSd Art. 51 im Umfang und den Auswirkungen der Gewalt, vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195.

278 Vgl. auch Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (576).

279 Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (181 f).

280 S. umf. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (178–182).

281 S. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 210 f, 249, das danach differenziert, ob der von der geringfügigen Gewaltanwendung betroffene Staat selbst oder ein Drittstaat darauf reagiert, s. insb Rn. 210: „It is not for the Court here to determine what direct reactions are lawfully open to a State which considers itself the victim of another State's acts of intervention, possibly involving the use of force. Hence it has not to determine whether, in the event of Nicaragua's having committed any such acts against El Salvador, the latter was lawfully entitled to take any particular counter-measure", krit. dazu Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (141); Ruys, Armed Attack, S. 144; Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (599).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anwendungen, die die Angriffsschwelle des Art. 51 UNC nicht erreichen, Raum für „smaller-scale proportionate countermeasures" militärischer Natur,[282] überzeugt kaum.[283] Der Begriff der *force* zwingt als solcher nicht zu einem Erheblichkeitserfordernis. Ein Vergleich mit den Begriffen der aggression iSd Art. 39 und des armed attack iSd Art. 51 UNC legt im Gegenteil nahe, dass *force* jegliche Gewalt umfasst. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 2 (4) UNC, wollten die Staaten doch über den Briand-Kellogg-Pakt hinausgehen, ein umfassendes *Gewalt*verbot schaffen und die Praxis gewaltsamer Repressalien beenden.[284] Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Neuheit auf erhebliche Gewaltanwendungen beschränkt bleiben sollte. Auch der IGH scheint von seinem Ansatz Abstand genommen zu haben, erwähnt er ihn in seiner Ölplattformen-Entscheidung doch mit keinem Wort mehr.[285] Aus denselben Gründen kann der Versuch als gescheitert gelten, geringfügige Gewaltanwendungen von Art. 2 (4) UNC auszunehmen, soweit sie ein „substantielles Recht gewaltsam schützen".[286] Das Argument, solch schützende Gewalt sei nicht gegen die „territoriale Unversehrtheit"[287] oder „politische Unabhängigkeit" eines Staates gerichtet und auch sonst nicht „mit den Zielen der Vereinten Na-

282 Separate Opinion Simma, ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 12 f; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, Rn. 472; O'Connell, AJIL Unbound 108 (2014), S. 141 (142); vorsichtig befürwortend auch Tams, EJIL 20 (2009), S. 359 (389).

283 Das gilt umso mehr, wenn man die Passagen des Nicaragua-Urteils wie ICJ, Oil Platforms, Separate Opinion Simma, Merits, 2003, Rn. 12 auf „small-scale countermeasures short of *Art. 51*" [Hervorhebung hinzugefügt] und nicht nur auf solche „short of *Art. 2 (4)*" bezieht. Denn dann muss man entweder (wenig überzeugend) annehmen, dass diese Maßnahmen zwar unter Art. 2 (4) fallen, aber von einer ungeschriebene Ausnahme gedeckt sind (so versteht sie auch Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (138, 141 f) und kritisiert sie) oder man muss bestreiten, dass diese Maßnahmen zum Teil noch in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) fallen, was jedoch der im selben Urteil identifizierten Lücke zwischen Art. 51 und Art. 2 (4) widerspräche, wonach „less grave forms of force" unterhalb der Art. 51-Schwelle durchaus unter Art. 2 (4) fallen. Wenn überhaupt, sind zulässige small-scale countermeasures daher mit Gewaltanwendungen „short of *Art. 2 (4)*" gleichzusetzen, wofür die Formulierung in Rn. 211, 249 des Nicaragua-Urteils Raum lässt. So dürfte sich ein von Gewalt unter der Art. 51-Schwelle betroffener Staat (nach dem IGH indes nicht Drittstaaten) mit geringfügiger Gewalt unterhalb der Art. 2 (4)-Schwelle zur Wehr setzen.

284 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

285 Ebenso Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (593).

286 Gill, Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105–137 (insb. 115–120).

287 So offenbar Gill, Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105 (u.a. 120, 123, 129).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen unvereinbar", übersieht, dass diese Zusätze das Gewaltverbot nicht einschränken sollten.[288]

Auch aus der notwendigen Abgrenzung zwischen Gewalt iSd Art. 2 (4) UNC und Polizeimaßnahmen (law enforcement) lässt sich eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle nicht ableiten.[289] Eine bloße Polizeimaßnahme kommt insbesondere bei staatlichen Gewalteinsätzen in Betracht, die nicht die *internationalen Beziehungen* iSd Art. 2 (4) UNC betreffen.[290] Zwar mag die Intensität des Gewalteinsatzes ein für die Betroffenheit der internationalen Beziehungen relevantes Kriterium sein. Ein *allgemeingültiges* Schwellenerfordernis kann daraus aber schon deshalb nicht folgen, weil bei vielen – auch geringfügigen – Gewaltanwendungen die Annahme einer Polizeimaßnahme fernliegt: etwa bei Konfrontationen zwischen staatlichen Einsatzkräften, bei denen es an der für Polizeimaßnahmen typischen Hierarchie zwischen den Akteuren fehlt,[291] oder bei gezielten Tötungen und der gewaltsamen Rettung eigener Staatsangehöriger auf fremdem Territorium, für die der Staat keine polizeilichen Kompetenzen besitzt.[292] Hier sind die internationalen Beziehungen der Staaten automatisch betroffen. Das hat

---

288 S.o. 6. Kap., II. 2. a; dagegen auch Arbitral Award Guyana v. Suriname, 2007, RIAA XXX, S. 1 (Rn. 423); s. auch Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (333).

289 So aber Corten, Law Against War, S. 52–66; ähnlich Session de Santiago, Rapporteur Emmanuel Roucounas, 10A Resolution, Rn. 5; R. Kolb, Ius contra bellum, S. 247; vgl. auch die Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017, s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50: „[S]ome manifestations of terrorist threats are appropriately handled only by law enforcement agencies, but others are of sufficient gravity to constitute an imminent or actual armed attack".

290 Die Anknüpfung an dieses Merkmal liegt aus den genannten Gründen näher als an die Begriffe *use of force* oder *against the territorial integrity usw.*, vgl. Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (298 f) (jedoch nicht auf die *international relations* eingehend); wie hier Corten, Law Against War, S. 60, 68; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (202); die Unanwendbarkeit des Gewaltverbotes auf Polizeimaßnahmen mit dem lex-specialis-Grundsatz begründend Papastavridis, Interception of Vessels, S. 70; für die Anwendbarkeit des Art. 2 (4) UNC hingegen Guilfoyle, S. 81; Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (298–301); zur Abgrenzung von Gewalt und Polizeimaßnahmen näher sogleich unter (2).

291 Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (54, 83–85); Gill Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105 (121); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (180).

292 Vgl. PCIJ, Lotus, S. 18; wie hier Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (192 f); aA Corten, Law Against War, S. 52–55 (zu gewaltsamen Entführungen und Festnahmen); ebd. S. 85 (zu gezielten Tötungen). Corten stellt freilich nicht in Abrede, dass solche Gewalteinsätze auf fremdem Territorium die Souveränität des Territorialstaates verletzen, ebd. S. 53 f. Damit legt er implizit die (auch hier geteilte) Auffassung zugrunde, dass eine Polizeimaßnahme nicht bereits dadurch zur Ge-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuletzt das Skripal-Attentat gezeigt, das Großbritannien explizit als „unlawful use of force – a violation of article two of the United Nations charter“[293] (sogar als „attack on UK soil“)[294] qualifizierte. Selbst geringfügige Gewalteinsätze gegenüber *Privaten* auf nicht-fremdem Territorium – die grundsätzlich eine Polizeimaßnahme darstellen können – werden unter bestimmten Umständen als Gewalt iSd Art. 2 (4) bewertet,[295] sodass die Intensität auch hier nicht das einzige Abgrenzungskriterium sein kann. Ein allgemeines de-minimis-Erfordernis lässt sich damit also nicht erklären.

Auch die Staatenpraxis kann eine Erheblichkeitsschwelle nicht begründen.[296] Zwar berufen sich Staaten bei kleineren Konfrontationen nicht immer auf das Chartaregime der Gewaltanwendungen.[297] Häufig ziehen es die Akteure aber heran.[298] Soweit sie in der Vergangenheit auf eine „aggression in violation of the Charter“ abstellten, lässt sich diese Aussage nur

---

waltanwendung iSd Art. 2 (4) wird, dass sie die Grenzen der für sie geltenden Regeln überschreitet. Anders als Corten wird aber hier für richtig gehalten, dass jedenfalls gezielte Tötungen von Terroristen oder Entführungen auf fremdem Territorium mehr sind als rechtswidrige Polizeimaßnahmen: Die Souveränität des Territorialstaates verhindert ab initio eine Qualifizierung als Polizeimaßnahme. Zu der Abgrenzung näher sogleich unter (2). Etwas anderes mag für grenzüberschreitende Nacheile (s. Corten, Law Against War, S. 54; Gilmore, in: Weller, Oxford Handbook, S. 897–909; Tams, EJIL 20 (2009), S. 359 (371)) oder einzelne Gewaltanwendungen eines Staates auf von ihm besetztem Gebiet gelten, vgl. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 345 (1); s. jedoch ICJ, Construction of a Wall, 2004, Rn. 139; vgl. Canor, Leiden J. Int'l L. 19 (2006), S. 129 (140); Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 591.

293 Statement des Botschafters Jonathan Allen am 14. März 2018 vor dem SR; ähnlich Prime Minister Commons Statement on Salisbury incident response v. 14. März 2018.

294 Botschafter Jonathan Allen am 14. März 2018 vor dem SR, UN Doc. SC/13247.

295 Beispiele folgen sogleich.

296 Hält man die für eine Erheblichkeitsschwelle angeführten Argumente zwar noch für vertretbar, aber wie hier für deutlich weniger überzeugend als die Gegenargumente, bedürfte es nach Gewichtungsregel (2) (s.o.. Kap., III. 3.) einer deutlich überwiegenden Praxis.

297 So etwa beim Abschuss amerikanischer Militärflugzeuge durch die Sowjetunion 1952, 1954 und 1960 sowie durch die Tschechoslowakei 1953, s. dazu und zu weiteren Beispielen Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (182 f); s. auch Corten, Law Against War, S. 63 f.

298 ZB bei Abschüssen einzelner Militärflugzeuge, etwa zweier US-Maschinen 1946 durch Jugoslawien, die die USA als „plain violation of the obligations under the Charter of the United Nations not to use force except in self-defense“ bezeichneten (US-Außenminister, Department of State Bulletin 15 (1946), S. 417) oder im Golf-von-Sidra-Vorfall 1981 (vgl. Briefe von Libyen und Algerien, UNYB (1981), S. 360 f); gar bei einzelnen Drohnenabschüssen im eigenen Territorium, so Iran

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf das Gewaltverbot beziehen.[299] Selbst bei Rettungsoperationen, die kaum eine Stunde währten und kein Gefecht auslösten, bemühten Staaten Erlaubnissätze des Friedenssicherungsrechts.[300] Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, dass auch ein geringfügiger staatlicher Einsatz von Waffengewalt[301] den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC potentiell eröffnet.

(2) Abgrenzung von Gewalt und Polizeimaßnahmen

Ein weiterer Aspekt ist für den Auslegungswert geringfügiger Gewaltanwendungen klärungsbedürftig. Staatliche Gewaltanwendungen gegenüber *privaten* Akteuren auf *nicht-fremdem* Territorium (also innerhalb des eigenen Staatsgebiets,[302] der Kontinentalplatte, der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) und auf Hoher See) können sowohl *verbotene Gewalt* iSd Art. 2 (4) UNC darstellen – das gilt für Gewalt gegen zivile Schiffe,[303]

---

beim Abschuss einer US-Drohne 2019, UN Doc. S/2019/512; ebenso bei Vorfällen, die die Militärschifffahrt betreffen, zB dem Eindringen der israelischen Eilat in Territorialgewässer der Vereinigte Arabische Republik (Brief des Permanent Representative der UAR, UN Doc. S/8205); genauso bei Konfrontationen zwischen Truppen, so zB einem kleineren Grenzzwischenfall zwischen kambodschanischen und thailändischen Soldaten am 15. Oktober 2008, bei dem sich beide Staaten auf Art. 51 UNC beriefen (vgl. UN Doc. S/2008/657 para. 4 und S/2008/653); auch bei Attentatsversuchen auf die Staatsoberhäupter Mubarak in Addis Abeba (vgl. S/1996/10, S. 13 Rn. 53) und George Bush (s.u. 7. Kap., III. 3. b); ebenso bei gezielten Tötungen von Terroristen, vgl. etwa der britische Generalanwalt zur Tötung von Reyaad Khan am 21. August 2015 in Syrien (HC Deb, 7 September 2015, column 26); umf. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (184–187).

299 AA O'Connell, AJIL Unbound 108 (2014), S. 141 (143).

300 So die deutsche Bundesregierung bei Operation Pegasus in Libyen 2011, BVerfGE 140, 160, Rn. 48 (Einwilligung der libyschen Regierung); für weitere Beispiele s. Ruys, Armed Attack, S. 231 f.

301 Vgl. Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (333); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (188).

302 Ein genereller Ausschluss von Gewaltanwendungen auf dem eigenen Territorium aus dem Anwendungsbereich des Art. 2 (4) folgt auch nicht aus ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 50, ebenso Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (572).

303 Vgl. Art. 91 (1) S. 2 UNCLOS; zur Begründung s. Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (292–298); implizit auch ICJ, Oil Platforms, 2003, Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Flugzeuge[304] aber wohl auch gegen Individuen (an Land)[305] – als auch bloße *Polizeimaßnahmen*. Letztere sind vorwiegend den Regeln internationaler Übereinkommen wie dem UN-Seerechtsübereinkommen von 1982 (UNCLOS)[306] oder dem Chicagoer Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt[307] sowie entsprechendem Gewohnheitsrecht, nicht aber dem Gewaltverbot unterworfen.[308] Das maßgebliche Abgrenzungskriterium ist das bereits erwähnte Merkmal der *internationalen Beziehungen* iSd Art. 2 (4)

304 Art. 17 Chicagoer Abkommen.

305 Ebenso Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206 f); dazu im Zusammenhang mit Art. 51 UNC Kreß, Eckstein mit Grauzonen, FAZ Einspruch v. 3. April 2019; diese Frage stellt sich insb. für das Land, weil sich Individuen hier anders als auf der See und in der Luft regelmäßig ohne „beflaggte Hülle" bewegen und somit – zumindest bei Maßnahmen auf dem eigenen Territorium des handelnden Staates – kein anderer Staat als der Nationalstaat des Individuums betroffen ist. (Ausnahmen sind zB Züge eines ausländischen Beförderers auf dem eigenen Boden.) Die *Nationalität* der Individuen muss nicht irrelevant sein, sie reicht nur für sich genommen nicht aus, fiele sonst zB auch die gewaltsame Festnahme ausländischer Straftäter potentiell unter Art. 2 (4) UNC.

306 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982.

307 Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944.

308 Über das Verhältnis zwischen diesen Konventionen und dem Gewaltverbot besteht Uneinigkeit. Richtig erscheint, dass Maßnahmen, die UNCLOS oder dem Chicagoer Abkommen *entsprechen*, regelmäßig polizeiliche Maßnahmen sind, weil sie den Charakter von *Rechtsdurchsetzung* haben und nicht die internationalen Beziehungen zweier souveräner Staaten betreffen. Bei Maßnahmen, die diese Abkommen *überschreiten*, kann entweder eine rechtswidrige Polizeimaßnahme (die nicht am Gewaltverbot zu messen ist) oder eine Gewaltanwendung vorliegen, die nicht nur die jeweilige Konvention, sondern auch das Gewaltverbot verletzt, ähnlich Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (62 f, 86–88); Blair Hankey, Vertreter Kanadas im Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), CR 1998/14, Rn. 16, 51 f; abweichend in der Begründung Guilfoyle, Shipping Interdiction, S. 275 f; Guilfoyle, ICLQ 56 (2007), S. 69 (79–81); Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (299–301). Im Bereich der See verstößt ein das Gewaltverbot verletzender Staat zB gegen Art. 301 UNCLOS. Kann sich der handelnde Akteur auf einen Erlaubnissatz der Charta berufen, verhindert dieser sowohl die Verletzung von Art. 2 (4), als auch die der Konvention, vgl. zB Art. 3*bis* (a) S. 2 Chicagoer Abkommen. Dass in den Anwendungsbereich der Konventionen nicht (spiegelbildlich zum Anwendungsbereich des Gewaltverbotes) ausschließlich polizeiliche Maßnahmen fallen, sondern auch Gewaltanwendungen iSd Art. 2 (4) UNC, kann für das Chicagoer Abkommen aus Art. 3*bis* (a) S. 2 geschlossen werden; für ein striktes Exklusivitätsverhältnis hingegen Corten, Law Against War, S. 56, 59; zum Verhältnis auch Fleck, German YB Int'l L. 31 (1988), S. 165 (179 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UNC. Ein Blick auf die Staatenpraxis[309] erhellt die bislang wenig geklärte Bedeutung dieses Merkmals.

Zu den Gewaltanwendungen gegen Private, die nicht am Gewaltverbot, sondern an den genannten Konventionen oder entsprechendem Gewohnheitsrecht gemessen wurden, zählen etwa der Beschuss der englischen *Red Crusader* durch dänische Einsatzkräften in ihrem Küstenmeer[310] und der unter der Flagge von St. Vincent und den Grenadinen segelnden *M/V Saiga* durch ein guineisches Patrouillenboot[311] oder die Versenkung der kanadischen *I'm Alone* durch die amerikanische Küstenwache.[312] Sie werden verbreitet dem Bereich polizeilicher Maßnahmen zugeordnet.[313] Zahlreiche weitere Beispiele existieren.[314] Bei anderen kleineren Zusammenstößen mit Privaten beriefen sich die Akteure durchaus auf das Gewaltverbot oder das Selbstverteidigungsrecht der Charta: so Deutschland im *Fischereistreit* mit Island über das Zerschneiden deutscher Fischerbootnetze,[315] die

309 Für umfassende Darstellungen s. insb. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (74–89); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 149 (202–208); Corten, Law Against War, S. (52–66).

310 Report of the Commission of Enquiry, 1962, RIAA XXIX, S. 521–539; Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56); Corten, Law Against War, S. 58.

311 Internationaler Seegerichtshof, Urteil v. 1. Juli 1999, ITLOS Reports, Rn. 31–39.

312 I'm Alone (Canada v. US), Arbitral Award, 1933 und 1935, RIAA III, S. 1609–1618; Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56). In allen drei Fällen wurde der Gewalteinsatz am Grundsatz der Erforderlichkeit gemessen, für die *I'm Alone* vgl. Joint Interim Report, 1933, RIAA III, S. 1613 (1615); Joint Final Report, 1935, RIAA III, S. 1616 (1617); für die *Red Crusader* vgl. Report of the Commission of Enquiry, 1962, RIAA XXIX, S. 521 (538); für die *M/V Saiga* vgl. Internationaler Seegerichtshof, Urteil v. 1. Juli 1999, ITLOS Reports, Rn. 155.

313 Vgl. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56 f); Corten, Law Against War, S. 58 (zur *Saiga* und zur *Red Crusader).*

314 Etwa die Bombardierung der libyschen *Torrey Canyon* durch das Vereinigte Königreich außerhalb des englischen Küstenmeeres (Corten, Law Against War, S. 59; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 149 (203); näher Quéneudec, AFDI 14 (1968), S. 701–718), die Festnahme der spanischen *Estai* durch kanadische Einsatzkräfte (ICJ, Fisheries Jurisdiction, Jurisdiction, 1998 (Spain v. Canada), Rn. 84, wobei sich Spanien auf Art. 2 (4) UNC berufen hatte, ebd. Rn. 12), der Beschuss der in indonesischen Gewässern fischenden chinesischen *Fuyuanyu* (vgl. Foreign Ministry Spokesman Qin Gang's Comment vom 23.9.2005) oder die sowjetische Festnahme des niederländischen Greenpeaceschiffs *Arctic Sunrise* in der russischen AWZ (vgl. PCA, Arctic Sunrise (Merits), Schiedsspruch v. 14. August 2015, Rn. 333).

315 ICJ, Fisheries Jurisdiction, Merits, 1973 (Germany v. Iceland), Rn. 71. Der IGH entschied nicht über die Frage, da Deutschland die Schäden nicht ausreichend beziffert hatte, ebd. Rn. 71–76.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

USA im *Mayaguez-Fall*, in dem diese mit Gewalt auf die Beschlagnahme eines Frachters und die Festnahme dessen Crew durch die Khmer Rouge reagierten,[316] bei den seit 9/11 intensivierten *Maritime Interception Operations*,[317] die viele Staaten lange mit dem individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrecht legitimierten,[318] Großbritannien nach dem Abschuss von *El Al Flight 402* durch Bulgarien[319] und sowohl USA als auch Iran nach dem Abschuss von *Iran Air Flight 655* durch die während des ersten Golfkrieges im Persischen Golf stationierte *USS Vincennes*.[320] Der *Guyana-Suriname-Schiedsspruch* wertete das Ultimatum, mit dem das surinamische Militär einen Tanker mit guyanischer Lizenz aus einem Gewässer vertrieb, das beide Staaten für sich reklamierten,[321] als Drohung mit militärischer Gewalt und Verstoß gegen die Charta.[322]

Es fällt ins Auge, dass die meisten Gewalteinsätze gegen Private, die am Gewaltverbot gemessen wurden, vor dem Hintergrund zwischenstaatlicher

316 Letter from the US Permanent Representative to the UN, UN Doc. S/11689; ausf. zu diesem Fall s. Paust, Yale L. J. 85 (1976), S. 774–806; näher dazu s.u. 7. Kap., III. 6. a.

317 Auch „Maritime *Interdiction* Operations"; hier halten Staaten auf Hoher See fremde zivile Schiffe an, durchsuchen sie auf Konfliktparteien bzw. Terroristen oder Waffen und halten sie bisweilen fest, näher s.u. 7. Kap., III. 2. c, dd.

318 S. nur Heintschel von Heinegg, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374 f); König, in: Zimmermann et al., Moderne Konfliktformen, S. 203 (206); die Literatur qualifiziert letztere jedoch zunehmend als Polizeimaßnahmen, s. Corthay, Australian & New Zealand Maritime L. J. 31 (2017), S. 53 (57, 59 f); sowohl die Regeln zum Gewaltverbot als auch die für Polizeimaßnahmen als Grundlage annehmend Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (68). Andere halten das ius contra bellum in diesem Bereich für von dem fortgeltenden Neutralitätsrecht verdrängt, vgl. Heintschel von Heinegg, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 561–563 (das Selbstverteidigungsrecht hingegen für eine mögliche Grundlage haltend, ders., in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374 f) und in: Weller, Oxford Handbook, S. 925 (942)); ähnlich Papastavridis, Interception of Vessels, S. 41–43, 83. Diese Auffassung wird hier nicht geteilt.

319 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66, näher s.u. 7. Kap., III. 2. b, bb.

320 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 3.70–3.76, 3.81, 3.89–3.100; Letter from the US Permanent Representative to the UN, Doc. S/19989 (1989); näher s.u. 7. Kap., III. 2. b, ff.

321 S. dazu Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (49 f).

322 Arbitral Award Guyana v. Suriname, 2007, RIAA XXX, S. 1 (Rn. 445); eing. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (77–83); Suriname hatte noch argumentiert, darin liege eine bloße Polizeimaßnahme, Guyana v. Suriname, Rejoinder of Suriname, Rn. 4.57–4.62.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

politischer Spannungen stattfanden. Vieles spricht daher dafür, dem *Kontext* der Gewalthandlung eine herausgehobene Bedeutung beizumessen: Kann die Gewaltanwendung als Teil eines *zwischenstaatlichen Konflikts* verstanden werden, liegt die Annahme einer die internationalen Beziehungen betreffenden Auseinandersetzung zweier souveräner Staaten iSd Art. 2 (4) UNC nahe.[323] Schwierig ist die Einordnung der Fälle, in denen der Akteur nicht wie bei *Iran Air Flight 655* allein über die zivile Nutzung eines Flugzeugs, sondern wie in anderen Abschussfällen zusätzlich über dessen Nationalität irrt, sodass eine an dem zwischenstaatlichen Konflikt *unbeteiligte* Nation zum Opfer der Gewalthandlung wird.[324] Angesichts der Nähe beider Konstellationen lässt sich eine unterschiedliche Behandlung kaum überzeugend begründen.[325] Dass die Staaten bei Gewalteinsätzen gegenüber am Konflikt unbeteiligten Nationen mit dem Vorwurf des Gewaltverbotsverstoßes zurückhaltend sind,[326] spricht jedoch dafür, den Aussagewert dieser Fälle für die untersuchte Fragestellung nicht zu überschätzen. Neben dem Kontext mögen für die Abgrenzung die Intensität und der Umfang der Gewalt,[327] die Eskalationsgefahr des Vorfalls, der Status der handelnden Einsatzkräfte (Soldaten oder Polizeibeamte)[328] sowie der Ort

323 Diese Auffassung wird verbreitet geteilt, was bei der Debatte über die Existenz eines Schwellenerfordernisses iSd Art. 2 (4) in den Hintergrund gerät. Die Relevanz des Kontextes erkennen sowohl Befürworter einer solchen Schwelle (Corten, Law Against War, S. 73–76) als auch Gegner (Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206 f) an. Auch Kwast stellt im Rahmen ihres Kriteriums der *functional objective* primär auf den Kontext ab, dies., J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (80–82); im Bereich der Hohen See dagegen generell eine Polizeimaßnahme annehmend Papastavridis, Interception of Vessels, S. 68–72.

324 So zB der Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 durch russisch kontrollierte ukrainische Rebellen 2014. Beim Abschuss von Korean Air Lines Flight 902 und 007 durch die Sowjetunion war Südkorea zumindest nicht unmittelbare Partei des Konflikts (hier der Kalte Krieg), s.u. 7. Kap., III. 2. b, dd, ee.

325 Die Frage wurde, soweit ersichtlich, bislang nicht erörtert. Nach Kwasts plausiblem *funktionalen* Kriterium, nach dem die *Zielsetzungen* des handelnden Akteurs maßgeblich sind (J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (73 f, 80–82)), würde dieser Fall wohl unter das Gewaltverbot fallen.

326 So auch bei den erwähnten Abschussfällen in Fn. 324.

327 Auch hierüber ist man sich weitgehend einig, vgl. Corten, Law Against War, S. 67–76; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (207).

328 Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (73); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (207).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Maßnahme (das eigene Territorium, die AWZ oder die Hohe See)[329] relevante Kriterien sein.

(3) Zwischenergebnis

Auch geringfügige Gewaltanwendungen gehören zur hier potentiell relevanten Staatenpraxis. Erstens existiert keine allgemeine Intensitätsschwelle. Zweitens können die internationalen Beziehungen iSd Art. 2 (4) UNC auch bei minimalen Gewaltanwendungen betroffen sein. Bei Gewaltanwendungen zwischen staatlichen Einsatzkräften oder auf fremdem Territorium ist regelmäßig davon auszugehen. Bei Einsätzen gegen Private auf dem eigenen Territorium, der AWZ und auf Hoher See kommt es entscheidend auf den Kontext an. Die Untersuchung beschränkt sich auf Vorfälle, bei denen sich nach diesen Maßstäben begründen lässt, dass sie unter Art. 2 (4) UNC fallen.[330]

bb) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 51 UNC

Verglichen mit Art. 2 (4) genießt die Existenz einer Erheblichkeitsschwelle bei Art. 51 UNC einen starken Rückhalt in Praxis, Literatur und Rechtsprechung. Bereits formuliert im Nicaragua-Urteil[331] wiederholte der IGH das Schwellenerfordernis in seiner Ölplattformen-Entscheidung.[332] Seit dieser Entscheidung kann davon ausgegangen werden, dass das Gericht

329 Teilweise wird angenommen, im eigenen Territorium und der AWZ werde das Vorliegen einer Polizeimaßnahme (durch die anderen Kriterien widerlegbar) vermutet, auf Hoher See dagegen eine Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4), Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206, 208); s. bereits Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (55, 86). Ob die Staatenpraxis tatsächlich auf eine so differenzierte Regel hindeutet, mag dahinstehen. Jedenfalls ist der Ort ein relevantes Kriterium, weil die Kompetenzen für polizeiliche Maßnahmen auf Hoher See beschränkt sind (Erlaubnisnormen sind zB Art. 97 f, 221 UNCLOS), auch wenn ihre Überschreitung allein die Maßnahme noch nicht zu einer Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC macht, s.o. Fn. 308.

330 In einigen Fällen wird man über die Anwendbarkeit des Art. 2 (4) UNC streiten können. Diesem Umstand lässt sich bei der Gewichtung des jeweiligen Vorfalles Rechnung tragen.

331 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

332 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51; s. auch Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Jus ad Bellum, Ethiopia's Claims 1–8, Rn. 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses Erfordernis auch auf direkte Gewaltanwendungen eines Staates erstreckt.[333] Auch wenn diese Rechtsprechung bei einigen Staaten[334] und Autoren[335] auf heftige Kritik stieß, hat sich die Debatte heute maßgeblich dadurch entschärft, dass die Angriffsschwelle verbreitet nicht sehr hoch angelegt wird: Nach geringfügigen Gewaltanwendungen formulierte Selbstverteidigungsansprüche – etwa nach dem versuchten Attentat auf den früheren US-Präsident George Bush,[336] im Golf-von-Tonkin-Vorfall[337] oder bei Grenzzwischenfällen[338] – wurden von der Staatengemeinschaft selten aus diesem Grund zurückgewiesen. Der IGH selbst hängte in seinem Ölplattformen-Urteil die Messlatte für den bewaffneten Angriff vergleichsweise tief.[339] Vieles spricht somit dafür, bereits Angriffe ausreichen zu lassen, die geeignet sind, einen Menschen zu verletzen oder Eigentum von

333 Daran konnte man nach dem Nicaragua-Urteil noch zweifeln, vgl. Yusuf, Leiden J. Int'l L. 25 (2012), S. 461 (464–466).

334 Hauptkritiker sind bis heute die USA, s. Rede von Harold Koh bei der USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference v. 18. September 2012, abgedruckt in Harv. Int'l L. J. 54 (2012), S. 1 (7); Sofaer, Military L. Rev. 126 (1989), S. 89 (94).

335 S. nur Kreß, Gewaltverbot, S. 194 f; Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (139–141, 143); Sofaer, Military L. Rev. 126 (1989), S. 89 (94–96); Goodman, Just Security, 8. März 2018 (im Cyberkontext); dagegen auch Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (966); aufgegriffen hat das Schwellenerfordernis hingegen zB Gray, Use of Force, S. 156 f, nicht abgeneigt offenbar auch Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 206 f; kritischer noch ebd. 4. Aufl, S. 194.

336 UN Doc. S/PV.3245 (1993), S. 3, 8; der Irak bestritt zwar seine Beteiligung, bezweifelte aber nicht, dass die Angriffsschwelle erreicht sei, UN Doc S/PV.3245 S. 11.

337 Dazu s.u. 7. Kap., III. 2. b, dd. Die Tschechoslowakei bewertete die Fakten anders und berief sich auf die fehlende Notwendigkeit, nicht aber die zu niedrige Angriffsschwelle, UN Doc. S/PV.1141 (1964) Rn. 27–31; Russland kritisierte, dass es sich um eine Vergeltungsmaßnahme gehandelt habe, UN Doc. S/PV.1141 (1964) Rn. 78 f; zu beidem auch UNYB (1964), S. 148.

338 Für Beispiele s. Ruys, Armed Attack, S. 156 f. Das Nicaragua-Urteil nimmt diese Fallgruppe noch aus Art. 2 (4) UNC aus, ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

339 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (1), Fn 276. Insoweit ist das Bedürfnis für eine Unterscheidung zwischen regulärer Selbstverteidigung und „on-the-spot-reactions" zweifelhaft, so aber Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 261–263; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (178, 181 f). Der IGH hat sich sogar gegenüber der Accumulation-of-events-Theorie nicht abgeneigt gezeigt, vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 231; ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 64; ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 146; dazu Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (582).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht unerheblichem Wert zu zerstören.[340] Auch der vorgestellte Angriff auf ein einzelnes Schiff stellt daher ein potentiell bedeutsames Stück Staatenpraxis für diese Untersuchung dar.

b) Putativangriffe von Flugzeugen

Die erste aufschlussreiche Fallgruppe bilden Abschüsse von Flugzeugen (häufig ziviler Art) durch staatliche Einsatzkräfte in der irrigen Annahme, das Flugzeug sei im Begriff einen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC auszuführen. Nicht zum Untersuchungsspektrum gehören also Fälle, in denen der Staat schon den Abschuss nicht beabsichtigte (er etwa bei einer Militärübung geschah)[341] ebenso wie irrtümliche Abschüsse durch Rebellen, deren Handlungen keinem Staat zurechenbar sind und die daher nicht unter Art. 2 (4) UNC fallen.[342]

aa) Abschuss von Cathay Pacific VR-HEU durch China (1954)

Am 23. Juli 1954, im Vorfeld der ersten Krise in der Taiwan-Straße (1954 bis 1955), griffen Jagdflugzeuge der Volksrepublik China einen von Bangkok nach Hong Kong fliegenden britischen Airliner der Linie Cathay Pacific an. Späteren Aussagen des chinesischen Außenministeriums zufolge hielt das Militär den Airliner für ein feindliches Kampfflugzeug der Republik China (Taiwan), das sich über Hainan aufhielt. Das Flugzeug stürzte in der Nähe von Hainan ins Meer, wobei zehn der 19 Insassen starben. Großbritannien und die USA kritisierten den Abschuss und machten China dafür verantwortlich.[343] China entschuldigte sich für den „accidental

340 Ähnlich Ruys, Armed Attack, S. 155, jedoch einschr. auf *gezielte* Angriffe, dazu noch s.u., 9. Kap., III. 2.; freilich beeinflusst die Schwere des Angriffs die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung.

341 Da sie den „Tatbestand" des Gewaltverbotes betreffen. Beispiele sind der Abschuss von Siberia Airlines Flight 1812 durch die Ukraine bei einer Übung (2001) oder die Beschädigung eines französisches Flugzeug durch russische Raketen (1952), soweit Russland tatsächlich nur Warnschüsse abgeben wollte, vgl. Hassan, J. Air L. & Comm. 49 (1984), S. 555 (571).

342 ZB der Abschuss der Polar 3 des Alfred-Wegener-Instituts durch die Frente Polisario über der Westsahara (1985).

343 Am selben Tag kam es zwischen zwei amerikanischen Militärflugzeugen, die nach Überlebenden des Absturzes suchten, und zwei chinesischen Militärflugzeugen zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die chinesischen Flug-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

and unfortunate incident“ und erklärte sich zur Zahlung der von Großbritannien als Schadensersatz geforderten 367,000 Pfund bereit.[344]

Soweit die chinesischen Streitkräfte annahmen, das taiwanische Militärflugzeug sei in den Luftraum der Volksrepublik China nur eingedrungen, um militärische Aufklärung zu betreiben oder wie frühere taiwanische Flugzeuge Flugblätter über Hainan abzuwerfen,[345] hätte dies eine Gewaltmaßnahme auch nach ihrer Vorstellung nicht gerechtfertigt. Denn Handlungen der vorgestellten Art können kaum als bewaffneten Angriff beurteilt werden, liegt darin wohl schon keine Anwendung militärischer Gewalt. Jedenfalls ist die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten.[346] Obwohl es sich daher nicht um echte putative Selbstverteidigung handelte, kann man die chinesische Reaktion so deuten, dass China sich zur Entschädigung verpflichtet hielt und annahm, der Irrtum sei nicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Da die genauen Umstände des Irrtums jedoch im Dunkeln liegen, lässt sich nicht sagen, ob sich die Präzedenzwirkung dieses Vorfalls auf vermeidbare Irrtümer beschränkt oder auch auf unvermeidbare erstreckt.

bb) Abschuss von El Al Flight 402 durch Bulgarien (1955)

Während des kalten Krieges kam am 27. Juli 1955 der israelische Airliner El Al 402 von seiner Route ab, drang in den Luftraum des kommunisti-

---

zeuge abgeschossen wurden, zum Ganzen s. Tkacik, The 1954 Hainan Incident, China Business Intelligence v. 12. April 2001.

344 Zum Ganzen s. Tkacik, The 1954 Hainan Incident, China Business Intelligence v. 12. April 2001; zu dem Vorfall s. auch South China Morning Post v. 9. November 2003; Sochor, Politics of International Aviation, S. 133.

345 Über die genaue Vorstellung des chinesischen Militärs differieren die Quellen; für die Flugblatt-Variante de La Pradelle, RCADI 86 (1954), S. 117 (188).

346 Bei Aufklärungsflügen ist die Staatenpraxis uneinheitlich. Einerseits protestierten die USA zB 1960 nicht gegen den Abschuss des US-Spionageflugzeugs U-2 über sowjetischem Territorium und nach dem Abschuss der amerikanischen RB-47 drehte sich die Debatte primär darum, ob die Maschine in russischen Luftraum eingedrungen war, was ein Abschussrecht nahelegt. Andererseits scheiterte in beiden Fällen eine Verurteilung des Aufklärungsflugs als „aggressive act“ durch den SR (zu beidem s. Lissitzyn, AJIL 56 (1962), S. 135 (135, 138–140)) und die Sowjetunion stützte sich häufig ausdrücklich auf das durch den Eindringling eröffnete Feuer und nicht dessen bloße Aufklärungstätigkeit, s. Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (599); die Existenz eines Angriffs ebenfalls von weiteren Umständen abhängig machend Ruys, Armed Attack, S. 193.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Bulgariens ein[347] und wurde dort vom Militär abgeschossen. Die bulgarische Regierung erklärte, das Flugzeug habe Aufforderungen zur Landung missachtet und versucht, dem Luftraum zu entfliehen.[348] Bulgarien bestritt in der späteren diplomatischen Korrespondenz nicht mehr, das Flugzeug als zivil identifiziert zu haben.[349] Alle 58 Insassen kamen bei dem Absturz ums Leben. Der Vorfall rief heftigen internationalen Protest hervor.[350] Von ursprünglichen Äußerungen, Verantwortung zu übernehmen,[351] rückte die bulgarische Regierung, im späteren Verlauf wieder ab.[352] In dem von Israel, Großbritannien und den USA angestrengten IGH-Verfahren[353] kam es zu keinem Urteil in der Hauptsache, weil die USA und Großbritannien ihre Klagen zurücknahmen und sich der IGH

347 Das erkannte Israel nach vorerst geäußerten Zweifeln an, vgl. Note of 14 February 1956 from the Israel Legation in Sofia to the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs, S. 16 Rn. 5.

348 Note of August 4 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 13. Die Verbalnoten an Großbritannien und die USA waren nahezu wortgleich.

349 Zunächst hatte Bulgarien erklärt, das sehr hoch fliegende (deshalb wohl unerkannt gebliebene) Flugzeug sei durch sein Raketenabwehrsystem abgeschossen worden, Note of 28 July 1955 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, S. 12. In der Note of August 4 to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 13 f machte Bulgarien keine Äußerung mehr dazu, ob es das Flugzeug als zivil erkannt habe.

350 Für Israel s. Second note of 28 July 1955 from Israel Ministry for Foreign Affairs to the Bulgarian Legation, S. 11; zu weiteren Staaten Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (603 f).

351 Bulgarien betonte zwar die häufigen Verletzungen des bulgarischen Luftraums, räumte aber „une certaine hâte" seiner Luftverteidigung ein und erklärte sich zu Entschädigungen bereit, Note of August 4 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 14; vgl. auch bereits Note of 28 July 1955, S. 12.

352 S. ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 61 f.

353 Die Kläger lehnten das Zu-Boden-Zwingen eines unerlaubt eindringenden Flugzeugs unterschiedlich kategorisch ab: Großbritannien zufolge beschränkten sich die Reaktionsmöglichkeiten auf diplomatische Mittel, UK Memorial, Rn. 77. Die amerikanische Klageschrift ließ im Falle einer Gefahr für die staatliche Sicherheit immerhin ein gewaltsames Zu-Boden-Bringen durch vernünftige Mittel (nicht aber einen Abschuss) zu, US Memorial, S. 235 f. Die israelische Klageschrift erkannte das Recht zur Vornahme territorialer Schutzmaßnahmen an und beklagte nur die Unverhältnismäßigkeit des Abschusses, Israel Memorial, Rn. 60. Zu dieser Abstufung s. auch Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (615–617).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Streit mit Israel für unzuständig erklärte.[354] Während Großbritannien den Abschuss ausdrücklich an Art. 2 (4) UNC maß,[355] machte Bulgarien geltend, dass die Streitsache allein seine „compétence interne" betreffe.[356] Es leistete schließlich ex-gratia-Entschädigungen.[357]

Obwohl das bulgarische Militär keinem Tatsachenirrtum unterlag,[358] sind zwei Aussagen der Klageschriften von Interesse. Die englische betonte, dass es keine Rechtfertigung dafür gebe, ein ziviles Flugzeug, „*clearly identifiable as such*", zu zerstören, was bedeuten mag, dass Großbritannien zwischen vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtümern unterschied.[359] Die israelische Klageschrift, die (wie die amerikanische[360]) auf die Erkennbarkeit des zivilen Flugzeugs ebenfalls hinwies, enthält zudem eine interessante Passage für den Fehlverdacht:

> „It is stating the obvious to say that opening fire, before the foreign aircraft had been identified, whether or not in haste, and whether or not without taking necessary measures, makes it impossible to say that the organs of the Bulgarian State, which so acted, were, or could have been, comporting themselves properly and with that degree of care and skill which is required of them […]. There can be no legal justification for haste and inadequate measures after interception of, and for

354 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Preliminary Objections, 1959 (Israel v. Bulgaria), S. 146.

355 ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66. Israel berief sich stattdessen auf die allgemeinen Grundsätze des Luftrechts, vgl. ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of Israel, 1958, Rn. 59–67, insb. Rn. 59, 65. Die USA stützten sich auf den Grundsatz, der es Staaten verbiete, unschuldige Menschen zu töten (ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the USA, 1958, S. 212–216) sowie auf „long-held principles of international law, morality and the practice of civilized nations" (ebd. S. 235).

356 Preliminary Objections, Communication du l'agent du Gouvernement de Bulgarie du 4 décembre 1958, S. 131; Télégramme de l'agent du Gouvernement de Bulgarie du 8 décembre 1958, S. 132 f.

357 Bulgaria Agrees to Pay $195,000 to Israel for Shot Down El Al Plane, Jewish Telegraph Agency v. 4. Juni 1963 (für Zahlungen an Israel); zur ex-gratia-Natur s. Sassella, Melbourne Univ. L. Rev. 8 (1971), S. 41 (43).

358 Selbst wenn es den Airliner für ein Militärflugzeug gehalten hätte, hätte in dem bloßen Überflug seines Luftraums kein bewaffneter Angriff gelegen, und zwar auch dann nicht, wenn man die offenbar häufigen ungenehmigten Überflüge fremder Flugzeuge miteinbezieht, die auf verschiedene Nationen zurückgingen. Jedenfalls wäre der Abschuss unverhältnismäßig gewesen.

359 ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66, Hervorhebung hinzugefügt.

360 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the USA, 1958, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> the opening of fire on, a foreign civil aircraft, clearly marked as such."[361]

Selbst wenn die bulgarischen Piloten das Flugzeug noch nicht identifiziert gehabt hätten und also eine (wegen der Markierung wohl sehr geringe) faktische Unsicherheit bestanden hätte, wäre die Entscheidung zum Abschuss angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter Israel zufolge eindeutig als unvernünftig zu beurteilen. Auch wenn die Passage nicht auf Art. 2 (4) UNC bezogen ist, lässt sich von dieser Äußerung auf zwei relevante Faktoren für die Vernünftigkeit eines Wahrscheinlichkeitsurteils schließen: der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass eine Gefahr vorliegt, und der Wert der bei einer Fehlentscheidung beeinträchtigten Rechtsgüter.

cc) Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 durch Israel (1973)

Am 22. Februar 1973, im Kontext israelisch-arabischer Spannungen, die wenige Monate später in den Jom-Kippur-Krieg mündeten, schossen israelische Luftstreitkräfte einen libyschen Airliner ab, der von seiner Flugroute nach Kairo abgekommen und in den Luftraum über dem von Israel besetzten Sinai eingedrungen war. Bei der Notlandung starben 108 der 113 Insassen. Der Pilot des Airliners hatte die israelischen Kampfjets für freundlich gesinnte ägyptische Maschinen gehalten und auf Anweisungen zu landen sowie auf Warnschüsse nicht reagiert, sondern den Kurs geändert.[362] Die israelische Armee hatte eigenen Angaben zufolge befürchtet, das Flugzeug sei gekidnappt worden und steuere mit explosiver Ladung eine israelische Stadt an. Israel sei über entsprechende Pläne palästinensischer Kämpfer informiert gewesen.[363] Damit lässt sich die Situation als Irrtum[364] über eine Selbstverteidigungslage beurteilen. Israelische Amtsträger drückten über

---

361 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of Israel, 1958, Rn. 68. Die Klageschrift lässt also offen, ob die bulgarischen Soldaten das Flugzeug bereits identifiziert hatten oder nicht.

362 Das ergab die Auswertung der Blackbox, vgl. die Äußerung Ägyptens, ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 32; ebenso Omer-Man, This week in History: IAF shoots down Libyan Flight 114, The Jerusalem Post v. 25. Februar 2011; Smith, Israel Erred, NY Times v. 25. Februar 1973.

363 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 52 Rn. 12; vgl. auch Smith, Israelis Down a Libyan Airliner, NY Times v. 22. Februar 1973.

364 Je nachdem ob die Israelis einen Alternativsachverhalt in Betracht zogen, ist auch ein Fehlverdacht denkbar. Hierbei wird die Schwierigkeit der Abgrenzung dieser Kategorien deutlich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Vorfall ihr tiefstes Bedauern aus, betonten aber, dass das Militär im Einklang mit völkerrechtlichen Prinzipien gehandelt habe.[365] Zahlreiche Regierungen – allen voran die ägyptische und libysche – kritisierten das israelische Handeln hingegen vehement.[366] Die Vertreter der blockfreien Staaten bei den Vereinten Nationen verurteilten den Abschuss als „act of aggression".[367] Der UN-Generalsekretär forderte eine Untersuchung der Umstände.[368] Die International Federation of Airline Pilots (IFALPA) kam zu dem Schluss, dass das Verhalten des Flugzeuges eher auf einen Navigationsfehler als auf eine militärische Gefahr hingedeutet habe und es an einer Rechtfertigung für den Abschuss fehle.[369] Auch die Versammlung der internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) verurteilte den Abschuss nahezu einmütig[370] – fasste diese Bewertung allerdings nicht in rechtliche Begriffe.[371] Auf Grundlage des Berichts einer eingesetzten Untersuchungskommission verneinte der Rat der ICAO im Juni 1973 eine Rechtfertigung

365 Smith, Israelis Down a Libyan Airliner und Tanner, Special, beide NY Times v. 22. Februar 1973.

366 Ägypten nannte den Abschuss einen „act of mass murder violating all international laws and human considerations", der libysche Außenminister ihn einen „criminal act", dessen Opfer Teil der israelischen Aggression seien, vgl. Smith, Israelis Down a Libyan Airliner und Tanner, Special, beide NY Times v. 22. Februar 1973.

367 Statement v. 21 Februar 1973, UN Doc. A/9049 S/10889, S. 2.

368 Keesing's Record of World Events 19 (1973), S. 25757; s. auch Choi/Munson, Aviation Terrorism, S. 157.

369 Keesing's Record of World Events 19 (1973), S. 25757; s. auch Morgan, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (253).

370 Dafür stimmten 105 Mitglieder, dagegen nur Israel, es enthielten sich Kolumbien und Malawi, s. ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 58 f Rn. 28.

371 Resolution A19–1, abgedruckt in ICAO Doc. 10075, S. I-42. Auch die Äußerungen während der vorausgehenden Debatte waren unterschiedlich konkret: Manche Staaten bezeichneten den Abschuss als „aggression", ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 30 Rn. 10 (Ägypten), S. 35 Rn. 14 (Indien), S. 39 Rn. 22 (Jugoslawien); manche bezogen sich auf Verletzungen der ICAO-Regeln, ebd. Rn. 24 (Senegal); S. 45 Rn. 5 (Mali); S. 41 Rn. 25 (Malaysia); andere legten sich nicht auf eine verletzte Norm fest, zB ebd. S. 34 Rn. 11 (Tunesien), S. 38 Rn. 19 (Russland), S. 43 Rn. 31 (Ungarn), S. 44 Rn. 3 (Mauretanien), S. 48 Rn. 12 (Kuwait) oder vermieden jede rechtliche Bewertung, so ausdrücklich die USA und Großbritannien, ebd. S. 46 Rn. 6 f; aber auch weitere Staaten, s. ebd. S. 34 Rn. 12 (Spanien), S. 36 Rn. 16 (Frankreich), S. 40 Rn. 23 (Kuba), S. 44 Rn. 1 (Kongo), S. 45 Rn. 4 (Belgien).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für das Handeln und stellte eine Verletzung des Chicagoer Abkommens fest.[372]

Die der ICAO-Resolution vorangegangene Diskussion ergibt für die Behandlung von Fehlvorstellungen ein weniger klares Bild, als die fast einhellige Verurteilung vermuten lässt. Denn viele kritische Stimmen waren überzeugt, dass Israel überhaupt keinem Irrtum unterlegen sei, weil es keine vom Airliner ausgehende Gefahr angenommen habe.[373] Der israelische Vertreter wiederum betonte wiederholt, dass es für die Rechtmäßigkeit einer Handlung auf die *Sichtweise der Akteure zum Zeitpunkt des Vorfalls* ankomme.[374] Dass er die Ursache der geltend gemachten Fehlvorstellungen ausführlich begründete,[375] deutet darauf hin, dass er der Nachvollziehbarkeit des Irrtums eine rechtliche Bedeutung einräumte. Einzig Ägypten erteilte dieser These eine grundsätzliche Absage:

> „[T]here [can] be no justification whatever for the shooting down of an unarmed civil aircraft, even if it was the result of an 'erroneous assumption', as stated by the Delegate of Israel."[376]

Unmittelbar behandelten daher nur Israel und Ägypten die hier interessierende Frage – und beantworteten sie in gegensätzlicher Weise. Wenn man auch von dem Vorfall auf die Unbeachtlichkeit unvernünftiger Irrtümer schließen kann, vermag er über vernünftige Irrtümer nicht mehr zu sagen, als dass sich die Staaten über ihre Relevanz uneinig waren.

dd) Abschuss von Korean Air Lines Flight 902 durch die Sowjetunion (1978)

In der Nacht auf den 21. April 1978 kam ein südkoreanisches Linienflugzeug von seiner Route ab und drang in eine sowjetische Hochsicherheitszone ein. Das sowjetische Militär, das den Airliner für ein amerikanisches

372 Council Resolution v. 4 Juni 1973, abgedruckt in ILM 12 (1973), S. 1180; vgl. auch ICAO Council Annual Report (1973), Doc. 9085, S. 97.
373 Vgl. ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 38 Rn. 19 (Russland), S. 41 Rn. 25 (Malaysia), S. 41 Rn. 27 (Irak), S. 42 Rn. 29 (Polen), S. 42 Rn. 30 (Syrien).
374 S. die Unterstreichungen bei „at the time (of the incident)", ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 52 f. Art. 51 UNC zitierte er dabei jedoch nicht, ebenso wenig wie die Kritiker Art. 2 (4) UNC.
375 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 51 f.
376 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 55 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufklärungsflugzeug hielt,[377] bedeutete dem Flugzeug zu landen, worauf dieses nicht reagierte. Der Pilot des sowjetischen Kampfjets erkannte noch in der Luft, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte, drang mit diesem Umstand aber nicht zu seinen Vorgesetzten am Boden durch. Dem Befehl zum Abschuss der Maschine leistete der Kampfjetpilot schließlich Folge.[378] Dem Piloten des durch den Beschuss schwer beschädigten Airliners gelang eine Notlandung auf einem gefrorenen See, sodass es bei den zwei Opfern blieb, die der Beschuss verursacht hatte.[379] Der Vorfall rief nahezu keinen öffentlichen Protest hervor.[380] Nicht einmal Südkorea selbst kritisierte den Abschuss, sondern bedankte sich bei Russland für die prompte Auslieferung der Passagiere und Teilen der Crew.[381]

Das Ausbleiben jeglichen Protests ist angesichts der massiven Kritik an Israel nach dem Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 unter ganz ähnlichen Umständen nur fünf Jahre zuvor bemerkenswert. Auch wenn Aufklärungsflüge die Schwelle eines bewaffneten Angriffs nicht erreichen und der Abschuss von KAL 902 somit keinen Irrtum über eine Selbstverteidigungslage darstellte, lässt sich in dem fehlenden Protest ein Indiz dafür sehen, dass nachvollziehbare Fehlvorstellungen Einfluss auf die rechtliche Bewertung einer Gewaltanwendung haben.[382] Die Bedeutung der aus-

---

377 R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

378 US-Nachrichtendiensten gelang die Rekonstruktion des eindrucksvollen Dialogs zwischen Pilot und Kontrolleuren am Boden, den Hersh, Target is Destroyed, S. 13 wie folgt wiedergibt:
„Controller: Do you see the target?
Pilot: Roger. It's a civilian airliner.
Controller: Destroy the target.
Pilot: Did you understand me?
Controller: Destroy the target!
The pilot then swore at his controller, asking again: 'Do you understand what I told you?' A Soviet general took charge, asking the pilot, 'Do you know who I am?' The pilot said yes, and the officer then repeated, 'Force down that plane.'"
Den US-Nachrichtendiensten zufolge waren die Entscheidungsträger am Boden überzeugt, dass sich die vermeintlichen Aufklärer mit zivilen Markierungen getarnt hatten, Hersh, Target is Destroyed, S. 14, Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (61 f).

379 Zu den Fakten s. Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (613).

380 Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (61); R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

381 Vgl. Apple Jr., South Korean Plane Plunged, NY Times v. 23. April 1978; Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (613).

382 Den fehlenden Protest als Indiz für eine Beurteilung des Abschusses als rechtmäßig wertend Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (619); R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bleibenden Kritik darf aber auch nicht überschätzt werden. So mag bei der Reaktion der Staatenwelt die vergleichsweise geringe Opferzahl eine entscheidende Rolle gespielt haben. Südkorea hatte an einer verbalen Eskalation zudem kein Interesse, weil sich noch Mitglieder der Crew in russischer Obhut befanden.[383] Die vom Abschuss von KAL 902 ausgehende Indizwirkung ist daher mit Vorsicht zu behandeln.

ee) Abschuss von Korean Air Lines Flight 007 durch die Sowjetunion (1983)

Am 1. September 1983 drang ein weiterer südkoreanischer Airliner wegen eines Navigationsfehlers[384] in den russischen Luftraum ein, überflog sensible militärische Einrichtungen und wurde vom sowjetischen Militär, das das Linienflugzeug für ein amerikanisches Aufklärungsflugzeug hielt, verfolgt. Tatsächlich befand sich im nahen internationalen Luftraum eine US-Aufklärungsmaschine. Anders als im Fall von KAL 902 erkannte der sowjetische Kampfjetpilot wegen der Ähnlichkeit der Flugzeugsilhouette mit dem Boeing-Typ der Aufklärungsflugzeuge offenbar auch in der Luft nicht, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte[385] und führte den vom Boden erteilten Befehl zum Abschuss aus, kurz bevor der südkoreanische Airliner den russischen Luftraum wieder verlassen hätte. Welche Versuche er unternommen hatte, um das Linienflugzeug zum Landen zu bringen, ist umstritten.[386] Das Flugzeug stürzte ab und alle 269 Insassen kamen ums

383 R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

384 Zu diesem Schluss kam der Report der ICAO Fact-Finding Investigation, Attachment B to State letter LE 4/19.4 – 83/130, Rn. 3 p).

385 Über diesen Punkt wurde heftig gestritten. Der ICAO-Untersuchungsbericht kam zu dem Ergebnis, dass für die Identifizierung als ziviles Flugzeug keine Anhaltspunkte existieren, ICAO Report, Attachment B to State letter LE 4/19.4 – 83/130, Rn. 2.12.10–2.12.11.

386 Str. war insb., ob er noch versucht hatte, den Airliner per Funk zu erreichen, Lichtzeichen oder Warnschüsse gegeben und mit den Tragflächen gewackelt hatte, Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (242, 244); lange war zudem offen, ob der Airliner mit Licht flog (dazu S/PV.2471 Rn. 10) und warum er in sowjetischen Luftraum eindrang (die russische Behauptung, das Flugzeug habe sich *tatsächlich* auf einer Aufklärungsmission befunden, wurde von der ICAO nicht bestätigt, s.o. Fn. 384).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leben.[387] Die Sowjetunion bedauerte zwar den Tod der unschuldigen Opfer,[388] hielt den Abschuss aber für rechtmäßig. Die USA hätten den Airliner tatsächlich für Spionagezwecke benutzt.[389] Jedenfalls habe der Kampfjetpilot nicht erkennen können, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte,[390] und man habe von einer Aufklärungsmission ausgehen müssen.[391] Zu Schadensersatzleistungen durch die Sowjetunion kam es nicht.[392] Einige Ostblockstaaten schlossen sich der russischen Sichtweise an.[393] Die Mehrheit der Staaten sah in dem Abschuss hingegen eine Völkerrechtsverletzung. Auch wenn einige Staaten die maßgebliche Norm offen ließen[394] oder sie unterschiedliche Normen nannten,[395] waren sie sich darüber ei-

387 Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (62); zu den Fakten s. ausf. ICAO Fact-Finding Report v. Dezember 1983; Hersh, Target is Destroyed, S. 227–236; vgl. auch Craig, Yale j. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (239 f).

388 UN Doc. S/PV.2470 Rn. 48; Regierungserklärung v. 6. September 1983, wiedergegeben vom sowjetischen Vertreter Troyanovsky vor der Abstimmung über die SR-Resolution, UN Doc. S/PV.2476 (1983), Rn. 57.

389 So Marschall Ogarkov bei der Pressekonferenz vom 9. September 1983, vgl. Schmemann, An Extraordinary Event, NY Times v. 10. September 1983; vgl. auch Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (240 f); ebenso der russische Vertreter vor dem SR, UN Doc. S/PV 2476 (1983), Rn. 58.

390 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 3.

391 Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (242); krit. der südkoreanische Vertreter, UN Doc. S/PV.2472 Rn. 43. Auf ein Recht zum Abschuss jedes unerlaubt eindringenden Objekts (ob militärisch oder nicht) berief sich die Sowjetunion entgegen manchen Stimmen (S/PV.2476 Rn. 161 (USA)) nicht. Die Äußerung des russischen Außenministers Gromykos „Soviet territory and the borders of the Soviet Union are sacred" v. 7. September 1983 in Madrid war auf die Annahme bezogen, dass KAL 007 durch die USA bewusst in den russischen Luftraum navigiert worden sei.

392 Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (249).

393 UN Doc. S/PV.2473 Rn. 47–63 (Polen), Rn. 149 f (Bulgarien), Rn. 156–162 (DDR); s. für weitere Nachweise Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (254 Fn. 148).

394 S. nur UN Doc. S/PV.1270 Rn. 144 (Zaire), Rn. 150 (Neuseeland).

395 Insb. die Verletzung von „legal norms and generally accepted standards of international civil aviation", UN Doc. S/PV.2470 Rn. 15 (Südkorea), ähnlich S/PV.2476 Rn. 97 (China), des Chicagoer Abkommens, S/PV.2470 Rn. 63 (Japan), S/PV.2473 Rn. 10 (Singapur), des Verhältnismäßigkeitsprinzips, S/PV.2470 Rn. 82 (Kanada), Rn. 156 (Bundesrepublik Deutschland, die offenbar eine exzessive Polizeimaßnahme annahm), des Gewaltverbotes, S/PV.2470, Rn. 39 (USA), S/PV.2472 Rn. 8 (Belgien) oder des Aggressionsverbotes, S/PV.2476 Rn. 16 (Portugal), Rn. 31 (Elfenbeinküste).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nig, dass es für das russische Handeln an einer Rechtfertigung fehlte.[396] Zahlreiche Staaten suspendierten die Landungs- oder Überflugrechte für sowjetische Fluggesellschaften.[397] Eine SR-Resolution, die den Abschuss als „incompatible with the norms governing international behavior and elementary considerations of humanity" qualifizierte,[398] wurde durch ein russisches Veto verhindert.[399] Zu einer entsprechenden Verurteilung – ergänzt durch die Unvereinbarkeit mit den Regeln des Chicagoer Abkommens – kam es durch eine Resolution des ICAO-Rates,[400] die von der ICAO-Versammlung bestätigt wurde.[401] Die ICAO-Mitglieder einigten sich ein Jahr nach dem Vorfall auf die Einfügung von Art. 3*bis* in das Chicagoer Abkommen, der die Anwendung von Waffen gegen im Flug befindliche Zivilflugzeuge ausdrücklich verbietet.[402] Die Pilotenvereinigung IFALPA erklärte die Sowjetunion in dem Vorfall zum „Offending State".[403]

Obwohl es mangels vorgestellten *Angriffs*[404] wiederum an einer echten putativen Selbstverteidigungslage fehlt, gibt die Debatte im SR Aufschluss über die Einstellung gegenüber Fehlvorstellungen. Wie im Fall der Libyan Arab Airlines 902 legten viele Kritiker ihrer Ablehnung zwar die Annahme zugrunde, dass die Sowjetunion das Flugzeug als zivil erkannt habe und

---

396 So ausdr. zB US Letter to the UNSC President, UN Doc. S/15947; Note des US Department of State v. 12. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1196 (1196); Äußerung des japanischen Premierministers Nakasone am 9. September 1983, Pressemitteilung der japanischen Botschaft v. 14. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1202 (1202); S/PV.2472 Rn. 49 (Südkorea); S/PV.2473 Rn. 69 (Ecuador), Rn. 111 (Guatemala), Rn. 129 (Dominikanische Republik).

397 Pressemitteilung der japanischen Botschaft v. 14. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1202 (1202); Note des kanadischen stellvertretenden Premierministers, ILM 22 (1983), S. 1199 (1200).

398 UN Doc. S/15966/Rev. 1 (1983).

399 Neun Mitglieder stimmten dafür, zwei (die UdSSR und Polen) dagegen und vier (China, Guyana, Nicaragua und Simbabwe) enthielten sich, UN Doc. S/PV 2476 (1983) Rn. 131.

400 Resolution of the Extraordinary Session of the Council, 16. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1150. Der Hinweis auf „generally recognized legal consequences" wurde in der Debatte nicht erläutert, vgl. Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (253).

401 ICAO Assembly Resolution A24–5, abgedruckt in ICAO Doc. 10075, S. I-43.

402 Vgl. ICAO Assembly Resolutions A25–1, A25–2, ICAO Doc. 10075, S. I-9 bis I-11.

403 IFALPA Pressemitteilung v. 6. September 1983, ILM 11 (1983), S. 1218.

404 Ein Aufklärungsflug ist kein bewaffneter Angriff, s. 7. Kap., III. 2. b, aa.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

somit nicht im Irrtum war[405] (obwohl es nach dem ICAO-Untersuchungsbericht dafür keine Anhaltspunkte gab).[406] Doch lassen einige Äußerungen eine prinzipielle Zurückhaltung gegenüber der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen erkennen. So erklärte Nigeria:

> „[O]ne might even recognize the probability that this was the result of a simple blunder by an air force pilot and that the Korean jet air liner was accidentally shot down in the mistaken belief that it was a spy plane. Regardless of the circumstances and any explanation which may be proffered […] there can be no justification whatever for shooting down the unarmed Korean civilian air liner which resulted in the death of 269 innocent passengers."[407]

Ähnlich äußerte sich Kolumbien, das die hohen Kosten von Fehleinschätzungen einzelner Kommandeure zu bedenken gab.[408] Eine Äußerung der USA deutet darauf hin, dass beim Sachverhaltsverdacht tatsächliche Zweifel soweit wie möglich beseitigt werden müssen, bevor Gewalt angewendet werden darf:

> „Either the Soviet pilot knew what he was firing at, or he did not know his target was a civilian passenger air liner. If the latter, then he fired his deadly missiles without knowing or caring what they would hit. Though he could easily have pulled up to within some number of metres of the air liner to assure its identity, he did not bother to do so. In either case, there was shocking disregard for human life and international norms."[409]

---

405 Vgl. US-Präsident Reagans Rede in Washington v. 5. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1205 (1206); UN Doc. S/PV.2470 Rn. 13 (Südkorea), Rn. 30, 159 (USA), Rn. 80 (Kanada), Rn. 98 (Australien), Rn. 107 (Niederlande); S/PV.2473 Rn. 9 (Singapur); S/PV.2474 Rn. 16 (Tschad).

406 S.o. Fn. 385.

407 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 64 f.

408 UN Doc. S/PV.2473 Rn. 24 f: „[I]t is likely that the military commander of the area, acting without humanitarian criteria, without appropriate information and without political power, decided on his own to eliminate a possible threat that he believed to be serious and ordered the aircraft shot down. […] By that act, in addition to a crime, a political mistake was made in placing arms […] in the hands of persons who did not have a clear concept of their duty vis-à-vis mankind. […] Today it is an aircraft; tomorrow it may be a city, a people or a continent which falls victim to the mistake made by a person who at a certain moment decides the classification of a threat directed at a country."

409 UN Doc. S/PV.2471 Rn. 13. Nur kurz danach bestritten die USA aber wieder die Möglichkeit eines Irrtums, ebd. Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schweden schlug dieselbe Argumentationsrichtung ein.[410] Das Bild wird aber durch gegenteilige Äußerungen getrübt. Denn nicht nur Russland,[411] sondern auch andere Staatenvertreter stellten bei ihrer rechtlichen Bewertung auf die Perspektive des russischen Militärs zum Zeitpunkt des Abschusses ab. Besonders deutlich wird dies bei einer Aussage Belgiens, die den Abschuss zudem ausdrücklich am „Selbstverteidigungsrecht" maß:

> „There seems to be no justification for the invocation of the concept of self-defence as an excuse for this use of force. We cannot imagine that *in the eyes of the Soviet Union* the security interests it claimed to be defending were so important – especially since so many other technical means exist for risk-free collection of information – as to call for a military attack against an unarmed civilian aircraft […]."[412] [Hervorhebung hinzugefügt]

Dass der Frage, ob die Sowjetunion um die zivile Eigenschaft des Flugzeugs wusste oder nicht, überhaupt eine so große Bedeutung beigemessen wurde, legt nahe, dass die subjektive Vorstellung der handelnden Akteure von vielen Staaten als rechtlich relevanter Faktor angesehen wurde. Auch Kommentatoren beurteilen das sowjetische Handeln auf Grundlage der zum Handlungszeitpunkt bekannten Fakten.[413] Im Ergebnis lässt sich aus den Reaktionen auf den Abschuss von KAL 007 daher keine einheitliche Antwort entnehmen. Weder lehnten sie ihre Berücksichtigung überwiegend ab, noch befürworteten sie sie mehrheitlich, sodass der Abschuss von KAL 007 einen Präzedenzfall weder in die eine noch in die andere Richtung darzustellen vermag.

ff) Abschuss von Iran Air Flight 655 durch die USA (1988)

Am 3. Juli 1988 schoss das amerikanische Militärschiff *USS Vincennes* das Linienflugzeug Iran Air Flight 655 über dem Persischen Golf ab. Die *Vincennes* befand sich in diesem Gewässer, um dort Öltanker während des Ers-

---

410 UN Doc. S/PV.2471 Rn. 81: „Interception routines must be applied in such a strict way as to eliminate any risk for mistake with regard to the identity of intercepted aircraft."

411 S. Nachweise in Fn. 391.

412 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 8; ähnlich stellten auch die USA in S/PV.2476 Rn. 155 auf den ex-ante-Zeitpunkt ab.

413 So ausdr., wenn auch ohne weitere Begründung, Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (249 Fn. 119); Hassan, J. Air L. & Comm. 49 (1984), S. 555 (586, 588).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten Golfkrieges vor Angriffen zu schützen.[414] 1984 hatten die USA öffentlich erklärt, dass Flugzeuge, deren Absichten nicht erkennbar seien und die sich amerikanischen Kriegsschiffen auf bis zu fünf Seemeilen und unterhalb von 2.000 Fuß näherten, vorbeugende Verteidigungsmaßnahmen riskierten.[415] Vor dem Vorfall waren erhöhte Spannungen im Persischen Golf zu verzeichnen.[416] Am Morgen des 3. Juli berichtete die nahegelegene *USS Montgomery* von Angriffsvorbereitungen iranischer Milizen auf Handelsschiffe und Explosionen im Norden der Straße von Hormus.[417] Der zu diesem Ort gerufene Helikopter der *Vincennes* geriet amerikanischen Angaben zufolge unter Beschuss durch die Schnellboote der Revolutionsgarden.[418] Die *Vincennes* und die *Montgomery* feuerten daraufhin auf diese.[419] Beide Schiffe befanden sich zu diesem Zeitpunkt in iranischem Territorialgewässer.[420] Noch während des Gefechts hob am für zivile und militärische Zwecke genutzten Bandar-Abbas-Flughafen[421] der iranische Airliner 655 ab.[422] Das für den Luftraum zuständige Personal der *Vincennes* fehlidentifizierte das Flugzeug von seinem Start an als iranisches Militärflugzeug.[423] Die auf der Militärfrequenz gesendeten Warnungen konnte das zi-

414 Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 2.

415 ICAO Report, Rn. 2.2.1, abgedruckt in ILM 28 (1989), S. 900–943; nach einem irakischen Angriff auf das Militärschiff *USS Stark* im Mai 1987 gaben die USA eine Verschärfung dieser Maßnahmen bekannt, ICAO Report, Rn. 2.2.2.

416 So kam am 2. Juli das US-Militärschiff *USS Montgomery* einem dänischen Tanker zur Hilfe, der von iranischen Revolutionsgarden auf Schnellbooten beschossen wurde, Department of Defenses Investigation Report v. 28. Juli 1988, Doc. 1320, II. B. 2 (S. 5). Am selben Tag wurden zwei iranische Militärflugzeuge in der Nähe der amerikanischen *USS Halsey* gesichtet, Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (251). Die USA rechneten aufgrund von Nachrichtendienstinformationen mit weiteren Angriffen, vgl. ICAO Report, Rn. 3.1.23 (b); Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (257).

417 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5).

418 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5).

419 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5); UN Doc. S/19989 (1988).

420 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (251 f).

421 Von diesem Flugplatz aus waren die iranischen Militärflugzeuge gestartet, die in das Gefecht mit der amerikanischen Marine während Operation Praying Mantis am 18. April 1988 verwickelt waren, Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 4.

422 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5); ICAO Report, Rn. 1.1.3.

423 Die Crew überprüfte zwar die zivilen Luftfahrpläne, erkannte Iran Air Flight 655 wegen einer geringen Verspätung aber nicht als solchen, Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5 a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vile Flugzeug nicht empfangen, auf die auf ziviler Frequenz ausgesprochenen Warnungen reagierte es nicht.[424] Der zuständige Koordinator der *Vincennes* gab – bestätigt von drei weiteren Besatzungsmitgliedern – an, dass das Flugzeug sinke, obwohl es in Wirklichkeit stieg.[425] Der Befehlshaber, überzeugt, dass die *Vincennes* und die *Montgomery* anvisierte Opfer eines koordinierten Angriffs der Schnellboote und der iranischen Luftwaffe waren,[426] ordnete daraufhin den Abschuss an. Die Raketen der *Vincennes* brachten den Airliner zum Absturz, wobei alle 290 Insassen ums Leben kamen.[427] Während des gesamten siebenminütigen Fluges hatte sich das Flugzeug auf seiner Flugroute befunden.[428]

Die USA bedauerten die Opfer, hielten ihr Handeln jedoch nach Art. 51 UNC für gerechtfertigt.[429] Dafür argumentierten sie folgendermaßen:

> „As the Vincennes and another United States naval vessel were approaching the group of Iranian small boats, at least four of the small boats turned towards and began closing in on the United States warships. At that time, both United States ships opened fire on the small boats […]. *In the course of the United States response to the Iranian attack, the Vincennes fired in self-defence at what it believed to be a hostile Iranian military aircraft* […]."[430] [Hervorhebung hinzugefügt]

Zumindest im Falle eines tatsächlichen Angriffs seien also Irrtümer über die Zugehörigkeit eines Objekts desselben Staates zu diesem Angriff zugunsten des handelnden Akteurs zu berücksichtigen. Die USA sahen ausdrücklich von einer Entschuldigung ab und boten nur eine ex-gratia-Ent-

---

424 Department of Defenses Investigation Report, II. D. 6. b (S. 7).

425 Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5 d; ICAO Report, Rn. 2.11.6.

426 Das in der Nähe befindliche Militärschiff *USS Sides* bewerteten den Airliner kurz vor seinem Abschuss als ziviles Flugzeug, ICAO Report, Rn. 2.12.2; die *Sides* befand sich unter Befehl der *Vincennes*; Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 4.

427 ICAO Report, Rn. 1.2.

428 ICAO Report, Rn. 1.1.5; von der zentraler Linie des zivilen Luftkorridors wich es nur drei bis vier Meilen ab, welches der handelnde Kommandeur fälschlicherweise für eine große Abweichung hielt, Department of Defenses Investigation Report, III. C. 2. e (5) (i), (j) (S. 33) und (6) (e) (S. 36). Bei seinem Abschuss befand es sich auf einer Höhe von 13.500 Fuß und war acht Seemeilen von der Vincennes entfernt, Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (254).

429 UN Doc. S/19989 (1988).

430 UN Doc. S/19989 (1988).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schädigung an.[431] Der Untersuchungsbericht des Verteidigungsministeriums beurteilte die Entscheidung zum Abschuss einige Wochen später als den Umständen entsprechend vernünftig, wobei er sich maßgeblich darauf stützte, dass sich die Besatzung der *Vincennes* auch ohne die gemachten Fehler für den Abschuss hätte entscheiden können.[432]

Der Iran protestierte vehement gegen den Abschuss, beklagte unter anderem eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC[433] und bestritt eine Rechtfertigung durch das Selbstverteidigungsrecht. Wenn der iranische Außenminister vor dem SR auch primär auf die Unzulässigkeit vorbeugender Selbstverteidigung abstellte,[434] lässt sich seinen Äußerungen entnehmen, dass die Voraussetzungen des Art. 51 UNC seiner Auffassung nach ex post vorliegen mussten.[435] In der iranischen Klageschrift vor dem IGH, den Iran anrief, kommt diese Position weniger deutlich zum Ausdruck. Zwar formulierte der Iran hier den abstrakten Grundsatz, dass „a mistake in identification will not excuse a resort to armed force in alleged self-defence when no threat or armed attack actually exists" und verwies auf den Dogger-Bank- sowie den Jessie-Vorfall.[436] Bei der Anwendung der hergeleiteten Rechtsgrundsätze auf den konkreten Fall wurde diese Erwägung jedoch nicht mehr entscheidend berücksichtigt.[437] Das Augenmerk der Kläger lag darauf, dass die Besatzung der Vincennes keinem Irrtum unterlegen habe,[438] und falls doch, der Irrtum jedenfalls unvernünftig gewesen sei.[439]

---

431 UN Doc. S/PV.2818, S. 58; S/PV.2821, S. 14.

432 Department of Defense Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5–7; selbst wenn der Entscheidungsträger die Feindlichkeit des Flugzeugs nur *für möglich* gehalten hätte, hätte er dem Untersuchungsbericht zufolge dieselbe Entscheidung treffen müssen, ebd. Rn. 5a. Doch ist fraglich, ob sich daraus Schlüsse auf den Fehlverdacht ziehen lassen, weil dieser Anspruch nicht mit Blick auf das Völkerrecht formuliert wurde.

433 UN Doc. S/PV.2818, S. 32.

434 UN Doc. S/PV.2818, S. 36.

435 „[T]he United States criminal act of attacking a civilian airliner can never be justified under the term „self-defence", particularly since the civilian airliner did not even have the potential to launch an attack", UN Doc. S/PV.2818, S. 36 f.

436 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 3.94 f.

437 Zwar zitierte die Klageschrift Brownlie mit der Aussage, dass Staatenverantwortlichkeit objektiv zu beurteilen sei, ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.55 f. Dieser Hinweis war aber noch nicht auf das Selbstverteidigungsrecht, sondern auf das „Accidental Argument" bezogen, das die Klageschrift vom Selbstverteidigungsrecht trennte.

438 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.49–4.52; so auch bereits UN Doc. S/PV.2818, S. 31.

439 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach der Feststellung, dass es objektiv (ex post) an einem Angriff fehlte, heißt es unmittelbar:

> „The only question that remains therefore is whether the United States not only misidentified the plane as an F-14, but also reasonably believed that it was about to be attacked by that F-14. Here again there is no factual basis for a belief that any United States warship was about to be attacked."[440]

Der Auslegungswert der iranischen Klageschrift ist daher unklar. Die USA gingen in ihren Einwänden gegen die Zulässigkeit der Klage auf diesen Aspekt nicht ein. Zu einem Urteil kam es nicht, weil sich die Parteien einigten.

Die rechtliche Bewertung des Vorfalls durch andere Staaten war gemischt. Während einige Staaten vornehmlich aus dem Ostblock und der arabischen Welt den Abschuss vor dem SR als völkerrechtswidrig bezeichneten,[441] vermieden andere Staaten – darunter die westlichen – eine rechtliche Verurteilung.[442] Niemand bezog explizit Stellung zur Frage der Beachtlichkeit des amerikanischen Irrtums. Nur wenige Äußerungen kann man als implizite Anerkennung der Relevanz von Irrtümern lesen.[443] Auch die kritischen Stimmen lehnten ihre Beachtlichkeit aber nur vereinzelt und stets nur implizit ab.[444] Die einstimmig verabschiedete SR-Resolution

---

440 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.60.

441 UN Doc. S/PV.2819, S. 14 f (Jugoslawien), S. 18 (Russland), S. 51 (Algerien), S. 56 (Vereinigte Arabische Emirate), S/PV.2820, S. 16 (Libyen), S. 18–21 (Syrien), S. 32 (Nicaragua); China formulierte seine Kritik etwas zurückhaltender, S/PV.2819, S. 31.

442 UN Doc. S/PV.2819, S. 23–25 (Italien), S. 26–28 (Frankreich), S. 33 f (Argentinien), S. 38 (Japan), S. 41–45 (Bundesrepublik Deutschland), S. 47 f (Senegal); S/PV 2820, S. 12 f (Pakistan), S. 23–25 (Indien), S. 38 (Brasilien); Großbritannien betonte abstrakt das Recht zur Selbstverteidigung, S/PV.2819, S. 6.

443 Vgl. UN Doc. S/PV.2820, S. 7 (Sambia): „[T]wo views have so far emerged: one is that the shooting down of Iran Air flight 655 was a premeditated act by the United States naval forces. The other is, of course, that the captain of the United States battleship acted in self-defense";S/PV.2820, S. 27 (Kuba), demzufolge der Abschuss selbst im Falle eines Irrtums völkerrechtswidrig sei, und zwar wegen der ungerechtfertigten Präsenz der USA im Persischen Golf (nicht aber bereits wegen des Irrtums selbst).

444 Vgl. UN Doc. S/PV.2819, S. 56 (Vereinigte Emirate) und S. 8 (Nepal), das ausdrücklich das Vorliegen eines Irrtums akzeptierte und die USA dennoch zur vollständigen Kompensation des Schadens aufforderte. Den übrigen kritischen Stimmen lässt sich nicht entnehmen, ob sie eine Rechtfertigung durch Selbst-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bedauerte den Vorfall, verurteilte die USA aber nicht für ihr Handeln.[445] Auch die Resolution des ICAO-Rates missbilligte den Abschuss nicht in rechtlicher Hinsicht,[446] was der Iran deutlich kritisierte.[447]

Dass das amerikanische Argument, die *Vincennes* sei aufgrund ihrer Vorstellung von dem angreifenden Flugzeug nach Art. 51 UNC gerechtfertigt, von keinem Staat außer (möglicherweise) dem Iran in seinem Grundsatz zurückgewiesen wurde, legt nahe, dass der Vorfall zumindest keinen Präzedenzfall *gegen* die Berücksichtigungsfähigkeit vernünftiger Irrtümer bildet. Die ausbleibende Verurteilung nicht nur durch den SR, sondern auch den ICAO-Rat – in dem die USA kein Vetorecht besitzen – deutet gar auf ihre Beachtlichkeit hin. Die Präzedenzwirkung ist, weil kaum ein Drittstaat das Problem explizit erörterte, aber nicht zu überschätzen und mag sich ausweislich der amerikanischen Argumentation zudem auf Irrtümer beschränken, die sich auf die *Zugehörigkeit* des Zielobjekts zu einem objektiv stattfindenden Angriff desselben Staates beziehen.

gg) Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 über der Ukraine (2014)

Am 17. Juli 2014 wurde ein Flugzeug von Malaysia Airlines über von Separatisten kontrolliertem Gebiet der Ostukraine abgeschossen, wobei alle 298 Insassen, die meisten Niederländer, zu Tode kamen. Die Untersuchungen der gemeinsamen Ermittlungsgruppe und des niederländischen Safety Board ergaben, dass das Flugzeug von einer Boden-Luft-Rakete des russischen Typs Buks getroffen wurde.[448] Die Abschussinstallation stammte von einer im russischen Kursk stationierten russischen Brigade.[449] Die die Rakete transportierenden Fahrzeuge wurden den internationalen Ermittlern zufolge vor dem Abschuss von Russland in die Ostukraine und da-

---

verteidigung verneinten, weil sie den Irrtum für unbeachtlich oder nur für unvernünftig hielten, vgl. etwa die russische Aussage S/PV.2821, S. 16: „[H]ow can one regard as self-defence the destruction of a passenger airliner flying within an established air corridor many thousands of kilometres away from the borders of the Power that is supposedly defending itself?".

445 SR-Resolution 616 (1988).

446 ICAO Council Resolution v. 17. März 1989, ILM 28 (1989), S. 896 (898).

447 Assembly Meeting, 27th Session v. 22. September 1989, Minutes, S. 20.

448 Dutch Safety Board, MH17 Crash, Bericht v. 22. Oktober 2015, Rn. 10.1 b; der niederländische Chefankläger Fred Westerbeke auf der Pressekonferenz („narrative conference") des Joint Investigation Teams (JIT) v. 24. Mai 2018.

449 JIT-Koordinator Wilbert Paulissen auf der Pressekonferenz des JIT v. 24. Mai 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach wieder nach Russland verlegt.[450] Der Vorfall erregte großes internationales Aufsehen. Die nahezu einhellige Verurteilung des Abschusses[451] kam in einer einstimmig angenommenen SR-Resolution zum Ausdruck, die allerdings keinen Verantwortlichen bestimmten.[452] Im Mai 2018 beriefen sich die niederländische und die australische Regierung auf die Staatenverantwortlichkeit Russlands.[453] Vor dem EGMR sind Individualbeschwerden von Opferangehörigen gegen die Ukraine sowie gegen Russland anhängig.[454]

Obwohl dem Abschuss allem Anschein nach ein Irrtum der Akteure zugrunde lag – man hatte den Airliner für ein ukrainisches Militärflugzeug gehalten[455] – stellt der Vorfall keinen Fall putativer Selbstverteidigung dar. Betrachtet man den Vorfall isoliert, so läge, selbst wenn man die Vorstellung der Akteure als richtig unterstellt, in dem Überflug eines Militärflugzeugs kein bewaffneter Angriff iSd Art. 51 UNC.[456] Soweit man das russische Vorgehen in der Ostukraine für unvereinbar mit Art. 2 (4) UNC hält,[457] ergibt sich auch nichts anderes, wenn man die Rechtfertigung für den Abschuss nicht in dem vorgestellten Überflug, sondern im Auslöser des Ostukrainekonflikts als solchem sucht.[458] Russland machte auch keine

450 Westerbeke auf der Pressekonferenz des JIT v. 24. Mai 2018. Russland bestreitet diese Vorwürfe, s.u. Fn. 460; am 19. Juni 2019 verkündete das Ermittlerteam internationale Haftbefehle gegen vier Verdächtigte, davon drei Angehörige des russischen Militärs und russischer Nachrichtendienste, s. Harding, Three Russians and one Ukrainian to face MH17 murder charges, The Guardian v. 19. Juni 2019.

451 S. die Äußerungen der staatlichen Vertreter in UN Doc. S/PV.7219; S/PV.7221.

452 SR-Resolution 2166 (2014).

453 Letter from the Minister of Foreign Affairs on the State Responsibility of Russia v. 25. Mai 2018, MOS-087/18.

454 Ioppa and others v. Ukraine (no. 73776/14); Ayley and others v. Russia (no. 25714/16) und Angline and others v. Russia (56328/18).

455 Osborne, Flight MH17 shot down, Independent v. 24. Mai 2018.

456 Zudem müsste in dem Angriff auf prorussische Rebellen ein Angriff *auf Russland* liegen.

457 Für eine rechtliche Analyse s. Allison, Int'l Affairs 90 (2014), S. 1255–1297.

458 Dieser Gedanke beruht darauf, dass die heute überwiegend befürwortete Fortgeltung des Art. 51 UNC nach Konfliktausbruch (s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142) einzelne Militärhandlungen freilich nicht von einzelnen bewaffneten Angriffen des Gegners abhängig macht, sondern primär für die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung von Bedeutung ist, dazu Greenwood, Rev. Int'l Stud. 9 (1983), S. 221 (223 f). Auch bei der humanitären Intervention, auf die sich Russland in der Ostukraine beruft, muss der Konflikt als Ganzes betrachtet werden. Der Fall wirft zudem interessante Zurechnungs- und Beihilfefragen auf.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versuche, den Abschuss rechtlich zu legitimieren,[459] sondern bestritt den Vorwurf, darin involviert zu sein, nur auf faktischer Ebene.[460] Da eine Rechtfertigung auch unabhängig vom Irrtum nicht im Raum stand, gibt der Vorfall keinen Aufschluss für die hier untersuchte Fragestellung.

hh) Abschuss von Ukraine International Airline Flight 752 durch den Iran (2020)

Ein Präzedenzfall putativer Selbstverteidigung liegt dagegen nahe beim Abschuss von Ukraine International Airline Flight 752 durch das iranische Militär am 8. Januar 2020, der sich auf dem Höhepunkt der US-Iran-Krise 2019/2020 ereignete und bei dem alle 176 Insassen starben.[461] Nach militärischen Auseinandersetzungen zwischen den USA und der Hisbollah im Irak und in Syrien hatten aufständische Hisbollah-Unterstützer am 31. Dezember 2019 die US-Botschaft in Baghdad gestürmt. Die USA, die den Iran für diesen Angriff verantwortlich machten, hatten daraufhin ihre Truppen im Nahen Osten verstärkt und am 3. Januar 2020 durch einen Drohnenangriff unter anderem den hohen iranischen General Qasem Soleimani getötet.[462] Hieraufhin bombardierte der Iran am frühen Morgen des 8. Januars 2020 US-Stellungen im Irak. Wenige Stunden nach dieser Operation schoss das sich aufgrund dieser Entwicklungen in höchster Alarmbereitschaft befindliche iranische Militär den ukrainischen Airliner ab, wie der Iran zwei Tage nach dem Vorfall einräumte.[463] Er erklärte, das Flugzeug sei fälschlicherweise identifiziert worden als feindliches Objekt, das sich einer sensiblen militärischen Einrichtung näherte.[464] Ein Bericht der iranischen zivilen Luftfahrtorganisation führte später aus, dass bei der Verlegung der betreffenden Luftwaffeneinheit das Radarsystem nicht neu ausge-

459 Vgl. UN Doc. S/PV.7219, S. 13 f; S/PV.7221, S. 9 f.
460 S. zB das Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation regarding the May 24, 2018 press conference of the Joint Investigation Team on the preliminary findings of the criminal investigation into the July 17, 2014 crash of the Malaysian Boeing in eastern Ukraine, Mitteilung vom 24. Mai 2018.
461 Für eine rechtliche Analyse s. Milanovic, EJIL: Talk!, 14./15./16. Januar 2020.
462 Hassan/Hubbard/Rubin, Protesters Attack U.S. Embassy in Iraq, Chanting 'Death to America', NY Times v. 31. Dezember 2019.
463 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020.
464 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020; Twitter Post v. Javad Zarif v. 11. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richtet worden sei, weshalb die Einheit die Boeing nicht als solche erkannt habe. Zudem habe der handelnde Kommandeur entgegen der Vorgaben die Raketen ohne die Freigabe des Koordinationszentrums abgefeuert.[465] Der politische und religiöse Anführer des Irans, Ali Chamenei, Präsident Rouhani und Außenminister Zarif entschuldigten sich für den desaströsen „menschlichen Irrtum".[466] In einer ersten Gesprächsrunde im Juli 2020 erklärte sich der Iran grundsätzlich zur Leistung von Schadensersatz bereit.[467] Im Iran löste der Abschuss heftige Proteste aus. Der kanadische Premierminister Trudeau, dessen Land neben der Ukraine besonders viele Opfer zu beklagen hatte, forderte neben einer umfassenden Aufklärung, dass der Iran die „volle Verantwortung" übernehme.[468] Der ukrainische Präsident Zelensky erklärte, sein Land werde auf einer „full admission of guilt" beharren.[469] Im Mittelpunkt der Kritik standen zudem die Versuche des Irans, die Ursache des Absturzes zu verschleiern.[470]

Auch wenn sich sowohl betroffene als auch Drittstaaten mit dezidiert völkerrechtlicher Kritik zurückhielten und den Vorfall nicht explizit an Art. 2 (4) UNC maßen,[471] bestärkt der Vorfall jedenfalls die Tendenz, dass vermeidbare Irrtümer über das Vorliegen einer Selbstverteidigungslage – so dürfte die vorliegende Fehlvorstellung zu beurteilen sein – nicht zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind. Über die Behandlung unvermeidbarer Fehlvorstellungen sagt der Fall angesichts der zahlreichen Sorgfaltsmängel, die der Iran einräumte, dagegen wenig aus.

---

465 Schwartz, Iranian Report Details Chain of Mistakes in Shooting Down Ukrainian Passenger Plane, National Public Radio v. 12. Juli 2020; Iran: 'Human error' led to Ukrainian jet downing that killed 176, Deutsche Welle v. 12. Januar 2020; CAOI Preliminary Report v. 12. Januar 2020.

466 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020; Twitter Post v. Javad Zarif v. 11. Januar 2020.

467 Ukraine, Iran conclude first-round talks on plane downing damages, Aljazeera v. 31. Juli 2020.

468 Tumilty, 'Iran must take full responsibility', Trudeau says after Iran denied fault for days, National Post v. 11. Januar 2020.

469 Troianovski/Kramer/Fassihi, Furor in Iran and Abroad After Tehran Admits Downing Ukrainian Jetliner, NY Times v. 11. Januar 2020.

470 Beaumont/Safi/Wintour, Serious concerns raised over integrity of Iran plane crash site, The Guardian v. 10. Januar 2020.

471 Anders hingegen Amarasinghe/Jayawardne, BESA Center Perspectives Paper No. 1414, 21. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Putativangriffe von Schiffen

aa) Der Golf-von-Tonkin-Vorfall (1964)

Am 2. August 1964 kam es zu einer militärischen Auseinandersetzung zwischen drei nordvietnamesischen Torpedobooten und dem vor der nordvietnamesischen Küste[472] befindlichen US-Militärschiff *USS Maddox*. Die nordvietnamesischen Torpedoboote schlossen – offenbar in der Absicht, das US-Schiff anzugreifen – in hoher Geschwindigkeit auf die *Maddox* auf, die daraufhin Warnschüsse abgab. Bei dem sich in der Folge entwickelnden gegenseitigen Beschuss, an dem sich auch die hinzugerufene US-Luftwaffe beteiligte, wurden die Torpedoboote schwer beschädigt.[473] Am 4. August berichtete die US-Navy von einem erneuten Torpedo-Angriff auf die *Maddox* und die *USS Turner Joy*. Wenig später korrigierte der Kommandeur der Flotte diese Nachricht und äußerte ernstliche Zweifel an der Existenz des berichteten Angriffs.[474] Der über diese Korrektur nicht informierte US-Präsident Johnson kündigte noch am selben Abend auf Grundlage der ersten Information als Antwort auf die „open aggression on the high seas"[475] Luftangriffe auf nordvietnamesische Ziele an, die unmittelbar danach ausgeführt wurden.[476] Der genaue Kenntnisstand der US-Regierung zu diesem Zeitpunkt ist umstritten.[477] Eine zwei Tage nach dem Tonkin-

---

472 Wenn die *Maddox* während ihrer Mission auch regelmäßig in die (von den USA bestrittene) Zwölfmeilenzone eindrang, befand sie sich zum Zeitpunkt des Angriffs außerhalb davon, vgl. Ellsberg, Secrets, Ausschnitt abgedruckt in NY Times v. 17. November 2002.

473 Hanyok, Spartans in Darkness: American SIGINT and the Indochina War, 1945–1975, NSA Report (2002) (im Folgenden: Hanyok-Report der NSA (2002)), S. 187–191.

474 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 198.

475 Johnsons TV-Rede v. 4. August 1964, abgedruckt in NY Times v. 5. August 1964.

476 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 200.

477 Verteidigungsminister McNamara und seine Berater stützten sich bei ihrer Bewertung, dass ein zweiter Angriff stattgefunden habe, auch auf Informationen der NSA, die einen nordvietnamesischen „Abschlussbericht" über den Angriff vom 4. August ausfindig gemacht zu haben meinte, Hanyok-Report der NSA (2002), S. 199; an der Richtigkeit der englischen Übersetzung dieses Berichts bestehen jedoch Zweifel, ebd. S. 207–211. Ob die Entscheidungsträger tatsächlich an einen zweiten Angriff glaubten oder nur einen Vorwand für die Luftangriffe suchten (so Friel/Falk, in: Andersson, Revisiting the Vietnam War, S. 352 (353) und Falk, in: ebd. S. 134 (146); Verwey, Rev. belge dr. int'l 5 (1969), S. 460 (472 f)), lässt sich nicht sicher feststellen; s. auch Prados, Tonkin Gulf Intelli-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorfall verabschiedete Resolution[478] des US-Kongresses machte den Weg für ein umfangreiches militärisches Eingreifen der USA in Vietnam frei, das den Konflikt im Februar 1965 schließlich eskalieren ließ. Spätere Untersuchungen ergaben, dass allem Anschein nach am 4. August 1964 keinerlei Angriff auf das US-Schiff stattgefunden hatte und die darauf hinweisenden Signale der Schiffsinstrumente auf das schlechte Wetter und Geräusche der eigenen Motoren zurückzuführen waren.[479]

Auch wenn die USA die Luftangriffe in ersten Äußerungen als Repressalie bezeichneten,[480] begründeten sie diese in der SR-Debatte unter Berufung auf den behaupteten Angriff vom 4. August mit dem Selbstverteidigungsrecht.[481] Großbritannien und China unterstützten diese Argumentation.[482] Nordvietnam verurteilte die Luftschläge als „premeditated war act". Bei dem zweiten Angriff auf die amerikanischen Kriegsschiffe handle es sich um eine „fabricated story".[483] Auch Russland und die Tschechoslowakei kritisierten die US-Maßnahmen scharf und zogen die amerikanische Faktendarstellung in Zweifel.[484] Selbst unter Zugrundelegung der von den USA vorgetragenen Umstände seien die Luftangriffe als Aggression zu bewerten,[485] weil es sich um eine bloße Repressalie gehandelt habe.[486] Kein Staat äußerte sich zur im Fall eines amerikanischen Irrtums geltenden Rechtslage.[487] Dass die USA ihre Fehlvorstellung – es handelte sich wohl

---

gence "Skewed", National Security Archive v. 1. Dezember 2005. Der Hanyiok-Report kommt zu dem Ergebnis, dass das NSA-Personal an den Angriff glaubte, alle entgegenstehenden Beweise aber bewusst unterdrückte, Hanyok-Report der NSA (2002), S. 223.

478 Resolution v. 10. August 1964, abgedruckt in Public Law 88–408.

479 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 198, 200.

480 Vgl. Johnsons TV-Rede v. 4. August 1964, abgedruckt in New York Times v. 5. August 1964; Äußerung McNamaras bei der Pressekonferenz v. 4. August 1964, zitiert vom russischen Vertreter im SR, S/PV. 1141 Rn. 79.

481 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 46, S/PV.1141 Rn. 44–47.

482 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 78 (Großbritannien), Rn. 83 (China).

483 UN Doc. S/5888, S. 2, 4.

484 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 56–64 (Russland); S/PV.1141 Rn. 29 f (Tschechoslowakei).

485 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 65 f (Russland); S/PV.1141 Rn. 30 f, 37 (Tschechoslowakei, derzufolge der Angriff durch die unmittelbar erfolgte Verteidigung bereits abgewehrt gewesen wäre).

486 S/PV.1141 Rn. 31 (Tschechoslowakei), S/PV.1141 Rn. 78 f (Russland). Frankreich äußerte sich nicht in rechtlicher Hinsicht, vgl. S/PV.1141 Rn. 55–59.

487 So auch Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 109 (114), der die Frage der Perspektive für die wichtigste Rechtsfrage des Vorfalles hält, ebd. S. 113.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um einen Fehlverdacht[488] – nicht zugaben, sondern auf der Existenz eines zweiten Angriffs beharrten, muss nicht zwingend bedeuten, dass sie Fehlvorstellungen nicht für berücksichtigungsfähig hielten. Möglicherweise wollten sie schlicht eine Debatte über die Vernünftigkeit der Fehlvorstellung vermeiden. Auch das Insistieren der US-Kritiker auf der tatsächlichen Sachlage ist kein Indiz für die Unbeachtlichkeit von Irrtümern. Denn sie bestritten nicht nur das Stattfinden des zweiten Angriffs, sondern auch, dass sich die USA überhaupt geirrt hatten. Im Ergebnis lassen sich daher aus dem Tonkin-Vorfall – unabhängig von der Frage, ob die USA, ihre Vorstellung als richtig unterstellt, nach Art. 51 UNC gerechtfertigt gewesen wären[489] – keine Erkenntnisse für die untersuchte Fragestellung ziehen.

bb) Der Angriff auf die USS Liberty (1967)

Das US-Aufklärungsschiff *USS Liberty* wurde während des Sechstagekrieges am 8. Juni 1967 Opfer eines israelischen Angriffs. Obwohl Israel die USA aufgefordert hatte, ihre Schiffe von der israelischen Küste zu entfernen oder ihre genaue Position mitzuteilen, da Israel seine Küste gegen nicht identifizierte Schiffe verteidigen werde,[490] hielt sich die *Liberty* in diesem Gewässer auf,[491] ohne Israel davon in Kenntnis zu setzen.[492] Bei dem Angriff der israelischen Luftwaffe und Marine kamen 34 amerikanische Sol-

488 Denn jedenfalls zog McNamara das Ausbleiben eines zweiten Angriffs in Betracht. Was Johnson wusste, ist unklar, s.o. Fn. 477.

489 Man mag den (unterstellten) Torpedoangriff für provoziert halten, da die USA ihre Kriegsschiffe zuvor bewusst in die 12-Meilen-Zone Nordvietnams navigierten. Zur Verhältnismäßigkeit s. Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 108 (116); insgesamt ähneln die Luftangriffe mehr einer militärischen Repressalie als einer Verteidigungsmaßnahme, vgl. Verwey, Rev. belge dr. int'l 5 (1969), S. 460 (462 f); Friel/Falk, in: Andersson, Vietnam War Revisited, S. 352 (360).

490 IDF History Report (1982), S. 22, 24.

491 Tatsächlich ordneten die Entscheidungsträger die Verlegung der Liberty an, dieser Befehl erreichte das Schiff jedoch nicht rechtzeitig, vgl. NSA Report (1981), S. 21–23; US Navy Court of Inquiry Report (1982), Rn. 8; IDF History Report (1982), S. 24.

492 Wenige Tage zuvor hatte das US-Militär Israel mitgeteilt, dass sich in der betroffenen Gegend keine amerikanischen Schiffe aufhielten, was zu dem Zeitpunkt zutraf. Israelische Aufklärungsflugzeuge hatten die USS Liberty am Morgen des Angriffs identifiziert, dies wurde aber nicht mit dem unidentifizierten Militärschiff in Verbindung gebracht, das die israelische Marine im weiteren Tagesver-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daten zu Tode, über 170 wurden verletzt. Die *Liberty* wurde schwer beschädigt.[493] Sämtlichen offiziellen Untersuchungsberichten zufolge gingen die Israelis davon aus, ein ägyptisches Militärschiff anzugreifen.[494] Die amerikanischen und israelischen Berichte unterschieden sich nur insoweit voneinander, als dass erstere grobe Fehler der israelischen Kommandeure feststellten,[495] während letztere von einem „bona fide mistake" ausgingen und die Fehler bei den USA verorteten.[496] Bis heute wird die Irrtumsthese allerdings von Beteiligten[497], Journalisten[498] und Autoren[499] angezweifelt.[500] Israel entschuldigte sich binnen weniger Stunden bei den USA für den An-

lauf entdeckte und für den Beschuss der Al-Arisch-Küste verantwortlich machte, IDF History Report (1982), S. 7 f, 11.

493 Zum genauen Geschehensablauf s. IDF History Report (1982), S. 7–19; Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 33–45.

494 US Navy Court of Inquiry Report (1982), Rn. 1; NSA Report (1981), S. 41; CIA Report (1967), Rn. 4–7; IDF History Report (1982), S. 20. Der Irrtum beruhe darauf, dass die israelischen Kommandeure ein verantwortliches Schiff für den angenommenen Beschuss der Küste von Al-Arisch suchten, sie mit keinem US-Militärschiff in der Gegend rechneten, fälschlicherweise eine hohe Geschwindigkeit desselben annahmen und das Schiff Kurs auf das ägyptische Port Said hielt, vgl. IDF History Report (1982), S. 20–25. Der wegen der ausbleibenden Gegenwehr an der Feindlichkeit zu zweifeln beginnende Formationsführer flog zwei weitere Identifizierungsflüge, bei denen die Buchstaben „CTR-5" identifiziert werden konnten. Daraufhin brach der Kommandeur den Luftangriff ab, ebd. S. 15. Die zu diesem Zeitpunkt eintreffenden Torpedoboote wurden wegen der unklaren Identität des Schiffs angewiesen, ihr Feuer zurückzuhalten. Doch dieser Befehl kam beim Kommandeur offenbar nicht an. In dem Glauben, das ägyptische Schiff *El-Quseir* vor sich zu haben, befahl er den Torpedoangriff, der das Schiff schwer beschädigte, ebd. S. 16.

495 NSA Report (1981), S. 41; Clifford Report (1967), S. 4 f.

496 Ram Ron Report (1967), S. 9–16; zum Verhalten der israelischen Einheiten s. auch Examining Judge's Report (1967), S. 18 f; IDF History Report (1982), S. 20.

497 S. nur die Posts von Joe Meadors im USS Liberty Veterans Association Blog (2017–2019) (Offizier der Liberty); Helms, A Look over my Shoulder, S. 300 f (damaliger CIA-Chef); Rusk, As I Saw it, S. 332 (damaliger Außenminister).

498 S. nur Lopez, New Tapes Show Israel's Attack on USS Liberty Was Deliberate, in: Digital Journal v. 1. November 2014; Fishel, No „Explanation" Disproves Israel's Guilt, Washington Report on Middle East Affairs v. Juni/Juli 2016, S. 28 f.

499 ZB Jacobsen, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 69 (84 f).

500 Die Deklassifizierung der Nachrichtendienstberichte hat aber auch viele Befürworter der These hervorgerufen, s. zB Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 156–172; Segev, The Makings of History, in: Haaretz v. 17. Februar 2017; Oren, Azure 9 (2000), S. 3; eindrucksvoll zu den israelischen Reaktionen nach Aufklärung des Irrtums Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 65 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

griff.[501] Es zahlte Entschädigungen von über sechs Millionen US-Dollar an die Familien der Hinterbliebenen und die Verwundeten[502] „aus humanitären Gründen".[503] Im Hinblick auf die Schäden am Schiff lehnte es Ersatzleistungen zunächst ab, weil es sich nicht für den Irrtum verantwortlich hielt,[504] und erbrachte erst Zahlungen, nachdem sich die Parteien darauf geeinigt hatten, dass die rechtliche Position der israelischen Regierung und die Frage der Verantwortlichkeit dadurch unberührt blieben.[505] Die US-Regierung, die die Irrtumsthese akzeptierte, hielt Israel zu diesen Zahlungen zwar völkerrechtlich verpflichtet,[506] vermied aber öffentliche Kritik. Internationale Reaktionen drehten sich mehr darum, dass sich ein US-Militärschiff in der Kriegszone aufhielt, als um den israelischen Angriff darauf.[507]

Unterstellt man die wohl überwiegend angenommene Rechtmäßigkeit der israelischen antizipierten Selbstverteidigung gegen seine arabischen Nachbarn, so wäre der Angriff auf das Schiff, hätte es sich tatsächlich um ein ägyptisches Militärschiff gehandelt, von Art. 51 UNC gedeckt gewesen.[508] Zwar irrte Israel nicht über einen von der *Liberty* selbst ausgehen-

---

501 Vgl. Telegramme des israelischen Defense Attaché Office an das Weiße Haus v. 8. Juni 1967 sowie vom israelischen Premierminister Eshkol an den US-Präsidenten vom 9. Juni 1967, FRUS (1964–1968), Vol. XIX, Doc. 211 und 229; s. auch IDF History Report (1982), S. 27.

502 US Department of State Bulletin, 17. Juni 1968, S. 799 und 2. Juni 1969, S. 473.

503 IDF History Report (1982), S. 31.

504 IDF History Report (1982), S. 31 f.

505 Noten zwischen dem israelischen Botschafter Evrol und dem US-Außenminister Muskie vom 15. und 17. Dezember 1980, abgedruckt in US Treaties and Other International Agreements, Vol. 32, Part 4, S. 4435–4437.

506 Note vom Außenminister Rusk an den israelischen Botschafter Harman v. 10. Juni 1967, FRUS (1964–1968), Doc. 352.

507 Vgl. Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 70.

508 Zur Fortgeltung des Art. 51 nach Konfliktausbruch s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142. In objektiver Hinsicht war der Angriff auf die *USS Liberty* selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn man annimmt, Art. 51 UNC erlaube auch die Verletzung bestimmter Rechte von Drittstaaten, so zB Thouvenin, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 464; Report of the Commission to the General Assembly, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.l (Part 2), Rn. 321. Denn jedenfalls ein gezielter Angriff auf das Schiff eines Drittstaates ist davon wohl nicht umfasst, vgl. die Ölplattformen-Entscheidung, in der der IGH nicht in Betracht zieht, dass die Beschädigung amerikanischer Schiffe vom iranischen Selbstverteidigungsrecht gegenüber dem Irak abgedeckt sein könnte. Vielmehr lässt er die von den USA behauptete Selbstverteidigungslage an der nicht bewiesenen Verantwortlichkeit des Irans und fehlenden Gezieltheit der Angriffe scheitern, Rn. 61, 64, 71 f. Die Frage wird heute zunehmend im Bereich von

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Einzelangriff, sondern darüber, dass sie Teil des arabischen Gesamtangriffs war. Das unterscheidet den Fall von den vorherigen Konstellationen.[509] Da er aber eine rechtfertigungsbedürftige Gewaltanwendung gegenüber einem *Drittstaat* betraf,[510] die tatsächlich nicht vom Selbstverteidigungsrecht gedeckt war, handelte es sich der Sache nach auch hier um putative Selbstverteidigung. Dass sich der letztlich ungelöste Streit zwischen den USA und Israel über die Verantwortlichkeit für den Vorfall um die Vermeidbarkeit des Irrtums drehte, legt es nahe, dass beide Parteien diesen Umstand für das entscheidende Kriterium hielten. Somit kann der Vorfall als Indiz dafür gelten, dass zumindest der Irrtum über die Zugehörigkeit des Objekts eines Drittstaates zum angreifenden Staat zugunsten des handelnden Akteurs zu berücksichtigen ist, wenn er unvermeidbar war, nicht dagegen im umgekehrten Fall.

cc) Der Angriff auf die USS Stark (1987)

Am Abend des 17. Mai 1987 wurde die während des Ersten Golfkriegs im Persischen Golf außerhalb der Konfliktzone stationierte[511] *USS Stark* von einem irakischen Piloten angegriffen, der sie für ein iranisches Schiff hielt. Die Besatzung der *Stark* erkannte das Flugzeug zunächst nicht als Bedrohung und setzte daher deutlich später Warnungen über ihre Identität ab, als es ihr möglich gewesen wäre.[512] 37 Soldaten starben bei dem Angriff.[513] Der irakische Präsident Saddam Hussein drückte sein tiefstes Bedauern über den „tragischen Unfall" aus und versicherte, dass das irakische Militär

---

Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure diskutiert, krit. dazu Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (796 f), s. auch unten Fn. 530.

509 Insoweit liegt im weiteren Sinne ein Fall freundlichen Feuers vor, s.o. 7. Kap., I, Fn. 117.

510 Hierin mag man einen Unterschied zur ansonsten ähnlichen Argumentation der USA beim Abschuss von Iran Air Flight erkennen s.o. 7. Kap., III. 2. b, ff.

511 US Formal Investigation Report (1987), Rn. 18; dieser Punkte wurde vom Irak zu Beginn noch bestritten, vgl. Report on Staff Investigation (1987), S. 10.

512 Report on Staff Investigation (1987), S. 1, 13; ob die zwei abgegebenen Warnungen vor oder nach Abschuss der Raketen erfolgten, ließ sich nicht feststellen, ebd. S. 15. Auch brachte sich die *Stark* in keine Position, mit der sie den Angriff hätte abwehren können, ebd. S. 1, 15 f. Wegen der internen Fehler wurde der Kommandeur der *Stark* später von seinen Pflichten entbunden, vgl. Cushman Jr., Navy Forgoes Courts-Martial, NY Times v. 28. Juli 1987.

513 US Formal Investigation Report (1987), Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kein amerikanisches Schiff habe angreifen wollen.[514] Die USA forderten den Irak zur Verantwortungsübernahme und Schadensersatzleistungen auf, da das irakische Militär „knew or should have known that the USS Stark was an American vessel".[515] Tatsächlich erklärte sich der Irak daraufhin zu Schadensersatzzahlungen bereit.[516]

Der Vorfall entspricht grundsätzlich der Konstellation des Angriffs auf die *USS Liberty*: Das Schiff einer am Krieg unbeteiligten Partei wurde mit einem des Kriegsgegners verwechselt. Indem die USA ihre Schadensersatzforderungen ausdrücklich an die Vermeidbarkeit des Irrtums knüpften – die der Irak nicht bezweifelte –, könnte man durch den Vorfall die These bestärkt sehen, dass die Staaten vermeidbare Irrtümer für unbeachtlich, unvermeidbare für beachtlich hielten. Anders als im *Liberty*-Fall wäre jedoch der Angriff auf das Schiff, selbst wenn es sich um einen iranischen Tanker gehandelt hätte, nicht von einer Ausnahme des Art. 2 (4) UNC gedeckt gewesen, soweit man, wie verbreitet angenommen,[517] die irakische Invasion in den Iran für völkerrechtswidrig hält. Der *Stark*-Vorfall, der auch nicht ausdrücklich mit Art. 51 UNC begründet wurde, mag daher einen Präzedenzfall für Irrtümer im ius in bello bilden, nicht aber für Irrtümer über das tatsächliche Vorliegen einer Ausnahme vom Gewaltverbot.

dd) Maritime Interception Operations

Eine für Fehlvorstellungen beim Selbstverteidigungsrecht interessante Staatenpraxis ist in den bereits erwähnten Maritime Interception Operations (MIOs) zu sehen, die lange Zeit verbreitet auf Art. 51 UNC gestützt

514 Brief von Saddam Hussein an US-Präsident Reagan v. 18. Mai 1987, vgl. Secretary's Letters to the Congress v. 20 Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1425 (1426).

515 Note vom US Department of State an den irakischen Botschafter v. 20. Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1427.

516 Vgl. die Note des irakischen Außenministeriums an die amerikanische Botschaft v. 21. Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1428, s. auch die Korrespondenz v. 27. und 28. März 1989, ILM 28 (1989), S. 644–648.

517 Vgl. etwa De Guttry, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 315 (323–326); Weller, Iraq and the Use of Force, S. 15 f; Khaloozadeh, Iran-Iraq War, Iran Review v. 8. Oktober 2011; der SR positionierte sich zu dieser Frage nicht, wohl aber der UN-Generalsekretär Pérez de Cuéllar im Jahr 1991, s. UN Doc. S/23273 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurden.[518] Diese Maßnahmen umfassen das Anhalten und Durchsuchen fremder ziviler Schiffe auf Waffen und Parteien, mit denen sich der durchsuchende Staat selbst oder – im Falle des kollektiven Selbstverteidigungsrechts – ein anderer Staat im Konflikt befindet.[519] Dabei wird für ausreichend gehalten, dass das Schiff Anlass zu Verdacht gibt, solche Waffen oder Individuen zu transportieren.[520] Stellt er sich nach der Durchsuchung als unbegründet heraus, bleibt die Maßnahme rechtmäßig, obwohl sie sich gegen einen Flaggenstaat richtete, gegen den aus ex-post-Perspektive keine Selbstverteidigungslage bestand. Einigen Staaten zufolge sollen etwaige Verspätungsschäden wie nach Art. 110 (3) UNCLOS aber zu ersetzen sein, wenn das Schiff den Verdacht nicht verschuldet hat.[521]

Sieht man in Art. 51 UNC keine Grundlage für derartige Eingriffe in die Rechte eines *Drittstaates*,[522] so lassen sich entsprechende Maßnahmen mit dem Selbstverteidigungsrecht nur begründen, wenn man die *gegenüber dem betroffenen Staat* bestehende Selbstverteidigungslage in Form der vom Schiff ausgehenden Gefahr – oder zumindest die Zugehörigkeit seines Schiffes zu einem bereits erfolgten Angriff – objektiv ex ante beurteilt. Beispiele für MIOs, die Staaten mit dem Selbstverteidigungsrecht begründe-

---

518 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2). Manche MIOs wurden auch auf UN-SR-Resolutionen gestützt. Ob die Voraussetzungen des Art. 51 UNC (die Vorstellung des Akteurs zugrunde gelegt) jeweils erfüllt waren, kann hier nicht beantwortet werden. Soweit explizit auf Art. 51 Bezug genommen wurde, besitzt die Aussage jedenfalls einen Auslegungswert.

519 Vgl. nur Papastavridis, Interception of Vessels, S. 48 f, 52 f, der zwischen Kriegs- und Friedenszeiten unterscheidet; König, in: Zimmermann et al., Moderne Konfliktformen, S. 203 (206) (für Terroristen); für weitere Ausprägungen s. Heintschel von Heinegg, Int'l L. Studies 80 (2006), S. 207 (208); für das seerechtliche Betretungsrecht vgl. Art. 110 UNCLOS.

520 Aussage Großbritanniens zur iranischen Durchsuchung eines britischen Schiffes während des Irak-Iran-Krieges, UKMIL 59 (1988), S. 581: „[U]nder Article 51 of the UN Charter, a state actively engaged in an armed conflict (as in the case of Iran and Iraq) is entitled to exercise its inherent right of self-defence to stop and search a foreign merchant ship on the high seas *if there are reasonable grounds* for suspecting that the ship is taking arms to the other side for use in the conflict." [Hervorhebung hinzugefügt]; s. auch Ronzitti, RCADI 242 (1993), S. 9 (138).

521 Vgl. den Fortgang der Aussage Großbritanniens zur iranischen Durchsuchung eines britischen Schiffes, s. Fn. 520; krit. Heintschel von Heinegg, Canadian YB Int'l L. 89 (1992), S. (120–123), demzufolge diese Einschränkung nicht der verbreiteten Staatenpraxis entspricht; ders., in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 543 (562).

522 Zu dieser Frage s.o. Fn. 508 sowie sogleich Fn. 530 und begleitender Text.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, sind die französischen MIOs während des Algerienkriegs,[523] die iranische Durchsuchung der britischen *Barber Perseus* während des Iran-Irak-Kriegs,[524] die amerikanischen und britischen MIOs nach der irakischen Kuwaitinvasion,[525] oder die im Rahmen der Terrorismusbekämpfung nach 2001 ins Leben gerufenen MIOs.[526] Dass die Begründung von MIOs mit dem Selbstverteidigungsrecht im Rahmen des internationalen Terrorismus zunehmend in Zweifel gezogen wird, geht weniger auf die maßgebliche Perspektive zurück als darauf, dass der zeitliche Zusammenhang heutiger MIOs mit den 9/11-Angriffen, auf die sich die USA noch immer primär berufen, zunehmend schwächer wird.[527]

Zwar ist der Auslegungswert dieser Praxis für Art. 51 UNC nicht zu überschätzen. Denn einige Staaten stellen die Rechtmäßigkeit von MIOs insgesamt in Frage.[528] Zudem wird – wenn auch vorwiegend von der Literatur – bestritten, dass diese Maßnahmen am Gewaltverbot der UNC zu messen sind, weil sie bloße Polizeimaßnahmen darstellten oder das Neu-

---

523 N. Klein, Maritime Security, S. 275; Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (641).

524 S. Fn. 521.

525 Van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (117); Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (641); später erhielt diese Praxis durch Resolution 665 (1990) para. 1 eine zusätzliche Grundlage.

526 Dazu gehören insb. die Operation Enduring Freedom rund um das Horn von Afrika und die Operation Active Endeavour im Mittelmeerraum, zur amerikanischen Begründung s. Heintschel von Heinegg, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374–377); ders., in: Gill/Fleck, Handbook Military Operations, S. 375 (390); N. Klein, Maritime Security, S. 274; vgl. auch die allgemeinere Äußerung von Admiral William L. Schachte der US Navy vor dem Senat während der Anhörung zum UN-Seerechtsabkommen am 14. Oktober 2003, Executive Report 108–10 vom 11. März 2004, Annex IX sowie die National Strategy for Maritime Security, September 2005, S. 7 f; auch Deutschland stützte seine Beteiligungen ausdrücklich auf Art. 51 UNC, vgl. BT-Plenarprotokoll 14/202 (2001), S. 19895; BT-Drucks. 15/1880 (2003); BT-Plenarprotokoll 15/11 (2003), S. 667; vgl. König, Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3 (4 Fn. 2) mwN. Die israelische Festnahme der *Karine A* im Jahr 2002, bei der eine Vielzahl von Waffen gefunden wurden, wurde ebenfalls auf Art. 51 gestützt, Letter from the Permanent Representative of Israel to the UN Secretary General, UN Doc A/56/766-S/2002/25; Äußerung von US-Präsident Rumsfeld, zitiert in van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (118).

527 Zum zeitlichen Zusammenhang s. König, Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3 (7–10).

528 Zu Widerstand gegen die französischen MIO im Algerienkrieg N. Klein, Maritime Security, S. 275; gegen MIOs nach der Kuwaitinvasion s. van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (117).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tralitätsrecht fortgelte.[529] Auch die erwähnte These, das gegen einen tatsächlichen Angreifer bestehende Selbstverteidigung berechtigte zu notwendigen Eingriffen in Rechte Dritter, gewinnt zunehmend an Rückhalt.[530] Hinzu kommt, dass Aussagen zum Selbstverteidigungsrecht, die mit Blick auf eine spezifische Art von Maßnahmen gemacht werden, nicht ohne weiteres verallgemeinert werden können. Das gilt umso mehr, wenn das Selbstverteidigungsrecht wie bei MIOs als Lückenfüller[531] dient, weil andere Begründungswege wie etwa SR-Resolutionen fehlen. Gleichwohl kann man die Rechtfertigung von MIOs mithilfe von Art. 51 UNC zumindest als Indiz dafür sehen, dass kein Konsens darüber besteht, dass seine Voraussetzungen ausnahmslos ex post zu beurteilen sind.

d) Gewaltanwendungen in der US-Iran-Krise 2019

Am 12. Mai 2019 wurden innerhalb einer Stunde vor der Küste der Vereinigten Arabischen Emirate vier Tanker – zwei saudi-arabische, ein norwegischer sowie einer der Vereinigten Arabischen Emirate – durch Minen beschädigt, die während des vorherigen Ankerns offenbar an den Schiffen angebracht worden waren.[532] Vertretern der drei betroffenen Staaten zufolge deuteten die Ermittlungen darauf hin, dass „the four attacks were part of a sophisticated and coordinated operation carried out by an actor with significant operational capacity, most likely a state actor."[533] Auf einen bestimmten Staat legten sie sich nicht fest.[534] Die USA hingegen hat-

529 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2), Fn. 318. Zumindest in Bezug auf staatliche Äußerungen, die sich explizit auf Art. 51 UNC beziehen, kann dieser Einwand nicht durchgreifen.

530 Trapp, in: Weller, Oxford Handbook, S. 679 (695); Deeks, Virg. J. Int'l L. 52 (2012), S. 483 (494 f); Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (177–179), alle drei im Zusammenhang mit Angriffen nicht-staatlicher Akteure, s.o. Fn. 508.

531 Vgl. Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (583, 671).

532 Briefing der SR-Mitglieder v. 7. Juni 2019, s. UAE, Norway, Saudi Arabia Brief UN Security Council on High Degree of Sophistication Behind Fujairah Attacks, WAM v. 7. Juni 2019.

533 Briefing der SR-Mitglieder v. 7. Juni 2019.

534 Ausdrücklich der emiratische Außenminister bin Zayed Al-Nahyan, sein Land benötige dafür „clear and convincing evidence", s. UAE: Not enough evidence to blame Gulf tanker attacks on Iran, Middle East Eye v. 26. Juni 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten zuvor erklärt, die Minen stammten „almost certainly from Iran".[535] Auch Saudi-Arabien beschuldigte den Iran dieses Angriffs.[536] Am 13. Juni 2019 kam es im Golf von Oman erneut zu Explosionen auf zwei Tankern, einem norwegischen und einem japanischen. Wieder machten die USA, unter Berufung auf „lots of evidence" und nunmehr unterstützt von Großbritannien, den Iran für die Angriffe verantwortlich.[537] Iran bestritt in beiden Fällen jegliche Beteiligung.[538] Andere Staaten, darunter europäische Staaten[539] und Russland,[540] warnten angesichts der unsicheren Faktenlage – teils unter Verweis auf die Irakinvasion 2003 – vor übereilten Schlüssen

535 US National Security Adviser John Bolten, s. BBC news, Tankers almost certainly damaged by Iranian naval mines, US says, v. 29. Mai 2019; ebenso US Vice Admiral Michael Gilday („with a high degree of confidence that this [attack] stems back to the leadership of Iran at the highest levels"), ebd.

536 UN-Botschafter Abdallah al-Mouallimi nach dem Briefing der SR-Mitglieder, s. Wintour, Inquiry into Oil Tanker Attacks Stops Short of Blaming Iran, The Guardian v. 7. Juni 2019.

537 US-Außenminister Pompeo ggü. Fox News, Interview am 16. Juni 2019; US-Präsident Trump sagte, die Angriffe hätten „Iran written all over it", verweisend auf ein Video, das iranische Revolutionsgarden zeigen soll, die eine nicht explodierte Mine vom japanischen Tanker entfernen. Die japanische Reederei entgegnete, die Crew habe von einem fliegenden Objekt berichtet, s. Wintour, UK Joins US in Accusing Iran of Tanker Attacks, The Guardian v. 14. Juni 2019.

538 BBC news, Tankers Almost Certainly Damaged by Iranian Naval Mines, US says, v. 29. Mai 2019; s. auch Twitterpost des iranischen Außenministers Zarif v. 13. Juni 2019 („[…] allegations against Iran – w/o a shred of factual or circumstantial evidence").

539 So der deutsche Außenminister Maas („Wir brauchen mehr Informationen. Man muss da sehr vorsichtig mit Schlussfolgerungen sein", die Informationen der US-amerikanischen und britischen Nachrichtendienste müssten mit denen anderer Dienste abgeglichen werden), ähnlich die Außenminister Luxemburgs (der an Irak erinnerte), Österreichs, der Niederlande und die EU-Außenbeauftragte Mogherini, s. Rigert, EU sieht US-Vorwürfe zum Iran skeptisch, Deutsche Welle v. 17.6.2019; EU Warns Against Blaming Iran for Oil Tanker Attacks, Deutsche Welle v. 17.6.2019; ähnlich die britische Opposition, so Labour-Vorsitzender Corbyn auf Twitter am 14. Juni 2019 („without credible evidence about the tanker attacks, the government's rhetoric will only increase the threat of war").

540 „We see the very vague alleged evidence provided by the United States, some video footage, some pictures, which raise serious questions even among its closest allies.", Außenminister Lavrov, s. O'Connor, Russia Says it Doesn't Know What Happened in Gulf, Newsweek v. 18. Juni 2019; auch China rief zur Zurückhaltung auf, Blanchard, China Says Nobody Wants War After Tanker Attacks in Gulf of Oman, Reuters v. 14. Juni 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und riefen zur Zurückhaltung auf. UN-Generalsekretär Guterres forderte eine internationale Untersuchung.[541]

Weiter befeuert wurde der Konflikt durch den Abschuss einer US-amerikanischen Drohne am 20. Juni 2019 durch den Iran nahe der Straße von Hormus. Iran machte geltend, die Drohne sei in iranischen Luftraum eingedrungen, und berief sich auf Art. 51 UNC.[542] US-Präsident Trump entgegnete, die Drohne habe sich über internationalen Gewässern befunden, und fügte an:

> „I would imagine it was a general or somebody that made a mistake in shooting that drone down. […] I find it hard to believe it was intentional […]. I think it could have been somebody who was loose and stupid […]. But it was a foolish move."[543]

Der israelische Premier Netanyahu sicherte den USA Beistand in dem „effort to stop Iranians' aggression" zu.[544] Tatsächlich twitterte Trump am Folgetag:

> „We were cocked & loaded to retaliate last night on 3 different sights when I asked, how many will die. 150 people, Sir, was the answer from a General. 10 minutes before the strike I stopped it, not proportionate to shooting down an unmanned drone."[545]

Statt dieser militärischen „Vergeltungsmaßnahme" lancierten die USA einen Cyber-Angriff gegen iranische Raketenkontrollsysteme und ein Spionagenetzwerk, das die Bewegungen von Tankern in der Straße von Hormus verfolgen sollte. Damit reagierten sie offenbar sowohl auf die Tanker-Angriffe als auch den Drohnenabschuss.[546] Der iranische Protest fiel ver-

---

541 „It's very important to know the truth and it's very important that responsibilities are clarified. Obviously that can only be done if there is an independent entity that verifies those facts.", Wintour, UK Joins US in Accusing Iran of Tanker Attacks, The Guardian v. 14. Juni 2019.

542 UN Doc. S/2019/512.

543 S. für das Video der Pressekonferenz Schwartz, „Trump: I Have A Feeling Iran Made A 'Mistake' Downing Drone, Was Not Intentional", RealClearPolitics v. 20. Juni 2019.

544 Twitter post v. 20. Juni 2019, abgedruckt in Israel's Netanyahu Urges Support for U.S. Against Iran's 'Aggression', Reuters v. 20. Juni 2019.

545 Twitter post v. 21. Juni 2019, abgedruckt in U.S.-Iran Crisis Updates: Trump Says Military Was Ready to Strike, NY Times v. 21. Juni 2019.

546 Barnes/Gibbons-Neff, U.S. Carried Out Cyberattacks on Iran, NY Times v. 22. Juni 2019; US Hits Iran with Cyberattacks: Report, Deutsche Welle v. 23.6.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichsweise zurückhaltend aus.[547] Nachdem der Iran in den folgenden Wochen mehrere Tanker anhielt, begannen die USA und Großbritannien, unterstützt von Bahrain und Australien, im Juli 2019 damit, Tanker in der Straße von Hormus militärisch zu eskortieren.[548]

Im September 2019 machten die USA und Saudi-Arabien den Iran weiter für umfangreiche Drohnenangriffe auf zwei saudische Öl-Raffinerien verantwortlich, die die jemenitischen Huthi-Rebellen für sich reklamierten.[549] Trump twitterte am Folgetag, dass die USA „locked and loaded depending on verification" seien.[550] Einen Tag später stellte er klar, dass die USA vor einer militärischen Reaktion zunächst herausfänden, „who definitively did it".[551] Im SR verurteilten fast sämtliche Mitglieder die Angriffe auf die Raffinerien. Außer den USA benannte aber niemand den Iran als Urheber.[552]

Von Interesse ist schließlich die Tötung des iranischen Generals Qasem Soleimani durch einen US-Drohnenangriff am 3. Januar 2020.[553] US-Präsident Trump rechtfertigte die Maßnahme wiederholt damit, dass es Anhaltspunkte für geplante Angriffe auf vier US-Botschaften gegeben habe, die mit der Tötung des Generals verhindert worden seien, wobei er vage Worte wählte.[554] In dem US-Brief an den SR war von diesen Anhaltspunkte keine Rede; vielmehr standen vorangegangene Angriffe des Irans im Vordergrund.[555] Selbst US-Außenminister Mike Pompeo, der sich zuvor

547 Der iranische Informationsminister erklärte, die Angriffe seien nicht erfolgreich gewesen. Das Außenministerium ließ verlautbaren, der Iran könne eine solche „Aggression" vor internationalen Gerichten verfolgen, Teheran befürworte eine „diffusion of tensions" in der Region, s. US Cyber Attacks on Iranian Targets Not Successfull, Iran Minister Says, Reuters v. 24. Juni 2014.

548 Martin/Doherty, Australia to Join US Military Effort, The Guardian v. 21. August 2019.

549 Borger/Chulov, Trump Says US Response to Oil Attack Depends on Saudi Arabia's Assessment, The Guardian v. 17. September 2019.

550 Tweet v. 15. September 2019, abgedruckt bei Lyons, Saudi Arabia Oil Attack, The Guardian v. 16. September 2019.

551 Pressekonferenz vom 16. September 2019, Video der Äußerung auf ITV, Donald Trump: "Looking like" Iran was Behind Saudi Arabia Oil Attack, v. 16. September 2019.

552 UN Doc. SC/13952.

553 Hassan/Hubbard/Rubin, Protesters Attack U.S. Embassy in Iraq, Chanting 'Death to America', NY Times v. 31. Dezember 2019.

554 Rede von Donald Trump in Toledo, Ohio, v. 9. Januar 2020; Interview in Foxnews v. 10. Januar 2020.

555 Letter dated 8 January 2020 from the US Permanent Representative, UN Doc. S/2020/20.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ähnlich wie Trump geäußert hatte, distanzierte sich später von dieser Rechtfertigung,[556] ebenso US-Verteidigungsminister Mark Esper.[557]

Diese Vorfälle[558] sind hier in dreierlei Hinsicht von Bedeutung. Erstens deuten der beachtliche Widerstand gegen die frühe US-saudische Festlegung auf den Iran als Urheber der Tankerangriffe, Trumps vorsichtigere Äußerungen zum Angriff auf die saudischen Raffinerien sowie die Distanzierung anderer US-Amtsträger von Trumps Rechtfertigung für die Tötung Soleimanis darauf hin, dass für eine militärische Reaktion auf einen Vorfall eine ausreichend gesicherten Faktenlage verlangt wird, an der es in den konkreten Fällen fehlte. Zweitens ist bemerkenswert, dass Präsident Trump den für einen Irrtum gehaltenen Drohnenabschuss – obwohl sonst nicht um weitaus deutlichere Worte verlegen – nur als Akt eines „loose and stupid" Soldaten und als „foolish move" bezeichnete, nicht aber als „use of force" oder (wie Israel) als „aggression". Dennoch – das ist der dritte interessante Aspekt – sahen die USA in dem iranischen Irrtum offenbar keinen Hinderungsgrund für eine militärische Reaktion. Wenn auch die formulierte rechtliche Begründung sowohl für den Drohnenabschuss als auch für die erwogene amerikanische Militäroperation anfechtbar erscheint,[559] mag der Vorfall daher ein Indiz dafür bilden, dass Irrtümer die Verletzung des Gewaltverbotes ausschließen können und das Selbstverteidigungsrecht des Opfers dennoch davon unberührt bleibt.

e) Zwischenergebnis

Vermeidbare Irrtümer werden verbreitet für irrelevant gehalten. Im Hinblick auf unvermeidbare Irrtümer ist keiner der untersuchten Fälle ein glasklarer Präzedenzfall. Die Abschussfälle El Al Flight 402, Korean Air Lines 907, Iran Air Flight 655 sowie der USS-Liberty-Fall legen eine objektive ex-ante-Beurteilung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts

556 Cohen, Barr and Pompeo Shift Justification for Iran Strike from 'Imminent' Threat to Deterrence, CNN v. 14. Januar 2020.

557 Cole, Esper won't Confirm Intelligence About President's Claim that Soleimani was Targeting 4 US Embassies, CNN v. 12. Januar 2020.

558 In diesem Kontext kam es schließlich zum Abschuss des Ukraine International Airline Flight 752 durch den Iran, dazu s.o. III. 2. b) hh).

559 Selbst wenn die Aufklärungsdrohne in den iranischen Luftraum eingedrungen sein sollte, stellte dies kaum einen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC dar (s.o. III. 2. b. aa). Die amerikanische Legitimation suggeriert eher eine Vergeltungs- als eine Selbstverteidigungsmaßnahme.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber nahe – letzterer Fall zumindest für Angriffe auf Drittstaaten während eines Krieges. Kein Fall weist in die Richtung einer vollständigen ex-post-Beurteilung. Auch beim iranischen Abschuss einer US-Drohne im Juni 2019 mag sich der angenommene Irrtum mildernd auf die Bewertung ausgewirkt haben. Ähnlich wie bei der Staatenpraxis vor 1945, bei der die gegensätzliche Sichtweise noch leicht überwog, kann in den genannten Fällen angesichts des jeweils bestehenden Spielraumes bei der Auslegung der Äußerungen jedoch nicht mehr als eine Tendenz erblickt werden. Ihr Auslegungswert wird zudem dadurch relativiert, dass nicht alle Fälle ausdrücklich an den Normen der Charta gemessen wurden und die hier zugrunde gelegten Kriterien zur Abgrenzung von Polizeimaßnahmen[560] in der Staatenwelt nicht universal geteilt werden. Für den Fehlverdacht machen der Abschuss von El Al Flight 402 und die Gewaltanwendungen während der US-iranischen Krise 2019/2020 deutlich, dass jedenfalls eine bestimmte Wahrscheinlichkeitsschwelle überschritten sein muss. Ersterer Fall zeigt zudem, dass die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter dabei einen relevanten Faktor darstellt.

3. Fehlvorstellungen bei der Abwehr von Terrorismus

Unilaterale militärische Maßnahmen zur Terrorismusabwehr, die Staaten häufig mit ihrem Selbstverteidigungsrecht begründen, sind nicht selten mit Fehlvorstellungen über die Sachlage behaftet. Auch wenn die Rechtfertigung solcher Einsätze mit Art. 51 UNC viele schwierige Fragen aufwirft,[561] geben die Reaktionen der Staaten Hinweise darauf, wie Fehlvorstellungen über die Voraussetzungen dieser Norm behandelt werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die Staaten wie in den sogleich betrachteten Fällen ausdrücklich auf diesen Erlaubnissatz berufen und seine Anwendung nicht im Grundsatz bestritten wird. Fehlvorstellungen beziehen sich hier häufig weniger darauf, *ob* ein Angriff stattgefunden hat, als wer sein *Urheber* ist. Ebenso relevant sind Fälle, in denen zwar der Urheber des Angriffs feststeht, nicht aber, ob er eine Verbindung zu dem Staat oder dem

560 S.o. 7. Kap., III. 2., a, aa, (2).

561 Dazu gehört u.a., (1) ob der Terrorangriff die Angriffsschwelle überschreitet, (2) wann das Selbstverteidigungsrecht entsteht und wie lange es fortdauert und (3) inwieweit Selbstverteidigung gegen Angriffe nicht-staatlicher Akteure zulässig ist, die keinem Staat zurechenbar sind; zu diesen Fragen Tams, EJIL 20 (2009), S. 359–397; zum Fall Irak 2003 s. bereits oben 7. Kap., III. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkreten Objekt besitzt, gegen die sich die militärische Reaktion richtet.[562]

a) Der Angriff auf die sudanesische Pharmafabrik Al-Schifa (1998)

In die letzte Kategorie fällt die Zerstörung der Arzneimittelfabrik Al-Schifa in Khartum am 20. August 1998 durch amerikanische Raketen, mit der die USA auf Anschläge der Terrororganisation Al-Qaida auf die amerikanischen Botschaften in Daressalam und Nairobi reagierten. Die USA nahmen an, dass ein Zusammenhang zwischen der sudanesischen Fabrik und dem Al-Qaida-Anführer Osama Bin Laden bestehe und dort Nervengas hergestellt werde.[563] Für beides ließen sich im Nachhinein keine Anhaltspunkte finden,[564] sodass auch die US-Regierung nach dem Angriff von einigen der vorher formulierten Verdächtigungen abrückte.[565] Innerhalb der Clinton-Administration war die Frage, ob die Verdachtsmomente gegen die Fabrik für einen Militärangriff ausreichten – man stützte sich maßgeblich auf eine Bodenprobe des Nachrichtendienstes –, offenbar kontrovers

562 Mit „Verbindung" ist primär die Zurechenbarkeit des Angriffs gemeint. Auch die Unfähigkeit und Unwilligkeit eines Staates, den Angriff aufzuhalten, kann aber zweifelhaft sein; zu den verschiedenen Konstellationen und ihre Behandlung s. Kreß, Gewaltverbot, S. 24, 143–335. Nicht behandelt werden hier gezielte Tötungen von fälschlicherweise als Terroristen identifizierten Zivilisten. Denn soweit sich in dem Zielstaat tatsächlich Terroristen befinden, liegt darin kein Irrtum über die Selbstverteidigungs*lage*, sondern vorrangig ein Problem der Verhältnismäßigkeit.

563 S. umf., Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537–557; Wedgwood, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 559 (563–576); Cannizzaro/Rasi, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 541–551.

564 Insb. die Annahme, es seien Chemiewaffen hergestellt worden, wird heute überwiegend für widerlegt gehalten. Auch stand der Fabrikeigentümer, ein saudischer Geschäftsmann, jedenfalls in keiner direkten Verbindung zu Bin Laden, vgl. Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999; Loeb, A Dirty Business, Washington Post v. 25. Juli 1999; Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (544 f); vorsichtiger Wedgwood, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 559 (572–574). Zu der vom Firmeninhaber in Auftrag gegebenen Untersuchung, die keine Beweise für die amerikanischen Behauptungen zu Tage förderte s. Marshall, US Evidence of Terror, Independent v. 15. Februar 1999; Loeb, A Dirty Business, Washington Post v. 25. Juli 1999.

565 Die Behauptung etwa, die Firma stelle keinerlei Medikamente her, erschien haltlos, gehörte Al-Schifa doch zu den wichtigsten Pharmaherstellern des Sudans, vgl. Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (544); Weiner/Myers, US Notes Gaps, NY Times v. 3. September 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diskutiert worden.[566] Die USA beriefen sich nach der Operation auf Art. 51 UNC, gestanden aber keinen Irrtum ein, sondern stützten sich auf „überzeugende Beweise" dafür, dass von den getroffenen Zielen aus weitere Terroranschläge geplant worden seien.[567] Der Sudan führte die Bombardierung auf einen Irrtum zurück,[568] verurteilte sie als Aggression und eindeutige Verletzung der Charta[569] und machte geltend, dass die USA über die Fabrik nie einen Verdacht geäußert hätten und sich diese jederzeit hätten ansehen können.[570] Einige arabische Staaten,[571] die Arabische Liga[572] und die Bewegung der blockfreien Staaten[573] schlossen sich der sudanesischen Beurteilung an. Kritik an den USA kam auch aus Russland[574] und China.[575] Einige westliche Staaten befürworteten zwar das amerikanische Handeln[576] oder äußerten Verständnis,[577] legten dabei aber überwiegend die von den USA als wahr behaupteten Fakten und nicht die US-*Vorstellung* davon zugrunde. Nur vereinzelte Äußerungen lassen sich so verstehen, dass es auf die amerikanische ex-ante-Sicht ankomme.[578] Arabische Forde-

566 Risen, To Bomb Sudan Plant, or Not, NY Times v. 27. Oktober 1999; Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999.

567 UN Doc. S/1998/780; vgl. auch Äußerung des Pressesprechers des Weißen Hauses, zitiert von Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999; Äußerungen von Senatoren nach dem CIA-Briefing 12. Oktober 1999, Zakaria, US Senator Questions 1998 Bombings in Sudan, Reuters v. 12. Oktober 1999.

568 UN Doc. S/1999/889, S. 2 f; S/1999/895, S. 3; S/1999/1100, S. 1.

569 UN Doc. S/1998/786, S. 1–3; UN Doc. S/1998/792, S. 3.

570 UN Doc. S/1998/786, S. 3.

571 Für Libyen und Irak s. Jehl, After the Attacks, NY Times v. 22. August 1998; Pakistan beklagte die Verletzung seines Luftraumes, UN Doc. S/1998/794.

572 UN Doc. S/1998/789, S. 2; Rat der Arabischen Liga Resolution 5896 (1999), para. 7.

573 UN Doc. S/1998/879, S. 2.

574 Wines, Russia is Critical, NY Times v. 22. August 1998.

575 Williamson, Terrorism, War and International Law, S. 141.

576 So etwa Großbritannien, Australien und Israel, vgl. Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998; Clinton defends military strikes, BBC News v. 20. August 1998, ebenso Deutschland, vgl. Streit um zerstörte Fabrik, Die Welt v. 24. August 1998.

577 So Japans Premierminister Keizo Obuchi, Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998.

578 So eine Äußerung Großbritanniens („[T]hey *expected* the sites to be used for further terrorist attacks, and so the Americans were therefore acting in self-defense") und Japans („It is obvious the measures were taken to prevent terrorist acts from spreading worldwide. *It is necessary to grasp the circumstances behind President Clinton's decision*") [Hervorhebungen hinzugefügt], Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungen nach einer Dringlichkeitssitzung des SR[579] und einer Fact-Finding-Mission[580] fanden kein Gehör. Der Vorfall war nur am Rande Gegenstand eines informellen Treffens der SR-Mitglieder.[581] Auch zu Schadensersatzleistungen seitens der USA kam es nicht.[582] Die zivilrechtliche Klage des Unternehmens und seines Inhabers vor amerikanischen Gerichten wurde 2010 zurückgewiesen, weil es sich bei der Angriffsentscheidung um eine nicht-justiziable politische Maßnahme gehandelt habe.[583]

Der Vorfall weist auf eine Tendenz der Staaten hin, die Voraussetzungen von Art. 51 UNC ex post zu beurteilen – unabhängig davon, ob die Operation, die angenommene Faktenlage als richtig unterstellt, vom Selbstverteidigungsrecht gedeckt gewesen wäre.[584] Denn trotz der vereinzelten Andeutungen in Richtung einer ex-ante-Perspektive entzündete sich der Streit primär an der Frage, ob die Al-Schifa-Fabrik *tatsächlich* in die Herstellung von Chemiewaffen und den internationalen Terrorismus involviert war oder nicht. Die verbreitet geteilte sudanesische Argumentation, die Operation sei im Falle einer Fehlvorstellung – der Sache nach handelte es sich um einen Fehlverdacht – als rechtswidrig zu beurteilen, wurde selbst von den USA nicht im Grundsatz bestritten. Auch das Ausbleiben einer Reaktion des SR und von Schadensersatzzahlungen lässt sich wohl auf die umstrittene Faktenlage zurückführen und nicht darauf, dass die Fehlvorstellung für beachtlich gehalten wurde.

b) Weitere Fälle vermuteter Verantwortlichkeit für ein Attentat

Auch in einer Reihe von Fällen, in denen an der vom handelnden Staat behaupteten Sachlage zunächst Zweifel bestanden – und zum Teil bis heute

---

579 UN Doc. S/1998/786, S. 4; S/1998/792, S. 4 (Sudan); S/1998/790 (Gruppe islamischer Staaten); Rat der Arabischen Liga Resolution 5896 (1999), para. 7.

580 UN Doc. S/1999/889, S. 3; S/1999/894, S. 2 f.

581 Office of Spokesman for Secretary General, Press Briefing v. 24. August 1998; erwähnt wurde er außerdem in der UN-Generalversammlung, vgl. Press Release UN Doc. GA/9457 (1998).

582 UN Doc. S/1999/889, S. 2.

583 El-Shifa Pharmaceutical v. United States (D.C. Cir. June 8, 2010).

584 Zu einigen problematischen Aspekten s. Cannizzaro/Rasi, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 541 (546–548). Die meisten Staaten bestritten die Anwendung von Art. 51 UNC aber nicht in rechtlicher, sondern in tatsächlicher Hinsicht, sodass der Fall Aufschluss über Fehlvorstellungen bei Art. 51 UNC gibt. Zur Bedeutung des Vorfalls für Selbstverteidigung gegen Angriffe Privater s. Henderson, Persistent Advocate, S. 150–152.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestehen – und es daher Anlass dazu gab, zur maßgeblichen Perspektive Stellung zu beziehen, deuten die Äußerungen der Staatenvertreter überwiegend auf eine ex-post-Bewertung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts hin. Das gilt etwa für den israelischen Angriff auf das PLO-Hauptquartier in Tunis am 1. Oktober 1985, mit dem Israel auf die Tötung dreier Israelis auf einer Yacht im Hafen von Larnaka in Zypern reagierte.[585] Während die PLO die Verantwortlichkeit für dieses Massaker bestritt, stützte sich Israel unter anderem auf Informationen eines anonymen Anrufers, demzufolge die Angreifer auf die Yacht der PLO-Einheit Force 17 angehörten.[586] In der SR-Debatte, in der alle Staaten außer den USA das israelische Handeln als Verletzung der Charta beurteilten,[587] betonten mehrere Staatenvertreter das Abstreiten der Verantwortung durch die PLO.[588] Wenn diese Argumentation auch keinen ganz eindeutigen Schluss zulässt[589] (und später weitere Indizien für die tatsächliche PLO-Zugehörigkeit der Attentäter ans Licht kamen),[590] mag man sie so deuten, dass die Staaten nicht Israels ex-ante-Sicht, sondern die *tatsächliche* Sachlage für entscheidend hielten.

Ähnliches lässt sich über die Reaktionen auf den US-Angriff auf verschiedene libysche Städte in der Nacht zum 15. April 1986 sagen.[591] Diesem waren Spannungen zwischen Libyen und den USA vorausgegangen, die in einem Anschlag auf die Diskothek La Belle in Westberlin gipfelten. Die später von deutschen Gerichten festgestellte Verbindung zwischen

---

585 S. dazu Pobjie/Declercq/van Steenberghe, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 395–402; Williamson, Terrorism, War and International Law, S. 132–134.

586 Rogg, 3 Israelis Slain, NY Times v. 26. September 1985; Fisher, Elite PLO Unit Blamed, LA Times v. 29. September 1985; Rabinovich/Shaked, Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985, S. 91.

587 UN Doc. S/PV.2610 und S/PV.2611; vgl. auch die das Handeln verurteilende SR-Resolution 573 (1985); Pobjie/Declercq/van Steenberghe, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 395 (396 f).

588 UN Doc. S/PV.2610 Rn. 68 (Ägypten), S/PV.2611 Rn. 40 (Türkei), Rn. 111 (Großbritannien).

589 So könnte man diese Aussagen auch so verstehen, dass Israel aufgrund der bestrittenen Verantwortungsübernahme der PLO noch am Tag des Attentats *zum Handlungszeitpunkt* nicht von ihrer Urheberschaft ausgehen *durfte*, sodass eine objektive ex-ante-Sicht maßgeblich wäre.

590 Die Attentäter sollen von Angehörigen der palästinensischen Force-17-Einheit als Mitglieder einer Fatah-Einheit identifiziert worden sein, Rabinovich/Shaked, Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985, S. 91.

591 S. dazu Kamto, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 408–425; Intoccia, Case W. Res. J. Intl'l L. 19 (1987), S. 177–213; Security Council RoP (1993–1995), S. 1148 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Anschlag und dem libyschen Nachrichtendienst[592] erschien unmittelbar nach den amerikanischen Luftangriffen noch unklar. In der SR-Debatte, in der das amerikanische Handeln auf verbreitete Kritik stieß,[593] zweifelten viele Staaten die Verantwortlichkeit Libyens für den Anschlag an und stellten so implizit auf die tatsächliche und nicht die von den USA angenommene Sachlage ab.[594] Ugandas Aussage ist in dieser Hinsicht besonders deutlich:

> „The purpose of the Article is to grant the right of self-defence to any United Nations Member State which is *actually* being attacked, until the Security Council can take appropriate action. The evidence thus far proffered does not persuade us that an armed attack within the meaning of Article 51 had taken place […].“[595] [Hervorhebung hinzugefügt]

Interessant ist schließlich die internationale Resonanz auf den ähnlich gelagerten Fall der US-Angriffe auf das Hauptquartier des irakischen Nachrichtendienstes in Bagdad am 27. Juni 1993.[596] Mit dieser Operation reagierte die Clinton-Administration auf einen vereitelten Anschlagsversuch auf den früheren US-Präsidenten George Bush in Kuwait, für den die USA den irakischen Nachrichtendienst verantwortlich machten. Inwieweit dieser in die Attentatspläne tatsächlich involviert war, ist bis heute nicht geklärt.[597] Die Reaktionen der Staatenwelt fielen nicht nur insgesamt deut-

---

592 BGH NJW 2004, 3051 (3051 f). Zu begrifflichen Fragen dieses staatlich gesponserten Terrorismus s. Terry, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 159 (161 f).

593 S. UN Doc. S/PV.2674 – 2683; ausf. Kamto, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 408 (409–419). Die Generalversammlung verurteilte die Operation als „violation of the Charter and of international law“, A/RES/41/38, para. 1.

594 UN Doc. S/PV/2675, S. 18 (Syrien), S. 24 f (Oman); S/PV.2676, S. 4 (Algerien); S/PV.2680, S. 32–35 (Ghana); vgl. auch S/PV.2677, S. 6 (Qatar); Vietnam und Nicaragua verglichen den Angriff mit dem Golf-von-Tonkin-Vorfall, UN Doc. S/PV.2677, S. 36; S/PV.2680, S. 47.

595 UN Doc. S/PV.2682, S. 16.

596 S. dazu Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504–526.

597 Die USA stützten sich erstens auf (allerdings in ihrem Wert bestrittene) Aussagen zweier Hauptverdächtiger, die behaupteten, ihre Befehle vom Iraqi Intelligence Service (IIS) erhalten zu haben. Zweitens waren forensische Untersuchungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die für den Anschlag vorgesehene Bombe den vom IIS früher verwendeten Sprengkörpern ähnelte. In einem Punkt unterschieden sie sich jedoch voneinander, was in den späteren Berichten der CIA und des Department of Justice nicht erwähnt wird. Drittens deuteten offenbar US-Nachrichtendienstinformationen auf eine Beteiligung des IIS hin, wobei die maßgeblichen Berichte nie deklassifiziert wurden. Zum Ganzen s. USDOJ/OIG

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich positiver aus als bei dem Angriff auf Libyen 1986.[598] Unter die Staaten, die implizit auf die *zum Zeitpunkt der Debatte* verfügbaren Beweise abstellten und so eine ex-post-Perspektive zugrunde legten,[599] mischten sich auch Stimmen, die der ex-ante-Sicht der amerikanischen Regierung Bedeutung beimaßen.[600] Insoweit lässt der Vorfall keinen eindeutigen Schluss auf die Beurteilung der Selbstverteidigungslage zu.

Die Bedeutung dieser Art von Fällen, von denen man weitere nennen könnte,[601] darf insgesamt nicht überschätzt werden. Keine der erwähnten Stellungnahmen setzte sich explizit mit der Frage der Perspektive auseinander. Ebenso wenig lag den Fällen ein zum Zeitpunkt der Äußerungen ersichtlicher Irrtum oder Fehlverdacht zugrunde. Ihnen kann nicht dasselbe Gewicht beigemessen werden wie der Aussage eines Staates über eine Situation, in der der handelnde Akteur wie etwa bei den Flugzeugabschussfällen zweifellos falsch gelegen hat.

Special Report, The FBI Laboratory, April 1997, Part three, Section D; s. auch Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504 (505).

598 UN Doc. S/PV.3245; Beck/Arendt, Wisconsin Int'l L. J. 12 (1993), S. 153 (192); zurückhaltender Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504 (505, 524 f).

599 UN Doc. S/PV.3245, S. 11 (Irak), S. 18 (Brasilien): „[T]he United States Government indicates that there *is* clear and compelling evidence of the involvement of the Government of Iraq"; ebd. S. 18 (Ungarn): „The action […] was justified, according to the information *available to us* […]", ebd. S. 21 (Großbritannien): „The US Government *has* clear evidence of the involvement of the Iraqi intelligence services."

600 UN Doc. S/PV.3245, S. 13 (Frankreich): „My delegation appreciates the fact that the US Government has set before the Council the elements *that led it to conclude* that the Iraqi Government was directly involved"; ebd. S. 16 (Japan): „I have taken particular note of the statement by Ambassador Albright that the United States Government *had compelling evidence* of the direct involvement of the Iraqi Government. *Given such circumstances*, my government considers that *there existed an unavoidable situation* in which the United States Government could not help but take action"; ebd. S. 24 (Spanien): „we understand the action the United States Government *felt forced* to take in the exceptional circumstances of this case"; ebd. S. 23 (Neuseeland): „My country can understand why, *faced with the evidence* of a serious act of aggression […], any country would feel obliged to consider responding with force" [Hervorhebungen hinzugefügt].

601 ZB der Streit um die tatsächlichen Fakten im Konflikt zwischen den Vereinigten Arabischen Republik und dem Libanon 1958, Portugal und Sambia, Guinea und dem Senegal in den 1960er Jahren, Südafrika und Sambia, Botswana, Angola, Mosambik und Lesotho in den 1970er und 1980er Jahren, dazu Ruys, Armed Attack S. 291, 397, 399 f. Beim US-Gewalteinsatz gegen Afghanistan nach 9/11 wurde die angeführte Faktenlage vergleichsweise wenig in Zweifel gezogen, dazu O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (20).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Das Abfangen eines libyschen Flugzeugs mit syrischen Offiziellen (1986)

Etwas anders lagen die Dinge bei der von israelischen Kampfflugzeugen erzwungenen Landung eines libyschen Flugzeugs am 4. Februar 1986.[602] Israel nahm irrig an, es transportiere Terroristen, die Anschläge planten. In Wahrheit hatte das Flugzeug syrische Offizielle an Board, die, sobald die Sachlage aufgeklärt war, weiterfliegen durften. In der eigens anberaumten Sitzung des SR berief sich Israel auf sein Selbstverteidigungsrecht und legte unter Berufung auf eine Passage *Bowetts* zum Marianna-Flora-Fall dar, dass der vernünftige Verdacht einer Gefahr ausreiche. Wenn er sich später als unbegründet erweise, sei das irrelevant.[603] Diese Argumentation stieß auf heftigen Widerstand der meisten arabischen und einiger afrikanischer Staaten, die eindrücklich vor den Konsequenzen eines solchen „law of suspicion", „law of probability" warnten.[604] Jedoch wird aus ihrer Kritik nicht deutlich, ob sie sich gegen eine objektive ex-ante-Beurteilung als solche wandten, oder nur das Fehlen hinreichender Verdachtsmomente beklagten. Selbst die USA stellten klar, dass das Abfangen ziviler Flugzeuge nur „on the basis of the strongest and clearest evidence that terrorists are on board" zulässig sei,[605] womit sie aber immerhin einen – wenn auch strengen – objektiven ex-ante-Maßstab zugrunde legten. Die Annahme einer Israel verurteilenden SR-Resolution verhinderten die USA durch ihr Veto.[606] Angesichts der Uneinigkeiten der Staatenvertreter und der fehlenden Eindeutigkeit Israel-kritischer Äußerungen lässt sich dem Vorfall kein anderer verlässlicher Schluss entnehmen als der, dass jedenfalls ein nicht auf hinreichende Verdachtsmomente gestützter Fehlverdacht nicht berücksichtigungsfähig ist.

d) Zwischenergebnis

Die genannten Fälle deuten darauf hin, dass die irrtumsanfälligsten Voraussetzungen der Selbstverteidigung zur Abwehr terroristischer Gefahr –

602 Vgl. zusammenfassend Security Council RoP (1984–1988), S. 430 f.
603 UN Doc. S/PV.2651, S. 18.
604 S. insb. UN Doc. S/PV.2651, S. 27–36 (Syrien); krit. auch S/PV.2655, S. 11 f (Vereinigten Arabischen Emirate), S. 26 f (Ghana); S. 34 f (Algerien), S. 56 f (Irak); S. 82 (Kongo).
605 UN Doc. S/PV.2655, S. 113.
606 Vgl. S.PV.2655, S. 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Zurechenbarkeit eines Terrorangriffs gegenüber einem Staat oder die sonstige Verbindung zu einer auf seinem Territorium befindlichen Gefahr – ex post beurteilt werden und das Risiko von Fehlvorstellungen insoweit der handelnde Akteur zu tragen hat. Die Existenz des bewaffneten Angriffs selbst ist von diesem Aspekt nicht sinnvoll zu trennen. Ob dieser Umstand die Beurteilung der Erlaubnislage iSd Art. 51 UNC auch außerhalb der Terrorismusabwehr beeinflusst, ist fraglich, wird doch teilweise angenommen, dass dieser spezifische Bereich eine Anpassung der allgemeinen Grundsätze erfordert.[607] Dennoch ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Staaten die tatsächliche Sachlage zugrunde legten, ein gewisses Indiz dafür, dass die angenommene ex-post-Beurteilung auch über den Bereich der Terrorismusbekämpfung hinausreicht.

4. Fehlvorstellungen bei Cyberangriffen

Praktisch besonders bedeutsam ist das Irrtums- und Fehlverdachtsrisiko im Bereich des Cyberwars, ist die Identität des Urhebers eines Cyberangriffs doch häufig monate- oder jahrelang ungewiss, das Internet ein einziger „Maskenball".[608] Will ein Staat einen Cyberangriff abwehren noch während er stattfindet, sind Irrtümer nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich. Die in diesem Bereich gemachten staatlichen Äußerungen sind freilich nur relevant, soweit sie Cyberangriffe betreffen, die als Angriff iSd Art. 51 UNC zu qualifizieren sind. Das ist nach inzwischen verbreiteter Auffassung zu bejahen, wenn die Cyber-Operation in Umfang und Folgen nicht nur einer Gewalthandlung iSd Art. 2 (4)-UNC gleichsteht – was jedenfalls der Fall ist, wenn Personen verletzt werden oder Eigentum beschädigt wird[609] –, sondern auch die Schwelle eines bewaffneten Angriffs über-

---

607 Zur (unterschiedlichen) Anwendung von Art. 51 UNC zwischen Staaten und zwischen Staaten und Privaten zB Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96–105).

608 Brenner, America the Vulnerable, S. 32: „[T]he internet is one big masquerade ball. You can hide behind aliases, you can hide behind proxy servers, and you can surreptitiously enslave other computers without their owners' knowledge – and then use their computers to do your dirty work".

609 Vgl. Rule 69 Tallinn Manual 2.0, Commentary (9 a); Roscini, Cyber Operations, S. 52–55; möglicherweise auch solche, die wichtige Infrastruktur ausschalten, ebd. S. 55–63; der IGH hat sich bisher nicht ausdrücklich dazu geäußert, ob das Gewaltverbot den Einsatz von Waffengewalt voraussetzt, s. dazu ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 68; ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 39; vgl. Kreß, in:

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schreitet.[610] Daneben ist möglich, dass der Cyberangriff Teil eines militärischen Angriffs ist.[611]

Bis heute hat kein Staat, der zum Opfer eines Cyberangriffs wurde, eine Abwehrmaßnahme mit dem Selbstverteidigungsrecht begründet. In den meisten Fällen haben Staaten entweder ganz auf Abwehrmaßnahmen verzichtet oder sie im Verborgenen ergriffen.[612] Die Untersuchung der Selbstverteidigung iSd Art. 51 UNC gegen Cyberangriffe muss sich daher auf abstrakte staatliche Äußerungen beschränken. Die meisten dieser Äußerungen haben die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts objektiv formuliert.[613] Steht jedoch wie bei diesen Aussagen keine Irrtumssituation in Rede, kann davon nicht zwingend auf eine ex-post-Beurteilung geschlossen werden.[614] Nur einzelne Stimmen legen ein solches Verständnis nahe.[615] Größere Bedeutung kann hingegen Aussagen beigemessen werden, in de-

---

Weller, Oxford Handbook, S. 575–577; vgl. auch Schmitt, Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (904–923), der sechs Kriterien vorschlägt, ebd. S. 914 f.

610 Vgl. Rule 71 Tallinn Manual 2.0; neben diesem „effect-based approach" wurde vorgeschlagen, auf das verwendete Mittel oder das angestrebte Ziel abzustellen, s. Roscini, Cyber Operations, S. 46–49; Hathaway/Crootof et al., California L. Rev. 100 (2012), S. 817 (845–848).

611 Schmitt, Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (929, 933), so in Georgien 2008, G. D. Brown, Joint Force Quart. 63 (2011), S. 69 (70).

612 Eing. Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (insb. 594–631, 638) zu sechs Fallstudien zwischen 2012 und 2017; zur ausbleibenden Reaktion Irans nach Stuxnet G. D. Brown, Joint Force Quart. 63 (2011), S. 69–73; Teile der Literatur stellen wegen dieser Zurückhaltung der Staaten die Eignung der Kategorien des Friedenssicherungsrechts für den Cyberbereich insgesamt in Frage, so Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (653 f). Diese Kritik geht am Problem vorbei. Es geht nicht darum, ob sich die für kinetische Gewalt geltenden Grundsätze generell als tauglicher Maßstab für Cyberoperationen eignen, sondern ob Cybergewalt ein Ausmaß annehmen kann, der sie *sogar nach Art. 2 (4) UNC* (und nicht nur nach dem Maßstab anderer Normen) rechtfertigungsbedürftig macht und der den Opferstaat nach Art. 51 UNC *sogar zu kinetischer Gewalt* berechtigt. Dass es dazu in der Praxis noch nicht gekommen ist, ist insoweit ohne Bedeutung.

613 UN Doc. A/66/152, S. 18 (USA); Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 21 (Niederlande).

614 S.o. 7. Kap., I.

615 So der italienische Sicherheitsausschuss im Dokument „Relazione sulle possibili implicazioni" (2010), Doc. XXXIV n. 4, S. 26: „[È] necessario dimostrare in modo inequivocabile che tale attacco sia originato in un Paese sovrano e che sia stato ordinato da strutture governative e non da gruppi di hacker che si sono coordinati online." Die Betonung des „eindeutigen *Beweises*" (und nicht ihre ex-ante-Anzeichen) mag man als ex-post-Beurteilung und nicht nur als an Gewissheit grenzende ex-ante-Wahrscheinlichkeit verstehen. Doch ist das nicht zwingend, s. sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen die Bedingungen des Art. 51 UNC ohne Anlass *versubjektiviert* werden, wie dies 2009 durch Mali geschehen ist:

> „The use of an information weapon could be interpreted as an act of aggression if the victim State *has reasons to believe* that the attack was carried out by the armed forces of another State and was aimed at disrupting the operation of military facilities, destroying defensive and economic capacity, or violating the State's sovereignty over a particular territory."[616] [Hervorhebung hinzugefügt]

Eine ex-ante-Beurteilung legen auch Aussagen des US-Verteidigungsministeriums nahe, das für Fälle, in denen der Urheber eines Cyberangriffs nicht sicher identifiziert werden kann, zwar zur Vorsicht mahnt, aber anerkennt, dass „circumstances may arise in which the urgency of protecting critical information systems from serious damage may warrant adoption of a properly designed 'active defense'."[617] Wenn also bei Bestehen eines bloßen Verdachts zunächst Sachverhaltsaufklärung betrieben werden müsse, sei bei einem hohen Schadensrisiko Selbstverteidigung zulässig, und zwar – so muss die Passage im Kontext wohl verstanden werden – selbst dann, wenn sich der Verdacht im Nachhinein als falsch herausstelle. Die Aussage des Verteidigungsministeriums, dem Commander-in-Chief bleibe die jeweilige Verteidigungsmaßnahme auch gegen bloß *vermutete* rechtswidrige Operationen vorbehalten,[618] fügt sich in dieses Bild ein. In dieselbe Richtung weist das von den niederländischen Regierungs- und Parlamentsberatungsgremien AIV und CAVV[619] betonte Erfordernis, die Urheberschaft des Angriffs müsse, um Irrtümer zu vermeiden, hinreichend sicher sein und auf verlässlichen Informationen beruhen, bevor Verteidigung geübt werde.[620] Denn danach liegt nahe, dass eine Maßnahme, die diesen – wenn auch re-

---

616 UN Doc. A/64/129/Add. 1, S. 8.

617 US Department of Defense lawyers in Schmitt/O'Donnell, Int'l L. Studies 76 (1999), S. 459 (487). Die spätere Passage „[I]n some circumstances the National Command Authority (NCA) might decide to defend U.S. information systems by attacking a computer system overseas, and take the risk of having to make an apology or pay compensation to the offended government" ist wohl nicht auf Irrtümer, sondern auf Fälle bezogen, in denen der Angriff dem Staat, der von der Maßnahme betroffen wird, weder zurechenbar ist noch dieser die Gelegenheit bekommt, selbst gegen die Hacker vorzugehen, vgl. ebd. S. 488 f.

618 US Department of Defense, Cyberspace Policy Report, S. 9.

619 Advisory Report, Advisory Council on International Affairs (AIV)/Advisory Committee on Issues of Public International Law (CAVV), Cyber Warfare 77 (2011).

620 Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lativ hohen – Anforderungen einmal entspricht, auch dann rechtmäßig bleibt, wenn sich die Annahmen später als falsch herausstellen. Ansonsten hätte ein Hinweis auf die sich nachträglich als wahr ergebene Sachlage genügt.[621] Keine dieser Äußerungen legt jedoch so eindeutig eine ex-ante-Betrachtung zugrunde wie der Kommentar zu Rule 71 des Tallinn Manual 2.0, das sich als Reflexion des gegenwärtigen Völkerrechts versteht, auch wenn das bestritten wird:[622]

> „The exercise of the right of self-defence is subject to the requirements of necessity, proportionality, imminence, and immediacy (Rules 72–73). Of course, the right to engage in self-defence is also subject to the existence of a reasonable determination that an armed attack is about to occur or has occurred, as well as the identity of the attacker. *These determinations are made ex ante, not ex post facto. Their reasonableness will be assessed based upon the information available at the time they were made, not in light of information that subsequently becomes available.*"[623] [Hervorhebung hinzugefügt]

Der letzte Satz wurde der ansonsten identischen Passage des Kommentars der ersten Auflage des Manuals (2013) hinzugefügt. Zusammen genommen mit den erwähnten staatlichen Äußerungen lässt das Tallinn Manual die Feststellung zu, dass im Cyberwar die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts objektiv ex ante beurteilt werden.

Jedoch stellt sich wie bei der Terrorismusabwehr die Frage, welchen Auslegungswert diese opinio iuris[624] für das allgemeine Regime der Ausnahmen vom Gewaltverbot hat. Zweifellos bereitet die Rückverfolgung ei-

---

621 Das würdigt Roscini, Cyber Operations, S. 97–103 nicht ausreichend, wenn er IGH-Urteile, die wie Nicaragua auf den *nachträglichen* Beweis von Tatsachen bezogen sind, mit Äußerungen wie der zitierten niederländischen, die auf den *zum Handlungszeitpunkt* bestehenden Grad von Gewissheit bezogen sind, vermischt und es für erforderlich hält zu beweisen, dass der Cyberangriff „actually occurred", ebd. S. 98.

622 Tallinn Manual 2.0, S. 3. Bestritten wird dies aus den in Fn. 612 genannten Gründen, s. Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (654).

623 Tallinn Manual 2.0, Rule 71, Commentary (23); ähnlich bereits Commentary (14): „All the experts agreed that the lawfulness of the response would be determined by the reasonableness of the State's assessment as to whether an armed attack was underway against it."; bei Gegenmaßnahmen schließen selbst vernünftige Irrtümer über die Urheberschaft einer Operation die Rechtswidrigkeit hingegen nicht aus, Tallinn Manual 2.0, Section 1, Commentary (12).

624 Von einer *Staatenpraxis* kann mangels Übung keine Rede sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nes Cyberangriffs besondere Schwierigkeiten.[625] Hierin mag die Ursache dafür liegen, dass Staaten in der Praxis nicht nur keine offenen Verteidigungsmaßnahmen ergreifen, sondern häufig noch nicht einmal einen Verantwortlichen ausdrücklich benennen.[626] In der Literatur wird deshalb immer wieder die Frage erörtert, ob die allgemeinen Regeln für diesen Bereich anzupassen sind.[627] Doch begründet keiner der erwähnten staatlichen Akteure die zugrunde gelegte ex-ante-Beurteilung mit diesem Cyberwar-Spezifikum oder deutet an, dass das Recht des Cyberwars insoweit vom allgemeinen Regime der Selbstverteidigung abweiche. Die staatlichen Analysen beschränken sich im Gegenteil darauf, das vorhandene ius contra bellum auf den Cyberkontext – ohne inhaltliche Veränderung – anzuwenden.[628] Nähme man an, im allgemeinen ius contra bellum werde die Selbstverteidigungslage ex post beurteilt, würden die Staaten den ex-ante-Grundsatz im Cyberkontext wohl besonders rechtfertigen. Daher spricht vieles dafür, dass der im Cyberkontext geltende ex-ante-Grundsatz auf das allgemeine Friedenssicherungsrecht ausstrahlt.

5. Abstrakte Äußerungen zu antizipierter Selbstverteidigung nach 9/11

Abstrakte staatliche Äußerungen zu einer Ausnahme vom Gewaltverbot, losgelöst von einer Irrtumssituation, besitzen hier wie festgestellt nur begrenzte Aussagekraft. Einige Äußerungen aus der jüngeren Vergangenheit

---

625 S. zB Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 22; Schmitt/O'Donnell, Int'l L. Studies 76 (1999), S. 459 (486 f); zu den Gründen näher Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (632–633).

626 Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (634), die indes auch eine bewusste Politik der Ambiguität für möglich hält. Keine offizielle Zuschreibung erfolgte zB bei den Ababil-Operationen gegen die USA (2012–2013), den Operationen gegen das Sands Casino in den USA (2014), dem OPM Hack gegen die USA (2014–2015), den Shamoon-Angriffen gegen Saudi-Arabien und Qatar (2012) und Cyberangriffen gegen iranische Ölindustrie (2016), ebd. S. 655 f.

627 Vgl. den von Roscini gewählten Aufbau in: Ohlin/Govern/Finkelstein, Cyberwar, S. 219–245; Dev, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 379 (386–393); s. auch oben Fn. 612.

628 Vgl. die Stellungnahme der USA in UN Doc. A/66/152, S. 18; US Department of Defense Cyberspace Policy Report, S. 9; Niederländischer Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 21 f; NATO Wales Summit Declaration, para. 72; das Gleiche gilt für das Tallinn Manual 2.0, S. 328 f, übriges Kapitel 14; auch das Recht der Staatenverantwortlichkeit wird unverändert herangezogen, s. zB der frühere US-Völkerrechtsberater Egan in einer Rede im November 2016, abgedruckt Berk. J. Int'l L. 35 (2017), S. 169 (177).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur maßgeblichen Perspektive für die *antizipierte* Selbstverteidigungslage sind dennoch von hohem Interesse: die seit den Terrorangriffen vom 11. September 2001 zunehmend veröffentlichten nationalen Sicherheitsstrategien sowie eine Reihe – offenbar konzertierter – Stellungnahmen hochrangiger Völkerrechtsberater seit 2016.

a) Nationale Sicherheitsstrategien

In ihrer Nationalen Sicherheitsstrategie aus dem Jahr 2002 legten die USA die völkerrechtliche Grundlage für die sogenannte Bush-Doktrin, nach der Selbstverteidigung in einer Welt mit Massenvernichtungswaffen – die leicht zu verbergen seien und ohne Warnung eingesetzt werden könnten – bereits gegen sich *erst in der Bildung begriffene Gefahren* geübt werden könne.[629] Diese Konzeption wurde in der Strategie von 2006 bestätigt.[630] Beide Papiere legten den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen der eine solche Gefahr abzeichnenden Indizien eindeutig auf den Handlungszeitpunkt fest und damit einen objektiven ex-ante-Maßstab zugrunde, wobei sie den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad sehr niedrig ansetzten. Das Konzept von 2006 stellte mit Blick auf die vergebliche Suche nach Massenvernichtungswaffen im Irak klar, dass das Irrtumsrisiko insoweit vom Irak zu tragen sei, dessen Diktator die Weltgemeinschaft schließlich in die Irre geführt habe.[631] Der australische Premierminister John Howard, die amerikanische Konzeption befürwortend, verzichtete 2002 gar auf jegliche Verobjektivierung: „The principle that a country *which believes* it is likely to be attacked is entitled to take preemptive action is a self-evidently defensible and valid principle".[632]

---

629 US NSS 2002, S. 15, insb.: „The greater the threat, the greater is the risk of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. […] The United States will not use force in all cases to preempt emerging threats, nor should nations use preemption as a pretext for aggression. Yet in an age where the enemies of civilization openly and actively seek the world's most destructive technologies, the United States cannot remain idle while dangers gather." Zum Präemptionskonzept der USA s. Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525–550 (insb. 527–532).

630 US NSS 2006, S. 20–23.

631 US NSS 2006, S. 24.

632 Pressekonferenzv. 20. Juni 2002, Parliament House, Hervorhebung hinzugefügt; genauso Howard im TV-Interview mit Laurie Oakes v. 1. Dezember 2002.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieses Verständnis der US-Strategien 2002 und 2006, der auch die Obama-Strategie 2010 nicht den Rücken kehrte,[633] stieß zwar bei vielen Staaten auf Ablehnung, die an einem enger verstandenen imminence-Kriterium festhalten wollten.[634] Doch ob sich diese Kritik allein auf die geringen zeitlichen und wahrscheinlichkeitsspezifischen Anforderungen oder auch auf die *maßgebliche Perspektive* als solche bezog, ist ungewiss. Denn dass sie das Erfordernis engerer Voraussetzungen mit dem andernfalls hohen Irrtumsrisiko und der Notwendigkeit einer gewissen Verobjektivierung begründeten,[635] lässt nicht zwingend auf eine ex-post-Beurteilung schließen. Wie beim Cyberwar erörtert,[636] kann man Äußerungen dieser Art im Gegenteil auch so verstehen, dass eine Selbstverteidigungshandlung, die diesen hohen Anforderungen einmal genügt, rechtmäßig bleibt, selbst wenn sich später herausstellt, dass tatsächlich keine Angriffsgefahr bestand.

Die Sicherheitsstrategien der EU,[637] des Vereinigten Königreichs[638] und der NATO[639] positionieren sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich, enthalten sie doch, ähnlich wie die späteren US-Sicherheitsstrategien,[640] kaum konkrete Aussagen zur antizipierten Selbstverteidigung. Immerhin legen sie im Unterschied zu den US-Strategien von 2002 und 2006 nahe, dass der für ein vernünftiges Handeln erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad relativ hoch ist: So fordert Frankreich eine „explicit and confirmed threat",[641] das

633 Die maßgebliche Passage in NSS 2010, S. 22 bleibt vage: „The United States must reserve the right to act unilaterally if necessary to defend our nation and our interests, yet we will also seek to adhere to standards that govern the use of force."

634 Vgl. Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (540–546) u.a. zu Japan und kritischen Stimmen in England (Generalanwalt Goldsmith); s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 398–400.

635 China zufolge basiert die US-Konzeption hauptsächlich auf „subjective judgments, and is very easily abused and used as a pretext for war", so wiedergegeben bei Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (544).

636 S.o. 7. Kap., III. 4.

637 European Security Strategy (2003); Report on the implementation of the European Strategy (2008); European Union Global Strategy (2016).

638 UK NSS 2008; NSS 2009; NSS 2010; NSS and Strategic Defence and Security Review 2015 und Umsetzungsbericht (2018).

639 Strategic Concept 2003 (Auszug aus Zusammenfassung bei Yost, Int'l Affairs 86 (2010), S. 489 (506)); Strategic Concept 2010.

640 US NSS 2015; NSS 2017; deklassifizierte Zusammenfassung der NSS 2018.

641 Ministry of Defense, 2003–2008 Military Programme, Bill of Law, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

NATO-Konzept 2003, dass „it is *known* where the terrorists are".[642] Beide knüpfen damit letztlich an den ex-ante-Zeitpunkt an.

b) Jüngere Stellungnahmen der USA, Großbritanniens und Australiens

In bemerkenswerter Deutlichkeit bekannten sich der britische Generalanwalt Jeremy Wright und der australische Generalanwalt George Brandis in öffentlichen Reden vom Januar und April 2017 in amtlicher Funktion abstrakt zur Zulässigkeit antizipierter Selbstverteidigung, und zwar unter weiter verstandenen Voraussetzungen als einer ausschließlich *zeitlich* verstandenen imminence.[643] Beide sprachen sich für die vom britischen Völkerrechtler Sir Daniel Bethlehem formulierten Faktoren aus, zu denen neben der zeitlichen Unmittelbarkeit die Wahrscheinlichkeit des Angriffs, seine Zugehörigkeit zu dauerhaften militärischen Aktivitäten, die wahrscheinlichen Folgen des drohenden Angriffs und die Möglichkeit anderer schonenderer Maßnahmen gehören. Die Beurteilung müsse, wie auch die Chatham-House-Prinzipien betonen,[644] „in good faith and on the basis of sound evidence" geschehen.[645] Beide Völkerrechtler hoben hervor, dass „there must be a *reasonable and objective basis* for determining that an attack is imminent."[646] Diese Auffassung hatte 2016 bereits der amerikanische Völkerrechtsberater *Brian Egan* für die US-amerikanische Regierung zum Ausdruck gebracht.[647] Der australische Generalanwalt fügte schließlich hinzu, dass die Regierung nicht nur die Risiken eines Tätigwerdens, sondern auch die eines Untätigbleibens berücksichtigen müsse. Eindeutiger hätten die USA, Großbritannien und Australien die Maßgeblichkeit der objektiven ex-ante-Sicht wohl nicht formulieren können. Zudem blieb ihre Rechtsauffassung in diesem Punkt – das ist so bemerkenswert wie die

642 Vgl. Auszug der Zusammenfassung des Military Concept for Defence Against Terrorism vom Oktober 2003 bei Yost, Int'l Affairs 86 (2010), S. 489 (506), Hervorhebung hinzugefügt.
643 S.o. 1. Kap., I. 2., Fn. 65.
644 Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 963 (967).
645 Reden des britischen und des australischen Generalanwalts, s.o. Einleitung, Fn. 8 und 1. Kap., I. 2., Fn. 50.
646 So wörtlich der australische Generalanwalt, Hervorhebung hinzugefügt; sich eine ganz ähnliche Aussage Daniel Bethlehems zu eigen machend auch der britische Generalanwalt.
647 Rede anlässlich des 110. Treffen der American Society of International Law am 1. April 2016, abgedruckt in Int'l L. Stud. 92 (2016), S. 235 (239).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stellungnahmen selbst – weitgehend unwidersprochen. Auch die völkerrechtliche Literatur, in der die britische und australische Rede viel Beachtung fand, konzentrierte sich auf die Ausweitung des imminence-Kriteriums als solche sowie (am Rande) den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad,[648] nicht aber auf die Prämisse, dass der Handlungszeitpunkt überhaupt der maßgebliche ist.

Die klaren Bekenntnisse der drei Common-Law-Länder und der in Bezug auf die Perspektive ausbleibende Protest beseitigen Zweifel daran, dass bei *antizipierter* Selbstverteidigung – soweit sie für zulässig gehalten wird – sowohl Prognose als auch Prognosegrundlage verbreitet objektiv ex ante beurteilt werden.

6. Fehlvorstellungen bei der Rettung von Staatsangehörigen

a) Der Mayaguez-Vorfall (1975)

Am 12. Mai 1975 wurde kurz vor dem Ende des Vietnamkriegs der amerikanische Frachter *Mayaguez* vor der kambodschanischen Insel Koh Poulo Wai von den Khmer Rouge unter Beschuss angehalten[649] und die Crew zunächst auf die Insel Koh Tang, am 14. Mai auf das Festland und sodann auf eine andere Insel verbracht.[650] Als die USA am frühen Morgen des 15. Mai den verlassenen Frachter einnahmen und mit großem Militäraufgebot auf Koh Tang landeten, wo sie noch immer die Crew vermuteten,[651] war diese bereits freigelassen worden und befand sich auf dem Rückweg zu ihrem Schiff.[652] Die über das lokale Radio verbreitete Nachricht der

---

648 S. Haque, Just Security, 13. Januar 2017; ders., Just Security v. 30. Mai 2017; J. A. Green, EJIL: Talk!, 13. Januar 2017; Nessa, Just Security v. 8. Juli 2019.

649 Ausf. zu Fakten und rechtlicher Bewertung des Falles Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41–170 und 83 (1979), S. 59–129; Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774–806; Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213–219; zu den Fakten auch Rowan, Four Days of Mayaguez.

650 Vgl. National Security Council Case Study (1976), S. 63 f; das US-Militär versuchte vergeblich, die Boote durch Beschuss an dem Transport auf das Festland zu hindern, Debrief of the Captain and Crew, Memorandum v. 19. Mai 1975, S. 2; vgl. auch Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (779 f).

651 Daneben bombardierten die USA das Festland, um sich vor Angriffen von dort zu schützen, vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (72).

652 In einem weiß beflaggten Schiff wurde die Crew von der *USS Wilson* aufgegriffen und zur *Mayaguez* gebracht, Debrief of the Captain and Crew, Memorandum v. 19. Mai 1975, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Khmer-Rouge-Regierung, sie werde das Schiff freilassen,[653] erreichte Washington erst kurz nach Beginn der Militäroffensive.[654] Das Weiße Haus, das diese Ankündigung allein auf das Schiff und nicht auf die unerwähnt gebliebene Crew bezog,[655] setzte die Operation fort, bis sich die Crew in amerikanischer Obhut befand.[656] Zwischen Freilassung der Crew und Rückzugsbefehl vergingen fast vier Stunden.[657] Bei der Inselinvasion kam es zu unerwartet heftigen Gefechten, die zu erheblichen Verlusten auf beiden Seiten führten.[658]

Die USA hielten das Festhalten des Schiffs und der Mannschaft für völkerrechtswidrig[659] und begründeten ihre Gewaltanwendungen mit dem „right to take such measures as may be necessary to protect the lives of American citizens and property, including appropriate measures of self-defense under Article 51 of the UN Charter".[660] US-Außenminister Kissinger gab zu, dass Teile der Operation erst erfolgt seien, als die Männer schon entlassen worden waren, wies aber auf die „several hundred marines" hin, die sich zu diesem Zeitpunkt noch auf Koh Tang befunden hatten.[661] Kambodscha kritisierte den amerikanischen Gewalteinsatz, jedoch weniger

653 Der kambodschanische Informationsminister sagte: „Regarding the Mayaguez ship, we have no intention of detaining it permanently […]. We will release this ship, but we will not allow the U.S. imperialists to violate our territorial waters, conduct espionage […] or force us to release their ships whenever they want, by applying threats.", abgedruckt in Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (Appendix C, S. 165 f).

654 S. Finney, US Frees Cambodian-held ship, NY Times v. 15. Mai 1975; zur zeitlichen Abfolge vgl. auch Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (781).

655 National Security Council Case Study (1976), S. 65, 67; Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (76 f). Die US-Regierung kündigte in einer Pressemitteilung an, die Militäroperation einzustellen, sobald die kambodschanische Regierung zusichere, die Crew ebenfalls freizulassen, vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (Appendix D, S. 167).

656 Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (79 f).

657 Die Crew wurde um 6:30 Uhr (Ortszeit) entlassen, der Rückzugsbefehl erging um 10:16 Uhr (Ortszeit), Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (77, 79 f).

658 Vgl. National Security Council Case Study (1976), S. 63.

659 Die Mayaguez sei entweder auf Hoher See gefahren oder habe sich jedenfalls auf ihr Recht auf friedliche Durchfahrt berufen können, Letter to the UN Secretary General v. 14. Mai 1975, Department of State Bulletin v. 2. Juni 1975, S. 720.

660 Letter to the UN Secretary General, Department of State Bulletin v. 2. Juni 1975, S. 720.

661 Außenminister Kissinger am 16. Mai 1975, Keesing's Contemporary Archives, S. 27239.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Hinblick auf die bereits erfolgte Freilassung der Crew[662] als darauf, dass ihr Festhalten gerechtfertigt gewesen sei.[663] Auch der von Drittstaaten formulierte Protest[664] bezog sich weniger auf den Irrtum über die Freilassung als auf die Rechtmäßigkeit der Festhaltemaßnahme und die Unverhältnismäßigkeit der amerikanischen Reaktion.[665]

Soweit man das gewaltsame Festhalten von Crew und Schiff zumindest aufgrund seiner Durchführungsweise und Dauer für rechtswidrig hält[666] und darin wegen des vom Vietnamkrieg geprägten Kontexts keine bloße Polizeimaßnahme, sondern einen (die internationalen Beziehungen betreffenden) bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC erblickt,[667] lässt sich der *Mayaguez*-Fall als Irrtum über das *Fortdauern* der Selbstverteidigungslage qualifizieren. Denn mit Freilassung der Crew und Einnahme des Schiffs durch die USA war der Angriff objektiv beendet. Nimmt man entsprechend der zweispurigen amerikanischen Argumentation[668] an, dass, solange sich die

662 So aber Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (215) (ohne konkreten Nachweis).

663 Vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (82).

664 So China, National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 3 („act of piracy"); Somalia, UN Doc. S/PV.1941, Rn. 39 („aggression"), Thailand kritisierte, dass die USA Stützpunkte auf seinem Territorium ohne Einverständnis benutzt hatte, National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 2, wobei bestritten wird, dass es wirklich an einem Einverständnis fehlte, Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (215).

665 So etwa China, vgl. National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 3.

666 Selbst wenn die *Mayaguez* in keine Nachrichtendiensttätigkeiten involviert war (zu ihrer geheimen Ladung s. Paust, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 4 (1981), S. 61 (72–74)), muss sich die Rechtswidrigkeit nicht zwingend aus dem Recht auf freie Durchfahrt ergeben. Denn ggf. besteht das Recht zur Durchsuchung des Schiffs und Befragung der Crew durch den Küstenstaat auch bei Verdachtsmomenten, zu den Maritime Interception Operations s.o. 7. Kap., III. 2. c, dd.

667 Die insoweit zu Art. 2 (4) UNC angestellten Überlegungen (s.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2)) lassen sich auf Art. 51 UNC übertragen. Nicht ganz unproblematisch ist zudem die Überschreitung der Angriffsschwelle. In seiner Ölplattformen-Entscheidung (7. Kap., III., 2. a, bb) hat der IGH dies indes auch beim Angriff auf ein einzelnes Schiff für möglich gehalten. Zudem war die für das Anhalten eingesetzte Waffengewalt der Khmer Rouge mehr als unerheblich, Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (48); Rowan, The Four Days of Mayaguez, S. 18, 21 f, 26–36.

668 Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (219); nach hier zugrunde gelegter Sicht ist Grundlage der Rettung von Staatsangehörigen ohnehin das Selbstverteidigungsrecht, s.o. 1. Kap., I. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Crew in kambodschanischem Gewahrsam befand, die Voraussetzungen für die Rettung eigener Staatsangehöriger vorlagen,[669] lässt sich zudem ein Fall der *irrig angenommenen fortdauernden Notlage* der Staatsangehörigen bejahen.[670] Dass dieser Irrtum im Nachhinein nicht im Zentrum der Kritik stand – und auch Autoren wie selbstverständlich auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem die amerikanischen Entscheidungsträger von der Freilassung der Crew erfuhren[671] – mag ein Indiz dafür bilden, dass es bei den tatsächlichen Voraussetzungen der beiden Ausnahmen vom Gewaltverbot auf die vernünftige Vorstellung des handelnden Akteurs ankommt.

b) Die Operation Entebbe (1976)

Am 27. Juni 1976 kidnappten Terroristen im Namen der Volksfront zur Befreiung Palästinas eine Air-France-Maschine, landeten mit Erlaubnis der ugandischen Behörden – die diese eigenen Angaben zufolge aus „humanitären Gründen" erteilt hatte[672] – in Entebbe und forderten die Freilassung einiger in verschiedenen Staaten inhaftierter „Freedom Fighter".[673] Nachdem nur nicht-israelische Staatsangehörige freigelassen worden waren, befreite die israelische Armee in einer 53 Minuten währenden Operation die israelischen Geiseln am frühen Morgen des 4. Juli unter Einsatz militärischer Gewalt. Die ugandischen Behörden wurden davon völlig überrascht. Bei der Befreiungsaktion wurden drei Geiseln, sieben Entführer und 20 ugandische Soldaten getötet, die die Geiseln bewachten, weitere verletzt sowie mehrere ugandische Militärflugzeuge zerstört. Israel berief sich auf sein Selbstverteidigungsrecht, das das Recht zur Rettung eigener Staatsangehöriger einschließe, zu deren Schutz die lokale Regierung nicht willens

669 Bejahend Behuniak, Military L. Rev. 83 (1979), S. 59 (103–114); Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (218); eine Gefahr (wie auch ihren Anschein) für Leben oder Leib der Crew dagegen verneinend Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (800 f).

670 Lehnt man wie Paust eine Gefahr für die Crew zu jeglichem Zeitpunkt ab (s. Fn. 669), stellt sich nicht nur die Frage des Irrtums über ihr *Fortdauern*, sondern überhaupt über ihr Bestehen.

671 Vgl. Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (802); Behuniak, Military L. Rev. 83 (1979), S. 59 (103).

672 Brief Ugandas an den SR, UN Doc. S/12124, S. 1; S/PV.1939 Rn. 22.

673 Für eine Faktendarstellung s. UN Doc. S/12124; Keesing's Record of World Events 27888, für eine rechtliche Bewertung s. zB D. Gordon, Case W. Res. J. Intl'l L 9 (1977), S. 117–134; Kreß/Nußberger, in: Ruys, Corten, S. 220–233.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder nicht fähig sei.[674] Diese Voraussetzungen hätten vorgelegen, da die ugandischen Behörden mit den Entführern kooperiert hätten.[675] Uganda bestritt diesen Vorwurf. Es habe nur Verhandlungen mit den Terroristen geführt.[676] Diese bis heute nicht restlos geklärte[677] Faktenfrage ist für die untersuchte Fragestellung von unmittelbarer Bedeutung: Führte der ugandische Präsident tatsächlich erfolgsversprechende Verhandlungen, so war seine Regierung weder unwillig noch unfähig, die Geiseln zu schützen und Israel hätte einem – wohl als nachvollziehbar zu beurteilenden – Irrtum unterlegen.[678]

Keiner der sich äußernden Staatenvertreter nahm zu dieser Frage ausdrücklich Stellung. Die USA, die als einziger Drittstaat das israelische Handeln für gerechtfertigt hielten,[679] legten eine ex-ante-Perspektive aber implizit zugrunde:

> „*Israel had good reason to believe* that at the time it acted Israeli nationals were in imminent danger of execution by the hijackers. Moreover, the actions necessary to release the Israeli nationals or to prevent substantial loss of Israeli lives had not been taken by the Government of Uganda, *nor was there a reasonable expectation*."[680] [Hervorhebung hinzugefügt]

Auch Frankreich, das sich zwar weniger deutlich positionierte, aber von einer Verurteilung Israels absah,[681] berücksichtigte die „circumstances that led up to this action" sowie den „*purpose* and the effect of freeing certain Israeli citizens"[682] und maß der israelischen Perspektive somit Bedeutung

674 UN Doc. S/PV.1939 Rn. 106–108.
675 UN Doc. S/PV.1939 Rn. 80 f, 83–85, 90–103; S/PV.1942 Rn. 77–99.
676 UN Doc. S/12124; S/PV.1939 Rn. 23–34, 253 f; S/PV.1943 Rn. 113–119.
677 Ebenso Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (221); für die gegensätzlichen Darstellungen s. etwa einerseits French Officials See Signs Amin, Hijackers Colluded, NY Times v. 5. Juli 1976 und andererseits Clarity, Pilot Says Africans Didn't Stand in for Gunmen, NY Times v. 6. Juli 1976.
678 Vgl. Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (229).
679 UN Doc. S/PV.1941 Rn. 77; S/PV.1943 Rn. 183. Andere Staaten, die das Handeln nicht verurteilten, vermieden eine (eindeutige) rechtliche Positionierung, s. zB S/PV.1940 Rn. 99 (Vereinigtes Königreich); S/PV.1941 Rn. 57–61 (Bundesrepublik Deutschland); S/PV. 1942 Rn. 58 (Japan); S/PV.1943 Rn. 55–67 (Italien).
680 UN Doc. S/PV.1941 Rn. 78, vgl. auch Rn. 94 f. Die ex-ante-Sicht wird jedoch nicht ganz konsequent durchgehalten, vgl. zB ebd. Rn. 78: „there is [und nicht: „was"] substantial evidence that the Government of Uganda co-operated".
681 UN Doc. S/PV.1943 Rn. 43–45.
682 UN Doc. S/PV.1943 Rn. 43, Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei.[683] Bemerkenswert ist schließlich eine Äußerung Schwedens, das die Anerkennung der Rettung von Staatsangehörigen als Erlaubnissatz ersichtlich vermeiden, die Notsituation der israelischen Geiseln dennoch berücksichtigen wollte, wobei es eine ex-ante-Sicht zugrunde legte:

> „In our view, the Israeli action which we are now considering involved an infringement of the national sovereignty and territorial integrity of Uganda. We understand the strong reactions against this action, which cost the lives of many Ugandan citizens and led to heavy material damage. At the same time, we are aware of the terrible pressures to which the Israeli Government and people were subjected, faced with this unprecedented act of international piracy and viewing the increasing threat to the lives of so many of their compatriots. *Furthermore, when the decision to act was taken, the Israeli Government was in possession of evidence which, it felt, strongly suggested that the Government which had the responsibility for the protection of the hostages did not do everything in its power to fulfil this duty*. The problem with which we are faced is thus many-faceted. My Government, while unable to reconcile the Israeli action with the strict rules of the Charter, does not find it possible to join in a condemnation in this case."[684] [Hervorhebung hinzugefügt]

Israel selbst hielt an der Behauptung fest, Uganda habe mit den Terroristen tatsächlich kooperiert.[685] Wieder kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass es nach israelischer Auffassung allein auf die tatsächliche Sachlage ankam.[686] Zahlreiche Drittstaaten, die nicht bereits die Existenz des Erlaubnissatzes der Rettung von Staatsangehörigen zurückwiesen,[687] bestritten hingegen wie Uganda eine Kooperation der ugandischen Regie-

---

683 Das ist umso bedeutsamer, als die französische Regierung offenbar annahm, Uganda sei um die Sicherheit der Passagiere tatsächlich besorgt gewesen, sie die israelische Faktendarstellung also nicht für die richtige hielt, vgl. UN Doc. S/PV.1943 Rn. 46. Jedoch führten die Umstände des Falls Frankreich zufolge bereits dazu, dass die Operation nicht gegen die Souveränität, territoriale Unversehrtheit und Unabhängigkeit Ugandas gerichtet gewesen sei, ebd. Rn. 45.

684 UN Doc. S/PV.1940 Rn. 122 f.

685 S. Fn. 675.

686 Israel mag zum Zeitpunkt der SR-Debatte von der vorher angenommenen Faktenlage weiterhin überzeugt gewesen sein. Jedenfalls erschien dieses Argument solider als das Zugeben eines Irrtums, dem eine Debatte über seine Vermeidbarkeit gefolgt wäre.

687 Hingegen ebenjene Existenz bestreitend zB UN Doc. S/PV.1940 Rn. 84 (Guyana); S/PV.1941 Rn. 104–106 (Tansania), Rn. 154, 157 (Sowjetunion); S/PV.1942 Rn. 30 f (Panama), R. 39, 43, 45 (Rumänien).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung mit den Entführern und betonten deren Verhandlungsbemühungen, ohne die israelische ex-ante-Sicht auf die Fakten zu berücksichtigen,[688] was für eine ex-post-Betrachtung spricht.[689] Im Ergebnis zeichnen die Reaktionen auf den Fall Entebbe daher kein klares Bild, wozu sicherlich beitrug, dass die Faktenlage zum Zeitpunkt der Debatte im SR noch von dichtem Nebel umwoben war.

c) Zwischenergebnis

Die im Mayaguez-Fall zum Ausdruck kommende Tendenz hin zu einer ex-ante-Perspektive wurde im Entebbe-Fall weder eindeutig bestätigt noch zurückgewiesen. Beide Fälle lassen nur den Schluss zu, dass im Bereich der Rettung von Staatsangehörigen die Staatenpraxis uneinheitlich ist.

7. Fehlvorstellungen bei der humanitären Intervention

Nachdem es in Syrien seit 2013 wiederholt zum Einsatz von Chemiewaffen gekommen war, lancierten die USA am 6. April 2017 nach Berichten von einem weiteren Chemiewaffeneinsatz im syrischen Chan Schaichun Luftangriffe auf den syrischen Luftwaffenstützpunkt in Al-Schairat. Ein Jahr darauf, am 14. April 2018, führten die USA gemeinsam mit Großbritannien und Frankreich erneut Luftschläge auf syrischem Territorium aus. Zu den Zielen gehörten ein Forschungszentrum sowie Orte, an denen die drei Akteure die Lagerung von Chemiewaffen vermuteten. Wenige Tage zuvor sollten eben solche Waffen im syrischen Douma eingesetzt worden sein.[690] Der SR war in der syrischen Frage dauerhaft blockiert: Während

688 S/PV.1939 Rn. 44 f (Mauretanien), Rn. 169 f (Qatar), Rn. 212, 214 (Kamerun); S/PV.1940 Rn. 33–35, 40 (Guinea); S/PV.1940 Rn. 55–59 (Mauretanien); S/PV.1941 Rn. 9 f, 13–19 (Benin), Rn. 129 f (Pakistan).

689 Ähnlich Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 229; eine klare Mehrheit der Staaten verurteilte das israelische Handeln aus einem dieser beiden Gründe als Aggression bzw. Verletzung von Art. 2 (4) UNC, vgl. zB UN Doc. S/PV.1939 Rn. 47 (Mauretanien), Rn. 154 (Kenia), Rn. 173 (Qatar), Rn. 217 (Kamerun), Rn. 224 (China); S/PV.1940 Rn. 7 (Libyen), Rn. 81 (Guyana); S/PV.1941 Rn. 65 (Jugoslawien), Rn. 102 (Tansania), Rn. 134 (Pakistan), Rn. 160–162 (Sowjetunion); S/PV.1942 Rn. 145–147 (Indien).

690 Zu beiden Luftangriffen s. Focarelli, International Law, Rn. 185.5; vgl. auch S/PV.8233, S. 2; zu den Chemiewaffeneinsätzen s. OPCW Fact-Finding Mission

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

viele Staaten auf der Grundlage früherer Feststellungen des vom SR eingesetzten Joint Investigative Mechanism und eigenen Nachrichtendienstmaterials überzeugt davon waren, dass die syrische Regierung gegen ihre eigene Bevölkerung Chemiewaffen einsetzte, bestritten Syrien und Russland diese Vorwürfe vehement.[691] Obwohl angesichts der vorhandenen Indizien auch aus heutiger Sicht wenig für einen *Fehl*verdacht der drei Alliierten spricht,[692] ist der Fall im Hinblick auf die von ihm provozierten Stellungnahmen von Interesse.

Die USA vermieden in beiden Fällen eine explizite rechtliche Rechtfertigung ihrer Maßnahmen und begründeten diese mit ihren nationalen Sicherheitsinteressen.[693] Frankreich stützte seine Beteiligung im April 2018 auf die „principles and values proclaimed from the outset by the Charter of the United Nations".[694] Großbritannien berief sich indessen ausdrücklich auf den Erlaubnissatz der humanitären Intervention.[695] Ihre bereits im SR vorgetragene Begründung[696] wiederholte die britische Regierung am 14. April 2018 in einer offiziellen Stellungnahme, in der sie sich dezidiert zur Rechtmäßigkeit einer humanitären Intervention auf Grundlage einer objektiv ex ante zu beurteilenden humanitären Notlage bekannte:

> „The UK is permitted under international law, on an exceptional basis, to take measures in order to alleviate overwhelming humanitarian suffering. The legal basis for the use of force is humanitarian intervention, which requires three conditions to be met:
> (i) there is *convincing evidence, generally accepted by the international community as a whole,* of extreme humanitarian distress on a large scale, requiring immediate and urgent relief;

Report v. 29. Juni 2017, Doc. S/1510/2017 (zu Chan Schaichun) und v. 1. März 2019, Doc. S/1731/2019 (zu Douma).

691 Näher s.u. 14. Kap,. II. 6. a; im Hinblick auf die Chemiewaffeneinsätze im April 2017 und 2018 bestritt zumindest Russland, anders als bei den Einsätzen in der Vergangenheit, wohl nicht nur die Verantwortung Syriens, sondern bereits das Stattfinden dieser Einsätze, vgl. S/PV.8233, S. 3.

692 S.o. 1. Kap., II. 2. zur grundsätzlichen Ausklammerung der Konstellation des „korrekten" Bedrohungsverdachts.

693 UN Doc. S/PV.7919, S. 17; Statement by Secretary James N. Mattis on Syria, Release No. NR-113–18 v. 13. April 2018; in UN Doc. S/PV.8233, S. 5 heißt es einzig: „the responses were justified, legitimate and proportionate".

694 UN Doc. S/PV.8233, S. 9.

695 UN Doc. S/PV.8233, S. 7.

696 UN Doc. S/PV.8233, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(ii) it must be *objectively clear* that there is no practicable alternative to the use of force if lives are to be saved; and
(iii) the proposed use of force must be necessary and proportionate to the aim of relief of humanitarian suffering and must be strictly limited in time and in scope to this aim (i.e. the minimum necessary to achieve that end and for no other purpose).[697] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Diese Voraussetzungen seien im Syrienkonflikt erfüllt.[698] Die mit der Formulierung „convincing evidence" verbundene Subjektivierung der humanitären Notlage war angesichts der umstrittenen Verantwortung des syrischen Machthabers Assad von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Luftangriffe. Mit der Maßgabe, dass die Indizienlage überzeugend und – so mochte die Formulierung zu verstehen sein – diese Bewertung von der internationalen Gemeinschaft als Ganze akzeptiert sein müsse, legte Großbritannien die Anforderungen an die geforderte objektive ex-ante-Beurteilung hoch an. Die Bedingung, das Fehlen praktikabler Alternativen müsse „objectively clear" sein, deutet allein in dieser Hinsicht auf einen ex-post-Maßstab hin.

Das internationale Echo auf die Luftangriffe fiel in beiden Fällen geteilt aus. So äußerten einige Staaten – wenn auch unter Vermeidung rechtlicher Begriffe – Verständnis für die Gewaltausübung, wobei sie sich nicht näher zu der relevanten Perspektive auf die Faktenlage positionierten.[699] Von anderen Staaten wurden die Luftangriffe – zum Teil unter Heranziehung der Normen der Charta – verurteilt.[700] Nicht wenige Kritiker stützten sich dabei in der SR-Debatte nicht ausschließlich auf die Zurückweisung der humanitären Intervention als solche, sondern auch maßgeblich darauf, dass die Sachlage nicht ausreichend geklärt sei.[701] Damit deuteten diese Staaten möglicherweise an, dass auch ein entsprechender potentieller Erlaubnis-

697 Policy Paper, Syria Action – UK Government Legal Position v. 14. April 2018, para. 3.
698 Policy Paper, Syria Action – UK Government Legal Position v. 14. April 2018, para. 4.
699 S/PV.7919, S. 8 (Italien), S. 9 (Frankreich), S. 10 (Japan), S. 16 (Ukraine) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 11 (Polen), S. 13 (Niederlande) zu den Angriffen 2018.
700 S/PV.7919, S. 7 (Uruguay), S. 14 (Schweden) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 12 (Schweden), S. 14 (Bolivien), S. 18 (Côte d'Ivoire), S. 18 f (Peru) zu den Angriffen 2018.
701 S/PV.7919, S. 3 (Bolivien), S. 11 (Russland) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 3 (Russland), S. 10 (China), S. 10 f (Kasachstan), S. 16 (Äthiopien), S. 17

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

satz, den sie nach geltendem Recht für mit der Charta unvereinbar hielten, entweder ein ex-post-Vorliegen der humanitären Notlage erfordere oder zumindest eine besonders anspruchsvolle objektive ex-ante-Perspektive zugrunde zu legen sei, deren Anforderungen im Fall Syrien nicht erfüllt seien. Zu den von Großbritannien abstrakt formulierten Anforderungen nahm soweit ersichtlich kein Staat explizit Stellung.

Der Aussagewert, der der dezidiert auf Verallgemeinerung angelegten britischen Positionierung anhaftet, mag daher zwar hoch sein. Das Bild, das die Luftangriffe vom April 2017 und 2018 im Hinblick auf die relevante Perspektive bei der humanitären Intervention insgesamt hinterlassen, ist angesichts der im SR deutlich vernehmbaren Gegenstimmen dennoch voller Grautöne.

8. Ergebnis zur Staatenpraxis

Die Staatenpraxis zeigt kein Nachsehen für vermeidbare Irrtümer: Sie wirken sich nicht zugunsten des handelnden Staates aus. Das Gleiche gilt für den nicht auf hinreichender Wahrscheinlichkeit begründeten Fehlverdacht.[702] Bei unvermeidbaren Irrtümern ist das Bild – zumindest bei *reaktiver* Selbstverteidigung – weniger klar. Während Putativangriffe durch einzelne Flugzeuge und Schiffe sowie staatliche Äußerungen im Cyberkontext (erstere jedoch nur vorsichtig) auf eine objektive ex-ante-Beurteilung der Voraussetzungen der Selbstverteidigung hindeuten, weisen die Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung in die entgegengesetzte Richtung. Sowohl für den Cyber- als auch den Terrorismuskontext lässt sich begründen, dass die hier formulierten Grundsätze auch für das allgemeine Regime des Selbstverteidigungsrechts Geltung beanspruchen. Die größeren Konflikte ebenso wie die Fälle, bei denen – teilweise neben dem Selbstverteidigungsrecht – der Erlaubnissatz der Rettung von Staatsangehörigen in Rede stand, lassen keine Tendenz in die eine oder andere Richtung erkennen. Bei der jüngsten Staatenpraxis zur humanitären Intervention sind einzelne Äußerungen zwar bemerkenswert eindeutig, sie sind jedoch wenig einheitlich. Auch im Hinblick auf Entschädigungszahlungen halten sich Präzedenzfälle, in denen eine Entschädigung ausdrücklich nur ex gratia ge-

---

(Equatorial Guinea), S. 20, 22 (Syrien) zu den Angriffen 2018; s. umf. zu den staatlichen Reaktionen auf die Angriffe 2018 Gurmendi Dunkelberg/Ingber/Pillai/Pothelet, Just Security v. 7. Mai 2018.

702 Zum Wahrscheinlichkeitsmaß noch näher s.u. 10. Kap., III.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zahlt wurde,[703] etwa die Waage mit denjenigen, in denen eine solche Einschränkung nicht erfolgte.[704] Entschädigungszahlungen können zudem auch auf anderen Primärpflichtverletzungen (zB der Verletzung des Souveränitätsprinzips) basieren[705] und sind daher nicht zwingend aussagekräftig. Insgesamt lässt die Staatenpraxis daher nur die Feststellung zu, dass sie bisweilen uneindeutig, bisweilen uneinheitlich ist. Wenn sie aber leicht einer Richtung zuneigt, ist es – anders als noch vor 1945 – angesichts der dezidierten Aussagen im Cyberbereich und der direkten Relevanz der Äußerungen bei Putativangriffen einzelner Flugzeuge und Schiffe wohl die, *unvermeidbare Irrtümer zugunsten des handelnden Staates zu berücksichtigen*, nicht die entgegengesetzte Richtung.[706] Bei *antizipierter* Selbstverteidigung sind Staatenpraxis und Rechtsauffassungen hingegen bemerkenswert eindeutig im Zugrundelegen einer insgesamt objektiven ex-ante-Beurteilung.

8. Kapitel: Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten

Angesichts dieser wenig eindeutigen Staatenpraxis kann eine Auseinandersetzung mit den *strafrechtlichen Notrechten* zur Erhellung der Völkerrechtslage beitragen. Die Grundlagen dieser rechtsvergleichenden Methode und der Vergleichbarkeit völkerrechtlicher und strafrechtlicher Notrechte wurden bereits gelegt.[707] Eine Hürde dieser Methode ist noch zu nehmen: die Auswahl der verglichenen Rechtsordnungen.[708] Je größer die Zahl und je unterschiedlicher die Rechtsfamilien, umso stärker ist das Fundament der aus dem Vergleich gezogenen Schlüsse. Hier werden, wie später bei den polizeirechtlichen Amtsrechten,[709] das deutsche und französische Recht als Beispiele kontinentaleuropäischer Rechtssysteme, das US-amerikanische und britische Recht stellvertretend für das Common Law, das chinesische

703 So beim Beschuss der Al-Schifa-Fabrik, der USS-Liberty und beim Abschuss von El Al Flight 402.
704 So im Waima-Vorfall, Dogger-Bank-Vorfall, beim Abschuss von Cathay Pacific VR-HEU und dem Beschuss der USS Stark.
705 Dazu noch s.u. 9. Kap., III. 3. b.
706 Die Staatenpraxis hingegen *eindeutig* für die Berücksichtigung von Irrtümern deutend O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36).
707 4. Kap., IV.
708 Dazu Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (61 f); Dutoit, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 67 (68, 73).
709 S.o. 16. Kap.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht als bedeutsame Rechtsordnung des asiatischen Raums und das russische Recht als Vertreter einer postsowjetischen Rechtsordnung ausgewählt. Damit sind gleichzeitig die ständigen Mitglieder des SR eingeschlossen. Zur Untersuchung der Notrechte eignet sich schließlich das Völkerstrafrecht als Rechtsordnung, in der unterschiedliche Rechtstraditionen bereits miteinander verschmolzen sind. Die generelle Schwierigkeit der vergleichenden Methode, dass je tiefer der Vergleich ins Detail geht, umso größere Unterschiede sichtbar werden, was allgemeine Schlüsse erschwert,[710] darf bei dem Vergleich nicht überschätzt werden. Für den hier verfolgten Zweck, ein ergänzendes Auslegungskriterium zu entwickeln bzw. die Analogie als zusätzliche Rechtsquelle zu ergründen, genügt es, eine Tendenz im Umgang mit Fehlvorstellungen zu identifizieren. Das befreit freilich nicht davon, die Rechtsordnungen so genau wie möglich zu untersuchen, da nur so die korrekte Lösung ermittelt werden kann.

Die nationalen Strafrechtsordnungen sind in Bezug auf Fehlvorstellungen über die Notwehr- und Notstandslage unterschiedlich differenziert. Für die Putativnotwehr hat sich in den meisten Rechtsordnungen eine klare Lösung herausgebildet, weshalb sie beim Rechtsvergleich im Vordergrund steht. Für den Putativnotstand liegt die Antwort häufig weniger auf der Hand. Fehlverdacht oder Fehlprognosen werden in den wenigsten Rechtsordnungen erörtert. Diese Fragestellungen werden nur dort einbezogen, wo sich Aussagen über sie treffen lassen. Denn je unklarer die Lösung des nationalen Rechts für ein Problem, desto unsicherer ist das Fundament für eine Parallele zum Völkerrecht.

I. Die einzelnen Rechtsordnungen im Vergleich

1. Deutschland

In Deutschland existiert eine differenzierte Debatte darüber, ob die Voraussetzungen der Notwehr und des rechtfertigenden Notstandes[711] ex post oder nur objektiv ex ante vorliegen müssen. Für den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff iSd § 32 StGB verlangt die hM entsprechend dem

710 Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (62).
711 Zur Unterscheidung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand (in Deutschland §§ 34 und 35 StGB) s.o. 1. Kap., I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wortlaut eine objektive ex-post-Beurteilung.[712] Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehrlage werden erst über die Figur des Erlaubnistatumstandsirrtums berücksichtigt.[713] Die Gegenansicht beurteilt das Vorliegen des Angriffs objektiv ex ante,[714] sodass vernünftige Irrtümer und Fehlprognosen „objektiv", also vollständig durch die Notwehr gerechtfertigt sind. Vereinzelte Stimmen schließlich wollen beim unmittelbar bevorstehenden Angriff das Vorliegen der gegenwärtigen Umstände, auf denen die Angriffsprognose basiert, ex post, die Prognose selbst objektiv ex ante bewerten.[715] Danach wäre die Fehlprognose des Täters bereits nach § 32 StGB vollständig gerechtfertigt; Irrtümer über die Tatsachengrundlage führten nur zu einem Erlaubnistatumstandsirrtum. Die *Notstandslage*, deren prognostisches Element stärker ausgeprägt ist als das der Notwehrlage, beurteilt die hM hingegen vollständig aus der objektiven ex-ante-Sicht.[716] Dabei hat die Rechtsprechung Versuche unternommen, den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad abstrakt zu formulieren.[717] Verschiedene Literaturstimmen machen ihn demgegenüber von der

712 OLG Stuttgart NJW 1992, 850 (851); MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 63 f; Kindhäuser/Neumann/Päffgen/Kindhäuser, § 32, Rn. 26 f; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (547); Paeffgen, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 399 (420); Graul, JuS (1995), S. 1049 (1056).

713 Bei der geläufigeren Bezeichnung „Erlaubnistat*bes*tandsirrtum" wird weniger deutlich, dass der Täter über *tatsächliche Umstände* irrt, die dem abstrakten Merkmal eines Rechtfertigungsgrundes entsprechen, Kühl, Strafrecht AT, § 13, Rn. 67.

714 Armin Kaufmann, FS Welzel, S. 393 (401 f); Rudolphi, GS Armin Kaufmann, 1989, 371 (378- 384), durch das Erfordernis eines mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliegenden Angriffs aber i. Erg. relativierend S. 386; Freund, GA (1991), S. 347 (406 f); C. Schröder, JuS (2000), S. 235 (238 f) (jedoch auf das „Wissen des Täters und eines Drittbeobachters" abstellend); Walther, JZ (2003), S. 52 (53).

715 Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 27; geläufiger ist diese Unterscheidung beim rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB.

716 S. nur Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 171–173; Lackner/Kühl/Kühl, § 34, Rn. 2; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (552); Jakobs, Strafrecht AT, 11/12, 13/13; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 33 IV 3 a; Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 15–18; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 464; Dimitratos, Begriffsmerkmal der Gefahr, S. 141.

717 Vgl. BGH NJW 1951, 769 (770) (sicherer oder höchstwahrscheinlicher Schaden) (zu §§ 52, 54 StGB a.F.); BGHSt 18, 271 (272–274) = NJW 1963, 1069 (1070) lässt einen geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad ausreichen (zwar zu § 315, 315a, aber allgemein formuliert).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwere des drohenden Schadens abhängig.[718] Eine allgegenwärtige abstrakte Gefahr reicht jedenfalls nicht aus.[719] Andere Stimmen – zahlenmäßig mehr als bei der Notwehr – differenzieren zwischen der ex post zu bewertenden Grundlage des Gefahrenurteils und der objektiv ex ante zu beurteilenden Verlaufsprognose.[720]

Hintergrund der Kontroverse um die maßgebliche Sichtweise ist die Konzeption von Notrechten: Berücksichtigt man die Tätersicht bereits im Rechtfertigungsgrund selbst, reduziert man sie auf reine Verhaltensnormen (Bestimmungsnormen), die an den *Handlungsentschluss* des Täters anknüpfen müssen, weil sie keine Erfolge, sondern nur finale Akte ver- oder gebieten können.[721] Löst man die Fälle der Putativnotwehr und des vermeidbaren Putativnotstands wie die hM erst über den Erlaubnistatumstandsirrtum, werden neben dem Verhaltensnormcharakter auch allgemeine Wertaspekte wie die Opferperspektive oder der Schutz des Rechtsguts vor objektiv unbegründeten Eingriffen berücksichtigt.[722] Denn wenn die Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrtums auch hochumstritten ist, herrscht Einigkeit darüber, dass ihm keine objektiv rechtfertigende Wirkung zukommt. Der Irrtum führt, je nach Auffassung,[723] nur dazu, dass das *Unrechtsbewusstsein* iSd § 17 StGB und damit die Schuld entfällt (soweit er unvermeidbar war),[724] dass es am *Tatbestandsvorsatz* iSd § 16 StGB (direkt) hinsichtlich eines „negativen Tatbestandsmerkmals" fehlt,[725] dass der Täter keinen *Unrechtsvorsatz* besitzt und die Strafbarkeit für vorsätzliche

718 MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 86; Rudolphi, GS Armin Kaufmann, 371 (385); Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (105).

719 MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 89.

720 Schönke/Schröder/Perron, § 34, Rn. 13; MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 79; Otto, Strafrecht AT § 8, Rn. 166; Matt/Renzikowski/Engländer, § 34, Rn. 12; T. Fischer, § 34, Rn. 4; hingegen wohl für eine ex-post-Sicht Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT § 9, Rn. 104.

721 Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (412).

722 Lackner/Kühl, Vor. § 32, Rn. 5; für diese Einbeziehung eing. Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (412–416); Schroth, FS Arthur Kaufmann, S. 695 (606); s. auch Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 85.

723 Die Literatur ist so umfangreich, dass hier nur ein kleiner Ausschnitt genannt werden kann; für einen Überblick s. MüKoStGB/Joecks/Kulhanek, § 16, Rn. 124–235.

724 So die „strenge Schuldtheorie", s. nur Gössel, FS Triffterer, S. 93–102; Heuchemer, Erlaubnistatbestandsirrtum, 345–349; H. J. Hirsch, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 317–319; Welzel, JZ (1953), S. 596–599; Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (411 f); Heitzer, NJW (1953), S. 210–211.

725 So die „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", s. nur Arthur Kaufmann, JZ (1954), S. 653–663; Roxin, Offene Tatbestände, S. 124–132; Schaff-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tat über eine analoge Anwendung des § 16 StGB verneint wird[726] oder dass mangels einer *Vorsatzschuld* zumindest die Rechtsfolgen dieser Norm angewendet werden.[727] Nach den letzten drei Ansichten entfällt die Strafbarkeit für vorsätzliche Tat auch dann, wenn der Irrtum vermeidbar war. In Betracht kommt dann aber eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat.[728] Der letztgenannten Auffassung, die das Problem bei der Vorsatzschuld verortet, hat sich die Rechtsprechung angeschlossen.[729] Auf den Verhaltensnormcharakter und die objektiven Wertaspekte wird zurückzukommen sein.[730]

Unter welchen Umständen dem Opfer des Erlaubnistatumstandstäters ein Notwehrrecht zusteht, wird uneinheitlich beurteilt. Rechtsprechung und große Teile der Literatur, die für die Rechtswidrigkeit des Angriffs nur Erfolgsunrecht verlangen,[731] bejahen das Notwehrrecht unabhängig davon, ob der Erlaubnistatumstandsirrtum des Täters vermeidbar war oder nicht.[732] Eine im Vordringen befindliche Auffassung macht das Notwehr-

---

stein, MDR (1951), S. 196–200; Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 116–120; Freund/Rostalski, Strafrecht AT, § 7, Rn. 115; ablehnend Armin Kaufmann, JZ (1955), S. 37–41.

726 So die „eingeschränkte Schuldtheorie", s. nur Engisch, ZStW 70 (1958), S. 566 (583 ff, insb. 613 f); Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., § 7, Rn. 106 f; Graul, JuS (1995), S. 1049 (1055 f); Hruschka, FS Roxin, S. 441 (456); Kuhlen, Vorsatzausschließender und nicht vorsatzausschließender Irrtum, S. 331; Roxin, Strafrecht AT I, § 14, Rn. 64–78; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, § 16, Rn. 138 f; Schönke/Schröder/Eisele, Vor. §§ 13 ff, Rn. 19; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, § 9, Rn. 166; Lackner/Kühl/Kühl § 17 Rn. 14.

727 So die „rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, s. nur Dreher, FS Heinitz, S. 207 (223–228); Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (170); T. Fischer, StGB, § 32 Rn. 51; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 41 IV 1 d.

728 BGHSt 3, 105 (107) = NJW 1952, 1023; BGHSt 45, 378 (384) = NJW 2000, 1348 (1350); diesen Umstand bei ihrer Kritik vernachlässigend Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (22 f, 28, 31), obwohl zuvor erwähnt (ebd. S. 12 Fn. 36).

729 BGHSt 45, 378 (384) = NJW 2000, 1348 (1350 f); BGH NStZ 2016, 273 f; zuvor noch schwankend zwischen eingeschränkter und rechtsfolgenverweisender eingeschränkter Schuldtheorie, s. BGHSt 3, 105 (106 f) = NJW 1952, 1023; BGHSt 3, 357 (364) = NJW 1953, 351 (352) (beide zu § 59 (1) StGB a.F.).

730 S.u. 9. Kap., III. 3. a.

731 S. nur RGSt 27, 44 (45 f); BSG NJW 1999, 2301 (2302), OLG München NJW 66, 1165 (1166); Gallas, FS Bockelmann, 1979, 155 (163 f Fn. 21); Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 32 II 1c.

732 BSG NJW 99, 2301 (2302); auch die eingeschränkte Schuldtheorie hat damit keine Probleme, lässt sie doch nur den *Unrechtsvorsatz*, nicht das Erfolgsunrecht entfallen. Rechtsfolgenverweisende und strenge Schuldtheorie verorten den Irrtum ohnehin erst auf Schuldebene.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht zusätzlich von einem Sorgfaltsverstoß des Angreifers abhängig,[733] sodass das Opfer der Putativnotwehrhandlung nur beim vermeidbaren Erlaubnistatumstandsirrtum Notwehr üben darf.[734] Beim unvermeidbaren Irrtum wird ihm dann aber teilweise ein Notstandsrecht nach § 34 StGB zugestanden,[735] das, anders als die Notwehr, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt. Ausgeschlossen ist das Notwehrrecht nach hM zumindest dann, wenn das Opfer den Angriff absichtlich provoziert hat.[736]

Ob sich auch derjenige Täter auf den Erlaubnistatumstandsirrtum berufen kann, der Zweifel an den rechtfertigenden Umständen hat, also einem bloßen „Erlaubnistatumstands*verdacht*"[737] unterliegt, steht weniger im Zentrum der Debatte. Die wohl hM verneint das in Anwendung der Kriterien des dolus eventualis dann, wenn er das Fehlen einer Rechtfertigungslage ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.[738] Andere Stimmen halten die für die Tatbestandsebene entwickelten Vorsatzregeln für

733 S. nur MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 41; Graul, JuS (1995), S. 1049 (1052); H. J. Hirsch, FS Dreher, S. 211 (222–233); Sinn, GA (2003), S. 96 (103–107); Matt/Renzikowski/Engländer, § 32, Rn. 19; Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 21; dazu auch Lackner/Kühl/Kühl, § 32, Rn. 5.

734 S. nur Roxin, Strafrecht AT/I § 14, Rn. 112, § 15, Rn. 15; Sinn, GA (2003), S. 96 (107); Mitsch, JA (2016), S. 161 (165, 167); Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 21; aA MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 45, der die Handlungsunrechtskonzeption auf den Irrtum über die tatsächlichen Folgen des eigenen Verhaltens beschränken und nicht auf den Erlaubnistatumstandsirrtum übertragen will. Denn (tatbestandliche) objektiv unvorhersehbare Folgen des eigenen Verhaltens seien nicht geeignet, die Motivationslage des Täters zu beeinflussen. Der im unvermeidbaren Erlaubnistatumstandsirrtum befindliche Täter, der weiß, nur ausnahmsweise zur Verletzung fremder Rechtsgüter befugt zu sein, werde hingegen durch Rechtsnormen gesteuert und verletze Handlungsanforderungen. Das erscheint anfechtbar. Aus dem Bewusstsein, tatbestandlich zu handeln, entsteht zwar eine duty to reflect (s.o. 1. Kap., III. 1. a). Eine echte *Orientierung* über das verbotene Verhalten erhält der Täter aber nur, wenn er auch die rechtswidrigkeitsbegründenden Umstände erkennt. Daher kann auf Tatbestands- und auf Rechtfertigungsebene dieselbe Unrechtskonzeption zugrunde gelegt werden.

735 Roxin, Strafrecht AT/I § 14, Rn. 112, § 15, Rn. 15; ebenso Freund/Rostalski, Strafrecht AT, § 3, Rn. 102 (allg. zum schuldlosen Angriff).

736 BGH, NJW 1962, 308 (309) (zu § 58 StGB a.F.); NJW 1983, 2267; krit. MüKoStGB/Erb § 32, Rn. 226 f; bei der fahrlässig verschuldeten Notwehrlage wird überwiegend eine Einschränkung des Notwehrrechts angenommen, s. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 231 f.

737 Frister, FS Rudolphi, S. 45–60 nennt ihn „Erlaubnistatbestandszweifel".

738 BGH NJW 1951, 412 (413) (zu § 59 (1) StGB a.F.); BGH BeckRS 1977, 31113598 (unter 3.); Lackner/Kühl/Kühl, § 17, Rn. 18; Schröder in Anm. zu KG NJW 1958, 922 (924); Warda, FS Lange, S. 119 (126–137), der das Problem aber dann außerhalb der Irrtumsdogmatik über die Schuld löst; Schroth, FS Arthur Kauf-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ungeeignet und wollen an die dem Täter zugutekommende Fehlvorstellung geringere[739] oder variierende Anforderungen je nach Zuständigkeit für die vorgestellte Interessenkollision[740] oder den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern[741] stellen. Tatsächlich ist die Interessenlage bei einer vermuteten Interessenkollision, wie sie durch eine Notwehr- oder Notstandslage entsteht, eine andere als bei einem für möglich gehaltenen *Tat*umstand. Denn nur bei letzterem kann der Täter die Handlung regelmäßig ohne die Gefahr erheblicher eigener Einbußen unterlassen.[742] Für Zweifel auf Rechtswidrigkeitsebene lässt sich die Verwendung anderer Kriterien daher gut begründen.

2. Frankreich

Wie in Deutschland ist auch in Frankreich die in Art. 122–5 Code pénal verankerte Notwehr objektiv formuliert:

> „N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte."[743]

---

mann, S. 595 (607 f); Roxin, Strafrecht AT I § 14, Rn. 90–93; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 16, Rn. 22 (aber annehmend, dass der Täter in aller Regel auf das Vorliegen einer Rechtfertigungslage vertraut); eing. Schüler, Zweifel; s. auch Herzberg JZ (1987), S. 536 (539 f); Seier, JuS (1986), S. 217 (220 f).

739 MüKoStGB/Joecks/Kulhanek, § 16, Rn. 137; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 99.

740 Jakobs, Strafrecht AT, 11/29 für den Notstand. Für die Notwehr hält er Zweifel jedoch generell für schädlich.

741 Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52–57).

742 Frister, FS Rudolphi, S. 45 (46); Schüler, Zweifel, S. 112–115; etwas anderes gilt freilich für besonders grundrechtssensible Bereiche.

743 Art. 122–6 Code pénal enthält darüber hinaus Fälle, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr vermutet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Gleiche gilt für die (einheitliche)[744] Regelung des Notstandes in Art. 122–7 Code pénal:

> „N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace."

Dennoch versubjektivieren die französischen Gerichte Art. 122–5 Code pénal, indem sie eine Notwehrlage bereits bejahen, wenn der Täter vernünftigerweise glaubt, in Gefahr zu sein: Dass die Fehlvorstellung des Täters vernünftig war, also jede vernünftige Person einen Angriff angenommen hätte, macht den Angriff zu einer *agression vraisemblable*, die für das Bestehen einer Notwehrlage iSd Art. 122–5 Code genügt.[745] Hätte eine vernünftige Person die wahre Sachlage hingegen erkannt, sind die Voraussetzungen der Notwehr nicht erfüllt.[746] Teilweise wird dieser Fall als *agression putative* oder als *agression imaginaire* bezeichnet.[747] Einer Strafe kann der Täter hier nur noch entgehen, indem er sich auf einen Sachverhaltsirrtum (erreur de fait) beruft.[748] Anders als bei der Notwehr handelt es sich dabei nicht um eine cause d'irresponsabilité objective und damit nicht um einen fait justificatif, der das élément légal ausschließt, sondern um eine cause

744 Also nicht differenzierend zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand; für den Fall der contrainte existiert aber Art. 122–2 Code pénal.

745 Crim. 7. August 1873, Bull. crim. n° 219; Crim. 23. Juni 1887, Bull. crim. n° 237; Crim. 16. Juli 1897, Bull. crim. n° 249; Crim. 19 Juni 1990, Bull. crim., n° 250; Crim. 20. Oktober 1993, n° 92–85.736, Gaz. Pal. 1994. 1. Somm. 16; Crim. 8 Juli, 2015, n° 15–81.986, Gaz. Pal. 2015. 3653; Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–5, Rn. 27–30; Boré/Boré, La cassation en matière pénale, Rn. 106.61; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 577 Rn. 455; Légal, RSC (1955), S. 313 (314); Lelieur/Pfützner/Adams, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, S. 280 f.

746 Vgl. Crim. 25. Januar 2006, n° 05–82.664; Bernardini, Légitime défense, Rn. 43–48; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455.

747 So Crim. 14 Mai 1997, n° 95–84–279; Bernardini, Légitime défense, Rn. 48; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455. Andere verwenden den Begriff der *agression putative* als Oberbegriff für vernünftige und unvernünftige Fehlvorstellungen, so etwa Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–5, A. 3° („Putativité").

748 Vgl. Bernardini, Légitime défense, Rn. 48; Légal, RSC (1955), S. 313 (315) (der nicht spezifiziert, um welche Art von Irrtum es sich handelt); Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 563 Rn. 438, S. 578 Rn. 455, S. 740 Rn. 588, der jedoch einen gemischten Irrtum aus Sachverhalts- und Rechtsirrtum annimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d'irresponsabilité subjective, die nur die culpabilité und damit das élément moral[749] entfallen lässt.[750] Die culpabilité entfällt aber nur vollständig – mit der Folge, dass auch nicht wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen ist[751] –, wenn der Irrtum subjektiv nachvollziehbar war („subjectivement plausible").[752] Da man zum Irrtum überhaupt nur gelangt, wenn die Tätervorstellung bereits nicht den objektiven Umständen entsprach, bleiben für diesen „subjektiv nachvollziehbaren Irrtums" wohl nur die seltenen Fälle übrig, in denen die Fehlvorstellung dem Täter zwar objektiv, nicht aber subjektiv vorwerfbar ist. Ansonsten ist wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, soweit eine solche Strafbarkeit vorgesehen ist, vgl. Art. 121–3 al. 3 Code pénal. Das französische Recht unterscheidet sich von dem deutschen also nur insoweit, als es bei objektiv unvermeidbaren Irrtümern eine „echte" Notwehrlage iSd Art. 122–5 Code pénal annimmt. Dennoch bleibt das Notwehrrecht des Opfers, solange es die Notwehrlage nicht selbst provoziert hat,[753] bestehen. Bisweilen wird darin ausdrücklich eine Ausnahme von dem Prinzip gesehen, dass nicht beide Parteien einer Auseinandersetzung gleichzeitig gerechtfertigt sein können.[754] Dem französischen Recht entspricht weitgehend das belgische Recht.[755]

---

749 Der Begriff der culpabilité und des élément moral entspricht im Wesentlichen der englischen mens rea. Unterschieden werden dol général, dol spécial, imprudence oder négligence, vgl. Merle/Vitu, Traité de droit criminel S. 727–767 Rn. 577–611; s. auch Müller, Arbeitspapier MPI für ausländisches und internationales Strafrecht (2004).

750 Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 562 Rn. 438, S. 578 Rn. 455. Der Sachverhaltsirrtum ist anders als der Rechtsirrtum (Art. 122–3 Code pénal) nicht kodifiziert und wurde durch die Rechtsprechung entwickelt. Das Gleiche gilt für die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven causes d'irresponsabilité, ebd; dazu auch Mayaud, Violences involontaires: théorie générale, Rn. 431 ff, 466 ff.

751 S. Fn. 749.

752 Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455; dieser Begriff erinnert an den der „subjective good reasons" aus dem Armani-da-Silva-Urteil des EGMR, s.o. 2. Kap., II.

753 Zu dieser Einschränkung allgemein Bernadini, Légitime défense, Rn. 71; Dana, Essai sur la notion d'infraction Rn. 209; aA (Provokation führt nicht zum Verlust des Notwehrrechts) Kuty, Principes généraux de droit pénal belge, Rn. 1412 zum belgischen Recht.

754 Constant, Traité élémentaire de Droit Pénal, Rn. 473 Fn. 1, der selbst die Anwendung der Irrtumsregeln bevorzugt; Alain Bloch, früher am belgischen Kassationsgericht, im persönlichen Schriftverkehr (beide zum belgischen Recht, das mit dem französischen insoweit übereinstimmt).

755 Wie dort genügt für die Notwehrlage iSd Art. 416, 417 des belgischen Code pénal eine agression vraisemblable, Delannay, in: Les infractions, Rn. 374, 414;

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Notstandslage iSd Art. 122–7 des französischen Code pénal muss nach Rechtsprechung und Literatur hingegen ex post vorliegen. Ein „état de nécessité vraisemblable" ist nicht anerkannt,[756] weil es sich beim Notstand um einen rein objektiven Strafbarkeitsausschließungsgrund handle.[757] Wenn es zwar gewisse Tendenzen zur Subjektivierung auch des Notstandes gibt, so betreffen diese nicht das Vorliegen der Gefahr, sondern nur die Verhältnismäßigkeit.[758] Beim Notstand kann sich der Täter daher von vornherein nur auf einen Irrtum berufen, für den dieselben Grundsätze gelten wie bei der Notwehr.[759]

Dass die französische Rechtsprechung das Vorliegen einer Notwehrlage von vornherein objektiv ex ante beurteilt, spricht dafür, dass Art. 122–5 Code pénal nicht nur den Fall des vernünftigen Irrtums und der Fehlprognose, sondern auch den Fehlverdacht umfasst. Denn reicht es bereits aus, dass objektiv die Umstände auf das Vorliegen eines Angriffs hindeuteten – und die Rechtsprechung nimmt dies selbst bei objektiv mehrdeutigen Um-

---

Nypels, Législation criminelle de la Belgique (1868), Tome III, S. 234, Rn. 85 (präzisierend, dass „il ne faut pas que l'imminence du danger soit certaine; en pareil cas, la certitude est impossible"). Entsprach die Tätervorstellung dagegen nicht den objektiven Umständen, ist eine erreur fautive gegeben, die zwar den Vorsatz, nicht aber die Fahrlässigkeit ausschließt, Delannay, in: Les infractions, Rn. 415. Der Fall, dass der Irrtum subjektiv sorgfaltsgemäß ist, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert.

756 Mascala, Jurisclasseur Pénal Code Art. 122–7, Rn. 24; Légal, RSC (1957), S. 367 (368) zu T. corr. Nantes, 12 nov. 1956 D. 1957. 30 (der jedoch einen beachtlichen erreur de fait annimmt, dazu sogleich); Larguier, RSC (1976), S. 89 (91 f); Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 592 Rn. 469; s. dazu, dass ein danger réel bzw. non hypothetique vorliegen müsse auch TGI Paris, 28. November 2000, n° XTGIP281100X; Crim. 7. Februar 2007, D. 2007. Actu. 573, obs. A. Darsonville; Pereira, Responsabilité pénale, Rn. 58; Danti-Juan, Etat de nécessité, Rn. 26; Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–7, Rn. 7; Boré/Boré, La cassation en matière pénale, Rn. 106.63; Vitu, RSC (1986), S. 87 (92) zu CA Dijon, 19. Dezember 1984.

757 Lelieur/Pfützner/Adams, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, S. 281.

758 S. dazu Danti-Juan, Etat de nécessité, Rn. 49; ein Ansatz, auch bezüglich der Gefahr zu subjektivieren, findet sich aber bei T. Pol. Bayonne, j. prox., 16 Februar 2005, Gaz. Pal. 2005. 1. 1870, das eine „mesure qui pouvait, *à ses yeux*, représenter un réel danger, voire un péril imminent" [Hervorhebung hinzugefügt] genügen lässt, zitiert bei Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–7 Rn. 22.

759 Légal, RSC (1957), S. 367 (368); Larguier, RSC (1976), S. 89 (92); s. zum fait justificatif putatif auch Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 740 Rn. 588.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständen an[760] –, so kann es kaum schädlich sein, wenn der Täter von dem Vorliegen der Umstände selbst nicht vollends überzeugt war, sondern sie nur für wahrscheinlich hielt. Unter Umständen gilt dies selbst dann, wenn der Täter das Fehlen rechtfertigender Umstände ernstlich für möglich gehalten hat. Denn selbst wenn man die allgemeinen Vorsatzregeln auf die causes d'irresponsabilité übertrüge, genügt der bedingte Vorsatz (dol éventuel) im Sinne einer mise en danger délibérée (Art. 121–3 al. 2 Code pénal) im französischen Recht grundsätzlich nicht für die intention iSd Art. 121–3 al. 1 Code pénal, sondern wird dieser nur punktuell gleichgestellt.[761] Insoweit spricht wenig dafür, dass der bedingte Vorsatz bezüglich des Nichtvorliegens der Umstände einer cause d'irresponsabilité für eine vorsätzliche Tat ausreicht. Die Frage wird, soweit ersichtlich, jedoch bislang nicht erörtert.

3. USA

In den USA fallen weite Teile des Strafrechts in die Kompetenz der Bundesstaaten. Auch wenn daher fünfzig verschiedene Statutenregelungen für die Notwehr und den Notstand existieren und auch die Rechtsprechung variiert, erscheint zunächst ein Blick auf den Model Penal Code (MPC)[762] aufschlussreich, der die Rechtsordnungen der Staaten teilweise erheblich beeinflusst hat und Gerichten bis heute als Referenz dient.[763] Anders als die deutsche und die französische Norm berücksichtigt der Wortlaut von

760 Vgl. etwa T. corr. Seine, 18 nov. 1938, Gaz. Pal. 1939. 1. 209 (attitude préalable objectivement équivoque), zitiert bei Bernardini, Légitime défense, Rn. 43.

761 Porteron, Infraction, Rn. 106 mit Verweis auf Art. 322–10 Code pénal (incendie volontaire qui a entraîné la mort d'autrui) und Art. 222–14 Code pénal (violences habituelles sur un mineur qui a entraîné sa mort), bei denen es sich nach deutschem Verständnis allerdings um Erfolgsqualifikationen handelte; s. auch Cedras, Recueil Dalloz (1995) S. 18, demzufolge der dol éventuel bei manchen Delikten strafverschärfend wirke (so beim homicide involontaire en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité, Art. 221–6 Code pénal) und nur bei Art. 223–1 Code pénal (mise en danger d'autrui) als eigenständige Vorsatzform anerkannt sei. Andere qualifizieren Art. 223–1 als eigene Form des élément moral, die weder Vorsatz noch einfache Fahrlässigkeit sei, vgl. Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 768 f Rn. 613.

762 Model Penal Code, Official Draft and Explanatory Notes, adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, hier „MPC".

763 Robinson/Dubber, New Crim. L. Rev. 10 (2007), S. 319 (319).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Section 3.04 MPC Fehlvorstellungen des Täters über tatsächliche Umstände bereits bei den Voraussetzungen der Notwehr, indem die Norm das Vorliegen eines Angriffs vollständig versubjektiviert:

> „(1) [T]he use of force upon or toward another person is justifiable when the actor *believes* that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion."[764] [Hervorhebung hinzugefügt]

Wie nach der französischen Rechtsprechung ist also der Täter, der irrig annimmt, er werde angegriffen, bereits objektiv, also „voll" gerechtfertigt. Die Auffassung *Fletchers* und *Robinsons*, der Täter sei nur als *entschuldigt* anzusehen,[765] hat im MPC keinen Niederschlag gefunden.[766] Auch *Byrds* Vorschlag, den über die Umstände eines Rechtfertigungsgrundes irrenden Täter so zu behandeln wie den Täter, der die Umstände des Straftatbestandes nicht erkennt,[767] entspricht nicht der vom MPC gewählten Lösung. Damit fällt es allerdings auch hier schwer zu begründen, warum dem Opfer gegen den Putativverteidiger ein Notwehrrecht zustehen soll, wenn der Angriff gerechtfertigt und damit nicht rechtswidrig ist. Von dem Bestehen-

---

764 Eine strukturell identische Regelung findet sich in Section 3.04 (2) (b) MPC zum Einsatz tödlicher Gewalt.

765 Fletcher, Basic Concepts, S. 162; ders., in: C. Russell, George Fletcher's Essays, S. 274 f; Robinson, Columbia L. Rev. 82 (1982), S. 199 (239 f); vgl. auch Greenawalt, Columbia Law Rev. 8 (1984), S. 1897 (1907–1911), der eine Entschuldigung nur annehmen will beim fahrlässigen Irrtum (ebd. S. 1909) sowie beim Irrtum, den wegen persönlicher Defizite nicht der konkrete Täter, wohl aber ein durchschnittlicher Täter hätte vermeiden können (ebd. S. 1910); anders als Fletcher geht er beim objektiv unvermeidbaren Irrtum jedoch von einem Rechtfertigungsgrund aus (ebd. S. 1908, 1911); ähnlich C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 229 f (ein unvermeidbarer Irrtum sei ein Rechtfertigungsgrund, ein vermeidbarer Irrtum ein Entschuldigungsgrund).

766 Dies zugestehend Fletcher, Basic Concepts, S. 162 Fn. 43; so auch Silverman, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 506; Dressler, in: Fletcher's Essays, S. 226 f; Dressler, UCLA L. Rev. 32 (1984), S. 61 (92), eine Entschuldigungslösung aber auch für unrichtig haltend, S. 92–95; krit. zum MPC Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (37 f); anders die Rechtslage in North Dakota, in der Notwehr einen Rechtfertigungsgrund darstellt, Putativnotwehr dagegen ausdrücklich nur einen Entschuldigungsgrund, s.u. die in Fn. 773 genannten Normen sowie State v. Leidholm, 334 N.W.2d 811 (N.D. 1983) (814 f).

767 Byrd, Jahrbuch für Recht u. Ethik 2 (1994), S. 283 (294–296); dieser Vorschlag entspricht der in Deutschland beim Erlaubnistatumstandsirrtum herrschenden Auffassung, s.o. 8. Kap., I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bleiben jenes Notwehrrechts wird aber ganz verbreitet ausgegangen.[768] Hat das Opfer die Notwehrlage absichtlich provoziert, liegen die Dinge anders.[769]

Section 3.09 (2) MPC ergänzt die zitierte Norm dahingehend, dass der rücksichtslose oder fahrlässige (reckless or negligent) Glaube an die notwehrbegründenden Umstände eine Strafbarkeit für recklessness oder negligence[770] nicht ausschließt. Der unvernünftige Irrtum lässt nach Section 3.04 MPC also nur die Strafbarkeit wegen purpose und knowledge entfallen.[771] Lässt man die recklessness einmal außen vor und stellt die negligence mit der französischen imprudence und négligence sowie mit der deutschen Fahrlässigkeit gleich,[772] so entspricht die Lösung des MPC (konstruktiv wie im Ergebnis) der des französischen Rechts sowie (nicht konstruktiv, aber im Ergebnis) der des deutschen Rechts.

Einige US-amerikanische Bundesstaaten haben die Regelung des MPC übernommen.[773] Die Mehrheit der Staaten hat hingegen zwar die grundsätzliche Versubjektivierung der Notwehrvoraussetzungen aufgegriffen,

768 Vgl. Fletcher, Basic Concepts, S. 162; ders., Harvard L. Rev. 98 (1985), S. 949 (973); Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (38) („all agree").

769 Die absichtliche Provokation der Notwehrlage schließt das Notwehrrecht entweder aus (so Section 3.04 (2) (b) (i) MPC für tödliche Gewalt) oder schränkt es zumindest ein, s. Logan, Washington Univ. L. Rev. 20 (1935), S. 131 (131–133) mwN; vgl. auch Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1924), S. 1897 (1924); Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (21 f).

770 Der MPC unterscheidet vier Arten der mens rea: purpose, knowledge, recklessness und negligence, vgl. Section 2.02 (2) MPC. Viele Staaten haben diese Einteilung nicht übernommen und verwenden nach wie vor die Begriffe des intent oder – insb. bei murder – malice aforethought. Jedenfalls wird aber überall zwischen Tatbeständen unterschieden, die verschiedene Abstufungen der mens rea voraussetzen (zB murder, manslaughter und negligent homocide).

771 Vgl. Explanatory Note zu Section 3.04 (1) MPC.

772 Zu den möglichen Unterschieden zwischen den Begriffen des MPC und dem deutschen Recht s. aber Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 234–250.

773 Section 464, 470 Delaware Penal Code; Sections 703–304 (1) und (2), 703–310 (1) Hawaii Revised Statutes; Sections 503.050 und 503.120 (1) Kentucky Revised Statutes; Section 28–1409 und 28–1414 (2) Nebraska Revised Statutes; Section 12.1–05–03 North Dakota Century Code ist zwar objektiv formuliert, Section 12.1–05–08 North Dakota Century Code enthält aber für den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund eine eigene Irrtumsregel, die bei vermeidbaren Irrtümern nur zur Strafe wegen negligence oder recklessness führt. Im Unterschied zum MPC stellt Putativnotwehr hier, anders als die Notwehr, nur einen Entschuldigungsgrund dar.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese jedoch an einem entscheidenden Punkt verobjektiviert:[774] So handelt der Täter nur dann in Notwehr, wenn er vernünftigerweise (reasonably) davon ausgeht, Opfer eines Angriffs zu sein.[775] An einer zusätzlichen Norm wie Section 3.09 (2) MPC zum rücksichtslosen oder fahrlässigen Glauben an die Notwehrlage fehlt es dann regelmäßig.[776] Abweichend vom MPC kommt es bei solchen *unvernünftigen* Fehlvorstellungen also nicht nur zu einer Strafe wegen recklessness oder negligence, sondern wegen intent. Die Vermeidbarkeit des Irrtums entscheidet so darüber, ob der

774 Häufig entsprach dies der vor dem Erlass des MPC geltenden Rechtslage. Zur historischen Entwicklung des entscheidenden Standards bei der Beurteilung der Notwehrlage bis zum Goetz-Urteil in New York s. Fletcher, Basic Concepts, S. 39–62.

775 S. insb. People v. Goetz, Court of Appeals of New York, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986); State v. Peairs (1993) zit. von C. Lee, Minn. L. Rev. S. 367 (435 Fn. 263); Section 13A-3–23 Alabama Code; Section 11.81.335 Alaska Statutes; Section 13–404 (A) und 13–405 Arizona Revised Statutes; Section 5–2–606 (a) (1) und 6–2–607 (a) Arkansas Code; Section 197 (3) California Penal Code (hingegen sind (2) und (3) der Section objektiv formuliert); Section 53a-19 Connecticut Penal Code; Section 18–1–704 Colorado Revised Statutes; Section 776.012 Florida Statutes (jedoch ist die spezielle Notwehrregel für Tötungsdelikte objektiv formuliert, vgl. Art. 782.02 Forida Statutes); Section 18–4009 Idaho Statutes; Section 7–1 (a) Illinois Criminal Code; Section 35–41–3–2 Indiana Code (zusätzlich existiert in Section 35–41–3–7 eine eigene Regel für den vernünftigen Sachverhaltsirrtum); Section 704–3 Iowa Code; Section 21–5222 Kansas Statute; Section 14:19 und 14:20 Louisiana Revised Statutes; Section 108 Maine Revised Statutes; Maryland Pattern Jury Instructions-Criminal 5:07; Section 780.972 Michigan Self-Defense Act 309 of 2006; Section 97–3–15 (1) (f) Mississippi Code; Section 563.031 Missouri Revised Statutes; Section 45–3–102 Montana Code Annotated; Section 200.120 (1) und 200.130 Nevada Revised Statutes (objektiv formuliert ist hingegen Section 200.000 Nevada Revised Statutes); Section 627:4 New Hampshire Criminal Code; Section 2C:3–4 New Jersey Revised Statutes; Section 35–15 New York Penal Code; Section 14–51.3 (a) North Carolina General Statutes; Section 21–733 (2) Oklahoma Statutes; Section 161.209 Oregan Revised Statutes; Section 505 (a), 501 Statutes of Pennsylvania; Section 11–8–8 Rhode Island General Statutes; Section 22–16–35 South Dakota Codified Laws; Section 39–11–611 (b) Tennessee Code; Sections 9.31 und 9.32 Texas Penal Code; Section 76–2–402 (1) Utah Criminal Code; Vermont Jury Instructions VT CR07–111; Section 9A.16.050 (1) Revised Code of Washington; Section 939.48 (1) Wisconsin Criminal Code. Objektiv formuliert sind aber Article 28 (1) Criminal Code of Georgia; Section 30–2–7 (A) New Mexico Statutes.

776 Für eine Aufzählung s. auch Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (39 f, Fn. 118).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Irrtum vollständig exkulpiert oder überhaupt nicht berücksichtigt wird.[777] Dieses „Alles-oder-nichts-Prinzip“[778] begründete der New York Court of Appeals näher im berühmt gewordenen Goetz-Fall, in dem ein (weißer) Mann in der New Yorker Subway auf vier (schwarze) Jugendliche schoss, von denen er sich wohl irrtümlich bedroht fühlte, nachdem sie ihn nach fünf Dollar gefragt hatten,[779] für den New York Penal Code näher:

> „The provisions of the Model Penal Code with respect to the use of deadly force in self-defense reflect the position of its drafters that any culpability which arises from a mistaken belief in the need to use such force should be no greater than the culpability such a mistake would give rise to if it were made with respect to an element of a crime. […] *New York did not follow the Model Penal Code's equation of a mistake as to the need to use deadly force with a mistake negating an element of a crime, choosing instead to use a single statutory section which would provide either a complete defense or no defense at all to a defendant charged with any crime involving the use of deadly force.* The drafters of the new Penal Law adopted in large part the structure and content of Model Penal Code § 3.04, but, crucially, inserted the word "reasonably" before "believes".“[780] [Hervorhebung hinzugefügt]

Die Möglichkeit, bei einem unvernünftigen Irrtum doch noch über die allgemeine Regelung für Tatsachenirrtümer in Section 15.20 (1) (a) New York Penal Code[781] nur zu einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit zu gelangen, zog der Court of Appeal nicht in Erwägung.[782] Diese Rechtslage gilt auch in anderen Bundesstaaten, deren Statuten entsprechende Nor-

---

777 Den Unterschied zwischen dieser Lösung und dem MPC kaschiert Fletcher etwas, wenn er in Basic Concepts, S. 161 f in Bezug auf den New Yorker Code von „simplification“ spricht.

778 Vgl. Fletcher, Basic Concepts, S. 54; Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 415.

779 People v. Goetz, Court of Appeals of New York, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986); einer der Jugendlichen wurde durch den Vorfall querschnittsgelähmt und trug Hirnschäden davon.

780 Court of Appeals, Goetz; zustimmend Fletcher, Basic Concepts, S. 162 f.

781 „A person is not relieved of criminal liability for conduct because he engages in such conduct under a mistaken belief of fact, unless: (a) Such factual mistake negatives the culpable mental state required for the commission of an offense“.

782 Dubber und Hörnle kritisieren das Goetz-Urteil dagegen insoweit, als das Gericht den MPC als „purely subjective“ missinterpretiere, vgl. Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 415. Tatsächlich verwendet das Gericht diesen Begriff mehrfach. Doch wird aus der zitierten Passage deutlich, dass sich die Richter durchaus darüber bewusst sind, dass nach dem MPC bei unvernünftigen Irrtümern

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men enthalten.[783] Nur vereinzelt ordnen Staaten, die wie New York für die Notwehr auf die vernünftige Tätervorstellung abstellen, zusätzlich an, dass bei einem unvernünftigen Irrtum nur eine Strafbarkeit wegen recklessness oder negligence in Betracht kommt.[784]

Für den Notstand[785] enthält der MPC eine der Notwehr entsprechende Regelung: Nach Section 3.02 (1) MPC beurteilt sich das Vorliegen einer Gefahr wiederum ausschließlich subjektiv.[786] War die irrige Annahme einer solchen aber „reckless" oder „negligent", bleibt die Strafbarkeit wegen dieser Arten der culpability davon unberührt, vgl. Section 3.02 (2)

---

eine Strafbarkeit für recklessness oder negligence verbleibt und er damit nicht völlig subjektiv ist; für Kritik am Urteil s. auch Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 54, auch wenn er die Lösung letztlich befürwortet, vgl. S. 56–62 sowie Nachweis in Fn. 780.

783 MPC and Commentaries, § 3.04, S. 36, § 3.09 S. 153; Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (40) zufolge haben 28 Staaten „explicitly committed themselves to this 'all-or-nothing' view"; ihre Statuten enthalten wie der New York Penal Code eine *singuläre* Notwehrnorm, die auf die vernünftige Tätervorstellung abstellt. Auch hier wird nicht nachgedacht über eine (ggf. analoge) Anwendung der allgemeinen Regelung zu Tatsachenirrtümern (zB Section 939.43 (1) Wisconsin Criminal Code; Section 11.81.620 (b) (1) Alaska Statutes; Section 13–204 Arizona Revised Statutes; Section 18–1–504 Colorado Revised Statutes; Section 4–8 (a) Illinois Criminal Code; Section 701.6 Iowa Code; Section 21–5207 (a) Kansas Statute; Section 14:16 Louisiana Revised Statutes; Section 562.031 Missouri Revised Statutes; Section 626:3 New Hampshire Criminal Code; Section 304 (1) Statutes of Pennsylvania). Im Fall des japanischen Austauschschülers Hattori (3. Kap., Fn. 324) befand die Jury den Irrtum des Täters für reasonable (vgl. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 168); im zivilrechtlichen Verfahren gelangten die Richter zum gegenteiligen Ergebnis, Hattori v. Paeirs 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995).

784 Title 17-A, Section 101 (3) Maine Revised Statutes.

785 Gemeint sind auch hier Regelungen der Interessenkollision, idR als „choice of evils" oder „justification generally" bezeichnet, nicht der Nötigungsnotstand (oft „duress"), vgl. zB Section 2.09 MPC; Section 40.00 New York Penal Code; Section 309 Statutes of Pennsylvania.

786 Andere Voraussetzungen wie das Überwiegen des geschützten Rechtguts gegenüber dem beeinträchtigten sind objektiv formuliert, vgl. Section 3.02 (1) New York Penal Code.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

MPC.[787] Dieser Lösung haben sich mehr Bundesstaaten als bei der Notwehr angeschlossen.[788]

Einige derjenigen Staaten, die bereits bei der Notwehr nur vernünftige Fehlvorstellungen berücksichtigen, fordern dagegen auch beim Notstand, dass der Täter *vernünftigerweise* an das Vorliegen einer Gefahr glaubte.[789] Wieder andere US-Staaten formulieren die Voraussetzungen des Notstandes vollständig objektiv.[790] Für das New Yorker Statut, das eine solche objektiv formulierte Norm enthält, hat der Court of Appeals in *People v. Craig*[791] offengelassen, was gilt, wenn objektiv ex ante eine Gefahr vorlag, nicht aber *ex post*.[792] Nach dieser Aussage liegt es zumindest nicht völlig fern, dass die Gerichte den Fall des Putativnotstandes nicht anders behandeln als den der Putativnotwehr und jedenfalls bei einem vernünftigen Irrtum die Strafbarkeit entfallen lassen.

---

787 Denn der Ausdruck „[w]hen the actor was reckless or negligent […] in appraising the necessity for his conduct" bezieht sich nicht nur auf die Verhältnismäßigkeit der Handlung, sondern auch die Notstandslage, vgl. Formulierung in Section 3.09 (2) MPC; hierzu auch Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 442; Section 3.02 (2) MPC außen vor lassend Silverman, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 508.

788 Section 703–302 (1) und (2) Hawaii Revised Statutes; Section 503–030 Kentucky Revised Statutes; Section 28–1407 Nebraska Revised Statutes; Section 627:3 New Hampshire Criminal Code; Section 503 Statutes of Pennsylvania (der Umstand, dass nach Section 501 mit „believes" „reasonable believes" gemeint ist, ändert wegen Section 503 (b) nichts am Ergebnis); vgl. auch Section 5–2–604 Arkansis Code und Section 463, 470 Delaware Criminal Code, wo die Notstandsvoraussetzungen zwar objektiv formuliert sind, sich aber aus Section 5–2–604 (c) Arkansis Code und Section 470 Delaware Criminal Code ergibt, dass die Lösung dem MPC entspricht.

789 S. etwa Section 9.22 Texas Penal Code; Section 13–417 Arizona Revised Statutes; Section 7–13 Illinois Criminal Code; Section 39–11–609 Tennessee Code.

790 S. etwa Section 35.05 (2) New York Penal Code; Section 18–1–702 Colorado Revised Statutes; Section 563.026 (1) Missouri Revised Statutes; Section 161.200 (1) Oregan Revised Statutes; vgl. auch Section 5–2–604 (a) (1) Arkansis Code und Section 463 Delaware Criminal Code, die zwar objektiv formuliert sind, in Section 5–2–604 (a) (3) Arkansis Code bzw. Section 470 Delaware Criminal Code aber die Lösung des MPC übernehmen (s. Fn. 788).

791 People v. Craig, Court of Appeals of New York, 78 N.Y.2d 616, 585 N.E.2d 783 (1991).

792 Zwar stellt das Gericht zunächst fest, dass der für Section 35.05 (2) anzulegende Standard „ausschließlich objektiv" sei. In Fn. 3 relativiert es diese Aussage aber entscheidend: „Nor need we address the situation where – under an objective/reasonable person standard – the action was necessary but necessity-in-fact did not exist."

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anders als im französischen Recht, das mit der Rechtsfigur der agression vraisemblable unmittelbar auf den objektiven Anschein abstellt, legt die Formulierung der US-amerikanischen Rechtsordnungen – „if he (reasonably) *believes*" -nahe, dass ein bloßer Fehlverdacht, bei dem der Täter gerade nicht sicher *glaubt*, sondern den Erlaubnistatbestand nur für möglich hält, für eine Rechtfertigung nicht genügt. Etwas anderes mag nach dem MPC gelten, dessen erwähnte Section 3.09 (2) MPC anordnet, dass ein „reckless belief" in notwehrbegründende Umstände (nur) zu einer Strafbarkeit wegen recklessness führt. Selbst ein Fehlverdacht, bei dem der Täter das Fehlen rechtfertigender Umstände so ernst nimmt, dass ihm „recklessness" vorgeworfen werden kann, verhindert nach dem MPC also eine Strafe wegen purpose oder knowledge. Weder Rechtsprechung noch Literatur haben sich jedoch, soweit ersichtlich, der Frage explizit angenommen.

4. Vereinigtes Königreich

Wie das US-amerikanische Recht versubjektiviert auch das englische Recht bereits die Voraussetzungen der Notwehr.[793] Es geht aber noch über ersteres hinaus, indem es selbst eine unvernünftige Tätervorstellung genügen lässt. Dieser Grundsatz gilt seit dem Urteil *R. v. Gladstone Williams*,[794] dem folgender Fall zugrunde lag: Ein Passant verfolgte einen jungen Mann, der einer Frau die Handtasche geraubt hatte, und hielt ihn fest, wobei er ihn auf den Boden stieß. Hier trat der Angeklagte hinzu, der von dem vorherigen Geschehen nichts wusste und irrtümlich annahm, der Passant – der sich fälschlicherweise als Polizist ausgab und keinen Ausweis vorzeigen konnte – sei dabei, den jungen Mann rechtswidrig zu verletzen.[795] Um ihn davon abzuhalten, griff der Angeklagte ein und es kam zu einem Gerangel, bei dem sich der Passant Verletzungen zuzog.

Die der früheren Rechtsprechung entsprechende[796] Instruktion der Jury, für die Verteidigungseinrede der Notwehr sei erforderlich, dass der Angeklagte *vernünftigerweise* annahm, sein Opfer sei zur Körperverletzung des

793 S. zum Ganzen Ormerod/Laird, Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl., S. 430 f; Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 413 f.
794 R. v. Gladstone Williams [1983] 78 Cr App R 276.
795 Tatsächlich handelte der Passant innerhalb der Grenzen des Festnahmerechts nach Section 3(1) Criminal Law Act 1967 und somit nicht rechtswidrig.
796 R. v. Rose (1884) 15 Cox C.C. 540; Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (960).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dritten nicht befugt, hielt der Court of Appeal für fehlerhaft, weil es auf die Vernünftigkeit der Vorstellung des Täters nicht ankomme:

> „The reasonableness or unreasonableness of the defendant's belief is material to question of whether the belief was held by the defendant at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there. It is irrelevant. […] If however the defendant's alleged belief was mistaken and if the mistake was an unreasonable one, that may be a powerful reason for coming to the conclusion that the belief was not honestly held and should be rejected."[797]

Die Feststellung im McCann-Urteil des EGMR, die Tätervorstellung werde im englischen Recht einer Vernünftigkeitskontrolle unterworfen,[798] beruhte insoweit auf einem Missverständnis.[799] Im Unterschied zu den bisher untersuchten Rechtsordnungen führen unvernünftige Irrtümer in England also auch nicht zu einer Bestrafung wegen negligence, obwohl mit (involuntary) manslaughter ein Delikt existierte, für das grobe Fahrlässigkeit (gross negligence) genügte.[800] Teile der Literatur halten eine solche Strafbarkeit zwar für möglich.[801] Britische Gerichte beschränken sich bei unvernünftigen Irrtümern jedoch bislang auf zivilrechtliche Schadensersatzansprüche.[802] Das Fehlen einer Unterscheidung zwischen vernünftigen und unvernünftigen Irrtümern im Strafrecht sei kein Einfallstor für miss-

---

797 R. v. Gladstone Williams [1984] 78 Cr App R 276 (281). Dabei stützt sich Lord Lane (ebd. S. 280 f) u.a. auf die (hochumstrittenen) Urteile R. v. Morgan [1976] AC 182 und R. v. Kimber (1983) 77 Cr App R 225, in denen entschieden wurde, dass einem Täter die nötige mens rea für Vergewaltigung bzw. sexuelle Nötigung fehlt, wenn er irrtümlich annimmt, nicht gegen den Willen der Frau zu handeln, auch wenn dieser Irrtum unvernünftig war.

798 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 134.

799 Zwar ist auch im englischen Recht von einem „subjektiv-objektiven Test" die Rede. Objektiv wird dabei aber nur beurteilt, ob der Gewalteinsatz, *die vom Täter tatsächlich vorgestellten Fakten ohne weiteres zugrunde gelegt,* vernünftig war, vgl. R. (Bennett) v. HM Coroner of Inner South London [2006], Rn. 13. Implizit korrigiert wurde dieses Missverständnis in ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 249–256, in dem der EGMR für Art. 2 EMRK nunmehr auf eine vollständig subjektive ex-ante-Betrachtung abstellte, s.o. 2. Kap., II.

800 Horder, Ashworth's Principles, S. 293–307.

801 Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (961); Card, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 135.

802 S. zB Ashley v. Chief Constable of Sussex [2008] UKHL 25 [2008] 1 AC 962; näher Parsons/Andoh, J. Crim. L. 76 (2012), S. 22 (23); gross negligence

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bräuchliche Behauptungen, man habe in Notwehr handeln wollen. Denn fehle es an objektiven Umständen, die eine Fehlvorstellung nahelegten, so dringe der Täter selten mit der Behauptung durch, er habe einem Irrtum unterlegen.[803]

Diese Rechtsprechung wurde, obwohl von der Literatur kritisiert,[804] seither mehrfach bestätigt[805] und im Criminal Justice and Immigration Act von 2008 kodifiziert. Dort heißt es für die „reasonable force for purposes of self-defence etc" in Section 76:

„(3) The question whether the degree of force used by D was reasonable in the circumstances *is to be decided by reference to the circumstances as D believed them to be*, and subsections (4) to (8) also apply in connection with deciding that question.

(4) If D claims to have held a particular belief as regards the existence of any circumstances—

(a) *the reasonableness or otherwise of that belief is relevant to the question whether D genuinely held it*; but

(b) *if it is determined that D did genuinely hold it, D is entitled to rely on it* for the purposes of subsection (3), *whether or not*—

(i) it was mistaken, or

(ii) (if it was mistaken) *the mistake was a reasonable one to have made*." [Hervorhebungen hinzugefügt]

Auch wenn das englische Recht die Voraussetzungen der Notwehr unmittelbar versubjektiviert, haben die Gerichte die Straflosigkeit des in Putativnotwehr handelnden Täters dogmatisch damit begründet, dass sein Irrtum den intent to act unlawfully entfallen lässt und es damit an der erforderli-

---

manslaughter immerhin ausdrücklich ablehnend ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 156 (indes mit der unklaren Begründung, es sei unmöglich gewesen „to aggregate the failures of various individuals").

803 So explizit Beckford v. R. (1987) 85 Cr. App. R. 378 (387).

804 Horder, Ashworth's Principles, S. 239–241; Liverick, Crim. L. Rev. (2002), S. 347–362 (insb. S. 361), die das englische Recht für unvereinbar mit Art. 2 EMRK hält; Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (960 f), der annimmt, die Gerichte hätten schlicht noch nicht die notwendigen Schlüsse gezogen (und der bei gross negligence wegen manslaughter bestrafen will).

805 R. v. Jackson (Kenneth) [1985] RTR 257 (258); Asbury [1986] Crim LR 258, CA; Fisher [1987] Crim LR 334, CA; Beckford v. R. (1987) 85 Cr App R 378; R. v. Owino [1996] 2 Cr App R 128 (134); Duffy v. Cleveland [2007] EWHC 3169 (Admin), Rn. 7–11.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen mens rea fehlt.[806] Damit entfällt nach der englischen Strafrechtsdogmatik die Schuld des Täters.[807] Als Konsequenz behält das Opfer der Notwehrhandlung ein Notwehrrecht wohl selbst dann, wenn es den Irrtum des sich Verteidigenden erkannt hat,[808] auch hier vorbehaltlich des Falles, dass das Opfer die Notwehrlage selbst absichtlich provoziert hat.[809]

Im Gegensatz zur Notwehr ist eine allgemeine Einrede des Notstandes nicht kodifiziert, sondern geht ausschließlich auf Rechtsprechung zurück. Diese unterscheidet drei Notstandsformen: Neben dem duress by threats[810] sind das der duress of circumstances[811] und die necessity,[812] wobei Existenz und Reichweite der necessity[813] ebenso wie ihr Verhältnis zum duress of circumstances[814] noch nicht restlos geklärt sind. Bezüglich Putativgefahren unterscheiden sich der duress of circumstances und die necessity jedenfalls nicht: Entscheidend ist, dass sich der Täter eine Gefahr vorstellte, soweit seine Vorstellung – darin liegt der Unterschied zur Notwehr – vernünftig

806 Vgl. R. v. Gladstone Williams [1983] 78 Cr App R 276 (280); Beckford v. R. (1987) 85 Cr. App. R. 378 (385); Card, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 132–135; nach deutscher Terminologie folgt das englische Recht damit der Vorsatztheorie, die beim Erlaubnistatumstandsirrtum den dolus malus verneint, vgl. Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 365, Fn. 1947. Darin liegt eine Abkehr vom traditionell engen Verständnis, nach dem sich die mens rea nicht auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bezieht, dazu Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 39–44.

807 Horder, Ashworth's Principles, S. 238 (eine „excuse", keine „permission" annehmend, aber einschr. auf vernünftige Irrtümer); ebenso Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 99–191.

808 Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 99 f.

809 Browne [1973] NI 9 Lowry LCJ, zitiert von Ormerod/Laird, in: Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law, S. 401.

810 Gemeint ist der hier nicht interessierende Nötigungsnotstand, also die durch Drohung veranlasste Begehung einer Straftat, Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 621.

811 Hier versucht sich der Täter einer Gefahr zu entziehen, ohne dass er wie beim duress by threats zum Werkzeug eines Drohenden wird, vgl. Horder, Ashworth's Principles, S. 228; Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 621, 647.

812 Umfasst sind andere Gefahren als die Bedrohung durch eine Person, also zB Unfälle oder Naturkatastrophen, Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 136, wobei der Begriff str. ist.

813 S. Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4.224–4.230.

814 Dazu Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–213; allg. zum Verhältnis zwischen den Notstandsarten Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 651, 658 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

war.[815] Wenn von einem „objective test" die Rede ist, ist nur letztere Einschränkung gemeint, nicht eine ex-post-Beurteilung.[816] Diese Lösung entspricht der vieler US-amerikanischer Bundesstaaten, die in ihren Statuten die Formulierung „if he reasonably believes" enthalten.[817] Wie in diesen Fällen greift also ein Alles-oder-nichts-Prinzip: Der vernünftig irrende Notstandstäter wird insgesamt exkulpiert, der unvernünftig irrende Täter überhaupt nicht; er muss sich wegen vorsätzlicher Tat verantworten. Die höheren Anforderungen des Notstandes gegenüber der Notwehr werden teilweise damit begründet, dass diese eine engere zeitliche und physische Verbindung zwischen der Bedrohung und der Handlung erfordere als der Notstand.[818] Mit der Rechtsnatur der Notrechte – Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund[819] – lässt sich der Unterschied im Hinblick auf die

815 Für duress of circumstances vgl. R. v. Conway (1989), 88 Cr App R 159 (165); Horder, Ashworth's Principles, S. 229, 231; Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 651, für necessity vgl. Ashworth, Principles, 6. Aufl., S. 212 f-214, 218 (der selbst alle Defences entsprechend behandeln will, Horder, Ashworth's Principles, 8. Aufl., S. 239–241). Seinen Ausgangspunkt findet dieser Grundsatz im duress by threats, dessen tatsächliche Voraussetzungen ebenfalls objektiv ex ante beurteilt werden, s. R. v. Graham (1982) 74 Cr App R 235 (240 f); Howe (1987) 85 Cr. App. R. 32 (66); Bowen [1996] 2 Cr App R 157; Safi and others [2004] 1 Cr App R 14; vgl. auch Horder, Ashworth's Principles, S. 229, 231; Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–170.

816 Zwar heißt es in R. v. Howe, (1987) 85 Cr. App. R. 32 (32) zunächst: „The test whether a person when charged with a criminal offence was acting under duress is an objective, not subjective, one; thus the test to be applied was whether *the threat was so grave* as to cause a person of reasonable firmness, sharing the characteristics of the defendant, to act as he did." [Hervorhebung hinzugefügt]. Das House of Lords bezieht sich jedoch auf das Urteil R. v. Graham, das die Verobjektivierung auf die Vernünftigkeit der Tätervorstellung beschränkt: „We think that there should be an objective element in the requirements of the defence so that in the final event it will be for the jury to determine whether the threat was one which the defendant in question could not reasonably have been expected to resist. This will allow the jury to take into account the nature of the offence committed, its relationship to the *threats which the defendant believed to exist*, the threats themselves and the circumstances in which they were made, and the personal characteristics of the defendant." [Hervorhebung hinzugefügt], s. R. v. Graham (1982) 74 Cr App R 235 (240).

817 S.o. 8. Kap., I. 3.

818 Ashworth, Principles of Criminal Law, S. 237.

819 Allg. zu diesem Begründungsansatz Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–170; Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung S. 175 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

necessity jedenfalls nicht erklären, wird diese doch überwiegend wie die Notwehr als Rechtfertigungsgrund eingeordnet.[820]

Ist der Täter nicht überzeugt von den Umständen, die die Notwehr oder den Notstand begründen, sondern hält diese nur für möglich, kommt eine Bestrafung wegen recklessness in Betracht, soweit die Jury den Täter für gleichgültig im Sinne eines „couldn't care less" hält.[821] Jedenfalls ein solcher Fehlverdacht kann ihn also nicht vollständig exkulpieren.

5. China

Die Notwehr ist in Art. 20 des Strafgesetzbuchs der Volksrepublik China[822] kodifiziert:

> „为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任. […]"

> „An act that a person commits to stop an unlawful infringement in order to prevent the interests of the State and the public, or his own or other person's rights of the person, property or other rights from being infringed upon by the on-going infringement, thus harming the perpetrator, is justifiable defence, and he shall not bear criminal responsibility. […]"[823]

Die verwendete „um-zu"-Konstruktion („为了") mag zwar einen gewissen Spielraum für eine Versubjektivierung der Notwehrvoraussetzungen belassen: Auch ein irrender Täter handelt schließlich, *um einen Angriff abzuweh-*

820 Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–213; Horder, Ashworth's Principles, S. 147–149, 227 („permission").

821 R. v. Kimber (1983) 77 Cr App R 225 (226, 228, 230).

822 Im Folgenden: chinesisches StGB.

823 Übersetzung von der Internetseite des Nationalen Volkskongresses und des chinesischen Handelsministeriums. Die Übersetzung der ständigen Vertretung Chinas bei den UN in Wien ist etwas knapper, in den hier entscheidenden Punkten aber identisch: „Criminal responsibility is not to be borne for an act of legitimate defense that is undertaken to stop present unlawful infringement of the state's and public interest or the rights of the person, property or other rights of the actor or of other people and that causes harm to the unlawful infringer."

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren.[824] Dennoch entspricht es der in China herrschenden Auffassung, dass die Notwehrlage ex post existieren muss.[825] Im Falle der Putativnotwehr wird jedoch verbreitet angenommen, dass es dem Täter für die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat an den „subjektiven Aspekten" fehle, dem vierten Element des in China traditionell zugrunde gelegten und der sowjetischen Straftheorie entlehnten[826] viergliedrigen Tatbestandsaufbaus. Diese „subjektiven Aspekte" entsprechen im Wesentlichen der *mens rea*.[827] Literaturvertreter, die den kontinentaleuropäischen dreigliedrigen Deliktsaufbau befürworten, sind sich uneinig darüber, ob die Schuld zu verneinen ist oder der Täter nur von der Strafe befreit wird.[828] Regelmäßig wird jedoch ein Fahrlässigkeitsdelikt angenommen.[829] Woraus sich bei einem unvermeidbaren Irrtum der Fahrlässigkeitsvorwurf ergibt, ist unklar. Teile der Literatur fordern zwar, den Täter nur dann wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, wenn ihm auch ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.[830] In der Rechtsprechung hat sich diese Ansicht indes noch nicht durchzusetzen vermocht. Da die Notwehrlage ex post vorliegen muss und Art. 20 des chinesischen StGB ein „*unlawful* infringement" genügen lässt, behält das Opfer des Putativverteidigers sein Notwehrrecht, unabhängig davon, ob der

824 Anderes gilt für die „um-zu"-Formulierung in § 32 (2) des deutschen StGB, da hier an die objektive Erforderlichkeit angeknüpft wird: „Notwehr ist die Verteidigung, *die erforderlich ist*, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden."

825 S. zum Ganzen Sprick, Die Grenzen der Notwehr, S. 310 f mwN.

826 Vgl. Badar, Concept of Mens Rea, S. 177.

827 Dieser Deliktsaufbau setzt sich zusammen aus (1) dem Objekt der Tat (die Tat beeinträchtigt rechtlich geschützte Interessen, ist also sozialgefährlich), (2) den objektiven Aspekten (objektive Tatbestandselemente), (3) dem Subjekt der Tat (insb. die Schuldfähigkeit des Täters) und (4) den subjektiven Aspekten (mens rea), vgl. Badar, Concept of Mens Rea, S. 177–185; Paramonova, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 93 f (letztere zum russischen Recht). Notwehr und Notstand haben keinen festen Platz in diesem Aufbau. Überwiegend wird angenommen, dass sie die Sozialgefährlichkeit des Verhaltens entfallen lassen, teilweise werden in der Folge auch die übrigen Elemente verneint, Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 127; vgl. auch Aghayev, Russian Criminal Law, S. 252 (beide für das russische Recht). Die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen wird zwar von einigen Autoren vorgenommen, ist aber nicht von der Rechtsprechung anerkannt.

828 Long Zhang von der Peking-Universität und Jiahui Shi von der Peking-Universität und der Universität zu Köln im persönlichen Gespräch.

829 Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 310 f mwN.

830 Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 311 mit Verweis auf Chen Xinglian, Über die Notwehr, Peking 2006, S. 152.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Täter einem vermeidbaren Irrtum unterlag.[831] Diese Begründung deckt sich mit der hM in Deutschland.

Dieselben Grundsätze gelten für den strukturell wie die Notwehr formulierten Notstand iSd Art. 21 des chinesischen StGB. Insgesamt sind die Gerichte jedoch sehr zurückhaltend damit, eine Tat wegen Selbstverteidigung oder Notstands als gerechtfertigt anzusehen.[832] Die Behandlung des Fehlverdachts ist ungewiss.

6. Russland

Auch Art. 37 des russischen Strafgesetzbuchs formuliert die Voraussetzungen der Notwehr („Notwendige Abwehr", Необходимая оборона)[833] insgesamt objektiv:

> „1. Не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, то есть при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия."
>
> „1. It shall not be deemed a crime when harm is inflicted in the state of justifiable defence *against an attacking person*, i.e., *in the case* of the protection of the person and the rights of defendant or other persons, law-protected interests of the society or the state against a *socially-dangerous attack* if such an attack involved violence threatening the life of the defendant or another person or an immediate threat of use of such violence."[834] [Hervorhebungen hinzugefügt]

831 Long Zhang (s.o. Fn. 828) im persönlichen Gespräch.
832 Long Zhang (s.o. Fn. 828) im persönlichen Gespräch.
833 Sofern hier deutsche Übersetzungen des Gesetzeswortlautes verwendet werden, stammen sie von Schroeder, StGB der Russischen Föderation.
834 Criminal Code of the Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), abrufbar unter http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie die Literatur betont, muss der Angriff „wirklich" sein.[835] Die Verteidigung gegen einen nur vorgestellten Angriff (meist als „мнимая оборона", *imaginäre Verteidigung*, bezeichnet) ist daher sozialgefährlich.[836] Dadurch bleibt das Notwehrrecht des Opfers, das nur sozialgefährliches Verhalten voraussetzt,[837] auch in Russland unberührt,[838] außer es hat die Notwehrhandlung provoziert.[839] Dennoch ist man sich darüber einig, dass der irrende Täter nur dann wegen vorsätzlicher Tat bestraft wird, wenn ihm die Umstände *keinerlei Anlass* zu seinem Irrtum gaben.[840] Gab es zwar einen solchen Anlass, hätte er aber seinen Irrtum gleichwohl erkennen können, muss er sich wegen Fahrlässigkeit verantworten. War sein Irrtum unvermeidbar, bleibt er ganz straffrei.[841] Das gilt freilich nur, wie russische Gerichte und Autoren immer wieder betonen, soweit der Täter unter Zugrundelegung seiner Vorstellung die Grenzen der Notwehr eingehalten

---

835 Aghayev, Russian Criminal Law, S. 254; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/.

836 Vgl. Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/, den Begriff „rechtswidrig" verwendend. Normalerweise ist im russischem Recht aber nicht von „Rechtswidrigkeit", sondern von „Sozialgefährlichkeit" die Rede.

837 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 135; nicht erforderlich ist, dass das Verhalten strafbar ist, vgl. Plenum des Obersten Gerichts, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 5.

838 Gleb Bogush von der Lomonosov Moscow State University im persönlichen Schriftverkehr.

839 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 136.

840 Manchmal wird auch nur dieser Fall als „imaginäre Verteidigung" und die Fälle eines beachtlichen Irrtums (dazu sogleich) werden als „putative Verteidigung" bezeichnet, so Gleb Bogush im persönlichen Schriftverkehr.

841 Plenum des Obersten Gerichts, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 16: „Wenn die Situation Anlass zu der Befürchtung gab, dass eine wirkliche Gefährdung existiere, und die Person, die Schutzmaßnahmen ergriff, das Fehlen der Gefährdung weder erkannte noch erkennen konnte, so sollte ihre Tat beurteilt werden als wäre sie eine notwendige Verteidigung. […] In den Fällen, in denen die Person das Fehlen der Gefährdung nicht erkannte, aber den Umständen nach hätte erkennen sollen und können, unterfällt ihre Tat den Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Verantwortlichkeit für fahrlässiges Handeln. Existierte die Gefährdung nicht in Wirklichkeit und gaben die Umstände der Person keinen Grund, eine solche anzunehmen, unterfällt ihre Tat den allgemeinen Vorschriften" (eigene Übersetzung); Oberstes Gericht Udmurt, Urteil v. 13. Oktober 2015; Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/; die Berücksichtigung der subjektiven Sicht zumindest für den Exzess befürwortend Aghayev, Russian Criminal Law, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hätte.[842] Anders als die bisher untersuchten Rechtsordnungen unterscheidet das russische Recht also nicht nur zwei Fälle (vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtum) sondern drei (völlig irrationalen, vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtum). Dieses Ergebnis entsprach bereits der Rechtslage in der Sowjetunion, die das Plenum des Oberstes Gerichts in zwei Resolutionen[843] ausdrücklich klargestellt hatte.[844] Auf Grundlage des auch im russischen Strafrecht verbreiteten viergliedrigen Deliktaufbaus[845] wird diese Lösung wie im chinesischen Recht damit begründet, dass bei der Putativnotwehr die erforderliche Schuld (iSv mens rea), also die subjektiven Aspekte fehlen, weil der Täter die Sozialgefährlichkeit seiner Tat nicht erkennt,[846] würde das Bestehen eines Notrechts eben diese Sozialgefährlichkeit doch verneinen.[847] Manche Autoren halten diese Begründungsweg nur im Wege einer Analogie für gangbar.[848] Andere greifen auf den Rechtsirrtum zurück.[849]

Dieselben Grundsätze gelten für den ebenfalls objektiv formulierten Notstand iSd Art. 39 StGB („Äußerste Notwendigkeit", Крайняя необходимость).[850] Sieht man einmal von den unterschiedlichen Schuldbegriffen ab, gelangt das russische Recht zumindest für den nicht völlig ir-

842 Plenum des Oberstes Gericht, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 16; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/; Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

843 Solche Resolutionen binden die unteren Instanzen und werden daher überwiegend zu den Rechtsquellen gezählt, vgl. Butler, in: Butler/Maggs/Quigley, Law After Revolution, S. 99 (113 f); Butler, Russian Law, S. 94.

844 Butler, in: Butler/Maggs/Quigley, Law after Resolution, S. 99 (116, 122); Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

845 Dazu s.o. Fn. 827; Badar, Concept of Mens Rea, S. 178–185; Aghayev, Russian Criminal Law, S. 78, ausf. zu den vier Elementen S. 91–194; Marchuk, Fundamental Concept of Crime, S. 54–60; Paramonova, in: Sieber/Forster/Silverman, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 92–95.

846 Dieses Erfordernis folgt aus Art. 5 (1), 28 (1) des russischen StGB (auch wenn die Definition der Fahrlässigkeit in Art. 26 (2) auf Art. 28 (1) nicht richtig abgestimmt ist, Schroeder, StGB der Russischen Föderation, Einführung, S. 20 f); vgl. auch Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132.

847 S.o. Fn. 836.

848 Gleb Bogush im persönlichen Schriftverkehr.

849 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132, 136.

850 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132, 140.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rationalen Irrtum zum selben Ergebnis wie China und die Rechtsprechung in Deutschland.

Da Art. 25 des russischen StGB für Vorsatzdelikte grundsätzlich indirekten Vorsatz genügen lässt, mag ein Fehlverdacht schädlich sein, wenn die angenommene Wahrscheinlichkeit der das Notrecht begründenden Umstände das für bedingten Vorsatz erforderliche Maß übersteigt.[851] Dafür reicht aus, dass der Täter „foresaw the possibility of the onset of socially dangerous consequences, did not wish, but consciously allowed these consequences or treated them with indifference" (Art. 25 (3) russisches StGB).[852] Erörtert wird dieser Fall indes, soweit ersichtlich, nicht.

7. Völkerstrafrecht

Der die Notwehr und den Notstand kodifizierende Art. 31 (1) IStGHSt befreit den Täter von der strafrechtlichen Verantwortung, wenn

> „(c) The person acts reasonably *to defend himself* or herself or another person or, […] property […] *against an imminent and unlawful use of force* in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. […]
> (d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court *has been caused by duress resulting from a threat* of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided."

Während die objektiv gefasste Formulierung der Notstandsvoraussetzungen eindeutig für ein ex-post-Vorliegen streitet, belässt die bei der Notwehr gewählte „um-zu"-Konstruktion wie die chinesische Norm einen gewissen Spielraum. Dennoch ist sich die Literatur einig: Notwehr-[853] wie Not-

851 Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

852 Zu diesen Anforderungen Aghayev, Russian Criminal Law, S. 140–142; Paramonova, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 440.

853 Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 45; Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, Art. 31, Rn. 1032; Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349); Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 88; Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 57; dies bei seiner Kritik am imminence-Kriterium außen vor lassend David, in: Doria/Gasser/Bassiouni, Legal Regime of the ICC, S. 757 (763).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

standslage[854] beurteilen sich ex post. Verschiedene Entwürfe, die nach dem Vorbild des Common Law das Vorliegen einer Gewaltanwendung versubjektivierten, wurden abgelehnt.[855] Das Problem von Putativnotwehr und Putativnotstand[856] kann daher nur über die Irrtumsregeln gelöst werden. Doch liegt die Antwort konstruktiv nicht auf der Hand.

Die einzige Irrtumsregel des Art. 32 IStGHSt führte in direkter Anwendung zur Unbeachtlichkeit des hier relevanten „Straffreistellungstatsachenirrtums", und zwar unabhängig davon, ob man ihn als Tatirrtum (Absatz 1) oder als Rechtsirrtum (Absatz 2) einordnete. Qualifizierte man ihn seiner Natur als Sachverhaltsirrtum entsprechend als *Tatirrtum*, schlösse er nach Art. 32 (1) IStGHSt die Täterverantwortlichkeit nur aus, wenn der Irrtum den „für den Verbrechenstatbestand erforderlichen subjektiven Tatbestand aufhebt". Jener subjektive Tatbestand (*mental elements*) setzt gemäß Art. 30 (1) IStGHSt voraus, dass der Täter bezüglich der *material elements* vorsätzlich oder wissentlich handelt. Bei diesem Begriff hatten die Schöpfer des IStGHSt jedoch ausschließlich (positiv) die objektiven Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes, nicht auch (negativ) die Abwesenheit von Straffreistellungsgründen vor Augen.[857] So definiert Art. VI (2) des Draft International Criminal Code das *material element* als *„any voluntary act or omission which constitutes part of a crime"*.[858] Auch der amerikanische Model Penal Code, der dem IStGHSt unter anderem als Vorbild diente[859] und sich in Section 1.13 (10) MPC lesen mag als umfasse das *material element* auch das Fehlen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, hält dieses Verständnis nicht konsequent durch[860] und löst das Problem der Putativnotrechte auf andere Weise.[861] Der in anderen authenti-

854 Vgl. Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, Art. 31, Rn. 1036; Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 62; hingegen ist die Frage für die Notwendigkeit und Angemessenheit der Handlung umstritten, dazu ebd. Art. 31, Rn. 58–62.

855 Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 45.

856 Die Kommentatoren beziehen sich vorwiegend auf die Putativnotwehr. Für den Putativnotstand kann aber nichts anderes gelten.

857 Ebenso Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 52, 56; Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (908–910, 935, 939); Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349) (jedoch diese Lösung als zu streng kritisierend, ebd. S. 350 f); vgl. auch Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (420); Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 55.

858 Bassiouni, Draft International Criminal Code, S. 115.

859 Bassiouni, Draft International Criminal Code, S. 39.

860 Vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (909).

861 S.o. 8. Kap., I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Sprachfassungen verwendete Begriff für material elements (zB éléments matériels, elementos materiales) erstreckt sich nach verbreitetem Verständnis gleichfalls nicht auf „negative Tatbestandsmerkmale".[862] In direkter Anwendung des Art. 32 (1) IStGHSt wäre der „Straffreistellungstatsachenirrtum" daher wohl unbeachtlich.[863] Die Annahme eines *Rechtsirrtums* iSd Art. 31 (2) IStGHSt – den der hier relevante Irrtum zumindest regelmäßig nach sich zieht[864] – führte zu demselben Ergebnis, da nach dem dann anwendbaren Art. 32 (2) S. 2 IStGHSt der Irrtum auch hier die Strafbarkeit nur ausschlösse, wenn er den subjektiven Tatbestand aufhebt.[865]

Es bestehen jedoch Zweifel daran, dass Art. 32 IStGHSt den „Straffreistellungstatsachenirrtum" überhaupt erfasst.[866] Zwar erlangte diese Norm nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn man sie ihrem Wortlaut entsprechend („only if") als abschließende Regelung sämtlicher Sachverhaltsirrtümer begriffe.[867] Doch sollte Art. 32 (1) IStGHSt entsprechend der Tradition im Common Law[868] tatsächlich nur klarstellen, was sich bereits aus Art. 30 (1) IStGHSt ergibt, nämlich dass bei einem Sachverhaltsirrtum über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals die strafrechtliche Verantwortlichkeit entfällt.[869] Normzweck war es daher nicht, Sachverhaltsirrtümer abschließend zu regeln. Art. 32 (2) IStGHSt wiederum erscheint nicht

862 Ausf. zu dieser Frage s. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (908–910).

863 Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 57 nimmt einen beachtlichen Tatirrtum noch unter Zugrundelegung einer zuvor diskutierten, später aber verworfene Version des Art. 32 (vorher Art. 30) IStGHSt an, vgl. ebd. S. 55.

864 Vgl. Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32 Rn. 14 (die den Irrtum dennoch wie einen Tatirrtum behandeln wollen, s.u. Fn. 871).

865 Wie hier Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421 f); Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941 f); hingegen verzichten Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 38 f im Falle der Unvermeidbarkeit des Irrtums auf diese Voraussetzung; sie wird nur ausnahmsweise bejaht, vgl. Ambos, Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1 (29); Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941) und Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (423 f); str. ist auch, ob die Berücksichtigung des Irrtums im Ermessen des Gerichts steht, dazu Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941 f); dagegen etwa Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421 f).

866 Vgl. Kreß, HuV 1 (1999), S. 4 (8).

867 Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 56.

868 Eine entsprechende Regel existiert etwa in Section 2.04 (1) (a) MPC.

869 S. etwa Preparatory Committee Draft, Art. 30, Fn. 21; zur entsprechenden Regel im Common Law s. LaFave, Substantive Criminal Law, S. 395 f; Ormerod/Laird, Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl., S. 374; daher wird die Norm auch als redundant kritisiert, vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf den „Straffreistellungstatsachenirrtum“ zugeschnitten, weil dieser einen Sachverhaltsirrtum darstellt. Die unmittelbare Gegenüberstellung von Tat- und Rechtsirrtum in zwei Absätzen derselben Norm und deren strukturell ähnliche Formulierung legen auch nahe, dass der zweite Absatz originäre Rechtsirrtümer erfassen und nicht als Auffangtatbestand für sämtliche Irrtümer fungieren sollte, die nicht unter Absatz 1 fallen.[870] In diese Richtung weist auch der explizit erwähnte Rechtsirrtum in Satz 1 des Art. 32 (2) darüber, ob ein Verhalten den Tatbestand eines der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegenden Verbrechens erfüllt.

Zu Recht hat sich daher die Auffassung durchgesetzt, dass es im IStGHSt an einer abschließenden Regelung von „Straffreistellungstatsachenirrtümern“ fehlt und diese Lücke im Wege einer Analogie zu Art. 32 (1) IStGHSt geschlossen werden muss, sodass die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat entfällt.[871] Denn der Straffreistellungstatsachenirrtum entspricht strukturell dem Tatirrtum. Es wäre wertungswidersprüchlich, beide unterschiedlich zu behandeln, zumal die Qualifikation eines Umstandes als Tatbestandsmerkmal oder Straffreistellungsgrund (wie etwa bei dem Einverständnis des Opfers) bisweilen zufällig erfolgt ist.[872] Hätten sich die Gründer des IStGH bewusst dafür entschieden, Straffreistellungstatsachenirrtümer unberücksichtigt zu lassen, müsste es dafür Anhaltspunkte geben angesichts dessen, dass dieses Verständnis den Rechtsordnungen des Civil Law, des Common Law und sogar dem russischen und chinesischen Recht fremd wäre.[873] Auch die Rechtsprechung der Nürnber-

---

S. 889 (934); Schabas, Eur. J. Crime Crim. L. Crim. Jus. 4 (1998), S. 84 (110); Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 11.

870 Anders Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421), der offenbar annimmt, Art. 32 umfasse sämtliche Irrtümer, und der die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum für verzichtbar hält.

871 Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (945); ähnlich Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 14 (einen Rechtsirrtum annehmend, ihn aber wie einen Tatirrtum behandelnd); Ambos, AT des Völkerstrafrechts, S. 808–810 (unmittelbar einen Tatirrtum annehmend und sich der Analogie nur im Hinblick darauf bedienend, dass der Irrtum das *mental element* ausschließt), ähnlich ders., Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1 (30) (die error-iuris-non-nocet-Regel dürfe nicht ausnahmslos angewendet werden); neben einer fehlenden abschließenden Regelung durch Art. 32 IStGHSt auch die Lösung über die Einbeziehung negativer Tatbestandsmerkmale in Art. 30 IStGHSt für möglich haltend Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 56; aA van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility, S. 282 f; Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349–351).

872 Vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (945).

873 Für die hier untersuchten Rechtsordnungen s.o. 8. Kap., I. 1.-6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger Nachfolgeprozesse brachte zum Ausdruck, dass die tatsächlichen Voraussetzungen von Notwehr und Notstand „from the standpoint of the honest belief of the particular accused" zu beurteilen seien.[874] Insgesamt erscheint es daher überzeugend, dass ein in Putativnotwehr oder -notstand handelnder Völkerstraftäter nicht wegen vorsätzlicher Tat zu bestrafen ist. Die genaue dogmatische Begründung bleibt dabei jedoch offen. War der Irrtum vermeidbar, kommt eine Fahrlässigkeitstat in Betracht.[875] Angesichts der geringen Zahl vollständiger Fahrlässigkeitsdelikte im IStGHSt[876] ist dies kaum von praktischer Relevanz. Da der „unlawful use of force" iSd Art. 31 (3) IStGHSt, gegen den sich das Opfer verteidigen darf, nicht schuldhaft sein muss,[877] darf sich das Opfer auch gegen den unvermeidbar irrenden Täter zur Wehr setzen.

Ob diese Lösung auf den falschen Verdacht der Existenz tatsächlicher Voraussetzungen eines Straffreistellungsgrundes ausgedehnt werden kann, ist fraglich. Selbst der (ohnehin anfechtbare) Rückgriff auf die allgemeinen Vorsatzregeln hilft nur bedingt weiter, ist doch bis heute umstritten, ob bedingter Vorsatz bzw. recklessness die Anforderungen des *intent* iSd Art. 30 IStGHSt erfüllt, den die meisten Verbrechen des Statuts voraussetzen.[878] Die Rechtsprechung des ICC legt die Hürde relativ hoch an,[879] was dafür spräche, dass auch das bloße Für-Möglich-Halten des Fehlens der tat-

---

874 US v. Alfried Krupp, Law Reports of Trials of War Criminals, S. 148; dazu Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 380; ähnlich das Urteil des US General Military Government Court in Ludwigsburg vom 9.-10. November 1945 im Fall Erich Weiss and Wilhelm Mundo, das zwei deutsche Polizisten freisprach, die einen US-Fallschirmspringer nach seiner Landung auf deutschem Boden töteten, als dieser nach seiner Festnahme seine Hand plötzlich zu seiner Tasche bewegte, obwohl sich später keine Anhaltspunkte dafür finden ließen, dass er die Polizisten tatsächlich hatte angreifen wollen, s. Cassese/Gaeta, Cassese's International Criminal Law, S. 211 f.

875 Denn auch wenn Art. 32 (1) IStGHSt für den vermeidbaren Tatirrtum keine Regelung trifft, soll die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt bleiben, Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 27.

876 So etwa Art. 28 (a) und (b) IStGHSt. Andere Normen lassen nur für einzelne Tatbestandsmerkmale Fahrlässigkeit genügen, zB Art. 8 (2) (b) (xxvi) IStGHSt, Element (3).

877 Cassese, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 951 (952).

878 Gegen die Einbeziehung van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility, S. 47; differenzierend Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (933); offener demgegenüber Piragoff/Robinson, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute on the Rome Statute, Art. 30 Rn. 22.

879 PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Bemba, 15 June 2009, Rn. 360–369 und TC II, Katanga, 7. März 2014, Rn. 775–777 (bloße Möglichkeit

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sächlichen Voraussetzungen des Straffreistellungsgrundes nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit wegen *intent* zu begründen. Andererseits darf die hier befürwortete Analogie auch nicht überstrapaziert werden. Auch in den nationalen Rechtsordnungen ist dieses Problem noch weitgehend ungeklärt.[880] Auf Grundlage des positiven Rechts kann daher noch keine abschließende Antwort gegeben werden.

8. Zwischenergebnis

In der Zusammenschau können auf der Basis der jeweils herrschenden Ansicht folgende Zwischenergebnisse festgehalten werden.

(1) Sämtliche untersuchte Rechtsordnungen berücksichtigen unvermeidbare Irrtümer bei der Notwehr zugunsten des Täters. Sie führen zur Straflosigkeit des Täters – mit Ausnahme des chinesischen Rechts, in dem regelmäßig eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bleibt.

(2) Vermeidbare Irrtümer bei der Notwehr führen überwiegend (so in Deutschland, Frankreich, dem Model Penal Code und einigen US-Bundesstaaten, China und dem Völkerstrafrecht) nur zu einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit. In vielen US-Bundesstaaten wird eine vorsätzliche Tat angenommen; in Russland nur dann, wenn für den Irrtum überhaupt kein Anlass bestand, ansonsten handelt der vermeidbar irrende Täter fahrlässig. Im Vereinigten Königreich entfällt die Strafbarkeit auch hier komplett.

(3) Die Begründung, mit der unvermeidbare Irrtümer berücksichtigt werden, ist uneinheitlich. Dies geht zum Teil auf die unterschiedlichen Verbrechensaufbauten, zum Teil aber auch auf die konzeptuell verschiedene Behandlung der Putativnotwehr zurück. In Frankreich, den USA und England wird diese behandelt wie die echte Notwehr, wobei in England die Straflosigkeit letztlich mit dem Entfallen der mens rea begründet wird. In Deutschland entfällt nach der Rechtsprechung die Schuld, während Teile der Literatur annehmen, dass es am Unrechtsvorsatz fehle. In China und Russland wird angenommen, dass der Vorsatz in Bezug auf die Sozialgefährlichkeit des Verhaltens und damit die Schuld iSd „subjektiven Aspekte" zu verneinen seien. Offen bleibt die genaue Begründung für das Entfallen der Vorsatzstrafbarkeit im Völkerstrafrecht.

---

genügt nicht, „virtual certainty" ist erforderlich); PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, Lubanga, 29. Januar 2007, Rn. 352 (Täter muss sich mit Risiken abgefunden haben).

880 S.o. 8. Kap., I. 1.-6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Trotz dieser unterschiedlichen Begründungen und obwohl dies nicht überall gleichermaßen einleuchtet, bleibt in allen untersuchten Rechtsordnungen das Notwehrrecht des Opfers unberührt. Hat das Opfer die Gewaltanwendung des anderen absichtlich provoziert, wird ihm das Notwehrrecht überwiegend verwehrt.

(5) In Deutschland, vielen US-Bundesstaaten, China, Russland und im Völkerstrafrecht wird der Putativnotstand behandelt wie die Putativnotwehr. In Frankreich ändert sich nur die Begründung für die Straflosigkeit wegen eines Vorsatzdeliktes: Während die (vernünftige) Putativnotwehr einen objektiven Strafausschließungsgrund darstellt, führt der Putativnotstand nur zu einem Irrtum, einem subjektiven Strafausschließungsgrund. Im Vereinigten Königreich werden anders als bei der Notwehr beim Notstand nur vernünftige Irrtümer berücksichtigt.

(6) Beim Fehlverdacht zeichnet sich keine Tendenz ab. In vielen Rechtsordnungen wird diese Frage überhaupt nicht diskutiert und es kann nur ausgehend von den jeweils geltenden Grundsätzen vermutet werden, wie die Lösung lauten müsste. In den Rechtsordnungen, in denen eine Debatte existiert, wird der Fehlverdacht nur in relativ engen Grenzen berücksichtigt: So bleibt er in Deutschland nach hM unberücksichtigt, sobald der Täter das Fehlen einer Rechtfertigungslage ernsthaft für möglich gehalten hat. Im Vereinigten Königreich und in den USA kommt in diesem Fall zumindest eine Strafbarkeit wegen recklessness in Betracht.

II. Schlussfolgerungen für die Fragestellung

Die erste wichtige Erkenntnis aus der Betrachtung nationalen Rechts ist, dass sich in sämtlichen untersuchten Rechtsordnungen bestimmte Fehlvorstellungen bei Notrechten zugunsten des Täters auswirken. Angesichts der aufgezeigten normativen Parallelen zwischen den völkerrechtlichen und den strafrechtlichen Notrechten[881] stützt dieser Umstand konzeptuell die These, dass auch Fehlvorstellungen von Staaten in irgendeiner Form berücksichtigt werden sollten. Das stärkt die identifizierte leichte Tendenz der Staatenpraxis in diese Richtung. Keiner der angeführten Unterschiede zwischen diesen Regimen begründet überzeugend, dass bei völkerrechtlichen Notrechten *grundsätzlich* andere Zweckerwägungen gelten als bei ihren strafrechtlichen Pendants.[882] Ebenso wenig stichhaltig ist das er-

881 S.o. 4. Kap., IV.
882 S.o. 4. Kap., IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wähnte Argument, der Grund für die Straflosigkeit des in Putativnotwehr handelnden Täters – die Strafe könne hier nicht ihre Funktion erfüllen – sei ein spezifisch strafrechtlicher, der nicht auf das Völkerrecht übertragbar sei.[883] Die Straflosigkeit des Täters begründet sich nicht erst mit der Sinnlosigkeit der Strafe, sondern damit, dass es an der Rechtswidrigkeit, dem erforderlichen Vorsatz, Unrechtsvorsatz oder der Schuld fehlt.[884] Soweit sich ein entsprechendes Element bei Art. 2 (4) UNC nachweisen lässt, ist die Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen nicht auf das Strafrecht beschränkt.

Die zweite Einsicht lautet, dass – zumindest wenn man die gänzliche Straflosigkeit als Maßstab heranzieht – bei nationalen Notrechten allein unvermeidbare Irrtümer zugunsten des Handelnden berücksichtigt werden. Vermeidbare Irrtümer werden in den meisten Rechtsordnungen mindestens wegen Fahrlässigkeit bestraft. Die britische Rechtslage, die bei der Notwehr auch diese Irrtümer vollständig straflos stellt, ist ein Ausreißer aus dieser ansonsten deutlichen Tendenz. Diese Erkenntnis stützt die in der Staatenpraxis eindeutig identifizierte Einschränkung, dass nur *unvermeidbare* Irrtümer und *hinreichend wahrscheinliche* Fehlverdachtsmomente beim völkerrechtlichen Gewaltverbot berücksichtigt werden. Denn ein dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdelikt entsprechender „Auffangtatbestand" existiert im Völkerrecht nicht. Sollen sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen nicht folgenlos bleiben, muss man sie von vornherein von der Berücksichtigung bei Art. 2 (4) UNC ausklammern.

Die dritte bedeutsame Erkenntnis ist, dass vernünftige Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten in einigen Rechtsordnungen nur zum Entfallen der mens rea (China, Russland, Großbritannien) oder der Schuld iSv Vorwerfbarkeit (Deutschland) führen oder zumindest die vorsätzliche Strafbarkeit ausschließen (Völkerstrafrecht). Auch in denjenigen Rechtsordnungen, die nicht zwischen tatsächlicher und Putativnotwehr unterscheiden (Frankreich und USA)[885], hat das Opfer der Gewaltanwendung keine Pflicht, den Angriff zu dulden, sondern darf sich zur Wehr setzen.

---

883 S.o. 5. Kap., I. Fn. 10.

884 Freilich mögen diese Voraussetzungen *auch* aus strafzwecktheoretischen Erwägungen folgen, jedoch nicht allein. Schließlich ist ein Handlungsunrecht in den meisten Rechtsordnungen auch Voraussetzung der schuldrechtlichen Haftung, vgl. §§ 280 (1) S. 2, 823 (1) BGB, für die deliktische Haftung Art. 1240 Code civil (Art. 1382 a.F.); Hoffman v. Jones 280 So. 2d 431 (1973) (Fla. 1973), zur US-Rechtslage s. etwa Abraham, DePaul L. Rev. 61 (2012), S. 271–302.

885 Großbritannien bildet insoweit einen Sonderfall, weil dort die mens rea entfallen soll.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser Umstand mag die Idee begründen, dass auch im Völkerrecht Fehlvorstellungen zu keiner „objektiven", also *vollen* Rechtfertigung führen müssen, die dem anderen Staat eine Duldungspflicht auferlegt. Jedoch liegt die dogmatische Konstruktion einer solchen Lösung hier weniger deutlich auf der Hand.

9. Kapitel: *Lösungsansätze nach textorientierter Auslegung unter Berücksichtigung der IGH-Rechtsprechung und vorheriger Erkenntnisse*

Bisher wurde im Wesentlichen danach unterschieden, *ob* eine bestimmte Fehlvorstellung zugunsten des handelnden Staates zu berücksichtigen ist oder nicht. Die Fragestellung muss für die textorientierte Auslegung von Art. 2 (4) und 51 UNC[886] präzisiert werden: *In welcher Weise* können sich die verschiedenen Fehlvorstellungsarten potentiell auswirken? Fünf Lösungsmöglichkeiten erscheinen erwägenswert.[887] Sie haben unterschiedliche Auswirkungen auf die bereits erwähnten[888] Folgeaspekte des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates, der Drittstaatenbeteiligung und der Staatenverantwortlichkeit des handelnden Staates.

Die Lösung am einen Ende des Spektrums bestünde darin, die Voraussetzungen der jeweiligen Ausnahme vom Gewaltverbot ex post zu beurteilen und die betreffende Fehlvorstellung auch in keiner anderen Weise zu berücksichtigen, sodass der irrende bzw. fehlvermutende Staat das Gewaltverbot verletzte, weil die Bedingungen des Erlaubnissatzes fehlten. Bei dieser Konzeption, die die Bezeichnung *Unbeachtlichkeitslösung* verdient, trüge er das vollständige Irrtumsrisiko. Soweit die Angriffsschwelle überschritten wäre, begründete sein rechtswidriger Gewalteinsatz ein Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates.[889] Die Beteiligung eines die Umstände kennenden Drittstaates an dem Einsatz wäre ebenfalls rechtswidrig.[890] Der Art. 2 (4) UNC-Verstoß des irrenden Staates hätte seine Staatenverantwort-

886 Zum Begriff „textorientiert" s.o. 6. Kap., II. 2. a.
887 Nicht erörtert werden Ansätze, den Irrtum als eigenständigen Rechtfertigungsgrund oder als Unterfall der Force Majeure zu berücksichtigen, vgl. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (350). Beides ist mit dem geltenden Recht zum Gewaltverbot unvereinbar.
888 S.o. 1. Kap., IV. 1.
889 S.o. 1. Kap., IV. 1. a.
890 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeit zur Folge, soweit nicht ausnahmsweise ein Ausschlussgrund iSd Kapitels V ARSIWA eingriffe.[891]

Von dieser Lösung am weitesten entfernt läge die Annahme, dass die Voraussetzungen der jeweiligen Ausnahme vom Gewaltverbot ähnlich wie im US-amerikanischen und französischen Notwehrrecht zu versubjektivieren sind. Selbstverteidigungslage, humanitäre Interventionslage und Notlage eigener Staatsangehöriger wären danach zu bejahen, wenn ein Staat (uU vernünftigerweise) *annimmt*, dass er von einem anderen Staat angegriffen wird, es zu massiven Menschenrechtsverletzungen oder der Verletzung von Leib oder Leben seiner Staatsangehörigen kommt. Ob die Annahme vernünftig sein muss oder nicht, würde darüber entscheiden, ob diese Lösung auf sorgfaltsgemäße Fehlvorstellungen beschränkt ist. Trotz der Fehlvorstellung wäre der handelnde Staat *vollumfänglich* – das heißt auch in objektiver Hinsicht – gerechtfertigt, weshalb dieser Ansatz im Folgenden als *volle Rechtfertigungslösung*[892] bezeichnet wird. Die Zugrundelegung dieses Ansatzes hätte zur Folge, dass dem Opfer der Gewaltanwendung mangels *rechtswidrigen* Angriffs kein Selbstverteidigungsrecht zustünde[893] und sich Drittstaaten grundsätzlich daran beteiligen könnten, ohne gegen Völkerrecht zu verstoßen.[894] Der handelnde Staat würde zumindest nicht wegen einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC für sein Handeln haften.[895] Das Irrtumsrisiko verlagerte sich damit vollständig auf den Opferstaat. Weil dieser Ansatz eine ex-ante-Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubnissätze voraussetzt, steht bei ihm die Auslegung der Ausnahmevorschrift – also insbesondere Art. 51 UNC – gegenüber der Auslegung von Art. 2 (4) UNC im Vordergrund.

Inspiriert von der Betrachtung nationaler Notrechte lassen sich zwischen diesen beiden Extremen zwei weitere mögliche Lösungen formulieren. Beiden liegt einerseits die Prämisse des Unbeachtlichkeitsansatzes zugrunde, dass die Voraussetzungen der Ausnahmen vom Gewaltverbot ex post vorliegen müssen, ein irrender oder fehlvermutender Staat also nicht voll gerechtfertigt ist. Dennoch verneinen sie andererseits – im Ergebnis wie der volle Rechtfertigungsansatz – eine Verletzung des Gewaltverbotes, und zwar, indem sie den Blick primär auf diese Norm richten. Die erste

891 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.
892 Zur Gleichsetzung der *Ausnahmen* vom Gewaltverbot mit *Rechtfertigung* s.u. 9. Kap., III. 4.
893 S.o. 1. Kap., IV. 1. a.
894 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.
895 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser Kompromisslösungen führt dafür eine Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung ein und hält den handelnden Staat für *entschuldigt*, ähnlich wie die deutsche und englische Rechtsprechung den Putativnotwehrtäter. Für sie wird hier der Begriff *Entschuldigungslösung* verwendet. Die andere Lösung setzt – wie die in Deutschland vertretene Lehre vom Unrechtsvorsatz – an dem Merkmal an, das dem irrenden Staat fehlt: dem Bewusstsein, ungerechtfertigte Gewalt einzusetzen. Sollte dieses Bewusstsein (oder zumindest ein Kennenmüssen der die Rechtswidrigkeit begründenden Tatumstände) Voraussetzung für eine Verletzung des Gewaltverbotes sein, würde ein (sorgfaltsgemäß) irrender bzw. fehlvermutender Staat diese Grundnorm nicht verletzen, obgleich er objektiv ungerechtfertigt handelt. Da er nur „in subjektiver Hinsicht" gerechtfertigt wäre, wird diese Option hier als *eingeschränkte Rechtfertigungslösung* bezeichnet. Beide Ansätze hängen also maßgeblich von der Auslegung des Art. 2 (4) UNC ab. Art. 51 UNC ist indes nicht ohne Bedeutung: Denn nur soweit sich herausstellte, dass auch ein entschuldigtes oder eingeschränkt gerechtfertigtes Handeln einen Angriff im Sinne dieser Norm darstellen kann, ließen diese beiden Ansätze das Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates bestehen.[896] Die Beteiligung eines Drittstaates an dem Handeln wäre grundsätzlich rechtswidrig. Eine Haftung des handelnden Staates käme auch hier nur wegen anderer Primärpflichtverletzungen in Betracht.

Eine fünfte Möglichkeit, die auf der Skala zwischen Unbeachtlichkeitslösung und voller Rechtfertigungslösung der erstgenannten am nächsten kommt, bestünde darin, dem Opferstaat in bestimmten Fällen schlicht zu verwehren, sich auf den Gewaltverbotsverstoß des irrenden Staates zu *berufen*. Als möglicher völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt eignet sich dafür die Clean-Hands-Doktrin. Diese *Clean-Hands-Lösung* knüpft weniger an die textorientierte Auslegung als an ein allgemeines Rechtsprinzip an. Mit ihrer Hilfe ließe sich potentiell begründen, dass ein mitzuständiger Opferstaat gegen den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat keine Selbstverteidigung üben darf und sich nicht auf dessen Staatenverantwortlichkeit berufen kann. Die Beteiligung eines Drittstaates an der Gewaltmaßnahme wäre zwar rechtswidrig, dem Opferstaat aber unter Umständen wiederum verwehrt, die daraus entstehenden Rechte geltend zu machen.

Art. 2 (4) und 51 UNC werden im Folgenden auf die genannten Ansätze hin untersucht, wobei der Schwerpunkt auf der textorientierten Auslegung liegt. Die dritte Primärrechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die IGH-Rechtsprechung finden aber ebenfalls Berücksichtigung. Be-

896 S.o. 1. Kap., IV. 1. a, näher s.u. 9. Kap., III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gonnen wird an dem für den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat günstigsten Ende des Spektrums, der vollen Rechtfertigungslösung. Ließe sich keiner der anderen für ihn vorteilhaften Lösungsansätze mit der textorientierten Auslegung vereinbaren, bliebe die Unbeachtlichkeitslösung übrig.

I. Volle Rechtfertigungslösung

Sollten die Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes von vornherein (objektiv) ex ante zu beurteilen sein, würde ein Irrtum oder Fehlverdacht über die Existenz eines bewaffneten Angriffs, einer Verletzung von Staatsangehörigen oder einer humanitären Interventionslage den Einsatz von Gewalt *in objektiver Hinsicht* rechtfertigen. Diese Konzeption erscheint konzeptuell möglich. Der Einwand, dadurch finde die Verteilung des Irrtumsrisikos, die erst Sache der nachträglichen Beurteilung eines Verhaltens sei, systemwidrig Eingang in die Verhaltensnorm selbst, an der der Akteur sein Handeln ausrichtet,[897] geht fehl. Denn eine versubjektivierte Verhaltensregel ergibt durchaus Sinn: „Übe nur Selbstverteidigung, wenn du hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen oder Bevorstehen eines Angriffs hast" oder – vollkommen subjektiviert – „wenn du an das Vorliegen oder Bevorstehen eines Angriffs glaubst." Verhält sich der Handelnde entsprechend, bedarf es keiner nachträglichen Beurteilung mehr, bei der sich die Frage stellt, ob etwaige Irrtümer zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind.

Da die volle Rechtfertigungslösung von der Auslegung des jeweiligen Erlaubnissatzes abhängt, müssen diese eigenständig untersucht werden.

1. Selbstverteidigung, Art. 51 UNC

a) Wortlaut

Da der in Art. 51 UNC erwähnte Begriff „inherent right" bereits berücksichtigt wurde,[898] steht bei der Wortlautauslegung die Formulierung der

---

897 Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (38); Robinson, in: Robinson/Garvey/Ferzan, Criminal Law Conversations, S. 343 (345 f) für strafrechtliche Notrechte.

898 S.o. 6. Kap., II. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbstverteidigungs*lage* im Vordergrund. In allen verbindlichen Sprachen (Art. 111 UNC) ist diese eindeutig objektiv gefasst:

Tabelle 1: Die Sprachfassungen der Selbstverteidigungslage iSd Art. 51 UNC

Chinesisch	联合国任何会员国受武力攻击时 *wortwörtlich:*[899] *wenn ein Mitglied der Vereinten Nationen mit Gewalt militärisch angegriffen wird*[900]
Englisch	if an armed attack occurs against a Member of the United Nations
Französisch	dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée
Russisch	если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации *wortwörtlich: wenn sich ein bewaffneter Angriff auf das Mitglied der Organisation ereignet haben wird*[901]
Spanisch	en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas

In keiner Sprachfassung wurde eine Formulierung gewählt wie „if the state *believes* that an armed attack occurs". Die spanische Fassung mag mit dem Ausdruck „*en caso* de ataque armado" etwas offener formuliert sein als die übrigen fünf Sprachfassungen, weil sie kein Prädikat wie „occurs", „est l'objet" usw. enthält, das einen *tatsächlich* bevorstehenden oder begonnenen Angriff nahelegt. Auch der Ausdruck „en caso" ist aber für sich genommen objektiv.

Grundsätzlich muss mit einer objektiv gefassten Formulierung nicht zwingend gemeint sein – und sie auch nicht unbedingt so *verstanden* werden –,[902] dass der maßgebliche Umstand ex post vorliegen muss. In vielen strafrechtlichen Lehrbüchern oder Kommentaren etwa werden die Voraus-

899 Da bei wörtlichen Übersetzungen aus Synonymfeldern ausgewählt werden muss, steckt darin freilich bereits eine Interpretation, Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 300.

900 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 299, 305 schlägt vor: „*wenn ein Mitglied der Vereinten Nationen einem militärischen Angriff ausgesetzt ist*". Auch hierbei handelt es sich um eine objektive Formulierung.

901 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 298 unter näherer Auseinandersetzung mit der perfektiven Futurform von „sich ereignen" (произойдет).

902 Sowohl die *vom Normschöpfer gemeinte* als auch die *vom Leser verstandene* Bedeutung sind für die Bestimmung der gewöhnlichen Bedeutung eines Begriffs relevant, s. näher T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (817 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzungen der Notwehr zunächst in objektiven Begriffen dargelegt und erst im Anschluss erörtert, aus welcher Sicht sich das Vorliegen dieser Voraussetzungen beurteilt, ohne dass sich darin ein Widerspruch offenbart.[903] Es ist dann offenkundig, dass die objektive Formulierung zunächst schlicht deshalb gewählt wurde, weil sie die kürzeste ist und das Augenmerk des Autors an dieser Stelle noch nicht auf der Perspektive lag.[904] Auch staatliche Akteure verwenden oft objektive Formulierungen, wenn die maßgebliche Sichtweise im konkreten Fall nicht von Bedeutung ist.[905] Freilich müssen an die Formulierung einer *rechtlichen Vorschrift* andere Anforderungen gestellt werden als an einen wissenschaftlichen Text oder die fallbezogene, mündliche Äußerung eines Akteurs, zumal sich in Art. 51 UNC, anders als in Lehrbüchern oder Kommentaren üblich, *keine* weitere Aussage zur Perspektive anschließt:[906] Eine Norm muss die Tatbestandsmerkmale abstrakt und möglichst prägnant definieren. Wie gesehen, werden zwar auch die tatsächlichen Voraussetzungen von Ausschlussgründen iSd Kapitel V ARSIWA,[907] Eingriffsbefugnissen in Menschenrechte[908] sowie Notwehr- und Notstandsnormen des nationalen Strafrechts[909] bisweilen ex ante beurteilt, ohne dass im objektiv formulierten Wortlaut eine unüberwindbare Hürde gesehen wird. Prima facie ist ein gewisser Widerspruch zum objektiven Wortlaut aber nicht bestreitbar. Hinzu kommt, dass die strafrechtliche Notwehr im US-amerikanischen Recht[910] bereits

---

903 Einen solchen empirischen Ansatz befürworten auch T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (828–836); vgl. für die Linguistik Baker/Hardie/McEnery, A Glossary of Corpus Linguistics, S. 65; McEnery/Hardie, Corpus Linguistics, S. 49.

904 Man kann einen Vergleich zum generischen Maskulinum ziehen: Kritiker wenden dagegen ein, dass der Begriff „die Bürger" nur auf natürlich männliche Personen bezogen sei. Dabei ist das generische Maskulinum für sich genommen geschlechtsneutral. Sein Verwender setzt sich in dem Moment nicht mit natürlichen Geschlechtern auseinander, weil es ihm um etwas anderes geht, Eisenberg, Wenn das Genus mit dem Sexus, FAZ v. 28. Februar 2018. Zu pragmatischen Erwägungen bei der Wortlautauslegung T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (823).

905 S.o. 7. Kap. I.

906 Zur Berücksichtigung der jeweiligen „speech community" T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (827 f).

907 S.o. 2. Kap., III.

908 S.o. 2. Kap., II.

909 S.o. 8. Kap., I. 3. (USA), 4. (Großbritannien).

910 MPC and Commentaries, § 3.04, S. 35; vgl. Nelson v. State 42 Ohio App. 252 (1932); Marts v. State 26 Ohio St. 162 (1875): „Homicide is justifiable on the

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1945 subjektiv formuliert wurde,[911] eine entsprechende Formulierung also im Grundsatz bekannt war, sodass man sie für Art. 51 UNC hätten wählen können, hätte man eine ex-ante-Beurteilung zugrunde legen wollen. Auch belegt dieser Umstand, dass sich Normsetzer der Bedeutung der Formulierung von Erlaubnissätzen für die maßgebliche Perspektive durchaus bewusst sind. Insgesamt ist der Wortlaut daher ein Indiz gegen die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage.

Der Wortlaut enthält auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die maßgebliche Perspektive für *reaktive* Selbstverteidigung eine andere sein soll als für *antizipierte*. Selbst wenn dem Gewohnheitsrecht bei letzterer eine besondere Bedeutung zukommt – weil insbesondere die chinesische, französische und spanische Sprachfassung der Charta nur *Raum* für diese Ausprägung des Selbstverteidigungsrechts lassen[912] – erscheint die objektive Formulierung von Art. 51 UNC mit einem objektiv ex ante zu beurteilenden antizipierten Selbstverteidigungsrecht kaum vereinbar.[913] Etwas anderes mag allenfalls für die bloße Fehlprognose gelten: Denn steht der Wortlaut antizipierter Selbstverteidigung als solcher nicht entgegen, muss das objektive Vorliegen einer Selbstverteidigungslage wohl nicht allein deshalb verneint werden, weil sich eine tatsächlich bestehende Angriffsgefahr letztlich nicht *realisiert* hätte. Denn damit verwirklicht sich nur das prognostische Risiko, das antizipierter Selbstverteidigung inhärent ist.

b) Systematik

Art. 51 ist im siebten Kapitel der Charta, und damit in demselben Kapitel wie Art. 39, 42, den Grundlagen kollektiver Gewaltanwendungen, verortet. Die gemeinsame Kapitelüberschrift „Action with respect to Threats to the

---

ground of self-defense, where the slayer, in the careful and proper use of his faculties, *bona fide believes, and has reasonable ground to believe*, that he is in imminent danger of death or great bodily harm, and that his only means of escape from such danger will be by taking the life of his assailant, although in fact he is mistaken as to the existence or imminence of the danger. The fact of the existence of such danger is not an indispensable requirement." [Hervorhebung hinzugefügt], zur heutigen Rechtslage s.o. 8. Kap., I. 3. und 4. Der maßgebliche britische Präzdenzfall Gladstone Williams stammt erst aus 1983.

911 Auch Art. 51 (5) (b) und Art. 57 (2) (a) (iii) ZP I zu den Genfer Abkommen von 1977 sind ausdrücklich subjektiv formuliert, s.o. 2. Kap., I.

912 S.o. 1. Kap., I. 2 und 6. Kap., II. 1.

913 Für den Vorrang der Charta bei Unvereinbarkeit s.o. 6. Kap., II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression" legt es auf den ersten Blick nahe, dass die im siebten Kapitel aufgeführten Bedrohungen, Friedensbrüche und Angriffshandlungen nach einer einheitlichen Perspektive zu beurteilen sind. Sollte die Gefahrenlage iSd Art. 39, 42 UNC (objektiv) ex ante zu beurteilen sein,[914] wäre es daher zumindest begründungsbedürftig, für Art. 51 UNC von etwas anderem auszugehen. Mit den Zweckrichtungen kollektiver und unilateraler Erlaubnissätze, die unterschiedlicher nicht sein könnten, wurde ein solcher Grund jedoch bereits identifiziert: Der amtsrechtliche Charakter[915] kollektiver Gewalt lässt es legitim erscheinen, mit Fehlvorstellungen hier großzügiger zu verfahren als bei unilateralen Gewalteinsätzen, die der Ausübung eines Notrechtes gleichstehen.[916] Dass sich Art. 39–42 und 51 im selben Kapitel befinden, wird ihrer unterschiedlichen Rechtsnatur nicht gerecht. Ein stichhaltiges Argument für die volle Rechtfertigungslösung lässt sich daher nicht daraus herleiten.

Umgekehrt überzeugt aber auch die systematische Erwägung nicht, dass für die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen kein Raum bestehe, weil Art. 51 UNC als Ausnahme von Art. 2 (4) UNC per se restriktiv auszulegen sei. Zwar wird im Völkerrecht verbreitet allgemein von der restriktiven Auslegung von Ausnahmen ausgegangen.[917] Von diesem pauschalen Prinzip lassen sich für die konkrete Auslegungsfrage indes selten verlässliche Schlüsse ableiten. Denn zum einen lässt sich dieser Regel regelmäßig mit gegensätzlichen pauschalen Prinzipien begegnen. Für die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen spräche etwa der notwendige effet utile[918] des Selbstverteidigungsrechts. Zum anderen können sachliche Gründe stets eine weite Auslegung der Ausnahme erforderlich machen, ohne dass dadurch der Grundsatz in Abrede gestellt wird.[919] Die Regel von der restriktiven Auslegung von Ausnahmen mag sich dafür eignen, die literarische Gruppierung der „Restriktivisten" von den „Nicht-Restriktivisten" abzu-

914 S.u. Teil 4.
915 S.o. 4. Kap., III.
916 S.o. 4. Kap., IV.
917 S. Crema, EJIL 21 (2010), S. 681 (692 f); Anwendungsbeispiele sind ECHR (Plenary), Klass et al. v. Germany, 5029/71, 1978, Rn. 42; GATT Panel, Canada – Import Restrictions on Ice Cream and Yoghurt, Entscheidung v. 5. Dezember 1989, Rn. 59; NAFTA Tribunal, Canfor v. USA und Terminal Forest v. USA, Entscheidung v. (2006) Rn. 185, 187.
918 Dazu Crema, EJIL 21 (2010), S. 681 (689 f).
919 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grenzen.[920] Doch ein überzeugendes systematisches Argument lässt sich daraus kaum ableiten.[921] Insgesamt ist die Systematik daher unergiebig.

c) Telos

Ein starkes Argument für die volle Rechtfertigungslösung ist der (später noch näher begründete)[922] Verhaltenspflichtcharakter des sich aus dem Zusammenspiel von Selbstverteidigungsrecht und Gewaltverbot ergebenden Verbotes, *keine unilaterale Gewalt anzuwenden außer in Selbstverteidigung*.[923] Dass das Selbstverteidigungsrecht Gewalt nur erlaubt und nicht dazu verpflichtet, stellt den Verhaltenspflichtcharakter jenes Verbotes nicht in Abrede, da es die Umrisse des verbotenen Verhaltens zweifellos mitdefiniert.[924] Ein Staat aber kann sein Verhalten nur an der objektiven ex-ante-Sicht auf die Tatbestandsmerkmale des Erlaubnissatzes ausrichten[925] und Unmögliches von ihm nicht verlangt werden (ultra posse nemo obligatur).[926] Eine Norm, die die Erlaubnis nicht endgültig im Handlungsmoment erteilt, sondern nachträglich wieder entfallen lassen kann, eignet sich nicht zur Verhaltenssteuerung, weil ihr Normbefehl unklar ist.[927] Dem würde durch die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage Rechnung getragen. Auch das Risiko von Missbrauch dieses Ansatzes – indem ein Staat die Behauptung vorschöbe, an einen Angriff geglaubt zu haben – ließe sich eindämmen, indem man auf die *objektive* ex-ante-Sicht ab-

---

920 S. 6. Kap., II. 2.
921 Ähnlich Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 307–309.
922 S.u. 9. Kap., III. 3. a.
923 Alternativ ließe sich das Selbstverteidigungsrecht als selbstständige Rechtsnorm verstehen, die den vom Gewaltverbot ausgehenden Normbefehl aufhebt, Gössel, FS Triffterer, S. 93 (96) für strafrechtliche Rechtfertigungsgründe. I. Erg. ergäben sich daraus keine Unterschiede.
924 Für strafrechtliche Verbote und Erlaubnissätze Rudolphi, GS Schröder, S. 73 (80); Wolter, Objektive und personale Zurechnung, S. 39; diesem Umstand dennoch Bedeutung beimessend Gössel, FS Triffterer, S. 93 (98–102).
925 Für das Notwehrrecht Rudolphi, GS Schröder, S. 73 (S. 81), der damit die ex-ante-Beurteilung von Geeignetheit und Erforderlichkeit begründet; weitergehend noch (für alle Erlaubnissätze) Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371 (378, 381); ebenso Freund, GA (1991), S. 347 (406 f); Wolter, Objektive und personale Zurechnung, S. 38; Armin Kaufmann, FS Welzel, S. 393 (400 f) beurteilt zwar auch die Notwehrlage ex ante, führt diesen Gedanken aber nicht an; zu dieser Überlegung für Verhaltensnormen allgemein Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
926 Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
927 Für das Notwehrrecht Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellte. Anforderungen an die vom Handelnden zu erbringenden Beweise könnten diese Hürde prozessual flankieren.

Die entscheidenden teleologischen Argumente gegen die volle Rechtfertigungslösung sind andere. Sie entsprechen den Gründen dafür, dass Fehlvorstellungen auch bei strafrechtlichen Notrechten nicht *objektiv*, also vollständig rechtfertigen (Deutschland, China, Russland, das Völkerstrafrecht und – in der Begründung – England) bzw. zumindest keine Pflicht des Opferstaates begründen, die irrtumsbehaftete Gewalt zu dulden (Frankreich, USA): Denn eine unmittelbare Versubjektivierung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts reduzierte dieses *vollständig* auf eine Verhaltensnorm und blendete objektive Wertaspekte wie die Rechte des Opferstaates völlig aus.[928]

Zunächst würde durch die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage der eigentliche Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts verfehlt. Das völkerrechtliche Notrecht des Art. 51 UNC dient der Auflösung einer *echten* Interessenkollision zwischen Souveränität und territorialer Integrität des Angreiferstaates und der des Verteidigerstaates, die mit dem bewaffneten Angriffs entsteht.[929] Diese Norm verpflichtet den Angreifer zur Duldung der Verteidigungsmaßnahme, weil er diese Interessenkollision selbst heraufbeschworen hat. Würde die Selbstverteidigungslage ex ante beurteilt, wäre Selbstverteidigung im Irrtumsfalle *objektiv erlaubt*, obwohl es an einer echten Interessenkollision fehlte und die Rechtsgüter des vermeintlich Angegriffenen auch dann unversehrt geblieben wären, wenn er nicht gehandelt hätte.

War der Opferstaat für die Fehlvorstellung *unzuständig*, würde darüber hinaus ein deutlicher normativer Widerspruch sichtbar: Der Opferstaat müsste den Gewalteinsatz ohne eigenes Selbstverteidigungsrecht dulden und damit das vollständige Irrtumsrisiko schultern, obwohl er Unbeteiligter ist und der Gewalt anwendende Staat auf die Dauer gesehen die Vorteile aus der Subjektivierung zöge: Da das Risiko einer Fehlentscheidung nicht auf ihm lastete, könnte er insgesamt weniger zögerlich zur Selbstverteidigung greifen und seine Souveränität und territoriale Unversehrtheit effektiver sichern. Dieser Wertungswiderspruch bestünde, wenn auch in geringerer Schärfe, selbst dann, wenn die Fehlvorstellung für den Handelnden unvermeidbar war, sie also weder in der einen noch in der anderen Sphäre ihren Ursprung hat. Anders als im Strafrecht, in dem die eine

928 Dazu bereits oben 8. Kap., I. 1.; zu den Strafrechtsordnungen s.o. 8. Kap., I. 1.-7.

929 Entsprechend zu strafrechtlichen Notrechten Schroth, FS Arthur Kaufmann, S. 595 (606), zu diesem Schutzzweck s.o. 4. Kap., I., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versubjektivierung der Notwehrlage befürwortenden Stimmen dem Opfer einer Putativnotwehrhandlung mangels *objektiv rechtswidrigen Angriffs* zwar kein Notwehrrecht, jedoch ein Notstandsrecht zugestehen können,[930] stünde dem Opfer im Völkerrecht kein anderes Notrecht zur Verfügung.[931] Das dadurch entstehende Ergebnis könnte auch eine Parallele zur Rechtsfigur des Aggressivnotstandes nicht legitimieren. Denn beim Aggressivnotstand wird eine für die drohende Gefahr unzuständige Partei zur Duldung der Beeinträchtigung ihrer Interessen verpflichtet, weil das geschützte Interesse das beeinträchtigte *tatsächlich* überwiegt. Ansonsten ist die Handlung weder objektiv nützlich, noch kann sie eine „Mindestsolidaritätspflicht" begründen und so den Eingriff in Rechte eines Unbeteiligten legitimieren.[932] Wie festgestellt, steigerte die Befugnis, auch auf vorgestellte Gefahrenlagen zu reagieren, zwar die Effektivität des Selbstverteidigungsrechts insgesamt und schützte damit auch ein tatsächliches Interesse. Doch würde diese nur *mittelbare* Erhöhung des Schutzniveaus die unmittelbare Beeinträchtigung der Souveränität und territorialen Unversehrtheit des unbeteiligten Staates nie in ihrer Schwere überwiegen. Im Übrigen sind Effektivitätsgesichtspunkte bei völkerrechtlichen Notrechten allgemein von geringerer Bedeutung als bei völkerrechtlichen Amtsrechten, bei denen das Vertrauen in den wirksamen Schutz durch das Gewaltmonopol des SR auf dem Spiel steht.[933]

War der Opferstaat für die Fehlvorstellung *mitzuständig*, träte unter Zugrundelegung der vollen Rechtfertigungslösung kein so deutlicher normativer Widerspruch zu Tage. Auch hier ist aber fraglich, ob die Parallele zum Defensivnotstand als Legitimation für den Verlust des Selbstverteidigungsrechts trägt, da der Opferstaat zwar die Fehlvorstellung, auch hier aber keine *echte* Interessenkollision heraufbeschworen hat, die erforderlich scheint, um eine objektive, also *volle* Rechtfertigungswirkung zu begründen.

Eine volle Rechtfertigung führte schließlich dazu, dass Drittstaaten den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat in rechtmäßiger Weise unterstützen könnten, selbst wenn sie keiner Fehlvorstellung unterlägen – solange ihr Verhalten nicht eine eigenständige Gewalthandlung iSd Art. 2 (4) UNC

930 So Stimmen in Deutschland, s.o. 8. Kap., I. 1. Fn. 735; zur Frage, ob der rechtswidrige Angriff zumindest ein Handlungsunrecht voraussetzt, s.u. 9. Kap., III. 2.

931 Zu einem ähnlichen Argument dagegen, dass der bewaffnete Angriff vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen muss, s.u. 9. Kap., III. 2. Fn.1073.

932 Zu diesen Begründungen des Aggressivnotstandes im nationalen Strafrecht s.o. 4. Kap., I.

933 S.o. 4. Kap., II.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darstellte.[934] Korrigieren ließe sich dieses unbillige Ergebnis allenfalls mit Gesichtspunkten von Treu und Glauben. Konzeptuell überzeugte das kaum. Auch führte dieser Ansatz konsequenterweise dazu, dass der Staat, der aufgrund einer tatsächlich bestehenden Selbstverteidigungslage Gewalt anwendet, davon aber nichts weiß oder wissen kann, das Gewaltverbot verletzte, obwohl seine Maßnahme vom Schutzzweck des Art. 51 UNC gedeckt wäre.[935]

Insgesamt sprechen Ziel und Zweck von Art. 51 UNC daher dagegen, dass ein Irrtum oder Fehlverdacht eine vollständig rechtfertigende Wirkung haben kann, und zwar eindeutig, wenn der Opferstaat unzuständig, etwas weniger eindeutig, wenn er mitzuständig war. Es erschiene wenig plausibel, das Angriffserfordernis unterschiedlich auszulegen – versubjektiviert oder objektiv –, je nachdem ob der andere Staat für die Fehlvorstellung mitzuständig ist oder nicht. Die Mitzuständigkeit lässt sich auch auf andere Weise berücksichtigen.[936] Das Gleiche gilt für den Verhaltenspflichtcharakter von Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht.[937]

Die angestellten Erwägungen gelten auch für das antizipierte Selbstverteidigungsrecht. Obwohl von den meisten Befürwortern antizipierter Selbstverteidigung so angenommen,[938] ist nicht ersichtlich, warum hier hinsichtlich der Prognosegrundlage stattdessen auf die objektiv ex ante erkennbaren Tatsachen abgestellt werden sollte. Der Kenntnishorizont eines Staates, der annimmt, er werde in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen, ist in Bezug auf *gegenwärtige* Umstände nicht zwingend begrenzter als der eines Staates, der sich bereits angegriffen glaubt. Auch beim vermeintlich erfolgten Angriff kann etwa die Vorstellung vom Urheber, von der Rechtswidrigkeit oder vom Gewicht eines geschehenen Angriffs irrtumsanfällig sein – Faktoren, die für das Bestehen einer Selbstverteidigungslage entscheidend sind. Wer es bei reaktiver Selbstverteidigung für anfechtbar hält, für die volle Rechtfertigung auf den Handlungszeitpunkt abzustellen, kann dies also auch für antizipierte Selbstverteidigung nicht überzeugend begründen. Etwas anderes gilt wieder allein für die Fehlprognose: Zukünftige Geschehensverläufe sind *per se* ungewiss, prognostische Unsicherheiten also antizipierten Erlaubnissätzen inhärent. Wird antizipierte Selbst-

934 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.
935 Diese Konsequenz anerkennend und befürwortend Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212 Fn. 1258. Ein Rechtsinstitut wie den Versuch – der im Strafrecht der Sache nach vorläge – kennt das Friedenssicherungsrecht nicht.
936 S.u. 9. Kap., IV. zur Clean-Hands-Lösung.
937 Nämlich durch eine nur „subjektive" Rechtfertigung, s.u. 9. Kap., III. 3. a.
938 S.o. 1. Kap., I. 2, Fn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verteidigung teleologisch damit begründet, dass das Untätigbleiben bei einem bevorstehenden Angriff keinem Staat zumutbar ist,[939] so ist das Risiko von Fehlprognosen darin schon „eingepreist", weil es untrennbar mit diesem Erlaubnissatz verbunden ist. Bei einer vernünftigen Fehlprognose kann die objektive Selbstverteidigungslage also nicht deshalb verneint werden, weil sich eine echte Angriffsgefahr letztlich nicht realisiert hätte. Weil die Gefahr eines bevorstehenden Angriffs zum Handlungszeitpunkt *tatsächlich* bestand, liegt zu diesem Zeitpunkt auch eine *tatsächliche* Interessenkollision vor, die die Anwendung des Art. 51 UNC rechtfertigt. Dabei ist der vermeintlich Angreifende für die ursprünglich bestehende Gefahr *stets zuständig*. Die Schaffung dieser Gefahr, die regelmäßig mit einer verbotenen Androhung von Gewalt (Art. 2 (4) UNC) einhergeht, erklärt, warum der Angreifer das Risiko einer Abweichung der ex-ante-Prognose von dem ex post festgestellten (hypothetischen) Geschehensverlauf zu tragen hat[940] und ihm selbst kein Selbstverteidigungsrecht zusteht.

Nach dem Zweck des Art. 51 UNC, führen also allein vernünftige Fehlprognosen zu einer vollen Rechtfertigung des Gewalt einsetzenden Staates.

d) Genetik

Selbst wenn man annähme, die Wortlaut- und Telosargumente gegen die volle Rechtfertigungslösung führten noch zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis,[941] schlüge das Pendel durch die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte von Art. 51 UNC nicht um, auch wenn diese das bisherige Bild in einem Aspekt eintrübt. Von Beginn der Chartaverhandlungen an waren sich die Staaten darüber einig, dass das individuelle Selbstverteidigungsrecht durch Art. 2 (4) UNC nicht angetastet werde.[942] Zur Einfügung von Art. 51 UNC kam es nur, weil die amerikanischen Staaten die Vereinbarkeit der Charta mit ihrer im Akt von Chapultepec vorgesehenen Beistandspflicht gegen Angriffe von Drittstaaten festgestellt wissen wollten, nachdem die Sowjetunion die Feindstaatenklausel in den heutigen Art. 53 (1) UNC verhandelt hatte. Letztere hatte damit das Fortbestehen ihrer Verteidigungsbündnisse gegen zukünftige deutsche Bedrohungen

939 S.o. 1. Kap., I. 2, Fn. 66.
940 Ähnlich für das prognostische Element der Gegenwärtigkeit des Angriffs im Rahmen der Notwehr Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 85.
941 Zur Subsidiarität der genetischen Auslegung s.o. 3. Kap.
942 S. UNCIO VI, S. 459; R. Russell, History of the UN Charter, S. 599.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unabhängig von einem SR-Mandat absichern wollen.[943] Der ursprünglich von den USA angestrebte ausdrückliche Verweis in Art. 51 auf den Akt von Chapultepec wurde nach einem britischen Kompromissvorschlag durch den allgemeinen Ausdruck „self-defense […], either individual or collective"[944] ersetzt.[945] Auch wenn in der Folge einige Staaten deutlich machten, dass Art. 51 UNC auch andere Bündnisse als den Akt von Chapultepec umfasse,[946] hoben die lateinamerikanischen Staaten[947] ebenso wie die USA[948] in ihren Erklärungen zu Art. 51 UNC maßgeblich auf dieses Abkommen ab. Zumindest bestand Einigkeit darüber, dass Verteidigungsmaßnahmen, die der Chapultepec-Akt erlaubte, von Art. 51 UNC gedeckt waren.[949] Vor diesem Hintergrund kann dieses Bündnis für die Auslegung des Art. 51 UNC eine Orientierungshilfe bieten.

Wie festgestellt, legt der zwischen verschiedenen Perspektiven unterscheidende Art. IV des Akts von Chapultepec nahe, dass die Umstände reaktiver Selbstverteidigung ex post, die antizipierter Selbstverteidigung objektiv ex ante beurteilt wurden.[950] Überträgt man diese Anforderung auf Art. 51 UNC, gelangt die genetische Auslegung im Bereich reaktiver Selbstverteidigung zu demselben Ergebnis wie die Wortlaut- und teleologischen Kriterien, die ebenfalls für eine ex-post-Beurteilung streiten. Im Bereich antizipierter Selbstverteidigung stellt sich hingegen die Frage, ob sich die ex-ante-Beurteilung des Chapultepec-Aktes auf die *Prognose* beschränkt oder ob sie das Vorliegen der *gefahrbegründenden Umstände* mitumschließt. Die Formulierung „there *may* be reasons to believe" lässt letztere Auslegung zu. Zwingend erscheint dies aber nicht. Insbesondere die ex-post-Be-

943 R. Russell, History of the UN Charter, S. 690–698; zur Relevanz des Akts von Chapultepec auch Kreß, Gewaltverbot, S. 180–182; Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (872–874).

944 Die Umformulierung zum heutigen Ausdruck „right of individual or collective self-defense" war dann nur noch „Politur", R. Russell, History of the UN Charter, S. 702.

945 R. Russell, History of the UN Charter, S. 699.

946 UNCIO XI, S. 56 f (Ägypten), S. 57–59 (Frankreich); UNCIO XII, S. 681 (Frankreich), S. 682 (Ägypten, Australien).

947 S. die Erklärung Kolumbiens, UNCIO XII, S. 680 f, der sich Mexiko, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Chile, Ecuador, Bolivien, Panama, Uruguay, Peru, Guatemala, El Salvador, Brasilien, Honduras, Kuba und Argentinien anschlossen; s. auch UNCIO XI, S. 54 f (Mexiko), S. 55 f (Venezuela) sowie R. Russell, History of the UN Charter, S. 700.

948 UNCIO XI, S. 52.

949 So ausdrücklich die (insoweit unwidersprochene) Erklärung der lateinamerikanischen Staaten, Fn. 947.

950 S.o. 7. Kap., II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wertung der reaktiven Selbstverteidigungslage machte es begründungsbedürftig, dass die vernünftige Vorstellung gefahrbegründender Tatsachen für antizipierte Verteidigung genügen soll, die vernünftige Vorstellung eines bereits erfolgten Angriffs für reaktive Verteidigung hingegen nicht. Insgesamt lässt sich daher feststellen: Im Bereich reaktiver Selbstverteidigung stützt die genetische Auslegung das bisherige Auslegungsergebnis, dass die Selbstverteidigungslage ex post beurteilt wird. Das Gleiche gilt für die ex-ante-Bewertung des Prognoseelementes bei antizipierter Selbstverteidigung. Auch hinsichtlich der gefahrbegründenden Umstände der Prognose enthält die Genese Anhaltspunkte für eine ex-ante-Beurteilung. Doch ist fraglich, ob sie stark genug sind, um das teleologische Argument zu entkräften, dass kein Grund ersichtlich ist, antizipierte Selbstverteidigung insoweit anders als reaktive Selbstverteidigung zu behandeln.[951]

e) IGH-Rechtsprechung

Zu einer Entscheidung des IGH über einen Irrtum oder Fehlverdacht ist es bisher nicht gekommen. Das einzige Verfahren dieser Art – der Abschuss von Iran Air Flight 655 – wurde einvernehmlich beendet. Es muss daher auf Fälle zum Gewaltverbot und seinen Ausnahmen zurückgegriffen werden, die nicht unmittelbar eine Fehlvorstellung zum Gegenstand hatten. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Nicaragua- und der Ölplattformen-Fall.[952] Wegen der von der Fragestellung abweichenden Sachverhalte ist jedoch Vorsicht vor zu weitreichenden Schlüssen geboten.[953]

Wenig aussagekräftig für die maßgebliche Perspektive auf die Selbstverteidigungslage ist die Passage im Ölplattformenurteil, die die Würdigung der Voraussetzungen von necessity iSd Art. XX des US-iranischen Freundschaftsvertrag von 1955, an dem das Gericht die Gewaltanwendung – im Lichte des Gewaltverbotes der Charta – maß, als „not purely a question for the subjective judgment of the party" bezeichnet.[954] Denn hier ging es

951 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

952 S. zudem ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, S. 42 zu Art. 25 ARSIWA, s.o. 2. Kap., III.

953 Insoweit gilt dasselbe wie das zur Staatenpraxis Gesagte, s.o. 7. Kap., I am Anfang.

954 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 43, ähnlich Rn. 73, für die necessity iSd Art. XX des US-Iran-Freundschaftsabkommen von 1955, die sich mit der necessity und proportionality iSd Art. 51 UNC überschneidet; ähnlich bereits ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 282.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Gericht nicht um faktische Irrtümer, sondern darum, dass die *rechtliche* Würdigung des Sachverhalts gerichtlich überprüfbar ist.[955] Auch der Satz aus dem Nicaragua-Urteil „[t]here is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation"[956] bezieht sich nicht auf faktische Fehlvorstellungen, sondern darauf, dass kollektive Selbstverteidigung voraussetzt, dass der *Opferstaat* die Situation als bewaffneten Angriff würdigen und eine entsprechende Feststellung treffen muss. Umgekehrt kann aus der Aussage, dass das Gericht das tatsächliche Verhalten des Opferstaates als „indicative of a belief by the State in question that it was the victim of an armed attack" berücksichtige,[957] nicht geschlossen werden, dass bei kollektiver Selbstverteidigung die subjektive Vorstellung des *Opferstaates* vom Vorliegen eines Angriffs ausreiche. Denn auch diese Passage steht im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Hilfeersuchens und beruht darauf, dass der Opferstaat am besten darüber Bescheid weiß, ob sich ein bewaffneter Angriff ereignet hat.[958] Ein anderes Verständnis würde auch einen kaum zu rechtfertigenden Unterschied zwischen kollektiver und individueller Selbstverteidigung schaffen.

Schwieriger zu beurteilen ist die Bedeutung zahlreicher objektiver Formulierungen, nach denen Selbstverteidigung voraussetzt, dass „an armed attack has occurred".[959] Bei einigen dieser Passagen ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass sie nur verdeutlichen sollten, dass kollektive wie individuelle Selbstverteidigung überhaupt von einem bewaffneten Angriff abhängen.[960] Hier sagt die objektive Formulierung nichts über die entscheidende Perspektive aus. Dort, wo der Gerichtshof die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts hingegen als abstrakte Formel beschrieb,[961] erscheint die Überlegung berechtigt, ob er sie nicht versubjektiviert hätte, wäre er von einer ex-ante-Beurteilung ausgegangen.

---

955 Das übersieht Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020, der aus IJC, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 73 eine ex-post-Beurteilung herleiten will.
956 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195.
957 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232.
958 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232.
959 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232; objektiv formuliert auch ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 38, 41.
960 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195, 211.
961 So etwa ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 229, 232; Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Noch deutlicher in diese Richtung weisen Passagen zu Tatsachen, die die sich auf Selbstverteidigung berufende Partei beweisen muss. So heißt es im Ölplattformen-Fall:

> „The Court has simply to determine whether the United States has demonstrated that it was the victim of an 'armed attack' by Iran […]; and the burden of proof of the facts showing the *existence* of such an attack rests on the United States. […] [I]f at the end of the day the evidence available is insufficient to establish that the missile *was* fired by Iran, then the necessary burden of proof has not been discharged."[962] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Wäre der Gerichtshof der Überzeugung gewesen, die USA hätten nur beweisen müssen, dass sie von iranischen Angriffen *ausgingen* oder davon vernünftigerweise ausgehen durften, hätte er die Passage wohl anders formuliert. Das gilt umso mehr, als der dem Ölplattformen-Fall zugrunde liegende Sachverhalt Anlass zu der Überlegung gab, dass die USA jedenfalls dem Verdacht unterlagen, dass die beiden untersuchten Gewaltanwendungen auf den Iran zurückgingen. So beriefen sich die USA darauf, dass der iranische Präsident drei Monate zuvor damit gedroht hatte, die USA anzugreifen, sollten sie die Region nicht verlassen,[963] und dass die Mine, auf die die *USS Samuel B. Roberts* gelaufen war, eine iranische Seriennummer trug.[964] Dennoch setzte sich der IGH allein damit auseinander, ob die vorgebrachten Anhaltspunkte zum Beweis dafür geeignet waren, dass die Angriffe dem Iran *tatsächlich* zurechenbar waren, was er verneinte.[965] Auch im Nicaragua-Fall hätte es Anhaltspunkte dafür gegeben, angesichts der wenigen verfügbaren Informationen über die Einfälle in das Gebiet von Honduras und Costa Rica – ein Umstand, den das Gericht zweimal betonte[966] – nicht auf die tatsächliche, sondern die von den USA vermutete Sachlage abzustellen, hätte das Gericht sie für entscheidend gehalten. Stattdessen hoben die Richter darauf ab, „what actually happened".[967] Im Armed-Activities-Fall legte der IGH ebenfalls einen ex-post-Prüfungsmaßstab an die Voraus-

962 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57, ähnlich Rn. 61, 71, 119.
963 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 60.
964 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 67; zum entsprechenden Verdacht für den Gewalteinsatz gegen die Sea Isle City, vgl. ebd. Rn. 53.
965 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57–61, 71 f.
966 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 164, 231.
967 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 57, s. auch ebd. Rn. 150–153.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzungen des Selbstverteidigungsrechts an.[968] Diese Rechtsprechung spricht gegen die volle Rechtfertigungslösung.

Eine Aussage des Nicaragua-Urteils zieht diesen Schluss jedoch in Zweifel. So heißt es im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der amerikanischen Unterstützungsmaßnahmen:

> „[T]he Court must also observe that the reaction of the United States in the context of what it regarded as self-defence was continued long after the period in which any presumed armed attack by Nicaragua could *reasonably be contemplated*."[969] [Hervorhebung hinzugefügt]

Diese Passage, die eine objektive-ex-ante-Beurteilung impliziert, lässt es fraglich erscheinen, ob sich das Gericht in den erwähnten Fällen zur maßgeblichen Perspektive positionieren wollte. Für einen eindeutigen Schluss bedürfte es wohl eines Falles, in dem der handelnde Akteur tatsächlich einer (bestenfalls unvermeidbaren) Fehlvorstellung unterliegt und sich darauf beruft. Bis dahin vermag die Rechtsprechung die Auslegung nicht wesentlich zu erhellen.

f) Zwischenergebnis

Während weder die systematische Auslegung noch die Rechtsprechung des IGH sichere Schlüsse zulassen, sprechen im Hinblick auf Irrtum und Fehlverdacht sowohl Wortlaut als auch Ziel und Zweck gegen die volle Rechtfertigungslösung, letztere sogar eindeutig. Das gilt unabhängig davon, ob die Fehlvorstellung vermeidbar war und der andere Staat zuständig dafür ist. Nur bei der vernünftigen Fehlprognose lässt sich eine volle Rechtfertigung nach Wortlaut und Telos gut begründen. Die Entstehungsgeschichte zieht dieses Ergebnis jedenfalls nicht in Zweifel. Insoweit liegen die Dinge im Friedenssicherungsrecht ganz ähnlich wie bei den strafrechtlichen Notrechten – und zwar selbst wie in den USA und Frankreich, soweit man nicht auf die formale Versubjektivierung der Notwehrlage, sondern auf das Fortbestehen des Notwehrrechts des Opfers abstellt.

---

968 ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 142–147.
969 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 237.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Rettung von Staatsangehörigen

Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis stellt die Rettung von Staatsangehörigen eine Ausformung des Selbstverteidigungsrechts dar, wobei offengelassen wurde, ob sie unmittelbar unter Art. 51 UNC fällt – weil die Verletzung der Staatsangehörigen einem Angriff iSd Norm gleichsteht – oder ob es sich um eine völkergewohnheitsrechtliche Ausprägung des Selbstverteidigungsrechts handelt, die das Inkrafttreten der Charta überdauert hat.[970] Im ersten Fall kann für Fehlvorstellungen bei der Rettung Staatsangehöriger nichts anderes gelten als beim Selbstverteidigungsrecht: Die textorientierte Auslegung spricht (außer bei der Fehlprognose) eindeutig gegen die volle Rechtfertigungslösung. Im zweiten Fall richtet sich die maßgebliche Perspektive primär nach dem vor und nach 1945 geltenden Gewohnheitsrecht, das nach systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ebenfalls *auszulegen* ist.[971] Die textorientierte Auslegung von Art. 51 UNC bildet nach Gewichtungsregel (1) die äußerste Grenze, wenn nicht eine einheitliche Praxis, getragen von einvernehmlicher Überzeugung entgegensteht.[972]

Über die maßgebliche Perspektive bei der Rettung eigener Staatsangehöriger nach Völkergewohnheitsrecht konnte keine sichere Aussage getroffen werden.[973] Muss man den gewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz aus diesem Grund auslegen, sprechen in teleologischer Hinsicht gegen die volle Rechtfertigungslösung dieselben Gründe wie im Rahmen der Selbstverteidigung: Der Opferstaat verlöre sein Selbstverteidigungsrecht zumindest bei Unzuständigkeit für die Fehlvorstellung zu Unrecht. Bei einer tatsächlich fehlenden Notlage erfüllte auch die Rettung von Staatsangehörigen nicht ihren Schutzzweck, einen echten Interessenkonflikt aufzulösen. Auch ist kein sonstiger Grund dafür ersichtlich, die Notlage bei der Rettung von Staatsangehörigen anders als bei der Selbstverteidigung zu versubjektivieren: Weder besteht ein systematisch größeres Informationsdefizit – hier wie dort finden die Vorbereitungen für das schädigende Ereignis regelmäßig außerhalb des eigenen Einflussbereichs statt –, noch werden durch die Rettung von Staatsangehörigen per se höherrangige Rechtsgüter geschützt. Leben und körperliche Integrität der eigenen Staatsangehörigen werden

970 S.o. 1. Kap., I. 4.
971 S.o. 3. Kap., Fn. 321.
972 S.o. 6. Kap., III. 3.
973 Zur Praxis nach 1945 s.o. 7. Kap., I. 6. Vor 1945 ließen sich keine relevanten Irrtums- oder Fehlverdachtsfälle identifizieren.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vom geltenden Völkerrecht (noch) nicht zwingend als schutzwürdiger beurteilt als die staatliche Souveränität und territoriale Unversehrtheit. Das zeigt bereits die Kontroverse um die Zulässigkeit der Rettung eigener Staatsangehöriger,[974] während das klassische Selbstverteidigungsrecht unbestritten ist. Selbst wenn man die erwähnten Individualrechtsgüter aufgrund des vordringenden Menschenrechtsschutzes für höherwertig hielte, genügte die mittelbare Erhöhung des Schutzniveaus, die mit der Versubjektivierung des Erlaubnissatzes erreicht würde, wohl nicht, um die vollständige Abwälzung des Irrtumsrisikos auf einen unzuständigen Opferstaat zu rechtfertigen. Daher greift die Analogie zum Aggressivnotstand auch hier zu kurz.[975] Eine so starke Betonung von Effektivitätserwägungen wäre auch schwer mit dem notrechtlichen Charakter der Rettung von Staatsangehörigen zu vereinbaren. Im Ergebnis sind daher auch die Voraussetzungen einer etwaigen *gewohnheitsrechtlichen* Ausprägung der Rettung eigener Staatsangehöriger nicht (objektiv) ex ante, sondern ex post zu beurteilen. Wie beim Selbstverteidigungsrecht gilt etwas anderes allein für das prognostische Element der Rettung eigener Staatsangehöriger, das diesem Erlaubnissatz inhärent ist. Einzig für die vernünftige Fehlprognose lässt sich eine volle Rechtfertigung daher begründen.

3. Humanitäre Intervention

Die humanitäre Intervention wird hier als völkergewohnheitsrechtlicher Erlaubnissatz angesehen, der sich im Entstehungsprozess befinden mag.[976] Gegen die Auslegung dieser gewohnheitsrechtlichen Ausnahme im Sinne eines (objektiv) ex ante zu beurteilenden Erlaubnissatzes sprechen dieselben systematischen und teleologischen Argumente wie bei der gewohnheitsrechtlichen Befugnis zur Rettung von Staatsangehörigen. Das Argument, dass das Schutzgut der humanitären Intervention nicht abstrakt höherrangig ist als die vom Selbstverteidigungsrecht geschützte Souveränität und territoriale Unversehrtheit, mag hier zwar an seine Grenzen stoßen. Denn in Rede stehen *massivste* Menschenrechtsverletzungen an einer fremden Bevölkerung durch die eigene Regierung. Auch hier spricht aber jedenfalls der notrechtliche Charakter des Erlaubnissatzes dagegen, seine Voraussetzungen zu versubjektivieren, um dieses hochrangige Rechtsgut

974 S.o. 1. Kap., I. 4.
975 S.o. 9. Kap., I. 1. c.
976 S.o. 1. Kap., I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglichst effektiv zu schützen. Denn dies räumte Effektivitätsgesichtspunkten einen für ein Notrecht kaum zu legitimierenden Stellenwert ein. Daher sprechen im Ergebnis auch bei der humanitären Intervention durchgreifende Argumente gegen eine volle Rechtfertigungslösung.

II. Entschuldigungslösung

1. Bedeutung

Mit Entschuldigungslösung ist hier nicht gemeint, dass außerrechtliches Terrain betreten und eine Ebene eingeführt wird, die sich Legitimitäts- oder quasi-rechtlichen Gesichtspunkten widmet. Diese Idee völkerrechtswidriger, aber ethisch legitimer Gewalteinsätze wurde in vielen verschiedenen Facetten nach der Kosovo-Intervention von 1999 vorgeschlagen und kontrovers diskutiert.[977] Selbst wenn man den Gewalteinsatz eines sorgfaltsgemäß irrenden oder fehlvermutenden Staates für ethisch legitim hielte,[978] begegnete dieser Ansatz durchgreifenden Einwänden. Zu den wichtigsten Aspekten gehört, dass mit der Akzeptanz außerrechtlicher Erwägungen das Gewaltverbot[979] und das Völkerrecht insgesamt geschwächt würden. Es bestünde zudem das Risiko, dass sich über die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts letztlich doch die *rechtlichen* Verpflichtungen änderten.[980] Entsprechende Überlegungen suggerierten schließlich fälschlicherweise, dass sich Legalität und Legitimität ausschließen.[981]

Ebenso wenig geht es darum, einen die Primärnorm des Gewaltverbotes verletzenden Staat erst auf Ebene der *Staatenverantwortlichkeit* zu entschul-

977 Befürwortend Franck, Recourse to Force, S. 174–191; Simma, EJIL 10 (1999), S. 1 (6–14, 22); Cassese, EJIL 10 (1999), S. 23 (25); Lobel/Ratner, AJIL 93 (1999), S. 124 (136 f); Independent International Commission on Kosovo, Report (2000), S. 164.

978 Klare Kriterien fehlen. Stellt man auf Zumutbarkeitserwägungen ab, erscheint ein solcher Gewalteinsatz legitim. Vergleicht man dagegen utilitaristisch das Handlungsergebnis mit dem hypothetischen Resultat des Untätigbleibens (so Franck, Recourse to Force, S. 188), gilt das Gegenteil, krit. dazu Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (202 f).

979 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (188, 190).

980 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (197 f, 211 f).

981 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (207); Stromseth, in: Holzgrefe/Keohane, Humanitarian Intervention, S. 232 (244); krit. auch Tams/Tzanakopoulos, in: d'Aspremont/Kammerhofer, International Legal Positivism, S. 498 (517 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digen. Dieser Gedanke wurde unter anderem von *Vidmar* formuliert, der die nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung differenzierenden[982] Ausschlussgründe des Kapitels V ARSIWA aufteilen will: Selbstverteidigung und Einwilligung seien Rechtfertigungsgründe, die die Primärpflichtverletzung ausschlössen; Necessity und Distress seien Entschuldigungsgründe, die die Sekundärhaftung entfallen ließen.[983] Dieser Vorschlag mag einige Schwächen der ILC-Artikel zu überwinden helfen.[984] Soweit man das Werk der ILC aber nicht vollständig in Frage stellen will, ist dieser Ansatz zumindest für die Berücksichtigung von *Fehlvorstellungen* ungeeignet: Um den Irrtum oder Fehlverdacht eines Staates, der eine Primärnorm verletzt hat, auf Sekundärebene zu entschuldigen, müsste entweder der Irrtum als eigenständiger Exkulpationsgrund anerkannt oder die Haftung eines Staates generell verschuldensabhängig sein. Keines von beidem ist der Fall.[985] Soweit der Kernbereich des Gewaltverbotes betroffen ist, kommt wegen Art. 26 ARSIWA regelmäßig auch nicht in Betracht, dass einer der in Kapitel V vorgesehenen Gründe – versubjektiviert ausgelegt – eingreift.[986]

Hier steht vielmehr die These im Mittelpunkt, dass bereits eine Verletzung von *Art. 2 (4) UNC* neben einer „tatbestandlichen" und nicht gerechtfertigten Gewalthandlung auch ein *schuldhaftes* Verhalten voraussetze,[987]

---

982 Crawford, State Responsibility, S. 279 f; Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (483).

983 Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (17); krit. zur fehlenden Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung der ILC-Artikel auch Lowe, EJIL 10 (1999), S. 405–411; Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (483–486); eing. zur Möglichkeit der Unterscheidung im Recht der Staatenverantwortlichkeit Paddeu, Justification and Excuse, Chapter 1.

984 Zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen zu unterscheiden würde konzeptuell begründen, wann das Verhalten des Staates von der Völkerrechtsordnung *erlaubt* ist und wann es zwar im Widerspruch dazu steht, dem Staat aber kein *Vorwurf* zu machen ist. Vidmars Kritik daran, dass sich die ILC-Artikel *überhaupt* Rechtfertigungsgründen widmen, obwohl es dort um Sekundär-, nicht um Primärpflichten geht (ders., Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (6)), ist berechtigt. Denn ein Rechtfertigungsgrund iSd ARSIWA hebt nicht nur die Sekundärhaftung des Staates, sondern auch das durch die Primärpflicht eingetretene Unrecht auf und verändert damit letztlich auch ihren Inhalt. Für das Gewaltverbot ist die Frage weniger bedeutsam, weil es insb. Art. 21 ARSIWA wegen Art. 51 UNC nicht erst bedarf, s.o. 1. Kap., IV. 1. c.

985 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

986 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

987 So Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 127 f, 172 f, die den irrenden Staat für *entschuldigt* halten; vgl. auch Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese Vorschrift mit *Fletchers* Worten also „structured" und nicht „flat" zu verstehen sei.[988] Mit schuldhaft ist an dieser Stelle nicht vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln im Sinne eines Handlungsunrechts gemeint,[989] sondern dem Staat *individuell vorwerfbares* Verhalten. Diese Unterscheidung ist im Völkerrecht zwar nicht ganz unbekannt,[990] aber wenig verbreitet. Auch die meisten nationalen Straf- und Schuldrechtssysteme nehmen sie nicht vor, wenn sie mit mens rea bzw. faute – den verschiedenen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsformen also – gleichzeitig die strafrechtliche Schuld bzw. das zivilrechtliche Verschulden begründen.[991] Bekannt ist die Unterscheidung zwischen Handlungsunrecht und Vorwerfbarkeit hingegen unter anderem im deutschen Strafrecht, in dem sich ein dreigliedriger Deliktsaufbau (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) durchgesetzt hat, Vorsatz und Fahrlässigkeit heute verbreitet dem Tatbestand zugeordnet werden und sich auf Schuldebene die Frage der individuellen Vorwerfbarkeit stellt.[992] Existierte ein solches Vorwerfbarkeitserfordernis im Rahmen von Art. 2 (4) UNC, wäre der Staat bei einem unvermeidbaren Irrtum oder hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht exkulpiert. Denn er hätte keine freie Entscheidung gegen die Einhaltung des Gewaltverbotes getroffen und ihm wäre kein Vorwurf zu machen.[993]

---

988 Fletcher, Harvard L. Rev. 98 (1985), S. 949 (951, 958, 962.

989 Dazu s.u. die eingeschränkte Rechtfertigungslösung 9. Kap., III.

990 Art. 2 ARSIWA, Commentary (3) unterscheidet dazwischen, ob das Regime der Staatenverantwortlichkeit „intention or knowledge" oder einen „degree of fault, culpability, negligence or a want of due diligence" voraussetzt. Wenn negligence dabei zwar auf einer Ebene mit fault und culpability steht, wird zumindest der Vorsatz klar davon abgegrenzt.

991 Für das Strafrecht s. Section 2.02 (1) MPC; für Frankreich s. Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 719, Rn. 572; für das Vereinigte Königreich s. Badar, Concept of Mens Rea, S. 33; Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 342–344; für China und Russland Badar, Concept of Mens Rea, S. 182 f; ebenso das deutsche Zivilrecht, § 823 (1) BGB, sowie Art. 1240 al. 1 Code civil.

992 Diese Konzeption hängt mit dem finalen und sozialen Handlungsbegriff zusammen, eing. Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 68–80; MüKoStG/Duttge, § 15, Rn. 88–92.

993 Zum Inhalt des Schuldvorwurfs vgl. Kremnitzer/Hörnle, Israel L. Rev. 44 (2011), S. 114 (115); Bakircioglu, Self-Defence, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Wortlaut, Systematik und Telos

Die Existenz eines Schulderfordernisses bei einer völkerrechtlichen Verpflichtung soll hier nicht bereits deshalb zurückgewiesen werden, weil Staaten juristische Personen sind. Gegen das Argument, eine juristische Person besitze keinen freien Willen und die Zurechnung der Willensfreiheit der für sie handelnden Personen verstoße gegen den Grundsatz, dass jedem nur für eigenes Handeln ein Unrechtsvorwurf gemacht werden könne,[994] sind bedenkenswerte Einwände formuliert worden.[995] Die nachstehenden Überlegungen beruhen daher auf der Prämisse, dass Staaten ein Verhaltensvorwurf gemacht werden kann.[996]

Indem der irrende Staat nicht vollständig gerechtfertigt, sondern nur entschuldigt wäre, würden die bei der vollen Rechtfertigungslösung entstehenden normativen Probleme vermieden. Zum einen könnten Drittstaaten den Gewalteinsatz nicht mehr unabhängig von ihrem eigenen Kenntnishorizont unterstützen.[997] Zum anderen behielte zumindest der für die Fehlvorstellung unzuständige Opferstaat sein Selbstverteidigungsrecht gegen den schuldlos irrenden oder fehlvermutenden Akteur. Denn Wortlaut und Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts legen nahe, dass ein bewaffneter Angriff *nicht schuldhaft* iSv individuell vorwerfbar sein muss:[998] Die aus Art. 51 UNC entstehende Duldungspflicht des Angreifers enthält keinen Schuldvorwurf. Das notrechtliche Selbstverteidigungsrecht

---

994 So bereits von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Vol. II, S. 312; Engisch auf dem 40. Deutscher Juristentag, zusammengefasst in JZ (1953), S. 609 (613).

995 Grundlegend s. nur Busch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Verbände; für einen Überblick über jüngere Darstellungen s. J. Vogel, StV 7 (2012), S. 427 (427 Fn. 2).

996 Es geht nur darum, ob Staaten *schuldhaft handeln können*, nicht darum, ob der *Schuldgrundsatz gelten muss*. Daher ist irrelevant, dass der Schuldgrundsatz unter anderem aus der Menschenwürde hergeleitet wird, die Staaten nicht besitzen, vgl. Kremnitzer/Hörnle, Israel L. Rev. 44 (2011), S. 114 (122 f). Zur Entschuldigung der Gesellschaft als Ganzer s. auch Alexander, Notre Dame L. Rev. 74 (1999), S. 1475 (1498). Auch diejenigen, die auf Ebene der Staatenverantwortlichkeit Entschuldigungsgründe einführen wollen (s.o. Fn. 983), legen implizit zugrunde, dass Staaten schuldhaft handeln können.

997 Das Unterstützungsverbot ist nur eine *Folge* der Entschuldigungslösung; dazu, ob es auch zum *Kriterium* für die Abgrenzung von Rechtfertigung und Entschuldigung taugt, Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1984), S. 1897 (1900, 1919–1927).

998 So i. Erg. auch Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 108, 172; vgl. auch Bakircioglu, Self-Defence, S. 22 zur „doctrine of self-defence" im Strafrecht;

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soll schlicht die territoriale Unversehrtheit und Souveränität des Angegriffenen schützen.[999] Es erscheint immer noch plausibler, die aus einem schuldlosen Angriff entstehende Interessenkollision zu Lasten des Angreifers aufzulösen, der die Kollision immerhin verursacht hat, als zu Lasten des Opfers. Insoweit gilt das zum Wertungswiderspruch Gesagte, der entstünde, wenn man den sorgfaltsgemäß irrenden oder fehlvermutenden Staat objektiv rechtfertigte.[1000] Allenfalls mag man in diesem Fall an die *Verhältnismäßigkeit* der Selbstverteidigungshandlung des Opferstaates erhöhte Anforderungen stellen.[1001] Ein *Entfallen* seines Selbstverteidigungsrechts ließe sich allenfalls dann begründen, wenn er für die Fehlvorstellung zuständig ist.[1002] Insgesamt gelangte die Entschuldigungslösung damit zu einem normativ überzeugenden Ergebnis.

Da schuldlose Gewalt *unerlaubt* bliebe, gefährdete ein Schulderfordernis auch nicht den Zweck des Gewaltverbotes und des Chartasystems, internationalen Frieden zu schaffen und Gewalt aus den Mitteln zur Lösung zwischenstaatlicher Konflikte zu verbannen.[1003] Eine Zunahme von Gewalteinsätzen stünde bereits deshalb nicht zu befürchten, da der schuldlos handelnde Akteur ohnehin keine freie Entscheidung über sein Tun trifft und das Verbot zur Gewaltanwendung insoweit keine Abschreckungswirkung entfalten kann.

Diesen in teleologischer Hinsicht erwägenswerten Argumenten für die Entschuldigungslösung stehen jedoch durchgreifende Wortlaut-, systematische und andere teleologische Gesichtspunkte entgegen. Der Text von Art. 2 (4) UNC enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Verletzung des Gewaltverbotes von ihrer *Vorwerfbarkeit* abhängen sollte. Die Norm ist als einfache Verhaltensregel formuliert, ohne daran wie eine Strafnorm ein

---

999 S.o. 4. Kap., IV. 1. a.
darüber hinaus setzt ein bewaffneter Angriff auch kein Handlungsunrecht voraus (das ebenfalls fehlte), s.u. 9. Kap., III. 2.

1000 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

1001 Zu Angriffen Schuldloser im amerikanischen Strafrecht J. Hall, General Principles, S. 234; in Frankreich Bernardini, Légitime défense, Rn. 72; aus philosophischer Sicht Otsuka, Phil. & Publ. Affairs 23 (1994), S. 74–94; in Deutschland ist der Täter bei Angriffen Schuldloser *ausnahmsweise* auf verhältnismäßige Gegenwehr beschränkt, Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 52. Denkbar wäre für Art. 51 UNC auch, bei schuldlosen Angriffen die *Notwendigkeit* einzuschränken, dem Staat also größere Beeinträchtigungen zuzumuten als sonst, bevor er sich wehren darf.

1002 Zu diesem Gedanken näher beim Clean-Hands-Prinzip s.u. 9. Kap., IV.

1003 Vgl. Art. 1 (1), (2) UNC; Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 1 f, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unwerturteil zu knüpfen,[1004] das schuldhaftes Handeln erfordern würde. Dieses Verständnis legt auch die Einleitung des Art. 2 UNC „Members […] shall act in accordance with the following principles" nahe. Primärer Zweck dieser Bestimmungen zu Beginn der Charta ist es, die Grundsätze festzulegen, nach denen die Staaten und die UNO ihr Handeln auszurichten haben, um die Ziele iSd Art. 1 UNC zu erreichen,[1005] und nicht, die Missbilligung über ein bestimmtes Verhalten auszudrücken, welches die Feststellung einer Schuld erfordern würde. Dieser Aspekt ist erst bei den Sanktionen des SR nach Kapitel VII von Bedeutung.[1006] Auch dem Zusammenhang von Art. 2 (4) mit Art. 42 und 51 UNC kann nichts anderes entnommen werden. Letztere Normen stellen eine Ausnahme von Art. 2 (4) UNC dar und kompensieren dessen „tatbestandliches" Erfülltsein. Der Sache nach handelt es sich um Rechtfertigungsgründe, die das durch die Gewaltanwendung begangene Unrecht aufheben.[1007] Nichts in der Systematik der Charta deutet darauf hin, dass die Verletzung von Art. 2 (4) UNC von einer weiteren Hürde – einer *Schuld* – abhängt und es neben Rechtfertigungsgründen einen Raum für Entschuldigungsgründe gibt.

Die von der Charta vorgenommene Unterscheidung zwischen „use of force" (Art. 2 (4)) und „act of aggression" (Art. 1 (1), 39) legt vielmehr das Gegenteil nahe. Denn auch wenn die Aggressionsdefinition der Generalversammlung[1008] diesbezüglich keinen eindeutigen Anhaltspunkt enthält,[1009] spricht manches dafür, dass die Aggression schuldhaftes Handeln voraussetzt,[1010] sodass dieses Erfordernis neben anderen Kriterien[1011] ein taugliches Abgrenzungskriterium zur einfachen Gewalt darstellte. Die Gründe für eine solche Auslegung können hier nur angedeutet werden:

1004 Anders Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 326 („die einem Unwerturteil gleichkommende Völkerrechtswidrigkeit staatlicher Gewaltanwendung"); zum Verhaltensnormcharakter näher 9. Kap., III. 3. a.

1005 Vgl. Wolfrum, in: Simma, UN Charter, Art. 1, Rn. 4, Art. 2, Rn. 1.

1006 Näher dazu sogleich; freilich erwähnt Art. 1 (1) UNC bereits den act of aggression.

1007 Näher s.u. 9. Kap., III. 4.

1008 GA Resolution 3314 (XXIX), Annex I.

1009 Einzig Präambelabsatz 5 („aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force") weist in diese Richtung.

1010 So auch Schmitt, Essays on Law and War, S. 36; ders., Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (926); offenlassend Bonafè, Relationship, S. 142–145, wobei er „state fault" anders als hier mit Vorsatz gleichsetzt.

1011 Dazu gehört insb. die Erheblichkeit der Handlungen und Folgen, Art. 2 Aggressionsdefinition.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bereits der Begriff der *Aggression*[1012] impliziert einen Vorwurf. In der Praxis werden Staaten häufig als „*guilty* of an act of aggression" bezeichnet.[1013] Legt man zugrunde, dass die Trias in Art. 39 UNC „threat to the peace, breach of the peace and act of aggression" eine Steigerung enthält,[1014] lässt sich im Schulderfordernis auch ein geeignetes Kriterium sehen, um die Aggression vom Friedensbruch abzugrenzen.[1015] Denn der Feststellung einer Aggression durch den SR haftet, anders als dem Friedensbruch (und der Friedensbedrohung), wohl ein Unwerturteil an. Das Aggressionsverbot rückt damit näher an das Aggressionsverbrechen heran, das zweifellos eine Schuld des handelnden Akteurs voraussetzt.[1016] Auch während der Verhandlungen der Aggressionsdefinition der Generalversammlung wurde auf die erforderliche „culpability" und „fault" des Aggressors abgehoben.[1017] Einem Schulderfordernis bei der Aggression steht auch nicht entgegen, dass der bewaffnete Angriff nach hier befürworteter Sicht ein solches nicht voraussetzt. Auch wenn beide Begriffe häufig gleichgestellt werden,[1018] dienen sie völlig unterschiedlichen Zwecken: Während beim Aggressionsverbot das *Verhaltensverbot* und der *Verhaltensvorwurf* im Vordergrund stehen,[1019] bezweckt das Selbstverteidigungsrecht ausschließlich den *Schutz* des Angegriffenen, nicht eine irgendwie geartete Repression gegen-

---

1012 In der deutschen Charta-Übersetzung eigentlich „Angriffshandlung"; heute hat sich auch im Deutschen überwiegend der Begriff „Aggression" durchgesetzt.

1013 Vgl. nur Kelsen, Collective Security, S. 68; Verdross, Int'l Affairs 30 (1954), S. 342 (348); Piper, Georgia J. Int'l Comp. L. 2 (1972), S. 1 (2).

1014 So R. Kolb, Ius contra bellum, S. 90; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 330; dafür spricht insb. Art. 1 (1) UNC („acts of aggression or other breaches of peace") sowie der amerikanische Einwand in Dumbarton Oaks gegen die Einfügung der „Aggression" in Art. 39 UNC, diese sei bereits im „Friedensbruch" enthalten. Die Sowjetunion beharrte darauf, weil der Begriff „Aggression" geläufig sei, R. Russell, History of the UN Charter, S. 465. Auch in UNCIO VI, S. 703 heißt es: „there may be breaches of the peace other than those qualified by present connotation as aggression".

1015 Vgl. Schmitt, Essays on Law and War, S. 36.

1016 Bonafè, Relationship, S. 142 f.

1017 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 29 f (Sowjetunion); A/AC.134/SR.69, S. 37 (Italien).

1018 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195; Roscini, Cyber Operations, S. 77; Jacobsson, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (42); im Ausgangspunkt auch Ruys, Armed Attack, S. 138 f mwN, jedoch Raum für das Gegenteil lassend; ebenso implizit ders, AJIL 108 (2014), S. 159 (172 f).

1019 Vgl. GA Resolution 3314 (XXIX), Annex I, Präambelabsatz 9, der als Ziele einer Aggressionsdefinition zunächst die abschreckende Wirkung und Verein-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über dem Angreifer. Die gelegentlich verwendete Formel von der „prohibition of armed attack“[1020] geht insoweit an der Sache vorbei. Insbesondere wurde mit der Aggressionsdefinition der Generalversammlung, wie sich aus ihrem Art. 6 ergibt, keine Regelung zum Selbstverteidigungsrecht getroffen.[1021] Liegt es daher im Ergebnis nahe, dass die Aggression von schuldhaftem Verhalten abhängt, so kann dieses Kriterium zumindest dazu beitragen, die Unterscheidung der Charta zwischen einfacher Gewalt und Aggression plausibel zu erklären.

Obwohl sie zu vernünftigen Ergebnissen gelangte, spricht die Auslegung von Art. 2 (4) UNC daher insgesamt deutlich gegen die Entschuldigungslösung.[1022]

III. Eingeschränkte Rechtfertigungslösung

Anders als bei der Entschuldigungslösung geht es bei der eingeschränkten – da ausschließlich „subjektiv“ wirkenden – Rechtfertigungslösung nicht darum, ob Art. 2 (4) UNC *vorwerfbares* Handeln voraussetzt, sondern darum, ob diese Norm das *Bewusstsein* oder zumindest das *Kennenmüssen* der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände verlangt. Der unvermeidbar irrende und sorgfaltsgemäß verdächtigende Staat würde dann zwar ein (objektives) Erfolgsunrecht begehen, mangels (subjektiven) Handlungsunrechts das Gewaltverbot dennoch nicht verletzen. Nicht zu verwechseln ist dieses mögliche subjektive Handlungsunrechtserfordernis mit den vom Handelnden letzten Endes verfolgten Zwecken und Motiven

---

fachung der Feststellung der Aggression iSd Kapitels VII nennt und erst an dritter Stelle und nur implizit mit dem „Schutz der Rechte […] des Angegriffenen“ auf das Selbstverteidigungsrecht anspielt.

1020 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195; ICJ, Construction of a Wall, Separate Opinion Higgins, 2004, Rn. 34.

1021 Die blockfreien Staaten hatten eine solche simultane Regelung angestrebt, scheiterten aber am Widerstand der westlichen Staaten, Bruha, Definition der Aggression, S. 138 f, 142, 164–203; etwas enger Kreß, Gewaltverbot, S. 113 f, demzufolge die Staaten in der Definition nur keine *abschließende* Regelung zum bewaffneten Angriff getroffen haben; zumindest seien also Verhaltensweisen iSd Art. 3 der Definition bei fehlender Rechtfertigung bewaffnete Angriffe; auch das Tallinn Manual 2.0, Rule 71, Commentary (2) unterscheidet beide Begriffe, hält den des armed attack aber für enger; zum Verhältnis zwischen Angriffsbegriff und Aggressionsdefinition s. auch Ruys, Armed Attack, S. 136–139.

1022 Ebenso Bakircioglu, Self-Defence, S. 220.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seiner Maßnahme, die freilich irrelevant sind.[1023] Die hier interessierende These, dass Art. 2 (4) UNC einen „Unrechtsvorsatz" oder eine „Unrechtsfahrlässigkeit" der beschriebenen Art verlangt,[1024] lässt sich nicht ohne einen Blick auf den animus aggressionis beim Aggressionsverbot (1) und auf den beim bewaffneten Angriff diskutierten Angriffswillen (2) überprüfen. Die anschließende Untersuchung, ob Art. 2 (4) UNC ein subjektives Element in Bezug auf die „tatbestandliche" Anwendung von Gewalt gegen einen anderen Staat voraussetzt (3), bereitet sodann unmittelbar den Weg für die Frage, wie es um dieses Element im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Gewaltanwendung steht (4).

1. Animus aggressionis beim Aggressionsverbot

Seit langem ist hochumstritten, ob die Aggression, verstanden als schwerste Form der Gewaltanwendung,[1025] einen animus aggressionis voraussetzt.[1026] Damit sind heute überwiegend nicht die (unbeachtlichen) *Motive* des Staates gemeint,[1027] sondern die „intenion d'imposer sa volonté à un autre Etat par la force [et] d'atteindre un but illicite" verstanden.[1028] Bezugspunkt dieses „Aggressionsvorsatzes" sind also sowohl Tatsachen, die die „tatbestandliche" Gewaltanwendung bilden, als auch solche, die das

1023 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

1024 Diese Begriffe sind freilich nicht mit denen des nationalen Rechts identisch und werden erst später mit Inhalt gefüllt (zum Unrechtsvorsatz s.u. 9. Kap., III. 5; zur Unrechtsfahrlässigkeit 10. Kap.). Bis dahin genügt die Feststellung, dass Wissen und Wollen beim „Vorsatz" stärker ausgeprägt sind als bei der „Fahrlässigkeit".

1025 Vgl. Definition der Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Präambelabsatz 5.

1026 Dafür Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221–223; Corten, Le droit contre la guerre S. 108 f; Fitzmaurice, ICLQ 1 (1952), S. 137 (140) (obwohl auf „motives" abstellend, wohl Vorsatz meinend); Glaser, RCADI 99 (1960), S. 467 (504 f); van Steenberghe, Légitime défense, S. 231–235; Ruys, Armed Attack, S. 160 f; dagegen Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843 f).

1027 Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 222; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (172); Ruys, Armed Attack, S. 160; hingegen auf Motive bzw. Zielsetzungen abstellend Žourek, AFDI 20 (1974), S. 9 (26), Bruha, Definition der Aggression, S. 146–163.

1028 Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fehlen einer Rechtfertigung begründen,[1029] wobei die *Kenntnis* dieser Tatsachen nicht genügt, sondern eine *Zielrichtung* im Sinne einer „Absicht" oder eines „direct intent" erforderlich ist.[1030] Auch wenn es für die untersuchte Fragestellung allein auf die Kenntnis ankommt, würde es einem Staat, der sich rechtfertigende Tatsachen vorstellt, auch an der verlangten Absicht fehlen, sodass ihn das Erfordernis eines animus aggressionis vor der Verletzung des Aggressionsverbotes jedenfalls bewahrte.

Wie die 1945 in San Francisco vorgeschlagenen Aggressionsdefinitionen[1031] enthält die Aggressionsdefinition der Generalversammlung von 1974 keinen ausdrücklichen Hinweis auf das Erfordernis eines animus aggressionis. Die explizite Nennung der „purposes of the States involved" in Art. 2 der Definition, die der SR zu berücksichtigen habe, wenn er die sogenannte „Priority Rule" widerlege, wurde auf Drängen der blockfreien Staaten gestrichen.[1032] Nach dieser Regel ist die erste Gewaltanwendung ein Anscheinsbeweis für eine Aggression.[1033] Dennoch deutet nach der über das animus-Kriterium geführten Debatte während der Ausarbeitung der Definition[1034] einiges darauf hin, dass von dieser Streichung nicht auf den Verzicht dieses Kriteriums geschlossen werden kann. Zum einen sprachen sich zahlreiche Staaten ausdrücklich für das Erfordernis eines animus aggressionis aus.[1035] Viele der kritischen Stimmen wandten sich primär ge-

---

1029 Den Begriff dagegen primär auf die „tatbestandliche" Gewaltanwendung beziehend Ruys, Armed Attack, S. 160: „The concept of *animus aggressionis* is therefore best construed as requiring the *deliberate* use of armed force against another State or its external manifestations, or, in other words, in a *hostile intent*." [Hervorhebung im Original].

1030 So explizit die Sowjetunion während der Verhandlungen der Generalversammlungsdefinition, UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 29; ebenso wohl die zitierte Definition Aroneaunus, Fn. 1028.

1031 So zB die Vorschläge Boliviens, UNCIO III, S. 579 und der Tschechoslowakei, UNCIO III, S. 469.

1032 UN Doc. A/9019 (1973), S. 19; eing. zur Entstehung des Texts Bruha, Definition der Aggression, S. 146–163.

1033 Art. 2 Aggressionsdefinition; zum Entwurf von 1973 s. Special Comite Report (1973), UN Doc. A/9019, S. 16.

1034 In sechs der sieben Berichte des Special Comites zwischen 1968 und 1974 wurde die Frage des aggressive intent diskutiert, vgl. UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 36–38; A/8019 (1970), Rn. 35–40; A/8419 (1971), S. 19 f, 32 f; A/8719 (1972), S. 15 f; A/9019 (1973), S. 19; A/9619 (1974), S. 16, 20 f, 23, 30, 35, 38 f.

1035 S. den Entwurf der sechs westlichen Mächte, vgl. UN Doc. A/8419 (1971), S. 27, para. IV A; die Äußerung der Sowjetunion, A/9619 (1974), S. 36; im Bericht von 1971 heißt es gar „There was agreement in the Working Group that there was no aggression without aggressive intent", A/8419 (1971), S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen die unter anderem vorgeschlagene abschließende Aufzählung von Absichten[1036] oder monierten Probleme bei der Beweislast,[1037] nicht aber ein Vorsatzerfordernis als solches. Obwohl man wiederholt versuchte, dieses von den Motiven eines Staates abzugrenzen,[1038] bezogen sich ablehnende (wie auch einige befürwortende)[1039] Äußerungen primär auf die Unbeachtlichkeit der *Zielsetzung* der Gewalt, nicht einen Tatsachenvorsatz.[1040] Mehrfach wurde betont, dass man sich über die Ausklammerung von „acts committed by mistake" aus der Aggressionsdefinition einig sei.[1041] Einige Staaten hielten die Nennung eines Vorsatzelementes schlicht für entbehrlich, da es inhärenter Bestandteil einer Aggressionsdefinition sei.[1042] Zahlreiche Vertreter stellten nach Streichung der Passage in Art. 2 klar, dass sie ihre Zustimmung nicht als Verzicht auf das animus-Kriterium verstanden wissen wollten.[1043] Die Staaten, die die gegenteilige Auffassung zum Ausdruck brachten,[1044] waren zumindest zahlenmäßig in der Minderheit.[1045]

Wenn die Aggressionsdefinition von 1974 das animus-Erfordernis daher zumindest nicht auszuschließen scheint, sprechen entscheidende Gründe für dieses Kriterium. Der Wortlaut von Art. 39 UNC, der auf die Aggressi-

---

1036 S. die Entwürfe in UN Doc A/8419 (1971), S. 29; krit. dazu A/8719 (1972), S. 21 (Sowjetunion); A/8019 (1970), S. 38. Dass die Sowjetunion den Vorsatz als solchen nicht in Abrede stellte, ergibt sich eindeutig aus ihrer Stellungnahme 1974, A/9619 (1974), S. 36.

1037 UN Doc. A/8019 (1970), Rn. 36.

1038 Berichte des Special Committees, UN Doc. A/8019 (1970), Rn. 39, A/8419 (1971), Rn. 35 und den Bericht des Generalsekretärs A/2211 (1952), Rn. 361 f; Bruha, Definition der Aggression, S. 149.

1039 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 22 (USA), S. 29 f (Sowjetunion).

1040 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 24 (Zypern), S. 25 f (Polen), S. 27 (Kolumbien); ähnlich A/9619 (1974), S. 18 (Rumänien) im Zusammenhang mit Art. 5 der Definition. Die Gleichsetzung des animus-Begriffs mit „Zielen" (so Bruha, Definition der Aggression, 146–163, s.o. Fn. 1027) erscheint deshalb nicht ganz unberechtigt.

1041 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 20 (Kanada), S. 21 (USA), S. 28 (Jugoslawien), S. 30 (Sowjetunion); A/AC.134/SR/77, S. 144 (Sowjetunion).

1042 UN Doc. A/8419 (1971), S. 32; A/9619 (1974), S. 23 (USA); vgl. auch A/CN.4/44 (1951), S. 65.

1043 UN Doc. A/9619 (1974), S. 16 (Japan), S. 23 (USA), S. 30 (Türkei), S. 31 (Vereinigtes Königreich), S. 35 (Kanada), S. 36 (Sowjetunion), vgl. auch S. 17 (Rumänien), das Art. 2 der Definition als grundsätzlich geeignet versteht, Vorsatz zu berücksichtigen.

1044 UN Doc. A/9619 (1974), S. 20 (Syrien), S. 21 (Zypern), S. 38 f (Mexiko), S. 36 (Jugoslawien).

1045 Stärker den fehlenden Konsens betonend Stone, AJIL 71 (1977), S. 224 (228–230).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

on Bezug nimmt, beinhaltet zwar keinen expliziten Hinweis darauf. Der Begriff *act of aggression* legt aber als solcher nahe, dass der Akteur nicht nur schuldhaft iSv individuell vorwerfbar gehandelt,[1046] sondern auch die Umstände erkannt haben muss, die die rechtswidrige Gewalthandlung begründen. Der Begriff der „versehentlichen Aggression" wirkt semantisch widersprüchlich. Das spricht dafür, dass auch Kennenmüssen nicht ausreicht, sondern ein animus iSv Vorsatz zu verlangen ist. In systematischer Hinsicht kann dieses Erfordernis das Kriterium schuldhaften Handelns ergänzen, um die Aggression vom Friedensbruch iSd Art. 39 UNC abzugrenzen. Da ein vorsätzlicher Völkerrechtsbruch die Vorwerfbarkeit des Verhaltens gegenüber dem unvorsätzlich handelnden Akteur erhöht, erscheint dieses Kriterium auch aus teleologischer Sicht plausibel. Der geringere Verhaltensvorwurf fahrlässigen Handelns oder gar ausschließlich kausalen Verhaltens – so sich ein Verhaltensvorwurf hier überhaupt begründen ließe[1047] – würde dem Schutzzweck von Art. 39 UNC kaum gerecht, der in der Sanktionierung schwersten vorwerfbaren Verhaltens liegt. Das gegen das animus-Erfordernis vorgebrachte Missbrauchsargument[1048] und die eingewandten Beweisschwierigkeiten[1049] betreffen primär Probleme der praktischen Umsetzung, die das gegenteilige Ergebnis nicht überzeugend begründen können. Im Übrigen führen sie auch in anderen Bereichen nicht dazu, dass auf subjektive Elemente verzichtet wird.[1050]

Nach der hier befürworteten Auslegung verletzt also ein irrender Staat, der die eine rechtswidrige Aggression begründenden Umstände nicht erkennt, das Aggressionsverbot nicht. Das gilt selbst dann, wenn die subjektive Vorstellung sorgfaltswidrig war, weil Kennenmüssen für eine Aggression nicht genügt. Ob auch ein Fehlverdacht, bei dem der Staat das Vorliegen solcher Umstände ernstlich für möglich hält, eine Verletzung des Aggressionsverbots ausschließt, hängt davon ab, ob auch ein „bedingter Vor-

1046 Dazu bereits oben 9. Kap., II. 2.

1047 Selbst bei der hier zugrunde gelegten Trennung zwischen Handlungsunrecht und Schuldvorwurf ist diese Möglichkeit nicht selbstverständlich und wird von der deutschen Strafrechtswissenschaft überwiegend verneint, Lang-Hinrichsen, GA (1957), S. 1 (11); aA Schweikert, ZStW 70 (1958), S. 394 (397–399) der mit der Haftung für *riskantes Verhalten* einen Schuldvorwurf ohne fahrlässiges Handeln für möglich hält.

1048 UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 37; A/8019 (1970), Rn. 37.

1049 UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 39.

1050 ZB beim Genozidverbot, Art. II Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide („intent to destroy").

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

satz“ bzw. eine „recklessness“[1051] für den animus aggressionis ausreicht. Zumindest in Bezug auf die die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände erscheint das zweifelhaft.[1052]

2. Handlungsunrecht beim bewaffneten Angriff

Ob der *bewaffnete Angriff* iSd Art. 51 UNC ein Handlungsunrecht, also einen Unrechtsvorsatz oder zumindest eine Unrechtsfahrlässigkeit voraussetzt, entscheidet darüber, ob sich der Adressat einer „eingeschränkt gerechtfertigten“ Gewaltanwendung erwehren dürfte. Diese Frage ist schwieriger zu beantworten als die bereits verneinte Frage, ob der Angriff schuldhaft iSv vorwerfbar sein muss.[1053] Auch die Entbehrlichkeit des Handlungsunrechts beim Angriff kommt nur in Betracht, wenn man entgegen manchen Literaturstimmen[1054] bereit ist, den Aggressionsbegriff, der Vorsatz verlangt, in dieser Hinsicht enger zu verstehen als den des bewaffneten Angriffs. Angesichts der unterschiedlichen Zwecksetzungen[1055] erscheint das möglich. Die Aggressionsdefinition der Generalversammlung und die vorausgehenden Debatten lassen, wie festgestellt, Raum dafür.[1056]

Die Literatur diskutiert kontrovers darüber, ob ein Angriff vorsätzlich[1057] oder zumindest sorgfaltswidrig[1058] erfolgen muss, um das Selbstverteidigungsrecht auszulösen, oder ob ein Erfolgsunrecht genügt. Anders als bei dem für das Aggressionsverbot verwendeten Begriff des animus aggressionis[1059] ist nicht immer eindeutig, wer allein zum Handlungsunrecht in Bezug auf eine *(tatbestandliche) Gewaltanwendung gegen einen anderen*

1051 Diese Begriffe sind freilich hochumstritten, dazu und zu ihrem Verhältnis Ohlin, Mich. J. Int’l L. 35 (2013), S. 79 (104–106); Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 360–368; Finnin, ICLQ 1 (2012), S. 325 (333–336); s. auch PTC II, Bemba, Urteil v. 15. Juni 2009, Rn. 363.

1052 Denn die Interessenlage ist eine andere als auf „Tatbestandsebene“, s.o. 8. Kap. für das deutsche Strafrecht sowie s.u. 9. Kap., III. 5. für das Gewaltverbot.

1053 S.o. 9. Kap., II. 2.

1054 S.o. 9. Kap., II. 2., Fn. 1018.

1055 S.o. 9. Kap., II. 2.

1056 S.o. 9. Kap., II. 2., Fn. 1021.

1057 Wieder ist die Terminologie ein Problem: Im Englischen wird idR von „intent“ gesprochen.

1058 S.o. 5. Kap., I., Fn. 6.

1059 Vereinzelt ist auch in diesem Kontext von *animus aggressionis* die Rede, vgl. Constaninou, The Right of Self-Defence, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staat Stellung bezieht[1060] und wer auch das hier interessierende Bewusstsein des *Fehlens rechtfertigender Umstände* in den Blick nimmt.[1061] Aufgegriffen wurde die Frage des Handlungsunrechtserfordernisses auch im Zusammenhang mit Selbstverteidigung gegen Angriffe nicht-staatlicher Akteure, die vom Territorium eines Staates aus operieren, der unfähig ist, die Angriffe zu verhindern,[1062] sowie im Cyberkontext.[1063]

Der IGH hat sich zu der Frage bislang nicht explizit positioniert. In der Ölplattformen-Entscheidung lehnte das Gericht den bewaffneten Angriff eines iranischen Schiffs zwar mangels spezifischen Vorsatzes, die US-Schiffe zu treffen, ab:

> „The Court notes first that the *Sea Isle City* was in Kuwaiti waters at the time of the attack on it, and that a Silkworm missile fired from (it is alleged) more than 100 km away *could not have been aimed at the specific vessel*, but simply programmed to hit some target in Kuwaiti waters. […] There is no evidence that the mine laying alleged to have been carried out by the *Iran Ajr*, at a time when Iran was at war with Iraq, was *aimed specifically at the United States*; and similarly it has not

1060 Für ein so verstandenes Vorsatzerfordernis Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (965 f); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (172–175); Roscini, Cyber Operations, S. 77; dagegen Constantinou, Right of Self-Defence, S. 62 (obwohl letztere beiden von *animus aggressionis* sprechen, stellen sie nur auf Vorsatz bezüglich der Gewalt ab); Feder, N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 19 (1987), S. 395 (412); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (201–206); Akande, in: Kommentar zu Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011.

1061 Diesen Aspekt mitumfassend und ein Vorsatzerfordernis ablehnend Henderson, Use of Force, S. 75 Fn. 154, 215 f; anders Corten, Law Against War, S. 83, der im Irrtumsfall nicht nur eine Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4), sondern auch einen Angriff iSd Art. 51 UNC ablehnt und das Opfer eines irrenden Staates über Polizeibefugnisse schützen will; ebenfalls Vorsatz verlangend van Steenberghe, Légitime défense, S. 230 f.

1062 S. nur Kreß, Gewaltverbot, S. 274–282 (Erfolgsunrecht insoweit ausreichen lassend); Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (792–797) (Handlungsunrecht verlangend, weil der Verzicht darauf den Standard des Gewaltverbots senkte und „a fortiori" den des Selbstverteidigungsrechts, ebd. S. 793); freilich macht das fehlende Handlungsunrechtserfordernis Selbstverteidigung gegen Private in der Unfähigkeitskonstellation nicht automatisch zulässig. Insb. muss begründet werden, warum der Territorialstaat, obwohl nicht selbst Angreifer, die Verteidigungsmaßnahme dulden muss, dazu näher Starski, ZaöRV 75 (2015), S. 455 (471–496).

1063 Die Mehrheit der internationalen Expertengruppe des Tallinn Manuals 2.0 hält den Vorsatz für das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs für irrelevant, Rule 71, Commentary (14).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> been established that the mine struck by the *Bridgeton* was laid *with the specific intention of harming that ship, or other United States vessels.* Even taken cumulatively and reserving […] the question of Iranian responsibility, these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, qualified as a "most grave" form of the use of force."[1064] [Hervorhebung hinzugefügt]

Doch ergibt sich daraus nicht zwingend, dass der IGH den Angriffsvorsatz für eine notwendige Bedingung hält. Der letzte Satz des Ausschnitts aus dem Ölplattformen-Fall deutet vielmehr darauf hin, dass es sich nur um ein relevantes Kriterium für die Frage handelt, ob der bewaffnete Angriff die Erheblichkeitsschwelle überschreitet.[1065] Im Übrigen bezieht sich das Gericht auf die Absicht bezüglich der Beeinträchtigung eines *spezifischen* Opferstaates, nicht auf die hier interessierende einfache Kenntnis oder das Kennenmüssen der die Ausnahme bildenden Tatsachen.[1066] Eine andere Passage, stammend aus dem Nicaragua-Urteil, ist insgesamt zu vage, um davon auf ein solches Erfordernis zu schließen:[1067]

> „Very little information is however available to the Court as to the circumstances of these incursions *or their possible motivations*, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an armed attack by Nicaragua on either or both States."[1068] [Hervorhebung hinzugefügt]

An einer anderen Stelle des Nicaragua-Urteils verneint der IGH zwar einen Angriff Nicaraguas, weil es den Strom von Waffen nach El Salvador nicht habe aufhalten können und somit nicht „responsible" dafür sei.[1069] Indes ist nicht sicher, ob das Gericht damit allgemein zum Ausdruck bringen wollte, dass jeder Angriff zumindest *sorgfaltswidrig* sein müsse, oder ob die

---

1064 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 64.
1065 Vgl. J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (203 f).
1066 S. van Steenberghe, Légitime défense, S. 240 f; dennoch ein weitergehendes Verständnis erwägend Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (583).
1067 Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (583); zu beiden Passagen vgl. auch Ruys, Armed Attack, S. 162 f; Gray, Use of Force, S. 152, 155; Corten, Le droit contre la guerre, S. 106.
1068 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 231.
1069 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157–160.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Passage nur deshalb auf eine „diligence" abstellt,[1070] weil ein Unterlassen Nicaraguas in Rede stand.

Tatsächlich spricht die Chartaauslegung gegen das Erfordernis eines Handlungsunrechts beim bewaffneten Angriff, und zwar sowohl in Bezug auf Umstände, die den „Tatbestand" des Angriffs begründen, als auch bezüglich derer, die ihn rechtswidrig machen. Anders als der Begriff des *act of aggression* iSd Art. 39 UNC impliziert der Ausdruck *armed attack* iSd Art. 51 UNC wohl nicht zwingend ein Bewusstsein der „tatbestandlichen" und der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände. Entsprechend unterschiedliche Begriffe wurden auch in den übrigen authentischen Sprachfassungen gewählt.[1071] Einzig die französische Fassung gleicht beide Begriffe an, indem in Art. 39 vom „acte d'agression", in Art. 51 von der „agression armée" die Rede ist, obwohl auch im Französischen der Begriff „attaque" zur Verfügung gestanden hätte. Maßgeblicher noch sind teleologische Erwägungen. Denn die Gründe, die gegen gegen die volle Rechtfertigungslösung und die Notwendigkeit eines schuldhaften iSv individuell vorwerfbaren Angriffs sprachen, lassen sich auch gegen das Erfordernis eines Handlungsunrechts beim Angriff anführen: Der Schutzzweck des notrechtlichen Selbstverteidigungsrechts ist auch dann betroffen, wenn der Angriff ohne Unrechtsvorsatz oder Unrechtsfahrlässigkeit erfolgt, der Angreifer also einer unvermeidbaren Fehlvorstellung unterliegt. Verwehrte man dem Opfer dieses Gewalteinsatzes hier sein Selbstverteidigungsrecht, würde ihm das vollständige Irrtumsrisiko aufgebürdet. Denn anders als im deutschen Strafrecht, in dem für einen *rechtswidrigen* Angriff iSd § 32 StGB zunehmend ein Handlungsunrecht verlangt wird,[1072] stünde dem Opfer im Völkerrecht wie festgestellt kein subsidiäres Notrecht wie ein Notstandsrecht zur Verfügung.[1073] Soweit der Opferstaat für die Fehlvorstellung unzuständig ist, lässt sich diese Risikoverlagerung nicht begrün-

1070 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157.

1071 Die chinesische verwendet für Art. 39 den Ausdruck „侵略行为" (aggressives Verhalten), für Art. 51 den Ausdruck „受武力攻击时" (mit Gewalt angegriffen); die russische benutzt in Art. 39 „акта агрессии" (Akt der Aggression) und in Art. 51 „вооруженное нападение" (bewaffneter Angriff); die spanische in Art. 39 „acto de agresion", in Art. 51 „ataque armado".

1072 S.o. 8. Kap., I. 1.

1073 S.o. 6. Kap., II. 2. a. Zu diesem Argument eing. Kreß, Gewaltverbot, S. 278 f. Tatsächlich stammt auch in Deutschland die Erfolgsunrechtskonzeption aus einer Zeit, in der der rechtfertigende Notstand noch nicht anerkannt war, ebd. S. 278; ein ähnliches Argument griff bereits bei der vollen Rechtfertigungslösung, s.o. 9. Kap., I. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den.[1074] Die Staatenpraxis mag darauf hindeuten, dass der „Angriffstatbestandsvorsatz" die Geringfügigkeit einer Gewaltanwendung kompensieren und diese über die erforderliche Schwelle heben kann.[1075] Auch dann sind Tatbestands-, Unrechtsvorsatz und -fahrlässigkeit aber keine *notwendigen* Voraussetzungen des bewaffneten Angriffs. Diese These wird dadurch gestützt, dass das Selbstverteidigungsrecht gegen Private, die vom Territorium eines unfähigen Staates aus operieren, in der Staatenpraxis gewichtige Befürworter besitzt.[1076] Denn ein unfähiger Staat handelt nicht fahrlässig.

Im Ergebnis spricht also vieles dafür, dass dem Opferstaat das Selbstverteidigungsrecht grundsätzlich auch bei einer unvermeidbaren Fehlvorstellung erhalten bleibt. Die Fehlvorstellung ist deshalb nicht ohne Bedeutung für das Selbstverteidigungsrecht: Soweit der Opferstaat sie erkennt, beeinflusst sie die Notwendigkeit der Selbstverteidigung, da zumindest nach Aufklärung des Irrtums normalerweise keine Gefahr der Fortsetzung des Angriffs besteht.[1077]

3. Das subjektive Element bezüglich des „Tatbestands" des Gewaltverbots

Nachdem die Betrachtung der Begriffe der Aggression und des bewaffneten Angriffs die notwendigen Grundlagen geschaffen hat, kann sich der Blick auf das Gewaltverbot selbst richten, beginnend bei der Frage, ob es eines Vorsatz- oder Fahrlässigkeitselementes hinsichtlich der „tatbestandlichen" Umstände bedarf, die eine *Anwendung von Gewalt gegen einen anderen Staat* begründen. Weder die Literatur[1078] noch der IGH weisen einen

---

1074 Näher dazu der Clean-Hands-Gedanke s.u. 9. Kap., IV.

1075 Ausf. Ruys, Armed Attack, S. 163–167, der diesen Vorsatz bei geringfügiger Gewalt für „particularly important" (S. 166 f.), aber auch außerhalb davon für notwendig hält (S. 167).

1076 Die Praxis und Rechtsüberzeugungen bereits früh in diese Richtung deutend Kreß, Gewaltverbot, S. 134 f; aus der jüngeren Zeit Wilmshurst/Wood, AJIL 107 (2013), S. 390 (393); Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (969); aA Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (798); für eine ständig aktualisierte Auflistung der Staaten s. Chachko/Deeks, Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?, Lawfare v. 10. Oktober 2016.

1077 Akande, in: Kommentar zu Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011.

1078 Für ein Vorsatzerfordernis van Steenberghe, Légitime défense, S. 229 f (hier auch auf das Gewaltverbot bezogen); Corten, Law Against War, S. 76–83; Henderson, Use of Force, S. 75–78; nicht für erforderlich haltend, außer bei „essentially harmless incursions" Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (191); indes an anderer Stelle generell einen „deliberate use of force" fordernd, Armed Attack,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eindeutigen Weg. Eine in diesem Kontext oft zitierte Passage des Atomwaffen-Gutachtens erwähnt die „intention" und Zielgerichtetheit von Gewalt zwar mehrfach:

> „[T]he policy of deterrence, […] necessitates that the *intention to use nuclear weapons* be credible. Whether this is a "threat" contrary to Article 2, paragraph 4, depends upon whether the particular use of force envisaged would be *directed* against the territorial integrity or political independence of a State, or against the Purposes of the United Nations or whether, in the event that it were *intended* as a means of defence, it would necessarily violate the principles of necessity and proportionality."[1079] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Bei genauem Hinsehen ist die Aussagekraft dieser Erwähnungen aber beschränkt: Die erste Nennung der „intention" ist nur auf die Politik der Abschreckung bezogen, die zweite Erwähnung „intended" auf den Willen zur Selbstverteidigung, nicht auf die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 2 (4) UNC. Einzig die Einfügung des Wortes „directed" vor den von der Charta verwendeten Begriff „against the territorial integrity […]" deutet auf ein Vorsatzerfordernis hin. Doch ob die Richter diesem einzelnen Wort eine solche Bedeutung beimessen wollten, ist zweifelhaft, zumal sich die Frage des Vorsatzerfordernisses in dem Kontext, den sie vor Augen hatten, nicht stellte.

Auch die ausgebliebene Feststellung einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC im Korfu-Kanal-Fall[1080] lässt sich nicht mit dem Fehlen eines Tatsachenvorsatzes erklären,[1081] hatte Großbritannien doch von sämtlichen tatsächlichen Umständen Kenntnis. Im Gebietsstreit zwischen Kamerun und Nigeria vermied der IGH eine Stellungnahme zu dem von Nigeria hilfsweise angeführten Argument, es habe einem „reasonable mistake" oder „honest belief" in Bezug darauf unterlegen, dass das Gebiet, auf dem sich nigerianische Kräfte befanden, zu Kamerun gehöre.[1082] Allein eine Aussage

---

S. 185 f; die meisten Autoren beschränken sich darauf, die Irrelevanz der Motive des Staates zu betonen, s. nur Brownlie, Use of Force, S. 265–268; Gray, Use of Force, S. 37–40.

1079 ICJ, Atomwaffengutachten, Rn. 48, vgl. Corten, Le droit contre la guerre, S. 105; Session de Santiago, Emmanuel Roucounas, Annuaire de l'Institut de droit int'l 72 (2007), S. 77 (115).

1080 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 32–35.

1081 So aber Corten, Law Against War, S. 77.

1082 ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Urteil v. 10. Oktober 2002, Rn. 311–324.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Armed-Activities-Falles deutet auf das Erfordernis eines Handlungsunrechts hin. Auf sie wird gleich eingegangen.

a) Das Gewaltverbot als Verhaltensnorm: Auslegung und Konsequenz

Zwar knüpft der Wortlaut von Art. 2 (4) UNC das Verbot von Gewalt nicht ausdrücklich an eine entsprechende Intention oder Sorgfaltswidrigkeit.[1083] Auch impliziert der Begriff „use of force", „emploi de la force", „применения силы"[1084] usw. anders als die „Aggression" nicht als solcher vorsätzliches Handeln. Man mag darin das Erfordernis eines *willensgesteuerten* Verhaltens erblicken, sodass etwa das *versehentliche* Drücken eines Knopfes, der zum Abwurf einer Bombe führt, nicht in den Anwendungsbereich des Gewaltverbotes fiele. Der Begriff sagt aber nichts darüber aus, ob dem willensgesteuert handelnden Staat auch bewusst sein muss (oder zumindest hätte bewusst sein müssen), dass er gegen einen anderen Staat Gewalt anwendet, oder ob umgekehrt etwa auch der unbewusste und sorgfaltsgemäße Übertritt einer Grenze erfasst wird. Jedoch leitet Art. 2 (4) UNC das Gewaltverbot ein mit den Worten „All Members *shall refrain from*", „воздерживаются от",[1085] und knüpft dann an den „use of force" an. In der französischen und spanischen Fassung heißt es sogar „s'abstiennent […] de *recourir* à la menace ou à l'emploi de la force" bzw. „se abstendrán de *recurrir* a la amenaza o al uso de la fuerza". Wie Art. 2 (4) UNC ist auch die zu seiner Auslegung regelmäßig herangezogene[1086] Friendly Relations Declaration formuliert.[1087] Diese Wortwahl macht deutlich, dass die Charta den UN-Mitgliedern, wie zuvor erwähnt,[1088] eine (negative) *Verhaltenspflicht* auferlegt, keine Gewalt anzuwenden,[1089] indem sie an den *Willensentschluss* der Mitglieder anknüpft. Den Eintritt eines Erfolgs – die

1083 Bei anderen völkerrechtlichen Pflichten lässt sich dieses Erfordernis dem Text entnehmen, vgl. etwa die due-diligence-Regel im Umweltvölkerrecht, Art. 194 (1), (2) UNCLOS; Art. 2 Ozone Convention (1985), Art. 2 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution.

1084 Wortwörtlich *Gewaltanwendung*.

1085 Wortwörtlich *sich enthalten*, *unterlassen*, *Abstand nehmen*.

1086 Vgl. etwa ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191.

1087 UN Doc. A/RES/2625, Principle 1: „Every State has the duty to refrain […] from the threat or use of force".

1088 S.o. 4. Kap., IV. 1. b; 9. Kap., I. 1. c.

1089 Henkin, AJIL 65 (1971), S. 544 (544) („norm of behaviour"); Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (792 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beeinträchtigung territorialer Unversehrtheit – lässt Art. 2 (4) UNC gerade nicht genügen. Der Telos stützt diese Auslegung:[1090] Dem Gewaltverbot geht es nicht darum, einen Staat für die von ihm kausal herbeigeführte Beeinträchtigung staatlicher Souveränität und territorialer Unversehrtheit eines anderen Staates haftbar zu machen.[1091] Es legt den Staaten die Pflicht auf, Gewaltanwendungen zu unterlassen, womit der von Verhaltensnormen ausgehende *präventive* Schutz dieser Interessen im Vordergrund steht.[1092]

Auch Art. 23 des Artikelentwurfs *Agos* zur Staatenverantwortlichkeit von 1996 stellte diese Konzeption nicht in Frage. Er lautete:

> „When the result required of a State by an international obligation is the prevention, by means of its own choice, of the occurrence of a given event, there is a breach of that obligation only if, by the conduct adopted, the State does not achieve that result."[1093]

Selbst wenn man das Gewaltverbot entgegen seinem Wortlaut an den „negativen" Erfolg der Beeinträchtigung territorialer Integrität[1094] knüpfte und so für eine „obligation to prevent" im Sinne dieser Entwurfsnorm hielte, würde es hierdurch nicht zwingend zu einer ausschließlich erfolgs- und nicht verhaltensbezogenen Pflicht. Denn man kann Art. 23 des Entwurfs auch so lesen, dass der Eintritt des zu verhindernden Erfolgs nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung für die Verletzung der Pflicht darstellt.[1095] *Crawford* verstand Verhinderungspflichten im Sinne dieser Norm zwar als „'negative' obligations of result".[1096] Diesem Ver-

---

1090 Ebenso auf den Zweck abstellend (wenn auch ohne nähere Begründung) Corten, Le droit contre la guerre, S. 105.

1091 Zu dieser Abgrenzung Rostalski, GA (2016), S. 73 (78) für Verhaltensnormen im Strafrecht.

1092 Vgl. Rostalski, GA (2016), S. 73 (74) für Verhaltensnormen im Strafrecht.

1093 ILM 37 (1998), S. 440 (449); s. zu dieser Norm im Kontext des Gewaltverbotes auch Kreß, Gewaltverbot, S. 276.

1094 Gemeint sind freilich nicht nur die Annexion, sondern auch einfache Beeinträchtigungen durch Waffengewalt, da die „against"-Zusätze Art. 2 (4) nicht einschränken, s.o. 6. Kap., II. 2. a.

1095 So auch die Kommentierung zu Art. 23 Artikelentwurf (1996), wiedergegeben bei Wolf, ZaöRV 45 (1985), S. 232 (257), wonach neben dem Erfolgseintritt auch eine besondere Verhaltensweise und ein „certain causal link – indirect, of course, not direct" erforderlich sei.

1096 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 85; Art. 2 (4) UNC als solche qualifizierend Wolfrum, in: Arsanjani, Looking to the Future, S. 33 (364 Fn. 4).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständnis traten aber ebenso gewichtige Stimmen entgegen: *P.-M. Dupuy*, mit der primär kontinentaleuropäischen Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Verhaltenspflichten vertraut, legte überzeugend dar, dass Verhinderungspflichten ihrer Natur nach keine Erfolgs-, sondern Verhaltenspflichten sind, weil sie an ein sorgfaltswidriges Verhalten anknüpfen.[1097] Auch der ILC-Kommentar erkennt dies heute an.[1098] Im Ergebnis wurde *Agos* Pflichtenklassifizierung insgesamt nicht übernommen.[1099]

Die Konsequenz des Verhaltensnormcharakters des Gewaltverbotes ist nach dem im Rahmen der vollen Rechtfertigungslösung Gesagten bereits vorgezeichnet: Ein Staat *kann* sein Verhalten, wie festgestellt, nur an den Umständen ausrichten, die ihm zum Handlungszeitpunkt erkennbar sind.[1100] Will man die tatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubnissätze nicht unmittelbar versubjektivieren, so muss zumindest die *Verletzung* des Gewaltverbots ein Handlungsunrecht in Bezug auf die Umstände der „Tatbestandsebene" voraussetzen. Denn müsste die Gewaltanwendung nicht vorsätzlich oder wenigstens[1101] sorgfaltswidrig verursacht sein, wäre der Staat nicht in der Lage, diese zu unterlassen,[1102] und Unmögliches kann von ihm nicht verlangt werden. Anders als dem vollen Rechtfertigungsansatz gelingt es der eingeschränkten Rechtfertigungslösung so (auf der hier zunächst interessierenden *Tatbestands*ebene müsste sie eigentlich „eingeschränkte Tatbestandsausschlusslösung" heißen), den Verhaltensnormcharakter der Erlaubnissätze mit objektiven Wertaspekten zu vereinen. Das Fundament dafür liefert eine unter anderem von *Armin Kaufmann* auf Grundlage von *Bindings* Normentheorie[1103] vollzogene Unterscheidung: Auf einer ersten Ebene legt eine Norm durch positives Werturteil nur fest, wie Güter zu distribuieren sind, was also „recht" ist, wobei die handelnden Akteure unabhängig von ihrer Handlungsfähigkeit nur Objekt der Distri-

1097 P.-M. Dupuy, EJIL 10 (1999), S. 371 (379 f).
1098 Art. 14 ARSIWA, Commentary (14); s. auch Pacholska, Complicity, S. 177 f.
1099 Zur sonstigen „Über-Klassifizierung" Agos Entwurfs s. P.-M. Dupuy, EJIL 10 (1999), S. 371 (382).
1100 S.o. 9. Kap., I. 1. c.
1101 Auf das Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Minus-Plus- oder aliud-Verhältnis) kommt es hier nicht an, s. dazu für das Strafrecht MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 101–104; Rostalski, GA (2016), S. 73 (82 f).
1102 Zum Zusammenhang zwischen Verhaltenspflicht und Handlungsunrecht s. Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 128 f; Duttge, Bestimmtheit des Handlungsunwerts, S. 250; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 133; Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
1103 Binding, Normen I, S. 104 f, wonach einem Recht nicht zwingend eine Pflicht entspricht.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bution sind. Auf einer zweiten Ebene konkretisiert sich die Norm zu einer Verhaltenspflicht, um den erstrebten Zustand der ersten Ebene herzustellen.[1104] Letztere Verhaltenspflicht richtet sich nur an den „Handlungsfähigen", der „den Entschluss zur verbotenen Handlung fassen und realisieren kann".[1105] Das Erfassen oder Erfassenkönnen der Tatumstände ist dafür unverzichtbar.[1106] Wer also weder weiß noch wissen kann, dass er gegen einen anderen Staat Gewalt anwendet, ist kein tauglicher Adressat für eine negative Verhaltenspflicht.[1107] Folgt aus dem Gewaltverbot (im Zusammenspiel mit dem Selbstverteidigungsrecht) eine solche negative Verhaltenspflicht, kann diese also nur *verletzt* sein, wenn der Staat erkannte oder erkennen konnte, dass die sein Verhalten verbietenden Umstände vorlagen. Ob er mit seiner Handlungsweise (objektives) Erfolgsunrecht begeht, ist dagegen eine auf der „Distributivebene" anzusiedelnde Frage, die nicht von einem Erkennen oder Erkennenmüssen der „Tatumstände" durch den Handelnden abhängt. Das erklärt, warum der Gewalt einsetzende Staat trotz Fehlvorstellung einen *rechtswidrigen Angriff* iSd Art. 51 tätigt: Er schafft ein Erfolgsunrecht, auf das der andere Staat in Ausübung seiner

---

1104 Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes, S. 127–129; Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 270 f; vgl. (wenn auch mit einem leicht abweichenden Verständnis, weil zwei Normarten unterscheidend) Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 219 Fn. 39; S. 235 f; krit. ebd. S. 237–239; ähnlich Rostalski, GA (2016), S. 73 (77); rechtsvergleichend Eser, FS Lenckner, S. 25 (36–46, 50–52).

1105 Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes, S. 140; s. auch Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 219.

1106 Insoweit unterscheidet sich Armin Kaufmann nicht von Binding. Kaufmann (Lebendiges und Totes, S. 139–141) verzichtet nur anders als Binding (Normen II, S. 132 ff) auf die Kenntnis von der Pflicht; so i. Erg. auch Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 78–84, der das „Kriterium des Verbotenseins eines Verhaltens" in dem *spezifischen Risikobezug* eines Verhaltens zum Erfolg – also in einem Fahrlässigkeitskriterium – erblickt.

1107 Im Strafrecht muss der Täter daher normalerweise vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Dass das Strafrecht an Verhaltenspflichten anknüpft, folgt nicht nur aus dem Schuldprinzip, sondern auch daraus, dass eine objektive strafrechtliche Verantwortung iSe strict liability mit general- und spezialpräventiven Strafzwecken kaum vereinbar wäre. Nicht unproblematisch sind daher vollständig objektive Delikte zB im kanadischen Ordnungswidrigkeitenrecht oder australischen Strafrecht (vgl. Section 6.1 und 6.2 Commonwealth Criminal Code), dazu Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, S. 314; auch Rostalski, GA (2016), S. 73 (75) hält den Verhaltensnormverstoß für die „Grundbedingung einer jeden Straftat"; vgl. für das russische Strafrecht Aghayev, Russian Criminal Law, S. 151–153.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

notrechtlichen Selbstverteidigung reagieren können muss.[1108] Weil seine Fehlvorstellung nur das Handlungs- und nicht auch das Erfolgsunrecht verhindert, musste eine volle Rechtfertigungslösung scheitern.[1109]

Auch der IGH hat in zahlreichen Entscheidungen – besonders deutlich im Völkermord-Fall,[1110] im Teheraner-Geiseln-Fall[1111] und im Armed-Activities-Fall[1112] – die Verletzung einer Verhaltenspflicht von einem Sorgfaltsverstoß abhängig gemacht. Auf die darin zum Ausdruck kommende „due-diligence-Pflicht", Schädigungen anderer Staaten zu verhindern,[1113] ist zurückzukommen.

b) Weitere Indizien für ein Handlungsunrechtserfordernis

Dass Art. 2 (4) UNC nur bei einem „tatbestandlichen" Handlungsunrecht verletzt ist, lässt sich mit weiteren Indizien belegen. So schränkt der Zusatz „against the territorial integrity […]" das Gewaltverbot als solcher zwar nicht ein.[1114] Doch legt der Begriff „against" nahe, dass die Redakteure bei Art. 2 (4) UNC ein Bewusstsein der Umstände für erforderlich hielten.[1115] Darauf deutet auch die Alternative der Gewalt*androhung* hin, die ihrerseits

---

1108 Auch die aus rechtmäßiger Selbstverteidigung entstehende Duldungspflicht des anderen Staates ist keine echte Verhaltenspflicht, sondern Teil der Distributivebene. Daher ist auch der irrende Staat objektiv verpflichtet, die Selbstverteidigungshandlung des Opferstaates zu dulden.

1109 Zu einer unterschiedlichen Behandlung von Art. 2 (4) und Art. 51 UNC in Bezug auf das Vorsatzelement gelangt auch Henderson, Use of Force, S. 75–78 (insb. Fn. 154), 215 f.

1110 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430 f („it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible").

1111 ICJ, Tehran Hostage, 1980, Rn. 68.

1112 ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 300 f, 303; Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (793) knüpft diese Passage unmittelbar an das Gewaltverbot an.

1113 Dennoch wird die im Völkermord-Fall entscheidende „duty to prevent genocide" nicht den allgemeinen due-diligence-Pflichten zugeordnet, sondern stellt eine eigenständige Primärpflicht dar, s. Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (6).

1114 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

1115 Ähnlich Corten, Law Against War, S. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– ähnlich wie die Aggression – gar ein Vorsatzelement impliziert.[1116] Dass die Androhung in allen Sprachfassungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewaltanwendung genannt wird,[1117] ist ein Anhaltspunkt dafür, dass auch letztere von einem Handlungsunrecht abhängt.[1118]

Die im Rahmen der Entschuldigungslösung betonte Unterscheidung zwischen Gewalt- und Aggressionsverbot steht einem solchen Erfordernis nicht entgegen: Sieht man wie hier den wesentlichen Unterschied zwischen diesen beiden Verhaltenspflichten darin, dass die Feststellung einer Aggression (neben dem verwirklichten Unrecht) einen Verhaltens*vorwurf* statuiert, das Gewaltverbot hingegen zu seiner Verletzung allein unrechtes Handeln fordert, so ist ihr Abgrenzungskriterium nicht das Handlungsunrecht, sondern die Schuldhaftigkeit des Handelns.[1119] Es liegt daher kein Widerspruch darin, ein *Handlungsunrecht* für beide Verbote zu verlangen, *schuldhaftes* Handeln nur für die Aggression.[1120] Auch die während der Entstehung der Aggressionsdefinition gemachten Aussagen, eine Aggression könne nicht „by mistake or negligence"[1121] geschehen, schließen nicht aus, dass auch für eine einfache Gewaltverbotsverletzung zumindest ein Sorgfaltsverstoß erforderlich ist.

Schließlich zwingt auch der Umstand, dass die eingeschränkte (da nur subjektive) Rechtfertigung eines irrenden oder fehlvermutenden Staates seine Staatenverantwortlichkeit wegen einer Verletzung von Art. 2 (4)

1116 Vgl. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 47, der *intention* vorauszusetzen scheint.

1117 Zu diesem Zusammenhang mit der Folge, dass die Androhung von Gewalt rechtswidrig ist, wenn es ihre Anwendung wäre s. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 47.

1118 Die Entstehungsgeschichte von Art. 2 (4) UNC ist für die interessierende Auslegungsfrage unergiebig. Insb. enthält keiner der in San Francisco gemachten Änderungsvorschläge (UNCIO VI, S. 557–568) ein Indiz für oder gegen ein Handlungsunrechtserfordernis.

1119 Wenig aussagekräftig insoweit die Äußerung der USA in UN Doc. A/AC.134/SR.68 (1970), S. 23, die im „intent" zwar ein Abgrenzungskriterium zwischen Aggression und „less serious forms of the use of force" sahen, jedoch darunter nicht nur Handlungsunrecht, sondern Schuldhaftigkeit verstanden, vgl. ebd. S. 22 („guilty intent").

1120 Auch die Staatenpraxis steht diesem Ergebnis nicht entgegen: Wie Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (189–191) und Corten, Le droit contre la guerre, S. 109 f darlegen, sehen Staaten bei Gewaltanwendungen ohne Tatbestandsvorsatz regelmäßig davon ab, sich auf Art. 2 (4) und 51 UNC zu berufen. Zwar lässt dies keinen sicheren Schluss auf ein Vorsatzerfordernis zu (Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (190)), jedenfalls aber keinen Schluss auf das Gegenteil.

1121 UN Doc. A/AC.134/SR.77, S. 144 (Sowjetunion), ebenso zum „mistake" die Nachweise s.o. 9. Kap., III. 1., Fn. 1041.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UNC verhinderte,[1122] nicht zu einem anderen Ergebnis. Erstens zeigt die Praxis, dass Entschädigungszahlungen häufig ex gratia gewährt werden und sich insoweit tatsächlich keine klare Tendenz zu einer *rechtlichen* Verantwortlichkeit des sorgfaltsgemäß Irrenden oder Fehlvermutenden identifizieren lässt.[1123] Zum anderen mag die Verletzung des *Respekts territorialer Unversehrtheit*, einer Ausprägung des unter anderem in Art. 2 (1) UNC zum Ausdruck kommenden Souveränitätsprinzips,[1124] anders als das Gewaltverbot kein Handlungsunrecht voraussetzen und damit als taugliche Primärpflichtverletzung dienen, um eine Haftung auch bei unvermeidbaren Fehlvorstellungen zu begründen.[1125] Zwar ist das Prinzip territorialer Unversehrtheit mit dem Gewaltverbot eng verbunden[1126] und Art. 2 (1) und Art. 2 (4) UNC teilen denselben Chapeau, der ebenfalls einen Anhaltspunkt für eine Verhaltenspflicht enthält: „The Organization and its Members […] *shall act* in accordance with the following Principles".[1127] Doch greift Art. 2 (1) UNC selbst („the Organization is based on the principle of sovereign equality of all its Members") diese Formulierung, anders als die übrigen Absätze von Art. 2, nicht auf, sondern beschränkt sich auf die Statuierung eines objektiven Wertes. Dieses für sich genommen noch nicht ausreichende Indiz gegen einen Verhaltensnormcharakter des Souveränitätsprinzips wird gestützt durch die Materialien der Konferenz von San Francisco, die offenlegen, dass Art. 2 (1) UNC mit dem Begriff der souveränen Gleichheit ganz verschiedene Elemente objektiv gewährleisten sollte, nämlich die rechtliche Gleichheit, Souveränität, Rechtspersönlichkeit, territoriale Integrität, politische Unabhängigkeit. Allein der souveräne Staat selbst „should […] comply faithfully with its international duties and obli-

1122 S.o. 1. Kap., IV. 1. c. Denn Art. 2 b ARSIWA benötigt einen *vollständigen* Verstoß gegen eine Primärpflicht; ein bloßes Erfolgsunrecht iSd Art. 2 (4) UNC genügt nicht.

1123 S.o. 7. Kap., III. 7.

1124 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 212; zu diesem Prinzip bereits ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 26–37; manchmal wird diese Ausprägung auch als „territorial sovereignty" bezeichnet, ebd. S. 35; Marxsen, ZaöRV 75 (2015), S. 7 (7–19); verankert ist es u.a. auch in der Friendly Relations Declaration, A//RES/2625 (XXV) und der Aggressionsdefinition der Generalversammlung, A/RES/3314 (XXIX).

1125 Denken ließe sich auch an das zwischenstaatliche Interventionsverbot iSd Art. 2 (1) oder (4) UNC. Doch hält man das Interventionsverbot gegenüber dem Gewaltverbot für die *allgemeinere* Vorschrift (näher s.u. Fn. 1134), teilt es wohl dessen Rechtsnatur als Verhaltensnorm.

1126 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 212.

1127 Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gations".[1128] Versteht man das Souveränitätsprinzip in seiner Ausprägung als Prinzip des Respekts territorialer Unversehrtheit aus diesen Gründen nicht als Verhaltenspflicht, sondern als bloße „Verursachungsnorm", so geht daraus hervor, dass ein Staat, der die Beeinträchtigung der Souveränität eines anderen Staates kausal herbeiführt, (objektives) Erfolgsunrecht begeht. Insoweit kommt bei einer sorgfaltsgemäßen Fehlvorstellung für die Staatenverantwortlichkeit das Souveränitätsprinzip als verletzte Primärpflicht statt des Gewaltverbotes in Betracht.[1129]

Insgesamt spricht daher vieles dafür, dass eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC ein Handlungsunrecht bezüglich des „Tatbestands" dieser Norm verlangt. Art. 2 (4) UNC ist insoweit enger auszulegen als der Begriff des bewaffneten Angriffs iSd Art. 51 UNC.

c) Art des verlangten Handlungsunrechts: Vorsatz oder Sorgfaltswidrigkeit?

Über die Art dieses Handlungsunrechts ist damit noch nichts gesagt. Bedürfte es positiver Kenntnis, verhinderten jegliche Irrtümer und Fehlverdachtsmomente die Verletzung von Art. 2 (4) UNC. Selbst die bloße ignorantia facti, bei der sich ein Staat über die den Gewaltverbotstatbestand begründenden Umstände keine Gedanken macht,[1130] würde den Verstoß möglicherweise abwenden. Ließe diese Norm dagegen bereits sorgfaltswidriges Verhalten[1131] bzw. einen „normativen Vorsatz" genügen, dem geringere Formen der subjektiven Zurechnung als Wissen und Wollen ausreichten,[1132] so blieben *vermeidbare* Irrtümer und jedenfalls der *nicht hinreichend*

1128 UNCIO VI, S. 457, 717 f, Hervorhebung hinzugefügt.

1129 Wie hier i. Erg. Corten, Law Against War, S. 83; Henderson, Use of Force, S. 78; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339 f) zufolge lässt der Irrtum einen *Angriffskrieg* entfallen, nicht jedoch die Staatenverantwortlichkeit (ohne zu erläutern, woraus sie dann folgt); vgl. auch ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, S. 243–246.

1130 Zum Begriff s. MüKoStGB/Hefendehl, § 263, Rn. 250–252 sowie oben 1. Kap., II Fn. 107.

1131 Zur genauen Bedeutung dieses Begriffs s.u. 10. Kap.

1132 Zu dieser Idee eines stufenlosen subjektiven Zurechnungskonzepts für das Strafrecht Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 340 f, 367, 444; der Haupteinwand, dass dadurch Fahrlässigkeitsdelikte ihren Zweck verlören (s. ebd. S. 444; ähnlich Fletcher, Basic Concepts, S. 117), greift im Völkerrecht nicht, da kein eigenes „Verbot fahrlässiger Gewalt" existiert.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wahrscheinliche Fehlverdacht unberücksichtigt, weil mit ihnen ein Sorgfaltsverstoß einhergeht.[1133] Das Gleiche gälte für die ignorantia facti.

Um der Rechtsnatur als Verhaltenspflicht Rechnung zu tragen, reichte das Erfordernis sorgfaltswidrigen Handelns aus. Die Begriffe „against" und „threat" mögen eher für ein Vorsatzerfordernis im klassischen Sinne sprechen, zwingend erscheint das aber nicht. Zu einem Vorsatzerfordernis zwingen würde hingegen, so es zuträfe, das Argument, dass das Gewaltverbot als Spezialfall des allgemeinen Interventionsverbotes[1134] die Intervention in souveräne Rechte eines anderen Staates mittels der Anwendung physischen *Zwangs* untersage, Zwang aber stets vorsätzliches Handeln erfordere.[1135] Doch erscheint diese Überlegung anfechtbar: Das *Aufzwingen des eigenen politischen Willens* mag Vorsatz voraussetzen. Doch enthält Art. 2 (4), anders als noch Art. I des Briand-Kellogg-Paktes, keinen Anhaltspunkt dafür, dass er allein Gewalt „als Werkzeug nationaler Politik" aus den internationalen Beziehungen verbannt. Die These, dass Art. 2 (4) UNC ein *Zwingen* und nicht nur einen Zwang voraussetzt, sich der Willensentschluss, den das Gewaltverbot wie festgestellt verlangt, also notwendigerweise auch auf die Zwangs*wirkung* beziehen muss, ist daher schwer zu halten.[1136]

Fehlt es daher an einem unumgänglichen Grund für ein Vorsatzerfordernis, schlägt die zentrale Erwägung durch, dass Ziel und Zweck des Art. 2 (4) UNC entscheidend für ein bloßes Sorgfaltswidrigkeitserfordernis sprechen: Der Schutz des internationalen Friedens erfordert es nicht nur, vorsätzliche Gewaltanwendungen zu unterlassen, sondern auch die not-

---

1133 S.o. 1. Kap., III. 1. a, b; für den *tatbestandlichen* Verstoß gegen das Gewaltverbot lässt sich die duty to reflect zwar nicht mit dem tatbestandlichen Erfolgsunrecht begründen, jedoch mit dem allgemeinen Prinzip, dass jeder Akteur zumutbare Maßnahmen ergreifen muss, um von ihm kausal verursachte Schädigungen anderer zu vermeiden, vgl. Rostalski, GA (2016), S. 73 (77, 86).

1134 Vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 205; Henderson, Use of Force, S. 52; besonders deutlich wurde dieses Verhältnis in dem Entwurf Brasiliens, UNCIO VI, S. 558: „All members of the Organization shall refrain in their international relations from any intervention in the foreign or domestic affairs of any other member of the Organization, and from resorting to threats or use of force […]", ähnlich der Vorschlag Irans, UNCIO VI, S. 563.

1135 So Henderson, Use of Force, S. 52, 76.

1136 Auch der Satz des zuständigen Komitees in San Francisco „The Committee wishes to state […] that the unilateral use of force *or similar coercive measure* is not authorized or admitted" (UNCIO VI, S. 459) zwingt wohl nicht zu einem anderen Ergebnis, kann das „coercive" doch auch auf die Zwangswirkung bezogen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendigen Vorkehrungen dafür zu treffen, dass es nicht aus Achtlosigkeit dazu kommt. Dem Schutzzweck von Art. 2 (4) UNC würde nicht gerecht, wenn auch sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen die Verletzung dieser Norm verhinderten. Dadurch würde das Irrtumsrisiko zu weit auf den Opferstaat verlagert. Denn auch wenn ihm das Selbstverteidigungsrecht unabhängig davon erhalten bleibt, ob der Handelnde Art. 2 (4) verletzt, muss es dem Opfer nicht auch gelingen, die Gewalt erfolgreich abzuwehren. Hinzu kommt, dass die ILC für das Erfordernis einer „intention" einen spezifischen Hinweis in der Primärnorm verlangt,[1137] an dem es in Art. 2 (4) UNC fehlt. Auch die erwähnten Aussagen während der Genese der Aggressionsdefinition, „acts committed by mistake or negligence" fielen nicht unter die Definition,[1138] mag man so lesen, auch wenn sie nicht explizit in Abgrenzung vom Gewaltverbot gemacht wurden, als stellten diese Maßnahmen durchaus verbotene Gewalt, nur eben keine Aggression dar. Der Nachweis einer *positiven* Vorstellung von den maßgeblichen Umständen wäre in der Praxis zudem nur mit großen Schwierigkeiten zu führen.

Dieser Auslegung steht auch das im Korfu-Kanal-Fall bekräftigte Prinzip nicht entgegen, dass ein Staat nicht wissentlich oder sorgfaltswidrig die Nutzung seines Territorium für Handlungen zulassen darf, die Rechte anderer Staaten verletzen.[1139] Dieses Verbot der von dem eigenen Territorium ausgehenden Schädigung (im Folgenden: Schädigungsverbot)[1140] wird teilweise bereits als Kern einer übergeordneten due-diligence-Pflicht im Völkerrecht verstanden,[1141] die in spezifischen Bereichen wie dem Umwelt-, Investitions,- Konflikt- und Cybervölkerrecht sowie in den Men-

---

1137 ARSIWA, Art. 16 Commentary (7).

1138 S.o. 9. Kap., III. 3. b, Fn. 1121 und 9. Kap., III. 1., Fn. 1041.

1139 Corfu Channel, Merits, 1949, S. 22, der Einschluss der Sorgfaltswidrigkeit ergibt sich aus dem Kontext, s. ebd. S. 18 („ought to have known"); so bereits PCIJ, Lotus, Urteil v. 7. September 1927, Rn. 269; United States v. Arjona 120 U.S. 479 (1887); das Tallinn Manual 2.0. erfasst Sorgfaltswidrigkeiten durch ein weites Verständnis des Begriffs „knowledge", Rule 6, Commentary (39); bestätigt wurde das Korfu-Kanal-Prinzip in ICJ, Pulp Mills, Rn. 101; ICJ, Costa Rica v. Nicaragua, Nicaragua v. Costa Rica, Merit, Rn. 104.

1140 S. dazu nur P.-M. Dupuy, in: Bothe, Trends in Environmental Policy and Law, S. 363 (367); ein allgemeines Schädigungsverbot daraus ableitend Bäumler, Schädigungsverbot, S. 60; zur Herleitung eing. Pacholska, Complicity, S. 172–177.

1141 ILA, Due Diligence, Second Report, S. 5; zur Existenz eines solchen due-diligence-Prinzips eing. Kulesza, Due Diligence, insb. S. 262–270; Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (1)-(6); untersucht wird die Fragestellung derzeit im Rahmen des MPI-Projekts „Due Diligence in International Law"; zentral für due-diligence-Pflichten sind die ILC Draft Articles on Prevention of Trans-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schenrechten spezielle Ausprägungen erfahren hat.[1142] In den erwähnten due-diligence-Pflichten, die etwa im Teheraner Geiseln- und im Armed-Activities-Fall relevant wurden,[1143] mag man Ausformungen einer solchen allgemeinen due-diligence-Pflicht für den Kontext von Gewaltanwendungen erkennen.[1144] Dass die Rechtsprechung für die Verletzung des Gewaltverbotes durch eine (unmittelbare) Gewaltanwendung eines Staates das Erfordernis eines due-diligence-Verstoßes bislang nicht formuliert hat, bedeutet nicht, dass es hier nicht existiert. Im Gegenteil mag man in der Anknüpfung des erwähnten Schädigungsverbotes an einen Sorgfaltsverstoß ein Indiz dafür sehen, dass die Verletzung des Gewaltverbotes erst recht von dieser Anforderung abhängt. Denn auch wenn Art. 2 (4) UNC, anders als das Schädigungsverbot, an eine eigene Gewaltanwendung des Staates anknüpft[1145] – insoweit erst einmal mehr verlangt als das Schädigungsverbot –, muss das nicht heißen, dass das Gewaltverbot im Gegenzug auf einen Sorgfaltsverstoß verzichtet. Zu schwer wiegt im Vergleich zum Schädigungsverbot der Völkerrechtsverstoß, der mit einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC einhergeht.

Im Ergebnis legt die Auslegung damit nahe, dass ein Staat das Gewaltverbot nur verletzt, wenn er die Umstände, die einen Gewalteinsatz gegen einen anderen Staat begründen, bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt wenigstens hätte erkennen können.

---

boundary Harm from Hazardous Activities (2001) („ILC Draft Articles on Prevention"); krit. zu einer von spezifischen Primärpflichten losgelösten due-diligence-Pflicht Pacholska, Complicity, S. 178.

1142 Zu diesen Bereichen s. insb. ILA, Due Diligence, First Report, S. 6–31; Kulesza, Due Diligence, S. 224–252; für die Umwelt s. insb. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 29; ICJ, Pulp Mills, Rn. 101, 193–197; ICJ, Costa Rica v. Nicaragua, Nicaragua v. Costa Rica, Merits, Rn. 104; zur Unterscheidung dieser Ausprägungen vom Schädigungsverbot Pacholska, Complicity, S. 179.

1143 S.o. 9. Kap., III. 3. a, Fn. 1110-1112.

1144 Ähnlich Koivurova, MPEPIL 1034 (2010), Rn. 36 f; weitergehend Kulesza, Due Diligence, S. 278 f, die den Teheraner-Geiseln-Fall unmittelbar an Art. 2 (4) UNC anknüpft.

1145 Ob ein Staat durch die Unterstützung fremder Gewalt auch das Gewaltverbot (und nicht nur das Schädigungsverbot) verletzen kann, kann hier nicht näher untersucht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Das subjektive Element bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände

Ausgehend von dem Gesagten muss nur noch beantwortet werden, ob sich das Erfordernis eines Sorgfaltspflichtverstoßes auf die tatbestandliche Ebene von Art. 2 (4) UNC beschränkt oder auch das Fehlen einer Ausnahme umfasst.[1146] Um dies zu beantworten, ist es hilfreich, den Blick für einen Moment auf das Erfolgsunrecht der Norm zu lenken, das „objektive" Unrecht also,[1147] auf das sich das Handlungsunrecht normalerweise bezieht.

Das Gewaltverbot verletzt in objektiver Hinsicht, wer Gewalt anwendet, ohne sich auf eine Ausnahme berufen zu können. Das Verhältnis zwischen dem „Tatbestand" des Gewaltverbots und seinen Ausnahmen wird häufig als Regel-Ausnahme-Verhältnis beschrieben, ohne die genaue Rechtsfolge der Ausnahmen darzulegen.[1148] Angesichts der Formulierung in Art. 51 UNC „[n]othing in the present Charter shall impair" mag man geneigt sein, das Gewaltverbot und seine Ausnahmen als einheitliche Regel zu verstehen und im Falle einer Ausnahme bereits den tatbestandlichen Verstoß gegen Art. 2 (4) UNC auszuschließen.[1149] Gegen diese Konzeption spricht jedoch der Wortlaut von Art. 2 (4) UNC, der selbst keinen Raum für Ausnahmen wie das Selbstverteidigungsrecht oder das SR-Mandat lässt.[1150] Auch die Systematik der Charta – das Gewaltverbot wird prominent zu Beginn unter den Zielen und Grundsätzen statuiert, während Art. 42 und 51 UNC mit großem Abstand zu Art. 2 (4) folgen – ist ein Indiz dafür, dass es

---

1146 Für letzteres implizit (jedoch auf Vorsatz bezogen) Corten, Le droit contre la guerre, S. 111 f; Henderson, Use of Force, S. 77 f.

1147 Dieses entspricht dem Werturteil der Distributivebene, s.o. 9. Kap., III. 3. a.

1148 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (116, 118); Bothe, EJIL 14 (2003), S. 227 (228 f); R. Kolb, Ius contra bellum, S. 178; Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 44; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 197, jedoch uU einen Tatbestandsausschluss andeutend: „exception *to the application* of Article 2 (4)" [Hervorhebung hinzugefügt]; Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 92 ordnet diese Autoren teils als einen Tatbestandsausschluss befürwortend ein, doch verwenden viele die Begriffe „exception" und „justification" möglicherweise auch als Synonyme.

1149 D'Asprement, U. Pa. J. Int'l L. 31 (2010), S. 1089 (1106); D'Argent, AFDI 49 (2003), S. 266 (276 f), beide unter Berufung auf ICJ, Ölplattformen, Rn. 43; ähnlich Kundes Verhältnis der „praktischen Konkordanz", Kunde, Präventivkrieg, S. 197.

1150 Anderes mag für die Intervention auf Einladung gelten, deren Ausklammerung Art. 2 (4) wohl inhärent ist, zur Einordnung als tatbestandsausschließend s.o. 1. Kap., I. 4., Fn. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich bei den Ausnahmen um Rechtfertigungsgründe handelt, die das aus der tatbestandlichen Verletzung des Gewaltverbotes folgende Unrecht erst *aufheben*.[1151] Der erwähnten Formulierung „nothing […] shall impair" lässt sich insoweit Rechnung tragen, als zwischen dem „Tatbestand" und der „Rechtfertigung" kein Wertungsunterschied bestehen muss, eine gerechtfertigte Gewaltanwendung also ebenso wenig Unrecht beinhaltet wie eine Gewaltanwendung, die bereits den Tatbestand von Art. 2 (4) UNC nicht erfüllt.[1152] Wenn die Rechtfertigungskonzeption daher auch als die überzeugendere erscheint, ist es letztlich ohne Bedeutung, welche Konzeption man zugrunde legt: Nach beiden ist das Fehlen einer Ausnahme vom Gewaltverbot notwendiger Bestandteil des Erfolgsunrechts von Art. 2 (4).[1153]

Hiervon ausgehend stellt sich die entscheidende Frage, ob sich das Handlungsunrecht, das Art. 2 (4) UNC voraussetzt, auf *alle* Elemente des Erfolgsunrechts beziehen muss, oder ob es ausreicht, dass der Staat in Bezug auf den *tatbestandlichen* Verstoß von Art. 2 (4) UNC wenigstens sorgfaltswidrig handelt. Letzteres würde bedingen, dass sich der von Art. 2 (4) UNC ausgehende Normbefehl auf das *Unterlassen tatbestandlicher Gewalt* beschränkte und Art. 51 UNC allein die Funktion zukäme, das Erfolgsunrecht aufzuheben, ohne dass ein diesbezügliches Handlungsunrecht erforderlich wäre. Mit einer solchen „überschießenden Tendenz" des Erfolgsunrechts ließe sich das Fehlen eines Wertungsunterschiedes zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene in der Konzeption von Art. 2 (4) UNC und seinen Ausnahmen schwer vereinbaren: Macht es für das von einem Staat verwirklichte Erfolgsunrecht keinen Unterschied, ob sein Verhalten bereits aus dem Tatbestand des Art. 2 (4) UNC herausfällt oder erst von einer Ausnahme erfasst wird, erscheint es nur konsequent, den vom Gewaltverbot und seinen Ausnahmen ausgehenden Normbefehl identisch zu formulieren: Staaten haben nicht *jegliche*, sondern nur *ungerechtfertigte* Ge-

---

1151 So die verbreitete Auffassung, ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 228 f; Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (6, 17); Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (876); ähnlich Kreß, Gewaltverbot, S. 170; Bowett, Self-Defence, S. 117.

1152 Vgl. Lowe EJIL 10 (1999), S. 405 (406), Rechtfertigungsgründe als „right behaviour" bezeichnend (zur Staatenverantwortlichkeit); Corten, Le droit contre la guerre, S. 654: „La légitime défense sera envisagée comme un droit d'exception. Un droit, d'abord, et non une simple situation ou circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un comportement. Une action en légitime défense est donc *parfaitement licite*" [Hervorhebung hinzugefügt]; ähnlich Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (876); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 200.

1153 Vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

walt zu unterlassen.[1154] Um geeignete Adressaten dieses Normbefehls zu sein, müssen sie wenigstens erkennen können, dass rechtfertigende Umstände nicht eingreifen.[1155] Aus diesem Grund geht auch die Erwägung fehl, dass der Staat, der „immerhin" tatbestandliche Gewalt anwendet, über größere Handlungssteuerungsmöglichkeiten verfüge als ein Staat, der bereits den Tatbestand von Art. 2 (4) UNC nicht verletzt.[1156]

Die textorientierte Auslegung lässt somit den Schluss zu, dass eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC neben dem objektiven Fehlen einer Rechtfertigung ein diesbezügliches Handlungsunrecht voraussetzt. Wie auf Ebene des „Tatbestandes" genügt angesichts des Schutzzwecks von Art. 2 (4) UNC dafür eine Sorgfaltswidrigkeit. In dieser Ausprägung scheint die eingeschränkte Rechtfertigungslösung daher insgesamt mit der textorientierten Auslegung vereinbar.

5. Der Sonderfall des hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdachts

Bisher wurde offengelassen, ob ein Fehlverdacht, also ein Gewalteinsatz aufgrund einer bloßen Wahrscheinlichkeit rechtfertigender Umstände, überhaupt eingeschränkte Rechtfertigungswirkung haben kann oder nicht generell ein Handlungsunrecht begründet. Denn immerhin hatte der Staat hier selbst Zweifel an der vermuteten Sachlage (die sich dann als falsch herausstellt) und war sich des Risikos einer Fehleinschätzung bewusst. Er erscheint weniger schutzwürdig als ein irrender Akteur, dessen Blickfeld noch weiter eingeschränkt ist, weil er von dem Vorliegen eines Erlaubnistatbestands überzeugt ist und somit keine Risikoabwägung treffen kann. Bei näherem Hinsehen verfängt dieser Gedanke jedoch nicht.

Ein erstes vordergründiges Problem läge darin, dass bei einer Andersbehandlung von Irrtum und Fehlverdacht die schwierige Abgrenzung dieser Kategorien[1157] hohe Bedeutung erlangte. Weiter würde auf diese Weise gerade ein Staat mit wenigen Skrupeln gegenüber demjenigen bevorzugt, der mehr Skepsis an den Tag legt, Sachverhaltsalternativen in Erwägung zieht

---

1154 Zum Inhalt dieser Verhaltensnorm bereits oben 9. Kap., I. 1. c.

1155 Denjenigen, die nicht zwischen „tatbestandlichen" und „Rechtfertigungsirrtümern" unterscheiden, ist daher i. Erg. zuzustimmen, so Henderson, Use of Force, S. 77 (für Berücksichtigung); Brownlie, Use of Force, S. 377 f (wohl dagegen, indes nicht eindeutig s.o. 5. Kap., I., Fn. 1).

1156 So aber zum deutschen Strafrecht MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 45, s.o. 8. Kap., I. 1, Fn. 734.

1157 S.o. 1. Kap., II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und anfängliche Zweifel nicht leichtfertig beiseiteschiebt.[1158] Gewichtiger ist aber ein konzeptueller Grund. Wie festgestellt muss der Staat bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände vorsätzlich oder sorgfaltswidrig handeln. Auch bei einem Fehlverdacht ist nicht zwingend von *vorsätzlichem* Handeln auszugehen. Denn selbst wenn man an den Unrechtsvorsatz geringe Anforderungen stellte und auf ein sicheres Wissen der Umstände verzichtete, wäre nicht jeder noch so geringfügige Zweifel an den erlaubenden Umständen ausreichend, um zumindest einen „Eventualvorsatz" bzw. eine „recklessness" in Bezug auf ihre Fehlen zu begründen. Jedenfalls müsste der Staat das Fehlen dieser Umstände wohl für ernstlich möglich oder nicht unwahrscheinlich halten.[1159] Darüber hinaus erscheint ein solcher Eventualvorsatz für die Annahme vorsätzlichen Handlungsunrechts auf *Rechtfertigungsebene* zu gering. Denn auch wenn der Staat die Möglichkeit ernst nimmt, dass die rechtfertigenden Umstände fehlen, kann es angesichts der vermuteten Bedrohung eigener Interessen unangemessen erscheinen, ihm das Eingehen des Fehlverdachtsrisikos zu verwehren. Die Interessenlage ist insoweit eine andere als bei Umständen, die zum „Tatbestand" des Gewaltverbotes gehören: Hält der Staat letztere Umstände für möglich, kann er von der Gewaltanwendung regelmäßig Abstand nehmen, ohne eigene Einbußen befürchten zu müssen. Die niedrige Schwelle des „bedingten Vorsatzes" erscheint in ihrer Starrheit insgesamt ungeeignet, um ein auf Rechtswidrigkeitsebene relevantes Handlungsunrecht zu begründen.[1160] Vieles spricht daher dafür, dass vorsätzliches Handlungsunrecht hier sicheres Wissen voraussetzt, an dem es beim Fehlverdacht fehlt. Wie beim Irrtum (der Vorsatz schon begrifflich ausschließt) wird damit auch beim Fehlverdacht die *Sorgfaltswidrigkeit* des Verhaltens zum entscheidenden Kriterium. Doch nicht jedes Eingehen eines Risikos, dass die objektiv ex ante zu vermutenden Umstände fehlen, ist als unvernünftig und damit als sorgfaltswidrig zu bewerten. Denn das in der Realität kaum zu erfüllende Erfordernis absoluter Gewissheit nähme dem Staat faktisch jede Möglichkeit, schnell zu reagieren. Friedenssicherungsrechtliche Erlaubnissätze liefen dadurch leer und die Interessen des Handelnden würden unzumutbar beeinträchtigt. Im Ergebnis muss es auch in diesem Bereich erlaubte Risiken und also einen *hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht* geben, der nicht als sorgfaltswidrig zu beurteilen ist und einge-

1158 Ähnlich zum nationalen Polizeirecht Poscher, NVwZ 2001, 143.

1159 Zu den Begriffen des dolus eventualis und der recklessness s.o. 9. Kap., III. 1., Fn .

1160 S.o. 8. Kap., I. 1. zur entsprechenden Diskussion im deutschen Strafrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schränkte Rechtfertigungswirkung besitzt. Die genauen Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeitsschwelle werden noch bestimmt.[1161]

Anders liegen die Dinge freilich, wenn der handelnde Staat, obwohl rechtfertigende Umstände (die in Wahrheit fehlen) objektiv ex ante hinreichend wahrscheinlich erscheinen, dies nicht erkennt und von ihrem *Fehlen* überzeugt ist. Bei einem solchen „doppelten Irrtum" (oder Nicht-Irrtum) ist der Umstand, dass die ex-ante-Sachlage auf einen Erlaubnissatz hindeutete, ohne Bedeutung. Denn es lässt sich ein Unrechtsvorsatz bejahen.[1162]

IV. Clean-Hands-Lösung

Der letzte untersuchte Ansatz knüpft an die Clean-Hands-Doktrin an. Nach dieser Doktrin soll sich ein Staat auf die Verletzung seiner Rechte durch einen anderen Staat nicht berufen können, wenn er selbst „schmutzige Hände" hat.[1163] Damit ließe sich begründen, dass ein Opferstaat, der für die Fehlvorstellung mitzuständig ist, den Gewaltverbotsverstoß des anderen und die daraus resultierenden Rechte sowie sein eigenes Selbstverteidigungsrecht *nicht geltend machen* kann.[1164] Diese Erwägung kommt nicht nur als eigenständiger Ansatz zur Berücksichtigung bestimmter Fehlvorstellungen in Betracht. Sie kann auch *neben* dem hier für mit der Charta vereinbar gehaltenen eingeschränkten Rechtfertigungsansatz eingreifen: Erstens mag die Clean-Hands-Doktrin bei sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen, die den Handelnden *nicht* subjektiv rechtfertigen, dem mitzuständigen Opferstaat verwehren, sich auf die aus der Gewaltverbotsverletzung ergebenden Rechte zu berufen. Zweitens könnte das mitzuständige Opfer sein Selbstverteidigungsrecht einbüßen, das nach der eingeschränkten Rechtfertigungslösung bei sorgfaltsgemäßen wie sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen grundsätzlich fortbestünde. Bei sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen erscheint ein Ausschluss der Rechte des Opferstaates indes besonders rechtfertigungsbedürftig, weil seine etwaige Mitzuständigkeit für die Fehlvorstellung hier mit einem Sorgfaltsverstoß des Handelnden zusammentrifft.

1161 S.u. 10. Kap., III.

1162 Diese Konstellation weckt Zweifel daran, dass Vorsatz tatsächlich ein „Plus" und kein Aliud zur Fahrlässigkeit ist, dazu s.o. Fn. 1101.

1163 Darin eine Ausprägung des good-faith-Prinzips sehend R. Kolb, Good Faith, S. 190–192.

1164 Ähnlich Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011, Kommentar v. 11. Juli 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Primär ins Auge gefasst wird hier die Situation, in der der Opferstaat die Fehlvorstellung absichtlich provoziert, zB durch eine in Wahrheit leere Drohung mit einem bewaffneten Angriff, die der Handelnde wie erhofft ernst nimmt und die ihn zu einer Selbstverteidigungshandlung veranlasst. Zu klären sind aber auch die Auswirkungen einer bloß sorgfaltswidrig mitverursachten Fehlvorstellung. Immerhin versagt Art. 25 (1) (b) ARSIWA einem Staat das Notstandsrecht bereits dann, wenn er zur Notstandslage beigetragen, also substantiell durch Tun oder Unterlassen an ihrer Entstehung mitgewirkt hat.[1165] Ähnliche Ausschlussgründe enthalten Art. 23 (2) (a) und 24 (2) (a) für die Force majeure und den Distress. Der dem Art. 51 UNC ähnlichste Rechtswidrigkeitsausschlussgrund der ILC-Artikel – die Selbstverteidigung iSd Art. 21 ARSIWA – enthält zwar keine solche Einschränkung. Doch verzichtet diese Norm insgesamt auf inhaltlichen Vorgaben. Auch im nationalen Strafrecht wird in den genannten Fällen ein Ausschluss oder zumindest eine Einschränkung des Notwehrrechts erwogen.[1166]

Gegen die rechtliche Berücksichtigung des Opferbeitrags zur Entstehung der Selbstverteidigungslage wird bisweilen eingewandt, dass mangels klarer Kriterien der politische Kontext so mit der rechtlichen Bewertung der Selbstverteidigungshandlung vermischt werde.[1167] Soweit sich jedoch konkrete Anwendungsvoraussetzungen des hier erwogenen Clean-Hands-Gedanken herleiten lassen, bietet dieser gerade die Chance eines rechtlichen Maßstabs, der politische Erwägungen außen vor lässt. Er erfasst die Mitzuständigkeit des Opferstaates potentiell auch besser als andere Ausprägungen des Grundsatzes von Treu und Glauben bzw. good faith.[1168] Vor einer Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und der Anwendung

---

1165 ARSIWA, Art. 25, Commentary (20); ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 57, 52, Bezug nehmend auf Art. 33 des ILC-Artikelentwurfs von 1980, der in Ziff. (2) (c) bereits den Wortlaut des heutigen Art. 25 (2) (b) enthielt.

1166 S.o. 8. Kap., I.

1167 Ruys, Armed Attack, S. 508 f zum Selbstverteidigungsrecht gegen nicht-staatliche Akteure; krit. Kreß, British YB Int'l L. 83 (2013), S. 160 (170).

1168 Besser als zB das Estoppel-Prinzip, das einem Staat, der durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, versagt, sein Verhalten zu ändern, ohne den Vertrauensschaden zu ersetzen, dazu nur R. Kolb, Good Faith, S. 101 f. Um diese „Pflicht zu konsequentem Handeln" (Brown, Univ. Miami L. Rev. 50 (1996), S. 369 (384)) geht es hier freilich nicht. Dem Opferstaat wird nicht vorgeworfen, dass er seine Drohungen nicht umgesetzt hat, sondern dass er sich auf Rechtsverletzungen beruft, die er durch eigenes Fehlverhalten verursacht hat.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Clean-Hands-Prinzips auf Fehlvorstellungen (2), muss jedoch ein Blick darauf geworfen werden, ob dieses im Völkerrecht überhaupt gilt (1).

1. Geltung des Clean-Hands-Prinzips

Die völkerrechtliche Geltung des Clean-Hands-Prinzips, das mit dem Grundsatz *ex iniuria ius non oritur* wohl gleichgestellt werden kann,[1169] ist umstritten. Obwohl vom IGH bisher nicht als solches anerkannt, sehen viele Stimmen in dem Prinzip, das in der UNC keine Erwähnung findet, als Ausprägung des Equity-Grundsatzes einen allgemeinen Rechtsgrundsatz.[1170] Nachdem der Clean-Hands-Gedanke in zwei StIGH-Fällen angedeutet worden war,[1171] kam er im Maas-Fall zur Anwendung. Hier versagte der ständige Gerichtshof den Niederlanden, sich auf eine aus einem Schleusenbau resultierende Vertragsverletzung Belgiens zu berufen, da die Niederlande kurz zuvor eine ähnliche Schleuse konstruiert hatten.[1172] In seinem Einzelvotum präzisierte Richter *Hudson*:

> „It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of the Anglo-American law. […] It is in line with such maxims that 'a court of equity refuses relief

1169 Vgl. Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 2, 5 (e).

1170 Fitzmaurice, RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119); Cheng, General Principles of Law, S. 155; krit. s. nur Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 18; s. dazu auch White, QUT L. & Justice J. 4 (2004), S. 103–116; Schwebel, MPEPIL 18 (2005); Zoller, Peacetime Unilateral Remedies, S. 16 f (letztere zum Vertragsrecht).

1171 PCIJ, Legal Status of Eastern Greenland, Dissenting Opinion Anzilotti, S. 95 („an unlawful act cannot serve as the basis of an action at law"); PCIJ, Mavrommatis Palestine Concessions, Urteil v. 30. August 1924, S. 50 („M. Mavrommatis was bound to perform the acts which he actually did perform in order to preserve his contracts from lapsing as they would otherwise have done").

1172 PCIJ, The Diversion of Water from the Meuse, Urteil v. 28. Juni 1937, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper'."[1173]

Equity-Gesichtspunkte seien als Teil des Völkerrechts zu berücksichtigen.[1174] Auch Richter *Anzilotti* hielt dieses Prinzip in seinem abweichenden Votum für universell anerkannt und sah darin ein allgemeines Rechtsprinzip.[1175]

Nach dem Maas-Fall gab es Ansätze verschiedener Richter, die Clean-Hands-Doktrin zur Anwendung zu bringen. So vertrat Richter *Morozov* im Teheran-Geisel-Fall die Auffassung, dass sich die USA wegen ihres militärischen Rettungsversuchs und der Sanktionen nicht auf die iranische Verletzung des Freundschaftsvertrags berufen könnten.[1176] Im Nicaragua-Fall machte Richter *Schwebel* geltend, dass Nicaragua wegen der Intervention in El Salvador und seiner Versuche, den IGH darüber in die Irre zu führen, nicht mit „clean hands" vor dem Gericht erschienen und ihm die Berufung auf Völkerrechtsverletzungen seitens der USA daher verwehrt sei.[1177] Ähnlich argumentierte im Arrest-Warrent-Fall Richter *van den Wyngaert*, demzufolge Kongos Klage gegen den belgischen Haftbefehl daran hätte scheitern müssen, dass der Kongo keine „clean hands" besitze, weil er sich nicht ausreichend um ein Strafverfahren bemüht hatte.[1178] Gegen die jeweilige Richtermehrheit setzten sich diese Versuche nicht durch, weil diese die Tatsachen in anderer Form würdigte[1179] oder sie nicht für ausreichend hielt, um dem klagenden Staat das Geltendmachen seiner Rechte zu verwehren.[1180] In seinem Grundsatz wies der Gerichtshof den clean-hands-Gedanken aber nicht zurück. Im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall kam er sogar

---

1173 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson v. 28. Juni 1937, S. 77.

1174 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson v. 28. Juni 1937, S. 76 f.

1175 PCIJ, Meuse, Dissenting Opinion Anzilotti v. 28. Juni 1937, S. 50.

1176 ICJ, Tehran Hostages, Dissenting Opinion Morozov, 1980, S. 52; vgl. auch Dissenting Opinion Tarazi, 1980, S. 65.

1177 ICJ, Nicaragua, Dissenting Opinion Schwebel, Merits, 1986, S. 271 f, 392–394.

1178 ICJ, Arrest Warrant, Dissenting opinion Van den Wyngaert, Rn. 35.

1179 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 230. Zwar fügt das Gericht an, dass, selbst wenn die Waffenbelieferung der Opposition in El Salvador der nicaraguanischen Regierung zurechenbar wäre, diese keinen bewaffneten Angriff darstellte, und bejaht (ohne das Clean-Hands-Prinzip zu erwähnen) eine Gewaltverbotsverletzung durch die USA. Doch auch darin muss keine abstrakte Zurückweisung des Prinzips liegen, ebenso Schwebel, MPEPIL 18 (2005), Rn. 5.

1180 ICJ, Teheran-Geisel-Fall, Urteil v. 24. Mai 1980, S. 43 f, demzufolge die US-Intervention erst sechs Monate nach dem in Rede stehenden iranischen Verhalten stattgefunden habe und daher keinen Einfluss auf die Beurteilung dieses Verhaltens haben könne. Im Arrest-Warrant-Mehrheitsurteil blieb der Clean-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Anerkennung nahe, indem er feststellte, dass „the principle *ex injuria us non oritur* is sustained by the Court's finding […]",[1181] auch wenn eingewandt wird, dass der IGH diesem Prinzip letztlich doch keine Bedeutung beimaß.[1182]

Auch Staaten beriefen sich auf das Clean-Hands-Argument, so etwa die USA im LaGrand-Fall[1183] und im Ölplattformen-Fall[1184] sowie Israel im Mauer-Gutachten-Fall.[1185] Der Gerichtshof griff diese Argumentation nicht auf, weil er die vorgetragenen Tatsachen wieder für nicht erwiesen hielt,[1186] er die Frage mangels Relevanz offenlassen konnte[1187] oder – so beim Mauer-Gutachten – die Entscheidung von der Generalversammlung beantragt worden war und nicht von dem Staat, der mit „unclean hands" agiert haben sollte.[1188] Aus normativer Sicht kann der Clean-Hands-Gedanke aus der Völkerrechtsordnung kaum weggedacht werden, ist er doch ein wesentlicher Aspekt des Equity-Prinzips und des Rechtsmissbrauchsverbotes. Auch die erwähnte Einschränkung des Art. 25 (2) (b) ARSIWA[1189] mag letztlich darauf beruhen.[1190] Formuliert man den Clean-Hands-Grundsatz ausreichend eng, ist auch das Risiko gering, dass Staaten ihn missbrauchen, um eigene Pflichtverletzungen zu legitimieren. Insgesamt sprechen

---

Hands-Gedanke unerwähnt. Da Belgien nicht darauf eingegangen war, können daraus keine soliden Rückschlüsse gezogen werden.

1181 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 133.

1182 Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 5 (e), der nur den Abschnitt davor zitiert und meint, der IGH habe die Anwendung des Prinzips zurückgewiesen.

1183 ICJ, LaGrand, Urteil v. 27. Juni 2001, Rn. 61.

1184 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 27; auch der Iran selbst bestritt nicht die Relevanz des Prinzips als solches, sondern machte geltend, dass es in zwischenstaatlichen Verfahren erst bei der Haftungsausfüllung zu berücksichtigen sei, ebd. Rn. 28.

1185 ICJ, Construction of a Wall, 2004, Rn. 63.

1186 ICJ, LaGrand, Rn. 63.

1187 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 27–30, 100.

1188 ICJ, Construction of a Wall, Rn. 64.

1189 S.o. Fn. 1165.

1190 Die ILC hielt sie offenbar nicht für näher begründungsbedürftig. Im Commentary (34) zu Art. 33 des Artikelentwurfs von 1980 (A/35/10), von dem der heutige Art. 25 (2) (b) abstammt, heißt es schlicht: „Thirdly, the Commission pointed to the condition that the State claiming the benefit of the existence of a state of necessity must not itself have provoked, either deliberately or by negligence, the occurrence of the state of necessity.", ILC YB 2 (1980-II), S. 50, s. auch Commentary (41), ebd. S. 52. Bei der selbst verursachten Force majeure (heutiger Art. 23 (2) (a)) wird auf den Begriff der Force majeure selbst verwiesen, Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 263.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daher gute Gründe dafür, dass dieses Prinzip im Völkerrecht Berücksichtigung findet.

2. Inhalt und Anwendung des Clean-Hands-Prinzips auf Fehlvorstellungen

Das Clean-Hands-Prinzip kommt zur Anwendung, wenn derjenige Staat, der sich auf die Pflichtverletzung eines anderen berufen will, selbst eine entsprechende Pflicht verletzt und den Verstoß des anderen damit letztlich erst herbeigeführt hat.[1191] Welcher genaue Zusammenhang zwischen beiden Pflichten bestehen muss, ist unklar. Bei Richter *Hudson* ist von „identical or reciprocal obligations"[1192] die Rede, bei *Fitzmaurice* etwas allgemeiner von „corresponding illegalities".[1193] Tatsächlich kann nicht *jeder* für die Gewaltanwendung des irrenden oder fehlvermutenden Staates kausale Sorgfaltsverstoß des Opferstaates ausreichen, um den Verlust seiner aus dem Gewaltverbotsverstoß resultierenden Rechte zu rechtfertigen. Denn knüpfte man diese harte Konsequenz an jede actio illicita in causa, würde dem Umstand nicht ausreichend Rechnung getragen, dass es immer noch der andere Staat ist, der das Herzstück des ius contra bellum, das Gewaltverbot, in objektiver Hinsicht verletzt. Aus diesem Grund wird auch im nationalen Strafrecht ein vollständiger Ausschluss des Notwehrrechts nicht leichtfertig angenommen.[1194] Auch der Inhalt der weitergehenden Einschränkung des Art. 25 (2) (b) ARSIWA[1195] lässt sich mangels entsprechender Regelung in Art. 21 ARSIWA und Art. 51 UNC nicht einfach auf die Erlaubnissätze des Friedenssicherungsrechts übertragen. Ein Ausschluss des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates erfordert wohl zumindest,

---

1191 Vgl. Fitzmaurice in seiner häufig zitierten Passage aus RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119): „He who comes to equity for relief must come with clean hands. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it."

1192 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson, S. 77.

1193 S.o. Fn. 1191.

1194 S. zB Ormerod/Laird, in: Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law, S. 401 sowie oben 8. Kap., I. 1., Fn. 736 für das deutsche Recht und I. 3., Fn. 769 für das US-Recht.

1195 Jeder substantielle Beitrag zur Notstandslage genügt (s. Fn. 1165), wobei nicht einmal sicher ist, ob (wie ursprünglich vorgesehen, s. Fn. 1190) eine Sorgfaltswidrigkeit verlangt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass dieser eine Pflicht verletzt, die dem Gewaltanwendungsverbot der Art nach entspricht und einen ähnlichen Schutzzweck besitzt. Die Mitzuständigkeit des Opferstaates für die letztlich gegen ihn eingesetzte Gewalt muss ein Maß erreichen, das dem eigentlichen Einsatz dieser Gewalt vergleichbar erscheint.[1196] Zu den relevanten Pflichtverletzungen des Opferstaates zählt sicherlich die Verletzung des Gewaltanwendungsverbotes selbst, wohl aber auch die des Gewalt*androhungs*verbotes, das gleichsam vor der Eskalation schützen soll. In dem Szenario, in dem der Opferstaat die Fehlvorstellung durch die vorgespiegelte Androhung eines unmittelbaren Angriffs hervorruft, kommt die Anwendung der Clean-Hands-Doktrin daher in Betracht. Das gilt umso mehr, wenn die Drohung von Gewaltanwendungen unterhalb der Angriffsschwelle begleitet wird. Die Verletzung anderer Pflichten des Opferstaates hingegen, etwa des Interventionsverbots, der territorialen Souveränität[1197] oder allgemeiner Sorgfaltspflichten, die zur Fehlvorstellung beigetragen haben, mögen allenfalls bei der *Verhältnismäßigkeit* der Selbstverteidigungshandlung des Opfers und als Mitverschulden im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit (Art. 39 ARSIWA) zu berücksichtigen sein.[1198] Schließlich bedarf es einer weiteren Einschränkung: War die Fehlvorstellung auch für den Handelnden vermeidbar – trifft also seine Sorgfaltswidrigkeit auf die Mitzuständigkeit des Opferstaates –, so muss die Pflichtwidrigkeit des Opfers den Sorgfaltsverstoß des Handelnden in ihrer Schwere wohl *überwiegen*, um einen vollständigen Verlust der Opferrechte zu rechtfertigen, da ansonsten kein ausreichender Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Opfers und der vom anderen Staat eingesetzten Gewalt besteht. Zu einer gänzlichen Verlagerung des Irrtumsrisikos kommt es danach nur, wenn der Opferstaat der *Hauptzuständige* für die Fehlvorstellung und den darauf basierenden Gewalteinsatz ist. Ist das angesichts des Gewichts des Sorgfaltsverstoßes des Irrenden/Fehlvermutenden nicht der Fall, kommt auch hier nur eine Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates und ein Mitverschulden bei der Staatenverantwortlichkeit in Betracht.

Doch selbst wenn die Opferstaatprovokation diese Anforderungen erfüllt – sie also das Stadium einer Gewaltandrohung oder -anwendung erreicht und schwerer wiegt als eine etwaig hinzutretende Sorgfaltswidrigkeit des Handelnden – lassen sich gegen die Anwendung des Clean-Hands-

---

1196 Vgl. insoweit Fitzmaurices „corresponding illegalities".

1197 Gemeint ist der Respekt territorialer Unversehrtheit als Ausprägung des Souveränitätsprinzips, s.o. 9. Kap., III. 3. b.

1198 Ähnlich zum nationalen Strafrecht BeckOK StGB/Momsen/Savić, § 32, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prinzips potentielle Einwände formulieren. Dass es sich beim Gewaltanwendungs- und -androhungsverbot um eine erga-omnes-Pflicht handelt, steht seiner Anwendung nicht entgegen. Zwar greift der Clean-Hands-Gedanke nur bei der Nichterfüllung von Pflichten, die ein Staat dem jeweils anderen Staat schuldet.[1199] Denn die maßgebliche Unbilligkeit ergibt sich gerade daraus, dass ein Staat einen anderen für eine Rechtsverletzung verantwortlich machen will, für die er wegen der Verletzung einer eigenen, *gegenüber dem anderen Staat* bestehenden Pflicht selbst zuständig ist. Ohne dieses Reziprozitätserfordernis wäre das Clean-Hands-Prinzip auch kaum zu begrenzen. Erga-omnes-Pflichten mögen diese Begrenzungsfunktion insoweit schmälern, als sie nicht zwingend einem konkreten anderen Staat, sondern der internationalen Gemeinschaft als Ganzer geschuldet werden.[1200] Zumindest wenn aber wie bei der Anwendung oder Androhung von Gewalt nicht nur Rechtspositionen der internationalen Gemeinschaft, sondern auch *ausschließliche* Rechte des bedrohten Staates (hier die Souveränität und territoriale Integrität) verletzt werden, mag man das Gegenseitigkeitserfordernis als erfüllt ansehen.

Auch dass sich die in Rede stehenden Rechtsverletzungen nicht aus einem bilateralen Vertrag, sondern aus der UNC – einem multilateralen Vertrag – und dem Gewohnheitsrecht ergeben, begründet kein Hindernis. Zwar stammt der Clean-Hands-Grundsatz ursprünglich aus dem Bereich nicht erfüllter bilateraler Verträge. Staatliche Versuche, sich darauf auch in Fällen wie dem Arrest-Warrant-Fall und dem Mauergutachten zu berufen, deuten aber auf eine Erweiterung des Anwendungsbereichs hin.[1201] Sieht man den Ursprung des Clean-Hands-Gedanken im Equity-Prinzip, besteht auch kein sachlicher Grund für eine solche Beschränkung. Denn dabei handelt sich um ein autonomes Konzept, das nicht auf die Auslegung bilateraler Verträge begrenzt ist.[1202]

Die größte Schwierigkeit liegt darin, dass die Anwendung des Clean-Hands-Gedanken *im Bereich des Gewaltverbotes* das Risiko birgt, dessen

---

1199 S.o. die Aussage in PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson, S. 77 („reciprocal").

1200 Nicht unproblematisch daher die Einwendung des Clean-Hands-Prinzips im Arrest-Warrant-Fall durch Richter Van den Wyngaert (s.o. Fn. 1178), da die Strafverfolgungspflicht des Kongos allenfalls gegenüber der Völkergemeinschaft als solcher bestand.

1201 Die im Arrest-Warrant-Fall angeführte Pflichtverletzung war nicht vertraglicher Natur; die von Israel angeführten Rechtsverletzungen der Palästinenser folgten zumindest nicht aus einem bilateralen Vertrag.

1202 Vgl. Francioni, MPEPIL 1399 (2007), Rn. 11–16.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grenzen aufzulösen. Das Argument *Schwebels* im Nicaragua-Fall, Nicaragua sei der eigentliche Aggressor und könne sich nicht auf die Gewaltverbotsverletzung der USA berufen, könnte, so mag der Einwand lauten, am Grundsatz rütteln, dass Selbstverteidigung einen bewaffneten Angriff voraussetzt und Provokationen unterhalb dieser Schwelle gewaltsame Reaktionen nicht rechtfertigen.[1203] Doch steht eine Erosion des Gewaltverbotes durch die Clean-Hands-Doktrin nicht zu befürchten. Denn ihre Anwendung macht den Gewalteinsatz des handelnden Staates nicht *rechtmäßig*. Sie führt allein dazu, dass ihr Opfer keine daraus resultierenden Rechte geltend machen,[1204] sich insbesondere nicht auf die Staatenverantwortlichkeit des anderen oder auf Selbstverteidigung berufen kann. Hinzu kommt, dass die angewandte geringfügige Gewalt oder die Gewaltandrohung des Opfers im hier interessierenden Kontext nicht einen *bewussten* Gewalteinsatz des anderen Staates provoziert, sondern diesem die Sicht auf die wahre Sachlage verstellt. Der Beitrag des Opferstaates zum letztendlich erfolgten Angriff ist daher höher als in dem Szenario *Schwebels*, in dem der provozierte Staat die Situation überblickt. Zumindest in diesem Zusammenhang überwiegen die Gründe für die Anwendung der Clean-Hands-Doktrin.

Im Ergebnis kann sich also ein Opferstaat, der die Fehlvorstellung durch die eigene Gewaltanwendung oder -androhung hervorgerufen hat, wegen des Clean-Hands-Gedankens nicht auf die Verletzung des Gewaltverbotes, sein Entschädigungs- und sein Selbstverteidigungsrecht berufen, soweit sein Fehler schwerer wiegt als der etwaige Sorgfaltsverstoß des irrenden/fehlvermutenden Staates.

V. Gesamtauslegungsergebnis

Die volle Rechtfertigungs- und die Entschuldigungslösung sind (erstere bis auf die Fehlprognose) kaum mit der textorientierten Auslegung in Einklang zu bringen. Nach Gewichtungsregel (1)[1205] bedürfte es insoweit einer entsprechenden einheitlichen Praxis getragen von einvernehmlicher

---

1203 Ähnlich MüKoStGB/Erb, § 32 StGB, Rn. 227 für die Absichtsprovokation bei der Notwehr.

1204 Die genaue Rechtsnatur dieser Rechtsfolge ist unklar: eine materiell-rechtlichen Einwendung annehmend (allerdings wegen des Parteivortrags) ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 29; anders (Verlust des locus standi) ICJ, Nicaragua, Dissenting Opinion Schwebel, Merits, 1986, S. 394; Fitzmaurice, RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119).

1205 S.o. 6. Kap., III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überzeugung, um diese beiden Ansätze mittels Gewohnheitsrechts zu begründen. Für das reaktive Selbstverteidigungsrecht ließ sich jedoch allenfalls eine leichte Tendenz in Richtung der Berücksichtigung sorgfaltsgemäßer Fehlvorstellungen ausmachen. Auch beim antizipierten Selbstverteidigungsrecht, für das die Staatenpraxis deutlich zu einer objektiven ex-ante-Perspektive tendiert, kann angesichts der beharrlichen Stimmen, die diesen Erlaubnissatz insgesamt bestreiten, noch nicht von einer *einheitlichen* Praxis gesprochen werden.

Mit der textorientierten Auslegung vereinbar erscheint hingegen die eingeschränkte Rechtfertigungslösung, nach der der irrende oder fehlvermutende Staat zwar objektiv rechtswidrig handelt, das Gewaltverbot aber nur verletzt, wenn er das Fehlen rechtfertigender Umstände erkennen musste, weil es ansonsten an der erforderlichen „Unrechtsfahrlässigkeit" fehlt. Nicht nur der Rechtsvergleich, sondern auch die festgestellte leichte Tendenz der Staatenpraxis hin zur Berücksichtigung *sorgfaltsgemäßer* Fehlvorstellungen stützen dieses Auslegungsergebnis – auch wenn sich die Praxis kaum darauf festlegen lässt, ob diese Fehlvorstellungen voll rechtfertigend, entschuldigend, eingeschränkt rechtfertigend oder Opferrechte präkludierend wirken. Sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen bleiben grundsätzlich unberücksichtigt. Selbst wenn man das hier für weniger naheliegend erachtete Auslegungsergebnis, dass Art. 2 (4) UNC ein *vorsätzliches* Handlungsunrecht verlangt (wodurch auch sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen einen Normverstoß abwendeten), für ebenso gut vertretbar hielte wie die befürwortete Auslegung, dass eine Sorgfaltswidrigkeit genügt, so gäbe die (sogar deutlich) überwiegende Staatenpraxis, die sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen unberücksichtigt lässt, nach Gewichtungsregel (3)[1206] den Ausschlag.

Die eingeschränkte Rechtfertigungslösung lässt sich durch den Clean-Hands-Gedanken ergänzen. Danach kann sich der Opferstaat, der die Fehlvorstellung durch eine geringfügige Gewaltanwendung oder eine Gewaltandrohung provoziert hat, weder auf die aus der etwaigen Gewaltverbotsverletzung resultierenden Rechte noch auf sein Selbstverteidigungsrecht berufen, soweit sein Pflichtverstoß schwerer wiegt als ein etwaiger Pflichtverstoß des Handelnden. Für die Unbeachtlichkeitslösung ist nach alldem kein Raum.

1206 S.o. 6. Kap., III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Danach ergibt sich für die zu Beginn[1207] unterschiedenen Konstellationen folgendes Bild:

Tabelle 2: Die Beachtlichkeit von Irrtum und Fehlverdacht in Abhängigkeit von der Vermeidbarkeit bzw. hinreichenden Wahrscheinlichkeit und der Mitzuständigkeit des Opferstaates

	Irrtum war unvermeidbar bzw. Fehlverdacht hinreichend wahrscheinlich	**Irrtum war vermeidbar bzw. Fehlverdacht nicht hinreichend wahrscheinlich**
Opferstaat war unzuständig	*Konstellationen (1) und (5)* Der handelnde Staat ist eingeschränkt (weil subjektiv) gerechtfertigt und verletzt daher nicht das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann Entschädigung allenfalls wegen der Verletzung seiner Souveränität verlangen. Jedoch darf er sich gegen den Gewalteinsatz verteidigen.	*Konstellationen (2) und (6)* Der handelnde Staat verletzt das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann sich auf die Verletzung berufen, sich verteidigen und auch wegen der Gewaltverbotsverletzung Entschädigung verlangen.
Opferstaat war mitzuständig[1208]	*Konstellationen (3) und (7)* Der handelnde Staat ist eingeschränkt (weil subjektiv) gerechtfertigt und verletzt daher nicht das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann sich wegen des Clean-Hands-Prinzips nicht auf sein Selbstverteidigungsrecht oder ein etwaiges Entschädigungsrecht wegen der Verletzung seiner Souveränität berufen.	*Konstellationen (4) und (8)* Der handelnde Staat verletzt das Gewaltverbot. Doch kann sich der Opferstaat wegen des Clean-Hands-Prinzips auf diese Verletzung, auf sein Selbstverteidigungsrecht und auf sein Entschädigungsrecht wegen der Gewaltverbotsverletzung nur berufen, wenn sein Fehler von geringerem Gewicht ist als der Fehler des irrenden Staates. Entschädigungsansprüche mindern sich jedenfalls wegen seines Mitverschuldens.

In keinem der Fälle dürfen sich Drittstaaten an der ursprünglichen Gewaltanwendung beteiligen.

1207 S.o. 1. Kap., III. 1. e.

1208 In dem Sinne, dass er das Gewaltandrohungs- oder -anwendungsverbot verletzt hat.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 3 Die nähere Ausgestaltung der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt

Nachdem im Hinblick auf unilaterale Gewalteinsätze die Hauptfrage beantwortet ist, können nun Anschlussfragen in den Blick genommen werden, die Inhalt und Konsequenzen der eingeschränkten Rechtfertigungslösung präzisieren: Wann ist ein Irrtum *unvermeidbar* und ein Fehlverdacht *hinreichend wahrscheinlich* (10. Kapitel), inwieweit können diese Sorgfaltsanforderungen von einem Kontrollorgan potentiell überprüft werden (11. Kapitel) und auf welche Personen des Staates kommt es an (12. Kapitel)? Die beiden wichtigsten Rechtsquellen, Vertragsauslegung und Staatenpraxis, helfen in diesen Bereichen nur noch punktuell weiter. Aufschlussreich sind insbesondere die Untersuchungsberichte zum Fall Irak 2003, die, auch wenn die Invasion verbreitet nicht an unilateralen Erlaubnissätzen gemessen wurde, eine Fülle fruchtbarer Hinweise auf die hier untersuchten Aspekte im unilateralen Kontext enthalten. Dennoch stützen sich viele Überlegungen – neben der weiterhin nützlichen Hilfsrechtsquelle der Literatur – stärker als bisher auf konzeptuelle Erwägungen unter Einschluss ökonomischer Argumente. Einige mathematische Bezüge sind zweifellos nicht ohne weiteres auf die Praxis übertragbar. Sie tragen aber zur dogmatischen Klärung bei und sollen nicht ausgespart werden in diesem Teil, der, stärker noch als dies ohnehin für diese Arbeit gilt, primär Denkanstöße für weitere Überlegungen geben soll. Obwohl das Ziel nach wie vor die Ermittlung der Rechtslage de lege lata ist, ist der Grat zur lex ferenda daher an vielen Stellen schmal.

10. Kapitel: Anforderungen an sorgfaltsgemäßes Handeln

Da nur der sorgfaltsgemäß handelnde – also der einem *unvermeidbaren* Irrtum oder *hinreichend wahrscheinlichen* Fehlverdacht unterliegende – Staat eingeschränkt gerechtfertigt ist, ist der Inhalt dieser Anforderungen von hoher Bedeutung. Bei seiner Ausfüllung können die für die völkerrechtli-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen due-diligence-Pflichten[1] geltenden Grundsätze eine Hilfestellung geben.

Einen relevanten Sorgfaltsverstoß kann zunächst die Verletzung spezieller völkerrechtlicher Normen indizieren, deren Schutzzweck die Informationsermittlung umfasst.[2] Denn regelmäßig haben die Staaten mit diesen Normen für einen besonderen Kontext die Grenze zwischen dem allgemein erlaubten und verbotenen Risiko festgelegt, sodass das ius contra bellum diese Wertung nicht ignorieren kann. In Betracht kommen zB Regelungen des Chicagoer Abkommens zur Identifizierung fremder Flugzeuge vor ihrem Abfangen[3] oder Normen der UNCLOS.[4] Fehlt es an einer speziellen Norm, kommt die Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten in Betracht. Die Schwierigkeit, ihren genauen Inhalt zu bestimmen, ist von völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten und aus dem nationalen Recht bekannt: Formeln vom hypothetischen Verhalten einer „'reasonable' or 'good' government",[5] des (früheren) „bon père de famille"[6] oder eines „be-

1 Zu den speziellen Pflichten und der Frage, ob sie Ausprägungen einer übergeordneten due-diligence-Pflicht sind, s.o. 9. Kap., III. 3. C; ähnlich im Ansatz Pacholska, Complicity, S. 199 für die Ausfüllung der von ihr identifizierten „aggravated complicity rule", die ebenfalls einen Sorgfaltsverstoß voraussetzt.

2 Vgl. ILA, Due Diligence, Second Report, S. 7 f zur Einschränkung des freien Ermessens in der Auswahl staatlicher Mittel, wenn spezifische Maßnahmen unverzichtbar sind, um Schäden zu vermeiden, und sich entsprechende Normen herausgebildet haben.

3 Chicago Convention on International Civil Aviation, Annex II, Appendix 2 „Interception of Civil Aircraft".

4 Zum Beispiel muss das von UNCLOS mit Befugnissen ausgestattete Schiff oder Flugzeug stets „clearly marked and identifiable as being on governmental service" sein, vgl. Art. 107, 110 (5), 111 (5) und 224 UNCLOS. Verletzt ein Staat diese Pflicht und verhält sich das andere Schiff daraufhin in einer Weise, die der erste Staat als bewaffneten Angriff missversteht, so kann diesem ein Sorgfaltsverstoß zur Last gelegt werden, wenn er daraufhin Gewalt einsetzt.

5 Koivurova, MPEPIL 1034 (2010), Rn. 16; ILA, Due Diligence, Second Report, S. 8 f; auch bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten wird auf *reasonableness* abgestellt, s. Kommentar zu Art. 17 der UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Art. 3, Commentary (10) der ILC Draft Articles on Prevention; Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (42), s. auch ICJ, Genocide, Urteil, 2007, Rn. 430, zur Häufigkeit des Begriffs „reasonable" im Common Law Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f); der Begriff „vernünftig" wird auch im deutschen Recht nicht völlig gemieden, s. etwa § 93 (1) S. 2 AktG, §§ 253 (1), 286 (2), (3) Nr. 2, 313 (3), 423, 574 (3) HGB; vgl. aber Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f).

6 Im Code civil ersetzt durch den Begriff „raisonnable" durch die Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonnenen und gewissenhaften Menschen“[7] in der Situation und sozialen Rolle des betroffenen Akteurs – die allesamt Ähnliches meinen[8] – sind letztlich Platzhalter.[9] Während die Frage im US-amerikanischen Strafrecht bis heute kontrovers diskutiert wird,[10] hat sich im Völkerrecht die Erkenntnis durchgesetzt, dass das, was *vernünftig* ist, nicht empirisch, sondern normativ zu bestimmen ist – also danach, wie sich eine „well-administered government“ hätte verhalten sollen.[11] Ansonsten drohten verbreitete Nachlässigkeiten den Sorgfaltsmaßstab zu senken. Diesem normativen Sorgfaltsmaßstab liegt eine Interessenabwägung zugrunde:[12] Der Schutz des von der Handlung betroffenen Rechtsguts muss mit der Notwendigkeit des Eingehens bestimmter Risiken in Einklang gebracht werden, ohne die die Ausübung der jeweiligen Handlungsbefugnisse – hier der Erlaubnissätze – zum Erliegen käme.[13] Wo die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko verläuft, hängt wesentlich von dem Wert der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, dem Ausmaß der drohenden Gefahr für die geschützten Güter und dem Ausmaß der Beeinträchtigung der von der Reaktion betroffenen Rechtsgüter ab. Die für eine bestimmte Art von Operation üblicherweise verwendeten Rules of Engagement können zur Konkretisierung dieses Sorgfaltsmaßstabs beitragen, weil sie, auch wenn sie keine *Rechts*normen darstellen,[14] relevante Wertungen enthalten. Das gilt etwa

---

7 BGH NJW 2000, 2754 (2758).

8 Der Standard der besonnenen und gewissenhaften Person scheint i. Erg. nicht höher als der der reasonable person. Den Unterschied zwischen Common Law und deutschem Recht daher möglicherweise überbetonend Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f, 19).

9 Vgl. Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 279–283; ähnlich Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (613 f).

10 S. eing. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 235–246; für einen normativen Standard Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 288 f; The TJ Hooper 60 F 2d, 737 (1932), 740; im deutschen Recht ist dieser Maßstab weitgehend unumstritten, BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 42.

11 Freeman, RCADI 88 (1955-II), S. 263 (277 f); ICSID, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, Final Award, Rn. 77; ILA, Due Diligence, Second Report, S. 10; Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (16); ohne Bedeutung ist auch der in internen Angelegenheiten angelegte Maßstab, Kulesza, Due Diligence, S. 263.

12 Vgl. Alabama claims of the USA against Great Britain, Arbitral Award, 1872, RIAA XXIX, S. 125 (129); ILC, Draft Articles on Prevention, Art. 3, Commentary (10); Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (623 f) zur reasonableness im Völkerrecht.

13 Ähnlich BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 43 für das nationale Recht.

14 Zur Natur solcher RoE s. Blank, Case Western Res. J. Int’l L. 46 (2013), S. 397 (405 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für die Regeln zur Methode, um ein Zielobjekt zu identifizieren,[15] zur Notwendigkeit, Warnungen abzugeben, fremde Objekte zu beobachten („shadowing") oder bestimmte Sensoren und Beleuchtungsmethoden einzusetzen.[16] *Prozessuale* Absicherungen, wie sie das kollektive Sicherheitssystem kennt, stehen im Bereich unilateraler Gewalt grundsätzlich weniger im Vordergrund.[17]

Bei Fehlvorstellungen sind drei Arten von Sorgfaltsverstößen denkbar. Erstens kann der Gewalt einsetzende Staat die für ihn erkennbaren Indizien, auf deren Grundlage er seine Entscheidung hätte treffen sollen, unsorgfältig *ermittelt* haben (unten I). Zweitens kann ihm ein Fehler bei der *Würdigung* dieser Indizien unterlaufen sein (unten II). Beim Fehlverdacht ist drittens denkbar, dass der Staat die erkennbaren Indizien zwar richtig ermittelt und gewürdigt hat, die ermittelte Wahrscheinlichkeit des Vorliegens rechtfertigender Umstände aber abstrakt zu gering war, um sein Handeln als vernünftig zu beurteilen (unten III). Wie etwa im Untersuchungsbericht des US-Verteidigungsministeriums zum Abschuss von Iran Air Flight 655 deutlich wird,[18] sind diese Sorgfaltsverstöße nur relevant, wenn sie sich auch auf das Ergebnis *auswirken*, sich der Staat bei „rechtmäßigem Alternativverhalten"[19] also gegen die Gewaltanwendung hätte entscheiden müssen. Andernfalls ist der Schutzzweck der verletzten Sorgfaltsnorm nicht betroffen.[20] Bei der zu niedrigen Wahrscheinlichkeitsschwelle ist das

15 S. dazu San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex B, Series 31.

16 S. dazu San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex B, Series 60–63.

17 Ausnahmen sind die im Wesentlichen prozessuale Pflicht zur Offenlegung relevanter Indizien (näher s.u. 11. Kap., IV) und die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (dazu sogleich); zu prozessualen Anforderungen bei kollektiver Gewalt s.u. 17. Kap., III; zum prozessualen und substantiellen Element von reasonableness Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (620); s. auch ILA, Due Diligence, Second Report, S. 5.

18 S.o. 7. Kap., III. 2. b, ff, Fn. 432.

19 Zu diesem Begriff im nationalen Strafrecht s. MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 166–169.

20 Das mag die hier befürwortete Auslegung von Art. 2 (4) UNC von der „duty to prevent genocide" unterscheiden, für die der IGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ausgeschlossen hat, ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430. Sein Hauptargument, möglicherweise hätten zumindest gemeinsame Bemühungen mehrerer Staaten den Völkermord verhindert, greift hier nicht. Auch wirft die Frage, ob sich der Staat auch ohne Sorgfaltsverstoß für den Gewalteinsatz hätte entscheiden können, weniger Beweisschwierigkeiten auf als die Frage, ob der Völkermord verhindert worden wäre, ein Problem, auf das der IGH noch verwies.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stets zu bejahen. In den ersten beiden Fällen können die Dinge anders liegen.

Der Klarheit halber werden die Umstände, die sich unmittelbar unter das Tatbestandsmerkmal eines Erlaubnissatzes subsumieren lassen und auf die sich die Fehlvorstellung bezieht (zB die Existenz eines „bewaffneten Angriffs"), als *Haupttatsachen* bezeichnet. Umstände, von denen sich mittels eines Wahrscheinlichkeitsurteils, also indirekt auf das Vorliegen dieser Haupttatsache schließen lässt (zB Satellitenbilder, Radarsignale, oder Truppenmobilisierungen des anderen Staates), werden als *Indizien* bezeichnet.[21] Dazu werden hier nicht nur sinnlich unmittelbar wahrnehmbare und daher feststehende „Ausgangsindizien" wie das erwähnte Radarsignal, sondern auch „Zwischenindizien" gezählt: Diese bauen, wie etwa die Motivlage eines Staates oder die genaue Höhe eines Flugzeugs, auf anderen Indizien (und letzten Endes immer auch auf einem Ausgangsindiz) auf und setzen damit wieder ein Wahrscheinlichkeitsurteil voraus.[22]

I. Sorgfältige Ermittlung der Indizien

1. Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

Die Staatenpraxis verlangt, dass der Staat seine Entscheidung über das Vorliegen rechtfertigender Umstände auf „all (reasonably) available information" stützt.[23] Er muss die ihm erkennbaren Indizien also vor seinem Han-

---

21 Weder die IGH-Rechtsprechung noch die ILC-Artikelentwürfe kennen eine diesen Unterschied verdeutlichende Terminologie. Daher werden hier die Begriffe des kontinentaleuropäischen Beweisrechts übernommen, dazu Schweizer, Beweiswürdigung, S. 17–20.

22 Vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 20 (mit anderen Beispielen).

23 So der australische Generalanwalt in seiner Rede 2017: „[T]here must be a reasonable and objective basis for determining that an attack is imminent. And this view can only be formed on the basis of *all available evidence* when the assessment is made" [Hervorhebung hinzugefügt], s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50; ebenso der amerikanische Völkerrechtsberater Egan in seiner Rede v. 1. April 2016, s.o. 7. Kap., III. 5. b, Fn. 647, Int'l L. Stud. 92 (2016), S. 235 (243); die Fußnote des Bethlehem-Prinzips (5), auf das der britische und australische Generalanwalt 2017 Bezug nahmen, verlangt die Berücksichtigung von „all reasonably available information". Auch die von due-diligence-Pflichten häufig verlangten „impact assessments" (zB Art. 7 ILC Draft Articles on Prevention) sind mit der umfänglichen Ermittlung der verfügbaren Informationen verbunden; s. auch ILC Articles on Prevention, Art. 3 Commentary (11); Pacholska, Complicity, S. 199–201.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deln sorgfältig ermitteln. Viele Fehlvorstellungen haben auf dieser Ebene ihren Ursprung. Der Irrtum beim Abschuss von Iran Air Flight 655 etwa ging maßgeblich darauf zurück, dass der Kommandeur von der falschen Höhe und dem falschen Kurs des Flugzeugs (sinkend statt steigend) ausging.[24] Beim Golf-von-Tonkin-Vorfall stützte sich der Flottenkommandeur auf Signale, die in Wahrheit nicht von fremden Torpedos, sondern wohl durch das Wetter und eigene Motorengeräusche verursacht wurden.[25] Bei der Zerstörung der sudanesischen Fabrik Al-Schifa 1998 basierte der Irrtum der Entscheidungsträger unter anderem auf einer Bodenprobe von zweifelhaftem Wert.[26] Der Irrtum im Fall Irak 2003 hatte seinen Ursprung in einer fehlerhaft[27] und unvollständig[28] ermittelten Indizienlage. Die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung hängt in diesen Fällen davon ab, ob der Staat die auf die wahre Sachlage hinweisenden Indizien bzw. die Falschheit der von ihm angenommenen Indizien *hätte erkennen können*. In den genannten Beispielen mag vieles dafür sprechen.

Wie der Ausdruck „all (reasonably) available information" nahelegt, muss sich der handelnde Staat, der erkennt, dass ihm tatsächliche Informationen fehlen, solange um die weitere Aufklärung bemühen, wie die effektive Ausübung seines Notrechts aus seiner Sicht nicht gefährdet ist.[29] Dieser Grundsatz wurde etwa beim griechisch-bulgarischen Grenzzwischenfall von 1925,[30] beim Abschuss von Korean Airlines 007[31] und beim US-An-

24 S.o. 7. Kap., III. 2. b, ff.
25 S.o. 7. Kap., III. 2. c, aa.
26 S.o. 7. Kap., III. 3. a.
27 ZB war die Behauptung im US-National Interest Estimate (NIE) 2002, dass ein großer Teil des Personals einer neuen Magnetproduktionsstätte vor dem Golfkrieg im irakischen Zentrifugenprogramm gearbeitet habe, unzutreffend, WMD Commission Report, S. 74.
28 ZB hätte die Ermittlung der Maße des vom Irak 1996 verwendeten konventionellen Raketentyps aufgedeckt, dass die erworbenen Röhren diesen Maßen entsprachen und somit durchaus für konventionelle Zwecke geeignet waren, vgl. WMD Commission Report, S. 67 f, vgl. auch S. 172; vgl. auch SSCI Report, S. 131–137.
29 Vgl. dazu Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (76).
30 Laut der Untersuchungskommission hätte die griechische Regierung vor der Gewaltanwendung die Situation vor Ort untersuchen lassen müssen, s.o. 7. Kap., II. 2. d, Fn. 172.
31 Schweden und die USA kritisierten den Abschuss unter dem Aspekt, dass die Sowjetunion zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung tatsächlicher Zweifel unterlassen hatte, s.o. 7. Kap., III. 2., b, ee Fn. 409 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

griff auf die Pharmafabrik Al-Schifa[32] formuliert. Er muss selbst dann gelten, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle[33] des Vorliegens eines Erlaubnissatzes bereits überschritten wäre. Denn hier ist das Eingehen eines Risikos schlicht nicht erforderlich. Die durch die weitere Informationsermittlung entstehenden wirtschaftlichen und sozialen Kosten – etwa der Verlust internationalen Prestiges, weil sein Abwarten als Zeichen der Schwäche interpretiert wird[34] –, sind dem Staat angesichts der höheren Schadenskosten, die ein potentieller Fehlverdacht verursachte, grundsätzlich zuzumuten. Die Aufklärungspflicht endet erst, wenn der zusätzliche Informationsaufwand keinen sinnvollen Beitrag mehr zur Aufklärung leistete,[35] die Information also nicht mehr „*reasonably* available" wäre. Keine Pflicht zur weiteren Aufklärung besteht auch dann, wenn sie die Ausübung des Notrechts gefährdete. Der Staat muss dann ausgehend von den ihm bekannten Umständen sein Wahrscheinlichkeitsurteil bilden und anhand der (noch zu ermittelnden) Wahrscheinlichkeitsschwelle entscheiden, ob die Sachlage das Eingehen des Risikos eines Fehlverdachts rechtfertigt. Ist das nicht der Fall, muss er eine Beeinträchtigung seines potentiellen Notrechtes hinnehmen, kann aber freilich versuchen, weitere Informationen zu ermitteln, um das Wahrscheinlichkeitsmaß über die erforderliche Schwelle zu heben. Ist die gebildete Wahrscheinlichkeit des Vorliegens rechtfertigender Umstände hingegen ausreichend hoch, so genügt seine Entscheidung zum Gewalteinsatz den Sorgfaltsanforderungen, obwohl die Umstände in Wahrheit andere sind. Auch hier hat aber Vorrang vor einem die vermeintliche Gefahr *abwendenden* Gewalteinsatz als dessen „Minus" ein die Sachlage (weiter) *aufklärender* Gewalteinsatz, soweit dieser noch möglich ist. Dazu gehört etwa das Betreten fremden Territoriums durch eigene Soldaten, um sich von den angenommenen Menschenrechtsverletzungen oder Verletzungen eigener Staatsangehöriger zu überzeugen.

---

32 Der Sudan kritisierte, dass sich die USA die Fabrik jederzeit hätten anschauen können, wodurch der Verdacht ausgeräumt worden wäre, s.o. 7. Kap., III. 3. a, Fn. 570.

33 Dazu näher s.u. 10. Kap., III.

34 Dieser Aspekt ist in Konflikten nach Art des Sechstagekrieges von Bedeutung, in denen die Darstellung der eigenen Stärke durch die Beteiligten strategisch eine große Rolle spielt.

35 Das ist der Fall, wenn eine Einheit zusätzlichen Informationsaufwands die erwarteten Schadenskosten nur noch um weniger als eine Einheit reduziert, zu diesem ökonomischen Argument Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 182, 189; vgl. auch die Formel von Learned Hand in US v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das folgt aus dem Grundsatz, dass Selbstverteidigung verhältnismäßig sein muss,[36] beeinträchtigt ein solcher „Gefahrerforschungseingriff" den Territorialstaat doch regelmäßig in geringerem Maße.[37] Bei strafrechtlichen Notrechten wird ein solcher grundsätzlicher Vorrang einer „Angriffserforschungsmaßnahme" (anders als zB im deutschen Polizeirecht)[38] zwar nicht ausdrücklich erörtert. Er gilt aber auch dort: Eine unnötigerweise über Angriffserforschung hinausgehende Notwehrhandlung war auch auf Grundlage der Tätervorstellung nicht *erforderlich*. Vieles spricht schließlich dafür, dass der handelnde Staat bei der Faktenaufklärung mit anderen Staaten kooperieren muss, also zB angebotene Informationen fremder Nachrichtendienste zu Rate ziehen muss. So ist auch bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten eine Kooperationspflicht anerkannt.[39]

Aus der Pflicht, den Sachverhalt so weit wie möglich aufzuklären, muss konsequenterweise folgen, dass ein Staat, der vor dem Einsatz von Gewalt einen erfolgten Angriff genau – zB auf seinen Urheber hin – untersucht, nicht zu schnell aus zeitlichen Gesichtspunkten von der Ausübung des Selbstverteidigungsrechts präkludiert sein darf.[40] Das Gleiche gilt für die Rettung eigener Staatsangehöriger und die humanitäre Intervention. Nicht nur setzte diese Rechtsfolge falsche Anreize. Sie wäre auch normativ nicht mit der Erwägung zu vereinbaren, dass Staaten vor der Ausübung von Gewalt besondere Umsicht walten zu lassen haben und keine Nachteile davontragen dürfen, wenn sie diese Pflicht ernst nehmen.

2. Auswahl und Arten berücksichtigungsfähiger Indizien

In das sorgfaltsgemäße Wahrscheinlichkeitsurteil sind nur solche Indizien einzubeziehen, die dem Staat in seiner Situation bekannt waren oder hät-

---

36 S.o. 1. Kap., II., Fn. 104.

37 Das San Remo Manual on Rules of Engagement enthält Anhaltspunkte für die Befugnis solcher Gefahrerforschungseingriffe, vgl. etwa Annex A, Appendix 4.3 f, 5.4 e; vgl. zu dem Aspekt auch Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (191).

38 S.u. 16. Kap., I. 1.

39 Art. 4 ILC Draft Articles on Prevention; Principle 24 Stockholm Declaration of the UN Conference on the Human Environment (1972); Principle 7 Rio Declaration on Environment and Development (1992).

40 Diese Debatte wurde u.a. durch die US-Reaktion nach 9/11 ausgelöst, die erst am 7. Oktober 2001 begann, für gegensätzliche Auffassungen s. Franck, AJIL 95 (2001), S. 839 (840) und S. A. Shah, Washington Univ. Global Stud. L. Rev. 9 (2010), S. 77 (102).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten sein müssen. Dabei sind freilich nicht nur Indizien relevant, die auf das *Vorliegen* der Haupttatsache hindeuten, sondern auch solche, die für ihr *Fehlen* sprechen.

Unmittelbar von Bedeutung sind zunächst die sinnlich wahrnehmbaren Ausgangsindizien.[41] Sie variieren je nach Art und Kontext der Gewaltanwendung. Bei der Feststellung der feindlichen Absichten eines einzelnes Flugzeugs, Schiffs oder Landfahrzeugs kommt es etwa entscheidend auf die mittels Radar, GPS oder Radio erlangten Informationen über die Freund-Feind-Abfrage (IFF) bzw. den von zivilen Objekten ausgesendeten Transpondercode, über die Höhe, Geschwindigkeit und den Kurs des Objekts, auf die Reaktion auf Kommunikationsversuche, auf visuelle Erkennungsmerkmale wie Markierungen, Beleuchtung oder den Typ der unter Umständen verwendeten Waffen an.[42] Bei länger geplanten Gewalteinsätzen – etwa gegen einen Staat mit Massenvernichtungswaffen oder im Kampf gegen Terrorismus – kommen als forensische Indizien signalerfassende Aufklärungsdaten (signals intelligence)[43] oder Bildaufklärungsdaten über Anlagen oder den Erwerb bestimmter Materialien oder Waffen in Betracht.[44] Diese Informationen können auch von menschlichen Quellen stammen, solange sie auf Glaubwürdigkeit, ihre Aussagen auf Glaubhaftigkeit überprüft werden. Defizite in diesem Bereich trugen maßgeblich zum Irrtum der Kriegskoalition im Fall Irak 2003 bei.[45] Auch der Formulierung feindlicher Absichten kommt Bedeutung zu, wobei ihr Gewicht freilich vom Kontext abhängt.

Neben diesen unmittelbar wahrnehmbaren Indizien sind weitere Umstände berücksichtigungsfähig. Innerhalb eines bewaffneten Konflikts gehört dazu die „situational awareness", also die allgemeine Kenntnis von der insbesondere taktischen Umgebung,[46] etwa eine Vorstellung von den Orten, an denen sich zivile Objekte aufhalten – die Kenntnis ziviler Luft-

41 Ohne den feststehenden Brückenkopf der sinnlichen Wahrnehmung entbehrte der Schluss ins Ungewisse eines Fundamentes, vgl. für das zivilprozessrechtliche Beweisrecht Schweizer, Beweiswürdigung, S. 20; MüKoZPO/Prütting, § 284, Rn. 25.

42 Vgl. Office of Technology Assessment (OTA), Who Goes There: Friend or Foe, S. 42.

43 Vgl. dazu Daun, in: Jäger/Höse/Oppermann, Deutsche Außenpolitik, S. 171 (178 f).

44 Zu diesen Indizien im Zusammenhang mit dem Irakkrieg WMD Commission Report, S. 65; vgl. allgemein auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (63).

45 Vgl. WMD Commission Report, S. 88 f.

46 OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 33–35.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Wasserstraßen –, und von den militärischen Fähigkeiten des Gegners. Auch die Motivlage des anderen Staates kann, soweit sie für den handelnden Staat erkennbar ist, entscheidend sein und insbesondere über die Ernsthaftigkeit formulierter Aussagen Aufschluss geben. Hätte Israel im Vorfeld des Sechstagekriegs zB erkennen müssen, dass Ägypten an einem Krieg mit Israel kein Interesse haben konnte und seine Drohungen deshalb kaum wahr machen würde, spräche dies für die Vermeidbarkeit des israelischen Irrtums.[47]

Besonderes Gewicht kommt tatsächlichen Feststellungen internationaler Organisationen zu,[48] soweit ihnen aufgrund ihrer Repräsentativität und ihrer internen prozessualen Absicherungen eine besondere Legitimation anhaftet, zumal sie häufig über ein weit gespanntes Netz von Informationsquellen verfügen. Dazu zählen lassen sich die UNO, UN-Sonderorganisationen, die mit ihr durch Vertrag verbundenen Organisationen wie die Internationale Atomenergie-Organisation (IAEA), andere Regierungsorganisationen wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, unter Umständen aber auch Nichtregierungsorganisationen.[49] Relevant sind dabei nicht nur Feststellungen, die in auf Faktenermittlung gerichteten Untersuchungsberichten enthalten sind, sondern auch Äußerungen der Organe selbst wie zB Resolutionen des SR. Dass betroffene Staaten internationalen Untersuchungsmechanismen zukünftig dadurch noch kritischer gegenüberstehen,[50] ist unwahrscheinlich. Ein Staat, der einer IAEA-Inspektion zustimmt, weiß schon heute, dass die in diesem Rahmen zu Tage geförderten Tatsachen auch außerhalb des multilateralen Sicherheitssystems gegen ihn verwendet werden. Er kann sie unilateral handelnden Staaten zudem entgegenhalten, wenn sie ihm die Einhaltung der Vorgaben bescheinigen. Insofern kann das Fruchtbarmachen von Informationen „multilateraler Herkunft" im unilateralen Bereich gerade das Motiv für die Zustimmung zu dem Inspektionsprozess bilden. Auch die Sorge, dass sich auf diese Weise das Irrtumsrisiko vergrößere, weil der ursprünglich auf den multilateralen Kontext beschränkte Zweck dieser Untersuchungen erweitert werde,[51]

47 Näher zu dem Fall s.o. 7. Kap., 1. a.

48 Ähnlich Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (183 f).

49 Die Bedeutung von Informationen solcher Organisationen ist auch vor Gerichten anerkannt, s. nur ECHR (Gr. Ch.), Saadi v. Italy, 37201/06, 2008, Rn. 65–94 (zu verschiedenen NGOs); ECHR (4th Section), NA v. UK, 25904/07, 2008, Rn. 48 (zum UNHCR); UK Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 1020, Rn. 87, 134 (zu beiden).

50 Vgl. Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (56).

51 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (57).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist unbegründet. Eine Untersuchungskommission oder Inspektionsgruppe arbeitet nicht weniger genau, weil sie weiß, dass ihr Bericht nur eine beschränkte Funktion erfüllt. Freilich kann es auch im kollektiven Sicherheitssystem zu Irrtümern kommen. Doch erscheinen die dort hervorgebrachten Feststellungen aufgrund der prozessualen Hürden[52] immer noch zuverlässiger als die von einem einzelnen Staat wahrgenommenen Fakten.

II. Sorgfältige Indizienwürdigung

1. Grundlagen

Die sich an die Ermittlung der relevanten Indizien anschließende *Würdigung* derselben, also die Bildung des Wahrscheinlichkeitsurteils für das Vorliegen der Haupttatsache, führt entweder dazu, dass der Staat von der (in Wahrheit fehlenden) Haupttatsache fest *überzeugt* ist (Irrtum) oder sie zu einem bestimmten Grad für *wahrscheinlich* hält (Fehlverdacht). Auch bei diesem Prozess muss der Staat bestimmte Sorgfaltsanforderungen einhalten.

Auf den ersten Blick läge es nahe, die vorgenommene Indizienwürdigung an der Indizienwürdigung eines „vernünftigen" Staates zu messen und also zu überprüfen, ob nach der Indizienlage das Vorliegen der Haupttatsache objektiv so wahrscheinlich erschien wie der Staat annahm. Auch der britische und der australische Generalanwalt forderten 2017 in Anlehnung an *Sir Bethlehems* Unmittelbarkeitskriterien eine „reasonable and objective basis", um festzustellen, ob der Angriff unmittelbar bevorsteht.[53] Dieser Versuch der Objektivierung begegnet jedoch dem Problem, dass es eine *objektive*, für alle Beobachter gleiche Wahrscheinlichkeit eines *Einzelfalles* nach heute ganz verbreiteter Ansicht nicht gibt.[54] Denn objek-

52 Dazu näher s.u. 17. Kap., III. 3.

53 Rede des australischen und britischen Generalanwalts s.o. 1. Kap., I. 2., Fn. 65; für Bethlehems Prinzipien s. AJIL 106 (2012), S. 770 (775–777).

54 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 125; Brinkmann, Beweismaß, S. 23–27 (der von ihm befürwortete induktive Wahrscheinlichkeitsbegriff ist eine Unterform des subjektiven); Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 51 f, 65–67; zu den verschiedenen Begriffen eing. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 95–125; auch die UN Guidance Note on Human Rights Due Diligence Policy 2015, S. 23 konzidiert etwa, dass „there is no mathematic formular to assess a risk of grave human rights violations with certainty and it is difficult to determine a precise percentage of risk as a result of the risk assessment".

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tive Wahrscheinlichkeiten werden normalerweise frequentistisch, das heißt durch die häufige Wiederholung eines Versuchs unter gleichen Bedingungen erforscht. Davon, dass eine Münze, die 10.000 Mal geworfen wird und 5.010 Mal auf den Kopf fällt, kann zum Beispiel geschlossen werden, dass der Anteil der Kopflandungen bei unendlich häufigen Würfen bei 50 % liegt.[55] Mit diesem frequentistischen (auch ontologischen) Wahrscheinlichkeitsbegriff[56] lässt sich aber nicht die Wahrscheinlichkeit bestimmen, mit der die Münze bei einem *bestimmten Wurf* auf den Kopf fällt. Diese Wahrscheinlichkeit wird von diesem Begriff schlicht nicht definiert.[57] Da es bei juristischen Fragestellungen stets um Einzelfälle geht – Fälle also, die sich nicht in genau derselben Form wiederholen –, ist der frequentistische Wahrscheinlichkeitsbegriff für diesen Bereich ungeeignet.[58] Stattdessen wird dort mit einem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff gearbeitet. Damit ist der *Grad der persönlichen Überzeugung*[59] des den Sachverhalt beurteilenden Akteurs vom Vorliegen der Haupttatsache gemeint. Dieser Überzeugungsgrad kann zumindest theoretisch ermittelt werden, indem man den Akteur nach einer bestmöglichen Schätzung fragt,[60] ihn wetten[61] oder seine Überzeugung mit einem feststehenden Standard vergleichen lässt.[62] Der Bezugspunkt dieser Überzeugung ist die Wahrheit der Tatsache, nicht ihre Wahrscheinlichkeit. Anders als objektive

---

55 Beispiel von Mark Schweizer aus dem persönlichen Schriftverkehr; s. auch Rosenthal, Z. phil. Forschung 60 (2006), S. 241 (254–262).

56 Eing. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 100–102; Brinkmann, Beweismaß, S. 24–26 (den Begriff „klassische/statistische/numerische Wahrscheinlichkeit" verwendend); s. auch Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 10–15.

57 GBS Schweiz, Subjektive und objektive Wahrscheinlichkeit, Blogbeitrag v. 9. Januar 2013; s. auch Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 14–16.

58 Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 65–67; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 99, 103, 125 gelangt zu demselben Ergebnis, stellt aber die Begründung in den Vordergrund, dass die Makrowelt (anders als die Quantenmechanik) vollständig determiniert sei, weshalb sämtliche Geschehnisse mit *Sicherheit* feststünden und für eine bloße objektive Wahrscheinlichkeit kein Platz sei. Allein fehlte das Wissen darüber, weshalb Wahrscheinlichkeiten stets epistemisch, also subjektiv, seien. Diese Determiniertheit wird hier indes bestritten, insb. das Recht geht bislang nicht davon aus (s.o. 1. Kap., II. 3.).

59 Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 16; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 104; Lindley, Understanding Uncertainty, S. 45–58.

60 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 104–107.

61 Hampton/Moore/Thomas, J. Roy. Stat. Soc. 136 (1973), S. 21 (22 f); für Beispiele s. Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 19 ff.

62 Lindley, Understanding Uncertainty, S. 52 f; einen Vergleich nicht immer für möglich haltend Keynes, A Treatise on Probability (1921), Teil 1, Kap. 3, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahrscheinlichkeitsbegriffe kann sich die subjektive Überzeugung eines Akteurs auf einen Einzelfall beziehen. Dieser subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff wird auch hier zugrunde gelegt. Bei seiner Überzeugungsbildung ist der Akteur freilich nicht völlig frei – ansonsten wäre dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff auch keiner normativen Bewertung zugänglich. Diesen *objektiven* Anforderungen gelten die nachfolgenden Bemerkungen.

2. Die Rationalität der staatlichen Überzeugungsbildung als Mindestanforderung

Die Überzeugungsbildung verschiedener Akteure über eine Einzelfallwahrscheinlichkeit fällt aufgrund ungleichen Erfahrungswissens unterschiedlich aus.[63] Es existieren aber objektive Kriterien, anhand derer sich zumindest objektiv beurteilen lässt, ob eine Überzeugungsbildung *rational* war. Diese Mindestanforderung muss die staatliche Überzeugungsbildung in jedem Fall erfüllen, um als sorgfältig beurteilt werden zu können. Ob ein potentielles Kontrollorgan über diese Rationalitätskontrolle hinausgehen und die Indizienwürdigung durch eine eigene Würdigung, also eine eigene Überzeugungsbildung, *ersetzen* kann, wird an späterer Stelle erörtert.[64]

Wie *Schweizer* für die richterliche Beweiswürdigung gezeigt hat, setzt eine rationale Bildung des subjektiven Wahrscheinlichkeitsurteils zunächst voraus, dass der Entscheider den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie gehorcht.[65] Dazu gehört, dass die Wahrscheinlichkeit einer Tatsache immer zwischen 0 und 1 liegt (Normierung), dass eine sichere Tatsache eine Wahrscheinlichkeit von 1 hat (Sicherheit) und die Überzeugung, dass entweder die eine oder die andere Aussage wahr ist, der Summe der jeweiligen Wahrscheinlichkeit dieser Aussagen entspricht, soweit sie sich ausschließen (Additivität).[66] Die Vorstellung eines Staates, der zu 70 Prozent überzeugt ist, Staat A sei alleiniger Urheber eines Angriffs, zu 50 Prozent, Staat B sei alleiniger Urheber, und zu 110 Prozent annimmt, entweder A oder B sei der alleinige Urheber, verstößt gegen das erste und dritte Axiom und ist daher nicht rational.

---

63 Keynes, A Treatise on Probability (1921), Teil 1, Kap. 2, Rn. 11.
64 S.u. 11. Kap., II.
65 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 126–128.
66 Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 7; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 90 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Neben diesen Denkgesetzen im engeren Sinne ist der Staat an weitere Denk- und Naturgesetze sowie an Erfahrungssätze gebunden. Diese Anforderungen sind bekannt von der revisionsinstanzlichen Kontrolle der freien richterlichen Beweiswürdigung bzw. der *intime conviction* im kontinentaleuropäischen Beweisrecht.[67] Entsprechende Fehler des Instanzgerichts halten auch im Common Law nicht vor dem Revisionsgericht stand,[68] das die Tatsachenfeststellung auf „manifest or palpable error[s]" überprüft.[69] Die Situation eines Richters, der ausgehend von Beweisen auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung schließen und dabei zwischen verschiedenen möglich erscheinenden Sachverhaltsvarianten wählen muss, kann eine nützliche Referenz für die Indizienwürdigung durch den Gewalt anwendenden Staat darstellen. Freilich hat die Parallele Grenzen insoweit, als der Richter anders als der entscheidende Staat nicht selbst Beteiligter, sondern neutrale Instanz ist und insoweit nicht selbst von den Folgen einer Fehlentscheidung betroffen ist.[70]

Zu den *Denkgesetzen* im weiteren Sinne gehört insbesondere, dass die Überzeugungsbildung nicht nur widerspruchsfrei, sondern auch vollständig sein, also sämtliche erkennbaren Unklarheiten, Zweifel und Widersprüche berücksichtigen muss.[71] Die Irak-Untersuchungsberichte identifizierten zahlreiche solcher Denkgesetzverstöße: Aus wachsendem Bildmaterial habe man etwa den Schluss gezogen, der Umschlag vermuteter Chemiewaffen nehme in seinem Volumen zu, obwohl die Steigerung teilweise schlicht darauf zurückgegangen sei, dass die USA von 2001 an mehr Material sammelten.[72] Für Widersprüche zwischen den Aussagen eines Infor-

67 Vgl. etwa MüKoZPO/Prütting, § 286, Rn. 14; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 286, Rn. 10a; die *intime conviction* wird aufgrund ihrer Grenzen heute auch als *conviction raisonnée* bezeichnet, vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 57–65; andere verstehen darunter eine bloße Begründungspflicht, vgl. Vriend, Avoiding a Full Criminal Trial, S. 47.

68 Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City), [1989] 1 S.C.R. 705, 794 („what matters is that his conclusions be based on the evidence, that is, consistent with the evidence, and that no evidence essential to the outcome of the case be ignored"); vgl. auch Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol, [1978] 1 S.C.R. 491, 504; ähnlich auch die auf „irrationality" beschränkte gerichtliche Überprüfung exekutiver Entscheidungen, s. Turner, King's L. J. 21 (2010), S. 311–331.

69 Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City), [1989] 1 S.C.R. 705, 794; Lapointe v. Hopital Le Gardeur, 1992 1 S.C.R. 351, 352.

70 Dieser Umstand ist noch für den Kontrollmaßstab von Bedeutung, s.u. 11. Kap., II.

71 Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 286, Rn. 10a zur richterlichen Beweiswürdigung.

72 WMD Commission Report, S. 125 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

manten und eigenem Bildmaterial seien wenig plausible Erklärungen gesucht worden.[73] Die logische Möglichkeit, dass Saddam Hussein sämtliche Massenvernichtungswaffen bereits zerstört hatte, sei nicht einmal erwogen worden.[74] Umstände wie die politische, soziale, ökonomische und kulturelle Situation des Iraks seien außen vor gelassen worden.[75] Insgesamt habe die Indizienwürdigung der Nachrichtendienstanalysten erheblich unter einem Tunnelblick gelitten. Sie hätten einseitig nach Indizien gesucht, um ihre bestehenden Vermutungen zu erhärten. Entgegenstehende Indizien seien entweder nicht wahrgenommen oder gar als Bestätigung der Annahme gedeutet worden, dass das irakische Regime seine wahren Absichten zu verschleiern suche.[76]

Bei *Erfahrungssätzen* wird aufgrund der Lebenserfahrung von einem festgestellten Indiz auf ein anderes Indiz oder die relevante Haupttatsache geschlossen. Es handelt sich um Wahrscheinlichkeitsaussagen,[77] die bewirken, dass sich das Gewicht der vom handelnden Staat ansonsten vorzubringenden Anhaltspunkte, die die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Erlaubnislage begründen, verringert und sich die Bürde des Gegenbeweises insoweit auf den anderen Staat verlagert.[78] Der Sache nach erhalten mit der Berücksichtigung von Erfahrungssätzen objektive (iSv frequentistische) Wahrscheinlichkeiten Einzug in die Überzeugungsbildung. Denn Erfahrung ist „nichts anderes als die wiederholte Wahrnehmung von Objekten und Ereignissen."[79] Daher ist die Pflicht, Erfahrungssätze zu berücksichtigten, letztlich eine Pflicht, sich nach objektiven Wahrscheinlichkeiten zu richten, wenn – was vergleichsweise selten ist – entsprechende statistische Daten für ein bestimmtes Indiz existieren.[80] Auch wenn es für den relevanten *Einzelfall* also keine objektive Wahrscheinlichkeit gibt, muss der han-

---

73 WMD Commission Report, S. 92.
74 WMD Commission Report, S. 147 f, 155 f; Chilcot Report, S. 290, 411.
75 WMD Commission Report, S. 173 f; ähnlich Butler Report, Rn. 459.
76 WMD Commission Report, S. 49, 145, 168–171; Chilcot Report, S. 290, 412 f, 416; vgl. auch Butler Report, Rn. 304.
77 Vgl. zum deutschen Zivil- und Strafrecht MüKoZPO/Prüttung, § 286, Rn. 56; MüKoStPO/Trüg/Habetha, § 244, Rn. 22 f; zum US-Zivilrecht Supr. 455 US 745 (1982).
78 Ähnlich Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (70–75) speziell zur „Beweislastverlagerung" bei fehlender Kooperation des Opferstaates mit internationalen Inspektoren; vgl. auch WMD Commission Report Rn. 168 f; s. auch Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (265–269).
79 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 350; s. auch Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 55 f; Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 17 f.
80 Ähnlich zu diesem Zusammenhang Schweizer, Beweiswürdigung, S. 350–351.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

delnde Akteur, wenn er zB weiß oder wissen muss, dass die vom Gegner verwendeten Torpedos *normalerweise* eine Trefferquote von 50 Prozent haben, diese frequentistische Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise berücksichtigen, wenn er beurteilt, für wie wahrscheinlich er einen Einschlag hält. Mit dieser „Verobjektivierung" des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs handelt man sich jedoch auch das sogenannte Referenzklassenproblem der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ein: Wenn der handelnde Staat weiß, dass von 1.000 russischen Torpedos 400 ihr Ziel getroffen haben und er sich einem zufällig ausgewählten *russischen* Torpedo gegenüber sieht, ist seine rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass der Torpedo treffen wird, 40 Prozent. Wenn der Staat weiß, dass von 1.000 Torpedos des *Baujahres 1975* 200 ihr Ziel treffen und man einen zufälligen Torpedo des Baujahres 1975 auswählt, ist die rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass dieser trifft, 20 Prozent. Was aber ist die rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass ein zufällig ausgewählter *russischer* Torpedo *des Baujahres 1975* trifft (wenn die generelle Trefferquote eines Torpedos, der beide Eigenschaften erfüllt, unbekannt ist): 20 Prozent, 40 Prozent, etwas dazwischen oder gar 60 Prozent? Eine logisch zwingende Lösung für das Problem gibt es nicht.[81] Man kann allenfalls diejenige Referenzklasse wählen, die nach allgemeiner Lebenserfahrung einen sachlich engeren Zusammenhang mit der gesuchten Eigenschaft (hier die Trefferquote) hat.[82] Im Beispiel wäre das wohl das Baujahr. Doch liegt die Antwort nicht immer auf der Hand.

Schwierig zu beurteilen ist auch, ob aus Erfahrungssätzen, Natur- und Denkgesetzen abgeleitet werden kann, dass es einer Mindeststärke der Indizien bedarf, um eine bestimmte Überzeugung als rational zu beurteilen – ob eine hohe Überzeugung also *schon deshalb* als irrational gelten kann, weil sie auf (aus objektiver Sicht) zu vagen Indizien basiert. Die praktische Relevanz dieser Frage zeigt sich wieder am Irrtum im Fall Irak, der laut Untersuchungsberichten wesentlich darauf basierte, dass einzelnen Indizien schlicht eine zu große Bedeutung beigemessen wurde.[83] Im Common Law stellt etwa die sogenannte evidentiary burden sicher, dass der Jury nur

81 Zu Problem und Lösungsansätzen Schweizer, Beweiswürdigung, S. 354–367.

82 Vgl. Schweizer, Beweiswürdigung und Beweisrecht, S. 366 f.

83 WMD Commission Report, S. 75 (zum Rückschluss von irakischen Versuchen, Uran aus dem Niger zu erwerben, auf die Verfolgung eines Atomwaffenprogrammes), S. 110 f (von Aussagen eines einzelnen Informanten auf die Existenz biologischer Waffen) und S. 122–124 (von Bildaufklärungsmaterial auf die Existenz von Chemiewaffendepots), S. 143 f (von einer Zeugenaussage über die Beschaffung von US-Kartenmaterial auf die Absicht, US-Territorium anzugreifen); Butler

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beweismittel einer bestimmten Mindeststärke präsentiert werden, damit sie ihre Entscheidung nicht auf offensichtlich ungenügende Beweise stützt.[84] Die Beantwortung der Frage, ob in einem Fall objektiv die erforderlichen Mindestindizien vorliegen, stößt jedoch an dieselben Grenzen, die die Bestimmung der objektiven Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalles unmöglich machen. Denn dafür müsste die sich aus den existierenden Indizien ergebende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Haupttatsache objektiv bestimmbar sein. Soweit statistische Daten fehlen, ist das nicht der Fall. Auch die Einführung einer Art Grauzone, unterhalb derer die Indizienstärke eine bestimmte Überzeugung in jedem Fall irrational erscheinen lässt, verlagerte die Unschärfe nur an den unteren Rand dieses Intervalls.[85] Insofern ist eine „objektive Mindeststärke" von Indizien für die Rationalität einer Überzeugung kein taugliches Kriterium.

3. Abgrenzung von Erfahrungssätzen und Vorurteilen

Der IGH hat sich gegenüber dem gerichtlichen Beweis von Tatsachen durch Erfahrungssätze bislang zurückhaltend gezeigt.[86] Tatsächlich sind Erfahrungssätze zu unterscheiden von bloßen Vorurteilen, die derart schwach wahrscheinlich sind, dass ihnen ein ernst zu nehmender Erfahrungswert nicht zukommt.[87] Die Grenze ist fließend, was die Abgrenzung erschwert. Nicht leicht zu beurteilen ist etwa, ob der Schluss *von früherem*

Report, Rn. 225, 304, 466; vgl. auch Chilcot Report, S. 162–168. Dies ging teilweise auch auf eine mangelhafte Kommunikation zwischen Behörden zurück, etwa weil sich Informationen verschiedener Behörden gegenseitig bestärkten, ohne dass erkannt wurde, dass sie von derselben Quelle stammten, vgl. WMD Commission Report, S. 180.

84 Brinkmann, Beweismaß, S. 20 f.

85 Vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 106 zu einem ganz ähnlichen Problem bei der Bestimmung der genauen Überzeugung.

86 S. ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18 („it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory […] that that State necessarily knew, or ought to have known, of any unlawful act perpetrated therein"; dennoch erlaubt der IGH letztlich doch einen „more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence"); ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51–61, in dem das Gericht die Verantwortlichkeit Irans für den Angriff auf die *Sea Isle City* für nicht erwiesen hielt; s. auch Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (266 f).

87 MüKoZPO/Prüttung, § 286, Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf gegenwärtiges Fehlverhalten den Wert eines Erfahrungssatzes besitzt.[88] Er kann bei Selbstverteidigung und der humanitären Intervention gegen ein möglicherweise Massenvernichtungswaffen einsetzendes Regime relevant werden und spielte 2003 bei der Beurteilung der durch Irak drohenden Gefahr eine erhebliche Rolle.[89] Intuitiv mag man es einem Regime, das in der Vergangenheit gegen seine Bevölkerung massenhaft chemische Waffen eingesetzt hat, eher zutrauen davon erneut Gebrauch zu machen als einem Regime ohne diese Historie, weil ersteres diesen Einsatz offenbar für ein zulässiges strategisches Mittel hält. Auch bei der vor Waffenlieferungen anzustellenden Risikobewertung, ob ein Regime mit den Waffen Konfliktvölkerrecht verletzen wird, ziehen Staaten das frühere Verhalten als Indiz heran.[90] Im Beihilferecht stellt die Rechtsprechung ebenfalls auf dieses Kriterium ab für die Frage, ob Völkerrechtsverstöße eines unterstützten Staates für den unterstützenden Staat voraussehbar waren.[91] Doch ist – zumindest im Bereich von Gewaltanwendungen[92] – ein solcher „propensity evidence", also ein Neigungs- oder Charakterbeweis, nicht unproblematisch. Nicht nur machte er den Anreiz zur Änderung staatlichen Verhaltens zunichte.[93] Auch mag er, wie der Fall Irak zeigt, weit in die Irre führen, kann sich Verhalten doch ändern. Diese Prämisse liegt nicht zuletzt dem Abschluss von Menschenrechtsverträgen mit Regimen zugrunde, die Menschenrechte zuvor in flagranter Weise verletzt haben. *Waxman* identifiziert als weiteres Problem, dass „those contemplating self-defensive force against a notorious human rights-abusing state are especially susceptible to biased

88 Dafür der Sache nach Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (188).

89 Chilcot Report, S. 290, 411; Butler Report, Rn. 456; WMD Commission Report, S. 168, wobei dieser nur kritisiert, dass sich dieser Rückschluss zu einer Vermutung erhärtete.

90 Criterion 2c der Consolidated EU and National Arms Export Licensing Criteria (UK); UK Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 1020, Rn. 139; auch im Cyber-Kontext wird von früherem auf zukünftiges Verhalten geschlossen, s. Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (14).

91 S. Pacholska, Complicity, S. 164 zu Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 2010 (QP).

92 Im Bereich von Waffenlieferungen sind die Kosten einer falsch-negativen Entscheidung, also einer im Nachhinein unnötigen Entscheidung gegen die Lieferungserlaubnis viel geringer als im Bereich von Gewaltanwendungen; zur Relevanz der Kostenfaktoren noch unten 10. Kap., III.

93 Vgl. auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (69) („it may seem hypocritical, even cynical, […] to draw negative inferences against states for violating international rules as part of an effort contemplating use of force outside the UN Security Council system").

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

assessments based on culturally skewed views of state decisionmaking."[94] Auch im nationalen Recht hat man grundsätzlich Bedenken gegenüber dem Schluss von früheren Taten einer Person nicht nur auf ihre *Einstellung*, sondern auch ihr zukünftiges *Verhalten*.[95] Über dieses Problem hilft auch der Vorschlag, die Berücksichtigung auf frühere Verletzungen der *UNC* und von *SR-Anordnungen* zu begrenzen,[96] nicht hinweg. Dass anderweitige, insbesondere forensische Anhaltspunkte oft unzulänglich sind, um eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zu begründen,[97] macht diesen Schluss nicht zuverlässiger. Insgesamt ist die Indizwirkung früheren Verhaltens daher zumindest nicht zu überschätzen.

Vorsicht ist auch gegenüber einem Erfahrungssatz geboten, dass ein Staat, der sich weigert, Informationen bereitzustellen, regelmäßig etwas zu verbergen hat. Die Frage stellt sich beim Besitz von Massenvernichtungswaffen, aber auch in anderen Zusammenhängen: im Cyberbereich, wenn ein vom Opfer verdächtigter Staat seine Kooperation bei der Aufklärung eines Cyberangriffs verweigert; in Fällen wie dem Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 über der Ostukraine, dessen Untersuchung am Absturzort ukrainische Rebellen zunächst erheblich behinderten;[98] oder beim Giftanschlag auf den russische Agenten Skripal, bei dem Russland (nach dem Angebot einer gemeinsamen Untersuchung) ein britisches Ultimatum zur Abgabe einer Stellungnahme verstreichen ließ.[99] Zwar steht der Berücksichtigung fehlender Kooperation ein Prinzip wie das der Selbstbelastungsfreiheit oder des Rechts zu schweigen nicht entgegen. Denn selbst wenn diese Prinzipien – anders als etwa im englischen[100] oder US-amerika-

94 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (68).

95 Nach Rule 404 (b) (1) der Federal Rules of Evidence ist die Einführung von Vorstrafen zum Beweis eines Charakterzuges, von dem aus auf ein Verhalten geschlossen wird, grundsätzlich unzulässig; nach OLG Bamberg, MDR 2004, 647 (647) gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach ein vorbestrafter Zeuge unglaubwürdig wäre; nach BGH NStZ-RR 2015, 180 (181) lässt sich aus einschlägigen Vorstrafen nicht mehr ableiten, als dass entsprechende Taten der Person womöglich nicht wesensfremd sind.

96 Auf diese Verletzungen beschränkend Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (69).

97 So Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (68 f).

98 Vgl. UN Doc. S/PV.7219, S. 4 (Vereinigtes Königreich); S/PV.7221, S. 3 (Luxemburg).

99 Vgl. UN Doc. S/PV.8203, S. 8.

100 § 35 (2) und (3) Criminal Justice and Public Order Act 1994.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nischen Recht[101] – das Verbot umfassten, negative Rückschlüsse aus dem Schweigen des Akteurs zu ziehen,[102] kann sich ein Staat gegenüber einem anderen Staat darauf nicht berufen: Weder ist die Menschenwürde, die eine Grundlage dieses Grundsatzes darstellt,[103] auf Staaten übertragbar,[104] noch greift das Recht auf ein faires Verfahren[105] unter (gleichgeordneten) Staaten bei unilateraler Gewalt.[106] Auch der IGH hat im Korfu-Kanal-Fall ausdrücklich anerkannt, dass sich ein Staat, auf dessen Territorium eine völkerrechtswidrige Maßnahme stattfindet, erklären muss.[107] Problematisch ist aber die geringe Aussagekraft der Verweigerung von Informationen. Der Gedanke, dass diese die Wahrscheinlichkeit friedensbedrohender Tätigkeiten schon deshalb steigert, weil im Falle seiner Kooperation die Sachlage schlicht nachgeprüft werden könnte, trügt. Denn seine Nichtkooperation vergrößert erst einmal nur die *Ungewissheit* über die Situation. Darin bereits ein Indiz für bedrohende Aktivitäten oder die Verwicklung in ein Schadensereignis zu sehen, setzte voraus dass ein vernünftiger Staat, der nichts zu verbergen hat, normalerweise keinen Grund hat, die Kooperation zu verweigern. Doch genau das ist zweifelhaft: Es mag den Sicherheitsinteressen eines Staates dienen, die Weltgemeinschaft im Glauben zu lassen, man sei zu Angriffen der vermuteten Art in der Lage. Kaum ein Staat legt bereitwillig seine militärischen und technischen (Un-)Fähigkeiten detailliert offen. Die „Einmischung" internationaler Inspekteure in diese Angelegenheiten oder auch nur ihre Präsenz auf eigenem Staatsgebiet kann – auch wenn der Staat zu ihrer Duldung verpflichtet ist – je nach kultureller Prägung als demütigend empfunden werden und innen- wie außenpolitische Nachteile mit sich ziehen. Der Fall Irak im Jahr 2003 ist ein Beispiel für viele dieser Motive.[108] Der Schluss von der mangelnden Kooperation des Iraks auf das Vorhandensein von Massenvernichtungswaffen, der die Entscheidungsträger der militärischen Invasion maßgeblich be-

101 Salina v. Texas, 133 S. Ct. 2174 (2013); Maclin, Univ. Chicago Leg. For. (2016), S. 255 (262).

102 So etwa in Deutschland NJW 2009, 1061 (1062); einen Mittelweg wählt ECHR (Gr. Ch.), John Murray v. UK, 18731/91, 1996, Rn. 46 f; gegen jegliche negativen Rückschlüsse Partly Dissenting Opinion Judges Pettiti und Valticos.

103 BVerfG NStZ 1995, 555; BVerfG NJW, 1997, 1841 (1844).

104 Vgl. BVerfG NJW, 1997, 1841 (1844) zu juristischen Personen.

105 Zu dieser Anknüpfung Roets, AJ pénal (2008), S. 119 (zur EMRK); Mauro, Garde à vue, Rn. 189 (für Frankreich).

106 Anderes mag im Bereich kollektiver Gewalt gelten, dazu s.u. 17. Kap., III. 3.

107 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18.

108 WMD Commission Report (2005), S. 148, 153; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (70 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einflusste,[109] führte hier fatal in die Irre. Die Lehren aus diesem Fall mögen der Grund für die in der Folge deutlich zurückhaltenderen Äußerungen in Bezug auf den Iran sein.[110] Der Aussagewert einer Kooperationsverweigerung erhöht sich auch nicht dadurch, dass sie durch den SR festgestellt wird.[111] ist doch nicht ihre Wahrheit selbst, sondern ihre Indizwirkung zweifelhaft. Anders liegen die Dinge, wenn der SR über die fehlende Kooperation hinaus den Besitz von Massenvernichtungswaffen und eine daran anknüpfende Friedensbedrohung anerkennt.[112]

Bei Verletzungen völkerrechtlicher Verpflichtungen des Opferstaates, die die Aufdeckung der wahren Sachlage bezwecken, erscheint allenfalls erwägenswert, das *abstrakt verlangte Wahrscheinlichkeitsmaß* abzusenken – nicht wegen eines Erfahrungssatzes, sondern weil sich normativ begründen ließe, dass der Opferstaat in diesem Fall einen größeren Teil des Irrtumsrisikos tragen sollte. Wie sogleich dargelegt wird, begegnet jedoch auch dieser Gedanke Schwierigkeiten.

III. Überschreitung der hinreichenden Wahrscheinlichkeitsschwelle

Neben der sorgfaltswidrigen Indizienermittlung und Indizienwürdigung existiert beim Fehlverdacht eine dritte Fehlerquelle: die Annahme, dass die im Einzelfall gebildete Überzeugung von dem Vorliegen der Haupttatsache abstrakt ausreiche, um das Risiko eines Fehlverdachts einzugehen. Um sorgfaltsgemäß zu handeln, muss die Überzeugung des Staates ein Wahrscheinlichkeitsmaß erreichen, das den Gewalteinsatz noch objektiv vernünftig erscheinen lässt. Dass es keiner 100-prozentigen Sicherheit bedarf, wurde bereits festgestellt.[113] Die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko ist jedoch bislang unklar. Wie stets bei der Bestimmung eines

---

109 S. Chilcot Report, S. 412–414; George W. Bush, Address to the Nation on Iraq from Cincinnati, Public Papers of the US Presidents (2002), S. 1751 (1754); CIA Report Iraq's WMD Programs, unter „UN Security Council Resolutions and Provisions for Inspection and Monitoring".

110 IAEA Director General El-Baradei, Remarks on Iran During the IAEA Board of Governors Meeting, 9 September 2003; zum Fall Iran s.u. 14. Kap., III. 2.

111 So aber Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (73 f).

112 So die Präambel von UN Doc. S/RES/1441 (2002): „Recognizing the threat Iraq's non-compliance with Council resolutions and proliferation of weapons of mass destruction and long-range missiles poses to international peace and security".

113 S.o. 9. Kap., III. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sorgfaltsmaßstabs basiert diese Frage letztlich auf einer Interessenabwägung.[114] Auch wenn gelegentlich als „rules of evidence"[115] bezeichnet, geht es hier allein um das *vom Staat* bei seiner ad-hoc-Entscheidung zu berücksichtigende *ex-ante-Wahrscheinlichkeitsmaß* für das Vorliegen der Haupttatsache, also zB das unmittelbare Bevorstehen eines Angriffs. Erst an späterer Stelle wird hier die Frage des *Beweismaßes* behandelt, mit dem der Staat die objektiv ex ante erkennbaren Indizien nachträglich beweisen muss, wenn ein Gericht oder ein Organ wie der SR seine Maßnahme rechtlich beurteilen.[116]

Wenige Literaturstimmen haben sich bisher mit diesem Wahrscheinlichkeitsmaß auseinandergesetzt, und wenn, dann primär mit Blick auf antizipierte Selbstverteidigung.[117] Nicht alle von ihnen scheinen sich bewusst zu sein, dass sie, indem sie eine ex-ante-*Wahrscheinlichkeit* des bevorstehenden Angriffs genügen lassen, die tatsächlichen Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts bereits objektiv ex ante beurteilen.[118] Diese Konzeption lässt sich, wie festgestellt, auch kaum überzeugend auf *antizipierte* Selbstverteidigung beschränken.[119] Unter Rückgriff auf Formeln des amerikanischen Beweisrechts wird, je nach Autor, verlangt, das Bevorstehen eines Angriffs müsse feststehen nach „preponderance of evidence", „clear and convincing evidence" oder gar einer „conviction beyond the reason-

114 Dazu bereits oben 10. Kap. am Anfang.

115 Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39–54; ähnlich Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (57–75); Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (716); Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233–273.

116 Ebenfalls unterscheidend Jacobssen, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (41); nicht hingegen O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; zum Beweismaß s.u. 11. Kap., I.

117 Dazu gehören O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (57–75); Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f; Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39–54; Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (547 f); Greenwood, San Diego Int'l L. J. 4 (2003), S. 7 (16); Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (716–718); zum Wahrscheinlichkeitsmaß für die Zuschreibung eines Cyberangriffs s. Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (248–254); Roscini, Cyber Operations, S. 97–103; allg. s. auch Nessa, Just Security v. 8. Juli 2019.

118 So wirft O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (35 f) nach Begründng eines „clear-and-convincing-evidence"-Maßstabs gesondert die Frage der Beachtlichkeit von Irrtümern auf.

119 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

able doubt".[120] Tatsächlich bestehen zwischen den vom Richter und vom Staat zu treffenden Entscheidungen über einen nicht mit Sicherheit feststehenden Sachverhalt, wie gesehen, Parallelen.[121] Die drei vorgeschlagenen US-Beweisstandards beziehen sich – wie Beweisstandards des kontinentaleuropäischen Rechts – auch sämtlich auf den richterlichen *Überzeugungsgrad* und damit eine subjektive, keine objektive Wahrscheinlichkeit,[122] sodass sie zur hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsgrenze konzeptuell passen. Sie werden hier mit einer *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*, einer *hohen Wahrscheinlichkeit* und einer *an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit* gleichgesetzt.[123]

Die Praxis der Staaten, die in der Vergangenheit auf die ex ante verfügbaren Fakten und nicht die ex-post-Sachlage abstellten, zeichnet hinsichtlich des verlangten Wahrscheinlichkeitsstandards kein einheitliches Bild. Äußerungen, denen zufolge für entscheidende Tatsachen „indisputable evidence" vorliege[124] oder diese „beyond any doubt" seien,[125] sind wenig aussagekräftig, da sie regelmäßig die eigene Position absichern sollen und nicht notwendigerweise bedeuten, dass es dieses hohen Wahrscheinlichkeitsstandards abstrakt bedarf. Das Gleiche gilt umgekehrt für Aussagen,

120 O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f (beide clear and convincing); Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (249–251) (clear and convincing evidence im allgemeinen ius contra bellum und im Cyberwar); Ruys, Armed Attack, S. 509 (clear and compelling evidence); Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (551) (reasonable certainty and direct evidence), ebd. S. 547 (high degree of certainty); Greenwood, San Diego Int'l L. J. 4 (2003), S. 7 (16) (sufficient evidence); ders., West Vir. L. Rev. 89 (1987), S. 933 (935) (convincing evidence); Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (58–62) (dynamischer Standard, krit. insb. zum strafrechtlichen „beyond-a-reasonable-doubt"-Standard); s. auch Banks/Criddle, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 67 (75 f); Jervis, J. Strat. Stud. 29 (2006), S. 3 (14) zum Irakkrieg; Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (717 f).

121 S.o. 10. Kap., II. 2.

122 Brinkmann, Beweismaß, S. 29 f, 61 f.

123 Mit variierenden Bezeichnungen und (jedenfalls formal) anderen Anwendungsbereichen existieren diese Standards auch in kontinentaleuropäischen Recht, vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 454, 463, 465, 474–476, 482; Brinkmann, Beweismaß, S. 41–60.

124 Der iranische stellvertretende Außenminister Araqchi über die Tatsache, dass sich die am 20. Juni 2019 abgeschossene US-Drohne in iranischem Luftraum befand, s. Iran Protests US Intrusion, Iran Front Page v. 21. Juni 2019; ähnlich die USA zum Tanker-Vorfall am 13. Juni 2019, s.o. 7. Kap., III. 2. d, Fn. 537.

125 US Press Statement v. 22. Juni 2019 über die Tatsache, dass sich die Drohne (s. Fn 124) im internationalen Luftraum aufhielt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass es in einem konkreten Fall an „any proof" mangle.[126] Das Spektrum verallgemeinerungsfähigerer Äußerungen[127] wiederum reicht von der Existenz von „good reasons"[128] bis zum Erfordernis eines „strongest and clearest evidence".[129] Immerhin haben sich mit den USA, Australien und Großbritannien drei gewichtige Stimmen mit bemerkenswerter Deutlichkeit dafür ausgesprochen, dass es einer „reasonable and objective basis" bedarf, diese aber auch genügt, um auf das unmittelbare Bevorstehen eines Angriffs zu schließen.[130] Doch führt dieser Begriff zu der Ausgangsfrage zurück, ab welchem Punkt das Eingehen des Risikos eines Fehlverdachts *vernünftig* erscheint.[131] Die Fußnote zum fünften Bethlehem-Prinzip, auf das der britische und der australische Generalanwalt Bezug nahmen, füllt den Ausdruck „reasonable and objective basis" zwar mit der Anforderung aus, dass die „conclusion is being reliably supported with a high degree of confidence on the basis of credible and all reasonably available information".[132] Dennoch bleibt ein weiter Interpretationsspielraum. Wertende Erwägungen erscheinen daher unvermeidbar.

Je höher man das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß ansetzt, umso geringer wird zwar das Risiko sogenannter *falsch-positiver* Entscheidungen (der Staat setzt Gewalt ein, obwohl die Umstände objektiv keinen Erlaub-

126 So Russland über die von den USA und Großbritannien 2003 geltend gemachte Tatsache, der Irak besitze Massenvernichtungswaffen, s.o. 7. Kap., III. 1. c, Fn. 268, ähnlich die Aussagen Malis und des Jemens, s. Nachweise in Fn. 267; ebenso Iran zum Tanker-Vorfall 2019, s.o. 7. Kap., III. 2. d, Fn. 538.

127 Verallgemeinerungsfähiger deshalb, weil entweder ein vergleichsweise geringes Wahrscheinlichkeitsmaß im konkreten Fall für ausreichend erachtet wurde oder der Standard explizit in abstrakte Begriffe gefasst wurde (zB „We believe a State should intercept a civilian aircraft only on the basis of the strongest and clearest evidence that terrorists are aboard", Nachweis in Fn. 129).

128 So die USA im Entebbe-Fall, s.o. 7. Kap., III. 6. b, 680; Mali zu Cyber-Angriffen, s.o. 7. Kap., III. 4., Fn. 616; die USA nach den Luftangriffen auf Syrien im April 2018 wegen des Einsatzes von Chemiewaffen („large body of information indicates"), S/PV.8233, S. 5.

129 So die USA zum Abfangen von durch Terroristen gekidnappte Flugzeuge nach dem Abfangen des libyschen Flugzeugs mit syrischen Offiziellen 1986, s.o. III. 3. c, Fn. 605; ähnlich nach den unilateralen Luftangriffen auf Syrien im April 2018 Äquatorialguinea („reliable and irrefutable proof"), S/PV.8233, S. 17, und China („reliable conclusion that can withstand the test of history"), ebd. S. 10.

130 S.o. III. 5. b.

131 Anders Nessa, Just Security v. 8. Juli 2019, die den „reasonable and objective"-Standard allgemein noch unterhalb einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit und eines „good evidence" ansiedelt. Dabei lässt sich „reasonable" auch als flexibler Standard verstehen, dazu sogleich näher.

132 Bethlehem, AJIL 106 (2012), S. 770 (775, Fn. a).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nissatz begründen). Gleichzeitig steigt aber die Gefahr *falsch-negativer* Entscheidungen (der Staat bleibt untätig, obwohl er tatsächlich angegriffen wird bzw. Staatsangehörige oder Menschenrechte der fremden Bevölkerung verletzt werden). Dieser Zusammenhang wird – aufbauend auf dem von den Psychologen *Dunwoody* und *Hammond* in diesen Zusammenhang eingeführten Taylor-Russell-Diagramm[133] – in der folgenden Abbildung verdeutlicht. Die Ellipse steht dabei für alle einen Erlaubnissatz aus ex-ante-Sicht potentiell begründenden Situationen. Die horizontale Linie („hinreichende ex-post-Wahrscheinlichkeit") trennt dabei die Situationen, in denen tatsächlich eine Erlaubnislage vorlag (oberhalb der Linie) von den Situationen, in denen sie in Wahrheit fehlte (unterhalb der Linie). Die vertikale Linie („hinreichende ex-ante-Wahrscheinlichkeit") beschreibt den hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsgrad, jenseits dessen es als vernünftig beurteilt werden kann, dass sich ein Staat aufgrund der ex ante bekannten Fakten für den Gewalteinsatz entscheidet.[134]

Bei der Suche nach dem richtigen ex-ante-Wahrscheinlichkeitsstandard kann wie im Beweisrecht die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie eine Hilfestellung geben.[135] Zwar begegnet der Gebrauch mathematischer Formeln der Schwierigkeit, dass sich juristische Sachverhalte nicht genau quantifizieren lassen. Insbesondere in kontinentaleuropäischen Ländern trifft diese Methode daher bis heute auf große Skepsis.[136] Zweifellos ist die Herleitung des gesuchten Wahrscheinlichkeitsstandards auch keine „bloße Rechenoperation".[137] Das Durchdenken der quantitativen Beziehungen zwischen den jeweiligen Variablen trägt aber dazu bei, die maßgeblichen Faktoren zu identifizieren.[138] Darauf basierend können dann handhabbare Kategorien gebildet werden.

---

133 Vgl. Dunwoody/Hammond, Peace and Conflict J. Peace Psych. 12 (2006), S. 19 (24 f).

134 Dunwoody und Hammond symbolisieren durch Vergrößerung der Ellipse in der zweiten Abbildung zusätzlich, dass sich bei Verringerung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes die Unsicherheit als solche steigert, Peace and Conflict J. Peace Psych. 12 (2006), S. 19 (25, 28). Dies wurde hier zur Vereinfachung außen vorgelassen.

135 Umf. dazu für das Beweisrecht Schweizer, Beweiswürdigung 83–252; s. auch ders., Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 217 (219–221); Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065–1092.

136 Vgl. nur Brinkmann, Beweismaß, S. 24–26.

137 Frister, FS Rudolphi, S. 45 (60) für strafrechtliche Notrechte.

138 Vgl. Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1066).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

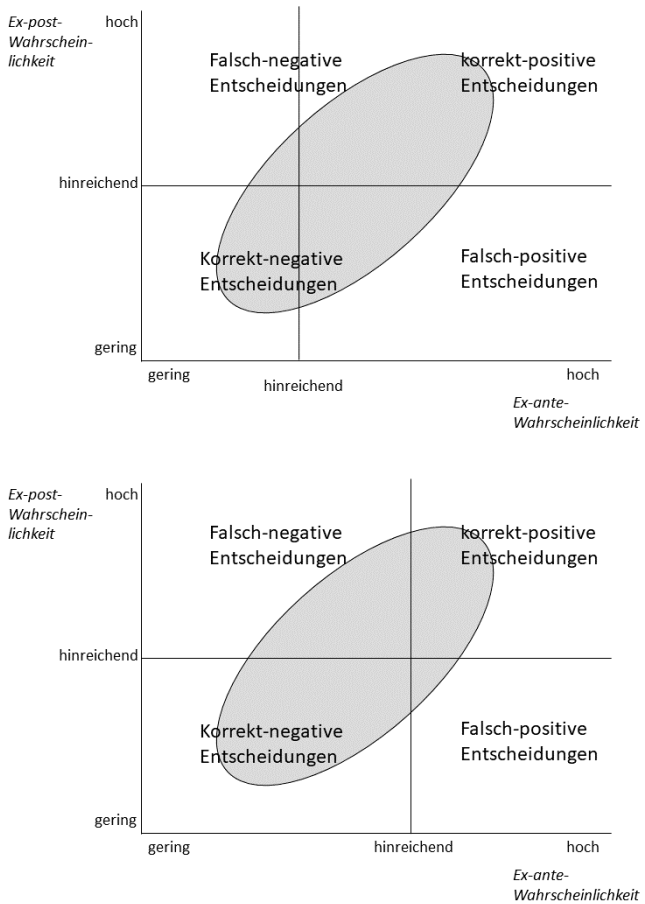

Abb: Einfluss der maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsschwelle auf das Risiko von Fehlentscheidungen

Nach der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ist die Entscheidung eines Staates über einen Gewalteinsatz als rational zu beurteilen, wenn sie die erwartbaren *Fehlerkosten*, also die negativen Auswirkungen einer falsch-positiven Entscheidung und die einer falsch-negativen Entscheidung mini-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

miert.[139] Das Verhältnis zwischen diesen Fehlerkosten bestimmt die geeignete Entscheidungsgrenze: Sind wie bei der richterlichen Entscheidung über das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs die Fehlerkosten regelmäßig gleich hoch – es hat gleich schwere Folgen, einen nicht bestehenden Anspruch zu gewähren, wie einen bestehenden Anspruch zu verneinen[140] –, liegt die rationale Entscheidungsgrenze bei 50 %. Tatsächlich wird das im Zivilprozessrecht des Common Law grundsätzlich geltende Wahrscheinlichkeitsmaß der preponderance of evidence, das die Grenze bei 50 % anlegt, auf diese Weise begründet.[141] Wie *Schweizer* darlegt, liegt dieser Standard auch nicht weit unter dem in kontinentaleuropäischen Ländern *faktisch* angewandten Maß, auch wenn man sich dort gegen eine Quantifizierung des Überzeugungsgrades wehrt und formal eine volle Überzeugung verlangt.[142] Weil es hingegen als deutlich gravierender angesehen wird, einen Unschuldigen zu verurteilen als einen Schuldigen freizusprechen, liegt das im Strafrecht des Common Law zugrunde gelegte Wahrscheinlichkeitsmaß weit über 50 %, nämlich bei „beyond the reasonable doubt".[143] Die Erwägung hat sich auch im Beweismaß vor dem IGH niedergeschlagen.[144] Der Gedanke, das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß für ein Handeln bei ungewisser Sachlage und Entwicklung von den

139 Vgl. Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (55); ähnlich bereits Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59–62), jedoch ohne Konsequenzen zu ziehen; im Ansatz auch Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (713–717); so auch Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52) für den „Erlaubnistatumstandszweifel".

140 Dass einen nicht bestehenden Anspruch zu gewähren gravierender sei, weil mittels *staatlicher Hilfe* Unrecht erst geschaffen werde, überzeugt nicht. Es macht wertungsmäßig keinen Unterschied, ob der Staat, verkörpert durch das Gericht, eine rechte Situation in eine unrechte verwandelt oder in einer unrechten Situation keine Abhilfe schafft, obwohl dies Aufgabe der staatlichen Institutionen ist. Insoweit ist die Veränderung des status quo kein eigener Kostenfaktor. Im Übrigen müsste ansonsten bei einer negativen Feststellungsklage ein anderer Beweisstandard gelten als bei einer Leistungsklage, was jedenfalls in Deutschland nicht der Fall ist.

141 Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1072); Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (55); dieser Standard gilt, solange nicht ein besonders hohes Interesse auf dem Spiel steht, Grogan v. Garner, 498 U.S. 279 (1991); Mueller/Kirkpatrick, Evidence, 5. Aufl., S. 111; zum preponderance-Standard im englischen Recht vgl. Bater v. Bater, [1950] 2 All ER 458.

142 Schweizer Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 219–234; Brinkmann, Beweismaß, S. 61–83, schließt sogar auf einen rechtlichen einheitlichen Standard; zur in Deutschland weiterhin hM, die ein volles Überzeugungsmaß verlangt MüKoZPO/Prütting, § 286, Rn. 35–40.

143 Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1073).

144 S.u. 11. Kap., I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

potentiellen Fehlerkosten abhängig zu machen, findet sich bereits im Tallinn Manual 2.0,[145] in den due-diligence-Pflichten[146], dem umweltvölkerrechtlichen Vorsorgeprinzip[147] sowie im Gefahrenbegriff des nationalen Notstands- und des Polizeirechts.[148] Will man die Entscheidungsgrenze möglichst präzise abbilden, müssen auch die Kosten der *korrekt*-positiven und *korrekt*-negativen Entscheidung berücksichtigt werden. Auf dieser Grundlage wendet *Schweizer* für das richterliche Beweismaß eine Formel an,[149] die sich auch für den hier interessierenden Kontext heranziehen lässt:

$$P\left(p\right) \geq \frac{(D_{fp} - D_{cn})}{(D_{fn} - D_{cp}) + (D_{fp} - D_{cn})}$$

$P(p)$ist dabei die Wahrscheinlichkeit, dass die einen Erlaubnissatz begründenden Haupttatsachen vorliegen. Wenn sie dem Wert des Bruchs entspricht oder ihn überschreitet, werden die Fehlerkosten minimiert und die Entscheidung ist rational. D_{fp} sind die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung, D_{fn} die Kosten einer falsch-negativen Entscheidung, D_{cp} die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung und D_{cn} die Kosten einer korrekt-negativen Entscheidung.[150] Darauf ist gleich zurückzukommen.

Für das richterliche Beweismaß wurden neben den Fehlerkosten auch andere Faktoren vorgeschlagen: Das Beweismaß müsse umso niedriger sein, je geringer Quantität und Qualität der zur Verfügung stehenden Beweise allgemein sind, je eher es sich um innere Tatsachen handelt und je

145 Section 1, Commentary (11), auf Nachweise für das Beweismaß vor dem IGH abstellend.

146 S. ILC Draft Articles on Prevention, Art. 10 (a)–(c) und Commentary (4).

147 S.o. 2. Kap., III., Fn. 294 und begleitender Text.

148 Zum Notstand in Deutschland s.o. 8. Kap., I. 1. Fn. 718; zum Polizeirecht noch unten 16. Kap., I. 1; dieselbe Idee steht hinter den dynamischen Kriterien, die für die Unmittelbarkeit des bevorstehenden Angriffs bei antizipierter Selbstverteidigung vorgeschlagen werden (je nach Höhe des drohenden Schadens), s. Doyle, Striking First, S. 63; Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 168 f. Auch die „doppelte Nachteilsabwägung" im einstweiligen Rechtsschutz vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht erinnert zunächst daran, BVerfGE 132, 195 (232 f) = NJW 2012, 3145 (3146), zu dieser Parallele auch Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52). Dort sollen die Erfolgsaussichten der Hauptsache (die dem hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsmaß entsprechen) aber gerade unberücksichtigt bleiben. Insoweit führt dieser Vergleich nicht weiter.

149 Schweizer, Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 219 (221); für die Herleitung s. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 434–437; ähnlich bereits (aber ohne Berücksichtigung der Kosten einer richtigen Entscheidung) Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1071 f).

150 Schweizer, Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 219 (221).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwieriger die Beweisführung ist.[151] Diese Kriterien mögen für die Bestimmung des richterlichen Beweismaßes geeignet sein.[152] Die Grenze der hinreichenden ex-ante-Wahrscheinlichkeit der Haupttatsache können sie nicht überzeugend beeinflussen: Die Entscheidung für einen Gewalteinsatz aufgrund einer an sich ungenügenden Indizienlage erscheint nicht deshalb *vernünftiger* – und hierauf kommt es für die Sorgfaltswidrigkeit allein an –, weil insgesamt nicht viele Indizien zur Verfügung stehen, es sich primär um schwer ergründbare innere Tatsachen handelt oder ihre Ermittlung dem handelnden Staat aus anderen Gründen schwer fällt.

Auch die Verletzung einer Kooperationspflicht, also zB die Missachtung einer verbindlichen SR-Resolution, die einen Staat verpflichtet, internationalen Inspekteuren Zutritt zu gewähren,[153] rechtfertigt eine Absenkung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes kaum.[154] Sicherlich wäre dem Opferstaat die Beseitigung von Unklarheit in diesem Fall leichter möglich als dem handelnden Staat.[155] Auch wäre es aus normativer Sicht plausibel, einem völkerrechtswidrigen Verhalten des Opferstaates bei der Verteilung des Irrtumsrisikos Rechnung zu tragen. Mit der Clean-Hands-Doktrin, nach der sich der Opferstaat in bestimmten Fällen nicht auf den Gewaltverbotsverstoß berufen kann, wurde bereits ein Weg in diese Richtung aufgezeigt.[156] Doch für die hier entscheidende (vorgelagerte) Frage, ob der Gewalt einsetzende Staat mit dem für Art. 2 (4) UNC erforderlichen Handlungsunrecht, also *sorgfaltswidrig* handelte, kann das Fehlverhalten des anderen Staates noch keine Rolle spielen. Denn war die Faktenlage für sich genommen zu vage, erscheint sein Handeln nicht weniger *unvernünftig* dadurch, dass der andere Staat seinen Teil zur fehlenden Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hat und ihm diese Aufklärung leichter möglich gewesen wäre. Weder im nationalen Straf- noch im Schuldrecht lässt ein (selbst überwiegendes) Mitverschulden des Opfers *die Sorgfaltswidrigkeit* des Handelnden entfallen, allenfalls entfällt oder reduziert sich ein darauf basierender Schadensersatzanspruch. In der internationalen Rechtsprechung ist man zu Recht zurückhaltend gegenüber Versuchen, dem *Zu-*

151 Brinkmann, Beweismaß, S. 66 f.
152 Vgl. ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18, das einem Staat einen „more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence" erlaubt, wenn sich die Tatsachen unter der ausschließlichen Kontrolle des anderen Staates befinden, vgl. aber auch oben Fn. 86.
153 Vgl. insb. UN Doc. S/RES/687 (1991) und S/RES/1284 (1999).
154 Zu diesem Gedanken schon oben 10. Kap., II. 3.
155 Befürwortend Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (71–73).
156 S.o. 9. Kap., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gang zu Beweisen im Beweisrecht Bedeutung beizumessen.[157] Daher spricht vieles dafür, dass die fehlende Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung die objektive ex-ante-Wahrscheinlichkeit weder konkret über die Indizienwürdigung[158] noch abstrakt bei der Festlegung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes beeinflusst.

Da es damit primär auf die Fehlerkosten ankommt, stellt sich die Frage, wie hoch diese bei staatlichen Gewaltanwendungen sind. Dass auch die falsche Entscheidung *gegen* eine Verteidigungsmaßnahme Kosten verursacht, wird bisweilen völlig ausgeblendet, wenn es heißt, dass „states should [always] err on the side of caution".[159] Dabei sind die Kosten falsch-negativer Entscheidungen bei Selbstverteidigung im Ausgangspunkt nicht einmal geringer als die falsch-positiver: Der Staat, der einen tatsächlich stattfindenden Angriff nicht abwehrt, hat – wenn man einmal nur das *überhaupt*-Opferwerden ungerechtfertigter Gewalt betrachtet – ebenso hohe Kosten wie der andere Staat, wenn dieser Opfer einer irrtumsbehafteten und objektiv ungerechtfertigten Selbstverteidigungshandlung wird.[160] Soweit man den Wert staatlicher Souveränität und territorialer Unversehrtheit für mit dem von Leib und Leben eigener und fremder Staatsangehöriger vergleichbar hält, gilt dasselbe für die humanitäre Intervention und die Rettung eigener Staatsangehöriger. Freilich stoßen die Quantifizierungsversuche hier an ihre Grenzen.

Dennoch werden die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung gegenüber denen einer falsch-negativen durch den Faktor der Eskalationsgefahr regelmäßig signifikant erhöht: Ein Gewalteinsatz provoziert häufig eine gewaltsame Reaktion des Opferstaates oder von Drittstaaten und bringt damit den internationalen Frieden in Gefahr. Nur soweit eine Eskalation nahezu ausgeschlossen ist – etwa weil beide Staaten befreundet sind und der Irrtum für alle Beteiligten sofort ersichtlich ist – kann dieses Kriterium ver-

157 ICJ, Avena, Urteil v. 31. März 2004, Rn. 55–57; Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (48) (beide zur Beweislast); weniger zurückhaltend noch ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18; Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101.

158 Dazu s.o. 10. Kap., II. 3.

159 O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36); wie hier dagegen Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59–62); die Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017: „Governments have to weigh the consequences not only of action but equally the consequences of inaction".

160 Die Schonung des Angreifers bei einer falsch-negativen Entscheidung ist aus normativer Sicht nicht schutzwürdig und daher kein berücksichtigungsfähiger Faktor, anders offenbar Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52) für strafrechtliche Notrechte.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nachlässigt werden. Selbst bei einer *korrekt*-positiven Entscheidung ist es regelmäßig – wenn auch in geringerem Maße – zu berücksichtigen, da auch gerechtfertigte Gewalt Eskalationspotential besitzt.

Ein weiterer für die Fehlerkosten relevanter – wenn auch gegenüber dem Eskalationsrisiko wohl nachrangiger – Aspekt ist die mögliche Differenz zwischen den erwartbaren Folgen des angenommenen Schadensereignisses für den Entscheiderstaat bei Untätigbleiben und den Folgen der angewandten Gewalt für den Opferstaat bei Tätigwerden. Den Zusammenhang zwischen dem Wert der betroffenen Rechtsgüter und der erforderlichen Wahrscheinlichkeit deutete etwa Israel beim bulgarischen Abschuss von El Al Flight 402 an.[161] Einerseits können die erwartbaren Folgen der angewandten Gewalt *erheblicher* sein als die der angenommenen Gefahr. Denn auch wenn das Selbstverteidigungsrecht durch das Verhältnismäßigkeitsgebot begrenzt wird, kann die angewandte Gewalt – soweit man sie dem *Ziel der Abwehr* des Angriffs und nicht dem Ausmaß der drohenden Gewalt gegenübersetzt[162] – schwerer wiegen als der durch den Angriff drohende Schaden. Das Gleiche gilt für die humanitäre Intervention. Das Überwiegen der Kosten der Gewaltanwendung erhöht dann die erwartbaren Kosten einer falsch-positiven Entscheidung und so das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß.

Schwieriger zu beurteilen ist andererseits der umgekehrte Fall, dass der erwartete Schaden der Gewaltanwendung hinter der angenommenen eigenen Bedrohung *zurückbleibt*, zB weil der möglich erscheinende Angriff ein besonders wertvolles Ziel (zB einen Flugzeugträger) bedroht und der handelnde Staat ihn durch die Zerstörung eines weniger wertvollen Ziels (zB der allein angreifenden Drohne) abwehren kann.[163] Häufig ist das geringere Maß an Gewalt wie in dem Beispiel bereits aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten. Manche Staaten mögen darüber hinaus auch gerade deshalb zu geringerer Gewalt greifen, um die Kosten einer etwaigen Fehlentscheidung niedrig zu halten.[164] Das Zurückbleiben der erwartba-

161 S.o. 7. Kap., III. 2. b, bb, Fn. 361.

162 So der „means-end-Test", vgl. Kretzmer, EJIL 24 (2013), S. 235–282.

163 Vgl. OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 35.

164 Dem Richter im Zivil- oder Strafprozess steht ein solcher „Mittelweg" nicht zur Verfügung, da er die Tatsachen nur als hinreichend erwiesen oder nicht ansehen und die Klage abweisen oder ihr stattgeben kann, den Täter für das betreffende Delikt verurteilen kann oder nicht. Für den von Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1078–1082) angenommenen Kompromiss der Reduzierung der Anspruchshöhe im Zivilrecht oder der Bestrafung für ein weniger schweres Delikt fehlt es in den meisten Rechtsordnungen wohl an einer Grundlage.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Kosten der angewandten Gewalt hinter dem drohenden Schaden senkt die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung.[165] Doch darf dieser Umstand wohl nicht so weit berücksichtigt werden, dass die erforderliche Schwelle unter eine bestimmte *Mindestschwelle* sinkt.[166] Denn aus normativer Sicht – die bei der Interessenabwägung entscheidend ist[167] – ist es auch bei einer Gefahr *ganz erheblichen* Ausmaßes nicht wünschenswert, dass sich ein Akteur auf eine ganz geringe Wahrscheinlichkeit des Bestehens dieser Gefahr verlässt und (wenn auch geringere) Gewalt einsetzt. Eine zu niedrige Schwelle riskierte eine Erosion des Gewaltverbotes, des Kerns des ius contra bellum. Dieser Aspekt lässt sich wiederum als Kostenfaktor begreifen. Auch im ICJ Gabčíkovo-Nagymaros-Fall hielt das Gericht die zum Handlungszeitpunkt bestehende *Möglichkeit* einer Gefahr iSd Art. 25 ARSIWA nicht für ausreichend.[168] Ähnlich ist der Protest gegen den israelischen Angriff auf den Osirak-Reaktor und die Irakinvasion 2003 zu werten, bei dem die Faktenlage als zu vage beurteilt wurde,[169] obwohl die mit geringer Wahrscheinlichkeit drohende Gefahr ganz erheblich war. Wo die Mindestschwelle festzulegen ist, ist schwer zu beantworten und letztlich willkürlich. Ein Wert von 50 % böte den Vorteil, dass er ausreichend hoch erscheint und vergleichsweise leicht festzustellen ist. Denn was ein Staat für *wahrscheinlicher* hält – das Vorliegen des Angriffs oder sein Fehlen – lässt sich im Regelfall beantworten.

Auf dieser Grundlage lassen sich folgende Schlüsse ziehen: Die erwartbaren Kosten einer falsch-positiven Entscheidung sind entweder höher als die einer falsch-negativen (wenn ein Eskalationsrisiko besteht oder der durch die angewandte Gewalt eintretende Schaden den vermeintlich drohenden Schaden übersteigt) oder gleich hoch (wenn kein Eskalationsrisiko besteht und der eintretende hinter dem vermeintlich drohenden Schaden zurückbleibt). Bei einer Eskalationsgefahr sind regelmäßig auch die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung größer 0, wenn auch kleiner als die Eskalationskosten einer falsch-positiven Entscheidung. Die Kosten einer korrekt-negativen Entscheidung sind stets 0, da das Untätigbleiben eines

165 Ebenso Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (62).

166 Zur Möglichkeit einer Untergrenze Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (62). Nicht zu verwechseln ist diese Mindestüberzeugung mit der oben abgelehnten Mindestindizienstärke für die Rationalität einer bestimmten Überzeugung (s.o. 10. Kap., II. 2.). Letzteres würde eine *objektive*, keine subjektive Mindestwahrscheinlichkeit einführen.

167 S.o. 10. Kap. am Anfang.

168 S.o. 2. Kap., Fn. 281.

169 S.o. 7. Kap., III. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staates bei Fehlen einer Gefahrenlage keine (hier relevanten) negativen Folgen hat. Nach der beschriebenen Formel liegt die für eine rationale Entscheidung hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle $P(p)$ damit stets zwischen 1/2 und 1. Je höher die falsch-positiven und die korrekt-positiven Kosten und je niedriger die falsch-negativen Kosten, desto eher tendiert $P(p)$ zu 1.

Innerhalb dieser Spanne kann das Wahrscheinlichkeitsmaß – wie das Ergebnis jeder anderen Interessenabwägung – nicht mit mathematischer Exaktheit bestimmt werden, da sich das erwartete Eskalationsrisiko und die Erheblichkeitsdifferenz zwischen vermeintlich drohender Gefahrenlage und angewandter Gewalt nicht genau quantifizieren lassen. Um das Wahrscheinlichkeitsmaß dennoch praktisch handhabbar zu machen, erscheint es sinnvoll, die unterschiedlichen Szenarien auf Grundlage der erwähnten Formel mit Werten, die den relevanten Faktoren im Regelfall entsprechen mögen, drei verschiedenen Wahrscheinlichkeitsstandards zuzuordnen.[170] Hierdurch wird freilich stark vereinfacht und entstehende Ungenauigkeiten werden in Kauf genommen. Die Szenarien sind in der folgenden Tabelle 3 dargestellt. Maßgeblich sind dabei stets die (aus objektiver ex-ante-Sicht) *erwartbaren* Kosten, wobei es wiederum eines Wahrscheinlichkeitsurteils bedarf, für das die obigen Ausführungen zur Indizienwürdigung gelten.

---

170 Dabei wird das Bestehen eines Eskalationsrisikos im Ausgangspunkt doppelt so schwer gewichtet wie die Erheblichkeit der jeweiligen Gewaltanwendung. Erst wenn entweder die drohende oder die angewandte Gewalt die jeweils andere Gewaltanwendung überwiegen, beeinflusst sie die Fehlerkosten mit demselben Gewicht wie das Eskalationsrisiko. Das lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen: Sowohl die Kosten einer falsch-positiven als auch einer falsch-negativen Entscheidung bestehen zunächst beide aus einem Basiswert von 2, der die jeweiligen Fehlerschäden abbildet (die verursachten Schäden des Opfers bei falscher Entscheidung zum Handeln und die Schäden des Entscheiderstaates bei falscher Entscheidung zum Untätigbleiben). Überwiegt einer dieser Schäden den anderen mehr als unerheblich, erhöht sich sein jeweiliger Wert auf 4, der andere Schaden behält den Wert 2. Zu diesem Wert addiert sich sodann das Eskalationsrisiko: Ein mehr als ganz geringes Eskalationsrisikos erhöht die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um 4, die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung (die ansonsten 0 sind) um 1; fehlt ein Eskalationsrisiko, erhöht dieser Faktor die Kosten einer falsch- oder korrekt-positiven Entscheidung nicht. In den Fn 174-181 sind die Werte für jedes Szenario dargestellt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tabelle 3: Die maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsstandards für den sorgfaltsgemäßen Fehlverdacht in Abhängigkeit von den Kosten einer Fehlentscheidung

	Keine oder ganz geringe Eskalationsgefahr[171]	**Mehr als ganz geringe Eskalationsgefahr[172]**
Drohende Gefahr wesentlich erheblicher als angewandte Gewalt[173]	Überwiegende Wahrscheinlichkeit[174]	Hohe Wahrscheinlichkeit[175]
Drohende Gefahr und angewandte Gewalt gleich erheblich oder drohende Gefahr nur unwesentlich erheblicher[176]	Überwiegende Wahrscheinlichkeit[177]	An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit[178]
Angewandte Gewalt erheblicher als drohende Gefahr[179]	Hohe Wahrscheinlichkeit[180]	An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit[181]

Ein Aspekt ist noch zu ergänzen: Die notwendigen Komponenten einer Haupttatsache – etwa die *Fähigkeit* und der *Wille* zum Angriff – sind häufig nicht gleich wahrscheinlich. *Waxman* hat für diesen Fall vorgeschlagen, dass sich die einzelnen Wahrscheinlichkeiten gegenseitig kompensieren können, die Wahrscheinlichkeit der Angriffsfähigkeit also umso niedriger sein könne, je höher die Wahrscheinlichkeit des Angriffswillens ist.[182] Das überzeugt nicht. Ein Angriff wird nicht insgesamt wahrscheinlicher, weil eine seiner *notwendigen* Bedingungen besonders wahrscheinlich war. Die

171 Dieser Faktor erhöht die Kosten einer positiven Entscheidung nicht.

172 Dieser Faktor erhöht die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um 4, einer korrekt-positiven Entscheidung um 1.

173 Dieser Faktor erhöht den Basiswert der Kosten einer falsch-negativen Entscheidung um 2.

174 Eigentlich müsste unter Zugrundelegung der obigen Werte gelten: $D_{fp} = 2; D_{fn} = 4; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(2-0)}{(4-0)+(2-0)} = \frac{2}{6} = \frac{1}{3}$. Aus den genannten Gründen ist ½ aber die Mindestschwelle.

175 $D_{fp} = 6; D_{fn} = 4; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(6-0)}{(4-1)+(6-0)} = \frac{6}{9} = \frac{2}{3}$.

176 Dieser Faktor erhöht weder den Basiswert der Kosten einer falsch-positiven noch den einer falsch-negativen Entscheidung.

177 $D_{fp} = 2; D_{fn} = 2; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(2-0)}{(2-0)+(2-0)} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}$.

178 $D_{fp} = 6; D_{fn} = 2; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(6-0)}{(2-1)+(-0)} = \frac{6}{7}$.

179 Dieser Faktor erhöht den Basiswert der Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um 2.

180 $D_{fp} = 4; D_{fn} = 2; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(4-0)}{(2-0)+(4-0)} = \frac{4}{6} = \frac{2}{3}$.

181 $D_{fp} = 8; D_{fn} = 2; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P\left(p\right) \geq \frac{(8-0)}{(2-1)+(8-0)} = \frac{8}{9}$ (insoweit ist die erforderliche Wahrscheinlichkeit hier noch etwas höher als in Fn. 178, beide Standards werden aber der Einfachheit halber unter einen Standard gefasst).

182 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (61).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahrscheinlichkeit, dass beide notwendigen Elemente vorliegen – und *nur dann* kann ein Angriff erfolgen – bestimmt sich vielmehr nach dem Produkt der Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten der jeweiligen Ereignisse: $P(A \cap B) = P(A) \bullet P(B)$, wobei $P(A)$ die Wahrscheinlichkeit ist, dass der andere Staat einen Angriffswillen hat, $P(B)$ die Wahrscheinlichkeit, dass er angriffsfähig ist, und beide Ereignisse unabhängig sind. Selbst wenn der Angriffswille sicher ist $(P(A) = 1)$, ist die Wahrscheinlichkeit, dass der angriffswillige Staat auch angriffsfähig ist $(P(A \cap B))$, nur so hoch wie die Wahrscheinlichkeit der Angriffsfähigkeit $P(B)$. Ist keines der beiden Ereignisse sicher, ist $P(A \cap B)$kleiner als die Wahrscheinlichkeiten für die einzelnen Ereignisse.

IV. Reichweite der Subjektivierung bei Indizienermittlung und -würdigung

Sowohl für die Ermittlung als auch für die Würdigung der Indizien ist die konkrete Situation des Staates entscheidend.[183] Das gilt vor allem in zeitlicher Hinsicht: Je spontaner die Reaktion erfolgen muss, desto niedriger sind die an ihn zu stellenden Erwartungen. Unter großem Zeitdruck lässt sich die Umgebung weniger genau überprüfen und die erkannten Informationen lassen sich weniger gewissenhaft würdigen. Etwas anderes mag gelten, wenn der Staat den Zeitdruck selbst verschuldet hat, etwa weil er das vermeintlich gefährliche Objekt später entdeckt, als es von ihm erwartet werden konnte.[184]

Wie weit sich der Rechtsanwender in die Lage des Akteurs versetzen muss, ist indes nicht leicht zu beurteilen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob besonderes *Wissen* und *Unwissen*, spezielle *Fähigkeiten* und *Defizite* des Staates und seiner Amtsträger zu berücksichtigen sind. Eine Armee, die mit modernstem Equipment ausgerüstet und ausgezeichnet ausgebildet ist und die auf ein weit verzweigtes Netz nachrichtendienstlicher Quellen zurückgreifen kann, ist zu anderen Informationsleistungen in der Lage als ein Militär, das nur über elementarste und leidlich gewartete Ausrüstung verfügt. Auch die *subjektiven Erfahrungen* des Entscheidungsträgers und des

183 So auch die völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten, Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (16); OHCHR, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, An Interpretive Guide, S. 6.

184 Der Sache nach handelt es sich um eine actio illicita in causa, dazu sogleich näher.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betroffenen Staates können divergieren. Die Beobachtung von Militärübungen hat gezeigt, dass die Beurteilung eines Objekts als Freund oder Feind durch einen Schützen stark von den jüngeren persönlichen Erfahrungen geprägt ist.[185] Die Entscheidungsträger eines von militärischen Auseinandersetzungen gebeutelten Staats mögen daher nervöser auf Gefahrenanzeichen reagieren als die eines Staat, der seit fünfzig Jahren keinen gewaltsamen Konflikt erfahren hat.[186]

Die Debatte über den richtigen Sorgfaltsstandard – objektiv oder subjektiv – ist nicht nur aus dem nationalen Strafrecht,[187] sondern auch von den völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten bekannt. Im Nicaragua-Fall berücksichtigte der IGH bei der Frage, ob Nicaragua in der Lage war, den Strom von Waffen nach El Salvador zu stoppen, die weitaus geringere Ausstattung Nicaraguas mit dafür geeigneten Mitteln im Vergleich zu den USA.[188] Auch im Völkermord-Urteil stellte der IGH fest, dass die Anwendung von „due diligence" in concreto bewertet werden müsse, wobei verschiedene Faktoren relevant seien: „The first, *which varies greatly from one State to another*, is clearly the *capacity* to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide."[189] In anderen Bereichen – etwa im Investitionsvölkerrecht oder im Tiefseebodenregime – stellte die internationale Rechtsprechung hingegen eine „'sliding scale', from the old 'subjective' criteria that takes into consideration the relatively

185 OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 38.

186 Zum sogenannten Holocaust-Syndrom Israels im Zusammenhang mit dem Sechstagekrieg Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f Fn. 212).

187 Eindrücklich Nourse, New Crim. L. Rev. 11 (2008), S. 33 (34) zur US-Literatur: „Long ago, the criminal law academy appears to have decided that the single most important question about the reasonable man was whether we should require a standard that is 'objective or subjective.'"; eing. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 204–225; in Deutschland, wo Unrecht von Schuld unterschieden wird, hat sich der Kompromiss durchgesetzt, dass der Unrechtstatbestand eine objektive (generelle) Sorgfaltswidrigkeit, die Schuldebene eine subjektive (individuelle) Sorgfaltswidrigkeit verlangt. *Über*durchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten werden überwiegend bereits im Unrechtstatbestand, *unter*durchschnittliche erst bei der Schuld berücksichtigt, Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (16, 23); BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 65; aA MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 95–100; ähnlich zum japanischen Recht Yamanaka, FS Szware, S. 279 (279 f, 288); vgl. auch Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1984), S. 1897 (1910); speziell zum ex-ante-Maßstab beim rechtfertigenden Notstand Roxin, Strafrecht AT I § 16, Rn. 16–18 mwN.

188 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157.

189 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430, Hervorhebung hinzugefügt; s. zu diesen Urteilen auch Koivurova, MPEPIL 1034 (2010), Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

limited existing possibilities of local authorities in a given context, towards an 'objective' standard of vigilance" fest[190] oder wies eine unterschiedliche Behandlung von „developing" und „developed [States]" ausdrücklich zurück.[191] Die ILA schließt aus diesem Bild, dass sich der maßgebliche Standard von Bereich zu Bereich unterscheide.[192]

Der hier interessierende Standard für das Überprüfen einer Sachlage auf das Vorliegen Gewalt rechtfertigender Tatsachen steht der im Nicaragua-Fall formulierten due-diligence-Pflicht am nächsten, die wie festgestellt subjektiver Natur ist. Auch einige der untersuchten Irrtumsfälle weisen in diese Richtung.[193] Tatsächlich erscheint eine gewisse Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs an den Akteur bereits aus dem Grund unverzichtbar, weil die mit Art. 2 (4) UNC formulierte Verhaltenspflicht vom Handelnden nur verlangen kann, was *ihm möglich* gewesen wäre.[194] Ein im Entwicklungsstadium begriffener Staat ist bei der Vermeidung von Fehlvorstellungen also nicht an dem Verhaltensstandard zu messen, den eine hochentwickelte Industrienation mit ihrer technischen und personellen Ausrüstung erreicht hätte. Der Grundsatz der Gleichheit der Staaten wird damit nicht unterlaufen. Im Gegenteil würden ansonsten ohne Grund zwei unterschiedliche Dinge an demselben Maß gemessen[195] – was im Übrigen generell für einen subjektiven Standard streiten mag. Freilich darf die friedenssicherungsrechtliche Sorgfaltsnorm (wie jede Sorgfaltsnorm) auch nicht *zu* stark individualisiert werden: Fügte man der „reasonable person" sämtliche Eigenschaften, Neigungen, Überzeugungen und Gedanken des handelnden Akteurs hinzu, wäre sie davon nicht mehr zu unterscheiden und

190 ICSID, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, Final Award, Rn. 77.

191 ITLOS, Seabed Mining, Advisory Opinion v. 1. Februar 2011, Rn. 158.

192 ILA, Due Diligence, Second Report, S. 15–20, andere stärker subjektive Regime sind danach die due-diligence-Pflichten im Konfliktvölkerrecht und bei den Menschenrechten; im Umweltvölkerrecht ist, angelehnt an Art. 7 der Rio Declaration on Environment and Development (1992) von „common but differentiated responsibilities" die Rede; objektive Standards gelten dagegen für die Pflicht, eigene Staatsangehörige von rechtswidrigem Fischen in einer fremden AWZ abzuhalten sowie bedrohte Meeresarten zu schützen.

193 So berücksichtigte der WMD Commission Report, S. 48 zum Irakkrieg 2003, dass die USA keine Botschaft im Irak besaßen; im Iran-Air-Flight-655-Fall machte Iran geltend, die Crew sei frisch und gut trainiert gewesen, ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 1.88, 4.52.

194 Für das Strafrecht Rostalski, GA (2016), S. 73 (75–77); MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 95.

195 Ebenso für das Strafrecht MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Sorgfaltsnorm verlöre ihren Normcharakter.[196] Tatsächlich beschränkt sich die Diskussion bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten auf die Berücksichtigung besonderer Fähigkeiten und Defizite. Gegenüber der Berücksichtigung auch subjektiver *Erfahrungen* scheint daher Zurückhaltung geboten, auch wenn sich in manchen Irrtumsfällen Anhaltspunkte dafür finden.[197]

Der Schutzzweck des Gewaltverbotes spricht indes dafür, dass einem Staat, der seine Fehlvorstellung in der vermeintlichen Notsituation aufgrund individueller Fähigkeitsdefizite nicht hätte vermeiden können, auch *im Vorfeld* verletzte Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden können.[198] Dazu zählt insbesondere das Übernahmeverschulden, bei dem die Beteiligung an einem militärischen Einsatz wegen individueller Defizite so riskant erscheinen musste, dass sie als sorgfaltswidrig zu qualifizieren ist: Man stelle sich ein Schiff vor, das ausschließlich über (günstige) vollautomatische Waffen verfügt, die ohne vorherige Prüfung jedes herannahende Ziel vernichten. Es ist kein Grund ersichtlich, die grob sorgfaltswidrige Entscheidung, das Schiff einzusetzen, nicht zu berücksichtigen bei der Frage, ob ein späterer Irrtum über den Sachverhalt (nehmen wir an, die „blinden" Waffen des Schiffs versenken ein sich näherndes unbeteiligtes Zivilschiff) vermeidbar war. Auch der IGH knüpfte im Korfu-Kanal-Urteil bei der festgestellten Verletzung des Verbotes, andere Staaten durch das eigene Territorium zu schädigen, letztlich an ein „Vorverhalten" an, nämlich an die ausgebliebene Warnung vor dem Minenfeld durch albanische Behör-

196 Vgl. für das Strafrecht Nourse, in: Dubber/Hörnle, Oxford Handbook of Criminal Law, S. 607 (617 f); Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (15 f); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, Vor. § 13, Rn. 160; Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 295; für Grenzen der Subjektivierung s. auch Nourse, New Crim. L. Rev. 11 (2008), S. 33 (35 f); Art. 121–3 al. 3 Code civil, der Aufgaben, Funktionen, Fähigkeiten und zur Verfügung stehenden Mittel explizit als berücksichtigungsfähig nennt, nicht dagegen Charaktereigenschaften; zu dem damit gefundenen Kompromiss Segonds, Santé et sécurité au travail, Rn. 115–118.

197 So der WMD Commission Report, S. 92 und Butler Report, Rn. 458 zum Irakkrieg 2003 über Erfahrungen aus dem Irakkrieg 1991; Israel beim Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114, ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 51 f.

198 Dazu für das Strafrecht Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (8 f); Herrmann, Brigham Y. Univ. L. Rev. (1986), S. 747 (750–753); Robinson, Virg. L. Rev. 71 (1986), S. 1 (27–50), speziell zur Herbeiführung eines Irrtums über die Erlaubnistatumstände durch fahrlässiges Vorverhalten, ebd. S. 34 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den.[199] Die Figur des Übernahmeverschuldens setzt indes voraus, dass die Nichtvornahme der Tätigkeit zumutbar war.[200] Daneben ist die Verletzung anderer Sorgfaltspflichten im Vorfeld denkbar, deren Schutzzweck die spätere korrekte Tatsachenfeststellung umfasst, etwa die mangelhafte Auswahl der Crew oder die schlechte Wartung technischer Ausrüstung, soweit der Akteur diese Mängel – hier kommt es wieder auf die individuellen Fähigkeiten und den individuellen Wissensstand an – hätte vermeiden können.

11. Kapitel: Die Kontrolle der staatlichen Entscheidung

Nachdem die hinreichende Wahrscheinlichkeit – also die inhaltlichen (Mindest-)Anforderungen an die staatliche Entscheidung zum Gewalteinsatz – definiert sind, stellt sich die Frage ihrer potentiellen Kontrolle. Diese ist durch ein Gericht, aber auch durch ein Organ wie den SR (oder die UN-Generalversammlung) denkbar. Letztere sollten sich in Ausübung dieser quasi-rechtsprechenden Funktion[201] von den für die rechtsprechende Gewalt geltenden Regeln leiten lassen.[202] Wird die Maßnahme *nachträglich* beurteilt, geht es primär darum, ob der Staat das Gewaltverbot verletzt hat, weil sein Irrtum vermeidbar oder sein Fehlverdacht nicht hinreichend wahrscheinlich war. Die Maßnahme selbst kann nicht mehr verhindert werden. Erfolgt die Kontrolle *vor* dem Stattfinden der Gewaltanwendung, wird zwar keine schon eindeutig als solche identifizierbare *Fehl*vorstellung beurteilt, sondern geprüft, ob die staatliche Annahme, es liege ein Erlaubnistatbestand vor, objektiv vernünftig erscheint. Der Sache nach geht es aber um dieselbe Frage, nämlich ob die objektiv ex ante erkennbaren Indizien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Vorliegen der für den Erlaubnissatz erforderlichen Haupttatsachen begründen. Eine solche ex-ante-Kontrolle wird freilich kaum durch ein Gericht geschehen. Denn selbst wenn sich der potentielle Opferstaat (der zB bestreitet, Massenvernich-

199 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 22, es handelte sich um ein „Vorverhalten" zur akuten Schädigung britischer Schiffe, die Albanien zumindest nicht mehr verhindern konnte.

200 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, Vor. § 13, Rn. 160 für das Strafrecht.

201 Dazu Schachter, AJIL 58 (1964), S. 960–965; Doyle, Striking First, S. 62 schlägt vor, dass der SR (antizipierte) unilaterale Gewalteinsätze stets nachträglich auf Grundlage eines nationalen Berichts untersuchen soll.

202 Zur Relevanz von Beweisregeln außerhalb des Gerichtssaals vgl. Kritsiotis, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39 (39); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (21).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungswaffen zu besitzen) an den IGH wendete, um die Rechtswidrigkeit eines sich abzeichnenden Gewalteinsatzes feststellen zu lassen, würde – ganz abgesehen von der Hürde der gerichtlichen Zuständigkeit – auch das Eilverfahren regelmäßig nicht dem Zeitdruck gerecht, der in Situationen dieser Art typischerweise besteht. Zu Vorab-Beurteilungen eines unilateralen Gewalteinsatzes durch den *SR* hingegen mag es in der Praxis (unabhängig von Fehlvorstellungen) bereits gekommen sein. Zumindest „erkannte" der SR nach den Anschlägen vom 11. September in den Resolutionen 1368 und 1373 (2001) das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht „an" – freilich ohne explizit die Fakten darunter zu subsumieren.[203] In Resolution 2249 (2015) forderte er die Mitgliedstaaten im Hinblick auf das vom Islamischen Staat kontrollierte Gebiet im Irak und in Syrien auf, unter Einhaltung der UN-Charta „alle notwendigen Maßnahmen" zu ergreifen.[204] Diese Resolutionen wurden überwiegend als Bestätigung der bereits geltend gemachten individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsansprüche interpretiert und bestärkten viele Staaten darin, sich der militärisch eingreifenden Koalition anzuschließen.[205] Auch wenn die Rechtsnatur solcher „Bestätigungen" unilateraler Erlaubnissätze im Einzelnen hochumstritten ist, erscheint es möglich, sie nicht allein als politische, sondern auch als rechtliche Vorab-Legitimierung des Gewalteinsatzes nach den Maßstäben des jeweils anwendbaren unilateralen Erlaubnissatzes zu verstehen.[206] Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, dass die SR-Mitglieder das *Nichtbestehen* der Gefahrenlage in einer Resolution feststellen. Besteht schließlich kein Konsens unter den ständigen Mitgliedern, ist der Weg über den SR versperrt. Dann bleibt die Beurteilung des Gewalteinsatzes den „eyes of the world"[207], den einzelnen Staaten also, überlassen.

---

203 UN Doc. S/RES/1368 Präambelabsatz 3; S/RES/1373 Präambelabsatz 4.

204 UN Doc. S/RES/2249, para. 5.

205 Für Resolution 2249 s. etwa UK Prime Minister's Response to the Foreign Affairs Select Committee's Second Report of Session 2015–16 (November 2015), S. 15; ähnlich in Deutschland, BT-Drucks. 18/6866; für die Interpretation von Resolution 1368 und 1373 s. nur Franck, AJIL 95 (2001), S. 839 (840); O'Connell, Univ. Pittsburgh L. Rev. 63 (2002), S. 889 (892).

206 Wie hier Johnstone, AJIL Unbound 112 (2018), S. 113–117; anders Hakimi, AJIL 112 (2018), S. 151–190 (insb. 185), die zwar eine rechtliche Entscheidung annimmt, aber nicht über die generelle Regel, sondern nur über die besonderen Umstände; offenlassend, ob überhaupt rechtliche Wirkung Akande/Milanovic, EJIL: Talk!, 21. November 2015.

207 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 169.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der potentiellen Kontrolle stellen sich im Wesentlichen drei Fragen: wie werden die dem Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde liegenden Indizien bewiesen (I), wie weit reicht die Überprüfung der vom Staat angestellten Indizienwürdigung (II) und wie lässt sich die mögliche Kollision der Offenlegung dieser Indizien mit Geheimhaltungsinteressen des handelnden Staates auflösen (III)?

I. Beweis der Indizien

Das völkerrechtliche Beweisrecht ist weniger entwickelt als die materiellen Regeln. Häufig stützen sich internationale Gerichte auf unstreitige Fakten und erwähnen die Beweislast und das erforderliche Beweismaß nur am Rande.[208] Dennoch lassen sich aus Rechtsprechung und Literatur einige Grundsätze herleiten und für den hier interessierenden Kontext fruchtbar machen.

1. Beweislast

Muss der handelnde Staat das Vorliegen der Indizien beweisen, die die Haupttatsache nahelegten, oder muss umgekehrt der Opferstaat das Fehlen dieser Indizien beweisen? Der vor internationalen Gerichten und Tribunalen geltende Satz, dass derjenige Staat die Tatsachen beweisen muss, auf die er sich beruft[209] und die seine Klage oder Verteidigung stützen,[210] gibt für diese Frage keine eindeutige Antwort: Die Existenz eines unvermeidbaren Irrtums ließe sich als Verteidigung, das Vorliegen des Handlungsunrechts als Teil der Klage formulieren. Klarheit verschafft aber ein zweiter Grundsatz, nach dem derjenige, der sich auf eine *Ausnahme* beruft, die dieser zugrunde liegenden Umstände beweisen muss,[211] womit nicht nur die Beweisführungslast (burden of producing evidence), sondern auch die Last eines non liquet, also die materielle Beweislast (burden of persuasion) ge-

208 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (27 f); vgl. auch Shaw, in: Rosenne's Law and Practice, Vol. III, S. 1065.

209 ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101; ICJ, Pulp Mills, Rn. 162; Shaw, in: Rosenne's Law and Practice, Vol. III, S. 1067.

210 Auf diesen letzten entscheidenden Aspekt gehen die Gerichte zu selten ein, Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (41 f).

211 Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (243); Amerasinghe, Evidence in International Litigation, S. 215 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meint ist.[212] Dem liegt zugrunde, dass beim Handeln zuwider einer Regel die Vermutung rechtmäßigen Verhaltens nicht mehr gilt.[213] Der sich auf eine Ausnahme berufende Akteur weicht vom empirisch betrachtet *normalen* Verhalten ab, was begründungsbedürftig ist.[214] Ausnahmen vom Gewaltverbot sind – wie bereits ihre Bezeichnung nahelegt – Ausnahmen von der Regel und die sie begründenden Haupttatsachen daher von dem Staat zu beweisen, der sich auf sie beruft. Dass hier konzeptuell von einem Rechtfertigungsgrund, sogar einem Erlaubnissatz ausgegangen wird,[215] ändert an diesem Verhältnis nichts. Die internationale Rechtsprechung hat wiederholt deutlich gemacht, dass nicht nur die Tatsachen eines Rechtswidrigkeitsausschließungsgrundes iSd Kapitels V ARSIWA von demjenigen zu beweisen sind, der sich darauf beruft,[216] sondern auch die auf Primärebene eingreifenden Erlaubnissätze wie Art. 51 UNC.[217]

Zwar geht es beim Irrtum und Fehlverdacht nicht um den Beweis der einen Erlaubnissatz *objektiv* begründenden Haupttatsachen. Auch wenn sich der handelnde Staat aber auf einen „eingeschränkten Rechtfertigungsgrund" – das Fehlen eines Handlungsunrechts – beruft, wird von der Regel abgewichen, da ein objektiv ungerechtfertigter Staat regelmäßig um das Fehlen einer Rechtfertigung weiß. Es obliegt daher dem handelnden Staat, das exzeptionelle Fehlen dieser Kenntnis ebenso wie die Indizien zu beweisen, die die Unvermeidbarkeit des Irrtums bzw. die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Fehlverdachts begründen.[218]

---

212 Vgl. Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (35), die sich überhaupt nur der materiellen Beweislast widmet, ebd. S. 29; zu dieser Unterscheidung s. Kokott, Burden of Proof, S. 151.

213 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (36 f, 63); ähnlich Amerasinghe, Evidence in International Litigation, S. 215 f.

214 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (63).

215 S.o. 9. Kap., III. 4.

216 Internationaler Seegerichtshof, M/V Saiga, Urteil v. 1. Juli 1999, Rn. 135; ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 52–57 (zur necessity) war wohl keine Beweislastentscheidung, sondern das Gericht war vom Fehlen einer zum Handlungszeitpunkt bestehenden Gefahr überzeugt, s. insb. ebd. Rn. 57; im Sinne einer Beweislastentscheidung aber ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, Separate Opinion Koroma, 1997, S. 141; vgl. auch Chapter V ARSIWA, Commentary (8).

217 Vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 152 f; ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51, 57, 59, 61.

218 Ebenso Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Beweismaß

Des Weiteren stellt sich die Frage, bis zu welchem Überzeugungsgrad des Kontrollorgans der handelnde Staat das ex-ante-Vorliegen der *Indizien* beweisen muss, die seiner Entscheidung zum Handeln zugrundelagen. In der Literatur wird dieses Beweismaß bislang nicht von dem *ex-ante*-Überzeugungsgrad des handelnden Staates über das Vorliegen der Haupttatsache unterschieden.[219] Dabei darf bei den auch hier gezogenen Parallelen von dieser ex-ante-Wahrscheinlichkeit zu gerichtlichen Beweisstandards nicht übersehen werden, dass es zumindest bei der ex-post-Kontrolle des fehlvorstellungsbehafteten Gewalteinsatzes um eine ganz andere Überzeugung geht: Nicht die Überzeugung des handelnden Staates zum Handlungszeitpunkt von dem Vorliegen des Angriffs oder anderer Haupttatsachen, sondern die *Überzeugung des Kontrollorgans zum Kontrollzeitpunkt von dem ex-ante-Vorliegen der Indizien* steht hier in Rede. Eine Verteidigungsmaßnahme mag zum Handlungszeitpunkt schon bei einer 51-prozentigen Wahrscheinlichkeit eines bevorstehenden Angriffs vernünftig erschienen sein, weil ein hoher Schaden drohte, die Verteidigungsmaßnahme marginale Beeinträchtigungen zur Folge hatte und keine Eskalationsgefahr bestand. Dennoch mag für den ex-post-Beweis der ex ante vorliegenden *Indizien* ein höheres Beweismaß als eine 51-prozentige Wahrscheinlichkeit geboten sein. Denn es geht nicht mehr um das Risiko, dass *der Staat* eine Fehlentscheidung trifft (diese ist schon nicht mehr rückgängig zu machen), sondern das Kontrollorgan.

In der völkerrechtlichen Rechtsprechung existiert kein einheitlicher Standard für den Beweis einer Tatsache vor Gericht.[220] Auch wenn teilweise der Standard der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (preponderance of evidence) als prinzipielles Beweismaß angesehen wird,[221] geht zumindest bei der Feststellung schwerer Völkerrechtsverletzungen die Tendenz hin zu einem höheren Beweismaß: einer hohen Wahrscheinlichkeit (clear and convincing evidence)[222] oder gar eines Vollbeweises (full conviction). Letz-

219 S. die Nachweise im 10. Kap., III., Fn. 117, besonders deutlich Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (248–254).

220 Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (243); das mag an den jedenfalls formalen Unterschieden zwischen Beweisstandards im Common und im Civil Law liegen, dazu Schweizer, Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 217 (217 f).

221 Kazazi/Shifman, Int'l L. For. Dr. Int'l 1 (1999), S. 193 (195); krit. J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (167).

222 Vgl. Dadras International et al. Case, Iran-US CTR 31 (1995), S. 127 (Rn. 123 f) (zur Urkundenfälschung); Amerasinghe, Evidence in International Litigation,

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teres hat der IGH etwa beim Völkermord,[223] bei der Misshandlung von Kriegsgefangenen[224] und möglicherweise auch beim Minenlegen[225] verlangt. Auch im Bereich des Gewaltverbotes scheint der IGH zumindest das Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit anzulegen.[226] So betonten die Richter im Nicaragua-Urteil, dass, wenn auch kein „full proof" existiere, „it cannot overlook a number of concordant indications, […] from which it can *reasonably* infer the provision of a certain amount of aid".[227] An anderer Stelle heißt es, dass „there is no *clear evidence* of the United States having actually exercised such a degree of control […] as to justify treating the *contras* as acting on its behalf".[228] Im Ölplattformen-Urteil ließen die Richter „evidence [that] is highly suggestive, but not conclusive" nicht genügen.[229] Das Armed-Activities-Urteil legt ein ähnliches Beweismaß zugrunde, auch wenn die Meinungen darüber auseinander gehen.[230]

Diese höheren Anforderungen für schwere Völkerrechtsverstöße scheinen nach dem zur subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie Gesagten zunächst rational begründbar: Je höher die Kosten einer falsch-positiven und je niedriger die einer falsch-negativen Entscheidung, desto höher sollte das erforderliche Beweismaß für eine positive Entscheidung sein.[231] Sind die

---

S. 373–375; Partial Awards on Prisoners of War, Eritrea v. Ethiopia, Rn. 37, ILM 5 (2003), S. 1056 (1063) (zu Verletzungen des Konfliktvölkerrechts).

223 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 209 (fully conclusive evidence).

224 Partial Awards on Prisoners of War, Rn. 37, ILM 5 (2003), S. 1056 (1063) (clear and convincing evidence).

225 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 17 (conclusive evidence), S. 18 (no room for reasonable doubt), wobei das Urteil auch Anhaltspunkte für andere Standards bietet, s. J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (177).

226 Ebenso J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (172 f); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (22–24); Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. (61 f).

227 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 152, Hervorhebung hinzugefügt; vgl. aber auch ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101 („sufficient proof").

228 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 109, erste Hervorhebung hinzugefügt; ebenso Rn. 29.

229 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 71.

230 S. insb. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 72, 91, 136; die von J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (175 f) für ein geringeres Beweismaß angeführten Stellen im Urteil (Rn. 62, 71, 159–161) kann man auch anders deuten. Insb. der Ausdruck „it has not been established to the satisfaction of the court" (Rn. 71, ähnlich Rn. 62) kann nach kontinentaleuropäischem Verständnis bedeuten, dass der Beweis nicht erbracht wurde, ohne ein Beweismaß zu spezifizieren. Andere Stellen (Rn. 160) mögen allein auf die Unergiebigkeit und Unglaubhaftigkeit der Beweismittel bezogen sein.

231 S.o. 10. Kap., III.; so insb. ICJ, Oil Platforms, Separate Opinion Higgins, Merits, 2003, Rn. 33; J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (167 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Interessen beider Parteien eines Rechtsstreits vor dem IGH gleich hoch, ist das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit rational. Geht es hingegen um die ex-post-Feststellung besonders schwerer Völkerrechtsverletzungen, durch die das internationale Ansehen des Rechtsverletzers erheblich beschädigt würde, hat er regelmäßig mehr zu verlieren als das Opfer zu gewinnen und ein höheres Beweismaß ist geboten.[232] Diese Logik stößt jedoch insoweit an ihre Grenzen, als das vom IGH zugrunde gelegte hohe Beweismaß nicht nur die die *Gewaltanwendung* begründenden Tatsachen umfasst,[233] sondern auch die vom potentiellen Gewaltverbotsverletzer zu beweisenden Umstände seiner *Ausnahmen* umschließt: Einige der erwähnten Rechtsprechungspassagen sind gerade auf die (für die volle Rechtfertigung entscheidende) Existenz eines bewaffneten Angriffs bezogen.[234] Mit dem *Schutz* des potentiellen Gewaltverbotsverletzers vor der falschen Feststellung eines Gewaltverbotsverstoßes kann dies kaum erklärt werden, würde das Eingreifen einer Ausnahme vom Gewaltverbot ihm doch nützen statt zu schaden. Ein Grund für das einheitliche Beweismaß für Regel und Ausnahmen des Gewaltverbotes mag vielmehr darin liegen, dass entgegen der hier befürworteten Sicht[235] verbreitet angenommen wird, die Feststellung eines bewaffneten Angriffs beinhalte stets die Feststellung einer Gewaltverbotsverletzung des Angreifers. In diesem Fall müsste das Beweismaß für die von jeder Seite zu beweisenden Tatsachen identisch sein; die maßgebliche Weiche wäre dann mit der Verteilung der Beweislast gestellt.[236] Nach der hier zugrunde gelegten Konzeption ist dies zwar nicht zwingend. Dennoch leuchtet es auch nach dieser Sicht ein, dass eine mit hoher Wahrscheinlichkeit bewiesene „tatbestandliche" Gewaltanwendung ein so starkes Indiz für die Verletzung des Gewaltverbotes dar-

232 Für den entsprechenden Gedanken im Common Law vgl. Addington v. State of Texas (1979), 441 U.S. 418, 423.

233 S. die Passagen oben in Fn. 228.

234 Namentlich die Passagen oben in Fn. 227, 229.

235 S.o. 9. Kap., III. 3. b. am Ende.

236 Anderes gilt im Strafrecht. In den USA reicht es je nach Jurisdiktion aus, dass der Angeklagte die tatsächlichen Umstände der Notwehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweist (Smart v. Leeke, 873 F.2d 1558 (1989), 4th Cir.; Martin v. Ohio, 480 U.S. 228 (1987), Supreme Court), oder gar die Staatsanwaltschaft ihr Fehlen jenseits vernünftiger Zweifel beweisen muss (State v. Davis, 282 S.C. 45 (1984), Supreme Court of South Carolina; vgl. Mueller/Kirckpatrick, Evidence, 5. Aufl, S. 137, 140 f, so auch in England, R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 91, und in Deutschland, MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 257).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellt, dass an das Vorliegen einer Ausnahme ebenso hohe Anforderungen zu stellen sind wie an die tatbestandliche Regel.

Verlangt man mit dem IGH für den Beweis der rechtfertigenden Umstände demnach eine hohe Wahrscheinlichkeit, so muss derselbe Maßstab für den Beweis der eine eingeschränkte Rechtfertigung begründenden ex-ante-Indizien gelten.

II. Nachprüfung der Indizienwürdigung

Im Falle der ex-post-Kontrolle eines Fehlverdachts ist es zuvor bereits zu einer Indizienwürdigung durch den handelnden Staat gekommen und der Staat hat auf ihrer Grundlage Gewalt eingesetzt. Hier kommen zwei mögliche Kontrollstandards in Betracht: Entweder beschränken sich das Gericht bzw. der SR auf die Prüfung, ob die Überzeugungsbildung des Staates *rational* war, also nicht gegen Erfahrungssätze, Denk- und Naturgesetze verstoßen hat, oder sie ersetzen die Würdigung des Staates vollständig durch ihre eigene Indizienwürdigung, wobei sie freilich selbst Erfahrungssätze, Denk- und Naturgesetze einhalten müssen.[237] Gegen eine auf Rationalität beschränkte Kontrolldichte spricht, dass man dem Staat damit einen weiten Beurteilungsspielraum zubilligte, innerhalb dessen er politischen Erwägungen walten lassen könnte. Das gilt insbesondere dann, wenn man sich aus den genannten Gründen nicht in der Lage sieht, das Vorliegen einer rationalen Entscheidung von einer Mindeststärke der Indizien abhängig zu machen.[238] Auch ein Staat, der von einer tatsächlich nicht bestehenden Angriffsgefahr zwar überzeugt ist, seine politische Entscheidung zum Gewalteinsatz aber auf völlig vage Indizien stützt, wäre eingeschränkt gerechtfertigt, solange seine Überzeugung die (geringen) Anforderungen der Rationalität einhält. Das riskierte eine Flexibilisierung des Gewaltverbotes, die mit dessen Normzweck kaum vereinbar scheint. Anders als Art. 39 UNC für den SR[239] legen auch weder Art. 2 (4) noch Art. 51 UNC die Existenz eines solchen unilateralen Beurteilungsspielraumes nahe.

Die Alternative – die Ersetzung der Indizienwürdigung durch das Kontrollorgan – setzt sich auf den ersten Blick dem Einwand aus, dass das Kontrollorgan den handelnden Staat an einem Standard misst, der diesem zum

237 Zur Bindung des SR an diese Grenzen noch unten 17. Kap., II. 2. a.
238 S.o. 10. Kap., II. 3.
239 Zum Einschätzungsspielraum s.u. 17. Kap., II.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handlungszeitpunkt nicht notwendigerweise bekannt sein konnte, und letztlich einen Sorgfaltsmaßstab für einen kognitiven Vorgang erfindet, der sich wie festgestellt nicht vollständig objektivieren lässt. Bei näherem Hinsehen lassen sich diese Bedenken jedoch zerstreuen. Denn Sorgfaltsnormen basieren auf normativen Wertungen, nicht auf empirischen Beobachtungen. Es ist durchaus möglich – und bei Fahrlässigkeitsurteilen sogar die Regel –, dass diese Wertungen vom kontrollierenden Organ festgelegt werden, obwohl handfeste objektive Kriterien fehlen und es nicht „die eine" objektiv richtige Entscheidung gibt. Den Entscheidungen eines Gerichts oder des SR, die prozessualen Anforderungen unterliegen und nicht selbst in das Geschehen verwickelt sind, ist ein höheres Maß an Objektivität zuzutrauen[240] als dem in das Geschehen verwickelten und von politischen Zielen beeinflussten Staat, sodass sich die Indizienwürdigung ersterer durchsetzen sollte. Im Ergebnis besteht also kein Grund, die Kontrolldichte hier auf eine bloße Rationalitäts- oder Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken. Doch erlangt dieser Mindeststandard noch Bedeutung bei der gerichtlichen Kontrolle einer Kapitel-VII-Resolution des SR, die einer Fehlvorstellung unterliegt. Denn hier liegen die Dinge anders.[241]

Auch bei der (seltenen) ex-ante-Kontrolle kann der handelnde Akteur bereits eine Indizienwürdigung angestellt haben und zu dem Ergebnis gelangt sein, dass die Haupttatsache hinreichend wahrscheinlich oder sogar gewiss ist. Im Unterschied zur ex-post-Kontrolle hat er auf dieser Grundlage aber noch nicht zur Gewalt gegriffen. Hier muss die gerichtliche oder gerichtsähnliche Würdigung der Indizien gegenüber der Würdigung des Staates erst recht den Vorzug haben, weil der Staat sie noch berücksichtigen kann.

III. Pflicht zur Offenlegung der Indizien und Geheimhaltungsinteressen

Um vor Gericht oder dem SR den Beweis der eingeschränkten Rechtfertigung zu führen, muss der handelnde Staat die relevanten Indizien offenlegen. Doch auch wenn eine formalisierte Kontrolle ausbleibt, müssen die

240 Zu diesem Argument beim Beurteilungsspielraum des SR Martenczuk, Rechtsbindung, S. 243; vgl. im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitserfordernis bei Selbstverteidigung Franck, AJIL 102 (2008), S. 715 (717 f); van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 16–20.

241 S.u. 17. Kap., II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anderen Staaten die maßgeblichen Indizien kennen, damit zumindest sie den Gewalteinsatz beurteilen können. Ein primär dezentral verwaltetes System wie das ius contra bellum ist auf diese gegenseitige Kontrolle in besonderem Maße angewiesen.[242] Dieses Bedürfnis spricht entscheidend dafür, dass der handelnde Staat die Indizien grundsätzlich enthüllen muss, und zwar – so die Zeit dies erlaubt[243] – noch vor Durchführung des Gewalteinsatzes,[244] ansonsten danach.[245] Konstruieren lässt sich diese Pflicht als vertragliche Nebenpflicht aus Art. 51 S. 2 UNC, der den Verteidigerstaat verpflichtet, seine Maßnahme dem SR anzuzeigen. Auch wenn viele Artikel-51-Briefe der Staaten an den SR bis heute eine umfassende Darstellung der tatsächlichen Grundlagen der Selbstverteidigungsmaßnahme vermissen lassen,[246] finden sich in der Staatenpraxis Anhaltspunkte für eine Offenlegungspflicht.[247] So forderten Staaten einander in der Vergangenheit zur Offenlegung von Indizien auf[248] oder enthüllten Indizien von sich aus. Die Powell-Rede im SR vor der Irakinvasion ist ein prominentes Beispiel.[249] Doch auch bei „originär" unilateralen Maßnahmen kam es zur Offenlegung von Indizien.[250] Man kann diese Enthüllungen so verstehen,

242 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 169; van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 64 f.

243 Zu zeitlichen Beschränkungen Jacobsson, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (41).

244 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 174; Charney, AJIL 95 (2001), S. 835 (836); Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (547); Ruys, Armed Attack, S. 509 f; Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (185 f).

245 S. umf. van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 21–62.

246 Vgl. van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 29–44.

247 Krit. das Tallinn Manual 2.0, Section 1, Commentary (13), die bisherige Staatenpraxis und opinio iuris sei unzureichend. Die völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten jedenfalls, die einen Staat zur Notifizierung der Daten seiner Risikobewertung verpflichten (zB Art. 8, 13 ILC Draft Articles on Prevention), sind nicht ohne weiteres auf Gewaltanwendungen übertragbar, sollen sie den anderen Staaten doch primär die Gefahrenabwehr, weniger eine Kontrolle ermöglichen.

248 So Japan gegenüber den USA bei den Tanker-Angriffen 2019 (s.o. 7. Kap., III. 2. d), Shim, Japan Requests Proof of Iran Involvement in Tanker Attack, UPI v. 16. Juni 2019.

249 S/PV.4701, S. 3–17, näher s.u. 14. Kap., III. 1. a.

250 Im Tanker-Fall (Fn. 248) veröffentlichten die USA noch vor der japanischen Aufforderung bereits ein Video; nach den Luftangriffen auf Libyen nach dem Attentat in Westberlin 1986 (s.o. 7. Kap., III. 3. b) legten die USA Beweise von sich aus offen, Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (549); Großbritannien und

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass sie nicht ausschließlich politisch motiviert waren,[251] obwohl die USA dies 2016 geltend machten.[252] Auch Expertenpapiere wie die *Leiden Policy Recommendations* und die *Chatham House Principles* formulieren eine Pflicht, antizipierte Selbstverteidigungshandlungen unter Hinweis auf die vorhandenen Indizien öffentlich zu rechtfertigen.[253]

Nicht selten kollidiert die Offenlegungspflicht jedoch mit legitimen Geheimhaltungsinteressen des handelnden Staates.[254] So kann eine Offenlegung nationale Sicherheitsinteressen und Zeugen gefährden oder (bei ausländischen Nachrichtendienstinformationen) Geheimhaltungspflichten aus bi- oder multilateralen Abkommen[255] zuwiderlaufen.[256] Bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten erkennt die Staatenpraxis zum Schutz von Sicherheitsinteressen Ausnahmen von der Pflicht zur Information über gefährliche Tätigkeiten an.[257] Auch das Recht auf ein faires Verfahren bei der gerichtlichen Überprüfung staatlicher Maßnahmen gegenüber

---

Frankreich erläuterten nach ihren Luftangriffen auf syrische Ziele im April 2018 die (zum Teil aus nachrichtendienstlichen Quellen stammenden) Indizien, auf denen ihre Überzeugung basierte, S/PV.8233, S. 6, 8.

251 Vgl. die Formulierung Powells: „I asked for this meeting today for two purposes: first, to support the core assessments made by Mr. Blix and Mr. ElBaradei. As Mr. Blix reported to the Council on 27 January, '…Irak appears not to have come to a genuine acceptance – not even today – of the disarmament that was demanded of it' (S/PV.4692, p. 3). […] My second purpose today is to provide you with additional information and to share with you what the United States knows about Iraq's weapons of mass destruction as well as Iraq's involvement in terrorism […]. I might add, at this point, that we are providing all the relevant information we can to the inspection teams, for them to do their work.", S/PV.4701, S. 2. Darin schwingt die Anerkennung eines Informationsanspruchs der übrigen Staaten mit, den diese zuvor angedeutet hatten (White, Putin Demands Proof Over Iraqi Weapons, TheGuardian v. 12. Oktober 2002), sowie dass die Inspekteure andernfalls ihre Aufgabe nicht erfüllen könnten.

252 US-Völkerrechtsberater Egan in einer Rede, abgedruckt in Berk. J. Int'l L. 35 (2017), S. 169 (177).

253 Leiden Policy Recommendations on Counterterrorism and International Law (2010), Rn. 48; Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 963 (968).

254 Vgl. Jacobsson, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (42).

255 Ein Beispiel ist das mittlerweile bekannte UKUSA-Agreement, das außer England und den USA heute auch Australien, Kanada und Neuseeland umfasst.

256 Problematisch ist Transparenz etwa auch bei Verletzungen des Konfliktvölkerrechts oder von Menschenrechten, dazu Alston, Harvard Nt'l Sec. J. 2 (2011), S. 283 (308–318).

257 Art. 14 ILC Draft Articles on Prevention; Art. 31 Convention on the Law of the Non-navigational uses of International Watercourses.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem Individuum kann zugunsten staatlicher Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden. So können im Vereinigten Königreich Nachrichtendienstinformationen in geschlossenen Verfahren (closed material procedures) als Beweismittel eingeführt und die Kenntnisnahme auf den Richter und spezielle Anwälte (special advocates) beschränkt werden. Letztere vertreten die betroffene Person, dürfen dieser aber nur sehr eingeschränkt Informationen übermitteln.[258] In diesen Verfahren wird auch die Einstufung der Information als geheim überprüft.[259] Auch in Kanada[260] oder Neuseeland[261] kommen spezielle Anwälte zum Einsatz. Im niederländischen Strafverfahren können Aussagen von Nachrichtendienstmitarbeitern verwertet werden, die sie anonym als abgeschirmte Zeugen machen.[262] In anderen Ländern können entsprechende Aussagen als indirekte Beweismittel eingeführt werden.[263] Der EGMR hat Einschränkungen der prozessualen Waffengleichheit zugunsten staatlicher Geheimhaltungsinteressen gebilligt, soweit die Einschränkung unbedingt erforderlich war, wobei der EGMR den gerichtlichen Entscheidungsprozess nur eingeschränkt überprüft.[264] Eine Gerichtsentscheidung dürfe indes nicht entscheidend auf anonyme Aussagen gestützt,[265] die Verteidigungsrechte nicht ohne Grund extrem verkürzt[266] und die wesentlichen Gesichtspunkte des Falles müssten offengelegt werden, um eine effektive Verteidigung[267] und das öffentliche Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten.[268]

Auch im ius contra bellum müssen die von der Offenlegungspflicht geschützten Interessen – die Kontrollierbarkeit der staatlichen Gewaltanwen-

---

258 Justice and Security Act (2013), S. 6–14; European Parliament (EP) Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 22.
259 Vgl. Tomkins, Curr. Legal Problems 64 (2011), S. 215 (217).
260 Vgl. Sections 85 ff Bill C-3 v. 14. Februar 2008.
261 Vgl. Sections 263–271 Immigration Act 2009; NZLC, National Security Information in Proceedings, Rn. 4.17–4.20.
262 Art. 226m-226s Niederländische Strafprozessordnung, Vierter Abschnitt E, eingefügt durch den Wet afgeschermde getuigen (2006); EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 25.
263 So in Deutschland, Spanien und Schweden, EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 26 f.
264 ECHR (Gr. Ch.), Fitt v. UK, 29777/96, 2000, Rn. 46; ECHR (Gr. Ch.), Jasper v. UK, 27052/95, 2000, Rn. 53.
265 ECHR (Chamber), Doorson v. the Netherlands, 20524/92, 1996, Rn. 76.
266 Vgl. ECHR (Chamber), Van Mechelen et al. v. the Netherlands, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, 1997, Rn. 59 f.
267 Vgl. ECHR (Gr. Ch.), A et al. v. UK, 3455/05, 2009, Rn. 220–224.
268 Vgl. ECHR (1st Section), Anguelova v. Bulgaria, 38361/97, 2002, Rn. 140.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung und damit das Vertrauen in die Integrität des sich selbstverwaltenden Völkerrechtssystems – mit den Geheimhaltungsinteressen abgewogen werden. Weder kann sich ein Staat vollständig hinter von ihm selbst als geheim eingestuften Dokumenten verschanzen, noch dürfen seine Geheimhaltungsinteressen gänzlich unberücksichtigt bleiben. Literaturstimmen, die die Offenlegung an ein Zumutbarkeitskriterium knüpfen,[269] ist daher im Grundsatz beizupflichten. Selbst legitime Geheimhaltungsinteressen berechtigen den Staat aber nicht dazu, Informationen vollständig zu verweigern. Die Zulässigkeit solcher gänzlich „geheimen Beweise" vor einem Gericht schränkte die Gleichheit der Parteien[270] zu stark ein.[271] Außerhalb eines Gerichts machte sie jede Kontrolle durch andere Staaten unmöglich. In Anlehnung an die EGMR-Rechtsprechung liegt es nahe, dass eine Einschränkung der Offenlegungspflicht erstens absolut erforderlich sein muss und zweitens nur so weit gehen darf, wie der Öffentlichkeit noch ausreichend Informationen für eine zumindest rudimentäre Beurteilung der Maßnahme zur Verfügung stehen. Drittens – hier wird indes der Bereich der lex ferenda betreten – sollten selbst Informationen, bei denen das Interesse an ihrer Geheimhaltung überwiegt, nicht vollständig unter Verschluss bleiben, sondern im Rahmen geschlossener Verfahren vor einem Gericht oder dem SR offengelegt werden.[272] Der Rückgriff auf spezielle Anwälte im nationalen Recht könnte bei der Einrichtung dieser Verfahren als Blaupause dienen. Der handelnde Staat muss sich auf die Geheimhaltung durch die beteiligten Akteure verlassen können, da seine Kooperationsbereitschaft ansonsten gering ist.[273] Innerhalb dieser Verfahren könnte

269 Schmitt, Counter-Terrorism, S. 70–72; s. auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (65).

270 Dazu Shaw, in: Rosenne's Law and Practice, Vol. III, S. 1079–1983; Kotuby/Sobota, General Principles of Law, S. 176–183.

271 Vgl. Kotuby/Sobota, General Principles of Law, S. 179 („The fundamentals of a trial are denied when a decision is made upon the strength of evidential facts not spread upon the record and thus not made available for one of the parties to appreciate and address"); vgl. auch Ohio Bell el. Co. v. Pub. Utils. Comm'n, 301 U.S. 292, 300 (1937).

272 So im Ansatz bereits Schmitt, Counter-Terrorism, S. 72; zur Offenlegung vor dem SR s. auch Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (185 f).

273 Anschaulich Joyner, International Law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction, S. 292: „The intelligence which states collect on WMD threats […] is intelligence of the highest sensitivity, and will have been collected through means the secrecy of which the collecting state will protect at all costs. [It] will simply not be shared by states with a group as diverse as the Security Council, no matter who the collecting state is".

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch überprüft werden, ob die betreffende Information sensibel genug ist, um sie der Öffentlichkeit vorzuenthalten.[274] Idealerweise kämen sie selbst dann zum Einsatz, wenn es weder zur Debatte im SR noch zu einem Gerichtsverfahren kommt und die Beurteilung der Staatenwelt obliegt.

12. Kapitel: Relevanter Personenkreis

I. Grundlagen zur Wissens- und Verschuldenszurechnung

Ob beim Verteidigungswillen im Rahmen des Selbstverteidigungsrechts, beim animus aggressionis, beim Vorsatz in Bezug auf die „tatbestandliche" Gewaltanwendung oder bei den hier interessierenden Fehlvorstellungen auf Rechtfertigungsebene: In jeder völkerrechtlichen Debatte über die Notwendigkeit eines *subjektiven* Tatbestandsmerkmales wird der Einwand formuliert, ein Staat selbst besitze überhaupt keine Vorstellung. Jedenfalls sei es unmöglich, sie zu ermitteln.[275] Dass ein Staat, eine juristische Person, keine eigene Vorstellung besitzt, lässt sich nicht bestreiten. Es sind die für ihn handelnden natürlichen Personen, deren Sinne die wahrnehmbaren Informationen erfassen, deren Gehirne sie verarbeiten und eine Vorstellung von der tatsächlichen Umwelt bilden – ein kognitiver Prozess, der Disziplinen wie die Neurowissenschaft, Psychologie oder Ökonomie bis heute beschäftigt.[276] Wenn in juristischen Zusammenhängen von der Vorstellung „eines Staates" gesprochen wird, ist damit der Kenntnisstand natürlicher Personen gemeint, der dem Staat als eigenes Wissen zugerechnet wird. Bei genauem Hinsehen handelt es sich um eine doppelte Zurechnung: Das Wissen natürlicher Personen (sogenannter Organwalter) wird zunächst einem staatlichen Organ zugerechnet, das Wissen dieses Organs dann dem Staat.[277]

---

274 Zum Problem fehlender Möglichkeiten, die Klassifizierung von Informationen effektiv zu überprüfen EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 29–31.

275 S.o. 5. Kap., I., Fn. 14.

276 Zur neueren neurowissenschaftlichen Entscheidungsforschung, die das Gehirn als „komplexe Interpretations- und Vorhersagemaschine" ansieht, Glöckner/Towfigh, Deutsche Richterzeitung, 7 (2015), S. 270 (271); vertiefter Clark, Behavioral and Brain Sciences 36 (2013), S. 1–21.

277 Vgl. zu juristischen Personen des nationalen Rechts MüKoBGB/Leuschner, § 26, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser Zurechnungsprozess, durch den das Verhalten und das Wissen des Organwalters *zu dem des Staates wird* – dieser also nicht nur für *fremdes* Verhalten und Wissen *einstehen* muss –, ist aus den nationalen Rechtsordnungen bekannt, die sich im Bereich juristischer Personen für die sogenannte Organtheorie (in Abgrenzung zur Mandats- oder Vertretertheorie) entschieden haben.[278] Art. 4 ARSIWA deutet darauf hin, dass auch das Völkerrecht diese Konzeption zugrunde legt, auch wenn sich die Zurechnungsartikel der ILC-Artikel als solche auf die Zurechnung für den Zweck der Staatenverantwortlichkeit beschränken.[279] Denn nach Art. 4 ARSIWA ist das Verhalten eines Staatsorgans *als Verhalten des Staates* zu beurteilen („shall be considered an act of that State"). Zwar findet die Zurechnung von *Wissen* im Kapitel II ARSIWA keine Erwähnung. Es wäre aber nicht zu erklären, warum die Unfähigkeit eines Staates, selbst zu handeln,[280] mit der Zurechnung des Verhaltens seiner Organe umschifft werden sollte, seine Unfähigkeit, eine Vorstellung zu bilden, dagegen nur Raum für ein Einstehen für fremdes Wissen lassen oder gar subjektive Tatbestandsmerkmale aus dem Völkerrecht völlig ausschließen sollte. Ebenso wie das Verhalten seiner Organe zu dem des Staates wird, muss ihm auch ihr Wissen unmittelbar zugerechnet werden. Dasselbe gilt für das *Verschulden* seiner Organe, das in den Art. 4 ff ARSIWA ebenfalls unerwähnt bleibt. Anders als im nationalen Recht[281] geht es bei der Verhaltens-, Wissens- und Verschuldenszurechnung im Völkerrecht also nicht darum, dass Staaten nicht besser gestellt werden sollen als Individuen: Die hier relevanten völkerrechtlichen Regeln binden von vornherein ausschließlich Staaten. Doch wäre die Existenz völkerrechtlicher Pflichten ohne die Fiktion eines *handelnden* und (zumindest bei manchen Pflichten) eines sich Umstände *vorstellenden* oder einen Erfolg *verschuldenden* Staates nicht denkbar. Der beschriebene Zurechnungsprozess ist dafür Voraussetzung.

Die entscheidende Frage ist, auf welche Organwalter es bei der hier interessierenden Zurechnung von Wissen und Sorgfaltswidrigkeit ankommt. Ein Staat hat viele Gehirne: das des Regierungschefs, der übrigen Regie-

278 Vgl. zur französischen Rechtslage Frey, in: Hadding/Schneider, Vertretung verselbstständigter Rechtsträger, S. 350–359; in Deutschland ist die Frage noch immer umstritten, s. MüKoBGB/Leuschner, § 26, Rn. 4.

279 Chapter II ARSIWA, Commentary (4).

280 Vgl. zur Fiktionalität juristischer Personen den berühmten Satz von Gaston Jèze: „Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale", s. auch Hauser, RTD civ. (2013), S. 85.

281 S. MüKoBGB/Leuschner, § 31, Rn. 26 zum Zweck der Gleichstellung juristischer mit natürlichen Personen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungsmitglieder, der Parlamentarier, des Armeeführers, des den Einsatzbefehl gebenden Kommandeurs, des ihn ausführenden Soldaten[282], der Nachrichtendienstmitarbeiter[283] oder die seiner Bevölkerung.[284] Wessen Vorstellung über die Existenz einer Fehlvorstellung des Staates und über ihre Vermeidbarkeit entscheidet, gilt es zu erörtern.

II. Die Relevanz des Entscheidungsträgers und weiterer Staatsorgane

In der Literatur geht man stillschweigend davon aus, dass sich der Kenntnishorizont eines Staates nach der Vorstellung der *Entscheidungsträger* richtet, also derjenigen Personen, die die Entscheidung zum Gewalteinsatz treffen. So wird beim Sechstagekrieg in der Literatur überwiegend auf die Vorstellung der israelischen Regierung[285] abgestellt, beim Abschuss von Iran Air Flight 655 auf die des Kommandeurs der USS Vincennes,[286] um nur zwei Beispiele zu nennen.

Tatsächlich weist die Staatenpraxis in diese Richtung. Zwar haben Staaten in der Vergangenheit, wenn sie sich zu einem Irrtum geäußert haben, nicht immer präzise das entscheidende Organ benannt, sondern sich häufig zB nur auf das Schiff bezogen, von dem aus gefeuert wurde („the Vincennes fired […] at what it believed"),[287] auf die handelnde Militäreinheit („situation, as seen at the time, by the Israeli military air defense"),[288] oder gar auf die gesamte Nation („all this is well known in Israel", „the Israelis know").[289] In einigen Fällen wurden ihre Äußerungen jedoch konkreter. So stellte zB der Iran auf die Vorstellung des „Commanding Officer of the Vincennes" ab,[290] der NSA-Report zum Liberty-Fall hob Fehler der Piloten und des Division Commanders hervor[291] und die Sowjetunion begründete

282 Vgl. Žourek, AFDI 20 (1974), S. 9 (26).
283 Vgl. Bassiouni, Univ. Kansas L. Rev. 19 (1971), S. 373 (395).
284 Möglicherweise andeutend Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f Fn. 212); vgl. zum Problem divergierender Auffassungen innerhalb eines Staates (wenn auch auf *rechtliche* Überzeugungen bezogen) Gray, Use of Force, S. 27.
285 Quigley, Six-Day War, S. 142.
286 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (385).
287 UN Doc. S/19989 (1988).
288 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 53 zum Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 (1973).
289 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 196 (Jordanien) und S/PV.2286 Rn. 72 (Italien) zur Bombardierung des Osirak-Reaktors.
290 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 2.61.
291 NSA Report (1981), S. 41 zum Liberty-Fall.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Abschuss von KAL 007 mit dem Irrtum der sowjetischen Piloten.[292] Der danach naheliegende Grundsatz, dass es auf den Entscheidungsträger ankommt, muss aber ergänzt werden: Denn die Vorstellung anderer Personen kann für das Handlungsunrecht eines Staates ebenfalls von Bedeutung sein. Der Grundsatz wie seine Ergänzung ergeben sich aus konzeptuellen Überlegungen. Anwendungsbeispiele zeigen, dass diese Überlegungen zu sinnvollen Ergebnissen führen und sich in Einklang mit der Staatenpraxis befinden.

Wessen Kenntnis oder Kennenmüssen der den Erlaubnissatz begründenden Umstände entscheidend ist, um ein Handlungsunrecht iSd Art. 2 (4) UNC zu begründen, lässt sich als Frage der Auslegung des Gewaltverbotes formulieren, wobei die Zurechnungsnormen des Kapitels II ARSIWA eine Hilfestellung geben können. Nach hier befürworteter Ansicht verletzt nur derjenige Staat Art. 2 (4) UNC, der erkennt oder hätte erkennen müssen, dass keine rechtfertigenden Umstände vorliegen.[293] Auch wenn sowohl Unrechtsvorsatz als auch Unrechtsfahrlässigkeit genügen – es also keinen Unterschied macht, ob der Staat bereits keiner Fehlvorstellung unterlag oder diese sorgfaltswidrig war – muss für den relevanten Personenkreis zwischen beiden Fällen unterschieden werden.

Für den Unrechtsvorsatz und damit für die Frage, ob der Staat überhaupt einer Fehlvorstellung unterlag,[294] kann es nur auf das Vorstellungsbild des *Entscheidungsträgers* ankommen. Denn der besondere Unrechtsgehalt vorsätzlichen Tuns besteht darin, dass sich ein Akteur zu einer Handlung im Bewusstsein der ihm das Handeln verbietenden Umstände entschließt. Innerhalb eines Kollektivs wie einem Staat müssen also diejenigen Organwalter über die Kenntnis verfügen, die auch die Entscheidung für die Handlung fällen. Die Fiktion, dass ein Staat bereits dann vorsätzlich handelte, wenn einer seiner Organwalter die Entscheidung zum Handeln trifft und ein anderer Kenntnis vom Fehlen eines Erlaubnissatzes besitzt, verfehlte diesen Unrechtsgehalt. In diesem Fall lässt sich nur ein Kennenmüssen bejahen.[295] Auch die in einigen nationalen Rechtsordnungen für arbeitsteilig arbeitende juristische Personen angenommene „Wissens-

---

292 UN. Doc. S/PV.2472, Rn. 3.

293 S.o. 9. Kap., I. 1. c und III. 3. a.

294 Hier wurde zugrunde gelegt, dass bedingter Unrechtsvorsatz nicht ausreicht, um ein vorsätzliches Handlungsunrecht auf Rechtfertigungsebene zu begründen, s.o. 9. Kap., III. 5. Daher schließt auch ein Fehlverdacht (bei dem nur Eventualvorsatz in Betracht käme) einen relevanten Unrechtsvorsatz aus.

295 Dazu sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zurechnung“[296] wurzelt in Wahrheit in der Kategorie des Kennenmüssens.[297]

Ein Kennenmüssen des Staates – relevant für die Frage, ob die vorhandene Fehlvorstellung sorgfaltswidrig war – lässt sich hingegen nicht nur bejahen, wenn der Entscheidungsträger die Sachlage hätte erkennen müssen. Das Kennenmüssen kann auch daraus folgen, dass ein *anderes staatliches Organ* – genauer gesagt sein Organwalter – erstens die relevante Kenntnis besaß oder hätte besitzen müssen, zweitens diese Information nach Lage der Dinge an den Entscheidungsträger hätte gelangen müssen und drittens die Fehlentscheidung dadurch hätte vermieden werden können. Konzeptuell ergibt sich die Sorgfaltswidrigkeit des Staates hier entweder aus einer *Zurechnung* der Sorgfaltswidrigkeit des Organwalters, der die Informationsweiterleitung versäumt, oder aus einem *Organisationsverschulden*.[298] Entsprechend Art. 2 ARSIWA ist dabei die Kenntnis oder das Kennenmüssen jedes Staatsorganes potentiell ausreichend, unabhängig davon, welcher Gewalt es angehört und welche Position es innerhalb der Staatsorganisation und – das mag man gegenüber Art. 2 ARSIWA hinzufügen – im Vergleich zum Entscheidungsträger einnimmt. Die dadurch entstehende Weite der Wissens- und Verschuldenszurechnung ist legitim: Es wäre kaum begründbar, dass nach Art. 2 ARSIWA das Verhalten jeglicher Staatsorgane, nicht aber ihr Wissen oder Verschulden zu denen des Staates werden. Die Kenntnis einfacher Staatsangehöriger genügt dagegen nicht. Erfasst wird zudem nicht nur die Nichtweitergabe der Information, dass es an den rechtfertigenden Umständen fehlt, sondern auch der Fall, dass der Organwalter eine vermutete Sachlage gegenüber dem Entscheidungsträger als sicherer darstellt als sie ihm erscheint oder hätte erscheinen müssen.

Die Anforderung, dass die betreffende Information hätte weitergegeben werden müssen, stellt in großen Konflikten selten eine große Hürde dar. Regelmäßig liegt die Bedeutung entsprechender Informationen hier für die Staatsorgane auf der Hand und der zeitliche Rahmen lässt die Weiterleitung zu. Hätte der israelische Nachrichtendienst 1967 gewusst, dass Ägypten nicht angreifen würde,[299] so wäre der israelische Irrtum als vermeidbar anzusehen, selbst wenn (was nahezu ausgeschlossen erscheint)

296 So in Deutschland im Rahmen von § 123 und § 166 BGB, vgl. MüKoBGB/Schubert, § 166, Rn. 45–80.

297 Ähnlich Bork, DB (2012), S. 33 (38); vgl. auch MüKoBGB/Schubert, § 166, Rn. 50.

298 Vgl. zum Organisationsverschulden bei der Wissenszurechnung im nationalen Recht Bork, DB (2012), S. 33 (35).

299 So Bassiouni, Univ. Kansas L. Rev. 19 (1971), S. 373 (395).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses Wissen den Entscheidungsträgern vorenthalten worden wäre. Das Gleiche gilt für Kenntnisse der US-Nachrichtendienste im Irakkrieg 2003. Das erklärt die Aufmerksamkeit, die die Untersuchungsberichte dem Kenntnisstand der Nachrichtendienste und den ihnen unterlaufenen Fehlern widmen.[300] Ein wesentlicher Kritikpunkt dieser Berichte ist, dass die Nachrichtendienste gegenüber den Entscheidungsträgern nicht offenlegten, wie vage die Basis ihrer Erkenntnisse war,[301] und dass an der Glaubwürdigkeit entscheidender Informanten[302] und der Authentizität relevanter Unterlagen[303] erhebliche Zweifel bestanden, die die Analysten hätten erkennen können.

Bei kleineren Auseinandersetzungen ist hingegen denkbar, dass ein besser als der Entscheidungsträger informiertes Staatsorgan zur Weiterleitung der Information keinen Anlass oder keine Zeit hat. Diskussionswürdig erscheint diese Frage etwa beim Abschuss von Iran Air Flight 655: Die Besatzung der in der Nähe der *USS Vincennes* befindlichen *USS Sides* identifizierte den Airliner eine Minute vor dem Abschuss durch die *Vincennes* als ziviles Flugzeug und wandte ihre Aufmerksamkeit einem iranischen Militärflugzeug im Westen zu. Die *Sides* besaß andere technische Daten und erkannte insbesondere die korrekte Höhe des Flugzeugs.[304] Warum ihr Kommandeur den der *Vincennes* über seine Identifizierung nicht informierte, ist unklar. Möglicherweise ging er irrig davon aus, dass die *Vincennes* das Fehlen einer Gefahr ebenfalls erkannt hatte. Zur Sorgfaltswidrigkeit des amerikanischen Irrtums führt diese unterlassene Information (unabhängig von Fehlern der Besatzung der *Vincennes*) also nur, wenn man diese Annahme für sorgfaltswidrig hält oder ein Organisationsverschulden bejaht. Darüber mag man streiten. Ein anderes interessantes Beispiel ist der Maziua-Vorfall von 1914, in dem der Gouverneur von Deutsch-Ostafrika das Gerücht über die portugiesische Kriegserklärung nicht rechtzeitig aus-

300 WMD Commission Report, S. 45–196; Chilcot Report, Vol. IV, Sections 4.1–4.3; Butler Report, S. 71–76, 79–82, 111–113.

301 Besonders deutlich WMD Commission Report, S. 50, 93 f, 124, 144; ähnlich Chilcot Report, S. 290, 419; SSCI Report, S. 137 Conclusion 40, S. 188 Conclusion 49, S. 194 Conclusion 56; etwas zurückhaltender insgesamt der Butler Report, vgl. aber ebd. Rn. 239, 303, zu den öffentlichen JIC-Einschätzungen ebd. Rn. 330–332.

302 WMD Commission Report, S. 50, 74, 90, 94, 105; SSCI Report, S. 190 Conclusion 51.

303 WMD Commission Report, S. 77.

304 ICAO Report, Rn. 2.12.2, abgedruckt in ILM 28 (1989), S. 900–943, s. auch oben 7. Kap., III. 2. b. ff, Fn. 426.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

räumte und der Grenzposten, den der Befehl nicht anzugreifen nicht erreicht hatte, in der Annahme eines bevorstehenden Angriffs das Feuer eröffnete.[305] Ob der Gouverneur die erforderliche Sorgfalt anwandte, hängt auch hier davon ab, ob er Anlass zur Befürchtung hatte, sein Grenzposten werde infolge eines Irrtums zur Gewalt greifen. Unberührt bleibt davon freilich, ob der Entscheidungsträger selbst sorgfaltswidrig handelte, was im Maziua-Fall naheliegt. In anderen kleineren Auseinandersetzungen lag die Pflicht zur Weiterleitung von Informationen dagegen auf der Hand. Dazu gehört die unterlassene Weiterleitung der Nachricht des Flottenkommandeurs im Golf-von-Tonkin-Vorfall an US-Präsident Johnson, die den zuvor gemeldeten Angriff in Zweifel zog.[306] Weitere Beispiele ließen sich nennen.[307]

Insgesamt kann festgehalten werden: Ob eine Fehlvorstellung *vorlag*, richtet sich allein nach der Vorstellung der Entscheidungsträger. Ob sie auch *sorgfaltsgemäß* war, hängt auch von anderen Staatsorganen ab. Während das Kennen oder Kennenmüssen des Entscheidungsträgers stets ein Handlungsunrecht des Staates begründen, gilt dies für die übrigen Staatsorgane nur dann, wenn sie ihr (hypothetisches) Wissen hätten weitergeben müssen und dies den Umständen nach noch rechtzeitig möglich gewesen wäre.

III. Abgrenzung zwischen Entscheidungsträgern und anderen Organen

Nach dem Gesagten ist die Frage durchaus relevant, wer die Eigenschaft eines Entscheidungsträgers besitzt. Bei Entscheidungen, an denen mehrere Organe und Personen beteiligt sind, liegt das nicht immer auf der Hand. Zwei Fälle sind insoweit besonders hervorzuheben.

In einer *Befehlskette* wird ein Befehl von Instanz zu Instanz weitergeben, wobei jede Instanz die Ausführung des Befehls durch Nicht-Weitergabe oder Nichtausführung zumindest faktisch verhindern kann. Bei einer drohenden Gefahr für den deutschen Luftraum durch ein fremdes Flugzeug etwa fordert das Nationale Lage- und Führungszentrum der Luftwaffe vom

---

305 S.o. 7. Kap., II. 2. b.

306 S.o. 7. Kap., III. 2. c.

307 ZB der griechisch-bulgarische Grenzzwischenfall, in dem die Frontsoldaten ihre Regierung nicht akkurat informierten (s.o. 7. Kap., I. 2, d) oder der USS-Liberty-Fall, in dem der israelische Division Commander offenbar den Befehl seines Naval Headquarters überhörte, das aus Sorge vor einem Irrtum angeordnet hatte, nicht anzugreifen, vgl. NSA Report (1981), S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Combined Air Operations Centre der NATO die Alarmrotte an. Der Bundesminister der Verteidigung, auf den die Kommandogewalt von der NATO übergeht, erteilt sodann seine Befehle über den Inspekteur der Luftwaffe und die militärische Jägerleitstelle (Control and Reporting Center) an den Jägerpiloten. Bei ihm liegt die letzte Entscheidung für etwaige Maßnahmen.[308] Hier sind alle staatlichen Instanzen Entscheidungsträger, sodass ihre Kenntnis oder ihr Kennenmüssen stets zu einem Handlungsunrecht des Staates führt. Das muss selbst dann gelten, wenn das nationale Recht dem Beteiligten einen entsprechenden Entscheidungsspielraum nicht zugesteht. Denn die Weitergabe oder Ausführung des Befehls zu einer objektiv völkerrechtswidrigen Tat, deren Rechtswidrigkeit der Betroffene erkennt oder hätte erkennen müssen, ist auch dann völkerrechtswidrig, wenn ihm das nationale Recht keinen Spielraum für eine Befehlsverweigerung belässt.[309] Art. 3 ARSIWA und Art. 27 WVK schließen aus, dass nationales Recht Völkerrechtsverletzungen rechtfertigen kann.[310] Dass Art. 33 IStGHSt den Soldaten nur im Falle eines *offensichtlich* rechtswidrigen Befehls strafrechtlich zur Verantwortung zieht, steht dem nicht entgegen. Denn diese Norm betrifft nur die Strafbarkeit des Soldaten – genauer seine Schuld[311] –, nicht die Völkerrechtswidrigkeit der Befehlsausführung. Auch in Fällen wie dem sowjetischen Abschuss von Korean Air Lines Flight 902, in dem der Pilot das Flugzeug in der Luft als Airliner identifizierte, seinen Vorgesetzten davon aber nicht überzeugen konnte,[312] lässt sich der Pilot daher als Entscheidungsträger qualifizieren, sodass der Staat schon keinem Irrtum unterliegt.

Der zweite erwähnenswerte Fall betrifft Entscheidungen zum Gewalteinsatz, die von der Zustimmung verschiedener Organe – zB Regierungschef und Parlament – abhängen.[313] Sind beide Organe somit in der Lage, den Gewalteinsatz aufzuhalten, können sie (neben den Instanzen der nach-

---

308 Das taktische Luftwaffengeschwader 71 Richthofen im persönlichen Gespräch und Schriftverkehr; zum Ablauf des Abfangens eines Flugzeugs näher B. Hirsch, in: Giemulla/Rothe, Recht der Luftsicherheit, S. 82 (84 f).

309 Vgl. Nagpal, J. Indian L. Institute 21 (1979), S. 397 (398); diese Wertung enthalten auch die due-diligence-Pflichten, die einem Staat nicht gestatten, sich durch nationales Recht zu exkulpieren, ILA, Due Diligence, Second Report, S. 6; ähnlich Kulesza, Due Diligence, S. 263 zum Sorgfaltsstandard in eigenen Angelegenheiten.

310 S. Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction, S. 58 f.

311 Vgl. Ansermet, Vanderbilt J. Transnt'l L. 47 (2014), S. 1425 (1452).

312 S.o. 7. Kap., III. 2. b, dd.

313 Zu der Frage, wie die Vorstellung eines Kollektivorgans festgestellt wird, s. sogleich IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

folgenden Befehlskette) als Entscheidungsträger beurteilt werden. Insoweit besitzt das nationale Recht durchaus Relevanz. Da nach dem *Condorcet-Jury-Theorem* mit wachsender Zahl der Entscheider innerhalb eines Gremiums die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung steigt,[314] stellt ein solches doppeltes Zustimmungserfordernis auch eine gewisse institutionelle Absicherung gegen Irrtümer dar. Eine völkerrechtliche Pflicht zu besonderen Zustimmungshürden lässt sich bislang jedoch nicht identifizieren.

Nicht alle am Entscheidungsprozess beteiligten Personen sind aber gleich Entscheidungsträger. Nicht dazu gehört etwa ein Soldat, der nur die Informationen liefert, auf deren Grundlage ein anderes Organ die Entscheidung fällt (so zB im Golf-von-Tonkin-Vorfall). Auch ein Jägerpilot, der den Gewalteinsatz zwar begleitet, nicht aber selbst die Rakete abfeuert, ist kein Entscheidungsträger. Erkennt ein solches Organ den Irrtum und erfährt der Entscheidungsträger nicht rechtzeitig davon, hängt die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen von den oben beschriebenen Anforderungen ab.

IV. Entscheidungen durch staatliche Kollektivorgane

Ist der Entscheidungsträger ein *kollektives* Organ, etwa ein nationaler Sicherheitsrat oder ein Parlament, das sich aus Unterorganen oder jedenfalls einer Vielzahl an Organwaltern zusammensetzt, stellen sich viele weitere Fragen.[315] Zwei besonders interessante können hier nur angerissen werden.

Erstens gilt es – wie beim Staat selbst, dem größten Kollektivorgan –, zu bestimmen, welches Organmitglied zu den Entscheidungsträgern gehört. Bei einer per Abstimmung getroffenen Entscheidung dürften das die Organmitglieder sein, die die entscheidungstragende Mehrheit bilden.[316] Freilich ist jedes Mitglied gehalten, etwaiges entscheidungsrelevantes Sonderwissen im Rahmen des Entscheidungsprozesses offenzulegen. Unterlässt es dies und begnügt es sich mit einer Nein-Stimme, unterliegt der

314 Nitzan/Paroush, in: Parisi, Oxford Hb. L. Econ., Vol. I, Rn. 24.1.

315 ZB die optimale Größe eines Kollektiventscheidungsorgans, seine Entscheidungsregeln, die Auswirkungen strategischen Abstimmungsverhaltens und von Interessenkonflikten (s. Nitzan/Paroush, Oxford Hb. L. Econ. Vol. I, Rn. 24.1–24.11) sowie das Problem, dass Experten überstimmt werden können, vgl. WMD Commission Report, S. 183.

316 Vgl. zu einem ähnlichen Problem im Rahmen der Vorstandshaftung Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, S. 237 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staat zwar einer Fehlvorstellung, sie ist aber sorgfaltswidrig. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn alle Organmitglieder denselben Kenntnisstand besitzen und sie darauf gestützt nur unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsurteile bilden. Werden also Organmitglieder, die die Gefahrenlage für nicht hinreichend wahrscheinlich halten, überstimmt, sind ihre Überzeugungen kein dem Staat zurechenbares Kennen oder Kennenmüssen. Freilich können sie aber ein Indiz dafür bilden, dass auch ein potentielles Kontrollorgan zu einer von der Mehrheit abweichenden Indizienwürdigung gelangt wäre und die Fehlvorstellung dennoch als sorgfaltswidrig beurteilt.

Die zweite Frage betrifft die Anforderung, dass die Überzeugung vom Vorliegen der Haupttatsache (zB des unmittelbaren Bevorstehens eines Angriffs) widerspruchsfrei gebildet werden muss. Denn bei Kollektiven stellt sich das Problem, dass die Mehrheitsüberzeugung des Kollektivs widersprüchlich sein kann, obwohl die individuellen Überzeugungen der Mitglieder konsistent entstanden sind. Dieses im Bereich richterlicher Kollektiventscheidungen zunehmend diskutierte Problem[317] lässt sich durch eine Abwandlung des *Condorcet-Paradoxon* veranschaulichen: Angenommen, Entscheidungsträger für einen Gewalteinsatz ist die aus den Mitgliedern A, B und C bestehende Regierung R, die sich über drei mögliche Sachverhaltsvarianten einen Überzeugungsgrad bilden muss:

(1) Es steht ein erheblicher Angriff durch den Staat S bevor.
(2) Es steht ein geringfügiger Angriff durch S bevor.
(3) Es steht überhaupt kein Angriff durch S bevor.

A hält (1) für wahrscheinlicher als (2) und (2) für wahrscheinlicher als (3). Weil er rational denkt, hält er (1) für wahrscheinlicher als (3). B hält (2) für wahrscheinlicher als (3), (3) für wahrscheinlicher als (1) und also (2) für wahrscheinlicher als (1). C wiederum hält (3) für wahrscheinlicher als (1), (1) für wahrscheinlicher als (2) und, weil auch er rational denkt, (3) für wahrscheinlicher als (2). Stimmen A, B und C durch Mehrheitsbeschluss über ihre jeweiligen Präferenzen ab, ergibt sich, dass R (mit den Stimmen von A und C) (1) für wahrscheinlicher hält als (2) und (mit den Stimmen von A und B) (2) für wahrscheinlicher hält als (3). Wäre R rational, müsste sie (1) für wahrscheinlicher halten als (3). Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall: Mit den Stimmen von B und C hält R (3) für wahrscheinlicher als (1).

317 S. etwa Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1080 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Überzeugung von R fehlt es an der für ein konsistentes Wahrscheinlichkeitsurteil erforderlichen Transitivität.[318]

In einem anderen Beispiel, das nicht dem Bereich der Präferenz-, sondern dem der Urteilsaggregation entstammt,[319] streiten die Regierungsmitglieder A, B und C über die Wahrheit folgender Propositionen:

(1) Staat S besitzt Massenvernichtungswaffen.
(2) Wenn, und nur wenn S Massenvernichtungswaffen besitzt, steht ein Angriff durch S bevor.
(3) Es steht ein Angriff durch S bevor.

Hält man (2) für wahr, lässt sich (3) logisch konsistent nur bejahen, wenn auch (1) bejaht wird. A, B und C halten, jeweils individuell konsistent, unterschiedliche Propositionen für wahr. Bei der Mehrheitsabstimmung über die einzelnen Propositionen gelangen sie jedoch zu einer nicht konsistenten Kollektiventscheidung:[320]

	(**1**)	(**2**)	(**3**)
A	wahr	wahr	wahr
B	nicht wahr	wahr	nicht wahr
C	nicht wahr	nicht wahr	wahr
Regierung	**nicht wahr**	**wahr**	**wahr**

Will man die Überzeugungsbildung von Kollektiventscheidungen nicht von vornherein einer Kontrolle entziehen, kommen im Wesentlichen zwei Umgehensweisen mit dem Problem in Betracht. Die Entscheidung des Kollektivs wie die Entscheidung eines Individuums zu behandeln und die Überzeugungsbildung in den genannten Fällen als sorgfaltswidrig zu beurteilen, überzeugt kaum. Hierbei bliebe außen vor, dass die Überzeugung eines Kollektivs in Wahrheit durch Individuen gebildet wird, eine *Kollektiventscheidung* also letztlich eine Fiktion ist. Um eine widerspruchsfreie Entscheidung des Kollektivs zu gewährleisten, müssten die einzelnen Organwalter unter Umständen entgegen ihren individuell konsistenten Teilüberzeugungen stimmen. Individuelle Überzeugungen sind bei größeren Kollektivorganen wie einem Parlament zudem kaum zu überblicken, so-

318 Damit ist gemeint: wenn gilt $a > b$ und $b > c$, dann $a > c$; zum Ganzen Caplin/Nalebuff, Econometrica *56* (1988), S. 787–814; vgl. auch Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1080 f).

319 Zu beidem näher List, Social Choice Theory, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Rn. 3 ff, 5 ff.

320 Abgewandelt von List, Social Choice Theory, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Rn. 5.1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass eine konsistente Kollektiventscheidung nicht gewährleistet wäre, selbst wenn die Organwalter nicht auf ihren individuellen Teilüberzeugungen bestünden. Vorzugswürdig erscheint es daher, bei Kollektivorganen auf die Überzeugungsbildung der *Organwalter* abzustellen und außen vor zu lassen, dass sie überhaupt eine kollektive Entscheidung treffen. In den Beispielen wäre die Überzeugungsbildung der Regierung danach solange als widerspruchsfrei zu beurteilen, wie es die ihrer Mitglieder war, die die entscheidungstragende Mehrheit bilden. Bei größeren Kollektivorganen wird sich dies in der Praxis freilich nicht immer mit Gewissheit feststellen lassen.

V. Zwischenergebnis: Präzisierungen zum unilateralen Irrtumsrisiko

Ein irrender oder fehlvermutender Staat ist nur dann eingeschränkt gerechtfertigt, wenn er die ex ante erkennbaren Indizien sorgfältig ermittelt und gewürdigt hat und, soweit er die rechtfertigenden Umstände nur vermutete, ihr Vorliegen hinreichend wahrscheinlich erschien. Wo die maßgebliche Wahrscheinlichkeitsschwelle verläuft, hängt von den Kosten ab, die die jeweilige Fehlentscheidung aus Sicht des handelnden Staates verursacht hätte: ein Tätigwerden ohne tatsächlich drohendes Schadensereignis und ein Untätigbleiben bei tatsächlich eintretendem Schadensereignis. Maßgeblich für die Höhe dieser Kosten sind zum einen das Eskalationsrisiko der angewandten Gewalt, zum anderen das Verhältnis zwischen dem vermeintlich drohenden Schaden und der durch die Gewalt verursachten Beeinträchtigung. Nur wenn eine Eskalation nahezu ausgeschlossen ist und die angewandte Gewalt erheblich hinter dem drohenden Schaden zurückbleibt, mag eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der rechtfertigenden Umstände genügen. Ansonsten bedarf es, je nach Situation, einer hohen oder sogar einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit. Bei dem Sorgfaltsstandard, den der Staat bei der Ermittlung und Würdigung der Indizien einhalten muss, sind besondere Kenntnisse, Fähigkeiten und entsprechende Defizite des handelnden Staates und seiner Entscheidungsträger, nicht aber besondere Erfahrungen zu berücksichtigen. Überdies kann der handelnde Staat Sorgfaltspflichten im Vorfeld der Entscheidung für den Gewalteinsatz verletzt haben.

Die Entscheidung für den Gewalteinsatz ist einer Kontrolle durch den IGH (oder den SR) vollständig zugänglich. Insbesondere darf das Kontrollorgan die Indizienwürdigung des Staates also durch die eigene Überzeugung ersetzen; es ist nicht auf eine bloße Rationalitätskontrolle be-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schränkt. Der insoweit beweisbelastete Staat, der Gewalt eingesetzt hat, muss die Indizien, die ihn zum Einsatz veranlasst haben, zum Überzeugungsgrad der hohen Wahrscheinlichkeit beweisen. Doch auch außerhalb einer solchen gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Kontrolle muss der Staat die relevanten Indizien gegenüber der Staatengemeinschaft offenlegen, soweit nicht schutzwürdige Interessen die Geheimhaltung absolut erfordern. In jedem Falle müssen so viele Informationen enthüllt werden, wie nötig ist, damit andere Staaten die Gewaltmaßnahme zumindest im Ansatz beurteilen können.

Für die Frage, ob ein Staat einer Fehlvorstellung überhaupt unterliegt, kommt es auf das Vorstellungsbild der Person des Entscheidungsträgers an. Dazu gehören alle Staatsorgane, die an der Entscheidung für den Gewalteinsatz derart beteiligt sind, dass ihnen zumindest ein faktischer Entscheidungsspielraum zukommt. Bei Kollektivorganen ist die entscheidungstragende Mehrheit maßgeblich. Dafür, ob die Fehlvorstellung Sorgfaltsanforderungen entsprach, sind jedoch nicht nur die Kenntnismöglichkeiten des Entscheidungsträgers zu berücksichtigen, sondern auch solche anderer staatlicher Organe, wenn sie einschlägige Informationen besaßen oder hätten besitzen müssen, diese nach Lage der Dinge an den Entscheidungsträger hätten gelangen müssen und die Fehlvorstellung so hätte vermieden werden können. Ihr Verschulden wird dem Staat zugerechnet. Denkbar ist auch ein Organisationsverschulden des Staates.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TEIL 4 Fehlvorstellungen im kollektiven Sicherheitssystem

Nachdem sich der Nebel um Fehlvorstellungen bei völkerrechtlichen Notrechten gelichtet hat, soll sich der Blick nun auf Fehlvorstellungen bei völkerrechtlichen Amtsrechten richten, nämlich auf solche des SR über die tatsächlichen Umstände, die ihn zu einer Autorisierung militärischer Maßnahmen ermächtigen. Nach dem literarischen Meinungsstand (13. Kapitel) werden die Praxis der Staaten und UN-Organe (14. Kapitel) sowie die internationale Rechtsprechung (15. Kapitel) in den Blick genommen. Wie bei der Betrachtung völkerrechtlicher Notrechte verschafft auch hier eine Auseinandersetzung mit Fehlvorstellungen bei nationalen Eingriffsbefugnissen Klarheit, wobei nicht Notrechte, sondern polizeiliche Amtsrechte die maßgebliche Referenz bilden (16. Kapitel). Unter Einbeziehung der vorherigen Erkenntnisse wird schließlich der Text der Charta ausgelegt und ein Gesamtergebnis formuliert (17. Kapitel).

13. Kapitel: Der Meinungsstand in der Literatur

Erst wenige Literaturstimmen haben sich explizit mit der Relevanz von Fehlvorstellungen des SR für die Rechtmäßigkeit einer Resolution nach Kapitel VII auseinandergesetzt. Für Autoren, die Art. 39 UNC anders als hier keinen materiell-rechtlichen Gehalt zugestehen und den SR insoweit als legibus solutus erachten,[1] erübrigt sich die Frage von vornherein. Die übrigen Stimmen berühren sie häufig nur peripher. Einen Überblick über sie zu gewinnen wird dadurch erschwert, dass unterschiedliche Prämissen hinsichtlich des materiellen Gehaltes von Art. 39 UNC zugrunde gelegt und Begriffe wie der des Beurteilungs- und Einschätzungsspielraums des SR nicht einheitlich und häufig ohne nähere Erläuterung[2] gebraucht werden.

Einigkeit besteht darüber, dass die Feststellung einer Friedensbedrohung nicht nachträglich angreifbar wird, weil sich die ihr zugrunde liegende Situation, die zutreffend als friedensbedrohend eingeschätzt wurde, tat-

1 S.o. 1. Kap., I. 1. a.
2 Dazu bereits krit. Martenczuk, Rechtsbindung, S. 189.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sächlich nicht zu einem militärischen Konflikt ausgewachsen hätte.[3] Nach der hier zugrunde gelegten Terminologie ist die vernünftige Fehlprognose also unschädlich. Uneinheitlich wird jedoch beurteilt, ob die Prognoseentscheidung des SR allein von seiner subjektiven Einschätzung abhängt oder ihm zumindest eine Einschätzungsprärogative zukommt[4] – wonach in gewissem Umfang auch objektiv unvernünftige Fehlprognosen unschädlich wären – oder ob die Entscheidung anhand objektiver Kriterien vollständig kontrollierbar ist.[5] Anhänger der ersten Position begründen ihre Auffassung damit, dass die Prognoseentscheidung ein subjektives Urteil voraussetze, das sich nicht oder nur beschränkt kontrollieren lasse.[6] Die Gegenansicht wendet ein, dass sich Erfahrungssätze über das friedensgefährdende Potential bestimmter Verhaltensweisen bilden ließen und ein Prognosespielraum die Belange des von der Maßnahme betroffenen Staates schutzlos stellte.[7]

Bei Fehlvorstellungen, die nicht das Prognoseelement, sondern die gegenwärtige Sachlage betreffen (Irrtum und Fehlverdacht), gehen die Meinungen stärker auseinander. Teilweise wird angenommen, dass die Tatsachenfeststellung vollständig subjektiv durch den SR, also ausschließlich ex ante zu beurteilen sei. Die Anhänger dieser Sicht sind nicht leicht von denjenigen zu trennen, die in Zweifel ziehen, dass Art. 39 UNC den SR überhaupt materiell-rechtlichen Grenzen unterwirft.[8] Auch wenn der Unterschied zwischen diesen Positionen konzeptuell eindeutig ist – die eine Sicht verlangt immerhin, dass der SR an das tatsächliche Bestehen einer

---

3 Dies erscheint vielen offenbar so selbstverständlich, dass sie es nur implizit ausdrücken, vgl. Martenczuk, Rechtsbindung, S. 244 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 353; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 186 f.

4 So A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 160; Herbst, Rechtskontrolle, S. 353; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 186 (alle drei für eine Einschätzungsprärogative, ohne ihre Grenzen zu erläutern).

5 Ausdr. Martenczuk, Rechtsbindung, S. 245 f; s. auch ders., EJIL 10 (1999), S. 517 (544) („situation which can be *objectively* characterized as destabilizing and explosive", Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch de Wet, Chapter VII Powers, S. 141 f; zumindest objektive Kriterien aufstellend Santori, in: Nesi, International Cooperation, S. 89 (105) (concrete and specific emergency); A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 156 (akute, unmittelbare Gefahr); Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 34 (concrete, acute risk of conflict); Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 100–103 (situation „explosive", menace réalisée; wobei er hierin nur „Charakteristiken" der Friedensbedrohung und möglicherweise keine Voraussetzungen sieht, ebd. S. 100).

6 Herbst, Rechtskontrolle, S. 353; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 186.

7 Martenczuk, Rechtsbindung, S. 245; ähnlich de Wet, Chapter VII Powers, S. 41 f.

8 Dazu s.o. 1. Kap., I. 1. a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Friedensbedrohung geglaubt hat, die andere lässt ihre *Feststellung* unabhängig von der vorgestellten Sachlage genügen – wird der befürwortete Standpunkt nicht immer deutlich.[9] Zu den Vertretern der hier interessierenden ex-ante-Sicht zählt wohl *Peters*, wenn sie feststellt, dass „wrong factual determinations in a Council decision do not as such relieve members from their obligation to carry out the decision".[10] Stimmen, die dem SR bei der Feststellung iSd Art. 39 eine unbeschränkte Einschätzungsprärogative *in Bezug auf die erforderliche Tatsachenfeststellung* einräumen, sind in demselben Sinne zu verstehen.[11]

Eine andere Meinungsgruppe hält zwar die Tatsachenlage aus Sicht des SR für entscheidend, will die Wahrnehmung aber – wenn auch meist in beschränkter Hinsicht – an objektiven Kriterien überprüfen. So meint *Greenwood* vor dem Hintergrund des Irakkriegs 2003, dass „the legality or illegaliy of military action has to be assessed at the time that action is undertaken and cannot retrospectively be altered by what is found subsequently."[12] Dem haben sich andere Stimmen angeschlossen.[13] Die Prüfungsdichte spezifizieren sie nicht. Auch *Tomuschat* und *T. Stein*, die die Rechtmäßigkeit einer einen Staat sanktionierenden Resolution von dessen völkerrechtswidrigem Verhalten abhängig machen,[14] lassen den Verdacht eines solchen Verhaltens nach den objektiv ex ante verfügbaren Indizien

---

9 S. zB Goodrich/Hambro/Simons, UN Charter, S. 293: „[A] measure of discretion is always involved in the evaluation of a factual situation, and the lack of any definition or consensus concerning the meaning of the terms used in Article 39 leaves considerable room for subjective political judgments".

10 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 94 f.

11 Cavaré, RCADI (1952-I), S. 191 (256); ders., RGDIP (1950), S. 647 (659 f); Arntz, Begriff der Friedensbedrohung, S. 40; Suy/Angelet, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 25, S. 918: „[L]e Conseil de sécurité procède à une qualification des faits et même, à une appréciation quant à leur évolution possible, lorsqu'il détermine l'existence d'une menace contre la paix […]. Rien ne justifierait que l'appréciation subjective d'un Etat Membre prévale, à cet égard, sur celle du Conseil de sécurité.". Obwohl „qualification des faits" nach Tatsachenwürdigung klingt, ist, wie sich aus dem anschließenden Text und einem Hinweis auf den Lockerbie-Fall ergibt, wohl die Tatsachenfeststellung gemeint; ebenso zu verstehen ist Gowlland-Debbas, Collective Responses, S. 451–453.

12 Greenwood, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 387 (413).

13 Dinstein, War, Aggression, Self-Defence, S. 349; Schilling, AdV 33 (1995), S. 67 (93), der zwar nur „ex ante" schreibt, aber dies objektiv kontrolliert; dass er an früherer Stelle „das tatsächliche Vorliegen einer Bedrohung des Friedens" (S. 85) verlangt, bezieht sich nicht auf die maßgebliche Perspektive auf die Fakten, sondern darauf, dass die bloße *Feststellung* der Friedensbedrohung nicht ausreiche.

14 Zu diesem Erfordernis s.o. 1. Kap., I. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genügen, wobei sie die Einschätzung des SR nur einer Willkürkontrolle unterwerfen.[15] *Martenczuk* liegt mit seiner Plausibilitätskontrolle auf derselben Linie.[16] *Tomuschat* begründet die eingeschränkte Kontrolle mit dem Einschätzungsspielraum des SR, *T. Stein* damit, dass die Feststellung nach Art. 39 unabdingbare Voraussetzung der Kompetenzen des Kapitels VII sei und deshalb „kein besonders enger Maßstab" angelegt werden dürfe.[17] Auch *Kreß* und *Herbst* halten den Bedrohungsverdacht für ausreichend.[18] *Kreß* stützt sich auf den Beurteilungsspielraum des SR und folgert daraus, dass sich die Fragestellung damit auf die verfahrensrechtliche Ebene der sorgfältigen Sachverhaltsermittlung und Entscheidungsfindung verlagere.[19] *Herbst* stellt hingegen darauf ab, dass die Friedensbedrohung ohnehin nicht rechtswidrig sein müsse, es auf ein tatsächliches Fehlverhalten des betroffenen Staates also nicht ankomme und Art. 1 (1) UNC das Aktionspotential auf bloße „Verhütungsmaßnahmen" rein präventiver Art erstrecke.[20] Bei dem Wahrscheinlichkeitsurteil dürfe sich der SR aber nur auf Tatsachen stützen, die für das Vorliegen einer Friedensbedrohung relevant seien, also mit dem Begriff in einem unmittelbaren Zusammenhang stünden.[21] *Herbst* nimmt schließlich an, dass die SR-Resolution, stelle sich der Verdacht im Nachhinein eindeutig als falsch heraus, rechtswidrig *werde*. Hier erwägt er eine Rücknahmepflicht des SR.[22]

Vereinzelte Stimmen verlangen, dass die Umstände, die die Friedensbedrohung, den Friedensbruch oder die Angriffshandlung begründen, ex post vorliegen. Dazu gehört *Nowlan*, die ähnlich wie *Orakhelashvili*[23] annimmt, Kapitel VI begnüge sich mit der „angenommenen Möglichkeit einer Gefahr", während Kapitel VII eine „tatsächlich vorhandene Gefahr" voraussetze.[24] *A. Stein*, der diese Unterscheidung ablehnt, hält sowohl für Kapitel VI als auch für Kapitel VII eine tatsächliche Friedensbedrohung für

15 Tomuschat, ICJ Rev. 48 (1992), S. 38 (47); T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (223) (beide zur Lockerbie-Resolution 748 (1992), dazu s.u. 17. Kap., II).
16 Martenczuk, Rechtsbindung, S. 244.
17 T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (223).
18 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (327 f); Herbst, Rechtskontrolle, S. 354–358.
19 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (327 f).
20 Herbst, Rechtskontrolle, S. 356 f; diese Ansicht wird hier nicht geteilt, s.o. 1. Kap., I. 1. C.
21 Herbst, Rechtskontrolle, S. 361.
22 Herbst, Rechtskontrolle, S. 359.
23 Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (64, 68, 70, 86 f), Maßnahmen nach Kapitel VI dienten daher der Gefahrerforschung, ebd. S. 86 f.
24 Nowlan, FS Bock, S. 165 (180 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erforderlich.[25] Auch *Santori* verlangt eine „*real*, concrete und specific emergency" und führt aus, dass „a threat should exist and it should be actual and serious at the moment when the Council makes an Article 39 determination."[26] *Johnson*, der das Erfordernis der „*actual* existence"[27] eines der Tatbestände von Art. 39 UNC betont und die Feststellung der Friedensbedrohung als „question of evidence, a question of proving things" bezeichnet,[28] ist ebenso zu verstehen.

14. Kapitel: Praxis der Staaten und UN-Organe

Die Untersuchung der Staaten- und UN-Organpraxis konzentriert sich auf Resolutionen des SR, die entweder von Fehlvorstellungen der untersuchten Art behaftet waren oder bei deren Entstehung ein etwaiger Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Tatsachenfeststellung durch den SR oder das Risiko von Fehlvorstellungen thematisiert wurden. Es geht also nicht darum, ein Bild von der allgemeinen Praxis des SR bei der Feststellung der Friedensbedrohung zu zeichnen, die den wichtigsten Eingriffstatbestand bildet. Auch wenn die untersuchte Fragestellung militärische Zwangsmaßnahmen nach Art. 42 UNC betrifft, werden nicht-militärische Sanktionen nach Kapitel VII der Charta in die Untersuchung der Praxis einbezogen, weil sie ebenfalls auf Art. 39 UNC beruhen und somit im Ausgangspunkt dieselben Grundsätze gelten.

Wie bei unilateralen Gewaltmaßnahmen kommt irrtumsbehafteten SR-Resolutionen selbst kein Auslegungswert zu. Wegen des Irrtums bringen sie keine Rechtsüberzeugung hinsichtlich dessen rechtlicher Behandlung zum Ausdruck. Entscheidend sind auch hier die staatlichen Reaktionen auf die Resolution und des SR selbst, nachdem die wahre Faktenlage ans Licht gekommen ist. Bei Fehlverdacht und Fehlprognose, bei denen das Risiko einer Fehlentscheidung bewusst in Kauf genommen wird, gilt etwas anderes. Die Debatten im SR erfüllen insoweit eine Doppelfunktion, als sie einerseits für die Auslegung der jeweiligen Resolution relevant sind, an-

25 A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 157.

26 Santori, in: Nesi, International Cooperation, S. 89 (105); zustimmend de la Serna Galván, A. Mex. Der. Int'l 9 (2011), S. 147 (164); ähnlich Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 101–104.

27 Johnson, Harv. J. Int'l L. 19 (1978), S. 887 (888), Hervorhebung hinzugefügt.

28 Johnson, Harv. J. Int'l L. 19 (1978), S. 887 (901), sich eine Aussage des australischen Repräsentanten in UN Doc. S/PV.47, S. 376 zu eigen machend.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dererseits die Rechtsüberzeugungen der Staaten zu erkennen geben und somit Element der mitgliedsstaatlichen Vertragspraxis sind.[29]

I. Frühe Debatten und Äußerungen über die Tatsachengrundlage

1. Die Spanische Frage (1946)

Eine erste für die hiesigen Zwecke interessante Debatte entspann sich 1946 um die „Spanische Frage". Polen brachte im April 1946 einen Resolutionsentwurf in den SR ein, demzufolge der internationale Frieden durch die spanische Franco-Regierung bedroht wurde, der man gemeinsames Handeln mit den Achsenmächten während des zweiten Weltkriegs vorwarf.[30] Die Verbindung zu Hitler-Deutschland und die fortbestehende Gefahr durch Franco versuchte Polen mit einer Reihe von Tatsachenbehauptungen zu belegen.[31] Der Resolutionsentwurf forderte die Staaten auf „in accordance with the authority vested in it under Art. 39 and 41 of the Charter", die diplomatischen Beziehungen mit diesem Regime abzubrechen.[32] Viele SR-Mitglieder zeigten sich zögerlich: Der Großteil der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen bestehe aus Mutmaßungen, die für die Feststellung einer Friedensbedrohung nicht ausreichten.[33] Mehrere Stimmen formulierten ausdrücklich die Pflicht, dass vor der Verabschiedung einer Resolution nach Kapitel VII der Sachverhalt aufzuklären sei.[34] China betonte sogar, dass „until this Council is convinced beyond a doubt that the facts in question really constitute a threat to the peace, it should not resort to any immediate collective action."[35] Der sowjetische Vertreter plädierte unter Hinweis auf Konflikte der jüngsten Vergangenheit zwar eindrücklich dafür, auf weitere Sachverhaltsaufklärung zu verzichten, stützte sich aber

29 Vgl. Herbst, Rechtskontrolle, S. 135.
30 Martenczuk, Rechtsbindung, S. 180.
31 Vgl. S/PV.34, S. 155–166.
32 UN Doc. S/PV.34, S. 167.
33 S. zB UN Doc. S/PV.34, S. 176 (Niederlande); S/PV.35, S. 182–185 (Vereinigtes Königreich), S. 196 f (Australien); S/PV.37, S. 217 f (USA); allg. zur Debatte im SR s. Security Council RoP 1956–1951, S. 424–426.
34 Vgl. UN Doc. S/PV.35, S. 197 (Australien): „Chapter VI requires investigation before we can take any action. We have to take a decision and ascertain facts. But he [the Polish representative] jumps straight away into Chapter VII, Articles 39 and 41, which operate only against a proved aggressor."; ähnlich China, S/PV.35, S. 199; S/PV.37, S. 217 (USA).
35 UN Doc. S/PV.35, S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht darauf, dass die Tatsachengrundlage mit Unsicherheit behaftet sein dürfe, sondern darauf, dass die Sachlage bereits eindeutig sei.[36] Das schließlich eingesetzte Komitee, das mehr Tatsachen ans Licht bringen sollte,[37] stellte in seinem Bericht fest, dass „the juridical meaning of Article 39 is that the Security Council has to measure the situation *as at the moment of the proposed action on its part*, it being the clear intention of the Charter that the Security Council should only direct enforcement measures, which include the actual waging of war, provided it is *affirmatively satisfied* that a threat to the peace, or a breach of the peace, or an act of aggresion *has actually come into existence*".[38] Die verfügbaren Indizien reichten dem Komitee für eine Feststellung nach Art. 39 nicht aus.[39] Neben der Sowjetunion hielt auch Polen die an die Gefahr formulierten Anforderungen für überzogen:

> „The report […] interprets Article 39 to mean that the term threat to the peace used there, refers only to an actual threat and not to a potential threat. I find it impossible to make sense of such a distinction. Any threat to the peace is potential by nature. It may mature tomorrow, after tomorrow, or in five years. It is a question of time. If the threat to the peace is no longer potential, then we have to do with actual aggression."[40]

Damit, dass ein „potential threat" für Art. 39 UNC genüge, meinte der polnische Staatenvertreter also nicht, dass ein Gefahrenverdacht ausreiche, sondern dass das Schadensereignis noch ungewiss sein könne. Dass darüber Einigkeit bestehe und eine Friedensbedrohung lange vor einem Friedensbruch eintreten könne, stellte der australische Vertreter klar,[41] der den Vorsitz des Komitees übernommen hatte. Das Ergebnis des Komitees gehe vielmehr darauf zurück, dass es an dem für die Friedensbedrohung erforderlichen Beweis der *Tatsachen* fehle:

> „The Sub-Committee […] found on the evidence submitted to it that […] there was *no existing threat to the peace*. It is not, therefore, a

36 UN Doc. S.PV/37, S. 219–223.
37 Vgl. UN Doc. S/RES/4 (1946), angenommen beim 39. Treffen, S/PV.39.
38 UN Doc. S/75 Rn. 20, Hervorhebungen hinzugefügt.
39 UN Doc. S/75 Rn. 22.
40 UN Doc. S/PV.47, S. 370; ganz ähnlich die Sowjetunion, S/PV.45, S. 337: „[A] real threat to peace would exist only if fascist Spain took practical action of a military nature. But this would not be merely a threat to peace; it would be an act of aggression."; ähnlich Mexiko, S/PV.48 S. 387.
41 UN Doc. S/PV.47, S. 376.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> question of legal interpretation; it is a *question of evidence*, a question of *proving things*. Certain statements were made at the Security Council originally which have not been borne out by the evidence. It may well be that the evidence can be brought forward on some future occasion in order to disturb those findings and show that another finding should be made, but we shall have to wait for such an occasion."[42] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Der auf Grundlage der Komiteeempfehlungen ausgearbeitete Resolutionsentwurf, der von einem Handeln nach Kapitel VII absah,[43] scheiterte am russischen Veto.[44] Der Gegenentwurf, der mit dem ursprünglichen polnischen Entwurf im Wesentlichen überstimmte, wurde überstimmt,[45] sodass es zu keinen Maßnahmen nach Kapitel VII kam.

Wie der Wortwechsel zwischen Polen und Australien zeigt, betraf die Uneinigkeit zwischen den Mitgliedern weniger die Frage des tatsächlichen Vorliegens der gefahrbegründenden Tatsachen als den erforderlichen Gefahrengrad dieser Tatsachen, also das Prognoseelement. Hinsichtlich der Prognosegrundlage wurde offenbar verbreitet angenommen, dass es einer zum Handlungszeitpunkt annähernd sicheren Indizienlage bedurfte. Das zeigen Formulierungen wie „beyond a doubt" und „affirmatively satisfied" sowie der Umstand, dass eigens ein Komitee zur Tatsachenaufklärung eingesetzt wurde. Nicht eindeutig lässt sich demgegenüber beantworten, ob mit dieser hohen Anforderung das *vom SR zu tragende* Irrtumsrisiko verringert werden sollte, weil man annahm, die friedensbedrohenden Tatsachen müssten ex post vorliegen, oder ob eine objektiv ex ante sicher erscheinende Indizienlage die Anforderungen von Art. 39 UNC per se erfüllen sollte, also auch dann, wenn sich die Sachlage doch als falsch herausstellte. Jedenfalls legt das Erfordernis annähernd sicherer Indizien die Überzeugung offen, die Tatsachenfeststellung sei durchaus an objektiven Kriterien zu messen und unterfalle nicht vollständig der unbeschränkten Beurteilungsprärogative des SR.

---

42 UN Doc. S/PV.47, S. 376; eindrücklich auch S/PV.48, S. 385: „The real question is the extent to which facts relevant to Article 39 have been proved to exist; and I say that it is completely destructive of the whole work of the Sub-Committee to say that their existence has been proved".

43 Für den Resolutionstext s. UN Doc. S/PV.45, S. 326.

44 UN Doc. S/PV.47, S. 379.

45 UN Doc. S/PV.48, S. 388.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Das Arbeitspapier des Generalsekretärs zur UN-Palästina-Kommission (1948)

Mit Resolution 181 (II) forderte die Generalversammlung den SR 1947 auf, den UN-Teilungsplan umzusetzen, zu prüfen, ob die Situation in Palästina eine Friedensbedrohung darstelle, und die UN-Palästina-Kommission, die die Übergangsphase koordinieren sollte,[46] mit erforderlichen Befugnissen auszustatten.[47] Ein Arbeitspapier des Generalsekretärs über das Verhältnis zwischen dieser Kommission und dem SR enthält diese interessante Passage:

> „Whether a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression exists is primarily a question of fact left by the Charter to the unrestricted judgment of the Security Council."[48]

Die Formulierung lässt sich so verstehen, dass der gesamte Einschätzungsvorgang – von der Wahrnehmung der gefahrbegründenden Tatsachen bis zur Prognose über ihre Gefährlichkeit – ausschließlich subjektiv zu beurteilen sei. Für die subjektive Einschätzung der Existenz der relevanten Tatsachen hätte zwar ein Ausdruck wie „subjective assessment" näher gelegen als der des „unrestricted judgment". Dass sich der Generalsekretär aber nicht allein auf das Prognoseelement bezog, wird an dem Begriff „a question of fact" deutlich. Die postulierte Freiheit von jeglichen Bindungen schränkte das Papier sogleich wieder ein:

> „It is obvious that, in order to be in a position to determine, the Security Council should previously investigate the situation in Palestine, in the light of existing evidence."[49]

Wenn Gefahrenprognose wie Tatsachenfeststellung nach Auffassung des Generalsekretärs also allein von der subjektiven Wahrnehmung des SR abhingen und nicht objektiv überprüfbar waren, so sollte der SR zumindest einer (wohl allein verfahrensrechtlichen) Sachverhaltsaufklärungspflicht unterliegen.[50] Im Palästina-Konflikt stellte der SR eine Friedensbedrohung

---

46 UN Doc. A/RES/181 (II) (1947), Teilungsplan, Teil I, Abschnitt B.

47 UN Doc. A/RES/181 (II) (1947), Rn. a, b; zur Debatte im SR Security Council RoP 1956–1951, S. 434–441.

48 UN Palestine Commission Relations Between the UN Commission and the Security Council, Working Paper Prepared by the Secretariat, 4. Februar 1948, UN Doc. A/AC.21/W.25.

49 UN Doc. A/AC.21/W.25.

50 Das entspricht genau der von Kreß formulierten Auffassung, s.o. Fn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit Resolution 54 (1948) fest. Angesichts der offenen Kampfhandlungen war ihr eigentliches Vorliegen kein Gegenstand kontroverser Debatte. Einzig die Einordnung als bloße Bedrohung sowie die Existenz eines *internationalen* Konflikts wurden bezweifelt.[51]

3. Der Korea-Konflikt (1950–1951)

Nachdem sich die Nachricht von der nordkoreanischen Invasion Südkoreas verbreitet hatte, trat am Nachmittag des 25. Juni 1950 der SR zusammen.[52] Der amerikanische Resolutionsentwurf umfasste die Feststellung eines Friedensbruchs, rief dazu auf, die Auseinandersetzung zu beenden und verlangte von Nordkorea den Rückzug. Über die Feststellung des Friedensbruchs bestand weitgehend Einigkeit. Eine Reihe von Mitgliedern betonte, die Faktenlage reiche aus, weil man sich auf den Bericht der UN-Kommission für Korea stützen könne.[53] Allein Jugoslawien machte geltend, dass die Verantwortlichkeit erst nach weiterer Sachverhaltsaufklärung und nach Anhörung Nordkoreas festgestellt werden könne. Davor solle sich der SR auf Maßnahmen beschränken, die sich auf die verfügbaren Beweise stützen ließen.[54] Diese Anforderung hatte bereits der britische Vertreter formuliert und als erfüllt angesehen.[55] Ein entsprechender Resolutionsentwurfs Jugoslawiens wurde überstimmt. Stattdessen nahm der SR den Entwurf der USA in Abwesenheit der Sowjetunion in Form der Resolution 82 (1950) an[56] und empfahl zwei Tage später durch Resolution 83 (1950), Südkorea Unterstützung zu gewähren „as may be necessary to repel the armed attack and to restore international peace and security in the area".[57]

Dass viele Mitglieder die verlässliche Quelle der verfügbaren Informationen betonten, zeigt, dass die Uneinigkeit mit Jugoslawien wieder nur in der Bewertung der Faktenlage als ausreichend sicher wurzelte und die vage Möglichkeit eines Friedensbruchs einhellig für ungenügend gehalten wur-

---

51 Vgl. Security Council RoP (1946–1951), S. 434–436, 438.
52 UN Doc. S/PV.473.
53 S. zB UN Doc. S/PV.473, S. 4 (USA), S. 9 (Vereinigtes Königreich), S. 12 (Kuba).
54 UN Doc. S/PV.473, S. 14 f.
55 UN Doc. S/PV.473, S. 9.
56 UN Doc. S/PV.473, S. 16–18.
57 UN Doc. S/RES/83 (1950); beschrieben von Kreß, Eckstein mit Grauzonen, FAZ Einspruch v. 27. März 2019 als Empfehlung zum gewaltsamen Vorgehen „in einem Niemandsland zwischen kollektiver *Sicherheit* und kollektiver *Verteidigung*" [Hervorhebung im Original].

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de. Insofern bestärkt der Fall wie die Spanische Frage die These, dass die Mitglieder jedenfalls eine aus objektiver ex-ante-Sicht hochwahrscheinliche Indizienlage für erforderlich hielten – was jedenfalls dagegen spricht, dass die Feststellung der Friedensbedrohung vollständig in die Beurteilungsprärogative des SR fällt.

4. Der Südrhodesien-Konflikt (1965–1966)

Äußerungen während der SR-Debatten im Fall Südrhodesien 1965 und 1966 ähnelten denen, die während der Debatte um die Spanische Frage formuliert wurden. Jordanien erklärte – ähnlich wie 1946 der australische Vertreter[58] –, die Feststellung einer Tatbestandsvariante des Art. 39 sei „not a question of legal interpretation", sondern „a question of evidence, a question of proof, a question of fact", wobei die Fakten hier unbestritten seien.[59] Weitere Äußerungen stützen zudem die These, dass man annahm, der SR müsse vom Vorliegen der friedensbedrohenden Tatsachen nahezu vollständig überzeugt sein.[60] Insoweit ergibt sich aus dem Fall nichts anderes als aus der Spanischen Frage und dem Korea-Krieg.

5. Zwischenergebnis

Während das Arbeitspapier des Generalsekretärs zu Palästina-Kommission für eine materiell-rechtlich unbeschränkte Beurteilungsprärogative sowohl hinsichtlich der Gefahrenprognose als auch der Tatsachenfeststellung streitet, ziehen die übrigen Fälle letzteres in Zweifel. Aus ihnen ergibt sich, dass eine Handlungsbefugnis des SR nach Kapitel VII eine Indizienlage voraussetzt, die das Vorliegen der friedensbedrohenden Tatsachen objektiv ex ante hochwahrscheinlich bis sicher erscheinen lässt. Ob diese Anforderung nur den *Fehlverdacht*, nicht aber den Irrtum von der Berücksichtigung ausschließt (weil die Tatsachenlage immerhin aus dem ex-ante-Zeitpunkt heraus formuliert wurde), oder aber beide (weil die Staaten die ex-

58 S.o. 14. Kap., I. 1., Rn. 42.
59 UN Doc. S/PV.1264, Rn. 13; ähnlich S/PV.1340, Rn. 11 (ebenfalls Jordanien).
60 S/PV.1264, Rn. 14 (Jordanien: „all these factors justify the finding that a threat to the peace exists"); S/PV.1332, Rn. 54 (Argentien: „there are two reasons why a threat to the peace […] exists. […] The factual circumstances in themselves show that there is at any moment a latent state of breach of peace.").

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

post-Sachlage für maßgeblich hielten und gerade deshalb so hohe Anforderungen an das ex-ante-Handeln stellten), geht aus den Fällen nicht eindeutig hervor. Auch die Kapitel-VII-Resolutionen der 1990er-Jahre zu den Situationen in Somalia, Haiti und Ruanda[61] geben darüber keinen Aufschluss. Wenn auch die darin erfolgte Qualifizierung ursprünglich interner Situationen als Friedensbedrohung eine Einschätzungsprärogative des SR hinsichtlich der *rechtlichen Ausfüllung* dieses Begriffs nahelegt, besagen sie nichts über die maßgebliche Sicht auf die Fakten.[62]

II. Vermutete Verantwortlichkeit für Terrorakte und Chemiewaffeneinsätze

Die im Folgenden untersuchten SR-Debatten und Resolutionen haben den Verdacht einer Bedrohung zum Gegenstand, die regelmäßig von einem staatlichen Akteur ausgeht. Resolution 1530, die die ETA für die Attentate in Madrid 2004 verantwortlich machte, und Resolution 1267, die sich gegen die Taliban richtete, bilden insoweit eine Ausnahme. Auch wenn die untersuchten Resolutionen an ein vergangenes Ereignis (einen Akt des Terrorismus oder einen Chemiewaffeneinsatz) anknüpfen, für das der Akteur verdächtigt wird verantwortlich zu sein, und sie bisweilen das Ereignis selbst als Friedensbedrohung qualifizieren, geht es der Sache nach stets um die Verhinderung ähnlicher Ereignisse *in der Zukunft*. Der Einsatz oder die Androhung von Sanktionen sollen den verdächtigten Staat zu einer Änderung seines Verhaltens bewegen. Es steht daher durchaus das hier interessierende präventive Handeln des SR in Rede.[63] Dennoch trennen die staatlichen Stellungnahmen häufig nicht klar zwischen präventiven und repressiven Aspekten. Äußerungen, die erkennbar auf das (punitive) Zur-Verantwortung-Ziehen der Urheber des Attentats bezogen sind, darf für die Gefahrenabwehrfunktion des SR keine zu große Bedeutung beigemessen werden.

Die vermutete Verantwortlichkeit für das Ereignis, das den Anhaltspunkt für die Friedensbedrohung bildet, ist für die Rechtmäßigkeit der

---

61 UN Doc. S/RES/794 (1992) zu Somalia; S/RES/841 (1993) zu Haiti; S/RES/955 (1994) zu Ruanda, für weitere Beispiele s.o. 1. Kap., I. 1. a, Fn. 30.

62 Ohne diese Differenzierung ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.40.

63 S. dazu oben 4. Kap., III; vgl. insb. ICJ, Lockerbie, Memorandum of Libya, Rn. 6.28–6.31 zu den Lockerbie-Resolutionen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hier diskutierten Sanktionen deshalb ein relevanter Faktor, weil Sanktionen, die gezielt gegen einen Staat gerichtet sind, nach hier befürworteter Sicht seine *Zuständigkeit* für die Friedensbedrohung erfordern. Regelmäßig ist mit den Resolutionen zudem ein Unwerturteil verbunden, sodass man hier ausnahmsweise gar ein rechtswidriges Handeln verlangen mag.[64]

1. Die Lockerbie-Resolutionen 731 und 748 (1992)

Am 21. Dezember 1988 brachte eine Bombe an Bord den Airliner Pan Am Flight 103 in der schottischen Kleinstadt Lockerbie zum Absturz, wobei alle Passagiere sowie elf Personen am Boden starben.[65] Schottische und amerikanische Ermittlungen gelangten zu dem Ergebnis, dass zwei libysche Nachrichtendienstmitarbeiter für das Attentat verantwortlich seien. Die Auslieferungsersuche Großbritanniens, der USA und Frankreichs blieben jedoch erfolglos. Auf Initiative dieser Staaten verabschiedete der SR – nach verbreiteter Auffassung auf Grundlage von Kapitel VI UNC[66] – Ende Januar 1992 Resolution 731, die die libysche Regierung drängte, „immediately to provide a full and effective response to those requests". Mit „response" war nach ganz überwiegendem Verständnis nicht nur eine „Antwort" gemeint, sondern dass Libyen dem Ersuchen durch Überstellung nachkommen sollte.[67] Zu den „requests" gehörten auch Schadensersatzforderungen.[68] Trotz des libyschen Angebots, die Tatverdächtigten an ein UN-Komitee zu überstellen, scheiterte eine Einigung.[69] So zog Libyen Anfang

64 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

65 Eing. zum Lockerbie-Fall Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302–324; T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206–229; Tomuschat, ICJ Rev. 38 (1992), S. 38–48; Graefrath, EJIL 4 (1993), S. 184–205; Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643–677.

66 T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (217).

67 Vgl. Dissenting Opinions in ICJ, Lockerbie (Libya v. UK und v. USA), v. 14. April 1992 von Bedjaoui (Rn. 17) und Ajibola (S. 90); umf. Herbst, Rechtskontrolle, S. 35–40; Tomuschat, ICJ Rev. 38 (1992), S. 38 (43); Franck, AJIL 86 (1992), S. 519 (520); der Resolution dennoch eine gewisse Ambiguität zugestehend Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302 (314); aA (dafür, dass der SR für einen Gegenvorschlag Raum gelassen habe) ICJ, Lockerbie (Libya v. UK und v. USA), Memorandum of Libya, Rn. 6.12; alternative Verpflichtungen – auszuliefern oder vor Gericht zu stellen – annehmend T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (220 f).

68 Briefe des Vereinigten Königreichs und der USA, UN Doc. S/23307, S. 9; S/23308, S. 2.

69 Vgl. Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302 (314–317).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

März vor den IGH und beantragte unter anderem die Feststellung, dass es sich entsprechend seiner Verpflichtungen aus der Konvention von Montreal von 1971[70] verhalten habe und dass die USA und Großbritannien letztere durch den ausgeübten Druck verletzten.[71]

Drei Tage nach dem Ende der mündlichen Verhandlungen über den Erlass vorsorglicher Maßnahmen verpflichtete der SR Libyen durch Resolution 748 (1992) – diesmal auf Grundlage von Kapitel VII – zur Vornahme der durch Resolution 731 bezeichneten Handlungen und ordnete ein Waffenembargo gegen Libyen und Einschränkungen der Landeerlaubnisse für libysche Flugzeuge an.[72] Als Friedensbedrohung qualifiziert wurde die „failure by the Libyan Government to demonstrate by concrete actions its renunciation of terrorism and in particular its continued failure to respond fully and effectively to the requests in resolution 731".[73] Nur zwei Wochen nach dieser Resolution lehnte der IGH die libyschen Anträge auf vorsorgliche Maßnahmen ab.[74] 1993 verschärfte der SR die Sanktionen mit Resolution 883 noch einmal.[75] Der IGH erklärte sich 1998 in der Sache für zuständig,[76] bezog jedoch weder 1992 noch 1998 zur Rechtmäßigkeit der Resolutionen Stellung.[77] Ein Urteil in der Hauptsache blieb aus, da Libyen 1999 die Verdächtigten an ein niederländisches Gericht überstellte, das einen der beiden freisprach und den anderen für schuldig befand. Bis heute verorten manche Stimmen die Verantwortlichkeit für das Attentat weniger bei Libyen als beim Iran oder bei Syrien.[78]

Auf die Verstrickung Libyens in das Attentat kam es an, weil die Resolutionen 748 und 883 durch ihre mit den Sanktionen verbundene Aussage, Libyen habe seine Abkehr vom Terrorismus nicht hinreichend unter Beweis gestellt, das Land implizit dafür verantwortlich machten.[79] Die Nicht-

70 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation.
71 ICJ, Lockerbie (Libya v. UK und v. USA), Application Instituting Proceedings v. 3. März 1992.
72 UN Doc. S/RES/748, paras. 4–6.
73 UN Doc. S/RES/731 (1992), Präambelabsatz 7.
74 ICJ, Lockerbie (Libya v. UK und v. USA), Beschlüsse v. 14. April 1992.
75 UN Doc. S/RES/883 (1993).
76 ICJ, Lockerbie (Libya v. UK und v. USA), Preliminary Objections, Urteile v. 27. Februar 1998.
77 Dazu näher s.u. 15. Kap., I. 1., 3.
78 Vgl. Rayner, Lockerbie Bombing, The Telegraph v. 10. März 2014; Meikle/Carrell, Mystery of Lockerbie plane bombing may never be solved, The Guardian v. 20. Mai 2012.
79 So auch Graefrath, EJIL 4 (1993), S. 184 (197).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auslieferung der Verdächtigten durch Libyen allein konnte das in den Resolutionen enthaltene Unwerturteil nicht legitimieren.[80] Der Verdacht der Verstrickung prägte auch die Debatte im SR. Dass eben diese noch nicht erwiesen war, kritisierten im Vorfeld der Resolution 738 sowohl Libyen und der Sudan als auch die Arabische Liga,[81] die wie die Islamische Konferenz[82] Libyen zuvor ihre Solidarität ausgesprochen hatten.[83] Libyen beanstandete auch, dass die USA, England und Frankreich die relevanten Beweise nicht öffentlich machten.[84] Die SR-Mitglieder nahmen die Resolution dennoch einstimmig an,[85] wobei nicht wenige betonten, dass der Fall keinen Präzedenzfall darstelle.[86] Resolution 748 standen einige Mitglieder, die sich bei der Abstimmung enthielten, zwar skeptischer gegenüber.[87] Sie beriefen sich aber vornehmlich darauf, dass friedliche Mittel noch nicht ausgeschöpft seien[88] und der SR auf die bevorstehende Entscheidung des IGH warten solle.[89] Dass die Resolution auf Grundlage eines bloßen Verdachts verabschiedet wurde, fand einzig bei Libyen und Mauretanien, und auch hier nur noch am Rande Erwähnung.[90] Die die Resolutionen einbringenden Staaten hielten die Beweislage für ausreichend, um Sanktionen ge-

80 Überwiegend wurde diese Nichtauslieferung für völkerrechtskonform gehalten, Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302 (322); Graefrath, EJIL 4 (1993), S. 184 (196); Tomuschat, ICJ Rev. 48 (1992), S. 38 (46) (der daraus jedoch kein Hindernis für den SR herleitet); anders als hier Herbst, Rechtskontrolle, S. 357, der die Verstrickung Libyens für irrelevant hält, weil es auch in diesem Fall keines rechtswidrigen Handelns bedürfe.

81 S/PV.3033, S. 6–25, insb. S. 6, 17 (Libyen); S. 31 (Arabische Liga), S. 33–35 (Sudan).

82 Final Communiqué of the Sixth Islamic Summit Conference (1991), Rn. 37.

83 Vgl. UN Doc. S/PV.3033, S. 28; allg. zur Debatte Security Council RoP (1989–1992), S. 887.

84 UN Doc. S/PV.3033, S. 6 (Libyen).

85 UN Doc. S/PV.3033, S. 78.

86 UN Doc. S/PV.3033, S. 73 (Ecuador), S. 77 (Kap Verde), S. 96 (Indien); S. 106 (Vereinigtes Königreich); vorsichtig auch Venezuela, ebd. S. 98.

87 Kap Verde, China, Indien, Marokko und Simbabwe, vgl. S/PV.3063, S. 65.

88 UN Doc. S/PV.3063, S. 14 f (Libyen), S. 23–30 (Jordanien), S. 33 (Mauretanien), S. 34–38 (Irak), S. 47 (Kap Verde), S. 52 (Simbabwe), S. 63 f (Marokko).

89 UN Doc. S/PV.3063, S. 32 (Mauretanien), S. 40 (Uganda), S. 46 (Kap Verde), S. 52 f (Simbabwe), S. 58 (Indien).

90 UN Doc. S/PV.3063, S. 4, 7 (Libyen); S. 31 (Mauretanien).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Libyen zu erlassen,[91] wobei Äußerungen der USA nahelegen, dass sie (einfachen) „evidence" genügen ließen.[92]

Anders als in der Literatur, die das Genügenlassen eines bloßen Bedrohungsverdachts für die festgestellte Friedensbedrohung und die Sanktionen später hervorhob,[93] fand dieser Umstand im SR wenig Beachtung. Die SR-Debatte lässt daher trotz einzelner Gegenstimmen den Schluss zu, dass ein auf hinreichenden Indizien basierender Gefahrenverdacht verbreitet für ausreichend gehalten wurde, um eine Handlungsbefugnis des SR zu begründen. Dabei wurde der verlangte Wahrscheinlichkeitsstandard gegenüber früheren Debatten abgesenkt. Der libysche Ruf nach einer Pflicht zur Offenlegung der Beweise fand bei der Mehrheit der SR-Mitglieder kein Gehör.

2. Die Mubarak-Resolutionen 1044 und 1054 (1996)

Im Ausgangspunkt ganz ähnlich lagen die Dinge bei der Reaktion des SR auf den vereitelten Attentatsversuch auf den ägyptischen Staatspräsidenten Mubarak während eines Staatsbesuchs in Addis Abeba im Juni 1995.[94] Die Spur führte äthiopische Ermittler zu drei Ägyptern, die man im Sudan vermutete. Laut Äthiopien war der Sudan auch in die Attentatspläne verstrickt. Nachdem bilaterale Verhandlungen über ihre Überstellung gescheitert waren, wandte sich Äthiopien an die Organisation für Afrikanische Einheit (OAU), die den Sudan in einer Resolution dazu aufforderte, die Verdächtigten an Äthiopien auszuliefern und die Unterstützung von Terrorismus zu unterlassen.[95] Als diese Resolution folgenlos blieb, rief

---

91 UN Doc. S/PV.3063, S. 66 (USA); vgl. auch S. 70 (Vereinigtes Königreich, von „Libya's involvement with terrorism" sprechend); ähnlich bereits bei Resolution 731, vgl. S/23307, S. 3 (Vereinigtes Königreich); S/PV. 3033, S. 66 (USA), 102 f (Vereinigtes Königreich).

92 UN Doc. S/PV.3063, S. 66.

93 Vgl. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (327); Herbst, Rechtskontrolle, S. 357; implizit Tomuschat, ICJ Rev. 48 (1992), S. 38 (47); T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (223); zu anderen interessanten Fragen des Falls Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302–324 und wN s.o. in Fn. 65.

94 Zu den Mubarak-Resolutionen s. Sharfi, J. East. Afr. Stud. 12 (2018), S. 454–472; Herbst, Rechtskontrolle, S. 255–259; Droubi, Resisting UN Security Council Resolutions, S. 134 f.

95 Statement issued on 11 September 1995 by the third extraordinary session of the OAU Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolution, paras. 6, 8, abgedruckt in UN Doc. S/1996/10, S. 2 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Äthiopien den SR auf den Plan.[96] Dieser verabschiedete auf Grundlage von Kapitel VI zunächst einstimmig Resolution 1044 (1996), mit der sich der SR die Forderungen der OAU zu eigen machte.[97] Nachdem der Sudan dem Auslieferungsverlangen des SR nicht nachkam und seine Nachbarstaaten ihn beschuldigten, terroristische Aktivitäten in ihren Gebieten zu fördern,[98] trat der SR erneut zusammen. Mit Resolution 1054 (1996) einigten sich die Mitglieder, die über das adäquate Vorgehen unterschiedlicher Auffassung waren, auf einen Kompromiss: Zwar wurde die Nichterfüllung der Aufforderungen aus Resolution 1044 als Friedensbedrohung qualifiziert und ein Tätigwerden auf Grundlage von Kapitel VII festgestellt.[99] Die beschlossenen Sanktionen begrenzten sich aber auf die Einschränkung diplomatischer Beziehungen.[100] Weiterreichende Sanktionen verhinderten China und Russland, die sich bei der Abstimmung auch enthielten.[101]

Der Sudan bestritt hinsichtlich zweier Verdächtigter, dass sie jemals in sein Land eingereist seien, hinsichtlich des dritten Verdächtigten, dass man seinen Aufenthaltsort kenne.[102] Gegen Resolution 1044 wandte der Sudan ein, dass „the draft resolution reflects a new dimension of SC resolutions, based on hypotheses and assumptions."[103] Im Hinblick auf die Resolution der OAU kritisierte er, „that there can be no accusation without sufficient evidence, that the accused has the right to be heard and that he is innocent until his guilt is proved".[104] Ägypten und Äthiopien sollten, wenn sie Beweise über den Aufenthaltsort besäßen, diese offenlegen.[105] Wie im Lockerbie-Fall schenkten die SR-Mitglieder dieser Meinung wenig Beachtung. Diejenigen, die überhaupt zur Beweislage Stellung nahmen, bezeichneten sie als „compelling and convincing".[106] Allein China gab bereits zu Bedenken, dass

96 UN Doc. S/1996/10.
97 UN Doc. S/RES/1044 (1996), para. 4.
98 UN Doc. S/1996/179, Rn. 31.
99 UN Doc. S/RES/1054 (1996), Präambel paras. 10 f.
100 UN Doc. S/RES/1054 (1996), paras. 3 f; enttäuscht zeigten sich insoweit Äthiopien (S/PV.3660, S. 11), Uganda (ebd. S. 11) und die USA (ebd. S. 20–22).
101 UN Doc. S/PV.3660, S. 20.
102 UN Doc. S/PV.3627, S. 4.
103 UN Doc. S/PV.3627, S. 6; allg. zur Debatte s. Security Council RoP (1996–1999), S. 1140 f.
104 UN Doc. S/PV.3627, S. 5; ebenso im Vorfeld von Resolution 1054, S/PV.3660, S. 6.
105 UN Doc. S/PV.3627, S. 6.
106 UN Doc. S/PV.3627, S. 14 (USA); ähnlich S. 17 (Vereinigtes Königreich).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „the Council should […] make its own judgment in a fair and objective manner by respecting the facts and giving due importance to the evidence". […] Therefore, we have reservations about that part of paragraph 4 (b) that calls upon the Sudan to desist from engaging in activities of assisting, supporting and facilitating terrorist activities. As a Chinese saying goes, 'Listen to all sides and you will be enlightened; otherwise you will be benighted.'"[107]

Bei der Diskussion über Resolution 1054 stand die unsichere Faktenlage stärker im Vordergrund. Die arabische Zeitung *Al Hayat* hatte zwischenzeitlich ein Interview mit einem der Verdächtigten veröffentlicht, der sich der Zeitung zufolge statt im Sudan in Afghanistan aufhielt.[108] China beharrte auf der Notwendigkeit einer ausreichenden Tatsachengrundlage und begründete seine Enthaltung damit, dass der Einsatz von Sanktionen gegen den Sudan vor dem Vorliegen eindeutiger Beweise einen „schlechten Präzedenzfall" schaffe.[109] Auch Russland enthielt sich mit der Begründung, dass „really convincing evidence about the involvement of Khartoum in the assassination attempt and in the whereabouts of the suspects has not been given to the Security Council or to the Secretary-General."[110] Frankreich, das die Resolution unterstützte, räumte ein, dass der Resolutionstext zu verstehen sei „in the light of available information that leads us to suppose that the three suspects are in the Sudan" und Sudan nur verpflichtet werde, auf die Auslieferung hinzuarbeiten, wenn sich die Verdächtigten tatsächlich auf seinem Territorium befänden:[111]

> „To ask more of it would not be in accordance with international law on extradition, nor is the resolution intended to do so. The Council cannot hold Sudan responsible for what it is not."[112]

Äthiopien hielt die Verstrickung sudanesischer Autoritäten in das Attentat hingegen für „as clear as the day" und „proven beyond the shadow of a doubt.[113]

Ähnlich wie bei der Spanischen Frage und im Korea-Krieg betrafen die Unstimmigkeiten die konkrete Bewertung der vorgetragenen Indizien als

---

107 UN Doc. S/PV.3627, S. 12.
108 Vgl. UN Doc. S/1996/311, S. 1; S/PV.3660, S. 5 f (Sudan), 14 (Russland).
109 UN Doc. S/PV.3660, S. 19.
110 UN Doc. S/PV.3660, S. 14.
111 UN Doc. S/PV.3660, S. 20.
112 UN Doc. S/PV.3660, S. 20.
113 UN Doc. S/PV.3660, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

glaubhaft oder unglaubhaft und nicht die abstrakten Anforderungen an die Indizienlage: Das Erfordernis einer hochwahrscheinlichen Indizienlage – mit Russlands Worten eines „really convincing evidence" – lag den meisten Äußerungen vielmehr implizit zugrunde. Formulierungen wie „in the light of available information" deuten darauf hin, dass eine diesen Anforderungen entsprechende objektive ex-ante-Sichtweise für entscheidend gehalten wurde. Gleichzeitig schwang darin das Verständnis mit, dass die Wirkung der Resolution durch spätere Erkenntnisse potentiell beeinflusst werden würde. Wie der Lockerbie-Fall kann der Mubarak-Fall zudem nicht als Indiz für eine Pflicht zur Offenlegung der Indizien dienen.

3. Die Resolution 1267 gegen die Taliban (1999)

In einem Atemzug mit den Lockerbie- und Mubarak-Resolutionen wird häufig Resolution 1267 (1999) genannt, mit der der SR, frühere Aufforderungen wiederholend,[114] die Taliban verpflichtete, internationalen Terroristen nicht weiter Zuflucht zu gewähren und sie auszubilden, Osama bin Laden auszuliefern, und die Taliban mit Sanktionen belegte.[115] Ein Bedrohungsverdacht lag der einstimmig angenommenen Resolution nur insoweit zugrunde, als ihr die unter den SR-Mitgliedern zirkulierte Anklageerhebung der USA gegen Osama bin Laden und seine Verbündeten für die Bombardierung der US-Botschaften in Nairobi und Daressalam vorausging[116] und die Resolution auf diese ausdrücklich Bezug nahm,[117] obwohl die Täterschaft für das Attentat noch nicht bewiesen war. Anders als in den Fällen Lockerbie und Mubarak wurden Zweifel aber weder an der Urheberschaft bin Ladens für die Botschaftsattentate noch an der allgemeinen Förderung von Terrorismus durch die Taliban geäußert[118] und ergaben sich auch nicht aus den späteren Entwicklungen. Da sich daher keine Debatte über die Anforderungen an die Tatsachengrundlage entspann, lässt sich für Resolution 1267 nur der begrenzte Schluss ziehen, dass die Staaten die verfügbaren Beweise für ausreichend hielten. Welchen Gewissheitsgrad

114 Vgl. UN Doc. S/RES/1189 (1998); S/RES/1193 (1998), S/RES/1214 (1998).
115 UN Doc. S/RES/1267 (1999), paras. 1 f, 4.
116 UN Doc. S/1999/1021, S. 2 f.
117 UN Doc. S/RES/1267 (1999), Präambelabsatz 7.
118 Vgl. UN Doc. S/PV.4051; allg. zur Debatte s. Security Council RoP (1996–1999), S. 1123.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie zugrunde legten, lässt sich nicht beurteilen. Die relevanten Informationen legten die USA wie zuvor nicht offen.

4. Die Resolution 1530 nach den Anschlägen von Madrid (2004)

Am Morgen des 11. März 2004, drei Tage vor den spanischen Parlamentswahlen, detonierten Bomben in verschiedenen U-Bahnen Madrids. Sie rissen 193 Menschen in den Tod und verletzten viele weitere.[119] Innerhalb von wenigen Stunden wurde in New York eine SR-Resolution ausgehandelt und in der offiziellen Sitzung ohne Wortmeldungen einstimmig beschlossen. Diese Resolution 1530 verurteilte die Bombenanschläge in Madrid „*perpetrated by the terrorist group ETA*" und qualifizierte sie, ohne die Grundlage in der Charta näher zu bestimmen, als Friedensbedrohung.[120] Die Benennung der für das Attentat verantwortlichen Organisation war für eine Resolution ihrer Art, unmittelbar nach den Anschlägen verabschiedet, unüblich.[121] Wie später aus Diplomatenkreisen zu hören war, hatte die spanische Regierung auf die Benennung der ETA als Urheber gedrungen. Frankreich und Russland hatten den Vorschlag offenbar zunächst zurückweisen und Deutschland das Wort „allegedly" einfügen wollen.[122] Einem französischen Offiziellen zufolge war die Feststellung, die ETA sei der Urheber, nach viel Hin und Her aber eingefügt worden: „Under the circumstances, nobody wanted to say no".[123] Schon wenige Tage nach der verabschiedeten Resolution musste die spanische Regierung eingestehen, dass die Hinweise auf die Verantwortlichkeit von Al-Qaida, nicht auf die der ETA hindeuteten.[124] Tatsächlich wird heute ganz überwiegend angenommen, dass Al-Qaida der Drahtzieher war und der SR – zumindest die Mehrheit seiner Mitglieder – einem Irrtum unterlag.

Die spanische Außenministerin bestritt Vorwürfe, ihre Regierung habe die übrigen SR-Mitglieder bewusst in die Irre führen wollen.[125] Kritiker behaupteten demgegenüber, Spanien habe vorhandene Hinweise auf Al-Qaida angesichts der unmittelbar bevorstehenden Wahlen bewusst verschwiegen, weil sich so eine Verbindung zwischen dem Anschlag mit der

119 Vgl. umf. O'Donnell, EJIL 17 (2006), S. 945–968.
120 UN Doc. S/RES/1530, para. 1.
121 O'Donnell, EJIL 17 (2006), S. 945 (947).
122 Sciolino, Bombings in Madrid, NY Times v. 16. März 2004.
123 Sciolino, Bombings in Madrid, NY Times v. 16. März 2004.
124 Sciolino, Bombings in Madrid, NY Times v. 15. März 2004.
125 Sciolino, Bombings in Madrid, NY Times v. 16. März 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beteiligung an der Irakinvasion offenbart hätte, die ein Großteil der spanischen Bevölkerung ablehnte.[126] Auch wenn sich einige UN-Diplomaten inoffiziell über Spanien verärgert zeigten[127] und der Generalsekretär hinter vorgehaltener Hand offenbar bemerkte, „there is a lesson here for everybody, including the Council members",[128] nahm nach Aufklärung des Irrtums weder der SR noch ein Staat offiziell dazu Stellung. Resolution 1530 blieb unverändert bestehen und weder Wirksamkeit noch Rechtmäßigkeit wurden bezweifelt.[129] Dennoch ginge es zu weit, daraus generell zu schließen, falsche Tatsachenbestimmungen des SR entbänden die UN-Mitglieder nicht von ihrer Pflicht, die SR-Entscheidung auszuführen.[130] Resolution 1530 enthielt bis auf die Aufforderung, zur Ermittlung der Tatverdächtigen beizutragen – eine Formulierung, bei der die Verantwortlichkeit der ETA zudem nicht wiederholt wurde –, keine Pflichten für die Mitgliedstaaten. Man mag mutmaßen, dass der SR die falsche Resolution nicht hätte stehen lassen, wenn sie, zB durch Sanktionen gegen einen unzuständigen Staat, konkreten „Schaden" angerichtet hätte. Möglicherweise stand bei der Entscheidung, den Irrtum auf sich beruhen zu lassen, auch schlicht das durch das Attentat angerichtete Leid im Vordergrund. In der Literatur jedenfalls wurden nicht nur Spanien, sondern auch die übrigen SR-Mitglieder für ihr hastiges und blauäugiges Handeln deutlich kritisiert.[131]

---

126 Vgl. Deen, UN Loses Face over Hurried Vote on Spain Bombing, GPF Inter Press Service v. 16. März 2004; Sciolino, Bombings in Madrid, NY Times v. 15. und 16. März 2004; Richburg, Spain Campaigned to Pin Blame on ETA, Washington Post v. 16. März 2004.

127 Deen, UN Loses Face over Hurried Vote on Spain Bombing, GPF Inter Press Service v. 16. März 2004 zitiert einen asiatischen Diplomaten mit der Aussage „The Security Council was taken for a mighty ride. Some of the members are angry and embarrassed about the entire episode. This has never happened before.".

128 Deen, UN Loses Face over Hurried Vote on Spain Bombing, GPF Inter Press Service v. 16. März 2004.

129 Peters, in: Simma, Art. 25, Rn. 94; der frühere neuseeländische Diplomat Colin Keating wird mit den Worten zitiert: „This is part of the modus operandi: well, we got it wrong, too bad, let's move on", Lynch, The 10 worst Security Council Resolutions ever, Foreign Policy v. 21. Mai 2010; Pleuger, Vereinte Nationen 1 (2005), S. 1 (1) erwähnt hingegen ohne nähere Ausführung eine „peinliche Korrektur" des SR.

130 So aber Peters, in: Simma, Art. 25, Rn. 94.

131 O'Donnell, EJIL 17 (2006), S. 945 (956–958, 962–964); O'Donnell, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 47–51; Deen, UN Loses Face over Hurried Vote on Spain Bombing, GPF Inter Press Service v. 16. März 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Die Hariri-Resolution 1636 (2005)

Am 14. Februar 2005 wurden der libanesische Premierminister Rafic Hariri und 21 weitere Menschen durch eine Autobombe in Beirut getötet.[132] Eine von SR-Resolution 1595 (2005)[133] mit der Aufklärung des Attentats betraute Untersuchungskommission (UNIIIC)[134] gelangte in ihrem ersten Bericht vom Oktober 2005 zu dem Ergebnis, dass sowohl libanesische als auch syrische Offizielle in das Attentat verwickelt seien.[135] Die einstimmig angenommene SR-Resolution 1636 (2005) nahm „with extreme concern" die Schlussfolgerung der Kommission zur Kenntnis, „that there is converging evidence pointing at the involvement of both Lebanese and Syrian officials in this terrorist act, and that it is difficult to envisage a scenario whereby such complex assassination could have been carried out without their knowledge."[136] Syriens Autoritäten hätten mit der Kommission nur der Form nach, nicht in der Sache kooperiert.[137] Weiter stellte die Resolution fest, dass „the involvement of any State in this terrorist act would constitute a serious violation by that State of its obligation to work to prevent and refrain from supporting terrorism"[138] und sprach sich für eine Verlängerung des Mandates der Untersuchungskommission aus.[139] Sanktionen setzte die Resolution weder gegen Syrien noch gegen den Libanon ein, sondern nur gegen Individuen, deren Benennung ein Sanktionskomitee zustimmen musste.[140] Die Untersuchungskommission UNIIIC veröffentlichte während ihres vier-jährigen Bestehens elf Berichte.[141] Ihre Feststellungen wurden nach einem Wechsel an der Kommissionsspitze vom dritten Bericht an zurückhaltender und enthielten keine Hinweise

---

132 Zum Hariri-Attentat s. Bosco, Int'l Pol. Sc. Rev. 30 (2009), S. 349–361; El-Masri, Middle East Pol. 15 (2008), S. 80–92.
133 UN Doc. S/RES/1595 (2005).
134 UN International Independent Investigation Commission in Lebanon.
135 UN Doc. S/2005/662, Rn. 216.
136 UN Doc. S/RES/1636, para. 2.
137 UN Doc. S/RES/1636, para. 5.
138 UN Doc. S/RES/1636, para. 4.
139 UN Doc. S/RES/1636, para. 8.
140 UN Doc. S/RES/1636, para. 3.
141 UN Doc. S/2005/662 (erster Bericht), S/2005/775 (zweiter Bericht), S/2006/161 (dritter Bericht), S/2006/375 (vierter Bericht), S/2006/760 (fünfter Bericht), S/2006/962 (sechster Bericht), S/2007/150 (siebter Bericht), S/2007/424 (achter Bericht), S/2007/684 (neunter Bericht), S/2008/210 (zehnter Bericht), S/2008/752 (elfter Bericht).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehr auf eine syrische Verantwortlichkeit für das Attentat.[142] 2009 übergab die Kommission ihre Arbeit dem ad hoc gegründeten Sondertribunal für Libanon (STL),[143] das seitdem die Strafverfolgung der Hariri-Attentäter betreibt. Inwieweit Syrien verantwortlich war, ist noch nicht abschließend geklärt.[144]

Wie sich aus den Stellungnahmen nach der Abstimmung ergibt, hatte der ursprüngliche (unveröffentlichte) Entwurf für Resolution 1636 der Franzosen, Briten und Amerikaner die Verantwortlichkeit Syriens noch deutlich zugespitzter formuliert und dem Land Sanktionen nach 41 UNC angedroht.[145] Zahlreiche Staaten erklärten, dass sie der Resolution in dieser Form nicht hätten zustimmen können. So machte etwa Algerien deutlich:

> „We have consistently believed that the resolution should focus on ways to help the Inquiry Commission to complete its work and not go beyond that judicial framework, in particular by prematurely brandishing the threat of sanctions. It would have been just as inappropriate and illogical for the resolution to have called on Syria to cease all support for terrorist actions."[146]

Kritiker des ersten Entwurfs hoben hervor, dass die Untersuchung der Fakten noch nicht abgeschlossen sei.[147] Auffallend viele Stimmen unterstrichen, dass für Syrien die Unschuldsvermutung gelte.[148] China betonte, dass Sanktionen des SR nur mit „prudence and in the light of actual situa-

142 Harwood, in: Meierhenrich, Law and Practice of International Commissions of Inquiry (im Erscheinen), verfügbar auf SSRN, S. 21; umf. zur UNIIIC ebd. S. 1–21.

143 Vgl. UN Doc. S/RES/1757 (2007).

144 Die Anklage des STL hat in ihren Closing Arguments im Fall Ayyash et al. gegen vier Hisbollah-Mitglieder vom September 2018 eine Verbindung zu syrischen Offiziellen bejaht, vgl. Ghaddar, Prosecution Highlights Hezbollah, Syrian Links to Hariri Assassination, The Washington Institute Policy Analysis v. 14. September 2018; vgl. auch Bergman, The Hezbollah Connection, NY Times Magazine v. 10. Februar 2015.

145 Vgl. UN Doc. S/PV.5297, S. 6 (Algerien).

146 UN Doc. S/PV.5297, S. 6.

147 UN Doc. S/PV.5297, S. 6 (Algerien), S. 7 (Brasilien), S. 8 f (Dänemark), S. 12 (Argentinien), S. 14 (Tansania), S. 4, 19 (Vereinigtes Königreich).

148 UN Doc. S/PV.5297, S. 6 (Algerien), S. 7 (Brasilien), S. 8 f (Dänemark), S. 11 (Russland), S. 12 (Argentinien), S. 13 (Japan), S. 14 (Tansania), S. 15 (Rumänien), S. 16, 18 (Syrien), S. 4, 19 (Vereinigtes Königreich); keine Erwähnung fand dieser Aspekt allein bei Frankreich, den USA, Benin, Griechenland und den Philippinen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tions“ eingeführt werden dürften.[149] Russland erklärte, es habe sicherstellen wollen, dass die Resolution keine „baseless threats“ enthalte.[150] Syrien hielt die Unschuldsvermutung dennoch für verletzt,[151] bestritt, in das Attentat verstrickt zu sein,[152] beteuerte, mit der Kommission kooperiert zu haben[153] und warf der Untersuchungskommission vor, ihre Schlüsse seien unlogisch und sie habe nicht alle Möglichkeiten in Betracht gezogen.[154]

Im Vergleich zu den Lockerbie- und Mubarak-Resolutionen kommt sowohl im Resolutionstext als auch in der anschließenden Aussprache eine größere Zurückhaltung gegenüber der Formulierung eines Verdachts und daran geknüpften Maßnahmen zum Ausdruck. Dennoch ist fraglich, ob der SR die Anforderungen an die Tatsachengrundlage damit wirklich anzog. Im Unterschied zu den erwähnten früheren Resolutionen lag dem SR im Hariri-Fall der Bericht der unabhängigen UN-Untersuchungskommission vor, der die Verstrickung Syriens selbst nur als Verdacht formulierte.[155] Eine abschließend formulierte Feststellung des SR, Syrien sei in das Attentat verwickelt, hätte, wie Brasilien hervorhob, erkennbar „beyond the scope of the Commission’s Report“[156] gelegen. Während sich bei den Lockerbie- und Mubarak-Resolutionen diejenigen Staaten durchsetzten, die die Tatsachengrundlage als hinreichend verlässlich würdigten, war im Hariri-Fall für eine solche weitergehende Würdigung angesichts des Kommissionsberichts kein Raum. Im Ergebnis bestärkt die Debatte um Resolution 1636 daher wohl nur die bisherige These, dass Tatsachenfeststellungen und daran geknüpfte Sanktionen eine hinreichende Indizienlage voraussetzen. Das Erfordernis einer hundertprozentigen Überzeugung wurde nicht formuliert. Die Bedeutung der Debatte wird jedoch insgesamt dadurch geschmälert, dass einige Äußerungen weniger auf den hier interessierenden Zweck der Gefahrenabwehr als auf eine repressive Sanktionierung der Verantwortlichen abzielten. Auch bei der von den Autoren der Resolution ur-

149 UN Doc. S/PV.5297, S. 8.
150 UN Doc. S/PV.5297, S. 11.
151 UN Doc. S/PV.5297, S. 16, 18.
152 UN Doc. S/PV.5297, S. 17.
153 UN Doc. S/PV.5297, S. 18, 20.
154 UN Doc. S/PV.5297, S. 17.
155 Zur Kritik Syriens an diesen Formulierungen UN Doc. S/PV.5297, S. 16 f. Von anderer Seite wurde Kommissionsleiter Mehsi dafür kritisiert, einen solchen Verdacht überhaupt so früh zu äußern, vgl. Harwood, in: Meierhenrich, Law and Practice of International Commissions of Inquiry (im Erscheinen), verfügbar auf SSRN, S. 21.
156 UN Doc. S/PV.5297, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprünglich angestrebten Androhung von Sanktionen gegen Syrien lässt sich nicht eindeutig sagen, welcher von beiden Zwecken im Vordergrund stand.

6. Der Chemiewaffeneinsatz in Syrien (2013–2020)

a) Der gescheiterte Resolutionsentwurf S/2017/172 (Februar 2017)

Nachdem eine Fact-Finding-Mission der Organisation für das Verbot Chemischer Waffen (OPCW) bestätigt hatte, dass 2013 in Syrien Chemiewaffen eingesetzt worden waren, verpflichtete der SR Syrien mit Resolution 2118 (2013) dazu, den Einsatz dieser Waffen zu unterlassen, und beschloss, bei einem Verstoß gegen diese Pflicht Maßnahmen nach Kapitel VII UNC zu ergreifen.[157] Als sich Chemiewaffeneinsätze augenscheinlich wiederholten, betraute der SR 2015 den Joint Investigative Mechanism (JIM) mit der Aufgabe, die Verantwortlichen für diese Einsätze zu finden.[158] In seinem dritten und vierten Bericht kam der JIM 2016 für drei von neun untersuchten Vorfällen zu dem Ergebnis, dass „sufficient information" existiere, um daraus zu schließen, dass der Chemiewaffeneinsatz auf die syrische Armee zurückgehe.[159] Auf Grundlage dieser Schlussfolgerungen brachten Frankreich, Großbritannien und die USA im Februar 2017 einen Resolutionsentwurf in den SR ein, der eine Verletzung von Resolution 2118 (2013) feststellte[160] und den Chemiewaffeneinsatz „by the Syrian Arab Armed Forces and the Islamic State in Iraq and the Levant" verurteilte, die vom JIM als Täter, Organisatoren, Förderer oder anderweitig Beteiligte identifiziert worden seien.[161] Der Entwurf enthielt nicht nur Sanktionen gegen Individuen und Einrichtungen[162] und ein Lieferungsverbot bestimmter Materialien an diese Personen,[163] sondern untersagte auch die Lieferung von Hubschraubern und damit zusammenhängender Materialien an *Syrien*.[164]

---

157 UN Doc. S/RES/2118, paras. 4, 21.
158 Vgl. UN Doc. S/RES/2235, paras. 4–12.
159 UN Doc. S/2016/738 (dritter Bericht), Rn. 54, 56; S/2016/888 (vierter Bericht), Rn. 27–34, wobei der dritte Vorfall in Qmenas erst durch den vierten Bericht einbezogen wurde, vgl. ebd. Rn. 27 sowie S/2016/738 (dritter Bericht), Rn. 65.
160 UN Doc. S/2017/172, para. 1.
161 UN Doc. S/2017/172, para. 2.
162 UN Doc. S/2017/172, paras. 17, 21.
163 UN Doc. S/2017/172, para. 23.
164 UN Doc. S/2017/172, para. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Russland und China verhinderten die Annahme des Entwurfs mit ihrem Veto. Auch Bolivien stimmte dagegen, während sich Ägypten, Äthiopien und Kasachstan enthielten.[165]

Die anschließende erhitzte Debatte drehte sich im Wesentlichen darum, ob die Verantwortlichkeit für die Chemiewaffeneinsätze hinreichend erwiesen war, um darauf Sanktionen zu stützen, wobei sich präventive Aspekte mit repressiven vermischten.[166] Während die Unterstützer der Resolution betonten, dass der JIM die Fakten eindeutig festgestellt habe und an der Verantwortlichkeit Syriens daher kein Zweifel bestehe,[167] bezeichneten ihre Gegner die Tatsachenlage als ungenügend und stellten die Schlussfolgerungen des JIM in Abrede.[168] Syrien, das sämtliche Vorwürfe bestritt, kritisierte die JIM-Berichte als unprofessionell, beruhend auf „false, fabricated eyewitness accounts", unlogisch und methodisch fehlerhaft.[169] Russland bezweifelte die Unabhängigkeit der Kommission.[170] China und Bolivien mahnten unter Verweis auf den Irakkrieg 2003 zur Vorsicht vor voreiligen Schlüssen.[171] Wieder wurzelte die Uneinigkeit – zumindest wenn man die offiziellen Stellungnahmen zugrunde legt – primär in der unterschiedlichen *Bewertung* der konkreten Tatsachengrundlage und nicht in ihrer abstrakten Formulierung. Letztere wurde auf den ersten Blick von beiden Seiten bemerkenswert eng gefasst. So wollte Äthiopien ausdrücklich „sufficient information" nicht genügen lassen und verlangte stattdessen „convincing and robust evidence".[172] China forderte „accurate, detailed and solid evidence that can truly stand the test of history".[173] Die Befürworter der Resolution stellten diese hohen Anforderungen nicht in Abrede, indem sie betonten, dass Assads Verantwortlichkeit für drei Vor-

165 UN Doc. S/PV.7893, S. 4.
166 Vgl. zB die Äußerung Kasachstans, UN Doc. S/PV.7893, S. 14.
167 Vgl. UN Doc. S/PV.7893, S. 3 (Frankreich); S. 4 (USA), S. 6 (Vereinigtes Königreich), S. 14 (Schweden).
168 UN Doc. S/PV.7893, S. 7 (Russland), S. 9 (China), S. 11 (Bolivien), S. 12 (Ägypten, allerdings primär zur Auflistung von Personen), S. 13 (Äthiopien), S. 14 (Kasachstan), S. 16 (Syrien).
169 UN Doc. S/PV.7893, S. 17.
170 UN Doc. S/PV.7893, S. 7.
171 UN Doc. S/PV.7893, S. 9 (China), S. 11 (Bolivien); ähnlich S/PV.7919, S. 4 (Bolivien), S. 19 (Syrien).
172 UN Doc. S/PV.7893, S. 13.
173 UN Doc. S/PV.7893, S. 9; Kasachstans Verlangen eines „strong, clear and irrefutable evidence" (ebd. S. 14) war ausdrücklich auf die punitive Wirkung von SR-Beschlüssen bezogen und ist daher von nachrangiger Bedeutung.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fälle zweifelsfrei feststehe.[174] Allein Frankreich erklärte, dass für die beabsichtigten Sanktionen „enough information" existiert habe.[175] Möglicherweise hielten letztere Stimmen eine Debatte über die abstrakten Anforderungen an die Tatsachengrundlage angesichts der eindeutigen Ergebnisse des JIM auch schlicht für überflüssig. Insgesamt lässt sich aus der Debatte daher schließen, dass sämtliche SR-Mitglieder den Gefahrenverdacht an eine ausreichende Indizienlage knüpften und die Anforderungen an diese Indizienlage zumindest von einigen Staaten relativ hoch angesetzt wurden.

b) SR-Debatten zwischen Februar 2017 und Mai 2020

Zwischen Februar 2017 und Mai 2020 wiederholte sich diese Entwicklung mehrfach. Nach einem erneuten Chemiewaffeneinsatz in Syrien im April 2017 gelangte der JIM zu dem Ergebnis, dass sein Leadership Panel „confident" sei, dass das syrische Regime den Einsatz zu verantworten habe.[176] Die Annahme einer Resolution, die unter anderem vorsah, dass der JIM und die OPCW-Fact-Finding-Mission den Vorfall untersuchten, und Syrien zur Einhaltung seiner Verpflichtungen zur Ermöglichung dieser Untersuchungen anhielt,[177] wurde von Russland mit dem Argument verhindert, dass die Resolution die Bestimmung der schuldigen Partei vorwegnehme.[178] Im Herbst 2017 scheiterten drei Resolutionsentwürfe, die das Mandat des JIM verlängern sollten, am russischen Veto.[179] Der russische Entwurf, der methodische Schwächen des JIM bedauerte und ihm aufgab, sich auf Chemiewaffeneinsätze nicht-staatlicher Akteure zu konzentrieren,[180] erreichte nicht die erforderlichen Stimmen.[181] Damit lief das Mandat des JIM im November 2017 aus und übrig blieb zunächst allein die Fact-Finding-Mission der OPCW, deren Mandat sich auf die Frage beschränkt, ob chemische Waffen in Syrien verwendet wurden, und das die Verantwort-

174 S.o. Fn. 167.
175 UN Doc. S/PV.7893, S. 15; zuvor hatte aber auch Frankreich betont, die syrische Verantwortlichkeit für drei Fälle sei „without any ambiguity at all" festgestellt worden, s.o. Fn. 167.
176 UN Doc. S/2017/904, Rn. 46.
177 UN Doc. S/2017/315, paras 3, 5.
178 UN Doc. S/PV.7922, S. 6.
179 Vgl. UN Doc. S/2017/884, S/2017/962, S/2017/970.
180 UN Doc. S/2017/933, wiedergegeben von UN Doc. SC/13072.
181 UN Doc. S/PV.8105, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeit für diese Einsätze nicht umfasst.[182] Die Divergenz blieb in diesen Debatten dieselbe: Die eine Seite drang auf ein Tätigwerden gegen das Assad-Regime auf Grundlage der JIM-Befunde, während Russland dagegen hielt – so zumindest seine offizielle Linie –, die Ergebnisse des JIM seien nicht glaubhaft.[183]

Eine neue Erkenntnis für die untersuchte Fragestellung ergab sich erst aus der Diskussion um einen neuartigen Untersuchungsmechanismus nach einem weiteren Chemiewaffeneinsatz im April 2018. Die USA brachten einen,[184] Russland nacheinander zwei Entwürfe ein.[185] Der erste russische Entwurf sah vor, dass der einzusetzende Untersuchungsmechanismus die für die Verantwortlichkeit relevanten Fakten „beyond reasonable doubt" zu identifizieren habe.[186] Diese Anforderung stieß bei Großbritannien auf Kritik: „[The Russian text] imparts a quasi-judicial standard – 'beyond a reasonable doubt' – that is inappropriate for the type of investigation that the Council wishes to establish." Für eine strafrechtliche Untersuchung sei der IStGH zuständig.[187] Alle drei Entwürfe scheiterten am Veto der jeweils anderen Seite bzw. verfehlten die erforderliche Mehrheit.[188]

Seit 2018 sucht das von der OPCW-Konferenz gegründete Investigation and Identification Team (IIT) nach den Verantwortlichen für die Chemiewaffeneinsätze. Im April 2020 veröffentlichte das IIT einen ersten Bericht, demzufolge es „reasonable grounds to believe" dafür gebe, dass die syrische Armee für die Chemiewaffeneinsätze am 24., 25. und 30. März 2017 in Ltamenah verantwortlich sei[189] Während Belgien, Estland, Deutschland, Frankreich, Polen und Großbritannien die Ergebnisse des Berichts vollumfänglich stützten,[190] kritisierte Russland, das das IIT für rechtswidrig gegründet hält, sie als „unfounded and illogical".[191] Es monierte insbesonde-

182 OPCW Issues Fact Finding Report Mission Report on Chemical Weapons Use Allegation in Douma, Syria, in 2018, Press release v. 1. März 2019.
183 Vgl. UN Doc. S/2017/8105, S. 12; S/2018/8107, S. 7.
184 UN Doc. S/2018/321.
185 UN Doc. S/2018/175 und S/2018/322.
186 UN Doc. S/2018/175, para. 6.
187 UN Doc. S/PV.8228, S. 9.
188 Vgl. UN Doc. S/PV. 8228, S. 5, 8 f, 14; für die Argumente vgl. auch UN Doc. SC/13288.
189 OPCW IIT, First Report v. 8. April 2020, OPCW Doc. S/1867/2020, S. 2, 53–57.
190 Joint Statement on the IID meeting of the UNSC on Syria Chemical Weapons, 12. Mai 2020.
191 West Stonewalls Open Discussion on New OPCWC Report at UN Security Council – Russia's Envoy, TASS v. 13. Mai 2020; SC Report June 2020, Middle East, Syria, v. 29. Mai 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

re, dass das IIT die Orte der Vorfälle nicht besichtigt und keine Zeugen befragt habe, dass die Möglichkeit einer Inszenierung nicht wegen der fehlenden Öffentlichkeit des Vorfalls hätte ausgeschlossen werden dürfen sowie dass das IIT nicht ausgewogen besetzt gewesen sei.[192]

7. Zwischenergebnis

Sämtliche Fälle deuten darauf hin, dass der Bedrohungsverdacht für ein Tätigwerden des SR nach Art. 39 UNC für ausreichend gehalten wird, solange eine hinreichende Indizienlage existiert. Auch wenn die formulierten Anforderungen variierten, setzte die Mehrheit der Staaten, anders als noch bei der Spanischen Frage, dem Korea- oder Südrhodesienkonflikt, keine annähernde Gewissheit mehr voraus. Die Formulierung „beyond reasonable doubt" rief im Syrien-Fall Widerspruch hervor. Während bei den Mubarak- und Hariri-Resolutionen noch relativ hohe Maßstäbe angelegt wurden („really convincing evidence") und auch in Syrien einzelne Staaten diese Richtung einschlugen („convincing and robust evidence"), spielte das erforderliche „Beweismaß" im Lockerbie-Fall eine untergeordnete Rolle. Die USA ließen einfachen „evidence" genügen.

Eine sichere *Fehl*vorstellung enthält zwar allein der Fall Madrid, dessen Aussagekraft wegen der konkreten Umstände begrenzt ist. Doch spricht das Genügenlassen eines Bedrohungsverdachts entscheidend für eine objektive ex-ante-Beurteilung: Das Formulieren eines ex-ante-Wahrscheinlichkeitsmaßes ergibt nur einen Sinn, wenn dieses auch dann ausreicht, sollte sich der Verdacht als *unrichtig* herausstellen.[193] Wieder sind die an die Indizienlage formulierten Anforderungen zudem ein Zeichen dafür, dass die Tatsachenfeststellung nicht vollständig in die uneingeschränkte Beurteilungsprärogative des SR fällt, sondern an bestimmten objektiven Maßstäben zu messen ist.

192 Letter dated 12 May 2020 from the Permanent Representative of the Russian Federation, UN Doc. A/74/854 – S/2020/390.

193 Zu dieser Erwägung bereits oben 7. Kap., III. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Vermuteter Massenvernichtungswaffenbesitz

1. Der Fall Irak (2003)

a) Resolution 1441 zum Irak und anschließende Debatten (2002–2003)

Die wesentlichen Fakten der Irakinvasion 2003 wurden bereits dargestellt.[194] Die Kriegskoalition berief sich nicht auf Selbstverteidigung, sondern auf den kombinierten Effekt der SR-Resolutionen 678 (1990), 687 (1991) und 1441 (2002). Vor dem Hintergrund der irakischen Invasion Kuwaits im Jahr 1990 hatte der SR die Staaten mit Resolution 678 (1990) zum Einsatz „all necessary means" gegenüber dem Irak zur Durchsetzung von Resolution 660 und „all subsequent relevant resolutions" ermächtigt.[195] Diese Ermächtigung, so die These,[196] sei durch den auf Grundlage von Resolution 687 (1991) erreichten Waffenstillstand[197] nur suspendiert worden. Resolution 1441 (2002) habe diese Ermächtigung zur Gewaltanwendung wiederbelebt unter der Bedingung, dass der Irak die ihm gewährte „final opportunity" nicht genutzt habe und der SR zur Beratung der Situation zusammengetreten sei.[198] Beides sei am 20. März 2003, dem Beginn der Irak-Invasion, der Fall gewesen. Auch wenn die deutlich besseren Gründe gegen diese Begründung sprechen,[199] gab Resolution 1441 der Kriegskoalition ein Argument an die Hand[200] und war bei der Rechtfertigung der Invasion daher durchaus von Bedeutung.

---

194 S.o. 7. Kap., III. 1. c.

195 UN Doc. S/RES/678 (1990), para. 2.

196 Vgl. Briefe an den SR der USA (UN Doc. S/2003/251), des Vereinigten Königreichs (S/2003/250) und Australiens (S/2003/251); vgl. auch Goldsmith, Memorandum „Iraq: Resolution 1441", 7. März 2003, abgedruckt in: The Guardian v. 28. April 2005; eing. zu dieser Argumentation Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (318 f); Weller, Iraq and the Use of Force, S. 220 f.

197 UN Doc. S/RES/687 (1991).

198 UN Doc. S/RES/1441 (2002), paras. 2, 12.

199 S. eing. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (319–326); vgl. auch die russische Stellungnahme „Legal Assessment of the Use of Force Against Iraq", ILCQ 52 (2003), S. 1049–1063.

200 Den Standpunkt der Kriegskoalition zwar nicht als vorzugswürdig, aber eben nicht als *unvertretbar* beurteilend Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (325 f); Simma, Süddeutsche Zeitung v. 1./2. Februar 2003, S. 11; ähnlich Byers, J. Pol. Phil. 11 (2003), S. 171 (183); Dejammet, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum, Verhandeln für den Frieden, S. 19–22.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Präambel von Resolution 1441 wurde „Iraq's non-compliance with Council resolutions and proliferation of weapons of mass destruction and long-range missiles" als Friedensbedrohung qualifiziert. Im ersten operativen Paragraph stellte der SR fest, dass sich der Irak „in material breach" mit seinen Verpflichtungen aus früheren relevanten Resolutionen befinde, „in particular through Iraq's failure to cooperate with United Nations inspectors and the IAEA, and to complete the actions required under paragraphs 8 to 13 of resolution 687 (1991)". Diese Paragraphen enthielten die Verpflichtung, chemische und biologische Waffen und ballistische Raketen zu zerstören und zu entfernen sowie keine nuklearen Waffen zu erwerben oder zu entwickeln.[201] Die erwähnte „final opportunity" aus dem zweiten operativen Absatz der Resolution 1441 bezog sich ebenfalls auf die Abrüstungsverpflichtungen. Der SR stützte Resolution 1441 also ausdrücklich nicht nur auf die (nachgewiesene) verweigerte Zusammenarbeit mit Inspektoren, sondern auch – und nach einem Blick auf die SR-Debatte möchte man sagen *im Wesentlichen* – auf die Annahme, der Irak besitze weiterhin Massenvernichtungswaffen.[202] Letzteres stellte sich bekanntlich als Irrtum heraus.

Resolution 1441 war das Ergebnis eines politischen Kompromisses nach siebenwöchiger Verhandlung[203] zwischen den Befürwortern einer Militärintervention, die sich vom Vorhandensein der Massenvernichtungswaffen überzeugt gaben,[204] und ihren Gegnern, die diesen Umstand für nicht ausreichend belegt hielten.[205] Russland bezeichnete die Formulierung der einstimmig angenommenen Resolution als „not ideal",[206] hatte wie die Gegenseite aber letztlich nicht auf den Konsens verzichten wollen. Während der Folgemonate beharrten beide Seiten im Wesentlichen auf ihren Positionen.[207] US-Außenministers Colin Powell gelang es auch nicht in seiner

201 UN Doc. S/RES/687 (1991), paras. 8, 12.

202 Dies verkennt Greenwood, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 387 (413 f); eine andere Frage ist, ob der SR seine Resolution auch allein auf die fehlende Kooperation des Iraks hätte stützen können, bejahend Weller, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 639 (658 f).

203 Weller, Iraq and the Use of Force, S. 185; ausf. zu ihrer Entstehung, ebd. S. 144–159; Byers, Global Governance 10 (2005), S. 165–186.

204 S/PV.4644, S. 3 (USA); s.o. 7. Kap., III. 1. c dazu, ob sie wirklich irrten oder absichtlich in die Irre führten.

205 Vgl. zB UN Doc. S/PV.4644, S. 6 f (Mexiko), S. 9 (Russland); dem Irak zufolge war die festgestellte Nichtbefolgung seiner Verpflichtungen „unsupported by any evidence", UN Doc. S/2002/1294, S. 2.

206 UN Doc. S/PV.4644, S. 8.

207 S. für die Briefe und Debatten Security Council RoP (2000–2003), S. 924–926.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berühmt gewordenen Rede vor dem SR am 5. Februar 2003, in der er vermeintliche Indizien für die Existenz von Massenvernichtungswaffen im Irak präsentierte,[208] die Mehrheit der SR-Mitglieder von dieser Tatsache zu überzeugen. Auch wenn die USA und das Vereinigte Königreich[209] im Hinblick auf die von ihnen beschworene Friedensbedrohung in zahlreichen Staaten Gleichgesinnte fanden,[210] zeigten sich die Vetomächte China, Russland und Frankreich sowie Chile, Guinea und Deutschland zurückhaltend. Einige von ihnen betonten zwar die Notwendigkeit der Offenlegung von Indizien und begrüßten im Grundsatz, dass die USA diesen Weg nun beschritten,[211] beurteilten die präsentierten Beweise für ein militärisches Einschreiten aber als noch nicht ausreichend.[212] Nachdem sich die Zusammenarbeit des Iraks mit den Inspektionen in den folgenden Wochen verbesserte, erklärten Frankreich, Deutschland und Russland in einem Brief an den SR am 24. Februar 2003, dass „while suspicions remain, no evidence has been given that Iraq still possesses weapons of mass destruction or capabilities in this field".[213] Sie reagierten damit auf Versuche Englands, ein militärisches Einschreiten mit einer „zweiten Resolution" zu legitimieren.[214] Zu dieser zweiten Resolution kam es daher nicht mehr.[215]

Hiervon ausgehend liegt wieder der Schluss nahe, dass für ein SR-Handeln aufgrund eines Bedrohungsverdachts eine hinreichende Indizienlage ganz überwiegend für erforderlich gehalten wurde. Die Uneinigkeit zwischen den beiden Lagern betraf primär die Beurteilung der konkret vorhandenen Indizien. Doch auch die abstrakten Anforderungen an die geforderte Indizienlage variierten beträchtlich und reichten von dem Erforder-

208 S/PV.4701, S. 3–17.
209 S/PV.4701, S. 18–20.
210 Vgl. S/PV.4701, S. 26, S/PV.4707, S. 28 f (Bulgarien); S/PV.4701, S. 28 f (Spanien), S. 32 (Angola); S/PV.4709, S. 24 (Japan); S/PV.4709 (Resumption 1), S. 7 (Südkorea); S. 20 (Nicaragua), S. 21 (Albanien), S. 28 (Island), S. 28 f (Kanada), S. 29 f (Georgien), S. 31 (Serbien und Montenegro), S. 32 (Lettland).
211 S/PV.4701, S. 18 (China), S. 35 (Guinea), ähnlich S. 24 (Frankreich).
212 S/PV.4701, S. 18 (China), S. 21 (Russland), S. 24 f (Frankreich), S. 30 (Chile), S. 35 f (Guinea), S. 36 f (Deutschland).
213 UN Doc. S/2003/214, S. 2.
214 Vgl. den Resolutionsentwurf Englands, der USA und Spaniens S/2003/215.
215 Ausf. zu diesem Versuch Weller, Iraq and the Use of Force, S. 176–182; zum Umschwung der Berater der britischen Regierung bzgl. der Notwendigkeit einer zweiten Resolution Weller, Iraq and the Use of Force, S. 214–232, insb. S. 218 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nis von „irrefutable evidence“[216] für die Wahrheit des gegen den Irak formulierten Verdachts bis zum bloßen Fehlen von „convincing evidence“ für das Gegenteil.[217] Aus diesen Äußerungen wird auch deutlich, dass über die Verteilung der „Beweislast“ keine Einigkeit bestand.

b) Reaktionen auf die Aufdeckung des Irrtums

Dass die Resolution 1441 im Hinblick auf den fortbestehenden Besitz von Massenvernichtungswaffen eine fehlerhafte Feststellung enthielt und insgesamt maßgeblich auf einem Irrtum der SR-Mitglieder basierte, fand kaum Erwähnung, nachdem sich die Suche nach diesen Waffen als erfolglos herausgestellt hatte. Der frühere britische Premierminister Blair wiederholte 2016 die damalige Rechtfertigung rund um Resolution 1441, ohne ihre Gültigkeit in Frage zu stellen.[218] Auch die amerikanische NSS 2006 nahm auf diese Resolution Bezug, ohne ihre Wirkung durch den Irrtum als beeinträchtigt anzusehen und obwohl die Strategie die Fehleinschätzung thematisierte.[219] Von den Gegnern des Krieges und in den Untersuchungsberichten wurde zwar die US-Rechtfertigung als solche, nicht aber die Wirksamkeit oder auch nur die Rechtmäßigkeit der Resolution bezweifelt.[220] Möglicherweise sahen diese Stimmen aber auch keinen Anlass dazu, weil sie die vorgebrachte Begründung ohnehin ablehnten. Die Aussagekraft der fehlenden Auseinandersetzung mit dem Irrtum in der Resolution ist daher ungewiss.

Im Mittelpunkt der öffentlichen Auseinandersetzung mit dem erfolgten Irrtum stand die Verantwortlichkeit der politischen Entscheidungsträger

---

216 S/PV.4701, S. 33 (Syrien); ähnlich S/PV.4721, S. 7 f (Russland: „indisputable facts“); etwas weniger streng S/PV.4701, S. 26 (Bulgarien: „strong and compelling evidence“).

217 S/PV.4701, S. 35 (Guinea); S/PV.4707, S. 28 f (Bulgarien: „The Government of Saddam Hussain – not the inspectors – must prove unambiguously that Iraq has no weapons of mass destruction“); ähnlich S/PV.4709 Resumption 1, S. 20 (Nicaragua: „credible proof“), S. 31 (Serbien und Montenegro: „credible evidence“), vgl. auch S. 8–10 (USA).

218 Tony Blair’s statement in response to the Iraq war Inquiry v. 6. Juli 2016, abgedruckt im Independent v. 6. Juli 2016.

219 US NSS 2006, S. 23 f, dazu gleich näher.

220 Vgl. zB niederländischer Untersuchungsbericht „Rapport Commissie van onderzoek besluitvorming Irak“ (2010), S. 530 f Rn. 18–20; Kritik des UN-Generalsekretärs Kofi Annans zitiert in Tyler, Annan Says Iraq War Was 'Illegal'“, NY Times v. 16. September 2004.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für den Entschluss zum militärischen Eingreifen. Blair drückte nach Veröffentlichung des Chilcot-Berichts im Jahr 2016 sein Bedauern über die im Vorfeld gemachten Fehler aus, betonte aber, „in good faith" gehandelt zu haben. Er bat das britische Volk, seine Entscheidung zu akzeptieren, „because I thought it was the right thing to do based on the information I had".[221] Der Feststellung des Berichts, die militärische Intervention sei zumindest 2003 noch nicht erforderlich gewesen, setzte er entgegen: „With respect, I didn't have the option of that delay".[222] Der Antrag eines irakischen Generals auf private Strafverfolgung (private prosecution) Blairs wegen einer Aggression, wurde vom britischen High Court zurückgewiesen, weil dieser Tatbestand im englischen Strafrecht nicht existiere.[223] Ähnlich wie Blair äußerte sich der damalige US-Präsident Bush, der die nachrichtendienstlichen Fehler im Nachhinein bedauerte, aber betonte, dass der Glaube an das Vorhandensein von Massenvernichtungswaffen weit verbreitet gewesen sei.[224] Auch Colin Powell bedauerte seine Rede vor dem SR.[225] In der NSS 2006 räumte die US-Regierung zwar ein, dass man an den Nachrichtendiensten arbeiten müsse, betonte jedoch, dass Regime wie das Saddam Husseins das Irrtumsrisiko selbst zu tragen hätten: „[T]here will always be some uncertainty about the status of hidden programs […]. […] Saddam's strategy of bluff, denial, and deception is a dangerous game that dictators play at their peril."[226]

Freilich wurden diese Einschätzungen nicht einmütig geteilt. So twitterte die russische Botschaft in London nach der Veröffentlichung des Chilcot-Reports „No real WMD in Baghdad, unjust & highly dangerous

---

221 Tony Blair's statement in response to the Iraq war Inquiry v. 6. Juli 2016, abgedruckt im Independent v. 6. Juli 2016; ähnlich manche Stimmen in der Literatur, zB Greenwood, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 387 (413 f); s. auch Shaw, zitiert in Bowcott, Was the War Legal? Leading Lawyers Give their Verdict, The Guardian v. 2. März 2004 („On the basis of the intelligence we had at the time and the publicly available knowledge, there was a credible and reasonable argument in favour of the legality of the war").

222 Chan, Tony Blair, Haunted but Unbowed, Defends His Decision, NY Times v. 6. Juli 2016.

223 R. (on the application of General Abdulwaheed Shannan Al Rabbat) v. Blair et al., [2017] EWHC 1969 (Admin) Rn. 9–24, in Anwendung einer Entscheidung des House of Lords, R. v. Jones, [2007] 1 AC 136.

224 Sher, Bush: 'I Did Not Compromise My Principles', abcnews v. 1. Dezember 2008.

225 Interview von Jason M. Breslow, „Colin Powell: U.N. Speech 'Was a Great Intelligence Failure'", PBS v. 17. Mai 2016.

226 US NSS 2006, S. 23 f, dazu bereits oben 7. Kap., III. 5. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

war".[227] Der 2016 amtierende US-Präsident Obama erklärte, dass die USA noch heute mit den Folgen des Krieges zu kämpfen hätten und es wichtig sei, aus den früheren Fehlern zu lernen.[228] Der Versuch des Iraks, eine Verurteilung der Invasion durch den SR herbeizuführen, war bereits 2003 gescheitert.[229] Im Rahmen der UN-Organe fand keine Debatte über die Auswirkungen des Irrtums auf die rechtliche Beurteilung der Offensive statt.[230] Jedoch verwiesen Staaten im Rahmen späterer Konflikte auf den 2003 unterlaufenen Irrtum, um vor voreiligen Schlüssen auf angenommene Bedrohungssituationen zu warnen.[231]

Soweit diese Äußerungen auf die individuellen staatlichen Entscheidungen zum Gewalteinsatz bezogen waren, ist ihr Aussagewert für den Einfluss des Irrtums auf die behauptete Autorisierung des SR begrenzt. Doch legen die amerikanischen und britischen Rechtfertigungsversuche zumindest nahe, dass sie den Irrtum für potentiell geeignet hielten, die Rechtmäßigkeit der Intervention in Frage zu stellen, obwohl diese ihnen zufolge auf SR-Resolution 1441 basierte, deren Gültigkeit nicht bezweifelt wurde. Freilich ist insbesondere bei den Äußerungen Blairs und Bushs möglich, dass sie nur auf die moralische und politische, nicht auch die rechtliche Bewertung der Operation bezogen waren.

Insgesamt führt der Fall Irak damit nur zu beschränkten Erkenntnissen: Der Bedrohungsverdacht wurde als Grundlage für ein Tätigwerden des SR überwiegend für ausreichend gehalten, wobei sehr unterschiedliche Anforderungen an seine Qualität formuliert wurden. Die Rechtmäßigkeit der irrtumsbehafteten Resolution 1441 wurde zwar nicht in Frage gestellt. Doch lässt dies nicht den Schluss zu, dass Irrtümer der Rechtmäßigkeit einer Resolutionen generell nicht schaden können. Nicht sicher ist schließlich, ob ein Handeln auf Basis einer irrtumsbehafteten Resolution auch

227 Dieser Text kommentierte eine Graphik „Keep Calm but I Told You So" in Anspielung auf das 2000 an die Öffentlichkeit gelangte britische Propaganda-Poster „Keep Calm and Carry on" von 1939, vgl. Twitter post v. 6. Juli 2016.

228 Wilkinson, Chilcot Report – How the World Reacted, The Telegraph v. 7. Juli 2016.

229 Security Council RoP (2000–2003), S. 926–928.

230 Für die unmittelbaren Reaktionen nach Beginn der Invasion im März 2003 vgl. Weller, Iraq and the Use of Force, S. 184. Nach Annahme der SR-Resolution 1511 (2003) am 16. Oktober 2003 bedauerte Russland die fehlende Auseinandersetzung mit dem Thema Massenvernichtungswaffen, S/PV.4844, S. 4.

231 ZB in der Syriendebatte 2017, S/PV.7893 S. 9 (China), S. 11 (Bolivien), s.o. 14. Kap., 6. a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dann Nachteile für den Handelnden nach sich ziehen kann, wenn der Irrtum die Gültigkeit der Resolution unberührt lässt.

2. Der Fall Iran (2006–2010)

Anfang 2003 rückte das iranische Atomenergieprogramm zunehmend in das Blickfeld der IAEA-Inspekteure. Funde hochangereicherten Urans im Frühsommer 2003[232] bestärkten die Sorge, der Iran könne sein Atomenergieprogramm zur Entwicklung von Atomwaffen nutzen. Während sich die iranische Regierung Ende 2003 noch kooperativ zeigte, akzeptierte, die Urananreicherung auszusetzen, und sich mit der Unterzeichnung eines Zusatzprotokolls zum Safeguard-Agreement verstärkten IAEA-Kontrollen unterwarf,[233] kam es unter der Regierung des konservativen Präsidenten Ahmadinedschad im Sommer 2005 zu einem Richtungswechsel.[234] Unter Verweis auf sein „inalienable right" zur friedlichen Nutzung von Kernenergie (Art. IV (1) NPT) kündigte die iranische Regierung an, Uranumwandlungstätigkeiten, eine Vorstufe zur Anreicherung, wieder aufzunehmen[235] und drohte im Februar 2006 damit, jegliche freiwillige Kooperation mit der IAEA zu beenden, wenn sie das iranische Atomprogramm wie angekündigt an den SR überweise.[236] Letzteres geschah zwei Tage später.[237] In seiner auf Art. 40 UNC basierenden Resolution 1696 (2006) brachte der SR seine Besorgnis hinsichtlich der „proliferation risks presented by the Iranian nuclear programme"[238] zum Ausdruck und verpflichtete den Iran, die Anreicherung auszusetzen und den Aufforderungen der IAEA Folge zu leisten, die zur „Herstellung des Vertrauens in die ausschließlich friedlichen Zwecke des Atomprogrammes erforderlich" seien.[239] Nachdem der Iran diesen Anforderungen nicht nachkam, ordnete

232 IAEA Report v. 26. August 2003, GOV/2003/63, Rn. 5, 34–38.
233 Vgl. IAEA Report v. 15. November 2004, GOV/2004/83, Rn. 91; „Iran Signs Additional Protocol on Nuclear Safeguards", IAEA News v. 18. Dezember 2003.
234 Pyka, Das iranische Atomprogramm, IFAIR v. 9. August 2013.
235 Communication dated 1 August 2005 received from the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the Agency, INFCIRC/648, S. 5.
236 Communication dated 2 February 2006 received from the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the Agency, INFCIRC/666, Rn. 7.
237 IAEA Resolution v. 4. Februar 2006, GOV/2006/14, para. 2.
238 UN Doc. S/RES/1696, vorletzter Präambelabsatz.
239 UN Doc. S/RES/1696, para. 1 f; zur Kritik des Irans an diesem Verbindlichmachen der ursprünglich freiwilligen Aussetzung der Urananreicherung, S/PV.5848, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der SR in den vier nachfolgenden Resolutionen 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) und 1929 (2010) immer schärfere Sanktionen an. In jeder Resolution wiederholte er seine „Besorgnis wegen des Verbreitungsrisikos des iranischen Atomprogramms".[240] Sämtliche dieser Resolutionen ergingen auf Grundlage von Art. 41 UNC,[241] ohne dass der SR zuvor eine Friedensbedrohung feststellte. Stattdessen enthielt jede Resolution die Formulierung „*mindful* of its primary responsibility under the Charter of the United Nations for the maintenance of international peace and security."[242]

Da die zum Ausdruck gebrachte Besorgnis ihren Grund in der befürchteten militärischen Nutzung des Atomprogrammes hatte, die in den Resolutionstexten wie in den Debatten erkennbar mitschwang, lag diesen Resolutionen durchaus ein Bedrohungsverdacht zugrunde – den der Iran vehement bestritt.[243] Dennoch wurden mit der „Besorgnis wegen des Verbreitungsrisikos" und der „notwendigen Vertrauensherstellung" vergleichsweise milde Worte gewählt. Anders als die Irak-Resolution 1441 formulierten die Iran-Resolutionen an keiner Stelle ausdrücklich die Vermutung, dass der Iran eine unfriedliche Nutzung seines Atomprogrammes anstrebe. Resolution 1929 (2010) stellte zudem explizit klar, dass sie nicht zum Einsatz oder zur Androhung von Gewalt autorisiere.[244] Wie sich aus den SR-Debatten ergibt, ging diese Zurückhaltung auf die Positionen Russlands und Chinas zurück, die wiederholt die Notwendigkeit einer diplomatischen Lösung[245] und die Reversibilität der Sanktionen[246] betonten.[247] Dass die jeweilige Resolution nicht den Einsatz von Gewalt autorisiere, hob Russland

240 UN Doc. S/RES/1696 (2006), S/RES/1737 (2006), S/RES/1747 (2007), S/RES/1803 (2008), vorletzter Präambelabsatz; S/RES/1929 (2010), drittletzter Präambelabsatz.

241 UN Doc. S/RES/1696 (2006), S/RES/1737 (2006), S/RES/1747 (2007), S/RES/1803 (2008), S/RES/1929 (2010), letzter Präambelabsatz.

242 UN Doc. S/RES/1696 (2006), S/RES/1737 (2006), S/RES/1747 (2007), S/RES/1803 (2008), vorletzter Präambelabsatz, Hervorhebung im Original; S/RES/1929 (2010), drittletzter Präambelabsatz; das Fehlen der Feststellung einer Friedensbedrohung wurde vom Iran kritisiert, S/2008/203, S. 6.

243 UN Doc. S/PV.5500, S. 9–11; S/PV.5647, S. 14–18; S/PV.5848, S. 2–6; S/PV.6335, S. 16.

244 UN Doc. S/RES/1929 (2010), vorletzter Präambelabsatz.

245 Vgl. UN Doc. S/PV.5500, S. 5; S/PV.5612, S. 7 (China); S/PV.5647, S. 11 (Russland), S. 11 (China); S/PV.5848, S. 21 (Russland); S/PV.6335, S. 11 (China).

246 UN Doc. S/PV.5647, S. 11 (Russland), S. 12 (China); S/PV.5612, S. 7 (China).

247 Krit. zur Resolution 1929 (2010) insb. S/PV.6335, S. 2 f (Brasilien), S. 3 f (Türkei), S. 12 (Libanon).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– offenbar geprägt von der Irakerfahrung – in nahezu jeder Debatte hervor.[248] Die USA unterstrichen ihrerseits immer wieder, dass die „nuclear weapon capability by Iran" eine „grave threat to the international peace and security" darstelle,[249] woraus sich schließen lässt, dass sie in den Formulierungen der Resolutionen weiter gegangen wären. Insgesamt stand der „Beweis" der vermuteten Bedrohungslage weniger im Vordergrund als im Fall Irak.

Ob der Verdacht unfriedlicher Nutzungsabsichten letztlich zutraf oder nicht, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Jedenfalls zeigt der Fall Iran, dass der SR nach der Irakerfahrung vorsichtiger damit wurde, bedrohungsbegründende, aber noch „unbewiesene" Tatsachen ausdrücklich festzustellen. Dennoch verschärften sich die Anforderungen an die Tatsachengrundlage damit kaum. Denn die zurückhaltenden Formulierungen änderten nichts daran, dass die vermutete Bedrohungslage für ausreichend gehalten wurde, um ein einschneidendes Sanktionsregime zu etablieren, das erst 2015 mit dem Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA)[250] und Resolution 2231 ausgesetzt wurde.[251] Insoweit bestätigt der Fall Iran nur die bisherigen Erkenntnisse. Da der angenommene Grad des Verdachts unfriedlicher Nutzungsabsichten nicht weiter erörtert wurde, lässt der Fall keine Rückschlüsse auf die an die Indizienlage gestellten Anforderungen zu.

IV. Gezielte Sanktionen gegen Individuen

Viele Kapitel-VII-Resolutionen enthalten nicht nur Sanktionen gegen den als Urheber der Friedensbedrohung vermuteten Staat oder die private Organisation, sondern auch gegen Individuen und Entitäten, die mit der gefahrbegründenden Tätigkeit oder einer bestimmten Gruppierung in Zusammenhang stehen sollen. Regelmäßig werden ihre Vermögenswerte eingefroren, sie mit Reisebeschränkungen und einem Waffenembargo belegt.

---

248 UN Doc. S/PV.5612, S. 2; S/PV.5647, S. 11; S/PV.5848, S. 21; s. bereits S/PV.5500, S. 5.

249 UN Doc. S/PV.5612, S. 3; ähnlich S/PV.5500, S. 3; S/PV.5647, S. 8, 10; S/PV.6335, S. 4.

250 Unterzeichnet von China, Frankreich, Deutschland, Russland, dem Vereinigten Königreich, den USA, der EU und dem Iran am 14. Juli 2015; die USA erklärten 2018 den „Austritt", Donald Trump in der Pressekonferenz des Weißen Hauses v. 8. Mai 2018.

251 UN Doc. S/RES/2231 (2015), para. 7a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Praxis dieses sogenannten „Black-Listing", einer Form der gezielten Sanktionen,[252] die erstmals mit Resolution 1267 (1999) eingeführt wurde[253] und seit 9/11 in vielen Resolutionen enthalten ist,[254] kommt bei der Bekämpfung internationalen Terrorismus, der Ausbreitung von Massenvernichtungswaffen, aber auch in anderen Bereichen[255] zum Einsatz. Die betroffenen Individuen werden entweder durch ein aus SR-Mitgliedern bestehendes Komitee bestimmt[256] oder bereits in der Resolution festgelegt und das Komitee mit der Ergänzung der Liste nach festgelegten Kriterien betraut.[257] Zu den Verbindungen, die eine Person etwa für die Sanktionsliste der Resolutionen 1267, 1989 und 2253 qualifiziert, gehört die Teilnahme an Tätigkeiten, die Al-Qaida, ISIL oder einen ihrer Ableger unterstützen, der Verkauf von Waffen an diese, die Anwerbung von Mitgliedern oder ihre sonstige Unterstützung.[258] In der im Internet verfügbaren „UN Security Council Consolidated List" werden alle aktuell mit Sanktionen belegten Individuen aufgeführt.

Nachdem Bedenken gegen die Konformität des Black-Listing mit Menschenrechten laut geworden waren,[259] wurde 2006 ein Delisting-Verfahren eingeführt.[260] Weil dieses als unzureichend kritisiert wurde und insbesondere der EuGH in seinen Kadi-Urteilen eine SR-Sanktionen umsetzende EU-Verordnung wegen der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Ge-

252 Für andere Formen s. Biersteker, Int'l J. 65 (2009–10), S. 99 (100).
253 UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 4, 6.
254 S. insb. UN Doc. S/RES/1390 (2002), S/RES/1988 (2011) (Taliban); S/RES/1483 (2003) (Irak); S/RES/1591 (2005) (Sudan); S/RES/1737 (2006), S/RES/1929 (2010) (Iran); S/RES/1718 (2006) (Nordkorea); S/RES/1970 (2011) (Libyen); S/RES/2048 (2012) (Guinea-Bissau); S/RES/1989 (2011), S/RES/2253 (2015) (ISIL und Al-Qaida); S/RES/2140 (2014) (Jemen); S/RES/2206 (2015) (Südsudan); S/RES/2374 (2017) (Mali).
255 Vgl. die vielfältigen Konflikte, die den Resolutionen in Fn. 254 zugrunde liegen.
256 So zB UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 4.
257 So zB UN Doc. S/RES/1737 (2006), paras. 10–12, Annex; S/RES/1929 (2010), para. 10 f, Annex I.
258 Vgl. UN Doc. S/RES/1617 (2005) para. 2 f; S/RES/2083 (2012), para. 2; Fact Sheet on the SC Committee pursuant to Resolutions 1267 (1999), 1989 (2011) and 2253 (2015) concerning ISIL (Da'Esh), Al-Qaida and Related Individuals Groups Undertakings and Entities.
259 S. nur I. Cameron, Nordic J. Int'l L. 72 (2003), S. 159–214; Biersteker, Int'l J. 65 (2009–10), S. 99–117; van den Herik, Leiden J. Int'L L. 20 (2007), S. 797–807; Fassbender (Hrsg.), Securing Human Rights, hier insb. die Beiträge von Ciampi (S. 98–140), de Wet (S. 141–171) und Zappalà (S. 172–194).
260 UN Doc. S/RES/1730 (2006).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hör, des effektiven Rechtsschutzes und des Eigentumsrechts für nichtig erklärte,[261] wurde das Delisting-Verfahren weiter modifiziert.[262] Das betroffene Individuum kann sich heute an einen Mitgliedstaat oder eine Ombudsperson wenden, die sein Anliegen an das Komitee weiterleiten.[263] Dieses entscheidet darüber, ob die Person nicht länger die Kriterien der Liste erfüllt.[264] Ein eigenes Verfahren für von vornherein irrtümliche Auflistungen existiert nicht. Wie die Internetseite der Ombudsperson deutlich macht, ist die Entscheidung über den Verbleib auf der Liste aber ein denovo-Urteil, bei dem sämtliche zum Entscheidungszeitpunkt verfügbaren Informationen einzubeziehen sind, einschließlich des Kontextes der ursprünglichen Entscheidung über die Aufnahme in die Liste.[265] Damit dient das Delisting-Verfahren auch der Aufhebung ursprünglich irrtümlicher Auflistungen.

Dem Internetauftritt der Ombudsperson zufolge ist ein Wahrscheinlichkeitsmaßstab, der einem *strafrechtlichen* Verfahren entspricht, für die Auflistung inadäquat.[266] Die Sanktionen dienten – das betonte auch der SR in Resolution 1989 (2011)[267] – nicht der Bestrafung für ein Verhalten, sondern seien präventiver Natur. Eine „mere 'suspicion' or reliance upon statements without any consideration as to underlying information or some assessment of credibility" genüge wiederum nicht, um die einschneidende Wirkung der Sanktionen zu legitimieren. Der richtige Standard sei daher, „whether there is sufficient information to provide a reasonable and credible basis for the listing".[268] Mitgliedsstaaten, die eine Person vorschlagen, müssen ein „statement of case" bereitstellen, das so viele tatsächliche Details wie möglich umfasst.[269] Dieses Statement wird auf Verlangen ver-

261 EuGH, Urteil v. 3. September 2008 (Kadi I), Rn. 353, 371 f; Urteil v. 18. Juli 2013 (Kadi II), Rn. 163.
262 Zu diesen Modifizierungen Kokott/Sobotta, EJIL 23 (2012), S. 1015 (1019–1022).
263 Die Ombudsperson wurde geschaffen durch UN Doc. S/RES/1904 (2005), paras. 20 f.
264 Vgl. UN Doc. S/RES/1989 (2011), para. 30. Die von der Omudsperson empfohlenen Streichungen treten automatisch in Kraft, wenn nicht das Komitee im Konsens für eine Beibehaltung der Listung stimmt oder ein Mitglied den SR anruft, vgl. S/RES/1989 (2011), para. 23.
265 https://www.un.org/securitycouncil/ombudsperson/approach-and-standard.
266 https://www.un.org/securitycouncil/ombudsperson/approach-and-standard.
267 Vgl. UN Doc. S/RES/1989 (2011), Präambelabsatz 14.
268 https://www.un.org/securitycouncil/ombudsperson/approach-and-standard.
269 Fact Sheet on Listing, Rn. 8; vgl. etwa UN Doc. S/RES/2368 (2017), para. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentlicht, wenn es der Staat nicht als vertraulich eingestuft hat.[270] Die den Sanktionenkommittees zur Seite gestellte Expertengremien tragen weiter zur Tatsachenaufklärung bei.[271] Der umstrittenen Auslegung des EGMR im Al-Dulimi-Fall zufolge lassen SR-Resolutionen zudem regelmäßig Raum für eine Willkürkontrolle durch die UN-Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der SR-Sanktionen. Die Ausübung dieser Willkürkontrolle wird vom EGMR überprüft.[272] Insgesamt trägt im Regime der gezielten Sanktionen damit das betroffene Individuum das Risiko von Irrtum und Fehlverdacht, soweit für die angenommene Verbindung zur betreffenden Organisation eine „reasonable and credible basis" existierte. Stellt sich die Person im weiteren Verlauf als unbeteiligt heraus, muss ihre Auflistung zwar aufgehoben werden. Die in der Vergangenheit angewendeten Sanktionen werden dadurch aber nicht rechtswidrig, da ihre Voraussetzungen vorlagen. Fehlte es dagegen von vornherein an der erforderlichen Grundlage, ist die Auflistung wohl als rechtswidrig zu beurteilen und muss erst recht aufgehoben werden. Nach dem EGMR sind die Mitgliedsstaaten aber schon vor der Aufhebung von der Umsetzungspflicht befreit, wenn die Auflistung als willkürlich zu beurteilen ist.

Auch wenn diese Grundsätze dem in mancherlei Hinsicht speziellen Bereich gezielter Sanktionen gegen Individuen entstammen, sind sie für das allgemeine Irrtumsrisiko bei Maßnahmen nach Kapitel VII von Bedeutung. Denn der Bezugspunkt des maßgeblichen Verdachtsmoments – die Verbindung der betreffenden Person zur Terrororganisation – ist Ausdruck des allgemeinen Prinzips, dass der Adressat einer Gefahrenabwehrmaßnahme für die Gefahr *zuständig* sein muss.[273] Wird nun im besonders sensiblen Bereich der Maßnahmen gegen Individuen das Irrtumsrisiko maßgeblich auf den Sanktionsadressat verlagert, muss dies erst recht für gegen Staaten gerichtete Sanktionen gelten. Umgekehrt haben auch Einschränkungen der SR-Befugnisse – etwa dass die Auflistung auf vernünftigen, glaubhaften Indizien basieren muss, nicht willkürlich sein darf und gewisse Indizien offengelegt werden müssen – das Potential zur Verallgemeinerung. Das gilt zumindest insoweit, wie diese Anforderungen nicht allein auf Menschenrechten basieren (auf die sich ein Staat nicht berufen

270 Fact Sheet on Listing, Rn. 9.
271 Van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 84.
272 ECHR (Gr. Ch.), Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 145–147.
273 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann), sondern auch auf den Grundzügen von Rechtsstaatlichkeit. Darauf ist zurückzukommen.[274]

V. Ergebnis zur Staatenpraxis

Insgesamt zeigt die untersuchte Staatenpraxis deutlich, dass der auf einer hinreichenden Indizienlage beruhende Bedrohungsverdacht für ausreichend gehalten wird, um eine Handlungsbefugnis des SR zu begründen. Auch wenn die Staaten in den frühen Debatten noch annähernde Gewissheit verlangten und diese Anforderung im Irak-Fall wieder vereinzelt formuliert wurde, hielten sie seit den 1990er-Jahren eine *Wahrscheinlichkeit* gefahrbegründender Umstände ganz überwiegend für ausreichend. Daraus lässt sich schließen, dass die friedensbedrohenden Umstände objektiv ex ante beurteilt werden. Ein einheitliches Wahrscheinlichkeitsmaß ist hingegen nicht identifizierbar. Während bei der Verantwortlichkeit für terroristische Attentate oder Chemiewaffeneinsätze verbreitet eine hohe Wahrscheinlichkeit verlangt wurde, ließen im Irakfall einige Stimmen bereits die *Nichtentkräftung* der gegen Irak streitenden Indizien genügen. Auch das Regime gezielter Sanktionen ist mit seiner „reasonable und credible basis" am unteren Rand des Spektrums zu verorten. Jedenfalls legen die formulierten Anforderungen nahe, dass die Tatsachenfeststellung nicht vollständig in die uneingeschränkte Beurteilungsprärogative des SR fällt.

Das Regime gezielter Sanktionen gibt zur Überlegung Anlass, dass der SR auch zur Aufhebung solcher Resolutionen, die auf einer hinreichenden Indizienbasis verabschiedet wurden, verpflichtet sein kann, weil sich die angenommene Sachlage als falsch herausstellt. Weiter mag dieses Regime darauf hindeuten, dass Mitgliedsstaaten keine Maßnahmen umsetzen müssen, die auf einer so dünnen Indizienlage basieren, dass sie als willkürlich anzusehen sind.

15. Kapitel: Internationale Rechtsprechung

Bei der Untersuchung der internationalen Rechtsprechung, in deren Mittelpunkt das Lockerbie-Verfahren steht, lässt sich nicht vermeiden, Aspekte zu streifen, die vorab behandelt wurden und hier nicht im Vordergrund stehen. Dazu gehört die Frage, ob der SR überhaupt rechtlichen Grenzen

274 S.u. 17. Kap., II. 2. a und III. 3. c, e.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unterliegt, ob Art. 39 UNC einen materiell-rechtlichen Gehalt besitzt[275] und ob seine Resolutionen gerichtlich kontrollierbar sind.[276] Denn Bezugspunkt und Reichweite der Beurteilungsprärogative des SR, die für die hier interessierende Frage der Perspektive auf die Faktengrundlage der Resolutionen von zentraler Bedeutung sind, werden in der Rechtsprechung häufig nicht von diesen Aspekten getrennt.

I. Das Lockerbie-Verfahren

Fakten und Verlauf des Lockerbie-Verfahrens wurden bereits dargestellt.[277] Libyen, gegen das der SR wegen der vermuteten Verstrickung in das Lockerbie-Attentat und der Nichtauslieferung der Verdächtigten Sanktionen eingesetzt hatte, wandte sich hier vor dem IGH gegen den von den USA und England ausgeübten Druck. Da die Resolutionen auf einem Bedrohungsverdacht basierten und dieser Umstand im SR Erwähnung fand, lohnt ein genauer Blick auf dieses Verfahren.

1. Die Beschlüsse und Sondervoten zum Erlass vorsorglicher Maßnahmen (1992)

Den Erlass vorsorglicher Maßnahmen, die Libyen nach Beschluss der Resolution 731 beantragt hatte, lehnte die Richtermehrheit 1992 ab.[278] Zur Begründung verwies sie nur knapp auf die zwischenzeitlich ergangene Resolution 748:

> „[T]he Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation [to accept and carry out the decisions of the Security Council, Article 25 UN Charter] extends to the decision contained in resolution 748 (1992) […]; the Court, *while thus not at this stage called upon to determine definitively the legal effect of Security Council resolution 748 (1992)*, considers that, whatever the situation previous to the adoption of that resolution, the rights claimed by Libya under the Montreal Convention cannot now

275 S.o. 1. Kap., I. 1. a.
276 S.o. 1. Kap., IV. 2.
277 S.o. 14. Kap., II. 1.
278 ICJ, Lockerbie (Libya v. UK), Provisional Measures, 1992; ICJ, Lockerbie (Libya v. USA), Provisional Measures, 1992.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> be regarded as appropriate for protection by the indication of provisional measures;“[279] [Hervorhebung hinzugefügt]

Das Gericht behielt also sowohl die Frage des „ob“ einer möglichen gerichtlichen Kontrolle der Resolutionen 731 und 748 als auch die Präzision ihrer inhaltlichen Anforderungen der Hauptsache vor. Richter *Shahabuddeen* begründete dies damit, dass die Wirksamkeit der Resolution 748 in diesem Stadium zu vermuten sei.[280] Andere Erklärungen und Sondervoten enthielten indes weitergehende Aussagen. *Oda*, der bezweifelte, dass die Bindungswirkung von SR-Resolutionen überhaupt von der Einhaltung Völkerrechts abhinge, befand, dass der SR bei der Identifizierung einer Friedensbedrohung innerhalb seiner Kompetenzen gehandelt habe.[281] Auch *Bedjaoui*, der zwar den mit Resolution 748 entstehenden Konflikt zwischen SR und IGH anerkannte[282] und die Wirksamkeit der Resolution im Ergebnis offen ließ,[283] machte deutlich, dass er die Feststellung der Friedensbedrohung und die gegen Libyen ergriffenen Maßnahmen für unanfechtbar hielt:

> „How can the Court, which is not seised of the wider dispute, dispute the fact that the Security Council is responsible for qualifying international situations and that it can place itself within the purview of Chapter VII of the Charter, even if no small number of people may find it disconcerting that the horrific Lockerbie bombing should be seen *today* as an *urgent* threat to international peace when it took place *over three years ago*?“[284] [Hervorhebung im Original]

Ähnlich äußerte sich *Ajibola*, der die Resolution 748 (1992) für „undoubtedly within the power and function of the Security Council“ hielt, „since it falls under Chapter VII of the Charter“ und der nur die Möglichkeit ander-

---

279 ICJ, Lockerbie, Provisional Measures, 1992, Rn. 40 (Libya v. UK) bzw. Rn. 43 (Libya v. USA).

280 ICJ, Lockerbie, Separate Opinion Shahabuddeen, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK), S. 28; für eine entsprechende Vermutung Dissenting Opinion Bedjaoui, Rn. 27.

281 ICJ, Lockerbie, Declaration Oda, Provisional Measures, 1992, S. 18 (Libya v. UK) bzw. S. 129 (Libya v. USA).

282 Vgl. ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Bedjaoui, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 5 f, 22 f.

283 Dissenting Opinion Bedjaoui, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 27.

284 Dissenting Opinion Bedjaoui, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weiter Wirksamkeitsdefekte offenließ.[285] *Weeramantry* ging noch einen Schritt weiter, indem er wegen der Einschätzungsprärogative des SR jegliche Kontrollbefugnis des IGH verneinte:

> „The determination under Article 39 of the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, is one *entirely within the discretion* of the Council. […] [T]he Council and no other is the judge of the existence of the state of affairs which brings Chapter VII into operation. The decision is taken […] *in its own judgment* and in the exercise of the *full discretion* given to it by Article 39. […] Thus, any matter which is subject of a valid Security Council decision under Chapter VII does not appear, prima facie, to be one with which the Court can properly deal."[286] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Da *Weeramantry* die Resolution im Folgenden keinerlei inhaltlichen Anforderungen unterwarf, bezog sich die Einschränkung „*valid* decisions" wohl auf prozessuale Wirksamkeitsvoraussetzungen. Die gemeinsame Erklärung von *Evensen*, *Tarassov*, *Guillaume* und *Aguilar Mawdsley* hatte die SR-Resolutionen 731 und 748 ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch wenn die Konvention von Montreal Libyen durchaus dazu befugt habe, die Verdächtigten selbst abzuurteilen, habe der SR dies als nicht zufriedenstellend beurteilt. Mit den Resolutionen seien vorsorgliche Maßnahmen zum Schutz früherer Rechte entbehrlich geworden.[287]

Ni hingegen vertrat zwar die Auffassung, dass eine SR-Resolution zum selben Gegenstand den IGH grundsätzlich nicht daran hindere, über diesen zu entscheiden, sah von einer rechtlichen Beurteilung der Resolutionen jedoch ab, weil jedenfalls die in der Streitbeilegungsklausel der Konvention von Montreal vorgesehen Frist noch nicht abgelaufen sei.[288] Ausdrücklich gegen die Rechtmäßigkeit der Resolutionen positionierte sich allein der ägyptische ad-hoc-Richter *El-Kosheri*. SR-Resolutionen unterlägen

---

285 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Ajibola, Provisional Measures, 1992, S. 88 (Libya v. UK) bzw. S. 192 (Libya v. USA).

286 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Weeramantry, Provisional Measures, 1992, S. 66 (Libya v. UK) bzw. S. 176 (Libya v. USA).

287 ICJ, Lockerbie, Joint Declaration Evensen, Tarassov, Guillaume und Aguilar Mawdsley, Provisional Measures, 1992, S. 24 f (Libya v. UK) bzw. Rn. 136 f (Libya v. USA).

288 ICJ, Lockerbie, Declaration Ni, Provisional Measures, 1992, S. 20–23 (Libya v. UK) bzw. S. 132–135 (Libya v. USA).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vom IGH kontrollierbaren rechtlichen Bindungen[289] und Resolution 748 sei rechtswidrig und daher unwirksam, weil sie Rechtssprechungsbefugnisse des IGH beeinträchtige und so einen excès de pouvoir darstelle.[290] Auch gab er im Hinblick auf die Auslieferungspflicht die libysche Souveränität zu bedenken.[291] Das Problem des Bedrohungsverdachts sprach er zwar implizit mit der Aussage an, dass eine libysche Verantwortlichkeit den Beweis voraussetze, dass die Verdächtigten tatsächlich Urheber des Attentates seien und sie dieses auf Befehl oder mit Duldung ihrer Vorgesetzten durchgeführt hätten.[292] Im direkten Zusammenhang mit Resolution 748 nahm er darauf aber keinen Bezug mehr.

2. Die Klageschrift und die Erwiderungen (1993–1995)

a) Die libysche Position

Libyens primäre Argumentation lautete, dass Resolution 748 es nicht zur Auslieferung der Verdächtigten, sondern nur zur Verhandlung über einen Mechanismus verpflichte, der diese zur Verantwortung ziehe.[293] Da Libyen dieser Pflicht nachgekommen sei, stünde die Resolution dem IGH-Verfahren nicht entgegen.[294] Erst drei libysche Hilfsargumente sind für die untersuchte Fragestellung relevant.

Erstens ließe sich eine etwaige Auslieferungspflicht als Sanktion gegen Libyen mit der vorgeworfenen Verstrickung in das Attentat von Lockerbie nicht begründen. Denn dies setze sowohl die Schuld der Verdächtigten als auch die Verantwortlichkeit Libyens für ihr Handeln voraus. Da beides nicht bewiesen sei, würde eine entsprechende Sanktion einerseits gegen die Unschuldsvermutung der Individuen verstoßen, andererseits gegen die

289 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion El-Kosheri (Libya v. UK und v. USA), Rn. 19–32.
290 Dissenting Opinion El-Kosheri, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 33–42.
291 Dissenting Opinion El-Kosheri, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 43–47.
292 Dissenting Opinion El-Kosheri, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 9.
293 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.2–6.35.
294 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.37–6.42.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„règles du 'due process of law' au détriment de la Libye".[295] Keines der im SR zirkulierten Dokumente enthalte einen Beweis für die Verantwortlichkeit der Verdächtigten und die Zurechenbarkeit ihrer Handlungen gegenüber Libyen. Erst recht habe daher keine kontradiktorische Debatte stattfinden können.[296] Aus diesem Grund verstießen die Resolutionen 731 und 748 gegen Art. 1 (1) iVm den Kapiteln VI und VII UNC.[297]

Zweitens sei dem SR jedenfalls ein „détournement de pouvoir en violation des articles 1 (1), 24 et 39 de la Charte" vorzuwerfen, weil er sich den Befugnissen des Kapitels VII nicht „en raison des caractéristiques intrinsèques d'une affaire", sondern „dans le seul but de s'arroger les pouvoirs y conférés" bedient habe:[298]

> „L'article 39 de la Charte énonce que: […]. Le Conseil procède ainsi de façon discrétionnaire à la constatation, notamment, d'une menace contre la paix. Ceci *n'autorise toutefois pas* le Conseil à procéder à cette constatation *de façon arbitraire*. […] C'est parce que – mais seulement parce que et dans la mesure où – il existe une menace contre la paix, que le Conseil est en droit d'agir en vertu du chapitre VII. Ceci exclut que le Conseil puisse prétendre qu'il existe une menace contre la paix, *dans le seul but* de faire usage des pouvoirs conférés par le chapitre VII."[299] [nur letzte Hervorhebung im Original]

Resolutionen, deren einziges Ziel die „Anmaßung der Befugnisse" des Kapitels VII sei, verletzten nicht nur Art. 24, 1 (1) und 39 UNC, sondern auch den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots von Befugnismissbrauch.[300] Dabei übertrug die Klageschrift Literatur zu diesem im internationalen Verwaltungsrecht und im Recht internationaler Organisationen wurzelnden Rechtsgrundsatz auf das Handeln des SR.[301] So wurde *Fawcett* mit der Aussage zitiert, dass „if there are no facts which can be reasonably said to justify its exercise, that would be evidence of détournement de pouvoir".[302]

---

295 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.82.
296 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.82.
297 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.83.
298 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.44, 6.108, 6.111–6.129.
299 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.113.
300 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.114, 116 f.
301 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.117–119.
302 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 117, die Passage stammt aus Fawcett, British YB Int'l L. 1957, S. 311 (313).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bereits an anderer Stelle hatte die Klageschrift festgestellt, dass Resolutionen des SR nach Kapitel VII eine „appréciation exacte des éléments factuels pertinents" voraussetzten.[303] Schon die Verfolgung eines anderen Ziels als des von der Befugnis vorgesehenen genüge für einen Missbrauch; ein „but irrégulier" sei nicht erforderlich. Daher setze Befugnismissbrauch keine Bösgläubigkeit voraus: „Il peut résulter d'une erreur en droit, ou d'une autre 'honest mistake'."[304] Dass das einzige Ziel der Resolution 731 die Anmaßung der Befugnisse nach Kapitel VII sei, ergebe sich daraus, dass der Ausdruck im zweiten Präambelabsatz „actes de terrorisme international qui constituent une menace à la paix"[305] wegen des fehlenden Kommas vor „qui" bestimmend (und nicht erklärend) zu lesen sei und sich so auf andere als den erfolgten Terrorismusakt beziehe. Er sei zu dem alleinigen Zweck eingefügt worden, das „droit de tous les Etats […] de protéger leurs nationaux" auszulösen. Von den Umständen des Lockerbie-Anschlags habe sich der SR nicht leiten lassen.[306]

Drittens lägen den Resolutionen 731 und 748 logische Widersprüche zugrunde. Zum einen setze die Teilnehmereigenschaft Libyens an der Friedensbedrohung voraus, dass internationaler Terrorismus generell eine Friedensbedrohung darstelle, welches der SR durch den eben zitierten zweiten Präambelabsatz aber ausgeschlossen habe. Zum anderen könne er nicht entscheiden, die Auslieferung sei erforderlich zum Friedenserhalt, obwohl er das Attentat selbst zuvor nicht als Friedensbedrohung qualifiziert habe.[307] Insgesamt hielt Libyen die Resolutionen, sollten sie im Sinne einer Auslieferungspflicht auszulegen sein, daher für unwirksam.[308]

303 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.75.

304 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.118, sich die Aussage von Amerasinghe, Law of the International Civil Service, S. 275 zu eigen machend.

305 Die ganze Passage lautet: „affirmant le droit de tous les Etats, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, de protéger leurs nationaux des actes de terrorisme international qui constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales".

306 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.122–6.129.

307 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.131, 6.136.

308 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.56, 6.75, 6.114.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Die britische Position

England stellte sich auf den Standpunkt, dass die Feststellung einer Friedensbedrohung, über die der SR „in the light of all the circumstances and information at its disposal" entscheide,[309] seiner uneingeschränkten Einschätzungsprärogative unterliege und von niemandem kontrollierbar sei.[310] Auf die Frage, ob bestimmte Umstände den internationalen Frieden und die Sicherheit bedrohen, gebe es keine „'correct legal' answer" und für eine Kontrolle damit kein geeignetes Kriterium. Die Feststellung sei ein politisches Urteil, bei dessen Überprüfung der Gerichtshof nur sein politisches Urteil an die Stelle der SR-Entscheidung setzte.[311] Ohne diese Einschätzungsprärogative könne der SR seine Rolle als Hauptverantwortlicher für den Weltfrieden nicht erfüllen.[312] Eine mitunter erst Jahre nach Resolutionserlass stattfindende Kontrolle sei zudem nicht mit dem Stabilitätsbedürfnis der UN-Rechtsordnung kompatibel.[313] Im Übrigen dürfe der SR eine Friedensbedrohung durchaus allein feststellen, um eine bestimmte Maßnahme vorzunehmen. Die Geschichte der UN sei voller Beispiele.[314] Absichten und Motive der SR-Mitglieder seien zudem überhaupt nicht feststellbar.[315] Auch die Auswahl der Maßnahmen sowie die Frage, ob seine Aufforderungen erfüllt seien, stünden im uneingeschränkten Ermessen des SR.[316]

c) Die amerikanische Position

Auch die USA argumentierten primär, dass Resolutionen nach Kapitel VII nicht gerichtlich kontrollierbar seien. Während sie anders als England nicht explizit auf eine inhaltliche Einschätzungsprärogative des SR eingingen, führten auch die USA an, dass eine Kontrolle durch den IGH einen politischen Charakter besäße, der mit der jurisdiktionellen Funktion des

309 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.42.
310 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.33–4.35, 4.42.
311 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.35.
312 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.36.
313 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.37–4.40 sich beziehend auf Südrhodesien, Somalia, Haiti und Ruanda.
314 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.37.
315 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.38.
316 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.44–4–53.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IGH inkompatibel sei,[317] dass sie die Autorität des SR bei der ihm übertragenen Wahrung des Weltfriedens untergrabe und Rechtsunsicherheit schaffe.[318] Im Übrigen entfalte das IGH-Urteil keine Wirkungen für den SR, da er keine Partei sei.[319] Jedenfalls seien die Resolutionen 731, 748, 883 inhaltlich nicht zu beanstanden. Die von Libyen geltend gemachten rechtlichen Grenzen würden nur für Kapitel VI, nicht für Kapitel VII der Charta gelten.[320] Anders als England ließen sich die USA auf das libysche Argument ein, die SR-Resolutionen 731, 748 und 883 missbrauchten die Befugnisse nach Kapitel VII. Unter Verweis auf die amerikanischen und schottischen Ermittlungen und Anklagen, deren Details dem SR gegenüber offengelegt worden seien, legten die USA dar, dass „the Security Council obviously had a strong basis upon which to conclude that Libya's actions constituted a threat to international peace and security".[321] Das Erfordernis einer solchen Basis stellten die USA aber sogleich wieder in Frage: „[I]n the end, Libya is left with the fact that the Council made its determination and acted upon it. This is what the Charter requires in order for the decision of the Council to be binding on Libya."[322]

3. Die Mehrheits- und Sondervoten zu den Preliminary Objections (1998)

In seinen Mehrheitsentscheidungen zu den Preliminary Objections nahm der IGH zu den inhaltlichen Anforderungen an SR-Resolutionen und ihre etwaige Kontrollierbarkeit erneut keine Stellung. Da die Resolutionen 748 und 883 erst nach Klageerhebung angenommen worden seien, beeinflussten sie weder die Zuständigkeit[323] noch die Zulässigkeit der Klage.[324] Auch den Einwand, die Resolutionen hätten die libysche Klage gegenstandslos gemacht, wies das Gericht als nicht „exclusively preliminary" zurück.[325]

317 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.04, 4.09.
318 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.10, 4.17, 4.19.
319 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.05, 4.08.
320 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.23 f, 4.27.
321 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.33, 4.37.
322 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of USA, 1995, Rn. 4.38.
323 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998, Rn. 38 (Libya v. UK) bzw. Rn. 37 (Libya v. USA).
324 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998, Rn. 44 (Libya v. UK) bzw. Rn. 43 (Libya v. USA).
325 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998, Rn. 46–51 (Libya v. UK) bzw. Rn. 45–50 (Libya v. USA).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Erklärungen und Sondervoten von *Guillaume* und *Fleischhauer*, *Herczegh*, *Schwebel* und *Jennings* kritisierten, die Resolutionen hätten bereits zur Unzulässigkeit der Klage führen müssen.[326] *Guillaume*, *Fleischhauer* und *Herczegh* äußerten dabei weder Zweifel an der Wirksamkeit noch setzten sie sich mit der Möglichkeit einer Rechtskontrolle der Resolutionen auseinander.

Schwebel, der unter Rückgriff auf die Debatten in San Francisco eine ausführliche Stellungnahme gegen die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle von SR-Entscheidungen formulierte,[327] betonte, in San Francisco sei entschieden worden „to leave to the Council the entire decision […] as to what constitues a threat to peace, a breach of the peace or an act of aggression".[328] Diese Bestimmung obliege allein dem SR.[329] Damit brachte *Schwebel* zum Ausdruck, dass die Feststellung nicht nur keiner gerichtlichen Kontrolle unterliege, sondern der SR auch keine bestimmten Kriterien im Sinne einer „self-censorship" zu beachten habe, deren Möglichkeit er in Bezug auf sonstige rechtliche Grenzen zuvor offengelassen hatte.[330] Entsprechend äußerte sich *Jennings*, nachdem er die jurisdiktionelle Funktion des IGH hervorgehoben hatte:

> „When, therefore, as in the present case, the Security Council, exercising the *discretionary competence* given to it by Article 39 of the Charter, has decided that there exists a 'threat to the peace', it is not for the principal judicial organ of the United Nations to question that decision, *much less to substitute a decision of its own*, but to state the plain meaning and intention of Article 39, and to *protect* the Security Council's exercise of that body's power and duty conferred upon it by the law; and to protect the exercise of the discretion of the Security Coun-

326 ICJ, Lockerbie, Joint Declaration Guillaume und Fleischhauer, Preliminary Objections, 1998, S. 48 f (Libya v. UK) bzw. S. 140 f (Libya v. USA); Dissenting Opinion Herczegh, S. 51–53 (Libya v. UK); Dissenting Opinion Schwebel, S. 68–73 (Libya v. UK) bzw. S. 159–164 (Libya v. USA); Dissenting Opinion Jennings (Libya v. UK), S. 107–109, 112 f.

327 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 73–81 (Libya v. UK) bzw. S. 164–172 (Libya v. USA).

328 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 79 (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA); UNCIO Vol. XI, S. 17; UNCIO Vol. XII, S. 505.

329 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 80 (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA).

330 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 76 (Libya v. UK) bzw. S. 167 (Libya v. USA).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> cil to 'decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions.'"[331] [Hervorhebung hinzugefügt]

Wie *Schwebel* verneinte *Jennings* allgemein die Befugnis des IGH, SR-Entscheidungen zu kontrollieren.[332] *Kooijmans* schlug die entgegengesetzte Richtung ein, wobei er dem Mehrheitsvotum darin beipflichtete, dass das diskutierte Problem keine ausschließlich vorläufige Einwendung sei.[333] Die Hauptsacheentscheidung des Gerichts drohte auch nicht leerzulaufen durch die SR-Resolutionen. Denn Kapitel-VII-Resolutionen des SR seien nicht irreversibel; der SR könne sie jederzeit widerrufen oder ändern.[334] In diesem Zusammenhang machte er bemerkenswert deutlich, dass sich die Prärogative des SR auf die *Würdigung* einer Sachlage als friedensbedrohend beschränke:

> „It is generally agreed that the Security Council has *full competence* under Chapter VII to determine that a *factual situation constitutes a threat to international peace and security* and that it may take the necessary legally binding measures to counter that threat, *but that it has no competence to determine the law*, whereas it has been questioned whether the Council can modify the law when applying it to a particular set of facts."[335] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Rezek nahm zwar nicht zur Rechtmäßigkeit der betroffenen SR-Resolutionen Stellung, formulierte aber ein Gegenplädoyer zu *Schwebel*, mit dem er für die Befugnis des IGH eintrat, als „interpreter par excellence of the law" Entscheidungen der politischen Organe der UN auf ihre Vereinbarkeit mit dem Recht zu überprüfen.[336]

---

331 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Jennings, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK), S. 110.
332 ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Jennings, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK), S. 111 f.
333 ICJ, Lockerbie, Separate Opinion Kooijmans, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 13 f.
334 ICJ, Lockerbie, Separate Opinion Kooijmans, Preliminary Objections, 1998, Rn. 14–17 (Libya v. UK) bzw. Rn. 14–18 (Libya v. USA).
335 ICJ, Lockerbie, Separate Opinion Kooijmans, Preliminary Objections, 1998, Rn. 17 (Libya v. UK) bzw. Rn. 18 (Libya v. USA).
336 ICJ, Lockerbie, Separate Opinion Rezek, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Zusammenfassende Würdigung

Im Lockerbie-Fall vermischt sich die hier untersuchte Fragestellung der inhaltlichen Voraussetzungen der Feststellung einer Friedensbedrohung mit dem Problemkreis der gerichtlichen Kontrolle von SR-Resolutionen, die von einzelnen Stimmen bejaht, von einem Teil der Sondervoten verneint und von einem anderen offengelassen wird. Was die inhaltlichen Anforderungen betrifft, geht die große Mehrheit der Sondervoten von einer (weitgehend unbeschränkten) Einschätzungsprärogative des SR aus und übernimmt in diesem Punkt die britische Position. *Kooijmans* ist der einzige, der diese Prärogative auf die Qualifizierung einer bestimmten Faktenlage als friedensbedrohend beschränkt – sie also auf die *Würdigung der Fakten als einen bestimmten Gefahrengrad erfüllend* und nicht auf die Wahrnehmung der Fakten oder die abstrakte Bestimmung dieses Gefahrengrades bezieht. Die libysche Position, derzufolge die Verantwortlichkeit des sanktionierten Staates bewiesen sein muss, wird einzig und nur implizit von *El-Kosheri* gestützt. Auch das Argument, dass die Einschätzungsprärogative durch das Willkürverbot und das Verbot logischer Widersprüche begrenzt werde, wird von keinem Votum aufgegriffen.

II. Weitere Fälle

Eine interessante Passage im Hinblick auf die SR-Befugnisse nach Kapitel VII enthält das abweichende Votum von *Fitzmaurice* im Namibia-Fall, der anders als die Richtermehrheit annahm, der SR könne friedenserhaltende Maßnahmen nur auf Grundlage der in Art. 24 (2) UNC genannten Kapitel VI, VII, VIII, XII ergreifen.[337] Dabei setzten diese Befugnisse voraus, dass „the threat said to be involved is not a mere figment or pretext."[338] Es reiche nicht, wenn die Friedensbedrohung „artificially created" werde „as a pretext for the realization of ulterior purposes." Ohne diese Begrenzung könnten die Befugnisse des SR für Zwecke verwendet werden, für die sie nie gedacht waren.[339] Das Gutachten der Mehrheit liefert dagegen keine Erkenntnisse, weil es sich nicht auf Befugnisse nach Kapitel VII bezog.[340]

337 ICJ, Namibia, Dissenting Opinion Fitzmaurice, 1971, Rn. 112.
338 ICJ, Namibia, Dissenting Opinion Fitzmaurice, 1971, Rn. 112.
339 ICJ, Namibia, Dissenting Opinion Fitzmaurice, 1971, Rn. 116.
340 ICJ, Namibia, 1971, Rn. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ohnehin blieben die nur impliziten Aussagen der Mehrheit hinsichtlich der Einschätzungsprärogative des SR vage.[341]

Im Tadić-Urteil der ICTY Appeals Chamber legten die Richter dar, dass dem SR bei der „determination that there exists such a threat [iSd Art. 39 UNC]"[342] eine „very wide discretion"[343] zukomme. Allerdings sei dies keine „totally unfettered discretion, as it has to remain, at the very least, within the limits of the Purposes and Principles of the Charter".[344] Nähere Ausführungen machte die Kammer nicht, weil die der SR-Resolution zugrunde liegende Situation zweifellos unter den Begriff des Friedensbruchs oder zumindest der Friedensbedrohung falle.[345] Auch wenn sich die Ausführungen durchgehend auf die tatsächlich vorliegende Situation bezogen, lässt sich angesichts der fehlenden Divergenz zwischen ex-ante- und ex-post-Sicht daraus nicht der Schluss ziehen, dass letztere entscheidend sein sollte. Die im Zusammenhang mit der Geeignetheit der ausgewählten SR-Maßnahmen gemachte Aussage, dass „it would be a total misconception of what are the criteria of legality and validity in law to test the legality of such measures ex post facto by their success or failure to achieve their ends"[346] legt vielmehr das Gegenteil nahe. *Sidhwa* unterwarf die Einschätzungsprärogative des SR bei der Feststellung der Friedensbedrohung in seinem Sondervotum der Anforderung, dass sie „fair and not arbitrary or a feigned exercise of power" sein müsse, und stellte fest, dass „the decision was based on a proper appraisal of evidence and was reasonable and fair and not arbitrary or capricious".[347] Diese objektiven Anforderungen bezog er also auf die Indizien*würdigung* durch den SR. Im sich anschließenden Satz klingen zudem prozessuale Anforderungen an:

> „What stands out prominently is that the Security Council did not take any hasty action in arriving at these conclusions, unlike many other emergency situations where speedy conclusions have been drawn.

341 ICJ, Namibia, 1971, Rn. 109, 111 kann man so lesen, als gestehe die Richtermehrheit dem SR eine Prärogative zu, weil sie seine Feststellungen ungeprüft übernahm. Der Bezugspunkt (Tatsachenfeststellung, Tatsachenwürdigung oder rechtliche Auslegung der Begriffe) bleibt indes völlig offen. In Rn. 120 bezog sich das Gutachten allein auf die Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Maßnahmen.

342 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 29.

343 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 28.

344 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 29.

345 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 30.

346 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 39.

347 ICTY, Tadić, IT-94–1, Separate Opinion Sidhwa, 2. Oktober 1995, Rn. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Rather it reached its conclusions, after permitting participation of a host of views and the submission of a mass report from numerous bodies, both governmental and non-governmental."[348]

Li dagegen hielt die Qualifikation der Situation als Friedensbedrohung für eine politische Frage, die allein dem SR obliege und die das Tribunal nicht habe kontrollieren dürfen.[349]

In seinem Sondervotum zu den vorsorglichen Maßnahmen im Genocide-Fall brachte *Elihu Lauterpacht* zum Ausdruck, dass der IGH den Beurteilungsspielraum des SR bei der Feststellung einer Tatbestandsvariante iSd Art. 39 UNC nicht ersetzen dürfe, aber durchaus die Einhaltung der „Rule of Law" kontrolliere.[350]

III. Zwischenergebnis

Die erwähnten Voten im Namibia-, Tadić und Genocide-Fall, das Votum von *Li* ausgenommen, ziehen die im Lockerbie-Fall verbreitete Auffassung, der Beurteilungsspielraum des SR bei der Feststellung einer der Situationen iSd Art. 39 UNC sei unbegrenzt, in Zweifel und liegen deutlich näher an der von Libyen im Lockerbie-Fall formulierten Auffassung, es müsse zumindest eine Willkürkontrolle geben. Die Voten *Sidhwas* im Tadić-Fall und *Kooijmans'* im Lockerbie-Fall konkretisieren dabei als einzige den Bezugspunkt der (laut *Sidhwa* objektiv begrenzten) Einschätzungsprärogative: Sie beziehen diese Prärogative auf die *Würdigung* der Sachlage als friedensbedrohend, also weder auf ihre Wahrnehmung, noch auf die rechtliche Ausfüllung des Begriffs der Friedensbedrohung.

16. Kapitel: Fehlvorstellungen bei nationalen polizeirechtlichen Amtsrechten

Auch im Rahmen des kollektiven Sicherheitssystems bietet in Anwendung der vergleichenden Methode[351] ein Blick auf nationale Eingriffsbefugnisse die Chance, die Völkerrechtslage zu erhellen. Zum Vergleich herangezo-

---

348 ICTY, Tadić, IT-94–1, Separate Opinion Sidhwa, 2. Oktober 1995, Rn. 62.
349 ICTY, Tadić, IT-94–1, Separate Opinion Li, 2. Oktober 1995, Rn. 3.
350 ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 99, die SR-Resolution am Völkermordverbot messend, weil dieses jus cogens darstelle, ebd. Rn. 100–104.
351 S.o. 3. Kap., II.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen werden Fehlvorstellungen bei der Ausübung polizeilicher Gefahrenabwehrbefugnisse, die wie die SR-Autorisierung amtsrechtlichen Charakter besitzen.[352]

Jede polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme setzt eine wie auch immer geartete *Gefahr* voraus. Dieser Begriff erfüllt eine rechtsstaatliche Funktion, da er die polizeilichen Befugnisse begrenzt.[353] Wie Fehlvorstellungen der handelnden Akteure über die Existenz einer solchen Gefahr rechtlich behandelt werden, lässt sich am leichtesten für Rechtsordnungen feststellen, die einen allgemeinen Gefahrenbegriff kennen. Meist sucht man einen solchen Begriff jedoch – ebenso wie eine polizeiliche Generalklausel – vergeblich. Schlüsse über die zugrunde gelegte Perspektive können hier nur aus einem (freilich kursorisch bleibenden) Blick auf verschiedene Ermächtigungsgrundlagen und Anforderungen der Rechtsprechung an polizeiliches Eingriffshandeln gezogen werden. Dabei steht die Befugnis zur Anwendung von Gewalt im Vordergrund. Soweit dazwischen unterschieden wird, geht es nicht um die strafrechtliche Verantwortung irrender oder fehlvermutender Polizeibeamter, sondern um die öffentlich- bzw. schuldrechtliche[354] Beurteilung ihres Handelns. Von Interesse sind nur präventive, also Gefahrenabwehrbefugnisse der Polizei, nicht repressive Befugnisse zur Strafverfolgung, auch wenn diese in vielen Rechtsordnungen nicht so deutlich getrennt werden wie in Deutschland. Die Untersuchung beschränkt sich zudem auf materiell-rechtliche Anforderungen an die Maßnahmen und klammert die Frage der möglichen Rechtsbehelfe weitgehend aus. Dem so formulierten Problem irrtümlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen wird in vielen Rechtsordnungen insgesamt ein geringerer Stellenwert als in Deutschland beigemessen.

I. Die einzelnen Rechtsordnungen im Vergleich

1. Deutschland

In Deutschland gilt ein allgemeiner Gefahrenbegriff, der sowohl für die polizeiliche Generalklausel als auch für polizeiliche Standardermächtigun-

352 S.o. 4. Kap., III.

353 Möstl, Staatliche Garantie, S. 193–197; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 97.

354 „Tort claims" des Bürgers gegen die Stadt oder den handelnden Beamten sind vor allem in den USA der relevante Maßstab.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen, einschließlich der Befugnis zur Anwendung unmittelbaren Zwangs,[355] herangezogen wird: Danach ist eine Gefahr zu bejahen, wenn „eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird".[356] Die vernünftige *Fehlprognose* ist insoweit unproblematisch: Das *Prognoseelement* der Gefahr – die Frage, ob sich tatsächlich vorliegende gefährliche Umstände zu einem Schaden verdichten werden – wird von vornherein objektiv ex ante beurteilt. Solange der Schadenseintritt ex ante hinreichend wahrscheinlich erschien, bleibt es bei dem Vorliegen einer *tatsächlichen* Gefahr, auch wenn sich ex post herausstellt, dass der Schaden ausgeblieben wäre.[357] Für die erforderliche Wahrscheinlichkeit gilt dabei: „Je größer und folgenschwerer" der drohende Schaden, desto geringer kann die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts sein.[358]

Fehlt es in Wirklichkeit an den gefahrbegründenden Umständen und nimmt der Amtsträger solche nur aufgrund nachvollziehbarer Umstände an – unterliegt er also einem unvermeidbaren Irrtum –, liegt eine Anscheinsgefahr vor, die einer tatsächlichen Gefahr in ihren Rechtsfolgen gleichgestellt wird[359] und daher ebenfalls zur Eingriffsmaßnahme befugt. Das gilt auch bei irreversiblen Eingriffen, selbst beim Extremfall der Tötung eines Gefährders.[360] War der Irrtum des Beamten nicht nachvollzieh-

---

355 Seine schwerste Form, den Schusswaffengebrauch gegen Personen, erlauben die Standardermächtigungen der meisten Landespolizeigesetze bei einer *gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben*, Art. 84 (1) Nr. 1 PAG Bayern; § 67 Abs 1(1) Nr. 1 BbgPolG; § 44 (2) BremPolG; § 61 (1) Nr. 1 HSOG; § 109 (2) Nr. 1 SOG M-V; § 77 (1) Nr. 1 Nds. SOG; § 64 (1) Nr. 1 PolG NRW; § 64 (1) Nr. 1 POG Rheinland-Pfalz; § 57 (2) Nr. 1 SPolG; § 66 (1) Nr. 1 SOG LSA; § 258 (2) Nr. 1 LVwG Schleswig-Holstein; § 65 (1) Nr. 1 PAG Thüringen; etwas anders strukturiert § 10 UZwG (Bund); § 54 PolG Baden-Württemberg; § 25 SOG Hamburg; § 34 SächsPolG.

356 BVerwGE 45, 51 (57) = NJW 1974, 807 (809).

357 K. Vogel/Martens/Drews, Gefahrenabwehr, § 13, S. 223, 226; zum prognostischen Element von Gefahrenabwehrmaßnahmen s. BVerwGE 116, 347 (351) = NVwZ 2003, 95 (96).

358 BVerwGE 45, 51 (61) = NJW 1974, 807 (810).

359 BVerwGE 45, 51 (58) = NJW 1974, 807 (809); NJW 1974, 807; OLG Köln NJW-RR 1996, 860; VG Köln BeckRS 2015, 40159; VGH Mannheim BeckRS 2013, 54338; VG Aachen BeckRS 2007, 23133; BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht NRW/Worms/Gusy, § 8, Rn. 102; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8, Rn. 48 f.

360 So die hM beim finalen Rettungsschuss, vgl. BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht NRW/Thiel, § 63, Rn. 18; Tegtmeyer/Vahle, PolG NRW § 63, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar, ist von einer bloßen Schein- oder Putativgefahr die Rede, die einen Eingriff nicht begründen kann. Die Gefahrenabwehrmaßnahme ist dann rechtswidrig.

Die Behandlung des Fehlverdachts, der im deutschen Polizeirecht überwiegend als *Gefahrenverdacht* bezeichnet wird,[361] ist nicht unumstritten, und auch innerhalb der Rechtsprechung ist keine ganz einheitliche Linie erkennbar. Überwiegend wird der Gefahrenverdacht zwar unter das Tatbestandsmerkmal *Gefahr* gefasst. Jedoch sollen grundsätzlich nur Gefahrerforschungseingriffe zulässig sein,[362] also Eingriffe, die sich auf die Aufklärung des Sachverhaltes beschränken. Kommt ein Gefahrerforschungseingriff – etwa aus Zeitnot – nicht in Betracht und geht es um hochrangige Rechtsgüter, sind auch vorläufige[363], unter Umständen sogar irreversible[364] Sicherheitsmaßnahmen zulässig. Diese Praxis ist von Teilen der Literatur kritisiert worden.[365] Andere Stimmen wollen auf die Unterscheidung zwischen tatsächlicher Gefahr und Gefahrenverdacht ganz verzichten und den Gefahrenbegriff von vornherein definieren als „aus der […] Sicht des […] handelnden Amtswalters bei verständiger Würdigung der Sachlage […] hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts", was den Gefahrenverdacht bereits miteinschlösse.[366] Solche Ansätze sind auch von der Rechtsprechung aufgegriffen worden.[367] Auch die gesetzgeberische Ent-

---

361 S.o. 16. Kap., I. 1. Teilweise wird dieser Begriff hingegen nicht auf den Verdacht gefahrbegründender Umstände, sondern die noch nicht ausreichend wahrscheinliche Prognose bezogen, s. BVerwGE 116, 347 (351) = NVwZ 2003, 95 (96); Schenke/Schenke, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, § 2, Rn. 91 f.

362 OVG Münster BeckRS 2002, 10356; VG Düsseldorf BeckRS 2011, 45332; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8, Rn. 59–62.

363 OVG Münster DVBl (1982), S. 653 (654).

364 BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern/Holzner, Art. 11 PAG, Rn. 207; wiederum gilt das auch für die Tötung des (vermuteten) Gefährders, Tegtmeyer/Vahle, PolG NRW, § 63, Rn. 9.

365 Schwabe, DVBl (1982), S. 655–657; Wapler, DVBl (2012), S. 86–92; krit. auch Schenke/Schenke, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, § 2, Rn. 99 f.

366 Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, Abschn. D, Rn. 50; s. auch Schenke/Schenke, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, § 2, Rn. 77, 88 f, 104 (aber einen anderen Gefahrenverdachtsbegriff zugrunde legend, s.o. Fn. 361).

367 Vgl. BVerfG, NJW 2010, 833: „Für die Gefahrenabwehr […] dürfen sie [Abruf und Nutzung von Daten] nur bei Vorliegen *tatsächlicher Anhaltspunkte* für eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person […] zugelassen werden.", Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wicklung tendiert zur Angleichung des Gefahrenverdachts an die tatsächliche Gefahr: Neuere Ermächtigungsgrundlagen stellen vermehrt ab auf „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen […]".[368]

2. Frankreich

Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen der zum Schutz des ordre public und zur Verwirklichung des Rechts[369] tätig werdenden *police administrative*[370] sind in Frankreich, das eine polizeiliche Generalklausel nicht kennt, in verschiedenen Normen enthalten. Einige dieser Vorschriften legen ausdrücklich eine objektive ex-ante-Sicht zugrunde. So darf etwa eine Identitätskontrolle gegenüber einer Person stattfinden, „à l'égard de laquelle *existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupconner* […] qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit".[371] Eine Versammlung kann untersagt werden, wenn die zuständige Polizeibehörde „*estime* que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public".[372] Mit dem in diesem Zusammenhang häufig verwendeten Begriff des „risque réel"[373] ist nicht gemeint, dass tatsächlich gefahrbegründende Umstände vorliegen müssen, sondern dass es tatsächlicher *Anhaltspunkte* für eine Gefahr bedarf, die Annahme des Amtsträgers also vernünftig sein muss. Andere Ermächtigungsgrundlagen sind zwar objektiv formuliert. Dennoch werden ihre Voraussetzungen aus der Sicht eines vernünftigen Polizeibeamten beurteilt. Damit etwa eine „personne *trouvée en état d'ivresse* dans les rues" iSd Art. 76 Code des débits de boissons in Sicherheit gebracht werden kann,

368 S. zB die Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII, die landesrechtlichen Normen zum Aufenthaltsverbot (vgl. 34 (2) S. 1 PolG NRW) oder zur Datenerhebung (vgl. § 17 (1) S. 1 Nr. 2 PolG NRW); vgl. auch Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Kap., Rn. 99; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8, Rn. 53.

369 Zu dieser Zielrichtung s. Buisson, Force publique, Rn. 78.

370 Das Gegenstück ist die repressiv tätige *police judiciaire*.

371 Art. 78–2 Code de la procédure pénale, Hervorhebung hinzugefügt; vgl. auch (wenn auch ein risque verneinend) Crim. 17. Dezember 1996, Bull. crim. n° 470; Crim. 12. Mai 1999, Bull. crim. n° 95; Girault, Contrôles et vérifications d'identité Rn. 79.

372 Art. L211–4 Code de la sécurité intérieure.

373 Vgl. Delbos, Droit de réunion, Rn. 127 zum Urteil des CE v. 14. Mai 1982, Association internationale pour la conscience de Krishna (zur Versammlungsfreiheit).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genügen, wie die Literatur präzisiert, Anzeichen für eine Trunkenheit.[374] Dasselbe muss wohl für den neu geschaffenen Art. L435–1 Code de la sécurité intérieure gelten, der die Grundlage für den Schusswaffeneinsatz unter anderem der nationalen Polizei und Gendarmerie enthält. Zwar sind die ersten vier Eingriffstatbestände objektiv formuliert (zB Nr. 1: „lorsque des atteintes à la vie […] *sont portées* contre eux ou contre autrui"),[375] was zunächst bedeutsam scheint, weil die fünfte Eingriffsvariante für eine ihrer tatsächlichen Voraussetzungen (die Wiederholungsgefahr) explizit auf die ex-ante-Perspektive abstellt.[376] Doch setzt Art. L435–1 Code de la sécurité intérieure, der in seiner Nr. 5 nur den Wortlaut des früheren Art. 122–4–1 Code de procédure pénale übernimmt,[377] die durch letzteren begonnene Tendenz fort, ein eigenes Regime für den polizeilichen Einsatz von Schusswaffen zu schaffen. Die zuvor dafür geltenden Notwehrregeln waren dem Gesetzgeber unter dem Eindruck der Pariser Anschläge vom 13. September 2015 nicht mehr adäquat erschienen.[378] Das neue Regime sollte die Befugnisse also erweitern, nicht verringern. Da nach französischer Konzeption bereits für das Notwehrrecht die objektive ex-ante-Sicht entscheidend ist,[379] muss sie auch bei Art. L435–1 Code de la sécurité intérieure insgesamt zugrunde gelegt werden.

Im Ergebnis scheint damit auch das französische Polizeirecht einen einheitlichen objektiven ex-ante-Standard zugrunde zu legen, sodass vernünftige Fehlprognosen, Irrtümer und Fehlverdacht die Eingriffsbefugnis nicht entfallen lassen.

---

374 Buisson, Force publique, Rn. 75.

375 Hervorhebung hinzugefügt.

376 „5° Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, *lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de leurs armes*" [Hervorhebung hinzugefügt].

377 Vgl. Mayaud, Terrorisme: Prévention, Rn. 582 f, 590.

378 Vgl. die Gesetzgebungsbegründung für das Gesetz v. 10. Oktober 2016 „Lutte contre le terrorisme"; Mayaud, Terrorisme: Prévention, Rn. 591; krit. bereits Buisson, Force publique, Rn. 86.

379 S.o. 8. Kap., I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. USA

Die Dichte der gesetzlichen Grundlagen und Beschränkungen für polizeiliches Handeln variiert in den USA stark zwischen den einzelnen Bundesstaaten und Sachgebieten. Bei der rechtlichen Beurteilung polizeilicher Eingriffe spielt die Verfassung eine entscheidende Rolle.[380] Während polizeiliche Befugnisse auch durch den First, Fifth, Sixth und Fourteenth Amendment eingerahmt werden, kommt dem Fourth Amendment die größte Bedeutung zu:[381]

> „The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause […]."

Am Fourth Amendment sind nicht nur repressive, sondern auch die hier interessierenden präventiven polizeilichen Maßnahmen zu messen, wobei zwischen beiden nicht klar unterschieden wird.[382] Unter die seizure fällt dabei nicht nur das Festhalten einer Person, sondern auch die Anwendung tödlicher Gewalt zur Abwehr einer drohenden Gefahr.[383] In *Tennessee v. Garner* knüpfte der Supreme Court diese an das Erfordernis, dass „the officer has probable cause to believe that the suspect poses a significant threat of death or serious physical injury to the officer or others."[384] Andernfalls sei die Gewaltanwendung „unreasonable".[385] In *Graham v. Connor* präzisierte das Gericht: „The 'reasonableness' of a particular use of force must be judged from the perspective of a reasonable officer on the scene, and its calculus must embody an allowance for the fact that police officers

380 Das einfache Recht des Bundesstaates oder der Gemeinde kann freilich restriktiver sein, Beyer, Richmond J. L. and Public Interest (2005), S. 1 (25); wird dieser höhere Standard verletzt, geht damit aber nicht automatisch auch eine Verletzung der Verfassung einher, Fraire v. City of Arlington, 957 F.2d 1268 (1280 f) (1992).

381 Harmon, in: Luna, Academy for Justice, S. 27 (29).

382 In Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985) (dazu sogleich) wird etwa das Erfordernis einer Gefahr im Rahmen einer repressiven Maßnahme erörtert; auch in der Literatur finden sich beides umfassende Formulierungen wie „reasonable suspicion [or probable cause] a criminal activity is afoot", J. W. Hall, Search and Seizure, Vol. 1, S. 805; zur Gefahrenabwehr unter dem Fourth Amendment vgl. auch Gould/Stern, South. California L. Rev. 77 (2003), S. 777–833.

383 Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985); Beyer, Richmond J. L. Public Interest (2005), S. 1 (4).

384 Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985).

385 Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

are often forced to make split-second decisions about the amount of force necessary in a particular situation."[386] Die teils recht großzügige Anwendung dieser Grundsätze in Fällen, in denen Polizisten in der irrigen Annahme einer Gefahr für sich oder einen Dritten einen (wie sich später herausstellte) unbewaffneten Bürger erschossen, ruft in den USA nicht erst seit dem Ferguson-Vorfall im Jahr 2014 und der sich seit 2020 weiter verbreitenden Black-Lives-Matter-Bewegung heftige Proteste hervor.[387]

Auch Zweifel machen die Entscheidung zum Handeln nicht als solche unvernünftig, wie die Rechtsprechung klarstellte: „[S]ufficient probability, not certainty, is the touchstone of reasonableness under the Fourth Amendment and on the record before us the officers' mistake was understandable and the arrest a reasonable response to the situation facing them at the time."[388] Denn „[b]ecause many situations which confront officers in the course of executing their duties are more or less ambiguous, room must be allowed for mistakes on their part. *But the mistakes must be those of reasonable men, acting on facts leading sensibly to their conclusions of probability*."[389] Diese Entscheidungen betrafen zwar im Ausgangspunkt Maßnahmen im Bereich polizeilicher Strafverfolgung. Ihre Aussagen wurden aber auf die Gefahrenabwehr übertragen.[390] Auch das amerikanische Gefahren-

386 Graham v. Connor, 490 U.S. 386 (1989).

387 Häufig enthalten diese Fälle eine Rassismus-Komponente. Große Aufmerksamkeit erregten zB die Tötung des guineanischen Einwanderers Amadou Diallo 1995, der nach seinem Portemonnaie griff (s. Fritsch, The Diallo Verdict, NY Times v. 26. Februar 2000), die Tötung von Sean Bell 2006, der in seinem Auto zu fliehen versuchte und von dem die Polizei offenbar glaubte, er werde eine bewaffnete Auseinandersetzung beginnen (s. Borger, New York on Edge as Police Kill Unarmed Man, The Guardian v. 27. November 2006), für die Tötung von Michael Brown in Ferguson 2014 bei einer Personenkontrolle s. Davey/Bosman, Protests Flare After Ferguson, NY Times v. 24. November 2014. Die zivilen Klagen der Hinterbliebenen gegen die Stadt werden häufig verglichen, ohne dass die Stadt ein Fehlverhalten des Polizisten anerkennt; zu einer strafrechtlichen Verurteilung des Polizisten kommt es selten; so endeten auch die erwähnten Fälle.

388 Hill v. California, 401 US. 797, 91 S.Ct. 1106, 28 L.Ed.2d 484 (1971); s. auch Hubbart, Making Sense of Search and Seizure Law, S. 214 f.

389 Brinegar v. United States, 338 U.S. 160, 69 S.Ct. 1302, 93 L.Ed. 1879, 1891 (1949).

390 So ausdr. für die präventive Ingewahrsamnahme einer vermeintlich suizidgefährdeten Person Monday v. Oullette, 118 F.3d 1099 (6th Cir.1997); West v. Keef, 479 F.3d 757 (10th Cir. 2007); allgemeiner Brigham City v. Stuart, 547 U.S. 398 (2006): „Police may enter a home without a warrant when they have an objectively reasonable basis for believing that an occupant is seriously injured or imminently threatened with such injury".

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abwehrrecht stellt also eine objektive ex-ante-Betrachtung an. Zwischen Irrtum und Fehlverdacht wird dabei nicht unterschieden.

Hohe Bedeutung wird in den USA – und nur deshalb sei dieser die Rechtsbehelfsebene betreffende Aspekt erwähnt – der sogenannten *qualified immunity rule* beigemessen, die seit der Tötung von George Floyd im Mai 2020 verstärkt ins Zentrum der Debatte gerückt ist.[391] Danach werden Polizeibeamte vor einer persönlichen Inanspruchnahme durch das Opfer[392] insoweit geschützt, als die Verletzung des betroffenen Grundrechts nicht „clearly established" ist.[393] Das ist an einem weiteren reasonableness-Test zu messen: Die Klage wird abgewiesen, wenn ein „reasonable officer *could* have believed", dass die Maßnahme rechtmäßig war „in light of clearly established law and the information the searching officer possessed".[394] Gerichte lassen die Vereinbarkeit der Maßnahme mit der Verfassung häufig offen, weil es jedenfalls an der Offensichtlichkeit des Verstoßes fehlt.[395] Der Sache nach entsteht dadurch ein Beurteilungsspielraum des Beamten. Trotz der Schwierigkeiten, diesen Test auf Tatsachenirrtümer anzuwenden,[396] und heftiger Kritik aus der Literatur[397] hält die Rechtsprechung bislang daran fest.

4. Vereinigtes Königreich

Auch in Großbritannien ergeben sich die Anforderungen an eine polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme aus ganz unterschiedlichen Rechtsquellen, wobei auch hier nicht klar zwischen präventiven und repressiven Be-

391 Vgl. etwa Fuchs, Qualified Immunity Protection for Police Emerges as Flash Point Amid Protests, NY Times v. 23. Juni 2020.

392 Davon betroffen ist die deliktische Haftung des Beamten nach 42 U.S.C. § 1983 („Section 1983 actions"), nicht die der Gemeinden nach dieser Norm; zu den Rechtsmitteln bei einer Verletzung des Fourth Amendments näher Harmon, in: Luna, Academy for Justice, S. 27–50.

393 Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800, 818, 102 S.Ct. 2727, 2738, 73 L.Ed.2d 396 (1982); auch dieser Grundsatz wird auf den präventivpolizeilichen Bereich übertragen, vgl. Gooden v. Howard County 954 F.2d 960 (4th Cir.1992).

394 Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, 641 (1987); zur präventiven Ingewahrsamnahme eines vermeintlich psychisch Erkrankten Gooden v. Howard County 954 F.2d 960 (4th Cir.1992).

395 Harmon, in: Luna, Academy for Justice, S. 27 (34 f).

396 Krit. Anderson v. Creighton, 483 (1987) (Stevens, J. dissenting).

397 S. nur Hassel, Missouri L. Rev. 64 (1999), S. 123–156; Pfander, Columbia L. Rev. 111 (2011), S. 1601–1639.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fugnissen unterschieden wird. Manche Ermächtigungsgrundlagen knüpfen polizeiliche Präventiveingriffe ausdrücklich an die Existenz *vernünftiger Anhaltspunkte* für einen Schaden: So darf die Polizei eine Person festnehmen, wenn sie „reasonable grounds for believing" hat, dass die Person sich oder andere verletzen würde, oder ein Kind vor dieser Person geschützt werden muss.[398] Sie kann eine Verkehrskontrolle durchführen, wenn „reasonable grounds" dafür existieren, dass der Fahrzeuginsasse eine Straftat begehen will.[399] *Gewaltanwendungen* der Polizei werden – wie die von Bürgern – im Wesentlichen an Section 3 (1) Criminal Law Act, der strafrechtlichen „public defence",[400] gemessen, wonach „[a] person may use such force as is reasonable in the circumstances in the prevention of a crime […]". Die andere maßgebliche Rechtsgrundlage ist die strafrechtliche Notwehr, die „private defence", die heute durch Section 76 des Criminal Justice and Immigration Act 2008 klargestellt wird[401] und wie festgestellt einen vollständig subjektiven Maßstab anlegt. Die objektiven Umstände sind hier nur von Bedeutung für die Frage, ob der Handelnde tatsächlich einem Irrtum unterlag.[402] Auch Section 3 (1) Criminal Law Act wird in diesem Sinne wird ausgelegt.[403] Nicht nur in dieser vollständigen Versubjektivierung unterscheidet sich die englische Rechtsordnung von den bisher untersuchten Rechtssystemen. Auch wird in England der Ausspruch der *Rechtmäßigkeit* einer polizeilichen Tötung (lawful killing) bei der gerichtlichen Feststellung iSd Section 5 ff Coroners and Justice Act (2009) nicht von der *strafrechtlichen Verantwortlichkeit* des handelnden Beamten unterschieden.[404] Allein schuldrechtliche Ansprüche bleiben davon unbe-

398 Section 24 (4), (5) (c), (d) Police and Criminal Evidence Act 1984.
399 Section 4 (1) (c) Police and Criminal Evidence Act 1984.
400 Parsons/Andoh, J. Crim. L. 76 (2012), S. 22–29.
401 Für den Umfang der anzuwendenden Gewalt relevant sind außerdem Section 117 Police and Criminal Evidence Act 1984 sowie Schedule 2 der Police (Conduct) Regulations 2012.
402 S.o. 8. Kap., I. 4; speziell zum Irrtum eines Polizeibeamten R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 60, 78.
403 Zum Irrtum eines Polizisten s. R. (Bennett) v. HM Coroner of Inner South London [2006], Rn. 3, 13; Armani Da Silva v. Director of Public Prosecutions [2006] EWHC 3204 (Admin) Rn. 57; zur entsprechenden Rechtsprechung in Nordirland s. H. Russell, Use of Force, S. 62–66.
404 R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 93–98. Dazu bereits im Zusammenhang mit der EGMR-Rechtsprechung s.o. 2. Kap., II., Fn. 251.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rührt.[405] Der Gewalt einsetzende Amtsträger wird damit wie ein Bürger behandelt.[406] Wenn die Literatur zwischen ihnen zu differenzieren versucht, tendiert sie mit Blick auf Art. 2 EMRK, die Ausbildung und das Training von Polizeibeamten dazu, an ihr Handeln *höhere* Anforderungen als an Private zu stellen.[407]

Insgesamt sind Irrtümer eines Amtsträgers bei Gewaltanwendungen danach stets unschädlich, bei manch anderen Eingriffsmaßnahmen nur dann, wenn es für sie *reasonable grounds* gab. Davon wird auch der bloße Fehlverdacht gedeckt.

5. China

Auch wenn China international seit langem wegen Verletzungen der Bürger- und Menschenrechte seiner Bevölkerung durch die Polizei in der Kritik steht,[408] ist die Frage nach den rechtlichen Voraussetzungen einer polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahme nicht müßig: Unabhängig davon, ob die *Umsetzung* ihnen gerecht wird, sehen zumindest die *rechtlichen Regelungen* genaue Anforderungen vor. Das 1995 erlassene und 2012 modifizierte Polizeigesetz[409] enthält, ähnlich wie Polizeigesetze westlicher Staaten, eine Reihe von Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Manche dieser Normen lassen bereits durch ihre Formulierung eine Versubjektivierung der gefahrbegründenden Umstände vermuten. Dazu gehört die Befugnis, die eines Gesetzesverstoßes verdächtigte Person zu befragen und zu durchsuchen „*in order to* maintain public order“[410] (Art. 9 Polizeigesetz), polizeiliche Geräte einzusetzen „*in order to* stop serious illegal and criminal activities“[411] (Art. 11 Po-

405 R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 92, s.o. 4. Kap., IV. 1. b, Fn. 467.

406 Vgl. die vom ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, in Rn. 106 wiedergegebene Entscheidung des Coroner: „The legal test is no different when the person facing the threat is a police officer or a soldier. However […], the tribunal is entitled to take account of the person's training […].“

407 Vgl. Parsons/Andoh, J. Crim. L. 76 (2012), S. 22 (25); ähnlich R. (Bennett) v. HM Coroner of Inner South London [2006], Rn. 3.

408 S. nur Wong, Police Quarterly 1 (1998), S. 87–112; zu China und anderen Staaten Das/Palmiotto, Police Quarterly 5 (2002), S. 206–221.

409 People's Police Law of the People's Republic of China, Übersetzung von der Internetseite des Nationalen Volkskongresses.

410 So ist auch die chinesische Fassung formuliert: 为维护社会治安秩序.

411 Hier gilt das Gleiche: 为制止严重违法犯罪活动的需要.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lizeigesetz). Aber auch objektiv formulierte Ermächtigungsgrundlagen werden aus der objektiven ex-ante-Sicht des handelnden Beamten ausgelegt.[412] Das betrifft etwa die Befugnis, eine Person festzunehmen, „if [this] person seriously endangers public order or constitutes a threat to public security" (Art. 8 Polizeigesetz), die geeigneten Schutzmaßnahmen zu ergreifen „to restrain a mental patient who seriously endangers public security or other people's personal safety" (Art. 14 Polizeigesetz),[413] oder eine Versammlung mit Gewalt aufzulösen, wenn sie die Genehmigung überschreitet oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet (Art. 27 (2), (3) Versammlungsgesetz).[414]

Im Ergebnis lässt daher auch die chinesische Konzeption polizeilichen Gefahrenabwehrhandelns unvermeidbare Irrtümer und den hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht genügen. Eine seit 2017 diskutierte Reform des Polizeigesetzes soll die rechtlichen Befugnisse der Polizei bedeutsam erweitern.[415] Damit könnte sich das Irrtumsrisiko, das in der Realität bereits häufig auf dem Bürger lastet, auch in der Theorie weiter auf diesen verlagern.

6. Russland

Bemerkenswert viele der im russischen Bundespolizeigesetz[416] enthaltenen präventiven Ermächtigungsgrundlagen lassen bereits nach ihrer Formulierung Raum für eine versubjektivierte Auslegung: So darf die Polizei Personen an Gesundheitsorganisationen überführen, „if there is a reasonable cause to believe that they can cause damage to life and health of citizens or property" (Art. 13 (1) Nr. 14 Polizeigesetz),[417] Personen durchsuchen „if there is information", dass sie gefährliche Gegenstände oder Substanzen

412 Long Zhang von der Peking-Universität im persönlichen Gespräch.
413 Auch die chinesischen Fassungen dieser Normen sind objektiv: 对严重危害社会治安秩序或者威胁公共安全的人员 und 严重危害公共安全或者他人人身安全的精神病人.
414 Law of the People's Republic of China on Assemblies, Processions and Demonstrations, Übersetzung von der Internetseite des Nationalen Volkskongresses.
415 Vgl. China's Little-Noticed 'New Police Law' Gives Vastly Expanded Legal Powers to Public Security Apparatus, China Change v. 6. September 2018.
416 Federal Law No 3-FZ „On Police" v. 7. Februar 2011, Übersetzung von der Internetseite des russischen Innenministeriums.
417 Entsprechend im Russischen: „если есть основания полагать".

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit sich führen (Art. 13 (1) Nr. 16),[418] oder ein Fahrzeug samt Inhalts untersuchen „on a reasonable suspicion of their unlawful use" (Art. 13 (1) Nr. 20),[419] um nur einige Beispiele zu nennen. Schwerwiegendere Eingriffe wie das Eindringen in die Wohnung oder der Einsatz von Gewalt sind regelmäßig so formuliert, dass die Polizei tätig werden darf, „*um*"[420] eine bestimmte Gefahr zu bannen, wodurch ebenfalls auf die (möglicherweise sogar vollständig) subjektive Sicht des Handelnden abgestellt wird, vgl. Art. 15 (3), 20 (1), 21 (1), 23 (1) Polizeigesetz. Art. 18 (3) stellt den Zusammenhang zu den Strafbarkeitsausschließungsgründen her, indem er den Beamten den Einsatz „aller notwendigen Mittel" erlaubt, wenn sie in Notwehr, Notstand oder zur Festnahme eines Rechtsverletzers tätig werden. Ähnlich wie in England konzentriert sich die Literatur hier indes auf die strafrechtliche Verantwortung des handelnden Beamten,[421] an der es beim unvermeidbaren Irrtum fehlt,[422] weniger auf die (unter Umständen davon unterscheidbare) Rechtmäßigkeit der Maßnahme als solche. Auch wenn einzelne Ermächtigungsgrundlagen ihrem Wortlaut nach ein objektives Vorliegens der jeweils erforderlichen Umstände verlangen,[423] liegt daher auch für Russland der allgemeine Schluss nahe, dass das Handeln eines Polizeibeamten an den Umständen gemessen wird, die zum Handlungszeitpunkt für ihn erkennbar waren.

7. Zwischenergebnis

Folgende Aspekte können festgehalten werden:

(1) In sämtlichen untersuchten Rechtsordnungen werden bei der Beurteilung polizeilicher Gefahrenabwehrmaßnahmen – weitgehend unabhängig von der Formulierung des Befugnissatzes – nicht die ex-post-Umstände, sondern die Umständen zugrunde gelegt, die für den Beamten zum Handlungszeitpunkt erkennbar waren. In England ist bei Gewaltanwendungen gar die vollständig subjektive Sicht des Beamten maßgeblich; in den USA verfügt er zumindest über einen Beurteilungsspielraum. Allein in Deutsch-

418 Im Russischen: „при наличии данных о том".
419 Im Russischen: „при подозрении, что они используются в противоправных целях".
420 Im Russischen: „для".
421 S. zB Petrovna, Erforderliche Verteidigung bei der Anwendung des Bundesgesetzes „Über die Polizei".
422 S.o. 8. Kap., I. 6.
423 ZB Art. 14 (2) Nr. 11 Polizeigesetz.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

land wird dabei dogmatisch zwischen der tatsächlichen und der Anscheinsgefahr unterschieden und auch hier hat die Unterscheidung keinen Einfluss auf die Eingriffsbefugnis. Insofern sind in allen Rechtsordnungen jedenfalls unvermeidbare Irrtümer und hinreichend wahrscheinliche Fehlprognosen unschädlich.

(2) Der Fehlverdacht wird, soweit ersichtlich, allein in Deutschland als eigenständige Kategorie (Gefahrenverdacht) problematisiert, wobei die Rechtsprechung der Polizei auch hier im Notfall dieselben Befugnisse zugesteht wie bei einer Anscheins- und einer tatsächlichen Gefahr. In den meisten anderen Rechtsordnungen genügt von vornherein eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Gefahr. Im Ergebnis führt damit auch der hinreichend wahrscheinliche Fehlverdacht nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme.

(3) Überwiegend wird zwischen polizeilichem Gefahrenabwehrhandeln und der Ausübung von Notrechten, die auch Bürgern offen stehen, unterschieden. Die amtsrechtlichen Polizeibefugnisse beziehen sich dabei auf die objektive Rechtmäßigkeit der Maßnahme, ohne subjektiven bzw. Schuldgesichtspunkten Bedeutung beizumessen. Soweit Fehlvorstellungen unschädlich sind, lassen sie also die *objektive* Rechtmäßigkeit der Maßnahme unberührt. Allein in Großbritannien sind die wesentlichen Befugnisnormen zur Anwendung polizeilicher Gewalt mit den gesetzlichen Grundlagen der strafrechtlichen Notrechte identisch. Auch das russische Polizeigesetz verschmilzt zwar die Befugnis zur Anwendung *aller erforderlichen Mittel* mit den strafrechtlichen Notrechten. Doch mag die Bedeutung dieser Befugnis jedenfalls geringer sein als in England, da das russische Polizeigesetz zahlreiche originär polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen zur Anwendung von Gewalt kennt. Frankreich ist umgekehrt ein jüngstes Beispiel dafür, dass man das polizeirechtliche Regime für den Schusswaffeneinsatz bewusst von der Notwehr entkoppelt hat, um polizeiliche Befugnisse zu stärken.

II. Schlussfolgerungen

Dass zumindest in vielen untersuchten Polizeirechtsordnungen unvermeidbare Irrtümer, hinreichend wahrscheinliche Fehlverdachtsmomente und Fehlprognosen bereits die *objektive* Rechtmäßigkeit unberührt lassen, deutet darauf hin, dass die Zwecksetzungen des Gefahrenabwehrrechts eine weitgehende Berücksichtigung von Fehlvorstellungen zugunsten des Amtsträgers erforderlich machen. Die den Beamten teilweise gewährte

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einschätzungsprärogative weist in dieselbe Richtung. Damit bestätigt sich die zu Beginn formulierte These, dass die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei den maßgeblich von Effektivitätsgesichtspunkten geprägten Amtsrechten weiter reicht als bei Notrechten, bei denen überwiegend nur die mens rea oder Schuld entfällt.[424] Auf dieser Grundlage liegt die Berücksichtigung gewisser Fehlvorstellungen für das friedenssicherungsrechtliche Amtsrecht der SR-Gewaltautorisierung nahe. Nur mit einem Irrtumsprivileg kann der SR seine polizeiliche Aufgabe der Wahrung des internationalen Friedens effektiv erfüllen und nur so vertrauen die Staaten auf das Gewaltmonopol des SR und nehmen die Verteidigung eigener Interessen nicht selbst in die Hand.

Umgekehrt zeigt die Betrachtung nationalen Rechts aber auch, dass der Beurteilungsspielraum von Amtsträgern – vom englischen Recht der Gewaltanwendungen abgesehen – nicht grenzenlos ist. Auf unvernünftigen Annahmen beruhende Entscheidungen machen polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahmen rechtswidrig. Dieser Umstand, zu dem das Rechtsstaatsprinzip zwingen mag,[425] stellt sicher, dass polizeiliche Maßnahmen auf Akzeptanz in der Bevölkerung stoßen. Der SR ist besonders stark darauf angewiesen, dass die UN-Mitglieder seine Maßnahmen stützen. Insofern ist die Begrenzung der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen im nationalen Polizeirecht ein starkes Indiz dafür, dass auch die völkerrechtliche Toleranz von Fehlvorstellungen des SR Grenzen hat. Um dieser Frage nachzugehen, muss der Blick abschließend auf die textorientierte Auslegung gerichtet werden. Die bisherigen Erkenntnisse werden dabei unmittelbar einbezogen.

17. Kapitel: Textorientierte Auslegung unter Einbeziehung vorheriger Erkenntnisse

Der wesentliche Unterschied zwischen unilateralen Erlaubnissätzen und der kollektiven Gewaltautorisierung nach Art. 42 UNC ist die häufig betonte Einschätzungsprärogative des SR bei der Feststellung der Aggression, des Friedensbruchs oder der Friedensbedrohung. Sie soll zur Folge haben, dass seine Einschätzung, wenn überhaupt, nur eingeschränkt überprüfbar ist. Bevor diese Prärogative näher untersucht wird (II), muss die Prämisse begründet werden, dass die Tatsachen, auf denen der Eingriffstatbestand

424 S.o. 4. Kap., II.

425 S. zur rechtsstaatlichen Funktion des Gefahrenbegriffs oben Fn. 353.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

iSd Art. 39 UNC basiert, ex ante, nicht ex post beurteilt werden (I). Nur dann kommt eine Einschätzungsprärogative des SR in Betracht. Abschließend richtet sich der Blick auf verfahrensrechtliche Anforderungen, die die Einschätzungen des SR einrahmen, unabhängig davon, ob sie in seine Beurteilungsprärogative fallen oder nicht (III).

I. Die Irrelevanz der ex-post-Perspektive

Art. 39 UNC bestimmt:

> „The Security Council *shall determine* the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security." [Hervorhebung hinzugefügt]

Auch wenn die Formulierung „shall determine" ein solches Verständnis zuließe, kann diese Norm, wie festgestellt,[426] nicht so ausgelegt werden, als genüge die formale Feststellung einer Friedensbedrohung, eines Friedensbruchs oder einer Aggression. Der SR muss vielmehr die *konkret vorliegende Sachlage* als eine dieser Tatbestandsvarianten *qualifizieren*. Dabei spricht indes vieles dafür, dass die Tatsachen, auf der diese Qualifikation basiert, nicht tatsächlich, also ex post vorliegen müssen, sondern dass die ex-ante-Sicht entscheidend ist (ob objektiv ex ante oder ausschließlich subjektiv, sei hier noch dahingestellt).

Art. 39 UNC stellt zwar auf „the existence" eines der Eingriffstatbestände ab. Doch folgt daraus nicht zwingend eine ex-post-Betrachtung. Denn die „Existenz" ist ausweislich des Wortlauts nur *vom SR festzustellen*. In systematischer Hinsicht lässt sich allenfalls der Zusammenhang des Kapitels VII mit Kapitel VI und hier insbesondere Art. 34 UNC für eine ex-post-Perspektive anführen. Dort wird der SR mit der Befugnis ausgestattet, „jede Streitigkeit oder Situation" zu untersuchen, „die zu internationalen Reibungen führen oder eine Streitigkeit hervorrufen könnte […], um festzustellen, ob die Fortdauer der Streitigkeit oder der Situation den Weltfrieden gefährden könnte."[427] Weil dem SR damit konkrete Maßnahmen an die Hand gegeben werden, Sachverhalte zu ermitteln, und Kapitel VII als

426 S.o. 1. Kap., I. 1. a.
427 Art. 34 UNC.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Verlängerung" des Kapitels VI verstanden werden kann,[428] ließe sich daraus folgern, dass es der Charta auf das tatsächliche Vorliegen der friedensgefährdenden Tatsachen ankommt. Doch könnten die erwähnten Befugnisse auch schlicht bezwecken, die Richtigkeitsgewähr der Einschätzungen des SR zu steigern. Letztlich bleibt er es, der die Situation untersucht und seine Schlüsse daraus zieht.

Entscheidend sind vielmehr normative Gesichtspunkte. Käme es für eine Handlungsbefugnis des SR auf das tatsächliche Vorliegen der gefahrbegründenden Tatsachen an, würde die Effektivität seiner Maßnahmen erheblich beeinträchtigt. Das insoweit von ihm zu tragende Irrtumsrisiko hielte ihn womöglich von entschiedenem Handeln ab, soweit sich die Sachlage wie so oft nicht vollständig aufklären lässt. Die Rechtmäßigkeit – unter Umständen gar die Wirksamkeit – der Resolutionen, zu denen er sich durchränge, würden von den Adressaten häufiger in Zweifel gezogen. Das Bedürfnis nach Stabilität und Rechtssicherheit wird auch in der Staatenpraxis betont.[429] Wenn die Praxis über den nachträglichen Umgang mit Fehlvorstellungen auch keine gesicherten Schlüsse zulässt, wurde jedenfalls noch keine SR-Resolution in Zweifel gezogen, weil sie auf Tatsachen basierte, die sich als falsch herausstellten.[430] Auch der in der Rechtsprechung und Literatur beschworene Einschätzungsspielraum wäre nicht mit einer ex-post-Beurteilung vereinbar. Zudem hat die rechtsvergleichende Betrachtung deutlich gezeigt, dass Effektivitätserwägungen in sämtlichen untersuchten nationalen Rechtsordnungen dazu führen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen polizeilicher Gefahrenabwehrbefugnisse vollständig subjektiv oder zumindest objektiv ex ante beurteilt werden. Bei den amtsrechtlichen Befugnissen des SR nach Kapitel VII kann nichts anderes gelten. Insgesamt liegt daher der Schluss nahe, dass die der Aggression, dem Friedensbruch oder der Friedensbedrohung zugrunde liegenden Tatsachen nicht ex post, sondern nur ex ante vorliegen müssen.

---

428 So bezeichnen die Begriffe „situations likely to endanger internationl peace and security" (Art. 33, 34, 37) und „threat to peace" (Art. 39) verschiedene Stufen eines Konflikts, Krisch, in: Simma, UN Charter, General Framework, Rn. 20 f; ähnlich Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (62).

429 S.o. 313 zur britischen Position im Lockerbie-Fall.

430 S.o. 14. Kap., II. 4. zu Resolution 1530 (Madrid-Attentat) und III. 1. b zu Resolution 1441 (Irak).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Objektiv ex ante oder weitgehend subjektiv: der Einschätzungsspielraum des SR

Staatenpraxis, internationale Rechtsprechung und Literatur sind sich weitgehend darin einig, dass der SR bei der Feststellung des Eingriffstatbestands iSd Art. 39 UNC einen weiten Einschätzungsspielraum genießt.[431] Festgemacht wird dieser insbesondere an dem Ausdruck „shall determine", an der Unbestimmtheit des Begriffs der „Friedensbedrohung" und an seiner Rolle als oberstem Wächter des Weltfriedens.[432] Bezöge sich dieser Spielraum auch auf die Tatsachenfeststellung, wären die relevanten Tatsachen nicht einmal aus einer *objektiven* ex-ante-Sicht, sondern einer weitgehend *subjektiven* ex-ante-Perspektive zu beurteilen; wie weit subjektiv, hinge von den Grenzen des Spielraumes ab. Bezugspunkt wie Grenzen des Einschätzungsspielraumes sind durch Auslegung zu ermitteln.

1. Bezugspunkt des Einschätzungsspielraums

Bei der Feststellung einer Friedensbedrohung muss der SR die Tatsachen feststellen, den rechtlichen Begriff der Friedensbedrohung definieren und die Tatsachen unter diese Definition subsumieren.[433] Auf welche dieser Arbeitsschritte sich der Einschätzungsspielraum des SR bezieht, wird in Rechtsprechung und Literatur kaum präzisiert.[434] Für Tatsachenirrtümer wäre die Einschätzungsprärogative von vornherein irrelevant, wenn sich der Spielraum auf die rechtliche Definition, also die Festlegung beschränkte, dass eine bestimmte *abstrakte* Situation geeignet ist, den Frieden zu be-

---

431 S. nur ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 28; ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Weeramantry, Provisional Measures, 1992, S. 66 (Libya v. UK) bzw. S. 176 (Libya v. USA); Dissenting Opinion Jennings, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK), S. 110; ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.33–4.35 (zu diesen Aussagen im Lockerbie-Fall s.o. 15. Kap., I.); de Wet, Chapter VII Powers, insb. S. 134–148; Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (327, 329); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 333–335; Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 4–6; Peters, in: Simma, UN Charter, Rn. 95; Herdegen, Befugnisse des UN-SR, S. 6 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 353, 365; Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du Conseil de sécurité, S. 67 (70).

432 Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 4.

433 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 93.

434 Zu den wenigen gehören Martenczuk, Rechtsbindung, S. 240–246; Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 93–95; flüchtig auch Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (64).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

drohen. Denn dann fielen Tatsachenfeststellung und Subsumtion aus dem Spielraum jedenfalls heraus. Tatsächlich kann man die von *Schwebel* aufgegriffene Formulierung des Berichterstatters von San Francisco, das Komitee habe entschieden „to leave to the Council the entire decision […] *as to what* constitues a threat to peace, a breach of the peace or an act of aggression",[435] primär auf die abstrakte Definition der Tatbestandsvarianten beziehen. Auch die wiederholte Betonung der „absolute" oder „very wide discretion" des SR bei der Feststellung der Aggression während der Ausarbeitung der Aggressionsdefinition der Generalversammlung von Seiten westlicher Staaten[436] könnte angesichts dieses Kontextes mehr die *rechtliche* Definition als die Faktenfeststellung zum Gegenstand gehabt haben. Der Wortlaut von Art. 39 UNC spricht jedoch eindeutig gegen diese Auslegung: Der Ausdruck „shall determine the existence of a threat (…) and shall make recommendations" macht deutlich, dass die Norm die Feststellung der jeweiligen Tatbestandsvariante *im konkreten Fall* vor Augen hat. Folgt die Einschätzungsprärogative also aus der Wendung „shall determine", kann sie nicht nur auf die Formulierung der abstrakten Definition bezogen sein. In diesem Sinne sind auch die Rechtsprechung[437] und staatliche Äußerungen[438] zu deuten. Versuche einer Definition der Aggression und der Friedensbedrohung wurden in San Francisco gerade deshalb zurückgewiesen, weil der SR im *konkreten Fall* möglichst viel Flexibilität besitzen sollte.[439] Demnach sind Tatsachenfeststellung und Subsumtion nicht von vornherein aus dem Einschätzungsspielraum ausgenommen.

Die Suche nach dem richtigen Bezugspunkt dieses Spielraums muss bei seinem Zweck ansetzen. Zum einen steigert eine Einschätzungsprärogative die für Art. 39 UNC so bedeutsame Effektivität der Maßnahmen des SR. Je weiter die ihm zugestandene Einschätzungsprärogative, desto geringer ist

---

435 Hervorhebung hinzugefügt, UNCIO XI, S. 17; UNCIO XII, S. 505, s.o. 15. Kap., I. 3.

436 S. zB UN Doc. A/AC.134/SR.8, S. 80 (Australien), A/AC.134/SR.10, S. 119 f (USA); ähnlich A/AC.134/SR.9, S. 100 (Japan); A/AC.134/SR.11, S. 129–131 (Kanada); A/AC.134/SR.12, S. 151 (Spanien), s. auch Bruha, Definition der Aggression, S. 140 f.

437 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 29 f und Separate Opinion Sidhwa v. 2. Oktober 1995, Rn. 61; ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Weeramantry, Provisional Measures, 1992, S. 66 (Libya v. UK) bzw. S. 176 (Libya v. USA); Dissenting Opinion Jennings, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK), S. 110.

438 Vgl. das Arbeitspapier des Generalsekretärs zur UN-Palästina-Kommission, s.o. 14. Kap., I. 2; ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.33–4.42.

439 R. Russell, History of the UN Charter, S. 671.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das von ihm zu tragende Irrtumsrisiko, desto eher werden dem SR Debatten über den Umfang seiner Kompetenzen erspart und seine Fähigkeit zu schnellem und flexiblem Handeln erhöht. Kehrseite einer weitreichenden Prärogative ist freilich, dass sie intensivere Eingriffe in die Rechtspositionen des von der Maßnahme betroffenen Akteurs ermöglicht, indem sie den SR mit Befugnissen ausstattet, deren Voraussetzungen er im Wesentlichen selbst bestimmt. So wichtig Effektivitätsgesichtspunkte sind – sie können für den Umfang der Einschätzungsprärogative deshalb nicht allein maßgeblich sein. Zum anderen wird die Einschätzungsprärogative regelmäßig damit begründet, dass die Feststellung der Friedensbedrohung eine politische Frage sei, für die es ohnehin keine objektivierbaren Kriterien gebe. Bei jedem Versuch der Objektivierung würde in Wahrheit nur die subjektive Einschätzung des SR durch eine andere subjektive Einschätzung ersetzt. Dabei komme es laut Charta auf die Beurteilung des SR an.[440] Um diese These zu überprüfen, muss die Unterscheidung zwischen Tatsachenfeststellung, Definition der Friedensbedrohung und Subsumtion noch etwas verfeinert werden.

Ähnlich wie die Entscheidung für einen unilateralen Gewalteinsatz setzt sich die Feststellung einer Friedensbedrohung zusammen aus (1) der Ermittlung der relevanten Indizien (zB Satellitenbilder), (2) dem Schluss von diesen Indizien auf das Vorliegen der die Friedensbedrohung bildenden „Haupttatsachen“[441] (zB die Existenz von Massenvernichtungswaffen oder die Verantwortlichkeit für ein Terrorattentat) und (3) dem Schluss von diesen Haupttatsachen darauf, dass der Ausbruch eines militärischen Konflikts hinreichend wahrscheinlich ist und somit eine Friedensbedrohung vorliegt.[442] Der zweite und der dritte Schritt bilden die Subsumtion und erfordern jeweils Wahrscheinlichkeitsurteile. Diese setzen (4) die abstrakte Festlegung der dafür erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle voraus. Sie ist Teil der rechtlichen Definition der Friedensbedrohung. Die Staatenpraxis hat gezeigt, dass bereits ein Bedrohungsverdacht, also ein Handeln aufgrund einer *Wahrscheinlichkeit* friedensbedrohender Umstände eine

440 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections of UK, 1995, Rn. 4.35; s.o. 15. Kap., I. 2. b.

441 Gemeint sind die Tatsachen, die unmittelbar eine Gefahrenprognose zulassen.

442 Diese Prognose stand bei unilateralen Erlaubnissätzen nicht im Vordergrund (s.o. 10. Kap.), weil das Prognoseelement dort geringer ausgeprägt ist als bei der Friedensbedrohung. Konzeptuell ist dieser Schritt bei prognostischen unilateralen Erlaubnissätzen aber ebenfalls erforderlich, s.o. 1. Kap., II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handlungsbefugnis des SR begründen kann.[443] Über die Anforderungen an das verlangte Wahrscheinlichkeitsmaß[444] ließ die Praxis keine verlässlichen Schlüsse zu. Der Zweck von Art. 39 UNC legt aber wie im unilateralen Bereich nahe, dass diese Wahrscheinlichkeitsschwelle dynamisch ist: Der SR muss umso früher eingreifen dürfen, je erheblicher die durch den betroffenen Staat drohenden Folgen für den Frieden und je geringer die aus der autorisierten Gewalt resultierenden Beeinträchtigungen und etwaigen Eskalationsrisiken sind. Die Überlegungen zur Abwägung der Kosten einer falsch-positiven und einer falsch-negativen Entscheidung bei unilateralen Gewalteinsätzen sind insoweit übertragbar.[445] Doch liegt die erforderliche Wahrscheinlichkeitsschwelle regelmäßig unterhalb derer des unilateralen Bereichs, weil die Kosten einer falsch-negativen Entscheidung – eines fälschlichen Nichteingreifens – im Bereich kollektiver Sicherheit grundsätzlich höher sind. Denn geschützt wird nicht ein einzelner Staat, eine einzelne Bevölkerung oder einzelne Staatsangehörige, sondern der internationale Frieden als solcher. Anders als im unilateralen Bereich erscheint hier auch eine Mindestwahrscheinlichkeit entbehrlich. Denn indem der SR die Gewalt selbst autorisiert, droht selbst dann keine Erosion des Gewaltverbotes, wenn er sich bei einer sehr geringen Bedrohung des Friedens zum Handeln entschließt. Hier schlägt sich nieder, dass bei amtsrechtlichem SR-Handeln mehr Raum für Fehlvorstellungen besteht als bei notrechtlicher unilateraler Gewalt.[446] Die fehlende Mitwirkung des von der Maßnahme betroffenen Staates bei der Sachverhaltsaufklärung mag sich hier mindernd auf das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß auswirken.[447]

Diese Entflechtung der Schritte, die die Feststellung einer Friedensbedrohung erfordert, eröffnet den Blick darauf, wofür objektive Kriterien existieren und wofür sie fehlen. Vergeblich sucht man sie zunächst bei Wahrscheinlichkeitsurteilen. Denn wie bei unilateralen Gewalteinsätzen

---

443 S.o. 14. Kap., V; zum Einwand, das verstoße gegen die „Unschuldsvermutung", s.u. 17. Kap., III. 3. d.

444 Vgl. dazu (jedoch ohne klares Ergebnis) O'Donnell, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings (2006), S. 47 (50).

445 S.o. 10. Kap., III.

446 Dazu näher oben 4. Kap., II.

447 Zur Berücksichtigung dieses Kriteriums für die Vertretbarkeit der Einschätzung des SR s. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (328); bei unilateraler Gewalt wurde dieser Umstand nicht berücksichtigt, weil es dort allein darum ging, ob der Handelnde ein Handlungsunrecht begangen hat (s.o. 10. Kap., III.), nicht wie hier darum, ob die Sachlage ein Einschreiten normativ gebietet.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erörtert, existiert eine objektive, für alle Beobachter gleiche Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalles nicht. Anhand objektiver Kriterien lässt sich nur feststellen, ob die *Überzeugungsbildung rational* war.[448] Die Indizienwürdigung (machen die Indizien die Existenz von Massenvernichtungswaffen hinreichend wahrscheinlich?) und die Haupttatsachenwürdigung (begründet die Existenz dieser Waffen eine hinreichende Gefahr?) sind daher nicht vollständig objektivierbar. Das Gleiche gilt für die wertende Betrachtung des vierten Schritts, der abstrakten Festlegung der erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle. Denn auch die dafür maßgeblichen Faktoren (die drohenden Folgen für den Frieden und die mit der autorisierten Gewalt einhergehenden Beeinträchtigungen) lassen sich nicht völlig objektiv quantifizieren, sondern sind von subjektiven Wertungen beeinflusst. Der erste Schritt, die Ermittlung der relevanten Indizien, ist hingegen von Wertungen weitgehend unabhängig.

Soweit objektive Kriterien fehlen, muss dem SR eine Einschätzungsprärogative zukommen. Zwar wurde das entsprechende Problem bei unilateralen Gewalteinsätzen gelöst, indem auf die subjektive Überzeugung des Entscheidungsträgers abgestellt und diese der vollständigen Kontrolle eines hypothetischen Dritten (eines Gericht oder des SR) unterworfen wurde. Die Einschätzung *des Staates* so durch die Überzeugung des kontrollierenden SR oder Gerichts zu ersetzen, wurde dort für richtig befunden, weil letztere aufgrund prozessualer Absicherungen eine höhere Richtigkeitsgewähr besitzt.[449] Bei Einschätzungen des *SR* erschiene dies hingegen unsachgemäß. Die Charta deutet an keiner Stelle an, dass die Überzeugung des IGH, der als einziges Kontrollorgan in Betracht käme, die des SR stechen soll, wenn unterschiedliche subjektive Einschätzungen gleichermaßen möglich erscheinen. Im Gegenteil überantwortet Art. 24 (1) UNC dem SR die „Hauptverantwortung" für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit. Art. 39 UNC bestimmt, dass der SR die jeweilige Tatbestandsvariante feststellt. Der IGH ist das „Hauptrechtsprechungsorgan" (Art. 92 UNC). Seine Funktion liegt darin, Maßnahmen – und nach hier befürworteter Sicht auch solche des SR[450] – an *rechtlichen* Standards zu messen. Gibt es diese bei Wertungsfragen wie Wahrscheinlichkeitsurteilen und der Festlegung einer dynamischen Wahrscheinlichkeits-

448 Näher s.o. 10. Kap., II. 1., 2.
449 S.o. 11. Kap., II.
450 S.o. 1. Kap., IV. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwelle nur sehr beschränkt,[451] lässt sich eine umfassende Kontrolle nicht begründen.

Dass dem SR die Entscheidung obliegt, wie hoch oder niedrig der Gefahrengrad für den internationalen Frieden sein muss und ob die vorgefundenen Tatsachen diesen Gefahrengrad erreichen, liegt also nicht allein daran, dass diese Fragen *Wertungen* erfordern und nicht eine einzige objektiv richtige Antwort existiert, sondern überdies daran, dass, im Unterschied zu unilateralen Gewalteinsätzen, die Einschätzung des SR insoweit vorgehen soll.[452] Entsprechend werden die tatbestandlichen Beurteilungsspielräume der Verwaltung in nationalen Rechtsordnungen nicht mehr allein mit dem Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs begründet, sondern damit, dass das Gesetz die Verwaltung dazu ermächtige, eine Letztentscheidung zu treffen.[453] Diese Prärogative eröffnet dem SR – und erst das ist die politische Dimension – einen Spielraum, innerhalb dessen politische Zweckmäßigkeitserwägungen Berücksichtigung finden. Auf diese Weise wird auch dem Effektivitätsbedürfnis Rechnung getragen.

Nicht in den Einschätzungsspielraum fällt hingegen die Indizienermittlung.[454] Ihr liegt keine wertende Betrachtung zugrunde, die ein Vorrecht des SR erforderlich machte, darüber zu entscheiden, ob die herangezogenen Indizien wahr und vollständig sind. Vielmehr lässt sich eine Pflicht begründen, dass der SR die ihm erkennbaren Indizien vollständig ermitteln und auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen muss, bevor er eine Maßnahme nach Art. 42 UNC darauf gründet. Dies gilt jedenfalls soweit wie die Umstände dies zulassen und – allenfalls hier ist ein Beurteilungsspielraum denkbar – der Aufklärungsaufwand in einem angemessenen Verhält-

---

451 Nämlich die Kriterien einer rationalen Entscheidung, s.o. 10. Kap., II. 2., s.u. 17. Kap., II.

452 Vgl. die Herkunft des Begriffs Prärogative von *praerogare* (vorschlagen).

453 Zu dieser Ermächtigungslehre im deutschen Verwaltungsrecht Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 40, Rn. 159–162; Beurteilungsspielräume sind hier insb. bei Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtlichen Beurteilungen, Gremienentscheidungen, Prognose- und Risikobewertungen anerkannt, vgl. BeckOK VwVfG/Aschke, § 40, Rn. 107–126.4; ähnlich ist die Rechtslage in Frankreich, s. CE Langlois, 7. November 2006 zu Prüfungsentscheidungen.

454 I. Erg. auch Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 94 f, die für die Bestimmung der rechtlichen Bedeutung der Friedensbedrohung und die Subsumtion einen Beurteilungsspielraum annimmt, nicht aber für die Tatsachenermittlung; zumindest zwischen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen trennend auch Öberg, EJIL 16 (2005), S. 879 (890); aA (auch Indizienfeststellung unterliegt Beurteilungsspielraum) Martenczuk, Rechtsbindung, S. 243 unter Verweis auf das Problem der Offenlegung nachrichtendienstlicher Informationen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nis zum Informationszuwachs steht. Die verfahrensrechtliche Komponente dieser Tatsachenermittlungspflicht wird noch näher untersucht.[455] Das Risiko von Fehlvorstellungen, die auf *erkennbar* falschen oder unvollständigen Indizien basieren, der Sphäre des SR zuzuordnen, erscheint angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter im Hinblick auf die Effektivität seiner Maßnahme verkraftbar. Dies schaffte Anreize für den SR, die Sachverhaltsaufklärung ernst zu nehmen. Insoweit besteht kein Grund dafür, diesen Grundsatz auf *offensichtlich* erkennbar falsche oder unvollständige Indizien zu begrenzen. Auch nationale Rechtsordnungen halten bisweilen den Beurteilungsspielraum einer Behörde für überschritten, wenn die Behörde ihrer Entscheidung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde legt.[456] Insoweit gelten bei der Indizienermittlung dieselben Anforderungen wie bei unilateralen Gewalteinsätzen. Geheimhaltungsinteressen der Staaten, deren nachrichtendienstliche Informationen verwendet werden, stehen der Überprüfbarkeit der Indizienermittlung indes kaum entgegen.[457] Denn wenn der SR in die relevanten Geheimnisse eingeweiht werden kann, kann dies auch ein potentielles Gericht.[458]

Im Ergebnis fallen in die Einschätzungsprärogative des SR also nur die Würdigung der Indizien als eine Haupttatsache begründend, die Würdigung der Haupttatsache als einen militärischen Konflikt hinreichend wahrscheinlich wirken lassend und die wertende Betrachtung bei der Festlegung des dafür erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades. Das Gesagte lässt sich auf die spezifischen Voraussetzungen des Art. 42 UNC, namentlich die Erforderlichkeit des Gewalteinsatzes für die Wahrung des internationalen Friedens und der Sicherheit, übertragen. Auch hier unterliegt nur das dafür erforderliche Wahrscheinlichkeitsurteil dem Einschätzungsspielraum des SR, nicht aber die Indizienermittlung.

---

455 S.u. 17. Kap., III. 3. b.

456 Für Deutschland s. BVerwGE 8, 272 (274) = NJW 1959, 1842 (1843) zu Prüfungsentscheidungen; s. auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 37–45; für Frankreich Woehrling, Rev. admin. 52 (1999), S. 75 (77); CE Camino v. 14. Januar 1916; für England E v. Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 49; R. (March) v. Secretary of State for Health [2010] EWHC 765 (Admin); unterschiedlich ist indes die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung der Tatsachenfeststellung der Verwaltung, dazu rechtsvergleichend Lerche, in: Frowein, Kontrolldichte, S. 249–265.

457 So aber Martenczuk, Rechtsbindung, S. 242 f.

458 Für Geheimhaltungsinteressen s. noch unten 17. Kap., III. e.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Materiell-rechtliche Grenzen des Einschätzungsspielraums

Das Bestehen einer Einschätzungsprärogative in Bezug auf die benannten Aspekte muss nicht bedeuten, dass das subjektive Urteil des SR insoweit keinerlei rechtlichen Anforderungen unterworfen ist. Die Literatur stellt dabei verfahrensrechtliche Anforderungen in den Vordergrund.[459] Auf sie wird noch einzugehen sein.[460] In der Staatenpraxis[461] wie in der internationalen Rechtsprechung[462] zeigen sich darüber hinaus Versuche, den Einschätzungsspielraum auch in materiell-rechtlicher Hinsicht zu begrenzen und die ihm unterfallenden Einschätzungen zumindest einer *Willkürkontrolle* zu unterziehen. Auch weite Teile der Literatur treten für diese Grenze ein.[463] Im Lockerbie-Fall forderte Libyen neben dieser Willkürkontrolle eine Überprüfung der SR-Resolutionen auf *logische Widersprüche* sowie auf den *Missbrauch von Befugnissen*.[464] Auch Syrien kritisierte den JIM-Bericht

---

459 Delbrück, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 25, Rn. 18; Krisch, in: Simma, UN Charter, Chapter VII, Rn. 41, Art. 39, Rn. 4; Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 260–263; zur Verlagerung der Problematik von Fehlvorstellungen auf die verfahrensrechtliche Ebene beim SR auch Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (328) sowie für das Polizeirecht Poscher, NVwZ 2001, 141 (143–145), der statt einer materiell-rechtlichen Subjektivierung des Gefahrenbegriffs das erforderliche Beweismaß für das Vorliegen einer Gefahr reduzieren will. Allerdings soll dies nur dazu führen, dass es an einem Dienstpflichtverstoß fehlt; bei Fehlen einer Gefahr bleibe die Maßnahme rechtswidrig, vgl. ebd. S. 147.

460 S.u. 17. Kap., III.

461 S.o. 14. Kap., IV. zum Regime der gezielten Sanktionen und oben 15. Kap., I. 2. a zur libyschen Klageschrift im Lockerbie-Fall.

462 ECHR (Gr. Ch.), Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 145–147; ICTY, Tadić, IT-94–1, Separate Opinion Sidhwa, 2. Oktober 1995, Rn. 61; s. auch das Mehrheitsurteil in Tadić v. 2. Oktober 1995, Rn. 29 zur Begrenztheit des Beurteilungsspielraums; ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 99 zur Einhaltung der Rule of Law; näher oben 15. Kap.

463 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 107 (als Unterform des Verbots von Kompetenzmissbrauch); Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 205 f; Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (63); Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (70); A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 14–33; Gaja, RGDIP 97 (1993), S. 291 (315); ähnlich Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 56 f; aA Dulles, War or Peace, S. 194 f; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 208, 187; krit. auch Nachweise in 1. Kap., I. 1. a, Fn. 5; die Geltung des Willkürverbots wurde zu Beginn zugrunde gelegt (1. Kap., I. 1. c) und wird jetzt näher begründet.

464 ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 6.113, 6.115, 6.131, 6.136, s.o. 15. Kap., I. 2. a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum Chemiewaffeneinsatz in Syrien als widersprüchlich und methodisch fehlerhaft.[465] Großbritannien wies das Erfordernis einer Definition der Aggression 1944 in Dumbarton Oaks immerhin mit dem Argument zurück, dass die Staaten durch die Bindung des SR an die Ziele und Grundsätze der UN genauso gut geschützt seien.[466] Diesen Thesen gilt es auf den Grund zu gehen.

a) Willkürverbot

Art. 39 UNC selbst enthält keinen Anhaltspunkt für eine Bindung des SR an das Willkürverbot. Nach Art. 24 (2) UNC muss der SR zwar im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der UN handeln. Die in Art. 1 (1) UNC genannten „Grundsätze der Gerechtigkeit und des Völkerrechts" mögen ein allgemeines Willkürverbot auch potentiell enthalten. Die Bindung des SR an diese Grundsätze beschränkt sich ausweislich des Wortlauts von Art. 1 (1) UNC aber auf die Bereinigung und Beilegung „internationaler Streitigkeiten und Situationen, die zu einem Friedensbruch führen könnten, durch friedliche Mittel" und umfasst nicht auch die im ersten Satzteil genannten „wirksamen Kollektivmaßnahmen, um Bedrohungen des Friedens zu verhüten und zu beseitigen.[467]

Das Willkürverbot ist jedoch zentrale Ausprägung des bereits an einigen Stellen erwähnten Rechtsstaatsprinzips bzw. der Rule of Law.[468] Diese bilden einen wesentlichen Bestandteil der im Bildungsprozess befindlichen internationalen verfassungsmäßigen Ordnung.[469] Nach wie vor bestehende

---

465 UN Doc. S/PV.7893, S. 17; s.o. Fn. 169.

466 R. Russell, History of the UN Charter, S. 465.

467 Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 40; der Versuch, auch in den ersten Satzteil eine Bindung an „justice" einzufügen, scheiterte in San Francisco, UNCIO VI, S. 702.

468 S. nur ECHR (Gr. Ch.), Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 145; Dicey, Introduction, S. 110 f; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 31; insofern kann das häufig beklagte Problem, der genaue Inhalt der Rule of Law sei ungeklärt, hier vernachlässigt werden, s. dazu ebd. S. 25 f.

469 Zur Bindung des SR an die Rule of Law vgl. ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 99; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 16–24; A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 14–33; Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du conseil de sécurité, S. 67 (69); sich zumindest auf „l'ensemble du système" berufend Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Defizite dieser Ordnung[470] bei ihrer Durchsetzung stellen ihre Geltung nicht in Abrede.[471] Nur ein System, das grundlegende rechtsstaatliche Gewährleistungen erfüllt, besitzt die nötige Legitimität, um den Akteuren die Einhaltung seiner Regeln abzuverlangen.[472] Die Betonung der Bedeutung der Rule of Law in den Äußerungen von Staatenvertretern, UN-Mandatsträgern und in UN-Dokumenten hat – nicht nur für staatliches Verhalten, sondern auch für das Handeln des SR selbst – in den letzten Jahren spürbar zugenommen.[473] Willkürliches Handeln entzöge der notwendigen Legitimität des SR die Grundlage. Insofern lässt sich das Willkürverbot als eine der Charta inhärente Grenze begreifen, an die der SR, der seine Befugnisse selbst nur von der Charta ableitet, gebunden ist.[474] Anknüpfen lässt sich das Willkürverbot darüber hinaus an die in Art. 2 (1) UNC verankerte souveräne Gleichheit der Staaten. Sie würde durch willkürliche Maßnahmen verletzt.[475] Zum selben Ergebnis gelangte man, wenn man das Willkürverbot als allgemeines Rechtsprinzip verstände, das den Rang einfachen Völkerrechts besitzt.[476] Denn gute Gründe sprechen dafür, dass der SR auch dieses Recht nicht ignorieren darf.[477]

Aus dem Willkürverbot lässt sich ableiten, dass die Indizien- und Tatsachenwürdigung des SR und die wertende Festlegung der Wahrscheinlichkeitsschwelle zumindest nicht völlig unnachvollziehbar, das heißt *irrational* sein dürfen. Hier lassen sich die zur rationalen Überzeugungsbildung hergeleiteten Kriterien heranziehen. Die Überzeugung des SR darf also nicht gegen Denk- und Naturgesetze verstoßen, insbesondere nicht in sich

---

470 Dazu de Wet, ICLQ 55 (2006), S. 51–76 (insb. 64–67).

471 So aber Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, Concurring Opinion Pinto de Albuquerque, 2016, Rn. 8, der das „constitutional black hole within the United Nations" primär mit den fehlenden Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten begründet.

472 Vgl. Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 18.

473 Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 18–24.

474 Vgl. oben S. 1. Kap., IV. 2.

475 Zum Zusammenhang zwischen Willkürverbot und Gleichheitsgrundsatz s. nur Supreme Court of India, A. L. Kalara v. The Project & Equipment, Urteil v. 1. Mai 1984; BeckOK GG/Kischel, Art. 3, Rn. 83; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 41 sieht in der Gleichheit eine Ausprägung der Rule of Law.

476 So Peters, in: UN Charter, Art. 25, Rn. 107.

477 Gewichtiger noch als das nemo-plus-iuris-Argument (die UN-Mitglieder hätten die UNO und damit den SR nicht mit mehr Befugnissen ausstatten können, als sie selbst besaßen) ist der Aspekt, dass sie die UNO und ihre Organe schlicht nicht als über dem allgemeinen Völkerrecht stehende internationale Organisation geschaffen haben; für diese und weitere Begründungsansätze s. Peters, in: UN Charter, Art. 25, Rn. 103–105, 142–144.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

widersprüchlich sein, und muss sich von Erfahrungssätzen leiten lassen.[478] Das „sentiment de la plus grande partie des Etats et de leurs peuples“[479] mag als Anhaltspunkt bei der Feststellung dienen, ob diese Grenzen eingehalten wurden. Die von Kapitel VII geschützte Effektivität von SR-Maßnahmen steht einer solchen Rationalitätskontrolle nicht entgegen. Denn sie belässt dem SR einen weiten Einschätzungsspielraum und beeinträchtigt die Effektivität des SR nur minimal. Jene Beeinträchtigung aber ist angesichts des offensichtlich ungerechtfertigten Eingriffs in die territoriale Unversehrtheit des Zielstaates, den eine Autorisierung von Gewalt aufgrund irrationalen Irrtums oder Fehlverdachts bedeutete, hinzunehmen.

b) Verbot des Missbrauchs von Befugnissen

Eine weitere Grenze für die Wertungen des SR ergibt sich aus den von ihm verfolgten Zielen.[480] Sie lässt sich aus dem Verbot des Missbrauchs von Befugnissen (détournement de pouvoir) herleiten,[481] das sich wie das Willkürverbot als eine der Charta inhärente Schranke begreifen lässt.[482] Der SR missbraucht seine Befugnisse dann, wenn sein Wahrscheinlichkeitsurteil von anderen Zwecken als denen des Kapitels VII so maßgeblich beeinflusst wird, dass die eigentlichen Zwecke des Kapitels VII völlig in den Hintergrund treten.[483] Dazu kommt es etwa, wenn der SR vage Indizien für eine Friedensbedrohung allein deshalb ausreichen lässt, weil seine Mitglieder ein ihnen politisch unliebsames Regime stürzen wollen, ohne dass dies zumindest mittelfristig der Friedenswahrung dient. Das Gleiche dürfte gelten, wenn sich die Mitglieder maßgeblich von innenpolitischen Motiven

478 S.o. 10 Kap., II. 2.
479 Darauf abstellend Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 56.
480 Den objektiven Inhalt der Entscheidung des SR und seine Motive hingegen als *alternative* Grenzen der SR-Befugnisse behandelnd Martenczuk, Rechtsbindung, S. 192.
481 Zu diesem Prinzip Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 107 f; Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302 (323); eing. dazu für das internationale Verwaltungsrecht Amerasinghe, Law of the International Civil Service, S. 271–305.
482 Wieder für ein allgemeines Rechtsprinzip Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 107 f.
483 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leiten lassen.[484] Eine von Libyen im Lockerbie-Fall monierte[485] Feststellung der Friedensbedrohung allein aus dem Grund, *Maßnahmen nach Kapitel VII zu ergreifen,* ist hingegen kaum zu beanstanden. Denn wie England zu Recht einwandte, lassen sich für diese Praxis zahlreiche Beispiele nennen.[486] Das kritisierte Motiv, Maßnahmen nach Kapitel VII zu ergreifen, kann von den mit Kapitel VII verfolgten Zielen, den internationalen Frieden zu wahren, zudem kaum sinnvoll getrennt werden. Ein Missbrauch setzt daher wohl die primäre Verfolgung eines *zweckwidrigen* Motivs voraus.

c) Der SR als Kollektivorgan

Wie bei Maßnahmen unilateraler Gewalt stellt sich beim SR das Problem, dass das Kollektivorgan SR selbst keine eigene Überzeugung bildet, die am Verbot der Willkür und des Missbrauchs von Befugnissen gemessen werden könnte.[487] Seine Gewaltautorisierung basiert vielmehr auf den Überzeugungen der dafür stimmenden Mitgliedsstaaten, genauer gesagt der natürlichen Personen, die innerhalb dieser Staaten darüber entscheiden. Da sich ein Kollektivorgan das Wissen und Verschulden seiner die Entscheidung tragenden Mitglieder zurechnen lassen muss,[488] kommt es auf die Überzeugungen und Motive der die erforderliche Mehrheit bildenden Mitglieder (Art. 27 (3) UNC) an. Bereits eine entscheidungstragende Stimme, deren Überzeugung irrational war oder maßgeblich auf zweckwidrigen Motiven beruht, müsste daher genügen, um auf die Entscheidung des SR durchzuschlagen. Verfolgt es zweckwidrige Motive, missbraucht das SR-Mitglied zudem sein Stimmrecht.[489]

---

484 Grenzwertig erscheint deshalb die Madrid-Resolution 1530, bei die spanische Regierung die (unzutreffende) Verantwortlichkeit der ETA offenbar aus wahlkampftaktischen Gründen festgestellt wissen wollte, s.o. 14. Kap., II. 4.

485 Vgl. oben 15. Kap., I. 2. a.

486 Vgl. oben 15. Kap., I. 2. b, Fn. 314.

487 Dazu Martenczuk, Rechtsbindung, S. 193 f.

488 S.o. 12. Kap., I., II.

489 Zum Missbrauch des Stimmrechts s. Gowland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (663); A. Kolb, UN Security Council Members' Responsibility to Protect, S. 138–145.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Zwischenergebnis: Die Bedeutung des Einschätzungsspielraumes für Fehlvorstellungen

Fehlvorstellungen, die auf Ebene der Indizien- oder Tatsachen*würdigung* oder der wertenden Betrachtung bei der Festlegung der abstrakten Wahrscheinlichkeitsschwelle ihren Ursprung haben und weder auf Willkür noch auf dem Missbrauch der Befugnisse beruhen, schaden der Rechtmäßigkeit der SR-Resolution nicht. Darunter fällt in erster Linie die Fehlprognose, bei der der SR aufgrund wahrer Haupttatsachen (zB ein Staat besitzt tatsächlich Massenvernichtungswaffen) nicht irrational oder von zweckwidrigen Motiven geleitet prognostiziert hat, dass es zu militärischen Auseinandersetzungen kommen kann, obwohl dies tatsächlich nicht geschehen wäre. Diese Erkenntnis ist vergleichsweise banal und weitgehend unbestritten. Unbeachtlich sind nach dem Gesagten aber auch – und das ist weniger selbstverständlich – ein Irrtum oder Fehlverdacht, bei dem der SR die verfügbaren Indizien korrekt ermittelt, aber falsch bewertet und auf das Vorliegen einer Haupttatsache schließt, obwohl diese tatsächlich nicht gegeben ist: Der SR vermutet zB fälschlicherweise, ein Staat besitze Massenvernichtungswaffen. Unbeachtlich ist diese Fehlvorstellung solange, wie der Schluss von den Indizien auf die Haupttatsache nicht als irrational zu beurteilen ist oder auf zweckwidrigen Motiven beruht. Keine erleichterten Anforderungen folgen aus dem Einschätzungsspielraum hingegen für den Irrtum oder Fehlverdacht, die bereits auf falschen oder unvollständigen Indizien basieren, obwohl dieses Defizit den Umständen nach erkennbar war. Diese fallen in die Sphäre des SR und machen die Resolution rechtswidrig.

III. Verfahrensrechtliche Anforderungen

1. Die Verzahnung prozessualer mit materiell-rechtlichen Anforderungen

Ob die Indizien- und Tatsachenwürdigung und die Festlegung der abstrakten Wahrscheinlichkeitsschwelle rational und die etwaige Falschheit oder Unvollständigkeit der Indizien erkennbar waren, ist – wie die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung bei unilateralen Gewalteinsätzen – eine im Kern materiell-rechtliche Frage. Anders als bei unilateralen Gewalteinsätzen fällt der SR seine Entscheidung zur Autorisierung von Gewalt aber im Rahmen eines gewissen *prozessualen Regelungsgefüges* völkerrechtlicher, also nicht nur nationaler staatsorganisationsrechtlicher Natur. Dieses Regelungsgefü-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge kompensiert den weiten materiell-rechtlichen Einschätzungsspielraum, der dem SR bei Wertungsfragen wie der Indizien- und Tatsachenwürdigung zusteht. Denn prozessuale Anforderungen an „hoheitliche" Maßnahmen wie Resolutionen des SR dienen dem Zweck, die Chance auf eine inhaltlich sachgerechte Entscheidung zu erhöhen. Mit der Gewährleistung eines legitimen Entscheidungsprozesses werden die Garantien für eine materiell richtige Entscheidung vorverlagert.[490] In zahlreichen nationalen Rechtsordnungen hat sich dieser Gedanke in formalen Anforderungen an hoheitliche Rechtsakte niedergeschlagen.[491] Ein entscheidender Vorteil prozessualer Vorgaben liegt dabei darin, dass ein Verfahrensverstoß häufig deutlich leichter zu erkennen ist als das Zurückbleiben hinter materiell-rechtlichen Anforderungen. Das ist für das Handeln des SR, das, wenn überhaupt, in den seltensten Fällen gerichtlich kontrolliert wird, von besonderer Bedeutung.

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen dienen also nicht dazu, die recht begrenzten materiell-rechtliche Anforderungen zu *ersetzen*, sondern sie in zweierlei Hinsicht zu *ergänzen*: Ein Verfahrensverstoß kann zum einen indizieren und damit bei dem Befund helfen, dass die Feststellung der Friedensbedrohung den materiell-rechtlichen Grenzen nicht genügt, also zB die Fehlerhaftigkeit der ermittelten Indizien hätte erkannt werden müssen. Zum anderen lässt sich mit manch formellem Fehler begründen, dass, selbst wenn die Entscheidung materiell-rechtlich nicht zu beanstanden ist – weil etwa korrekte Indizien fehlerhaft, aber nicht willkürlich oder widersprüchlich gewürdigt wurden –, die Fehlvorstellung vermeidbar war und der Rechtmäßigkeit der Resolution somit schadet. Insoweit haben prozessuale Anforderungen auch einen eigenständigen Gehalt. Letzteres gilt freilich nur, wenn die Fehlvorstellung ohne Verfahrensverstoß auch tatsächlich vermieden worden wäre, wobei an den Nachweis dieses hypothetischen Kausalzusammenhanges keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden sollten.[492] Andernfalls kann der Verfahrensverstoß die Resolution zwar ebenfalls rechtswidrig und – bei ausreichender Schwere – unwirksam machen. Weil ihr Fehler dann aber nicht mehr in der Fehlvorstellung begründet liegt, ist dieser Fall nicht Sache dieser Untersuchung.

---

490 Vgl. Martenczuk, Rechtsbindung, S. 203; Lerche, in: Frowein, Kontrolldichte, S. 249 (252).

491 Martenczuk, Rechtsbindung, S. 203.

492 Denkbar erscheint etwa, die Erhöhung der Fehlerwahrscheinlichkeit für ausreichend zu halten, ähnlich wie die „Risikoerhöhungslehre" beim rechtmäßigen Alternativverhalten im deutschen Strafrecht, dazu Roxin, Strafrecht AT I, § 11, Rn. 88–103.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hier ist freilich nicht der Ort für eine erschöpfende Untersuchung der verfahrensrechtlichen Anforderungen an das Handeln des SR. Die angestellten Erwägungen sind nicht mehr als Denkanstöße, die die Relevanz prozessualer Gewährleistungen speziell für Fehlvorstellungen verdeutlichen sollen.

2. Relevante Rechtsquellen

Die Charta enthält nur wenige ausdrückliche prozessuale Anforderungen. Für den hier interessierenden Kontext sind im Wesentlichen Art. 27–32 UNC relevant. Etwas genauere Vorgaben macht die nach Art. 30 UNC beschlossene Vorläufige Geschäftsordnung des SR (GO-SR).[493] Ergänzt werden diese durch zahlreiche „Notes by the President" des SR, die Richtlinien zu den Arbeitsmethoden des SR enthalten[494] und seit 2006 in regelmäßigen Abständen, wiederum in Form von Presidential Notes, zusammengefasst werden.[495] Doch führt nach verbreiteter Auffassung weder die Nichtbefolgung der Geschäftsordnung noch die der Presidential Notes zur Unwirksamkeit der Resolution.[496] Dieses Ergebnis überzeugt.

Für die Vorläufige Geschäftsordnung folgt das jedoch nicht daraus, dass ihre Regeln insgesamt nicht verbindlich formuliert sind.[497] Dass sie durchgehend zwischen „shall" und „may" unterscheiden und einige Regeln eine abweichende Entscheidung des SR ausdrücklich zulassen, spricht dafür, dass manchen Regelungen durchaus bindende Wirkung zukommt und sie eine ad-hoc-Abweichung ausschließen.[498] Auch die Begründung, einige verbindlich formulierte Regeln seien seit jeher nicht angewendet worden,

493 Provisional Rules of Procedure.

494 Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 12.

495 Vgl. Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 13–15; bisher wurden drei dieser Dokumente veröffentlicht: S/2006/507, S/2010/507 und S/2017/507.

496 Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 14–19; Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 12; Conforti, AJIL 3 (1969), S. 479 (484).

497 So aber i. Erg. Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 14 f und Tzanakopoulos, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law, S. 367 (378), die die Regeln zwar für „[legally] binding" halten, aber dennoch eine generelle ad-hoc-Abweichungsmöglichkeit annehmen (außer wenn damit gegen die Charta verstoßen würde). Welche Bedeutung die „legal bindingness" dann noch haben soll, ist unklar.

498 Vgl. Conforti, AJIL 3 (1969), S. 479 (484).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ohne dass deshalb die Wirksamkeit der betreffenden SR-Entscheidungen mehrheitlich bezweifelt worden sei,[499] ist anfechtbar. Denn die dauerhafte Nichtanwendung einer Regel mag sich durch davon abweichendes Gewohnheitsrecht erklären und lässt nicht den Schluss zu, dass sämtliche Regeln ad-hoc-Abweichungen erlauben.[500] Ebenso wenig überzeugt das Argument, der SR sei nach Art. 30 UNC „master of its own procedure" und könne jederzeit von den selbst erdachten Regeln abweichen, was bereits am Attribut „provisional" deutlich werde.[501] Die Aufforderung der Charta an den SR, eine Geschäftsordnung zu verabschieden, belegt gerade, dass der SR auf Basis einer prozessualen Grundlage agieren soll, auf die sich die UN-Mitglieder verlassen können und von der der SR nicht ad hoc abweichen soll.[502]

Entscheidend erscheint vielmehr, dass ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung – ebenso wie eine Nichtbeachtung der Presidential Notes – schlicht nicht ausreicht, um nicht nur die Rechtswidrigkeit, sondern auch die Unwirksamkeit der Resolution zu begründen. Diese Rechtsfolge muss aus Gründen der Rechtssicherheit auf erhebliche Mängel beschränkt werden.[503] Erforderlich erscheint dafür zumindest eine Verletzung der *UNC selbst*. Freilich mögen manche Geschäftsordnungsregeln oder Presidential Notes eine Norm der Charta derart konkretisieren, dass ihre Missachtung gleichzeitig einen Chartaverstoß zur Folge hat. Doch bleibt dann der Chartaverstoß selbst für die Unwirksamkeit konstitutiv, nicht die Verletzung

499 Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 15.

500 Dessen ungeachtet Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 16: „The continuous qualification of its Rules of Procedure as 'provisional' demonstrates the political determination of the SC to preserve its control over its own Rules of Procedure and its ability to modify these rules on an ad hoc basis, free of any procedural limitations. *Thus, the SC has decided in favour of the model of customary law*." [Hervorhebung hinzugefügt].

501 Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 12; vgl. auch die zitierte Passage von Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 16.

502 Vgl. Conforti, AJIL 3 (1969), S. 479 (483 f), der (ohne nähere Begründung) dann aber doch eine Abweichungsmöglichkeit annimmt, ebd. S. 484.

503 S.o. 1. Kap., I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Norm niedrigeren Ranges.[504] Nicht selten handelt es sich dann um chartaimmanente Grenzen.[505]

3. Relevante verfahrensrechtliche Anforderungen

Verfahrensrechtliche Garantien werden vornehmlich für Eingriffe des SR in Rechte von Individuen diskutiert.[506] Das gilt insbesondere für Rechte, die sich einem übergeordneten „due-process-Prinzip" zuordnen lassen. Soweit diese Garantien aus den Menschenrechten abgeleitet werden, sind sie auf die hier primär untersuchten Rechte des von einer Maßnahme betroffenen Staates nicht übertragbar. Dennoch mögen bestimmte Ausprägungen eines due-process-Prinzips auch außerhalb von auf Individuen bezogenen Resolutionen Geltung beanspruchen. Zunächst muss der Blick aber auf eine Verfahrensgarantie gerichtet werden, die manchmal gar als Gegenstück zu einem due process angesehen wird.

a) Das Vetorecht, Art. 27 (3) UNC

Eine erste prozessuale Absicherung gegen die Gefahr, einen Gewalteinsatz auf Grundlage unzureichender Indizien zu autorisieren, ist das in Art. 27 (3) UNC verankerte Veto. Obwohl seit vielen Jahren heftig kritisiert,[507] trägt der ursprüngliche Zweck des Vetos, ein Mächtegleichgewicht zu gewährleisten,[508] durchaus zum Schutz vor übereilten und durch zweckwidrige politische Motive bestimmte Gewaltautorisierungen bei.[509] Das ist für

504 Dieser Grundsatz ist aus dem nationalen Recht bekannt, zB führt in Deutschland die Nichtbeachtung der Geschäftsordnung des Bundestages im Gesetzgebungsverfahren nur zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, wenn sie einen Verfassungsverstoß indiziert, BVerfGE 29, 221 (234) = NJW 1971, 365 (366).

505 Die Chartagrenzen als unzureichend kritisierend Martenczuk, Rechtsbindung, S. 204; Schilling, AdV 33 (1995), S. 67 (80); Tomuschat, RCADI 241 (1993), S. 195 (329).

506 S. nur Hovell, Power of Process; Genser/Barth, in: Genser/Ugarte, United Nations Security Council, S. 195–246; Fassbender, Targeted Sanctions; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 185–241, der Sanktionen gegen Staaten jedoch einschließt.

507 S. nur Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 315 f; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 211–217.

508 Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 297.

509 Vgl. Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (65).

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die dem Einschätzungsspielraum unterfallende Würdigung von Indizien als friedensgefährdend von hoher Bedeutung. Da die Schutzrichtung des Vetos jedoch eindimensional ist – es die Resolution im Zweifel stets *verhindert*[510] –, geht damit nicht notwendigerweise eine Objektivierung der Wahrscheinlichkeitsurteile des SR einher. Denn ein Veto kann auch dazu eingesetzt werden, eine Resolution zu vereiteln, obwohl die Indizienlage allen Beteiligten eindeutig erscheint und eine Eingriffsbefugnis des SR materiell-rechtlich bestünde. Ob das Veto zweckwidrig motivierte Entscheidungen der SR-Mitglieder verhindert oder ihnen gerade zur Durchsetzung verhilft, hängt im konkreten Fall regelmäßig vom Auge des Betrachters ab.[511]

Das Veto erstreckt sich auch auf die Beurteilung der ermittelten Indizien als wahr und vollständig. Selbst wenn die Indizienermittlung als solche gewisse verfahrensrechtliche Züge besitzt, handelt es sich bei der Frage, ob die ermittelten Indizien der Entscheidung zugrunde gelegt werden können, nicht um ein „procedural matter", das gemäß Art. 27 (2) UNC von der Vetoregelung ausgenommen wäre. Weder die im *Repertoire of Practice of the Security Council*[512] noch die in Generalversammlungsresolution 267 (III)[513] aufgeführten prozessualen Fragen iSd Art. 27 (2) enthalten einen passenden Gegenstand. Selbst die Einsetzung von Nebenorganen des SR, denen bei der Tatsachenaufklärung eine wichtige Rolle zukommen kann, wird nach anfänglicher Unsicherheit heute einhellig als materiell-rechtliche Frage behandelt, die dem Veto unterliegt.[514] Für die Bestätigung oder die implizite Übernahme der Ergebnisse dieser Nebenorgane wurde dies nie bezweifelt. Ohnehin behandelt der SR die Beurteilung der ermittelten Indizien als wahr und vollständig nicht als eigenständige Frage, sondern legt diesen Umstand in seinen Resolutionen in aller Regel schlicht

510 Der in Resolution 2231 (2015), para. 11 f enthaltene „Snapback-Mechanismus", bei dem ein einzelner Staat die aufgehobenen UN-Sanktionen gegen den Iran bei Ausbleiben einer bestätigenden Resolution wiederaufleben lassen kann und das Vetorecht somit umgekehrt wird, dürfte eine Ausnahme bilden.

511 So kann man die Veto-Regelung im Fall Syrien (s.o. 14. Kap., II. 6.), wenn man den Feststellungen des JIM und des IIT glaubt, beklagen. Russland sieht die Dinge freilich anders.

512 Vgl. RoP Security Council (1946–1951), S. 144–147; RoP (2016–2017), S. 205.

513 UN Doc. A/RES/267 (III), Annex.

514 Zu dieser Entwicklung Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 327–329; das wird zB an der Nicht-Verlängerung des JIM im Fall Syrien deutlich, s.o. 14. Kap., II. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugrunde.[515] Insofern wird dieser Aspekt zumindest nach derzeitiger Praxis vom Veto erfasst.

b) Sorgfältige Sachverhaltsermittlung

In ihrer *Declaration on Fact-finding* erkannte die Generalversammlung 1991 an, dass die mit der Friedenswahrung betrauten UN-Organe zur Erfüllung ihrer Aufgaben „full knowledge of all relevant facts" haben müssen und zu diesem Zweck „fact-finding activities" unternehmen sollten.[516] Der SR hat also eine Pflicht den Sachverhalt sorgfältig zu ermitteln, bevor er eine inhaltliche Entscheidung trifft.[517] Die relevanten Informationen bezieht er im Wesentlichen vom Generalsekretariat, anderen UN-Organen oder UN-Unterorganisationen, anderen Organisationen oder den Staaten selbst, vgl. Regel 39 GO-SR.[518] Den Berichten und ad-hoc-Briefings des Generalsekretärs kommt dabei eine herausgehobene Bedeutung zu.[519] Nach Art. 29 UNC und Regel 28 GO-SR[520] kann der SR eigene Nebenorgane wie Fact-Finding-Missions zur Aufklärung des Sachverhalts eines Konfliktes einsetzen.[521] Dabei handelt er in Ausübung seiner Funktionen nach Art. 34

515 Vgl. Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 329, die aus dem Einschluss einer Frage in eine Resolution mit materiell-rechtlichem Gehalt folgern, dass sie nicht als prozessual behandelt wird.

516 Declaration on Fact-finding by the United Nations in the Field of the Maintenance of International Peace and Security, UN Doc. A/RES/46/59, Annex para. 1.

517 Vgl. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (328); Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (110); zur Kritik Syriens an „false, fabricated eyewitness accounts" im Syrien-Konflikt s.o. 14. Kap., II. 6. a., Fn. 169.

518 „The Security Council may invite members of the Secretariat or other persons, whom it considers competent for the purpose, to supply it with information or to give other assistance in examining matters within its competence." Für eine statistische Aufschlüsselung der herangezogenen Akteure s. RoP Security Council, 20th Suppl. (2016–2017), Chapter III, S. 70.

519 Für die dabei zu beachtenden Vorgaben s. S/2017/507, Rn. 56–73; zur Rolle des Generalsekretärs für den SR s. auch Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 25 f, 28.

520 Regel 28 GO-SR enthält zwar eine (engere) Aufzählung potentieller Organe. Diese Liste soll aber nicht abschließend sein, Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 461.

521 Vgl. auch UN Doc. A/RES/46/59, Annex paras. 4 ff, die auch einige wenige prozessuale Vorgaben für diese Missionen enthalten; die Einsetzung von Nebenorganen unterfällt dem Veto, s.o. 17. Kap., III. 3. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UNC, der den SR damit betraut, potentiell friedensgefährdende Situationen zu untersuchen.[522] Seit Bestehen der UNO hat der SR zahlreiche Fact-Finding-Missions gegründet. Indem sie Informationen aus erster Hand sammeln und in einen Dialog mit Regierungsangehörigen, Oppositionsmitgliedern, zivilen Organisationen und NGOs treten,[523] sind diese Missionen von hohem Wert, um Konflikte und Situationen zu verstehen, richtig zu bewerten und ihre Eskalation zu verhindern.[524] Damit verhelfen sie dem SR zu einer Entscheidungsgrundlage. Untersuchungskommissionen wie der Joint Investigative Mechanism in Syrien oder die UNIIIC im Hariri-Fall können als Beispiele dienen.[525] Eine *Pflicht* zur Gründung solcher Kommissionen lässt sich angesichts der Wortwahl in Art. 29 und 34 UNC („may") indes nicht aus der Charta herleiten.

Die Herkunft seiner Informationen muss der SR bei ihrer Bewertung freilich berücksichtigen. Informationen des Generalsekretärs, der trotz einer gewissen politischen „Aufladung" seiner Rolle im Vergleich zum Völkerbund[526] weiterhin einen unparteiischen Platz in der Struktur der UN einnimmt,[527] kann der SR größeren Glauben schenken als etwa ungeprüften staatlichen Informationen. Bedient sich der SR einer Fact-Finding-Mission, muss er, weil auch ihren Feststellungen automatisch eine hohe Legitimität anhaftet, auf die Unparteilichkeit der Kommission achten.[528] In der Praxis geschieht das entweder dadurch, dass die Kommissionsmitglieder aus SR-Mitgliedsstaaten stammen, die in dem Konflikt keine eigenen Interessen verfolgen,[529] dass auf eine entsprechende Balance geachtet

522 Vgl. Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 492 f.
523 UN Doc. S/2009/193, S. 10.
524 UN Doc. S/2017/507, Rn. 119.
525 S.o. S. 14. Kap., II. 5., 7.
526 Vgl. Goodrich, Int'l Organization 16 (1962), S. 720–735.
527 Vgl. de Cuéllar in einer Vorlesung in Oxford am 13. Mai 1986: „Impartiality is the heart and soul of the office of the Secretary-General", UN Chronicle 52 (2015), S. 11 (12).
528 Vgl. etwa die Kritik Russlands an der Bildung des IIT der OPCW im Fall Syrien, s.o. 14. Kap., II. 6. b.
529 Häufig sind das nicht-ständige SR-Mitglieder, so bei den Missionen für Kambodscha und Vietnam 1964 (Brasilien, Elfenbeinküste, Marokko), für Senegal 1971 (Belgien, Burundi, Japan, Nicaragua, Polen, Syrien), für Guinea 1970 (Kolumbien, Finnland, Nepal, Polen, Sambia), für Sambia 1973 (Österreich, Peru, Sudan), für Benin 1977 (Indien, Libyen, Panama), für Angola 1985 (Australien, Ägypten, Peru); zu diesen und den nachfolgend erwähnten Missionen Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 494 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird[530] oder gar alle SR-Mitglieder daran teilnehmen.[531] Eine weitere prozessuale Absicherung der Unparteilichkeit ist die Wahl des Kommissionsvorsitzenden, die konsensual und transparent erfolgen soll.[532] Die Missionen selbst müssen ihre Aufgaben unparteiisch und unabhängig von nationalen Regierungen erfüllen und bei Anhörungen Fairness-Standards einhalten.[533] Im Übrigen sind Nebenorgane, derer sich der SR zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, denselben prozessualen Anforderungen wie der SR selbst unterworfen, weil er diese nicht durch die Einsetzung von Nebenorganen abstreifen kann.

c) Rechtliches Gehör des betroffenen Staates

Eine prozessuale Hürde, die zur korrekten Sachverhaltsermittlung und zur Objektivierung der Wahrscheinlichkeitsurteile des SR wesentlich beitrüge, wäre ein Recht des von der Gewaltautorisierung betroffenen Staates, seine Sicht der Dinge zu schildern, bevor der SR seine Entscheidung trifft. Zahlreiche Stimmen in Literatur[534] wie Praxis[535] gehen von einem solchen Recht aus. Die Charta formuliert eine derartige allgemeine Regel indes nicht ausdrücklich, sondern enthält im Ausgangspunkt nur punktuelle Partizipationsrechte. So regelt Art. 31 UNC, dass jedes Nicht-SR-, aber UN-Mitglied, dessen Interessen „specially affected" sind, „may participate, without vote, in the discussion." Art. 32 UNC bestimmt, dass jedes Nicht-

---

530 Die erste Mission, die ständige Mitglieder enthielt, war Bosnien und Herzegowina 1993 (Frankreich, Ungarn, Neuseeland, Pakistan, Russland, Venezuela). Weitere Beispiele sind Missionen für Mosambik und Burundi (1994) (jeweils mit kleinen Unterschieden bestehend aus Brasilien, China, Tschechien, Dschibuti, Neuseeland, Nigeria, Oman, Russland, USA).

531 So im Kosovo 2001.

532 UN Doc. S/2017/507, Rn. 111–114 (zwar in Bezug auf subsidiary bodies, um solche handelt es sich aber auch bei Fact-Finding-Missionen).

533 Vgl. UN Doc. A/RES/46/59 Rn. 25, 27.

534 Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 217–219; Tomuschat, RCADI 241 (1993), S. 195 (329); Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 56; Conforti, AJIL 3 (1969), S. 479 (484 f).

535 Im Rahmen der Mubarak-Resolution (s.o. 14. Kap., II. 2) UN Doc. S/PV.3627, S. 5 (Sudan, der ein „right to be heard" geltend macht); vgl. auch UN Doc. S/PV.3627, S. 12 (China: „listen to all sides and you will be enlightened, otherwise you will be benighted"); ebenso ICJ, Lockerbie, Memorial of Libya, 1993, Rn. 6.82 (einen Verstoß gegen die Regeln des „'due process of law' au détriment de la Libye" beklagend), s.o. 15. Kap., I. 2. a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SR-Mitglied, das „party to a dispute under consideration" ist, „shall be invited to participate". Da es in der Vorläufigen Geschäftsordnung für Art. 32 UNC an einer Umsetzungsnorm fehlt, werden beide Fälle Regel 37 GO-SR zugeordnet, auch wenn diese ihrem Wortlaut nach allein auf Art. 31 UNC zugeschnitten ist. Verbreitet wird angenommen, Art. 31 habe im Gegensatz zu Art. 32 keine verbindliche Wirkung.[536] Tatsächlich legen die Formulierungen „may" und „shall" dieses Verständnis nahe. Das verleiht der Frage Gewicht, welchen Anwendungsbereich der verbindliche Art. 32 UNC hat, namentlich was unter „party to a dispute" zu verstehen ist.

Obwohl dieser Begriff regelmäßig auf Kapitel VI beschränkt wird, spricht vieles dafür, dass auch Maßnahmen nach Kapitel VII ein „dispute" zugrunde liegen kann und ein direkt darin involvierter Staat verbindlich zur Teilnahme an der SR-Sitzung einzuladen ist. Die Überschrift von Kapitel VI („Pacific Settlement of Disputes") und der unmittelbare systematische Zusammenhang mit Kapitel VII legen nahe, dass Kapitel VI schlicht *eine* mögliche Art der Streitbeilegung – nämlich die *friedliche* – ins Visier nimmt. Kapitel VII sucht Streitigkeiten, die sich zu einer Friedensbedrohung, einem Friedensbruch oder einer Aggression ausgewachsen haben, nur auf eine andere Art, nämlich durch Zwangsmittel, zu lösen. Dass eine Friedensbedrohung auf eine „fortdauernde Streitigkeit" zurückgehen kann, erkennt Art. 33 (1) UNC an („disputes, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security"). Auch die Anordnung des Art. 27 (3) UNC, dass sich eine „party to a dispute" bei Maßnahmen nach Kapitel VI ihrer Stimme enthalten muss, lässt nicht den Schluss zu, dass dieser Begriff auf Maßnahmen dieses Kapitels beschränkt ist. Im Gegenteil wäre die ausdrückliche Beschränkung der Norm auf Maßnahmen nach Kapitel VI ansonsten überflüssig. Nichts anderes ergibt sich aus dem Telos von Art. 32 UNC: Dieser Norm geht es darum, dass einem Staat, der in eine Streitigkeit involviert und von der SR-Maßnahme daher betroffen ist, das Recht zur Teilnahme gewährt werden muss. Dafür besteht aber ein Bedürfnis unabhängig davon, ob es sich um Maßnahmen nach Kapitel VI oder VII der Charta handelt. In beiden Fällen werden die Rechte dieses Staates beschränkt, bei Kapitel VII sogar regelmäßig intensiver als bei Kapitel VI. Rechtliches Gehör wird zwar stärker mit jurisdiktioneller Gewalt in Verbindung gebracht, eine Funktion, die den Befugnissen nach Kapitel VI nahesteht. In vielen Rechtsordnungen

536 Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 244; Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzt aber auch polizeiliches Gefahrenabwehrhandeln – die Funktion des Kapitels VII – grundsätzlich eine Anhörung voraus.[537] Denn auch im Rahmen der Gefahrenabwehr gewährleistet rechtliches Gehör nicht nur essentielle Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips,[538] sondern erhöht auch die Chance, dass die richtigen Tatsachen zugrunde gelegt werden und die Entscheidung von dem Adressaten akzeptiert wird. Insgesamt besteht daher kein Grund, die Anwendung des Art. 32 von vornherein auf Kapitel VI zu beschränken.

Gleichwohl stellt nicht jede Faktenlage, die den internationalen Frieden bedroht oder dazu geeignet ist, einen „dispute" dar. Das folgt aus der systematischen Unterscheidung zwischen „dispute" und „situation" in Art. 34 f UNC. Der Wortlaut der Tagesordnung des SR mag ein Indiz für die richtige Einordnung sein. Er ist aber nicht allein entscheidend.[539] Erforderlich ist eine Uneinigkeit zwischen verschiedenen Akteuren über einen hinreichend konkreten Gegenstand.[540] Zumindest in den Fällen, in denen die in Rede stehende Friedensbedrohung auf der vermuteten Verantwortung eines Staates für ein spezifisches Ereignis wie einen Terroranschlag oder Chemiewaffeneinsatz beruht und dieser Staat die Vermutung bestreitet, lässt sich eine Einladungspflicht aber wohl bejahen.

Nicht ganz eindeutig ist weiter, was „participate, without vote" bedeutet. Man kann darunter die passive Teilnahme an den Sitzungen des SR oder aber die aktive Mitgestaltung durch einen Redebeitrag verstehen.[541] Im ersteren Fall beinhalteten die Partizipationsrechte kein Recht auf Gehör, sondern bezweckten nur die Transparenz des Entscheidungsprozesses.[542] In der Praxis des SR wird zumindest einem Staat, der mit Sanktionen belegt werden soll, in aller Regel das Recht zu einem Wortbeitrag zugestanden,[543] so auch in sämtlichen der hier untersuchten Fälle. Dort, wo der Präsident des SR einen Staat in der Vergangenheit zwar zur Teilnahme

537 So zB nach Art. 41 (2) EuGR-Charta; § 28 des deutschen VwVfG; Art. 29 (2) der Schweizer Verfassung; CCass, 1ère civ. v. 21. November 2018 (letztere zu Ausweisungsentscheidungen); s. rechtsvergleichend Fromont, Droit administratif, S. 216–220 zu individuellen Maßnahmen der Verwaltung.

538 Dazu näher sogleich.

539 Der Tagesordnung indes wesentliche Bedeutung beimessend ICJ, Namibia, 1971, Rn. 25.

540 Vgl. Tomuschat, in: Simma, Art. 33, Rn. 10 („a specific claim, […] not […] a general state of tension which is made up of a multitude of individual factors").

541 Vgl. Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 248.

542 Zur Transparenz s. 17. Kap., III. 3. e.

543 So in sämtlichen der hier untersuchten Bedrohungsverdachts-Fälle, S/PV.3033, S. 4–25 (Libyen im Lockerbie-Fall); S/PV.3627, S. 4–7 (Sudan im Mubarak-Fall);

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einlud, ihm aber keinen Redebeitrag gestattete, stieß dieser Umstand auf Kritik.[544] Die Praxis scheint „participate" daher als aktive, nicht als passive Teilnahme zu lesen. Nicht-SR-Mitglieder, die ein direktes Interesse am Ergebnis der Verhandlungen haben, sollen nach den Vorgaben der Presidential Notes gegebenenfalls noch vor den SR-Mitgliedern zu Wort kommen.[545]

Die Partizipationsrechte gelten für formelle Sitzungen des SR, seien sie öffentlich oder geschlossen.[546] Keine Anwendung finden Art. 31 und 32 UNC und die damit korrespondierenden Regeln der GO-SR auf informelle Treffen.[547] Das ist insoweit problematisch, als der SR die eigentlichen Verhandlungen über einen Resolutionstext zunehmend auf informelle Gespräche vorverlagert und die formellen Treffen im Wesentlichen nur noch offiziell machen, worauf sich vorher bereits geeinigt wurde. Die Resolution steht dann nicht mehr inhaltlich zur Disposition.[548] Immerhin sollen die SR-Mitglieder nach den Presidential Notes die Meinung der Konfliktparteien und anderer unmittelbar interessierter und betroffener Staaten ersuchen, wenn sie Resolutionen entwerfen.[549] Das Gleiche gilt hinsichtlich betroffener Staaten für Sanktionskomitees[550] und Fact-Finding-Missionen.[551]

Auch wenn die genannten Regelungen in ihrer Bindungskraft und inhaltlichen Reichweite variieren, spiegeln sie sämtlich die Erwägung wider, dass der SR seine Entscheidungen nicht über den Kopf des betroffenen Staates hinweg treffen soll. Sie lassen sich damit als Ausdruck eines der

---

S/PV.5297, S. 16–19 (Syrien im Hariri-Fall); S/PV.7893, S. 16 f (Syrien 2017 im Syrien-Konflikt); S/PV.4701, S. 37–39 (Irak 2002 im Fall Irak); S/PV.5500, S. 7–12 (Iran 2006 im Fall Iran).

544 UN Doc. S/2004/490 (Sudan); vgl. auch die implizite Kritik Venezuelas in S/PV.3106, S. 40 f („I had an opportunity to read a copy of the communication which […] the Permanent Representative of the Republic of Bosnia and Herzegovina […] would have wished to make at this meeting"); Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 248; dennoch von keinem automatischen Rederecht ausgehend Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 44.

545 UN Doc. S/2016/506, Rn. 33.

546 Vgl. UN Doc. S/2017/507, Rn. 21.

547 Vgl. Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 38.

548 Vgl. Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (16 f, 20); de Wet, Chapter VII Powers, S. 108; Kirgis, AJIL 89 (1995), S. 506 (518 f).

549 UN Doc. S/2017/507, Rn. 83, 92.

550 UN Doc. S/2017/106, Rn. 106.

551 A/RES/46/59, Annex para. 26; vgl. auch ebd. para. 27, wonach Anhörungen Fairnessstandards genügen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Charta immanenten, zumindest rudimentären Anspruchs auf rechtliches Gehör verstehen.[552] Denn zwar lässt sich ein allgemeines due-process-Prinzip für Entscheidungen des SR, die nicht unmittelbar Individuen, sondern Staaten betreffen, nicht mit dem völkervertraglichen und -gewohnheitsrechtlichen *Menschenrecht* auf ein faires Verfahren[553] begründen.[554] Doch nicht nur Menschenrechte, sondern auch das Rechtsstaatsprinzip, die souveräne Gleichheit der Staaten und die Pflicht aller UN-Mitglieder, ihre Charta-Pflichten nach Treu und Glauben zu erfüllen (Art. 2 (2) UNC), verlangen, dass der Umgang des (aus staatlichen Vertretern bestehenden) SR mit einem Staat elementarsten Fairnessstandards genügt.[555] Nur auf diese Weise ist die Legitimität des UN-Handelns gewährleistet. Dass der betroffene Staat zumindest ansatzweise Gelegenheit bekommt, seine Ansicht zu Gehör zu bringen, gehört zu diesen Minimalanforderungen. Insoweit können die entsprechenden Regeln der GO-SR und die Presidential Notes als Umsetzung dieser der Charta immanenten Pflicht verstanden werden.

Zumindest wenn der SR dem betroffenen Staat ohne erkennbaren Grund (wie etwa eine hohe Eilbedürftigkeit)[556] keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat und dies das Risiko einer Fehlvorstellung verringert hätte, mag man die Fehlvorstellung daher als vermeidbar beurteilen.

---

552 So auch Conforti, AJIL 3 (1969), S. 479 (484 f); Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 56.

553 Dieses Recht bzw. Ausprägungen davon sind insb. verankert in Art. 10 UDHR, Art. 14 ICCPR, Art. 7 ACHPR, Art. 8 ACHR und Art. 6 ECHR, näher dazu Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (47–52). Zur Anwendung dieses Rechts auf staatliche Umsetzungsmaßnahmen von SR-Resolutionen EuGH, Kadi I, Urteil v. 3. September 2008, Rn. 348 f; ECHR (Gr. Ch.), Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 126–155.

554 Denn Staaten können sich schlicht nicht auf Menschenrechte berufen, auch wenn das Recht auf ein faires Verfahren nicht notwendigerweise an menschliche Eigenschaften geknüpft ist, s. nur zur Anwendbarkeit auf juristische Personen BVerfGE 12, 6 (8) = JZ (1961), S. 84 (84 f); Hörnig/Wolff/Antoni, GG, Art. 19, Rn. 8.

555 Zum Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und rechtlichem Gehör s. BVerfGE 12, 6 (8) = JZ (1961), S. 84 (85); für alternative Verankerungen eines verwaltungsverfahrensrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 103 (1), Rn. 53.

556 Zu den zeitlichen Zwängen bei Kapitel-VII-Maßnahmen Johnstone, AJIL 102 (2008), S. 275 (276). Doch reicht die Zeit, wie häufig, für Stellungnahmen von SR-Mitgliedern aus, kann wohl grundsätzlich auch der betroffene Staat noch angehört werden.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) „Unschuldsvermutung"?

Häufiger noch als auf rechtliches Gehör berufen sich Staaten vor dem SR im Rahmen einer Diskussion um Kapitel-VII-Maßnahmen auf eine für sie oder einen anderen Staat wirkende „Unschuldsvermutung".[557] Bemerkenswert viele Staaten erkannten eine solche Vermutung im Hariri-Fall an.[558] Auch in Teilen der Literatur ist der Gedanke auf fruchtbaren Boden gefallen.[559] Tatsächlich hält zumindest der EGMR die Unschuldsvermutung grundsätzlich für anwendbar auf juristische Personen, wie Staaten es sind.[560] Konzeptuell passt das Institut der Unschuldsvermutung jedoch nicht zur präventiven Gefahrenabwehrfunktion der Maßnahmen des Kapitels VII.[561] Diese machen dem Adressaten grundsätzlich keinen individuellen Schuldvorwurf, sondern knüpfen allein an seine Zuständigkeit für die Friedensbedrohung an.[562] Die Beurteilung des Adressatenverhaltens ist nicht wie bei einem Strafurteil primärer Gegenstand der SR-Entscheidung, sondern allein Legitimation für die in die Zukunft gerichtete Maßnahme des SR, mit der eine bestehende Gefahr gebannt werden soll. Wie festgestellt, darf der SR bereits aufgrund bloßer Anhaltspunkte für eine staatliche Zuständigkeit für die Friedensbedrohung gefahrabwehrend tätig werden, solange sein Wahrscheinlichkeitsurteil rational gebildet, nicht von zweckwidrigen Motiven bestimmt und die abstrakt erforderliche Wahrscheinlichkeitsschwelle nicht zu niedrig angesetzt wird. Weder eine „Schuld" noch die Zuständigkeit des Staates muss er zweifelsfrei nachweisen. Insoweit ist für eine „Unschuldsvermutung" kein Raum. Anders mögen die Dinge liegen, wenn die Maßnahme des SR neben Gefahrabweh-

557 UN Doc. S/PV.3660, S. 6. UN Doc. S/PV.3627, S. 5 (Sudan im Mubarak-Fall); UN Doc. S/PV.5297, S. 16, 18 (Syrien im Hariri-Fall); S/PV.7922, S. 6 (Russland im Syrien-Konflikt 2017).

558 S.o. 14. Kap., II. 5., Fn. 148.

559 Graefrath, EJIL 4 (1993), S. 184 (197); Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 217; ähnlich ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Ajibola, Provisional Measures, 1992, S. 86 f (Libya v. UK) bzw. S. 190 f (Libya v. USA) (allerdings primär zu den Schadensersatzleistungen); aA Tomuschat, ICJ Rev. 48 (1992), S. 38 (46); T. Stein, AdV 1993, 206 (223); Martenczuk, Rechtsbindung, S. 242.

560 ECHR (1st Section), Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, 36985/97, 2002, Rn. 118–122; van Kempen, Electronical J. Comp. L. 14.3 (2010), S. 1 (15); jedoch sollen laut EU-Richtlinie 2016/343, Doc. L 65, Rn. 13 die daraus erwachsenden Rechte nicht die gleichen wie für natürliche Personen sein.

561 Ähnlich Tomuschat, ICJ Rev. 48 (1992), S. 38 (46); T. Stein, AdV 1993, 206 (223); Martenczuk, Rechtsbindung, S. 242.

562 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relementen auch ein Unwerturteil enthält. Dass hier eine „Schuld" nachgewiesen sein muss, ist weniger leicht von der Hand zu weisen. Dennoch erscheint zweifelhaft, dass ein mitenthaltenes und ohne Beweis ausgesprochenes Unwerturteil die gesamte Gefahrenabwehrmaßnahme beschädigt, solange jedenfalls der gefahrenabwehrrechtliche Charakter der Resolution überwiegt.

e) Transparenz des Entscheidungsprozesses und Geheimhaltungsinteressen

Ein transparenter Entscheidungsprozess, der die Sachverhaltsermittlung und Indizien- und Tatsachenwürdigung für Außenstehende nachvollziehbar machte, trüge erstens dazu bei, Fehlvorstellungen *vorzubeugen*. Denn das Wissen darum, dass dieser Prozess für die Öffentlichkeit einsehbar ist, erhöhte den Anreiz für die beteiligten Akteure, sorgfältig zu arbeiten und sich auf hinreichende Indizien zu stützen.[563] Transparenz versetzte den betroffenen Staat auch in die Position, sich unter Umständen noch vor der irrtümlichen SR-Entscheidung um die Aufklärung der Sachlage zu bemühen. Zweitens verbesserte ein durchsichtiger Entscheidungsablauf seine Chancen, sich im Nachhinein erfolgreich gegen eine fehlerhafte Entscheidung des SR zu wehren, da er so die Ursachen der Fehlvorstellungen identifizieren könnte.[564]

Indes sind die Transparenzpflichten des SR begrenzt. Nach Regel 48 GO-SR sind die Sitzungen des SR zwar grundsätzlich öffentlich. Gemäß Regel 54 GO-SR werden ihre Protokolle veröffentlicht. Daneben besteht jedoch die Möglichkeit zu nicht-öffentlichen Treffen (vgl. Regel 48, 51 GO-SR), nach deren Abschluss der SR nur ein Kommuniqué veröffentlicht (Regel 55 GO-SR), das keinerlei Informationen über den genauen Inhalt des Treffens preisgibt.[565] Die Veröffentlichungspflichten gelten auch nicht für informelle Treffen, auf die die SR-Mitglieder seit Ende des kalten Krie-

563 In diesem Sinne Tzanakopoulos, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law, S. 367 (372 f) zur Taliban-Resolution 1267 (1999) und zur Madrid-Resolution 1530 (2004); Hovell, in: Farrall, Accountability and Governance, S. 92 (98).

564 Vgl. Craig, EU Administrative Law, S. 388 zum europäischen Verwaltungsrecht.

565 Regelmäßig werden nur Ort, Datum und Teilnehmer des Treffens benannt und ein „constructive exchange of views" erwähnt, vgl. zB UN Doc. S/PV.4847; S/PV.4884. Das Protokoll der geschlossenen Sitzung ist nur für Teilnehmer des Treffens einsehbar, Regel 56 GO-SR.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ges häufig zurückgreifen.[566] Auch die Arbeit in den SR-Nebenorganen ist geprägt von informellen Konsultationen, die bei Sanktionskomitees hinter verschlossenen Türen stattfinden und nicht öffentlich protokolliert werden.[567]

In den Neunziger Jahren hat der SR auf wachsende Kritik an der Intransparenz seiner Entscheidungsprozesse reagiert, die formellen Debatten wieder gestärkt und die Informationslage über informelle SR-Treffen verbessert,[568] auch wenn in manchen Bereichen wieder Rückschritte zu beobachten sind.[569] Nach dem Dokument S/2017/507 sollen Nicht-SR-Mitglieder vom SR-Präsidenten nach informellen Treffen detailliert unterrichtet[570] und die wesentlichen Aspekte in Pressemitteilungen offengelegt werden.[571] Die SR-Mitglieder sollen zumindest erwägen, Resolutionsentwürfe, über die in informellen Treffen diskutiert wurde, Nicht-SR-Mitgliedern zugänglich zu machen, wenn die Entwurfsautoren dem zustimmen.[572] Auch die Pflicht, formelle sowie zumindest einige der informellen Treffen des SR im Journal of the United Nations anzukündigen[573] und vor formellen Treffen eine vorläufige Tagesordnung zu zirkulieren[574] trägt zur Transparenz bei. Insoweit mögen die vorhandenen Regeln ein Maß an Transpa-

566 Tzanakopoulos, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law, S. 367 (371); Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 12; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 15, S. 185–189; Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 38.

567 Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (21–23); Hovell, in: Farrall/Rubenstein, Sanctions, Accountability and Governance, S. 92 (95); vgl. auch de Wet, Chapter VII Powers, S. 253; Scharf/Dorosin, Brookl. J. Int'l L. 19 (1993), S. 771 (822–826).

568 Volger, Vereinte Nationen 5 (2010), S. 195 (196–200); s. auch Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 39; Schweigman, Authority of the Security Council, S. 295–297.

569 So etwa bei der Veröffentlichung von Resolutionsentwürfen, die in informellen Treffen diskutiert wurden: Sollte der SR-Präsident diese nach S/1999/1291 Rn. 2 noch „in the absence of agreement to the contrary" veröffentlichen, sollen die SR-Mitglieder dies nach S/2017/507, Rn. 84 nur noch „erwägen", und nur „if so authorized by the authors of the draft document", s. sogleich.

570 UN Doc. S/2017/507, Rn. 55.

571 Vgl. S/2017/507, Rn. 54; eine besondere Form informeller Treffen sind die sog. Arria-Meetings, vgl. S/2017/507, Rn. 99, die nahezu keinen Transparenzanforderungen unterliegen.

572 UN Doc. S/2017/507, Rn. 88.

573 Vgl. allg. Regel 25 GO-SR; Volger, Vereinte Nationen 5 (2010), S. 195 (198 f); Wasum-Rainer/Jahn-Koch, in: Simma, UN Charter, Art. 30, Rn. 39; keine Notiz verlangen insb. Arria-Treffen, s.o. Fn. 571.

574 Regel 8 GO-SR.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

renz gewährleisten, das elementarste Fairnessstandards[575] erfüllt, mehr jedoch nicht. Dass die Transparenz bei SR-Entscheidungen Grenzen hat, ist der Einsicht geschuldet, dass der SR ohne einen Raum für vertrauliche und informelle Gespräche nicht effektiv funktionieren kann.[576] Insoweit erscheint auch die Annahme, weitergehende Transparenzpflichten seien Ausfluss eines allgemeinen Rechtsprinzips,[577] zumindest verfrüht.[578] Für mit Fehlvorstellungen behaftete SR-Maßnahmen bedeutet das, dass Transparenzpflichten als solche bisher eine relativ geringe verfahrensrechtliche Hürde darstellen.

Über die Offenlegung von Indizien, auf denen die Einschätzungen des SR beruhen, geben die Vorläufige Geschäftsordnung und die Presidential Notes keinen Aufschluss. Dabei ist das gegenseitige Vertrauen in die Völkerrechtsordnung nicht nur auf die Kontrollierbarkeit unilateralen Handelns angewiesen.[579] Auch für die Legitimität des SR ist entscheidend, dass die Rechtmäßigkeit seiner Maßnahmen zumindest rudimentär durch die „Augen der Welt"[580] überprüft werden kann.[581] Darüber hinaus mag es zu den minimalen Standards eines fairen Verfahrens gehören,[582] dass der Zielstaat die Grundlage des gegen ihn gerichteten Verdachts friedensbedrohender Aktivitäten im Ansatz nachvollziehen kann. Dennoch erscheint die Staatenpraxis gegenüber der Offenlegung von Indizien bei SR-Maßnah-

---

575 Zu diesem Erfordernis s.o. 17. Kap., III. 3. c.

576 Vgl. Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council, S. 9 f; S/2017/507, Rn. 54 (increasing transparency „while securing confidentiality"); Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (18); den Zusammenhang zwischen informellen Gesprächen und Effektivität des SR bezweifelnd Tzanakopoulos, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law, S. 367 (372).

577 Vgl. Hovell, in: Farrall/Rubenstein, Sanctions, Accountability and Governance S. 92–122.

578 Ablehnend auch Tzanakopoulos, in: Bianchi/Peters, Transparancy in International Law, S. 367 (380 f), der in der Transparenzpflicht nur eine „ancillary obligation" sieht, die erst daraus folge, dass Staaten in einem dezentralisierten System wie dem Völkerrecht auf Information angewiesen seien und andernfalls drohten, SR-Entscheidungen nicht zu befolgen (ebd. S. 381–387); auch Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (68) verlangt nur ein „minimum level of transparency".

579 S.o. 11. Kap., IV.

580 S.o. 11. Kap., Fn. 207.

581 Vgl. Bianchi, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law, S. 1 (4 f, 8); Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 41; Hovell, in: Farrall/Rubenstein, Sanctions, Accountability and Governance, S. 92 (96 f, 99).

582 Dazu s.o. 17. Kap., III. 3. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men noch zurückhaltender als im Bereich unilateraler Gewalt.[583] Stand die Enthüllung von Indizien im Fall Irak auch im Zentrum der Debatten im SR,[584] so verhallte der Ruf Libyens und des Sudans nach der Veröffentlichung von Indizien im Lockerbie- und im Mubarak-Fall ungehört.[585] Auch die UNIIIC-Berichte zum Hariri-Fall maßen Geheimhaltungsinteressen hohe Bedeutung bei.[586] Ob eine Offenlegungspflicht, wie es Rechtsstaatlichkeits- und Legitimitätsgesichtspunkte nahelegen, bereits als geltendes Recht bezeichnet werden kann, ist daher ungewiss. In jedem Fall ist die Geltung dieses grundlegenden Verfahrensstandards erstrebenswert. Legitime Geheimhaltungsinteressen müssen dabei freilich Berücksichtigung finden. Ähnlich wie im Bereich unilateraler Gewalt sollten sie sich aber nur insoweit durchsetzen, wie noch ausreichende Informationen öffentlich einsehbar sind, um die Maßnahme von außen zu bewerten und dem betroffenen Staat eine adäquate Verteidigung seiner Interessen zu ermöglichen.[587] Für Informationen, bei denen das Geheimhaltungs- das Offenlegungsinteresse überwiegt, sind bei einer gerichtlichen Überprüfung der SR-Maßnahme geschlossene Verfahren nach nationalem Vorbild denkbar.[588] Auch im Rahmen des SR selbst könnten Mechanismen geschaffen werden, innerhalb derer ein SR-Mitglied verpflichtet sein könnte, besonders sensible Informationen im geschützten Raum zumindest mit den übrigen SR-Mitgliedern vor der Entscheidung des SR zu teilen, damit diese keine „blinde" Entscheidung für den Einsatz treffen.

f) Begründung der Entscheidung?

Eine Pflicht des SR, seine Entscheidungen zu begründen, verringerte die Wahrscheinlichkeit von Fehlvorstellungen in ähnlicher Weise wie die Transparenz des Entscheidungsprozesses: Die Entscheidung in den Augen der Öffentlichkeit „anfechtungsfest" erscheinen zu lassen zwänge SR-Mitglieder dazu, die entscheidenden Indizien zu fixieren und sich den kogniti-

583 Dazu s.o. 11. Kap., IV.
584 S.o. 14. Kap., III. 1. a, Fn. 211.
585 S.o. 14. Kap., II. 1. und 2., jeweils am Ende.
586 S. nur dritter Bericht, Rn. 36; fünfter Bericht, Rn. 11; sechster Bericht, Rn. 115; zehnter Bericht, Rn. 21; zum Hariri-Fall und den UNIIIC-Berichten s.o. 14. Kap., II. 5., Fn. 141.
587 Näher zu der dafür erforderlichen Abwägung Hovell, in: Farrall/Rubenstein, Sanctions, Accountability and Governance, S. 92 (105–108).
588 S.o. 11. Kap., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ven Prozess ihrer Würdigung bewusst zu machen. Durch eine solche Selbstkontrolle würde manch logischer Widerspruch noch während des Entscheidungsprozesses aufgedeckt.[589] Wiederum würde der betroffene Staat zudem in die Lage versetzt, im Nachhinein die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung darlegen zu können.[590]

Anders als noch für das rechtliche Gehör und Transparenz enthalten weder die Charta noch die Vorläufige Geschäftsordnung oder die Presidential Notes Anhaltspunkte für eine Pflicht des SR, seine Entscheidungen zu begründen. Die Präambel einer SR-Resolution beinhaltet zwar häufig die allgemeinen Erwägungen, von denen sich der SR bei seiner Entscheidung hat leiten lassen.[591] Zu den eigentlich begründungsbedürftigen Punkten der Entscheidung schweigt die Präambel aber nicht selten.[592] So fehlt etwa in den Lockerbie-Resolutionen 731 und 748,[593] den Mubarak-Resolutionen 1044 und 1054[594] und der Madrid-Resolution 1340[595] jeder Hinweis darauf, wie der SR die in tatsächlicher Hinsicht umstrittene Verantwortlichkeit des jeweiligen Akteurs begründete. Die Hariri-Resolution 1636 verwies immerhin auf den ersten UNIIIC-Bericht, der die Indizienlage genauer darstellte.[596] In der Irak-Resolution 1441 beklagte die Präambel zwar die verweigerte Kooperation des Iraks mit UN-Organen und weitere Pflichtverletzungen. Die entscheidende Prämisse der Resolution – dass sich der Irak durch seinen fortbestehenden Besitz von Massenvernichtungswaffen „in material breach" seiner Pflichten aus Resolution 678 (1991) befinde – konnte dieser Hinweis allein jedoch kaum begründen. Weder unter den

589 Vgl. Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (62–66); allg. zur Kontrollfunktion einer Begründungspflicht Hepburn, ICLQ 61 (2012), S. 641 (644); ebenso für das nationale Verwaltungsrecht s. nur BeckOK VwVfG/Tiedemann, § 39, Rn. 7–10.

590 Vgl. zur Rechtsschutzfunktion einer Begründungspflicht im SR Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (68–70); zur Rechtsschutzfunktion allg. Hepburn, ICLQ 61 (2012), S. 641 (644); für das nationale Verwaltungsrecht Ahmed/Perry, Public Law (2012), S. 221, verfügbar auf SSRN, S. 1 (4); Fromont, Droit administratif, S. 226; BeckOK VwVfG/Tiedemann, § 39, Rn. 5 f. Freilich erfüllte eine Begründungspflicht auch eine Legitimations- und eine Ergänzungsfunktion (ebd. Rn. 1–4, 11). Diese Funktionen stehen aber in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit Fehlvorstellungen.

591 Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (17).

592 Freilich gilt das nicht ausnahmslos, vgl. zB die Präambeln der Resolutionen 1676 (2006), 1735 (2006), s. Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (66).

593 Dazu s.o. 14. Kap., II. 1.

594 Dazu s.o. 14. Kap., II. 2.

595 Dazu s.o. 14. Kap., II. 4.

596 Resolution 1636 (2005), Präambelabsatz 4, 16 sowie para. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staaten noch in der Literatur fand die fehlende Begründung Beachtung. Die Literatur konzentriert sich bislang überwiegend auf Begründungspflichten bei Resolutionen, die Individuen betreffen.[597]

Die Motive der einzelnen SR-Mitglieder lassen sich bisweilen ihren Stellungnahmen vor oder nach der Abstimmung über die Resolution entnehmen. Doch besteht keine *Pflicht* zur Begründung des Stimmverhaltens. Wie festgestellt werden die eigentlichen Verhandlungen zudem überwiegend während inoffizieller, nicht für die Öffentlichkeit dokumentierter Treffen geführt. Auch Nebenorgane wie Sanktionskomitees begründen ihre tatsächlichen Einschätzungen selten.[598] Eine Begründungspflicht des SR oder seiner Nebenorgane lässt sich – außerhalb von SR-Entscheidungen, die Individuen betreffen[599] – auch kaum aus dem Grundsatz eines fairen Verfahrens ableiten. Noch nicht einmal in allen nationalen Rechtsordnungen müssen polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahmen begründet werden. Wie bei der Pflicht zur Offenlegung von Indizien[600] wäre indes eine entsprechende Fortbildung der SR-Verfahrensregeln – hin zu einer Begründung wenigstens der zentralen Erwägungen – zu begrüßen.[601]

g) Zwischenergebnis

Der SR ist verschiedenen prozessualen Anforderungen unterworfen, deren Einhaltung spezifisch zur Vermeidung von Fehlvorstellungen beitragen kann. Dazu gehören die Beachtung des Vetorechts, die Pflicht, den Sachverhalt sorgfältig zu ermitteln, die Pflicht, dem betroffenen Staat grundsätzlich Gelegenheit zu geben, seine Sicht der Dinge zu schildern, sowie rudimentäre Transparenzpflichten. An eine „Unschuldsvermutung“ oder eine Begründungspflicht ist der SR hingegen (bisher) nicht gebunden. Verletzt der SR eine dieser Verfahrenspflichten und hätte ihre Einhaltung das Risiko einer Fehlvorstellung verringert, so macht die Fehlvorstellung

---

597 Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13–86; de Wet, Chapter VII Powers, S. 253.

598 Vgl. de Wet, Chapter VII Powers, S. 253; Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (21–23); zum Yugoslavia Sanctions Committee Scharf/Dorosin, Brookl. J. Int'l L. 19 (1993), S. 771 (822 f, 825).

599 Für einen diesbezüglichen Begründungsversuch s. Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13 (47–57).

600 S.o. 17. Kap., III. 3. e.

601 Möglicherweise schon weitergehend Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 193 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Resolution rechtswidrig. Ist der Verstoß gravierend, führt er gar zu ihrer Unwirksamkeit. Andernfalls muss der betroffene Staat auf die Aufhebung der Resolution drängen, zu der der SR verpflichtet ist.[602] Ein dem Delisting-Verfahren für Individuen entsprechendes Verfahren existiert für Staaten nicht.

IV. Gesamtauslegungsergebnis

Der SR darf Maßnahmen nach Art. 42 UNC aufgrund eines bloßen Bedrohungsverdachts ergreifen. Das folgt deutlich aus der Staatenpraxis und wird von der Auslegung des Art. 39 UNC gestützt. Die erforderliche Wahrscheinlichkeitsschwelle hängt von den Kosten ab, die die jeweiligen Fehlentscheidungen hätten, also ein Tätigwerden bei Fehlen eines Eingriffstatbestands und ein Untätigbleiben bei Vorliegen eines Eingriffstatbestands. Unterliegt der SR einem Irrtum oder Fehlverdacht über die gefahrbegründenden Umstände, ist für die Rechtmäßigkeit der Resolution erstens erforderlich, dass die Fehlvorstellung nicht auf erkennbar falschen oder unvollständigen Indizien beruhte. Zweitens dürfen die Indizien- und Tatsachenwürdigung sowie die wertende Festlegung der erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle – die Bereiche, auf die sich der Beurteilungsspielraum des SR bezieht – nicht willkürlich gewesen und nicht maßgeblich von zweckfremden Motiven bestimmt worden sein. Diese Grenzen des Beurteilungsspielraums des SR ergeben sich nicht nur aus chartaimmanenten Prinzipien, sondern haben sich auch in der Staatenpraxis niedergeschlagen. Erforderlich ist drittens, dass der SR bestimmte Verfahrensanforderungen eingehalten hat. Dazu gehören insbesondere das Vetorecht, die sorgfältige Ermittlung des Sachverhalts (als Kehrseite der erwähnten materiell-rechtlichen Pflicht des SR, seine Einschätzung nicht auf erkennbar falsche oder unvollständige Indizien zu stützen), das Recht des betroffenen Staates, gehört zu werden, und grundlegende Transparenzpflichten. Die Fehlprognose des SR, also die falsche Einschätzung, dass die (richtig eingeschätzten) gegenwärtigen Umstände zu einer militärischen Auseinandersetzung führen können, muss denselben Anforderungen genügen. In der Praxis spielen Fehlprognosen indes keine entscheidende Rolle. Denn angesichts der langen Zeiträume, auf die sich die Prognosen des SR beziehen, lässt sich in den seltensten Fällen feststellen, dass die Dinge anders verlaufen wären als vom SR prognostiziert.

602 S.o. 1. Kap., IV. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Die Zahl der in dieser Arbeit untersuchten Fälle macht eines deutlich: Mit dem Problem, dass „ein großer Teil der Nachrichten […] widersprechend, ein noch größerer […] falsch und bei weitem der größte einer ziemlichen Ungewißheit unterworfen“ ist,[1] sind die völkerrechtlichen Akteure bei der Entscheidung für oder gegen ein militärisches Eingreifen längst konfrontiert. Die häufige Folge, zumindest im unilateralen Bereich, sind Gewaltanwendungen, die auf Fehlvorstellungen beruhen. Die vorliegende Untersuchung hat den Versuch unternommen, die bislang kaum vernehmbare Antwort, die das ius contra bellum auf die drängende Frage der rechtlichen Behandlung dieser Fehlvorstellungen gibt, deutlicher zu artikulieren – genauer gesagt *eine mögliche* Antwort. Denn für die gefundenen Erkenntnisse gilt das, was sich über die meisten völkerrechtlichen Abhandlungen sagen lässt: Es handelt sich nicht um unumstößliche Wahrheiten, sondern um das zwangsläufig durch persönliche Wertungen und den eigenen Rechtshintergrund gefärbte Ergebnis der Bestrebung, die zahlreichen unterschiedlichen Puzzleteile zu einem sinnvollen Gesamtbild zusammenzufügen.

Die hier gewählte Perspektive auf die Fragestellung setzte bei den Unterschieden zwischen Fehlvorstellungen bei unilateralen und bei kollektiven Gewaltanwendungen an. Dabei ließen sich zwei für diese Untersuchung zentrale Parallelen identifizieren: die Parallele von der SR-Autorisierung kollektiver Gewalt zur nationalen Gefahrenabwehrmaßnahme sowie die Parallele von unilateralen Erlaubnissätzen zu den nationalen Notrechten des Bürgers. Die Haupterkenntnis dieser Arbeit ist: Fehlvorstellungen bei der SR-Autorisierung werden weitergehend berücksichtigt als bei unilateralen Gewaltanwendungen. Dies geht darauf zurück, dass im Bereich kollektiver Sicherheit Effektivitätserwägungen stärker gewichtet werden. Diese Erkenntnis lässt sich durch die unmittelbare Gegenüberstellung der Kernthesen für Fehlvorstellungen bei unilateraler und bei kollektiver Gewalt noch einmal verdeutlichen. Dabei wird unterschieden zwischen dem Irrtum (der Akteur ist von den gegenwärtigen Umständen, die ihn zum Einsatz berechtigen würden und in Wahrheit fehlen, überzeugt), dem Fehlverdacht (der Akteur vermutet die ihn berechtigenden gegenwärtigen

1 Von Clausewitz, s.o. Einleitung, Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und in Wahrheit fehlenden Umstände nur) und der Fehlprognose (der Akteur nimmt auf Grundlage zutreffender gegenwärtiger Umstände eine Gefahrenprognose vor, die sich als falsch herausstellt). Der Begriff der Fehlvorstellung wird als Oberbegriff verwendet.

(1) Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Ausnahme vom Gewaltverbot lassen sich konstruktiv sowohl bei unilateralen als auch bei kollektiven Gewaltmaßnahmen zugunsten des irrenden/fehlvermutenden Akteurs berücksichtigen. Die tatsächlichen Voraussetzungen *unilateraler* Erlaubnissätze müssen zwar ex post, also tatsächlich, vorliegen. Hat der handelnde Staat die zum Handlungszeitpunkt vorliegende Sachlage aber nicht erkannt (Irrtum oder Fehlverdacht) und konnte er sie nicht erkennen – war seine Fehlvorstellung also sorgfaltsgemäß –, so verhindert sie die Verletzung des Gewaltverbotes nach Art. 2 (4) UNC im Wege einer „eingeschränkten" (weil ausschließlich subjektiven) Rechtfertigung: Es fehlt am erforderlichen Handlungsunrecht. Damit entfällt auch eine Entschädigungspflicht wegen der Verletzung von Art. 2 (4) UNC. Das (objektive) Erfolgsunrecht bleibt davon unberührt, sodass sich Drittstaaten an dem Gewalteinsatz nicht beteiligen dürfen und sich der Opferstaat gegen die fehlvorstellungsbehaftete Maßnahme grundsätzlich verteidigen darf. Letzteres gilt nicht, wenn er wegen eigener „unclean hands" mitzuständig für die Fehlvorstellung ist, sie also selbst durch eine Gewaltanwendung oder -androhung hervorgerufen hat. In diesem Fall kann sich der Opferstaat nicht auf die aus dem Erfolgsunrecht resultierenden Rechte berufen.[2] Allein die sorgfaltsgemäße Fehlprognose des Gewalt anwendenden Staates führt bereits zu einer „vollen" (weil auch objektiven) Rechtfertigung, die das Erfolgsunrecht entfallen lässt. Die Berücksichtigung *kollektiver* Fehlvorstellungen geht insoweit weiter: Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Autorisierung militärischer Maßnahmen nach Art. 39, 42 UNC sind von vornherein objektiv ex ante zu beurteilen, sodass sämtliche vernünftige Fehlvorstellungen der Rechtmäßigkeit der Autorisierung schon in „objektiver Hinsicht" nicht schaden. Die Zuständigkeit des von der Maßnahme betroffenen Staates für die Fehlvorstellung mag die für ein Tätigwerden des SR erforderliche Wahrscheinlichkeit, dass ein Eingriffstatbestand vorliegt, absenken.

(2) Auch wenn im unilateralen wie im kollektiven Bereich nur vernünftige Fehlvorstellungen berücksichtigungsfähig sind, ist die Dichte der Kontrolle dieser Anforderung nicht identisch. Bei *unilateralen* Gewaltanwen-

2 Für das Ausdeklinieren der Grundsätze, die für die im unilateralen Bereich unterschiedenen Konstellationen gelten, s.o. 9. Kap., V.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dungen ist die Vernünftigkeit der Fehlvorstellung vollständig kontrollierbar; der Staat hat keinen Beurteilungsspielraum. Der gesamte Vorgang seiner Überzeugungsbildung ist der Überprüfung zugänglich: die sorgfältige Ermittlung der Indizien, ihre sorgfältige Würdigung und die Beantwortung der Frage, ob eine Wahrscheinlichkeitsschwelle überschritten war, die das Eingehen eines Risikos vernünftig erscheinen ließ. Die Höhe dieser Schwelle hängt von den jeweiligen erwartbaren Kosten einer Fehlentscheidung ab. Bei dem anzulegenden Sorgfaltsstandard werden besondere Fähigkeiten und Fähigkeitsdefizite, Kenntnisse und Kenntnisdefizite der maßgeblichen Staatsorgane berücksichtigt, nicht aber besondere Erfahrungen. *Der SR* hingegen hat einen Beurteilungsspielraum bei denjenigen Aspekten der Einschätzung über die Existenz einer Friedensbedrohung, eines Friedensbruchs oder einer Aggression, die eine Wertung voraussetzen. Dazu gehören die Würdigung der Indizien und Tatsachen sowie die wertende Betrachtung bei der Festlegung der abstrakt erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle, nicht aber die sorgfältige Ermittlung der Indizien. Der Beurteilungsspielraum wird indes begrenzt durch eine Willkür- und eine Missbrauchskontrolle: Die Wertungsentscheidung des SR darf daher weder irrational noch von zweckwidrigen Motiven bestimmt sein. Darüber hinaus muss der SR bei dem gesamten Einschätzungsvorgang verfahrensrechtliche Anforderungen einhalten. Dazu zählt neben der Berücksichtigung des Vetorechts und rudimentären Transparenzpflichten insbesondere, dass der Staat, der friedensbedrohender Tätigkeiten verdächtigt wird, Gelegenheit bekommen muss, sich zu dem Verdacht zu äußern. Eine hinter diesen Anforderungen zurückbleibende Resolution ist grundsätzlich rechtswidrig und muss aufgehoben werden; unwirksam ist sie erst bei einem offensichtlich schweren Mangel. Während sich eine grundsätzliche Pflicht zur Offenlegung der maßgeblichen Indizien im unilateralen Bereich wohl begründen lässt, ist die Staatenpraxis im Bereich kollektiver Sicherheit diesbezüglich noch zurückhaltend.

Trotz dieser Unterschiede zwischen Fehlvorstellungen bei unilateraler und kollektiver Gewalt liegen nach hier befürworteter Sicht beide immer noch näher beieinander als in der Literatur häufig angenommen wird: Der SR ist kein über der Charta schwebendes Organ; auch seine Irrtümer können der Rechtmäßigkeit einer Gewaltautorisierung unter bestimmten Umständen schaden. Unilateral agierende Staaten schultern umgekehrt nicht ausnahmslos das volle Irrtumsrisiko; auch ihnen kann eine Fehlvorstellung zugutekommen. Dieses Ergebnis entspricht nach Ansicht der Verfasserin nicht nur dem geltenden Völkerrecht, sondern ist auch ein billiges Resultat, das die betroffenen Interessen in angemessenen Ausgleich bringt, Staa-

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten so zum Respekt der Regeln des ius contra bellum anhält und damit zur Stabilität der friedenssicherungsrechtlichen Ordnung beiträgt. Gleichzeitig fügt sich das Friedenssicherungsrecht damit gut in das übrige Völkerrecht ein, das für die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen ebenfalls Raum lässt.

Nicht nur die hier untersuchten Fragestellungen verdienen weitere Reflexion. Auch eine Reihe von Fragen, die hier nicht oder nur am Rande erörtert wurden, harrt noch der Klärung. So kann bei kollektiven Fehlvorstellungen der zeitliche Kontext schwierige Fragen hinsichtlich der von der fehlerbehafteten Resolution ausgehenden Rechtswirkung aufwerfen: Kann sie noch als Basis für zukünftige staatliche Gewaltmaßnahmen dienen, wenn die Fehlvorstellung aufgedeckt wurde und die SR-Resolution (wegen Willkür, Befugnismissbrauchs oder Verfahrensfehlern) zwar rechtswidrig, aber (mangels Schwere des Fehlers) wirksam und noch nicht aufgehoben ist? Kann sie es, wenn die SR-Resolution (mangels Willkür, Befugnismissbrauchs und Verfahrensfehlers) rechtmäßig erlassen wurde, aber die Staatengemeinschaft von der wahren Sachlage erfährt oder der handlungswillige Staat gar von Anfang an darum weiß? Wann kann eine Fehlvorstellung überhaupt als „aufgedeckt" gelten: wenn die Staatengemeinschaft nach einem Jahr keine Massenvernichtungswaffen gefunden hat? Oder erst nach zehn Jahren vergeblicher Suche? Weitgehend unbeschrieben ist auch das Blatt staatlicher Fehlvorstellungen bei der *Umsetzung* einer SR-Resolution, die selbst frei von Fehlvorstellungen ist, etwa, wenn der Staat das SR-Mandat wegen eines Tatsachenirrtums überschreitet. In rechtspolitischer Hinsicht muss die Auseinandersetzung über die noch unzureichenden Verfahrensanforderungen im SR vertieft werden. Im Bereich unilateraler Gewalt lohnt es sich, darüber nachzudenken, wie die identifizierte Pflicht zur Offenlegung der Indizien, eine zentrale Stellschraube für die Kontrolle unilateraler Wahrscheinlichkeitsurteile, effektiv durchgesetzt werden kann.

Das Problem des Irrtumsrisikos bei den Ausnahmen vom Gewaltverbot ist also noch nicht gelöst. Doch sind einige Grundlagen gelegt, die hoffentlich dazu beitragen, das Bewusstsein für die Problematik zu schärfen, divergierende Literaturstimmen aufeinander aufmerksam und die zentralen Gesichtspunkte sichtbar zu machen, auf die sich der gerade erst beginnende Diskurs konzentrieren sollte.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Summary

This study examines how the risk of factual mistakes is distributed between the different actors under the law on the use of force of the United Nations Charter (UNC). It explores the legal consequences when an actor wrongly assumes the factual requirements of an exception to the prohibition of force to be fulfilled. The study distinguishes between mistakes in the context of unilateral uses of force, i.e., outside a Security Council mandate, and mistakes in the collective security system: the first main question is whether a state using force against another state violates the prohibition of force under Article 2 (4) UNC when it mistakenly believes the factual requirements of a unilateral exception to be met, e.g., it wrongly assumes itself to be the victim of an armed attack although no such attack is taking place. The second key issue is how to deal with "collective mistakes", i.e., the wrong assumption of the Security Council that a state poses a threat to the peace when adopting sanctions against this state, including resorting to force.

I.

For conceptual clarity, the situation where the actor is (erroneously) *convinced* that the factual requirements of a justification to use force exist ("mistake" in the strict sense) should be distinguished from the situation where the actor is aware of having incomplete knowledge but wrongly *assumes* that these justifying facts are likely ("false suspicion"). These two types of misperception, both referring to a current situation, may finally be distinguished from misperceptions about a *prognostic element* of the relevant justification ("false prognosis"), e.g., the case in which a state concludes from the present circumstances – which it assesses correctly – that an armed attack is imminent, but, as it turns out later, the attack would actually not have occurred.

The study departs from the finding that in other branches of international law – namely, in the law of armed conflict, human rights law, international environmental and health law, and even the often-called "objective" law of state responsibility – some facts are assessed from the perspective of a reasonable actor. These branches hence take into account, to a certain extent, *reasonable mistakes* by the actor.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

As the *jus contra bellum* may not necessarily be ruled by the same principles, the study continues to examine whether analogies may be drawn to domestic law. It is argued here that the problem of mistaken self-defence in international law raises similar questions to mistaken ("putative") self-defence in criminal law, while mistaken Security Council action may be compared to mistaken police action under domestic law (e.g., a police officer killing a citizen in the mistaken belief that this citizen threatens the life of another person). These analogies are based on the fact that the same normative considerations apply: "necessity rights" such as self-defence in domestic criminal law exceptionally confer to a citizen the right to use force where the state, principally enjoying the monopoly of force, is not able to protect the latter effectively in exercise of its sovereign powers. A similar relationship can be identified between self-defence under Article 51 and the primary responsibility of the Security Council for the maintenance of international peace and security (Article 24 (1) UNC), prohibiting states from resorting to force unilaterally in principle (Article 2 (4) UNC). The study infers from this analogy that, as is the case in national law, there are reasons to assume that mistakes of fact may be considered relevant to a greater extent in the context of collective security action than in the context of unilateral use of force. This is because the collective security system is in particular dependent on being *effective*, as the international community's trust in the Security Council's peacekeeping function hinges on its capacity to act.

II.

In analysing the sources of international law (Article 38 ICJ Statute), the study first turns to mistakes with regard to *unilateral* exceptions to the prohibition of force. While the study also embraces the rescue of nationals and the humanitarian intervention – the latter being considered a unilateral exception possibly emerging under customary international law, at least in future – it focuses mainly on the right to reactive and anticipatory self-defence, both being considered as lawful *de lege lata*.

The analysis of state practice mostly leads to ambiguous results: at least it emerges clearly from state practice that unreasonable (i.e., avoidable) mistakes and false suspicions based on a very low probability do not protect the acting state from violating Article 2 (4) UNC. State practice is, however, less clear with regard to reasonable misperceptions: while a number of small-scale uses of force may be read as pointing slightly towards assessing the requirements of reactive self-defence on the basis of the evidence available at the moment of action ("objective *ex ante* perspective"),

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

this tendency being confirmed by statements made in the context of cyber war and anticipatory self-defence, incidents in the context of terrorism point in the opposite direction ("*ex post* perspective"). Many cases – for example, the Six-Day War of 1967, the Entebbe incident of 1976, or the Iraq War of 2003 – do not give any clear answer as to the perspective from which the requirements of self-defence must be assessed.

The study therefore continues to analyse the text of Articles 2 (4) and 51 UNC, taking into account the case law of the International Court of Justice and – based on the analogy established above and a comparison of seven legal orders – the solutions that national and international criminal law provide to the problem of mistaken self-defence. The study comes to the conclusion that, first, the wording and purpose of Article 51 UNC preclude that the requirements of self-defence be read from an (objective) *ex ante* perspective. For this would equate mistaken and actual self-defence, precluding without any valid reason the right of the victim state to defend itself. Second, it is not possible to consider the (reasonably) mistaken state as being merely *excused*, as Article 2 (4) UNC does not require the acting state to act *culpably* in the sense that it must be individually reproached for the Article 2 (4) violation. Third, however, in the author's view, Article 2 (4) UNC must be read as requiring the state using force to at least *be able to know* the facts from which it follows that the use of force is unjustified. This reading follows primarily from the fact that Article 2 (4) UNC must be construed as an obligation of conduct (and not of result) that by its nature supposes the non-respect of a due-diligence requirement. From this, it can be concluded that *a state that is mistaken although it acted diligently – and could hence not avoid its misperception – does not violate Article 2 (4) UNC*. Still, such state that is using objectively unjustified force may only be considered as "limitedly justified". As Article 51 UNC must be read as requiring only an "objectively" unjustified armed attack (regardless of whether the attacker acted negligently) for the right of self-defence to be triggered, the victim state retains its right to defend itself even against the unavoidably mistaken state that is limitedly justified. This rule must, fourthly, be nuanced in case the victim state itself provoked the misperception. It can be argued that if such provocation amounts to a prohibited threat or even a small-scale use of force under Article 2 (4) UNC, the victim state is precluded from invoking its right of self-defence and claiming that the unreasonably mistaken actor violated Article 2 (4) UNC. This preclusion may be based on the Clean Hands doctrine. It is, fifthly, only the "reasonable false prognosis" that may be considered as justifying the state's using force *completely*, as the uncertainty inherent in the prognostic

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

element – the element that the state's misperception refers to here – is already factored into the prognostic exceptions to Article 2 (4) UNC, such as anticipatory self-defence.

The study then sets out to specify the requirements for a "diligent misperception" that protects the state from violating Article 2 (4) UNC. It can mainly be inferred from state practice that a state, in order to "err unavoidably" (in case of a mistake) or "assume diligently" (in case of a false suspicion), must (1) *identify* all relevant evidence diligently, (2) *assess* this evidence diligently in order to determine whether an armed attack is taking place or is imminent, and (3) in case it is uncertain about the existence or the origin of the attack (the case of the false suspicion), not act unless the probability of the attack exceeds a certain *de minimis* threshold. Such threshold depends on the respective costs of a false-positive decision (the decision to use force although no attack actually occurred/was imminent) and a false-negative one (the decision not to act although an attack actually occurred). Depending on whether there is a risk that the conflict may escalate and whether the force used exceeds or falls short of the assumed threat, the probability threshold may vary from a preponderance of evidence to a high probability or even a conviction beyond a reasonable doubt. Further, whether a state was mistaken depends only on the perception of the decisionmaker, while a mistake may be considered as avoidable as soon as any state organ possesses or could possess the relevant information and could be expected to transmit this information to the decisionmaker. The state's decision may be completely reviewed by a potential Court or the Security Council. There is no reason to assume that a state using force unilaterally enjoys any margin of discretion, even with regard to the assessment of evidence, for which there is no single correct result, as such assessment requires a subjective judgement of probability. Finally, in order for the international community to be able to assess whether the state formed its conviction on justifying circumstances diligently, the state must in principle reveal the relevant evidence to the public. Legitimate interests in the confidentiality of the information may only be taken into account to the extent that the international community is still in a position to review the action.

III.

With regard to collective mistakes by the Security Council – i.e., its member states – the study is based on the idea that Article 39 UNC contains material requirements that must be met for the Security Council to adopt measures under Chapter VII of the UNC. It further assumes that even if a

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

state does not need to have breached international law to become the target of a Security Council sanction, it must in some way be responsible for the relevant threat. For otherwise, the Security Council would disregard its obligation not to act arbitrarily, a principle stemming from the rule of law that the Council, in the author's view, is bound by.

On this basis, state practice clearly indicates that a threat to the peace does not require the relevant facts from which the threat and the targeted state's responsibility stem to exist *ex post*. A "reasonable suspicion" of the existence of these facts suffices to trigger the Security Council's power to intervene. It is in line with the textual interpretation of Articles 39 and 42 UNC, case law, and the above-mentioned analogy to national police law that the factual requirements for the threat to the peace hence need only exist from an objective *ex ante* view. This follows already from the generally recognised *discretionary competence of the Security Council* to determine the existence of a threat to the peace under Article 39 UNC, reflecting the mentioned concern that the Security Council's action must be particularly effective. However, state practice indicates that this prerogative and the resulting margin of discretion do not extend to the entire formation of the collective conviction that a threat to the peace exists but only refer to the *assessment* of evidence and the definition of the necessary probability threshold for the relevant facts to exist. For it is only these operations that necessitate an evaluative decision. As there is hence no single correct answer as to the result of these operations, it is for the Security Council, which is primarily responsible for maintaining international peace and security, not the International Court of Justice – the only organ that might potentially be able to review the action – to make these evaluative decisions. The margin of discretion may however not embrace the duty to collect the relevant evidence, as this duty does not as such include any evaluative assessment. Finally, it is argued that even where the Council's margin of discretion applies, it is limited by the prohibition of acting arbitrarily, hence excluding contradictory, incomplete, or otherwise irrational assessments. Further, the Council is bound by basic procedural obligations, notably the duty to hear the state concerned and to respect basic transparency requirements.

IV.

In sum, the analysis demonstrates that, as at the national level, factual mistakes are considered to a greater extent in the collective security system than in the context of unilateral uses of force. Nevertheless, both situations are closer together than is sometimes claimed: neither does the Security

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Council hover above the Charter, nor do states using force unilaterally bear the complete risk of mistakes. This result, in the author's view, is not only the *lex lata* but also appropriately reflects the interests concerned. In this way, the *jus contra bellum* fits in well with the landscape of international law.

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Abraham, Kenneth S.: Strict Liability in Negligence, DePaul Law Review 61 (2012), S. 271–302, zit.: Abraham, DePaul L. Rev. 61 (2012), S. 271

Abramchayev, Liliya: A Socia Contract Argument for the State's Duty to Protect from Private Violence, Journal of Civil Rights and Economic Development 18 (2004), S. 849–874, zit.: Abramchayev, J. Civ. Rights & Ec. Dev. 18 (2004), S. 849

Acton, James M.: The Problem with Nuclear Mind Reading, Survival 51 (2009), S. 119–142, zit.: Acton, Survival 51 (2009), S. 119

Ader, Werner: Gewaltsame Rettungsaktionen zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, München 1988, zit.: Ader, Gewaltsame Rettungsaktionen

Aghayev, Isfandiyar: Russian Criminal Law, Leipzig 2017, zit.: Aghayev, Russian Criminal Law

Ago, Roberto: Le délit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 68 (1939), S. 415–554, zit.: Ago, RCADI 68 (1939), S. 415

Ahmed, Farrah/*Perry*, Adam: Expertise, Deference, and Giving Reasons, Public Law (2012), S. 221, verfügbar auf SSRN, zit.: Ahmed/Perry, Public Law (2012), S. 221, verfügbar auf SSRN

Akande, Dapo/*Liefländer*, Thomas: Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense, American Journal of International Law 107 (2013), S. 563–570, zit.: Akande/Liefländer, AJIL 107 (2013), S. 563

Akande, Dapo/*Milanovic*, Marko: The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution, EJIL: Talk! vom 21. November 2015; zit.: Akande/Milanovic, EJIL: Talk!, 21. November 2015

Akande, Dapo: Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense, American Journal of International Law 107 (2013), S. 563–570, zit.: Akande, AJIL 107 (2013), S. 563

Akehurst, Michael: Humanitarian Intervention, in: Bull, Hedley (Hrsg.), Intervention in World Politics, S. 95–118, Oxford 1984, zit.: Akehurst, in: Bull, Intervention in World Politics, S. 95

The Hierarchy of the Sources of International Law, British Yearbook of International Law 47 (1976), S. 273–285, zit.: Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273

Alder, Murray C.: The Inherent Right of Self-Defence in International Law, Dordrecht 2013, zit.: Alder, Inherent Right of Self-Defence

Alexander, Larry: Unified Excuse of Preemptive Self-Protection, Notre Dame Law Review 74 (1999), S. 1475–1505, zit.: Alexander, Notre Dame L. Rev. 74 (1999), S. 1475

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allison, Roy: Russian 'Deniable' Intervention in Ukraine: How and Why Russia Broke the Rules, International Affairs 90 (2014), S. 1255–1297, zit.: Allison, Int'l Affairs 90 (2014), S. 1255–1297

Alston, Philip: The CIA and Targeted Killings Beyond Borders, Harvard National Security Journal 2 (2011), S. 283–446, zit.: Alston, Harvard Nt'l Sec. J. 2 (2011), S. 283

Alvarez, José E.: Judging the Security Council, American Journal of International Law 90 (1996), S. 1–39, zit.: Alvarez, AJIL 90 (1996), S. 1

Ambos, Kai, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, zit.: Ambos, AT des Völkerstrafrechts
General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1–32, zit.: Ambos, Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1

Amarasinghe, Punsara/*Jayawardne*, Eshan: International Law and the Downing of Ukraine International Airlines Flight 752, BESA Center Perspectives Paper No. 1414, 21. Januar 2020, zit.: Amarasinghe/Jayawardne, BESA Center Perspectives Paper No. 1414, 21. Januar 2020

Amerasinghe, Chittharanjan Felix: Evidence in International Litigation, Leiden 2005, zit.: Amerasinghe, Evidence in International Litigation
The Law of the International Civil Service, Oxford 1988, zit.: Amerasinghe, Law of the International Civil Service

Ansermet, Lydia: Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea, Vanderbilt Journal of Transnational Law 47 (2014), S. 1425–1464, zit.: Ansermet, Vanderbilt J. Transnt'l L. 47 (2014), S. 1425

Arnauld, Andreas von: Völkerrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2016, zit.: von Arnauld, Völkerrecht

Arntz, Joachim: Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen, Berlin 1975, zit.: Arntz, Begriff der Friedensbedrohung

Aroneaunu, Eugène: La définition de l'agression, Paris 1958, zit.: Aroneaunu, La définition de l'agression

Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law, 6. Auflage, Oxford 2009, zit.: Ashworth, Principles, 6. Aufl.

Aust, Helmut: Complicity and the Law of State Responsibility, Cambridge 2011, zit.: Aust, Complicity

Badar, Mohamed Elewa: The Concept of Mens Rea in International Criminal Law – The Case for a Unified Approach, Oxford/Portland 2013, zit.: Badar, Concept of Mens Rea

Bader, Johann/*Ronellenfitsch*, Michael (Hrsg.): BeckOK VwVfG, 48. Auflage, 1. Juli 2020, zit.: BeckOK VwVfG/Autor

Baker, Paul/*Hardie*, Andrew/*McEnery*, Tony: A Glossary of Corpus Linguistics, Edinburgh 2006, zit.: Baker/Hardie/McEnery, A Glossary of Corpus Linguistics

Bakircioglu, Onder: Self-Defence in International and Criminal Law: The Doctrine of Imminence, London 2011, zit.: Bakircioglu, Self-Defence

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Banks, William C./*Criddle*, Evan J.: Costumary Constraints on the Use of Force: Article 51 with an American Accent, Leiden Journal of International Law 29 (2016), S. 67–93, zit.: Banks/Criddle, Leiden J. Int'l. L. 29 (2016), S. 67

Bannelier, Karine/*Christakis*, Theodore: Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict, Leiden Journal of International Law 26 (2013), S. 855–874, zit.: Bannelier/Christakis, Leiden J. Int'L L. 26 (2013), S. 855

Barak, Ehud: The Myths Spread About Camp David Are Baseless, in: Shimon, Shamir/Maddy-Weitzman (Hrsg.): The Camp David Summit – What Went Wrong? Americans, Israelis, and Palestinians Analyze the Failure of the Boldest Attempt Ever to Resolve the Palestinian-Israeli Conflict, S. 117–147, Brighton 2005, zit.: Barak, in: Shimon/Maddy-Weitzman, The Camp David Summit, S. 117

Bassiouni, M. Cherif: International Criminal Law, A Draft International Criminal Code, Alphen am Rhein 1980, zit.: Bassiouni, Draft International Criminal Code

The Middle East: The Misunderstood Conflict, University of Kansas Law Review 19 (1971), S. 373–402, zit.: Bassiouni, Univ. Kansas L. Rev. 19 (1971), S. 373

Baumgold, Deborah (Hrsg.): Three-Text Edition of Thomas Hobbes's Political Theory – The Elements of Law, De Cive and Leviathan, Cambridge 2017, zit.: Baumgold, Three-Text Edition

Bäumler, Jenela: Das Schädigungsverbot im Völkerrecht, Berlin 2017, zit.: Bäumler, Schädigungsverbot

Beck, Robert J./*Arendt*, Anthony Clark: Don't Tread on Us: International Law and Forcible State Responses to Terrorism, Wisconsin International Law Journal 12 (1993), S. 153–219, zit.: Beck/Arendt, Wisconsin Int'l L. J. 12 (1993), S. 153

Behuniak, Thomas E.: The Seizure and Recovery of the S. Mayaguez: A Legal Analysis Of United States Claims, Military Law Review 82 (1978), S. 41–170 (Part One) und Military Law Review 83 (1979), S. 59–129 (Part Two), zit.: Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 bzw. 59

Bernardini, Roger: Légitime défense, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Oktober 2017, zit.: Bernardini, Légitime défense

Bernhard, Rudolf: Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), S. 430–452, zit.: ZaöRV 24 (1964), S. 430

Bethlehem, Daniel: Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors, American Journal of International Law 106 (2012), S. 770–777, zit.: Bethlehem, AJIL 106 (2012), S. 770

Beyer, Wayne C.: Police Shootings under the Fourth Amendment, Richmond Journal of Law and the Public Interest (2005), S. 1–57, zit.: Beyer, Richmond J. L. Public Interest (2005), S. 1

Beyerlin, Ulrich: Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 37 (1977), S. 213–243, zit.: Beyerlin, ZaöRV 37 (1977), S. 217

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bianchi, Andrea/*Peters*, Anne (Hrsg.): Transparency in International Law, Cambridge 2013, zit.: Autor, in: Bianchi/Peters, Transparency in International Law

Biersteker, Thomas J.: Targeted Sanctions and Individual Human Rights, International Journal 65 (2009–10), S. 99–117, zit.: Biersteker, Int'l J. 65 (2009–10), S. 99

Bilfinger, Carl: Vollendete Tatsache und Völkerrecht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 15 (1953/1954), S. 435–481, zit.: Bilfinger, ZaöRV 15 (1953/1954), S. 435

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung, 4. Auflage, Leipzig 1922, zit.: Binding, Normen, Band

Bindschedler, Rudolf L.: La délimitation des compétences des *Nations Unies*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 108 (1963-I), S. 307–422, zit.: Bindschedler, RCADI 108 (1963-I), S. 307

Blank, Laurie R.: The Application of IHL in the Goldstone Report: A Critical Commentary, Yearbook of International Humanitarian Law 12 (2009), S. 347–402, zit.: Blank, YBIHL 12 (2009), S. 347
Rules of Engagement and Legal Frameworks for Multinational Counter-Piracy Operations, Case Western Reserve Journal of International Law 46 (2013), S. 397–409, zit.: Blank, Case Western Res. J. Int'l L. 46 (2013), S. 397

Bleckmann, Albert: Analogie im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 17 (1977), S. 161–180, zit.: Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161
Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 37 (1977), S. 504–529, zit.: Bleckmann, ZaöRV 37 (1977), S. 504

Blokker, Niels: Is the Authorization authorized?, European Journal of International Law 11 (2000), S. 541–568, zit.: Blokker, EJIL 11 (2000), S. 541

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978, zit.: Böckenförde, Staat als sittlicher Staat

Bogendörfer, Markus: Dimensionen des Risikomanagements von kapitalmarktorientierten Lebensversicherungsunternehmen, Lohmar 2010, zit.: Bogendörfer, Dimensionen des Risikomanagements

Bonafè, Beatrice I.: The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes, Leiden 2009, zit.: Bonafè, Relationship

Boré, Jacques/*Boré*, Louis, La cassation en matière pénale 2012/2013, 3. Auflage, Paris 2011, zit.: Boré/Boré, La cassation en matière pénale

Bork, Reinhard: Wissenszurechnung im Insolvenz(anfechtungs)recht: Der Betrieb (2012), S. 33–41, zit.: *Bork,* DB (2012), S. 33

Bosco, Robert M.: The Assassination of Rafik Hariri: Foreign Policy Perspectives, International Political Science Review 30 (2009), S. 349–361, zit.: Bosco, Int'l Pol. Sc. Rev. 30 (2009), S. 349

Bothe, Michael: Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1976), S. 280–299, zit.: Bothe, ZaöRV 1976, S. 280
Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force, European Journal of International Law 14 (203), S. 227–240, zit.: Bothe, EJIL 14 (203), S. 227

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bothe, Michael/*O'Connell*, Mary Ellen/*Ronzitti*, Natalino: Redefining Sovereignty: The Use of Force after the Cold War, Ardsley 2005, zit.: Autor, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty

Bowett, Derek W.: Self-Defence in International Law, New York 1958, zit.: Bowett, Self-Defence

The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures, European Journal of International Law 5 (1994), S. 89–101, zit.: Bowett, EJIL 5 (1994), S. 89

Bradford, William C., The Duty to Defend Them: A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War, Notre Dame Law Review 79 (2004), S. 1365–1492; zit.: Bradford, Notre Dame L. Rev. 79 (2004), S. 1365

Bradley, Curtis A./*Gulati*, Mitu: Withdrawing from International Custom, The Yale Law Journal 120 (2010), S. 202–275, zit.: Bradley/Gulati, Yale L. J. 120 (2010), S. 202

Brandt, Richard B.: Conscience (Rule) Utilitarianism and the Criminal Law, Law and Philosophy 14 (1995), S. 65–89, zit.: Brandt, Law and Phil. 14 (1995), S. 65

Braun, Johann: Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?, Neue Juristische Wochenschrift (1998), S. 941–944, zit.: Braun, NJW (1998), S. 941

Brenner, Joe: America the Vulnerable: Inside the New threat Matrix of Digital Espionage, Crime and Warfare, London 2011, zit.: Brenner, America the Vulnerable

Brière, Yves de la: Le droit de juste guerre, Paris 1938, zit.: De la Brière, Le droit de juste guerre

Brinkmann, Moritz: Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005, zit.: Brinkmann, Beweismaß

Brown, Gary D.: Why Iran Didn't Admit Stuxnet Was an Attack, Joint Force Quarterly 63 (2011), S. 69–73, zit.: G. D. Brown, Joint Force Quart. 63 (2011), S. 69

Brown, Rory S.: Shooting Down Civilian Aircraft: Illegal, Immoral and Just Plane Stupid, Revue québequoise de droit international 20 (2007), S. 57–105, zit.: R. S. Brown, Rev. québequoise dr. int'l 20 (2007), S. 57

Brown, Seyom: The Illusion of Control: Force and Foreign Policy in the Twenty-First Century, Washington 2003, zit.: S. Brown, Illusion of Control, S. 113

Brownlie, Ian: International Law and the Use of Force by States, Oxford 1963, zit.: Brownlie, Use of Force

The Use of Force in Self-Defence, British Yearbook of International Law 37 (1961), S. 183–268, zit.: Brownlie, British YB Int'l L. 37 (1961), S. 183

Bruha, Thomas: Die Definition der Aggression, Berlin 1980, zit.: Bruha, Definition der Aggression

Irak-Krieg und Vereinte Nationen, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), S. 295–313, zit.: Bruha, AdV 41 (2003), S. 295

Buisson, Jacques: Force publique, Repertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Oktober 2002, aktualisiert März 2009, zit.: Buisson, Force publique

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Burchard, Christoph: „Räuber oder Gendarm?“ Notwehr gegen unangekündigte Hausdurchsuchungen im Spiegel deutsch-amerikanischer Rechtsvergleichung, zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, HöchstRicherliche Rechtsprechung im Strafrecht 10 (2012), S. 421–453, zit.: Burchard, HRRS 10 (2012), S. 421

Burgelin, Jean-François: La légitime défense reconnue par le juge pénal ne peut donner lieu, devant la juridiction civile, à une action en dommages-intérêts de la part de celui qui l'a rendue nécessaire, Recueil Dalloz (1992), S. 353, zit.: Burgelin, Recueil Dalloz (1992), S. 353

Burkhardt, Björn/*Merkel*, Reinhard: Streitgespräch „Reparaturanstalt für verletzte Normen“, Gehirn & Geist vom 11. April 2016, zit.: Streitgespräch zwischen Björn Burkhard und Reinhard Merkel, Gehirn & Geist vom 11. April 2016

Busch, Richard: Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig 1933, zit.: Busch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Verbände

Butler, William E. (Hrsg.): International in Comparative Perspective, Alphen am Rhein 1980, zit.: Autor, in: Butler, International Law in Comparative Perspective

Butler, William E./*Maggs*, Peter B./*Quigley*, John B. (Hrsg.): Law After Revolution: Essays on Socialist Law in Honor of Harold J. Berman, New York 1988, zit.: Butler/Maggs/Quigley, Essays on Socialist Law in Honor of Harold J. Berman

Byers, Michael: Agreeing to Disagree: Security Council Resolution 1441 and Intentional Ambiguity, Global Governance 10 (2005), S. 165–186, zit.: Byers, Global Governance 10 (2005), S. 165

Preemptive Self-Defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change, Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 171–190, zit.: Byers, J. Pol. Phil. 11 (2003), S. 171

Byrd, B. Sharon: Putative Self-Defense and Rules of Imputation in Defense of the Battered Woman, Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics 2 (1994), S. 283–306, zit.: Byrd, Jahrbuch für Recht u. Ethik 2 (1994), S. 283

Cameron, Iain: UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights, Nordic Journal of International Law 72 (2003), S. 159–214, zit.: I. Cameron, Nordic J. Int'l L. 72 (2003), S. 159

Cameron, James: The Status of the Precautionary Principle in International Law, in: O'Riordan, Timothy/Cameron, James (Hrsg.): Interpreting the Precautionary Principle, S. 263–283, London 1994, zit.: J. Cameron, in: O'Riordan/J. Cameron, Interpreting the Precautionary Principle, S. 283

Cameron, James/*Abouchar*, Juli: The Precautionary Principle: A Fundamental, Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment, Boston College International and Comparative Law Review 14 (1991), S. 1–27, zit.: J. Cameron/Abouchar, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 14 (1991), S. 1

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Cannizzaro, Enzo/*Palchetti*, Paolo: Ultra Vires acts of International Organizations, in: Klabbers, Jan/Wallendahl, Åsa (Hrsg.), Research Handbook on the Law of International Organizations, S. 365–397, Cheltenham 2011, zit.: Cannizzaro/Palchetti, in: Klabbers/Wallendahl (Hrsg.), Research Handbook on the Law of International Organizations, S. 365

Cannizzaro, Enzo: A Macchiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law, International Organizations Law Review 3 (2006), S. 189–224, zit.: Cannizzaro, Int'l Org. L. Rev. 3 (2006), S. 189

Canor, Iris: When Jus ad Bellum Meets Jus in Bello: The Occupier's Right of Self-Defence against Terrorism Stemming from Occupied Territories, Leiden Journal of International Law 19 (2006), S. 129–149, zit.: Canor, Leiden J. Int'l L. 19 (2006), S. 129

Caplin, Andrew/*Nalebuff*, Barry: On 64 %-Majority Rule, Econometrica 56 (1988), S. 787–814, zit.: Caplin/Nalebuff, Econometrica 56 (1988), S. 787

Card, Richard, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law, 18. Auflage, Oxford 2008, zit.: Card, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law

Caron, David D.: The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council, American Journal of International Law 87 (1993), S. 552–588, zit.: Caron, AJIL 87 (1993), S. 552

Cassese, Antonio/*Gaeta*, Paola/*Jones*, John R. W. D (Hrsg.): The Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford 2002, zit.: Autor, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute

Cassese, Antonio/*Gaeta*, Paola: Cassese's International Criminal Law, 3. Auflage, Oxford 2013, zit.: Cassese/Gaeta, Cassese's International Criminal Law
International Law, 2. Auflage, Oxford 2005, zit.: Cassese, International Law, 2. Aufl.

Cassese, Antonio: Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, European Journal of International Law 10 (1999), S. 23–30, zit.: Cassese, EJIL 10 (1999), S. 23

Cavaré, Louis: Les sanctions dans le cadre de l'ONU, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (1952 I), S. 195–291, zit.: Cavaré, RCADI (1952 I), S. 195
Les sanctions dans le pacte de la S.D.N. et dans la Charte des N.U., Revue générale de droit international public (1950), S. 647–674, zit.: Cavaré, RGDIP (1950), S. 647

Cedras, Jean: Le dol éventuel : aux limites de l'intention, Recueil Dalloz (1995), S. 18–20, zit.: Cedras, Recueil Dalloz (1995), S. 18

Chachko, Elena/*Deeks*, Ashley: Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?, Lawfare vom 10. Oktober 2016, zit.: Chachko/Deeks, Lawfare v. 10. Oktober 2016

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Chappez, Jean: Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montreal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahirya arabe libyenne contre États-Unis et Jamahirya arabe libyenne contre Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, Annuaire français de droit international 38 (1992), S. 468–479, zit.: Chappez, AFDI 38 (1992), S. 468

Charney, Jonathan I.: The Use of Force Against Terrorism and International Law, American Journal of International Law 95 (2001), S. 835–839, zit.: Charney, AJIL 95 (2001), S. 835

Cheng, Bin: General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge 2006 (London 1953), zit.: Cheng, General Principles of Law

Choi, Jin-Tai/*Munson*, Robert B.: Aviation Terrorism: Historical Survey, Perspectives and Responses, New York 1994, zit.: Choi/Munson, Aviation Terrorism

Clapham, Andrew/*Gaeta*, Paola/*Sassòli*, Marco: The 1949 Geneva Conventions, A Commentary, Oxford 2015, zit.: Autor, in: Clapham/Gaeta/Sassòli, The 1949 Geneva Conventions, A Commentary

Clark, Andy: Whatever next? Predictive Brains, Situated Agents, and the Future of Cognitive Science, Behavioral and Brain Sciences 36 (2013), S. 1–21, zit.: Clark, Behavioral and Brain Sciences 36 (2013), S. 1

Clark, Roger S., Humanitarian Intervention: Help to Your Friends and State Practice, Georgia Journal of International & Comparative Law 13 (1983), S. 211–215, zit.: Clark, Ga. J. Int'l & Comp. L. 13 (1983), S. 211

Clausewitz, Carl von: Vom Kriege, 16. Auflage, Vollständige Ausgabe im Urtext mit historisch-kritischer Würdigung von Dr. Werner Hahlweg, Drei Teile in einem Band, Bonn 1952, zit.: von Clausewitz, Vom Kriege

Combacau, Jean: Le pouvoir de sanction de l'O.N.U.: Étude théorique de la coercition non militaire, Paris 1974, zit.: Combacau, Le pouvoir de sanction

Conforti, Benedetto: Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, Colloques de l'Académie de droit international de La Haye, Boston 1993, zit.: Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité

Constant, Jean: Traité élémentaire de droit pénal: principes généraux du droit pénal positif belge, Tome I: La loi pénale, l'infraction, le déliquant, Liège 1965, zit.: Constant, Traité élémentaire de droit pénal

Constantinou, Avra: The Right of Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter, Athen 2000, zit.: Constantinou, Right of Self-Defence

Cooney, Rosie: The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management: An Issues Paper for Policy-makers, Researchers and Practitioners, IUCN Policy and Global Change Series 2 (4), zit.: Cooney, Precautionary Principle

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Corten, Olivier: Le droit contre la guerre, 2. Auflage, Paris 2014, zit.: Corten, Le droit contre la guerre
The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate, European Journal of International Law 15 (2016), S. 803–822, zit.: Corten, EJIL 15 (2016), S. 803
The Law Against War, London 2012, zit.: Corten, Law Against War
The Notion of "Reasonable" in International Law: Discourse, Reason and Contradictions, The International and Comparative Law Quarterly 48 (1999), S. 613–625, zit.: Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613
The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?, Leiden Journal of International Law 29 (2016), S. 777–799, zit.: Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777

Corthay, Eric Louis: Legal Bases for Forcible Maritime Interdiction Operations Against Terrorist Threat on the High Seas, Australian & New Zealand Maritime Law Journal 31 (2017), S. 53–74, zit.: Corthay, Australian & New Zealand Maritime L. J. 31 (2017), S. 53

Cot, Jean-Pierre/*Pellet*, Alain/*Forteau*, Mathias (Hrsg.): La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article, 3. Auflage, Paris 2005, zit.: Autor, in: Cot/Pellet/Forteau

Cotton, Michele: A Foolish Consistency: Keeping Determinism out of the Criminal Law, Public Interest L. J. 15 (2005), S. 1–48, zit.: Cotton, Public Interest L. J. 15 (2005), S. 1
The Necessity Defense and the Moral Limits of Law, New Criminal Law Review 18 (2015), S. 35–70, zit.: Cotton, New Crim. L. Rev. 18 (2015), S. 35

Craig, Paul: EU Administrative Law, 3. Auflage, Oxford 2018, zit.: Craig, EU Administrative Law

Crawford, James/*Pellet*, Alain/*Olleson*, Simon (Hrsg.): The Law of International Responsibility, Oxford 2010, zit.: Autor, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility

Crawford, James: Brownlie's Principles of Public International Law, 9. Auflage, Oxford 2019, zit.: Crawford, Brownlie's Principles
State Responsibility, The General Part, Cambridge 2013, zit.: Crawford, State Responsibility

Crema, Luigi: Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s), European Journal of International Law 21 (2010), S. 681–700, zit.: Crema, EJIL 21 (2010), S. 681

Cristol, A. Jay: The Liberty Incident Revealed: The Definitive Account of the 1967 Israeli Attack on the U.S. Navy Spy Ship, 2. Auflage, Annapolis 2013, zit.: Cristol, Liberty Incident Revealed

Cuéllar, Javier Pérez de: Independence and Impartiality: As the Heart and Soul of the Secretary-General, UN Chronicle 52 (2015), S. 11–12, zit.: de Cuéllar, UN Chronicle 52 (2015), S. 11

Czapliński, Wladyslaw/*Danilenko*, Gennady: Conflicts of Norms in International Law, Netherlands Yearbook of International Law 21 (1990), S. 3–42, zit.: Netherlands YB Int'l L. 21 (1990), S. 3

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Czapliński, Wladyslaw: Sources of International Law in the Nicaragua Case, The International and Comparative Law Quarterly 38 (1989), S. 151–166, zit.: Czapliński, ICLQ 38 (1989), S. 151

D'Argent, Pierre: Du commerce à l'emploi de la force: L'affaire des plates-formes pétrolières (arrêt sur le fond), Annuaire francais du droit international 49 (2003), S. 266–289, zit.: D'Argent, AFDI 49 (2003), S. 266

D'Asprement, Jean: Mapping The Concepts behind the Contemporary Liberalization of the Use of Force in International Law, University of Pennsylvania Journal of International Law 31 (2010), S. 1089–1149, zit.: D'Asprement, U. Pa. J. Int'l L. 31 (2010), S. 1089

Dana, Adrien-Charles: Essai sur la notion d'infraction pénale, Paris 1982, zit.: Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale

Danti-Juan, Michel: Etat de nécessité, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Juli 2015, zit.: Danti-Juan, Etat de nécessité

Das, Dilip/*Palmiotto*, Michael J.: International Human Rights Standards: Guidelines for the World's Police Officers, Police Quarterly 5 (2002), S. 206–221, zit.: Das/Palmiotto, Police Quarterly 5 (2002), S. 206

Daun, Anna: Nachrichtendienste in der deutschen Außenpolitik, in: Jäger, Thomas/Höse, Alexander/Oppermann, Kai (Hrsg.), Deutsche Außenpolitik, Sicherheit, Wohlfahrt, Institutionen und Normen, S. 171–197, 2. Auflage, Wiesbaden 2011, zit.: Daun, in: Jäger/Höse/Oppermann, Deutsche Außenpolitik, S. 171

Dauner-Lieb, Barbara/*Langen*, Werner: Nomos-Kommentar, BGB-Schuldrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, zit.: Dauner-Lieb/Langen/Autor

David, Eric: Self-Defence and State of Necessity in the Statute of the ICC, in: Doria, Jose/Gasser, Hans-Peter/Bassiouni, M. Cherif (Hrsg.), Legal Regime of the ICC, S. 757–777, zit.: David, in: Doria/Gasser/Bassiouni, Legal Regime of the ICC

Deeks, Ashely: 'Unwilling or Unable': Toward an Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense, Virginia Journal of International Law 52 (2012), S. 483–550, zit.: Deeks, Virg. J. Int'l L. 52 (2012), S. 483

Delbos, Vincent: Droit de réunion, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Juni 2014, zit.: Delbos, Droit de réunion

Dejammet, Alain: Ambiguities of UNSC 1441: Constructive or Not, in: Frowein, Jochen/Scharioth, Klaus/Winkelmann, Ingo/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden, S. 19–22, Berlin 2003, zit.: Dejammet, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum, Verhandeln für den Frieden, S. 19

Delannay, Axel: Les homicides et lésions corporelles volontaires, in: Beernaert, Marie-Aude/Bosly, Henri-D./Clesse, Charles-Eric et al. (Hrsg.), Les infractions contre les personnes, Vol. 2, 1. Auflage, Brüssel 2010, zit.: Delannay, in: Beernaert/Bosly/Clesse et al., Les infractions, S. 92

Denninger, Erhard/*Rachor*, Frederik (Hrsg.): Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, München 2012, Autor, zit.: in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts

Dershowitz, Alan: Preemption: A Knife that Cuts Both Ways, New York 2006, zit.: Dershowitz, Preemption

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dev, Priyanka R.: "Use of Force" and "Armed Attack" Thresholds in Cyber Conflict: The Looming Definitional Gaps and the Growing Need for Formal U.N. Response, Texas International Law Journal 50 (2015), S. 379–399, zit.: Dev, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 379

Dicey, Albert V.: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, mit einem Vorwort von Roger E. Michener, 8. Auflage, London 1915, zit.: Dicey, Introduction

Dickinson, Edwin DeWitt: The Analogy between Natural Persons and International Persons in the Law of Nations, Yale Law Journal 26 (1917), S. 564–591, zit.: Dickinson, The Yale L. J. 26 (1917), S. 564

Dimitratos, Nikolaos: Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, München 1989, zit.: Dimitratos, Begriffsmerkmal der Gefahr

Dinstein, Yoram: War, Aggression and Self-Defence, 6. Auflage, Cambridge 2017, zit.: Dinstein, War, Aggression and Self-Defence
5. Auflage, Cambridge 2012, zit.: Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 5. Aufl.

Doehring, Karl: Die humanitäre Intervention: Überlegung zu ihrer Rechtfertigung, in: The Modern World of Human Rights: Essays in Honor of Thomas Buergenthal, S. 549–565, San José 1996, zit.: Doehring, in: The Modern World of Human Rights, S. 549

Donahue, Bernard E.: Attacks on Foreign Civil Aircraft: Trespassing in National Airspace, The Air Force Law Review 30 (1998), S. 49–68, zit.: Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49

Doswald-Beck, Louise (Hrsg.): San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge 1995, zit.: San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea

Doyle, Michael W.: Striking First: Prevention and Preemption in International Conflict, Princeton 2008, zit.: Doyle, Striking First

Dreher, Eduard: Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: Blei, Hermann/Hanau, Peter/Lüttger, Hans (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, S. 207–228, Berlin 2017 (1972), zit.: Dreher, FS Heinitz, S. 207

Dressler, Joshua: New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking, University of California Law Review 32 (1984), S. 61–99, zit.: Dressler, UCLA L. Rev. 32 (1984), S. 61

Droubi, Sufyan: Resisting United Nations Security Council Resolutions, London 2014, zit.: Droubi, Resisting UN Security Council Resolutions

Dubber, Markus/*Hörnle*, Tatjana: Criminal Law, A Comparative Approach, Oxford 2014, zit.: Dubber/Hörnle, Criminal Law
The Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford 2014, zit.: Dubber/Hörnle, Oxford Handbook of Criminal Law

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dull, John F.: War or Peace, New York 1950, zit.: Dull, War or Peace

Dunwoody, Philip T./*Hammond*, Kenneth R.: The Policy of Preemption and Its Consequences: Iraq and Beyond, Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology 12 (2006), S. 19–35; zit.: Dunwoody/Hammond, Peace and Conflict J. Peace Psych. 12 (2006), S. 19

Dupuy, Pierre-Marie: International Liability for Transfrontier Pollution, in: Bothe, Michael (Hrsg.), Trends in Environmental Policy and Law, S. 363–389, zit.: P.-M. Dupuy, in: Bothe, Trends in Environmental Policy and Law, S. 363
Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility, European Journal of International Law 10 (1999), S. 371–385, zit.: P.-M. Dupuy, EJIL 10 (1999), S. 371

Dupuy, René-Jean, Le développement du rôle du conseil de sécurité: Peace-Keeping and Peace-Building, Dordrecht 1993, zit.: Autor, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du conseil de sécurité

Duttge, Gunnar: Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen 2001, zit.: Duttge, Bestimmtheit des Handlungsunwerts

Dyke, Jon M. van: The Disappearing Right to Navigational Freedom in the Exclusive Economic Zone, Marine Policy 29 (2005), S. 107–121, zit.: Van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107

Efrony, Dan/*Shany*, Yuval: A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice, American Journal of International Law 112 (2018), S. 583–657, zit.: Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583

Ellis, Jaye/*FitzGerald*, Alison: The Precautionary Principle in International Law: Lessons from Fuller's Internal Morality, McGill Law Journal 49 (2004), S. 779–800, zit.: Ellis/Fitzgerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779

Ellis, Jaye: Overexploitation of a Valuable Resource? New Literature on the Precautionary Principle, European Journal of International Law 17 (2006), S. 445–462, zit.: Ellis, EJIL 17 (2006), S. 445

El-Masri, Samar: The Hariri Tribunal: Politics and International Law, Middle East Policy 15 (2008), S. 80–92, zit.: El-Masri, Middle East Pol. 15 (2008), S. 80–92

Engisch, Karl: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958), S. 566–616, zit.: Engisch, ZStW 70 (1958), S. 566
Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Würtenberger, Thomas/Otto, Dirk (Hrsg. und Bearbeiter), Stuttgart 2018, zit.: Engisch, Einführung in das juristische Denken

Epiney, Astrid: Nachbarrechtliche Pflichten im internationalen Wasserrecht und Implikationen von Drittstaaten, Archiv des Völkerrechts 39 (2001), S. 1–56, zit.: Epiney, AdV 39 (2001), S. 1

Epping, Volker/*Hillgruber*, Christian: BeckOK Grundgesetz, 43. Auflage, 15. Mai 2020, zit.: BeckOK GG/Autor

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eser, Albin: Verhaltensregeln und Behandlungsnormen: Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, in: Eser, Albin (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, S. 25–54, München 1998, zit.: Eser, FS Lenckner, S. 25

Evers, Andreas: Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit, Freiburg 1979, zit.: Evers, Wahrscheinlichkeit

Fabri, Hélène R.: From Babel to Esperanto and Back Again: The Fate of International Law (or of International Lawyers?), EJIL: Talk! vom 8. Februar 2018, zit.: Fabri, EJIL: Talk!, 8. Februar 2018

Falk, Richard A.: The Beirut Raid and the International Law of Retaliation, American Journal of International Law 63 (1969), S. 415–443, zit.: Falk, AJIL 63 (1969), S. 415

The Six Legal Dimensions of the Vietnam War, in: Andersson, David L. (Hrsg.), Revisiting the Vietnam War: Views and Interpretations of Richard Falk, S. 134–176, Cambridge 2018, zit.: Falk, in: Andersson, Revisiting the Vietnam War, S. 134

Farrall, Jeremy M.: United Nations Sanctions and the Rule of Law, Cambridge 2007, zit.: Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law

Fassbender, Bardo: Selbstverteidigung und Staatengemeinschaftsinteresse in der Zeit des Völkerbundes, in: Bruha, Thomas/Heselhaus, Sebastian/Marauhn, Thilo (Hrsg.), Legalität, Legitimität und Moral, S. 99–131, Tübingen 2008, zit.: Fassbender, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn, Legalität, S. 99

Targeted Sanctions and Due Process, Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20. März 2006, zit.: Fassbender, Targeted Sanctions

The United Nations Charter As Constitution of the International Community, Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), S. 529–619, zit.: Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529

Fassbender, Bardo (Hrsg.): Securing Human Rights?: Achievements and Challenges of the UN Security Council, Oxford 2011, zit.: Autor, in: Fassbender, Securing Human Rights

Fawcett, James E. S.: Detournement de Pouvoir by International Organizations, British Yearbook of International Law 1957, S. 311–316, zit.: Fawcett, British YB Int'l L. 1957, S. 311

Feder, Norman M.: Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack, New York University Journal of International Law & Pol. 19 (1987), S. 395–432, zit.: Feder, N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 19 (1987), S. 395

Felder, Andreas: Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit, Zürich 2007, zit.: Felder, Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit

Ferzan, Kimberly K.: Defending Imminence: From Battered Women to Iraq, Arizona Law Review 46 (2004), S. 213–262, zit.: Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213

Finnin, Sarah: Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis, The International and Comparative Law Quarterly 1 (2012), S. 325–359, zit.: Finnin, ICLQ 1 (2012), S. 325

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fisahn, Andreas: Legitimation des Gewaltmonopols, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 94 (2011), S. 3–17, zit.: Fisahn, KritV 94 (2011), S. 3

Fischer, Georges: Le bombardement par Israël d'un réacteur nucléaire irakien, Annuaire français de droit international 27 (1981), S. 147–167, zit.: G. Fischer, AFDI 27 (1981), S. 147

Fischer, John Martin: Indeterminism and Control, An Approach to the Problem of Luck, in: Deep Control: Essays on Free Will and Value, S. 85–105, Oxford 2012, zit.: J. M. Fischer, in: Deep Control, S. 85

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch Kommentar, 67. Auflage, München 2020, zit.: T. Fischer, StGB

Fitzmaurice, Gerald G.: The Definition of Aggression, The International and Comparative Law Quarterly 1 (1952), S. 137–144, zit.: Fitzmaurice, ICLQ 1 (1952), S. 137

The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 92 (1957-II), S. 1–227, zit.: Fitzmaurice, RCADI 92 (1957-II), S. 1

Fleck, Dieter: Rules of Engagement for Maritime Forces and the Limitation of the Use of Force under the UN Charter, German Yearbook of International Law 31 (1988), S. 165–186, zit.: Fleck, German YB Int'l L. 31 (1988), S. 165

Fletcher, George/*Ohlin*, Jens David: Defending Humanity: When Force is Justified and Why, Oxford 2008, zit.: Fletcher/Ohlin, Defending Humanity

Fletcher, George: A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial, New York 1988, zit.: Fletcher, A Crime of Self-Defense

Basic Concepts of Criminal Law, Oxford 1998, zit.: Fletcher, Basic Concepts

The Right and the Reasonable, Harvard Law Review 98 (1985), S. 949–982, zit.: Fletcher, Harvard L. Rev. 98 (1985), S. 949

Focarelli, Carlo: International Law, Cheltenham 2019, zit.: Focarelli, International Law

Fonteyne, Jean-Pierre L.: The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention, California Western Interntional Law Journal 4 (1974), S. 203–270, zit.: Fonteyne, California W. Int'l L. J. 4 (1974), S. 203

Forell, Caroline: What's Reasonable?: Self-Defense and Mistake in Criminal and Tort Law Lewis & Clark Law Review Symposium (2010), S. 1402–1434, zit.: Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402

Forteau, Mathias: Comparative International law within, not against, International Law: Lessons From the International Law Commission, American Journal of International Law 109 (2015), S. 498–513, zit.: Forteau, AJIL 109 (2015), S. 498

Foster, Caroline: Burden of Proof in International Courts and Tribunals, Australian Yearbook of International Law 29 (2010), S. 27–86, zit.: Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27

Fraas, Michael: Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof, Frankfurt a. M. 1998, zit.: Fraas, SR der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Francioni, Francesco: Equity in International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law 1399 (2007), zit.: Francioni, MPEPIL 1399 (2007)

Franck, Thomas M.: On Proportionality of Countermeasures in International Law, American Journal of International Law 102 (2008), S. 715–767, zit.: Franck, AJIL 102 (2008), S. 715

Recourse to Force, Cambridge 2002, zit.: Franck, Recourse to Force

Terrorism and the Right of Self-Defense, American Journal of International Law 95 (2001), S. 839–843, zit.: Franck, AJIL 95 (2001), S. 839

The "Powers of Appreciation": Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?, American Journal of International Law 86 (1992), S. 519–523, zit.: Franck, AJIL 86 (1992), S. 519

The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium, American Journal of International Law 100 (2006), S. 88–106, zit.: Franck, AJIL 100 (2006), S. 88

What Happens Now? The United Nations after Iraq, American Journal of International Law 97 (2003), S. 607–620, zit.: Franck, AJIL 97 (2003), S. 607

Freeman, Alwyn V.: Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 88 (1955-II), S. 263–416, zit.: Freeman, RCADI 88 (1955-II), S. 263

Freudenschuß, Helmut: Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council, European Journal of International Law 5 (1994), S. 492–531, zit.: Freudenschuß, EJIL 5 (1994), S. 492

Freund, Georg: Richtiges Entscheiden: am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht, Goltdammer's Archiv (1991), S. 347–410, zit.: Freund, GA (1991), S. 347

Freund, Georg/*Rostalski*, Frauke: Strafrecht Algemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Auflage, Berlin 2019, zit.: Freund/Rostalski, Strafrecht AT

Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Auflage, Berlin 2009, zit.: Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl.

Frey, Christian: in: Hadding, Walther/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Die Vertretung verselbstständigter Rechtsträger in europäischen Ländern, Frankreich, Berlin 2003, zit.: Frey, in: Hadding/Schneider, Vertretung verselbstständigter Rechtsträger

Friedmann, Wolfgang: The Uses of "General Principles" in the Development of International Law, American Journal of International Law 57 (1963), S. 279–299, zit.: Friedmann, AJIL 57 (1963), S. 279

Friel, Howard/*Falk*, Richard: The Vietnam Syndrome: From the Gulf of Tonkin to Iraq, in: Andersson, David L. (Hrsg.), Revisiting the Vietnam War: Views and Interpretations of Richard Falk, S. 352–377, Cambridge 2018, zit.: Friel/Falk, in: Andersson, Revisiting the Vietnam War, S. 352

Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes – zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln 1983, zit.: Frisch, Vorsatz und Risiko

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frister, Helmut: Die Notwehr im System der Notrechte, Goltdammer's Archiv (1988), S. 291–316, zit.: Frister, GA (1988), S. 291
Erlaubnistatbestandszweifel: Zur Abwägung der Fehlentscheidungsrisiken bei ungewissen rechtfertigenden Umständen, in: Rogall, Klaus/Puppe, Ingeborg/Stein, Ulrich/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, S. 45–60, Neuwied 2004, zit.: Frister, FS Rudolphi, S. 45

Fromont, Michel: Droit administratif des États européens, Paris 2006, zit.: Fromont, Droit administratif

Frowein, Jochen: The Present State of Research Carried out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research, in: Académie de droit international de La Haye (Hrsg.), Legal Aspects of International Terrorism, S. 55–96, Den Haag 1989, zit.: Frowein, in: Legal Aspects of International Terrorism, S. 55

Gaborit, René: Questions de neutralité maritime soulevées par la guerre russo-japonaise, Paris 1906, zit.: Gaborit, Questions de neutralité maritime

Gaja, Giorgio: Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial, Revue générale de droit international public 97 (1993), S. 291–320, zit.: Gaja, RGDIP 97 (1993), S. 291

Gallas, Wilhelm: Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, S. 155–179, München 1979, zit.: Gallas, FS Bockelmann, 1979, S. 155

Gardam, Judith: Necessity, Proportionality and the Use of Force by States, Cambridge 2004, zit.: Gardam, Necessity, Proportionality and the Use of Force

Gardner, John: Torts and Other Wrongs, Oxford 2019, zit.: Gardner, Torts and Other Wrongs

Gat, Moshe: Nasser and the Six Day War, 5 June 1967: A Premeditated Strategy or An Inexorable Drift to War?, Israel Affairs 11 (2005), S. 608–635, zit.: Gat, Israel Affairs 11 (2005), S. 608

Geilen, Gerd: Notwehr und Notwehrexzeß, in: Jura (1981), S. 308–310, zit.: Geilen, Jura (1981), S. 308

Genoni, Maurizio: Die Notwehr im Völkerrecht, Zürich 1987, zit.: Genoni, Notwehr im Völkerrecht

Genser, Jared/*Barth*, Kate: Targeted Sanctions and Due Process of Law, in: Genser, Jared/Stagne Ugarte, Bruno: The United Nations Security Council in the Age of Human Rights, S. 195–246, Cambridge 2014, zit.: Genser/Barth, in: Genser/Ugarte, United Nations Security Council, S. 195

Geyer, August: Die Lehre von der Notwehr, Jena 1857, zit.: Geyer, Lehre von der Notwehr

Gill, Terry D./*Fleck*, Dieter (Hrsg.), Handbook of the International Law of Military Operations, 2. Auflage, New York 2015, zit.: Autor, in: Gill/Fleck, Handbook of Military Operations

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gill, Terry D.: Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercice its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter, Netherlands Yearbook of International Law, 26 (1995), S. 33–138, zit.: Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33

The Forcible Protection, Affirmation and Exercise of Rights by States under Contemporary International Law, Netherlands Yearbook of International Law 23 (1992), S. 105–173, zit.: Gill, Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105

Gillard, Emanuela-Chiara: Chatham House Report on Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment, Dezember 2018, zit.: Gillard, Chatham House Report on Proportionality in the Conduct of Hostilities (2018)

Girault, Carole: Contrôles et vérifications d'identité, Dalloz, Repertoire de droit pénal et de procédure pénale, Januar 2017, zit.: Girault, Contrôles et vérifications d'identité

Glaser, Stefan: La culpabilité en droit international pénal, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 99 (1960), S. 467–621, zit.: Glaser, RCADI 99 (1960), S. 467

Glennon, Michael J.: The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter, Harvard Journal of Law and Public Policy 25 (2002), S. 539–558, zit.: Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539

Glöckner, Andreas/*Towfigh*, Emanuel V.: Entscheidungen zwischen „Intuition" und „Rationalität", Deutsche Richterzeitung, 7 (2015), S. 270–273, zit.: Glöckner/Towfigh, Deutsche Richterzeitung, 7 (2015), S. 270

Goldie, L. Frederick E.: „Impact Reports": A Domestic Law Analogy for International Legislation, Syracus Journal of International Law and Commerce 1 (1972), S. 39–60, zit.: Goldie, Syracus J. Int'l L. & Com. 1 (1972), S. 39

Goodman, Ryan: Cyber Operations and the U.S. Definition of "Armed Attack", Just Security vom 8. März 2018, zit.: Goodman, Just Security, 8. März 2018

Goodrich, Leland M.: The Political Role of the Secretary-General, International Organization 16 (1962), S. 720–735, zit.: Goodrich, Int'l Organization 16 (1962), S. 720

Goodrich, Leland M./*Hambro*, Edvard/*Simons*, Anne Patricia: Charter of the United Nations: Commentary and Documents, 3. Auflage, New York 1969, zit.: Goodrich/Hambro/Simons, UN Charter

Gordon, David J.: Use of Force for the Protection of Nationals Abroad, Case Western Reserve Journal of International Law 9 (1977), S. 117–134, zit.: D. Gordon, Case W. Res. J. Intl'l L. 9 (1977), S. 117

Gordon, Edward: Article 2 (4) in Historical Context, Yale Journal of International Law 10 (1985), S. 271–278, zit.: E. Gordon, Yale J. Int'l L. 10 (1985), S. 271

Gössel, Karl Heinz: Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, in: Kurt, Schmoller (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien 1996, S. 93–102, zit.: Gössel, FS Triffterer, 1996, S. 93

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gould, Robert M./*Stern*, Simon: Catastrophic Threats and the Fourth Amendment, Southern California Law Review 77 (2003), S. 777–833, zit.: Gould/Stern, South. California L. Rev. 77 (2003), S. 777

Gowlland-Debbas, Vera: Collective Responses to Illegal Acts in International Law, Dordrecht 1990, zit.: Gowlland-Debbas, Collective Responses

Security Council Enforcement Action and Issues of State, Responsibility, The International and Comparative Law Quarterly 43 (1994), S. 55–98, zit.: Gowlland-Debbas, ICLQ 43 (1994), S. 55

The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case, American Journal of International Law 88 (1994), S. 643–677, zit.: Gowlland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643

Graefrath, Bernhard: Complicity in the Law of International Responsibility, Revue belge de droit international 2 (1996), S. 371–380, zit.: Graefrath, Rev. belge dr. int'l 2 (1996), S. 371

Leave to the Court What Belongs to the Court: The Libyan Case, European Journal of International Law 4 (1993), S. 184–205, zit.: Graefrath, EJIL 4 (1993), S. 184

Graf Vitzthum, Wolfgang/*Proelß*, Alexander (Hrsg.): Völkerrecht, 8. Auflage, Berlin 2019, zit.: Autor in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht

Granger, Marc A.: Existe-t-il un „droit fondamental à la sécurité", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (2009), S. 273–296, zit.: Granger, RSC (2009), S. 273

Graul, Eva: Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied?, Juristische Schulung (1995), S. 1049–1056, zit.: Graul, JuS (1995), S. 1049

Gray, Christine: Bosnia and Herzegovina: Civil War or Inter-State Conflict? Characterization and Consequences, British Yearbook of International Law 67 (1996), S. 155–197, zit.: Gray, British YB Int'l L. 67 (1996), S. 155

International Law and the Use of Force, 4. Auflage, Oxford 2018, zit.: Gray, Use of Force

Green, James A.: Self-Defence: A State of Mind for States?, Netherlands International Law Review (2008), S. 181–206, zit.: J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (187)

Initial Thoughts on the UK Attorney General's Self-Defence Speech, EJIL: Talk! vom 13. Januar 2017, zit.: J. A. Green, EJIL Talk, 13. Januar 2017

Fluctuating Evidentiary Standards for Self-Defence in the International Court of Justice, The The International and Comparative Law Quarterly 58 (2009), S. 163–179, zit.: J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163

Green, Leslie C.: Comparative Law As a Source of International Law, Tulane Law Review 42 (1967–1968), S. 52–66, zit.: L. C. Green, Tul. L. Rev. 42 (1967–1968), S. 52

Green, Thomas A.: Freedom and Criminal Responsibility in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice, Michigan Law Review 93 (1995), S. 1915–2053, zit.: T. A. Green, Mich. L. Rev. 93 (1995), S. 1915

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Greenawalt, Kent: The Perplexing Borders of Justification and Excuse, Columbia Law Review 8 (1984), S. 1897–1927, zit.: Greenawalt, Columbia Law Rev. 8 (1984), S. 1897

Greenwood, Christopher: International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan,
Al-Qaida, and Iraq, San Diego International Law Journal 4 (2003), S. 7–38, zit.: Greenwood, San Diego Int'l L. J. 4 (2003), S. 7
International Law and the United States' Operation against Libya, West Virginia Law Review 89 (1987), S. 933–960, zit.: Greenwood, West Vir. L. Rev. 89 (1987), S. 933
Is there a Right of Humanitarian Intervention? The World Today 49 (1993), S. 34–40, zit.: Greenwood, The World Today 49 (1993), S, 34
The Relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello*, Revue of International Studies 9 (1983), S. 221–234, zit.: Greenwood, Rev. Int'l Stud. 9 (1983), S. 221

Grotius, Hugo: De jure belli ac pacis, Tuck, Richard (Hrsg.), The Rights of War and Peace, Indianapolis 2005 (Paris 1625), zit.: Grotius, De jure belli ac pacis (1925)

Gruszczynski, Lukas: Insufficiency of Scientific Evidence under Article 5.7 of the SPS Agreement: Some Remarks on the Panel Report in the EC – Biotech Products Case, University of Ottawa Law & Technology Journal 6 (2009), S. 53–78, zit.: Gruszczynski, Ottawa L & Techn. J 6 (2009), S. 53

Guilfoyle, Douglas: Interdicting Vessels to Enforce the Common Interest: Maritime Countermeasures and the Use of Force, The International and Comparative Law Quarterly 56 (2007), S. 69–82, zit.: Guilfoyle, ICLQ 56 (2007), S. 69
Shipping Interdiction and the Law of the Sea, Cambridge 2009, zit.: Guilfoyle, Shipping Interdiction

Gündling, Lothar: The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action, International Journal of Estuarine and Coastal Law 5 (1990), S. 23–30, zit.: Gündling, Int'l J. Estuarine & Coastal L. 5 (1990), S. 23

Gurmendi Dunkelberg, Alonso/*Ingber*, Rebecca/*Pillai*, Priya/*Pothelet*, Elvina: Mapping States' Reactions to the U.S. Strikes Against Syria of April 2018, Just Security vom 7. Mai 2018, zit.: Gurmendi Dunkelberg/Ingber/Pillai/Pothelet, Just Security, 7. Mai 2018

Guzman, Andrew T./*Hsiang*, Jerome: Some Ways that Theories on Costumary International Law Fail: A Reply to László Blutman, European Journal of International Law 25 (2014), S. 553–559, zit.: Guzman/Hsiang, EJIL 25 (2014), S. 553

Guzman, Andrew T.: The Consent Problem in International Law, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series (2011), zit.: Guzman, Berk. Pro. Law & Ec, Work. Pap. Ser. (2011)

Haas, Robert: Notwehr und Nothilfe: zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe, Frankfurt a. M. 1978, zit.: Haas, Notwehr und Nothilfe

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hailbronner, Kay: Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes, in: Schindler, Dietrich/Hailbronner, Kay (Hrsg.), Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbotes, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 26 (1986), S. 49–111, zit.: Hailbronner, Berichte DGVR 26 (1986), S. 49
Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 36 (1976), S. 190–225, zit.: Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190

Hakimi, Monica: The Jus ad Bellum's Regulatory Form, American Journal of International Law 112 (2018), S. 151–190, zit.: Hakimi, AJIL 112 (2018), S. 151

Hall, Jerome: General Principles of Criminal Law, 2. Auflage, New Jersey 2008, zit.: J. Hall, General Principles

Hall, John Wesley Jr.: Search and Seizure, Vol. 1, 3. Auflage, Charlottesville 2000, zit.: J. W. Hall, Search and Seizure

Hampton, Juliet M./*Moore*, Peter G./*Thomas*, Howard L. Jr.: Subjective Probability and Its Measurement, Journal of the Royal Statistical Society 136 (1973), S. 21–42, zit.: Hampton/Moore/Thomas, J. Roy. Stat. Soc. 136 (1973), S. 21

Hannikainen, Lauri: Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, Helsinki 1988, zit.: Hannikainen, Peremptory Norms

Haque, Adil A.: Indeterminacy in the Law of Armed Conflict, International Law Studies 95 (2019), S. 118–160, zit.: Haque, Int'l L. Stud. 95 (2019), S. 118
Imminence and Self-Defense Against Non-State Actors, Just Security vom 30. Mai 2017, zit.: Haque, Just Security, 30. Mai 2017
Proportionality and Doubt, Just Security vom 29. Januar 2019, zit.: Haque, Just Security, 29. Januar 2019
The United Kingdom's „Modern Law of Self-Defence" – Part II, Just Security vom 13. Januar 2017, zit.: Haque, Just Security, 13. Januar 2017

Hargrove, John L.: The Nicaragua Judgment and the Future of the Law of Force and Self-Defense, American Journal of International Law 81 (1987), S. 135–143, zit.: Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135

Harmon, Rachel: Legal Remedies for Police Misconduct, in: Luna, Erika (Hrsg.), Academy for Justice, a Report on Scholarship and Criminal Justice Reform, S. 27–50, (forthcoming, 2017), verfügbar als Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2017–40, zit.: Harmon, in: Luna, Academy for Justice, S. 27

Harvard T. H. Chan School of Public Health (Hrsg.): Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard Humanitarian Initiative, Advanced Practitioner's Handbook on Commissions of Inquiry, Cambridge (Massachusetts) 2015, zit.: HPCR Advanced Practitioner's Handbook

Harwood, Catherine: The UN International Independent Investigation Commission in Lebanon, in: Meierhenrich, Jens (Hrsg.): The Law and Practice of International Commissions of Inquiry (im Erscheinen), verfügbar auf SSRN, zit.: Harwood, in: Meierhenrich, Law and Practice of International Commissions of Inquiry (im Erscheinen), verfügbar auf SSRN

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hassan, Farooq: A Legal Analysis of the Shooting of Korean Airlines Flight 007 by the Soviet Union, Journal of Air Law and Commerce 49 (1984), S. 555–588, zit.: Hassan, J. Air L. & Comm. 49 (1984), S. 555

Hassel, Diana: Living a Lie: The Cost of Qualified Immunity, Missouri Law Review 64 (1999), S. 123–156, zit.: Hassel, Missouri L. Rev. 64 (1999), S. 123

Hassemer, Winfried: Kennzeichen des Vorsatzes, in: Dornseifer, Gerhard/Eckhard, Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 289–309, Köln 1989, zit.: Hassemer, GS Armin Kaufmann, S. 289

Hathaway, Oona A./*Crootof*, Rebecca/*Levitz*, Philip/*Nix*, Haley/*Nowlan*, Aileen/*Perdue* William/*Spiegel*, Julia: The Law of Cyber-Attack, California Law Review 100 (2012), S. 817–885, zit.: Hathaway/Crootof et al., California L. Rev. 100 (2012), S. 817

Hathaway, Oona A./*Shapiro*, Scott: The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World, London 2017, zit.: Hathaway/Shapiro, The Internationalists

Hauser, Jean: On ne peut déjeuner avec une personne morale mais elle pourrait en souffrir!, Revue trimestrielle de droit civil (2013), S. 85, zit.: Hauser, RTD civ. (2013), S. 85

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts: auf der Grundlage der Edition des Textes in den Gesammelten Werken Band 14, Hamburg 2017, zit.: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts

Heintschel von Heinegg, Wolff: Current Legal issues in Maritime Operations: Maritime Interception Operations in the Global War on Terrorism, Exclusion Zones, Hospital Ships, and Maritime Neutrality, International Law Studies 80 (2006), S. 207–233, zit.: Heintschel von Heinegg, Int'l L. Studies 80 (2006), S. 207

Visit, Search, Diversion, and Capture in Naval Warfare: Part II, Developments since 1945, Canadian Yearbook of International Law 30 (1992), S. 89–136, zit.: Heintschel von Heinegg, Canadian YB Int'l L. 30 (1992), S. 89

Heintschel-Heinegg, Bernd von: BeckOK, Strafgesetzbuch, 46. Auflage, 1. Mai 2020, zit.: BeckOK StGB/Autor

Heitzer, Arnold: Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln?, Neue Juristische Wochenschrift (1953), S. 210–211, zit.: Heitzer, NJW (1953), S. 210

Helms, Richard: A Look over My Shoulder: A Life in the Central Intelligence Agency, New York 2003, zit.: Helms, A Look over My Shoulder

Henderson, Christian: The Persistent Advocate and the Use of Force: The Impact of the United States upon the Jus ad Bellum in the Post-Cold War Era, Abingdon 2016, zit.: Henderson, Persistent Advocate

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Henkin, Louis: International Law: Politics, Values and Functions: General Course on Public International Law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 216 (1989), S. 9–416, zit.: Henkin, RCADI 216 (1989), S. 9
Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention", American Journal of International Law 93 (1999), S. 824–828, zit.: Henkin, AJIL 93 (1999), S. 824
The Reports of the Death of Art. 2 (4) are Greatly Exaggerated, American Journal of International Law 65 (1971), S. 544–548, zit.: Henkin, AJIL 65 (1971), S. 544

Hepburn, Jarrod: The Duty to Give Reasons for Administrative Decisions, The International and Comparative Law Quarterly 61 (2012), S. 641–663, zit.: Hepburn, ICLQ 61 (2012), S. 641

Herbst, Jochen: Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates, Frankfurt a. M. 1999, zit.: Herbst, Rechtskontrolle

Herdegen, Matthias: Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates, Heidelberg 1998, zit.: Herdegen, Befugnisse des UN-Sicherheitsrates

Herik, Larissa van den: Article 51's Reporting Requirement as a Space for Legal Argument and Factfulness, in: Kreß, Claus/Schmitt, Michael N./Lawless, Rob M. (Hrsg.), Proportionality, Necessity and Jus ad Bellum/in Bello (im Erscheinen), verfügbar als Grotius Centre Working Paper, zit.: van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen)
The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual, Leiden Journal of International Law 20 (2007), S. 797–807, zit.: van den Herik, Leiden J. Int'l L. 20 (2007), S. 797

Herrmann, Joachim: Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law, Brigham Young University Law Review (1986), S. 747–767, zit.: Herrmann, Brigham Y. Univ. L. Rev. (1986), S. 747

Hersh, Seymour M.: "The Target is Destroyed": What Really Happened to Flight 007 and What America Knew About It, New York 1986, zit.: Hersh, Target is Destroyed

Hershey, Amos S.: International Law and Diplomacy in the Russo-Japanese War, London 1906, zit.: Hershey, International and Diplomacy

Herzberg, Rolf D.: Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JuristenZeitung (1987), S. 536–541, zit.: Herzberg, JZ (1987), S. 536

Hessbrügge, Jan: ECtHR Armani Da Silva v. UK: Unreasonable Police Killings in Putative Self-defence?, EJIL: Talk! vom 14. April 2016, zit.: Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016

Heuchemer, Michael: Der Erlaubnistatbestandsirrtum, Berlin 2005, zit.: Heuchemer, Erlaubnistatbestandsirrtum

Heyman, Steven J.: The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment, Duke Law Journal 41 (1991), S. 507–571, zit.: Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507

Hill-Cawthorne, Lawrence: Appealing the High Court's Judgment in the Public Law Challenge against UK Arms Export Licenses to Saudi Arabia, EJIL: Talk!, 29. November 2018, zit.: Hill-Cawthorne, EJIL: Talk!, 29. November 2018

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hirsch, Burkhard: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.2.2006 zur Verfassungswidrigkeit des Abschusses von Zivilflugzeugen nach § 14 Abs. 3 LuftSiG, in: Giemulla, Elmar M./Rothe, Bastian R., Recht der Luftsicherheit, S. 82–96, Berlin 2008, zit.: B. Hirsch, in: Giemulla/Rothe, Recht der Luftsicherheit, S. 82

Hirsch, Hans Joachim: Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn 1960, zit.: H.J. Hirsch, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen
Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Lüttger, Hans (Hrsg.): Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, S. 211–233, zit.: H.J. Hirsch, FS Dreher, S. 211
Gefahr und Gefährlichkeit, in: Haft, Fritjof (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 545–563, Heidelberg 1993, zit.: H.J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545

Hodgkinson, Sandra L./*Cook*, Edward/*Fichter*, Thomas/*Fleming*, Christian/*Shapiro*, Jonathan/*Mellis*, Jon/*Boutelle*, Brandon/*Sarnoski*, Stephen/*Noone* Gregory P.: Challenges to Maritime Interception Operations in the War on Terror: Bridging the Gap, American University International Law Review 22 (2007), S. 583–671, zit.: Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583

Hoefer, Carl: Causal Determinism, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Frühlingsausgabe 2016, zit.: Hoefer, Causal Determinism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Anscheinsgefahr und Anscheinsverursachung im Polizeirecht, in: Vogel, Klaus/Tipke, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, S. 327–342, Köln 1972, zit.: Hoffmann-Riem, FS Wacke, S. 327

Horder, Jeremy: Ashworth's Principles of Criminal Law, 8. Auflage, Oxford 2016, zit.: Horder, Ashworth's Principles

Hörnig, Dieter/*Wolff*, Karl-Heinz (Begr. bzw. Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Auflage, Baden-Baden 2018, zit.: Hörnig/Wolff/Autor, GG

Hörnle, Tatjana: Expectations in the Criminal Law: The "Reasonable Person" in a Comparative Perspective, New Criminal Law Review (2008), S. 1–32, zit.: Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1

Hovell, Devika: The Power of Process: The Value of Due Process in Security Council Sanctions Decision-Making, Oxford 2016, zit.: Hovell, Power of Process
The Deliberative Deficit: Transparency, Access to Information and UN Sanctions, in: Farrall, Jeremy M./Rubenstein, Kim (Hrsg.): Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World, S. 92–122, Cambridge 2009, zit.: Hovell, in: Farrall/Rubenstein, Sanctions, Accountability and Governance, S. 92

Howard, Jessica: Invoking State Responsibility for Aiding the Commission of International Crimes – Australia, the United States and East Timor, Melbourne Journal of International Law 2 (2001), zit.: Howard, Melbourne J. Int'l L. 2 (2001)

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hruschka, Joachim: Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie" „eingeschränkt"?, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Festschrift Roxin für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 441–456, zit.: Hruschka, FS Roxin, 2001, S. 441

Hubbart, Phillip A.: Making Sense of Search and Seizure Law – A Fourth Amendment Handbook, 2. Auflage, Durham (North Carolina) 2015, zit.: Hubbart, Making Sense of Search and Seizure Law

Hughes, William J.: Aerial Intrusions by Civil Airliners and the Use of Force, Journal of Air Law and Commerce 45 (1980), S. 595–620, zit.: Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595

Hume, David: An Enquiry Concerning Human Understanding, Oxford 2007, zit.: Hume, An Enquiry Concerning Human Understanding

Intoccia, Gregory F.: American Bombings of Libya: An International Legal Analysis, Case Western Reserve Journal of International Law 19 (1987), S. 177–213, zit.: Intoccia, Case W. Res. J. Intl'l L. 19 (1987), S. 177

Ipsen, Knut: Der Kosovo-Einsatz – Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldbar?, Friedens-Warte 74 (1999), S. 19–23, zit.: Ipsen, Friedens-Warte 74 (1999), S. 19

Irmscher, Tobias H.: Dogger Bank Incident (1904), Max Planck Encyclopedia of Public International Law 1032 (2006), zit.: Irmscher, MPEPIL 1032 (2006)

Ismer, Roland/*von Hesler*, Christian: Ex post review of legislatorial prognoses by the European Court of Justice: the temporal dimension of rational law-making, The Theory Practice of Legislation 4 (2016), S. 279–301, zit.: Ismer/von Hesler, The Theory Practice o. Legisl. 4 (2016), S. 279

Jackson, Miles: Complicity in International Law, Oxford 2015, zit.: Jackson, Complicity in International Law

Jacobsen, Walter L.: A Juridical Examination of the Israeli Attack on the USS *Liberty*, Naval Law Review 36 (1986), S. 69–119, zit.: Jacobsen, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 69

Jain, Neha: Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment, American Journal of International Law 109 (2015), S. 486–497, zit.: Jain, AJIL 109 (2015), S. 486

Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1991, zit.: Jakobs, Strafrecht AT

Janis, Mark W.: Individuals as Subject of International Law, Cornell International Law Journal 17 (1984), S. 61–78, zit.: Janis, Cornell Int'l L. J. 17 (1984), S. 61

Jenks, C. Wilfred: The Conflict of Law-Making Treaties, British Yearbook of International Law 30 (1953), S. 401–453, zit.: Jenks, British YB Int'l L. 30 (1953), S. 401

Jervis, Robert: Perceiving and Coping with Threat, in: Jervis, Robert/Lebow, Richard Ned/Stein, Janis Gross (Hrsg.), Psychology and Deterrence, Baltimore 1989, zit.: Jervis, in: Jervis/Lebow/Stein, Psychology and Deterrence
Reports, Politics, and Intelligence Failures: The Case of Iraq, zit.: Jervis, Journal of Strategic Studies 29 (2006), S. 3–52, zit.: Jervis, J. Strat. Stud. 29 (2006), S. 3

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jescheck, Hans-Heinrich/*Weigend*, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, zit.: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT

Jescheck, Hans-Heinrich: Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht: Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen, zit.: Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane

Jessup, Philip C.: A Modern Law of Nations: An Introduction, New York 1948, zit.: Jessup, A Modern Law of Nations

Jhering, Rudolf von: Der Kampf um's Recht, 18. Auflage, Wien 1913, zit.: von Jhering, Kampf um's Recht

Jia, Bing Bing: A Word on the Comparative Approach of International Law and a Proposed Direction for Chinese Textbooks of International Law, EJIL: Talk! vom 9. Februar 2018, zit.: Jia, EJIL: Talk!, 9. Februar 2018

Joecks, Wolfgang/*Miebach*, Klaus (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2020 (Band 1) bzw. 3. Auflage 2019 (Band 5), München, zit.: MüKoStGB/Autor

Joerden, Jan C.: Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer, Goltdammer's Archiv (1993), S. 245–261, zit.: Joerden, GA (1993), S. 245

Johnson, David L.: Sanctions and South Africa, Harvard Journal of International Law 19 (1978), S. 887–930, zit.: Johnson, Harv. J. Int'l L. 19 (1978), S. 887

Johnstone, Ian: Condoning the Use of Force: The UN Security Council As Interpreter Of the Jus Ad Bellum, American Journal of International Law Unbound 112 (2018), S. 113–117, zit.: Johnstone, AJIL Unbound 112 (2018), S. 113
Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, American Journal of International Law 102 (2008), S. 275–308, zit.: Johnstone, AJIL 102 (2008), S. 275

Jones, J. Walter: The "Pure" Theory of International Law, British Yearbook of International Law 16 (1935), S. 5–19, zit.: Jones, British YB Int'l L. 16 (1935), S. 5

Joyner, Daniel H.: International Law and the Proliferation of Weapon of Mass Destruction, Oxford 2009, zit.: Jonyer, International Law and the Proliferation of Weapon of Mass Destruction

Kalshoven, Frits, in: Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity, ASIL Proceedings 86 (1992), S. 39–45, zit.: Kalshoven, in: ASIL Proceedings 86 (1992), S. 39

Kamp, Karl-Heinz: Von Prävention zu Präemption?, Internationale Politik 12 (2002), S. 19–24, zit.: Kamp, Internationale Politik 12 (2002), S. 19

Kant, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten, Guth, Karl-Maria (Hrsg.), Berlin 2013 (Riga 1785), zit.: Kant, Metaphysik der Sitten

Kaplan, John: Decision Theory and the Factfinding Process, Stanford Law Review 20 (1968), S. 1062–1092, zit.: Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1062

Kaplow, Louis: Rules versus Standards: An Economic Analysis, Duke Law Journal 42 (1992), S. 557–629, zit.: Kaplow, Duke L. J. 42 (1992), S. 557

Karl, Wolfram: Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin 1983, zit.: Karl, Vertrag und spätere Praxis

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kaufmann, Armin: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954, zit.: Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes

Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JuristenZeitung (1955), S. 37–41, zit.: Armin Kaufmann, JZ (1955), S. 37–41

Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth, Günter/Kaufmann, Armin/Geilen, Gerd/Hirsch, Hans Joachim/Schreier, Hans-Ludwig/Jakobs, Günther/Loos, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, S. 393, zit.: Armin Kaufmann, FS Welzel, S. 393

Kaufmann, Arthur: Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Juristen-Zeitung (1954), S. 653–663, zit.: Arthur Kaufmann, JZ (1954), S. 653

Kaye, David H.: Apples and Oranges: Confidence Coefficients and the Burden of Persuasion, Cornell Law Review 73 (1987), S. 54–77, zit.: Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54

Kazazi, Mojtaba/*Shifman*, Bette E.: Evidence Before International Tribunals – Introduction, International Law Forum du Droit International 1 (1999), S. 193–196, zit.: Kazazi/Shifman, Int'l L. For. Dr. Int'l 1 (1999), S. 193

Kearley, Timothy: Raising the Caroline, Wisconsin International Law Journal 17 (1999), S. 325–346, zit.: Kearley, Wisconsin Int'l L. J. 17 (1999), S. 325

Keeton, W. Page/*Dobbs*, Dan B./*Keeton* Robert E./*Owen*, David G.: Prosser and Keeton on Torts, 5. Auflage, St. Paul 1984, zit.: Keeton et al., in: Prosser and Keeton on Torts

Kelsen, Hans: Collective Security Under International Law, Clark 2001 (1957), zit.: Kelsen, Collective Security

General Theory of Law and State, Cambridge (Massuchusetts) 1949, zit.: Kelsen, General Theory of Law and State

Principles of International Law, New York 1974, zit.: Kelsen, Principles of International Law

The Draft Declaration on Rights and Duties of States – Critical Remarks, American Journal of International Law 44 (1950), S. 259–276, zit.: Kelsen, AJIL 44 (1950), S. 259

The Law of the United Nations, Clark 2011 (1964), zit.: Kelsen, Law of the United Nations

The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization, The Yale Law Journal 53 (1944), S. 207–220, zit.: Kelsen, Yale L. J. 53 (1944), S. 207

Kempen, Piet H. van: Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHP, Electronical Journal of Comparative Law 14.3 (2010), S. 1–34, zit.: van Kempen, Electronical J. Comp. L. 14.3 (2010), S. 1

Keynes, John Maynard: A Treatise on Probability, London 1921, zit.: Keynes, A Treatise on Probability (1926)

Khaloozadeh, Said: Iran-Iraq War, Iran Review v. 8. Oktober 2011, zit.: Khaloozadeh, Iran-Iraq War, Iran Review v. 8. Oktober 2011

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kimminich, Otto: Der Mythos der humanitären Intervention, Archiv des Völkerrechts 33 (1995), S. 430–458, zit.: Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430

Kindhäuser, Urs/*Neumann*, Ulfrid/*Paeffgen*, Hans-Ullrich: Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017, zit.: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Autor

Kingreen, Thorsten/*Poscher*, Ralf: Polizei und Ordnungsrecht, 10. Auflage, München 2018, zit.: Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht

Kirgis, Frederic L.: The Security Council's First Fifty Years, American Journal of International Law 89 (1995), S. 506–539, zit.: Kirgis, AJIL 89 (1995), S. 506

Klein, Eckart: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, Neue Juristische Wochenschrift (1989), S. 1633–1640, zit.: E. Klein, NJW (1989), S. 1633

Klein, Natalie: Maritime Security and the Law of the Sea, Oxford 2011, zit.: N. Klein, Maritime Security

Knauer, Christoph/*Kudlich*, Hans/*Schneider*, Harmut (Hrsg.): Münchner Kommentar zur Strafprozessordnung, 1. Auflage, München 2016, zit.: MüKoStPO/Autor

Koh, Harold: Comment, in: Doyle, Michael W., Striking First: Preemption and Prevention in International Conflict, S. 99–118, Princeton 2008, zit.: Koh, in: Doyle, Striking First, S. 99

Köhler, Michael: Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning Ernst/Pawlik, Michael/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, S. 257–270, zit.: Köhler, FS Schroeder, S. 257

Koivurova, Timo: Due Diligence, Max Planck Encyclopedia of Public International Law 1034 (2010), zit.: Koivurova, MPEPIL 1034 (2010)

Kokott, Juliane/*Sobotta*, Christoph: The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?, European Journal of International Law 23 (2012), S. 1015–1024, zit.: Kokott/Sobotta, EJIL 23 (2012), S. 1015

Kokott, Juliane: The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems, Den Haag 1998, zit.: Kokott, Burden of Proof

Kolb, Andreas S.: The UN Security Council Members' Responsibility to Protect: A Legal Analysis, Berlin 2018, zit.: A. Kolb, UN Security Council Members' Responsibility to Protect

Kolb, Robert: Good Faith in International Law, Oxford 2017, zit.: R. Kolb, Good Faith in International Law

Ius contra bellum, 2. Auflage, Basel 2009, zit.: R. Kolb, Ius contra bellum

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

König, Doris: Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie zur Bekämpfung der Piraterie: Mandat und Eingriffsmöglichkeiten, in: Zimmermann, Andreas et al. (Hrsg.): Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen, S. 203–248, Heidelberg 2010, zit.: König, in: Zimmermann et al., Moderne Konfliktformen, S. 203

Die Bekämpfung von Terroristen und Piraten – Ist der Einsatz der deutschen Marine im Rahmen von OEF, PSI und Operation Atalanta mit dem Völkerrecht vereinbar? Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3–33, zit.: König, Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3

Korte, Marcus: Die Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2008), S. 419–425, zit.: Korte, ZIS 9 (2008), S. 419

Kotuby, Charles T./*Sobota*, Luke A.: General Principles of Law and International Due Process, Oxford 2017, zit.: Kotuby/Sobota, General Principles of Law

Kremnitzer, Mordechai/*Hörnle*, Tatjana: Human Dignity and the Principle of Culpability, Israel Law Review 44 (2011), S. 114–141, zit.: Kremnitzer/Hörnle, Israel L. Rev. 44 (2011), S. 114

Kreß, Claus: 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice. By Tom Ruys, British Yearbook of International Law 83 (2013), S. 160–170, zit.: Kreß, British YB Int'l L. 83 (2013), S. 160

Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts, Humanitäres Völkerrecht 1 (1999), S. 4–10, zit.: Kreß, HuV 1 (1999), S. 4

Die Rettungsoperation der Bundeswehr in Albanien am 14. März 1997 aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 57 (1997), S. 329–362, zit.: Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329

Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne : Das Urteil des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien (Appeals Chamber) im Fall Tadic vom 2. Oktober 1995 [HRLJ 1995, 437], Europäische Grundrechte-Zeitschrift (1996), S. 638–648, zit.: Kreß, EuGRZ (1996), S. 638

Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, Berlin 1995, zit.: Kreß, Gewaltverbot

Strafrecht und Angriffskrieg im Lichte des „Falles Irak", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), S. 294–351, zit.: Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294

The International Court of Justice and the Principle of Non-Use of Force, in: Weller, Mark (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, S. 561–604, Oxford 2015, zit.: Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561

Vorbemerkungen zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Grützner, Heinrich/Pötz, Paul-Günter/Kreß, Claus (Hrsg.), Rechtshilfe in Strafsachen, Vor III 26, 3. Auflage, Heidelberg 2007, zit.: Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kretzmer, David: Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, European Journal of International Law 16 (2005), S. 171–212, zit.: Kretzmer, EJIL 16 (2005), S. 171
The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum, European Journal of International Law 24 (2013), S. 235–282, zit.: Kretzmer, EJIL 24 (2013), S. 235

Krieger, Heike/*Willms*, Jan (Hrsg.): Inducing Compliance with Humanitarian Law, Lessons from the African Great Lakes Region, Cambridge 2015, zit.: Autor, in: Krieger/Willms, Inducing Compliance

Krisch, Nico: Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit, Berlin 2001, zit.: Krisch, Selbstverteidigung

Kritsiotis, Dino/*Jacobsson*, Marie/*O'Connell*, Mary Ellen/*O'Donnell*, Thérèse, in: O'Connell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39–54: Rules of Evidence for the Use of Force in International Law's New Era, zit.: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39

Kuty, Franklin: Principes généraux du droit pénal belge, Tome II: L'infraction pénale, Brüssel 2010, zit.: Kuty, Principes généraux du droit pénal belge

Kugelmann, Dieter: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2012, zit.: Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht

Kugelmann, Dieter/*Möstl*, Markus: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 14. Auflage, 1. Juni 2020, zit.: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht NRW/Autor

Kühl, Kristian/*Heger*, Martin, Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2018, zit.: Lackner/Kühl/*Autor*

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2017, zit.: Kühl, Strafrecht AT
Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, in: Eser, Albin (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, S. 143–158, München 1998, zit.: Kühl, FS Lenckner, 1998, 143

Kuhlen, Lothar: Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt a. M. 1987, zit.: Kuhlen, Vorsatzausschließender und nicht vorsatzausschließender Irrtum

Kühn, Michael: Unilaterale Präventive Gewaltanwendung: Eine Untersuchung zur 'präventiven Selbstverteidigung' im Völkerrecht, Mainz 2010, zit.: Kühn, Unilaterale Präventive Gewaltanwendung

Kulesza, Joanna: Due Diligence in International Law, Leiden 2016, zit.: Kulesza, Due Diligence

Kunde, Martin: Der Präventivkrieg: geschichtliche Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung, Frankfurt a. M. 2007, zit.: Kunde, Präventivkrieg

Kunz, Josef L.: Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations, American Journal of International Law 41 (1947), S. 872–879, zit.: Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kwast, Patricia J.: Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorisation of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award, Journal of Conflict & Security Law 13 (2008), S. 49–91, zit.: Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49

Kyd, Sally/*Elliott*, Tracey/*Walters*, Mark: Clarkson and Keating: Criminal Law, 9. Auflage, London 2017, zit.: Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law

LaFave, Wayne R.: Substantive Criminal Law, Vol. 1, 2. Auflage, Eagan 2003, LaFave, Substantive Criminal Law

Lailach, Martin: Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgabe des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, Berlin 1998, zit.: Lailach, Wahrung des Weltfriedens

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung, Goltdammers Archiv (1957), S. 1–13, zit.: Lang-Hinrichsen, GA (1957), S. 1

Lanovoy, Vladyslav: Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility, Oxford 2016, zit.: Lanovoy, Complicity and its Limits

Laowonsiri, Akawat: Application of the Precautionary Principle in the SPS-Agreement, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 14 (2010) S. 565–623, zit.: Laowonsiri, Max Planck UNYB 14 (2010), S. 565

La Pradelle, Paul de Geouffre de: Les frontières de l'air, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 86 (1954), S. 117–202, zit.: de La Pradelle, RCADI 86 (1954), S. 117

Larguier, Jean: Chronique de jurisprudence: Droit pénal général, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (1976), S. 89–96, zit.: Larguier, RSC (1976), S. 89

Lauterpacht, Hersch: Oppenheim's International Law, Vol. I, 8. Auflage, London 1955, zit.: Lauterpacht, Oppenheim's International Law, Vol. I
Private Law Sources and Analogies of International Law, With Special Reference to International Arbitration, New Jersey 2008 (London 1927), zit.: Lauterpacht, Private Law Sources
The Function of Law in the International Community, Clark 2009 (Oxford 1933), zit.: Lauterpacht, The Function of Law in the International Community

Lavazza, Andrea: Free Will and Neuroscience: From Explaining Freedom Away to New Ways of Operationalizing and Measuring it, Frontiers in Human Neuroscience 10 (2016), S. 262 ff, zit.: Lavazza, Fron. Hum. Neurosci. 10 (2016), S. 262

Le Mon, Christopher: Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars, International Law and Politics 35 (2003), S. 741–793, zit.: Le Mon, Int'l L. and Pol. 35 (2003), S. 741

Lee, Cynthia K. Y.: Murder and the Reasonable Man: Passion and Fear in the Criminal Court Room, New York 2003, zit.: C. Lee, Murder and the Reasonable Man
Race and Self-Defense: Toward a Normative Conception of Reasonableness, Minnesota Law Review 81 (1996), S. 367–500, zit.: C. Lee, Minn. L. Rev. 81 (1996), S. 367

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lee, Thomas R/*Mouritsen*, Stephen C: Judging Ordinary Meaning, The Yale Law Journal 127 (2018), S. 788–879, zit.: T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788

Légal, Alfred: Chronique de jurisprudence: Droit pénal général, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (1955), S. 313–319, zit.: Légal, RSC (1955), S. 313
Chronique de jurisprudence: Droit pénal général, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (1957), S. 367–371, zit.: Légal, RSC (1957), S. 367

Lehmann, Julian M.: All Necessary Means to Protect Civilians: What the Intervention in Libya Says About the Relationship Between the Jus in Bello and the Jus ad Bellum, Journal of Conflict and Security Law 17 (2012), S. 117–146, zit.: Lehmann, J. Conflict & Sec. L. 17 (2012), S. 117

Lemnitzer, Jan M.: International Commissions of Inquiry and the North Sea Incident: A Model for a MH17 Tribunal?, European Journal of International Law 27 (2016), S. 923–944, zit.: Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923

Lemons, John/*Shrader-Frechette*, Kristin/*Cramer*, Carl: The Precautionary Principle: Scientific Uncertainty and Type I and Type II Errors, Foundations of Science 2 (1997), S. 207–236, zit.: Lemons/Shrader-Frechette/Cramer, Foundations of Science 2 (1997), S. 207

Lerche, Clemens: Die Kontrolldichte hinsichtlich der Tatsachenfeststellung, in: Frowein, Jochen A. (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, S. 249–265, zit.: Lerche, in: Frowein, Kontrolldichte, S. 249

Levasseur, Georges: Légitime défense. Absence de responsabilité civile, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (1990), S. 783, zit.: Levasseur, RSC (1990), S. 783

Lillich, Richard B.: Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights, Iowa Law Review 53 (1967), S. 325–351, zit.: Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325
Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and a Plea for Constructive Alternatives, in: Moore (Hrsg.), Law and Civil War, S. 229–251, Clark 2009 (1974), zit.: Lillich, in: Moore, Law and Civil War, S. 229

Lindley, Dennis V.: Understanding Uncertainty, Wiley 2013, zit.: Lindley, Understanding Uncertainty

Linnan, David K.: Iran Air Flight 665 and Beyond: Free Passage, Mistaken Self-Defense, and State Responsibility, Yale Journal of International Law 16 (1991), S. 245–389, zit.: Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245

Lissitzyn, Oliver J.: Some legal Implications of the U-2 and RB-47 Incidents, American Journal of International Law 56 (1962), S. 135–142: zit.: Lissitzyn, AJIL 56 (1962), S. 135
The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law, American Journal of International Law 47 (1953), S. 559–589, zit.: Lissitzyn, AJIL 47 (1953), S. 559

List, Christian: Social Choice Theory, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, 18. Dezember 2013, zit.: List, Social Choice Theory, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Liverick, Fiona: Is English Self-Defence Law Incompatible with Article 2 of the ECHR?, Criminal Law Review (2002), S. 347–362, zit.: Liverick, Crim. L. Rev. (2002), S. 347

Lobel, Jules/*Ratner*, Michael: Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime, American Journal of International Law 93 (1999), S. 124–154, zit.: Lobel/Ratner, AJIL 93 (1999), S. 124

Lobel, Jules: The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan, Yale Journal of International Law 24 (1999), S. 537–557, zit.: Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537

Logan, James C.: Imperfect Self-Defense, Washington University Law Review 20 (1935), S. 131–140, zit.: Logan, Washington Univ. L. Rev. 20 (1935), S. 131

Lowe, Vaughan: International Law, Oxford 2007, zit.: Lowe, International Law
Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses, European Journal of International Law 10 (1999), S. 405–411, zit.: Lowe, EJIL 10 (1999), S. 405

Luban, David: Just War and Human Rights: Philosophy & Public Affairs 9 (1980), S. 160–181, zit.: Luban, Phil. & Pub. Affairs 9 (1980), S. 160

Luell, Noam: The Problem of Imminence in an Uncertain World, in: Weller, Mark (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, S. 697–719, Oxford 2015, zit.: Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697

Lysén, Göran: State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts, Uppsala 1997, zit.: Lysén, State Responsibility

MacGibbon, Ian C.: Customary International Law and Acquiescence, British Yearbook of International Law 33 (1957), S. 115–145, zit.: MacGibbon, British Int'l L. 33 (1957), S. 115

Maclin, Tracey: The Right to Silence v. the Fifth Amendment, University of Chicago Legal Forum (2016), S. 255–293, zit.: Maclin, Univ. Chicago Leg. For. (2016), S. 255

Maggs, Gregory E.: The Campaign to Restrict the Right to Respond to Terrorist Attacks in Self-Defense under Article 51 of the U.N. Charter and What the United States can do About it, Regent Journal of International Law 4 (2006), S. 149–174, zit.: Maggs, Regent J. Int'l L. 4 (2006), S. 149

Mallison, W. Thomas/*Mallison*, Sally V.: Israeli Aerial Attack of June 7, 1981, upon the Iraqi Nuclear Reactor: Agression or Self-Defense, Vanderbilt Journal of Transnational Law 15 (1982), S. 417–448, zit.: Mallison/Mallison, Vanderbilt J. Transnat'l L. 15 (1982), S. 417

Marchuk, Iryna: The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis, Berlin 2014, zit.: Marchuk, Fundamental Concept of Crime

Martenczuk, Bernd: The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?, European Journal of International Law 10 (1999), S. 517–547, zit.: Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517
Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats, Berlin 1996, zit.: Martenczuk, Rechtsbindung

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Marxsen, Christian: Territorial Integrity in International Law – Its Concept and Implications for Crimea, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 75 (2015), S. 7–26, zit.: Marxsen, ZaöRV 75 (2015), S. 7

Mascala, Corinne: Jurisclasseur Pénal Code, Art. 122–7, 15. September 2012, aktualisiert am 27. Februar 2017, zit.: Mascala, Jurisclasseur Pénal Code, Art. 122–7

Matthee, Mariëlle/*Vermersch*, Dominique: Are the Precautionary Principle and the International Trade of Genetically Modified Organisms Reconcilable?, Journal of Agricultural and Environmental Ethics 12 (2000), S. 59–70, zit.: Methee/Vermersch, J Agr. & Envt'l Ethics 12 (2000), S. 59

Matt, Holger/*Renzikowski*, Joachim: Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2013, zit.: Matt/Renzikowski/Autor

Maunz, Theodor/*Dürig*, Günter: Grundgesetz Kommentar, 90. Ergänzungslieferung, Februar 2019, zit.: Maunz/Dürig/Autor, GG

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2018, zit.: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht

Mauro, Cristina: Garde à vue, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, aktualisiert Januar 2019, zit.: Mauro, Garde à vue

Mayaud, Yves/*Gayet*, Carole: Code pénal annoté, Dalloz, Juli 2020, zit.: Dalloz, Code pénal annoté

Mayaud, Yves: Terrorisme – Prévention, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz Januar 2018, zit.: Mayaud, Terrorisme: Prévention
Violences involontaires: théorie générale – Antisocialité des violences, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Oktober 2006, aktualisiert Mai 2019, zit.: Mayaud, Répertoire de droit pénal et de procédure pénal

McDougal, Myres S.: The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, American Journal of International Law 57 (1963), S. 597–604, zit.: McDougal, AJIL 57 (1963), S. 597

McEnery, Tony/*Hardie*, Andrew: Corpus Linguistics: Method, Theory and Practice, Cambridge 2012, zit.: McEnery/Hardie, Corpus Linguistics

McIntyre, Owen/*Mosedale*, Thomas: The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law, Journal of Environmental Law 9 (1997), S. 221–241, zit.: McIntyre/Mosedale, J. Envt'l L. 9 (1997), S. 221

Mendelson, Maurice: The Subjective Element in Customary International Law, British Yearbook of International Law 66 (1996), S. 177–208, zit.: Mendelson, British YB Int'l L. 66 (1996), S. 177

Menk, Thomas M.: Gewalt für den Frieden: die Idee der kollektiven Sicherheit und die Pathognomie des Krieges im 20. Jahrhundert, Berlin 1992, zit.: Menk, Gewalt für den Frieden

Merkouris, Penagiotis: Interpreting the Customary Rules on Interpretation, International Community Law Review 19 (2017), S. 126–155, zit.: Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126

Merle, Roger/*Vitu*, André: Traité de droit criminel, 7. Auflage, Paris 1997, zit.: Merle/Vitu, Traité de droit criminel

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Merten, Detlef: Rechtsstaat und Gewaltmonopol, Tübingen 1975, zit.: Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol

Milanovic, Marko: Mistakes of Fact When Using Lethal Force in International Law: Part I-III, EJIL: Talk!, 14./15./16. Januar 2020, zit.: Milanovic, EJIL: Talk!, 14./15./16. Januar 2020

The Soleimani Strike and Self-Defence Against an Imminent Armed Attack, EJIL: Talk!, 7. Januar 2020, zit.: Milanovic, EJIL: Talk!, 7. Januar 2020

Mitsch, Wolfgang: Vorläufige Festnahme und Notwehr, Juristische Ausbildung (2016), S. 161–167, zit.: Mitsch, JA (2016), S. 161

Moeckli, Daniel/*Fasel*, Raffael N.: A Duty to Give Reasons in the Security Council, Making Voting Transparent, International Organizations Law Review 14 (2017), S. 13–86, zit.: Moeckli/Fasel, Int'l Org. L. Rev. 14 (2017), S. 13

Mohamed, Saira: Restructuring the Debate on Unauthorized Humanitarian Intervention, North Carolina Law Review 88 (2009), S. 1275, zit.: Mohamed, North Carolina L. Rev. 88 (2009), S. 1275

Moore, John B.: The North Sea Incident, The Advocate of Peace 67 (1905), S. 173–176, zit.: Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173

Morgan, Craig A.: The Downing of Korean Air Lines Flight 007, Yale Journal of International Law 11 (1985), S. 231–257, zit.: Morgan, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231

Morris, Benny: Righteous Victims, A History of the Zionist-Arab Conflict, 1881–2001, New York 1999, zit.: Morris, Righteous Victims

Möstl, Markus/*Schwabenbauer*, Thomas (Hrsg.): BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 13. Auflage, 1. Mai 2020, zit.: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern/Autor

Möstl, Markus: Die staatliche Garantie, Tübingen 2002, zit.: Möstl, Staatliche Garantie

Mueller, Christopher B./*Kirckpatrick*, Laird C.: Evidence, 5. Auflage, Frederick (Maryland) 2012, zit.: Mueller/Kirckpatrick, Evidence, 5. Aufl.

Müller, Susanne: Schuld, Schuldfeststellung und Strafauswahl im französischen Strafrecht, Arbeitspapier MPI für ausländisches und internationales Strafrecht (2004), zit.: Müller, Arbeitspapier MPI für ausländisches und internationales Strafrecht (2004)

Musielak, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 17. Auflage, München 2020, zit.: Musielak/Voit/Autor, ZPO

Murdoch, Andrew: Forcible Interdiction of Ships Transporting Terrorists, Military Law and Law of War Review 48 (2009), S. 287–328, zit.: Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287

Murphy, Sean D.: Humanitarian Intervention, Syracuse 1996, zit.: Murphy, Humanitarian Intervention

The Doctrine of Preemptive Self-Defense, Villanova Law Review 50 (2005), S. 699–748, zit.: Murphy, Villanova L. Rev. 50 (2005), S. 699

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nagpal, Ramesh C.: Disobedience to Unlawful Superior Orders, Journal of the Indian Law Institute 21 (1979), S. 397–406, zit.: Nagpal, J. Indian L. Institute 21 (1979), S. 397

Natoli, Francesco: Sécurité et ordre public: deux notions à relation variable – Comparaison franco-italienne: Revue de droits de l'homme 11 (2017), S. 1–10, zit.: Natoli, Rev. d. droits de l'homme 11 (2017), S. 1

Nessa, Jasmin Johurun: Self-Defense in International Law: What Level of Evidence?, Just Security vom 8. Juli 2019, zit.: Nessa, Just Security, 8. Juli 2019

Nitzan, Shmuel/*Paroush*, Jacob: Collective Decision-Making and Jury Theorems, in: Parisi, Francesco (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Economics Vol. I: Methodology and Concepts, Oxford 2017, zit.: Nitzan/Paroush, in: Parisi, Oxford Hb. L. Econ., Vol. I

Nolte, Georg: Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111–129, zit.: Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111

Nourse, Victoria: After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity Objectivity Question, New Criminal Law Review 11 (2008), S. 33–50, zit.: Nourse, New Crim. L. Rev. 11 (2008), S. 33

Nowak, Manfred: UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl 2005, zit.: Nowak, CCPR Commentary

Nowlan, Jacqueline: Der Begriff der Friedensbedrohung bei innerstaatlichen Konflikten in der jüngsten Praxis des Weltsicherheitsrates, Festgabe des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht für Georg Bock zum 70. Geburtstag, S. 165–185, Bochum 1993, zit.: Nowlan, FS Bock, S. 165

Nypels, Jean S. G.: Législation criminelle de la Belgique, Tome III, Brüssel 1868, zit.: Nypels, Législation criminelle de la Belgique (1868), Tome III

O'Connell, Mary Ellen: Lawful Self-Defense to Terrorism, University of Pittsburgh Law Review 63 (2002), S. 889–908, zit.: O'Connell, Univ. Pittsburgh L. Rev. 63 (2002), S. 889

Evidence of Terror: Journal of Conflict and Security Law 7 (2002), S. 19, zit.: O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19

The Myth of Preemptive Self-Defense, American Society of International Law Task Force Papers, August 2002, zit.: O'Connell, Myth of Preemptive Self-Defense

The Prohibition of the Use of Force, in: White, Nigel D./Henderson, Christian (Hrsg.), Research Handbook on International Conflict and Security Law: jus ad bellum, jus in bello, and jus post bellum, S. 89–119, Cheltenham 2013, zit.: O'Connell, in: White/Henderson, Research Handbook, S. 89

The True Meaning of Force, American Journal of International Law Unbound 108 (2014), S. 141–144, zit.: O'Connell, AJIL Unbound 108 (2014), S. 141

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

O'Donnell, Thérèse: Naming and Shaming: The Sorry Tale of Security Council Resolution 1530 (2004), European Journal of International Law 17 (2006), S. 945–968, zit.: O'Donnell, EJIL 17 (2006), S. 945
Security Council Resolution 1530, Evidence and the United Nations Security Council, American Society of International Law Proceedings 100 (2006), S. 47–51, zit.: O'Donnell, ASIL Proceedings (2006), S. 47

Öberg, Marko Divac: The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, European Journal of International Law 16 (2005), S. 879–906, zit.: Öberg, EJIL 16 (2005), S. 879

Ohlin, Jens D.: Targeting and the Concept of Intent, Michigan Journal of International Law 35 (2013), S. 79–130, zit.: Ohlin, Mich. J. Int'l L. 35 (2013), S. 79

Ohlin, Jens D./*Govern*, Kevin/*Finkelstein*, Claire (Hrsg.): Cyberwar: Law and Ethics for Virtual Conflicts, Oxford 2015, zit.: Autor, in: Ohlin/Govern/Finkelstein, Cyberwar

Okimoto, Keiichiro: The Distinction and Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*, Oxford and Portland, Oregon 2011, zit.: Okimoto, Distinction and Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*

Oppenheim, Lassa F. L.: Introduction, in: Picciotto, Cyril M. (Hrsg.), The Relation of International Law to the Law of England, London 2015, zit.: Oppenheim, in: Picciotto, Relation of International Law to the Law of England

Orakhelashvili, Alexander: Akehurst's Modern Introduction to International Law, 8. Auflage, Abingdon 2019, zit.: Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction
Power of the UN Security Council to Determine the Existence of a Threat to the Peace, Irish Yearbook of International Law 1 (2006), S. 61–100, zit.: Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61
The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review, Max Planck Yearbook of United Nations Law 11 (2007), S. 144–195, zit.: Orakhelshvili, Max Planck UNYB 11 (2007), S. 144

Oren, Michael B.: The 'USS Liberty': Case Closed, Azure 9 (2000), zit.: Oren, Azure 9 (2000)

Ormerod, David/*Laird*, Karl: Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law, 15. Auflage, Oxford 2018, zit.: Ormerod/Laird, in: Smith and Hogan's Criminal Law
14. Auflage, Oxford 2015, zit.: Ormerod/Laird, in: Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl.
Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials on Criminal Law, 12. Auflage, Oxford 2017, zit.: Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials

Österdahl, Inger: Threat to the Peace: The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter, Uppsala 1998, zit.: Österdahl, Threat to the Peace

Otsuka, Michael: Killing the Innocent in Self-Defense, Philosophy & Public Affairs 23 (1994), S. 74–94, zit.: Otsuka, Phil. & Publ. Affairs 23 (1994), S. 74

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004, zit.: Otto, Strafrecht AT

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pacholska, Magdalena: Complicity and the Law of International Organizations: Responsibility for Human Rights and Humanitarian Law Violations in UN Peace Operations, Cheltenham 2020, zit.: Pacholska, Complicity

Paddeu, Federica I.: Self-Defence as a Circumstance Precluding Wrongfulness: Understanding Article 21 of the Articles on State Responsibility, British Yearbook of International Law 85 (2015), S. 90–132, zit.: Paddeu, British YB Int'l L. 85 (2015), S. 90

Justification and Excuse: Concept and Theory of General Defences, Cambridge 2018, zit.: Paddeu, Justification and Excuse

Paeffgen, Hans-Ullrich: Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Dornseifer, Gerhard/Eckhard, Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 399–425, Köln 1989, zit.: Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399

Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Berlin 1979, zit.: Paeffgen, Verrat in irriger Annahme

Papastavridis, Efthymios: The Interception of Vessels on the High Seas, Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans, Oxford 2013, zit.: Papastavridis, The Interception of Vessels

Parker, Richard B.: The Politics of Miscalculation in the Middle East, Bloomington 1993, zit.: Parker, Politics of Miscalculation

Parsons, Simon/*Andoh*, Benjamin: Comment: Private Defence and Public Defence in the Criminal Law and in the Law of Tort – A Comparison, Journal of Criminal Law 76 (2012), S. 22–28, zit.: Parsons/Andoh, J. Crim. L. 76 (2012), S. 22

Paulus, Andreas: The War Against Iraq and the Future of International Law: Hegemony or Pluralism?, Michigan Journal of International Law 25 (2004), S. 691–733, zit.: Paulus, Michigan J. Int'l L. 25 (2004), S. 691

Paust, Jordan J.: More Revelations About Mayaguez (and its Secret Cargo), Boston College International and Comparative Law Review 4 (1981), S. 61–76, zit.: Paust, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 4 (1981), S. 61

The Seizure and Recovery of the Mayaguez, The Yale Law Journal 85 (1976), S. 774–806, zit.: Paust, Yale L. J. 85 (1976), S. 774

Pauwelyn, Joost: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law, Cambridge 2003, zit.: Pauwelyn, Conflicts of Norms

Pawlik, Michael: Das Unrecht des Bürgers, Tübingen 2012, zit.: Pawlik, Unrecht des Bürgers

Der rechtfertigende Notstand, Berlin 2002, zit.: Pawlik, Rechtfertigender Notstand

Pereira, Brigitte: Responsabilité pénale, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Juni 2017, aktualisiert November 2018, zit.: Pereira, Responsabilité pénale

Peters, Anne: Beyond Human Rights, Cambridge 2016, zit.: Peters, Beyond Human Rights

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Petrovna, Shtankova Anastasia: Erforderliche Verteidigung bei der Anwendung des Bundesgesetzes „Über die Polizei" (in Russisch), zit.: Petrovna, Erforderliche Verteidigung bei der Anwendung des Bundesgesetzes „Über die Polizei"

Pfander, James E.: Resolving the Qualified Immunity Dilemma: Constitutional Tort Claims for Nominal Damages, Columbia Law Review 111 (2011), S. 1601–1639, zit.: Pfander, Columbia L. Rev. 111 (2011), S. 1601

Picard, Etienne: La notion de police administrative, Paris 1984, zit.: Picard, La notion de police administrative

Piper, Donald C.: The General Problem of Defining Aggression, Georgia Journal of International & Comparative Law 2 (1972), S. 1–17, zit.: Piper, Georgia J. Int'l Comp. L. 2 (1972), S. 1

Pleuger, Gunter: Deutschland im Sicherheitsrat: Bilanz aus zwei Jahren gewähltes Mitglied, Vereinte Nationen 1 (2005), S. 1–4, zit.: Pleuger, Vereinte Nationen 1 (2005), S. 1

Popp, Roland: Stumbling Decidedly into the Six-Day War, Middle East Journal 60 (2006), S. 281–309, zit.: Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281

Porteron, Cédric: Infraction, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Februar 2002, aktualisiert März 2013, zit.: Porteron, Infraction

Poscher, Ralf: Gefahrverdacht – Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, 141–147, zit.: Poscher, NVwZ (2001), S. 141

Pradel, Jean/*Varinard*, André: Les grands arrêts du droit pénal général, 7. Auflage, Paris 2009, zit.: Pradel/Varinard, Les grands arrêts du droit pénal général

Pufendorf, Samuel von: De jure naturae et gentium, The Law of Nature and of Nations: Eight Books, Translation by Basil Kennet, London 1729 (Lund 1672), zit.: von Pufendorf, De jure naturae et genium (1672)

Pyka, Alexander: Das iranische Atomprogramm: Wer hat Recht? Eine völkerrechtliche Analyse, Young Initiative on Foreign Affaires and International Relations, zit.: Pyka, Das iranische Atomprogramm, IFAIR v. 9. August 2013

Quéneudec, Jean-Pierre: L'incidence de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer, AFDI 14 (1968), S. 701–718, zit.: Quéneudec, AFDI 14 (1968), S. 701

Quigley, John: The Six-Day War and Israeli Self-Defense: Questioning the Legal Basis for Preventive War, Cambridge 2013, zit.: Quigley, Six-Day War
The United Nations Action Against Iraq: A Precedent for Israel's Arab Territories?, Duke Journal of Comparative and International Law 2 (1994), S. 195–228, zit.: Quigley, Duke J. Comp. & Int'l L. 2 (1994), S. 195
The "Privatization" of Security Council Enforcement Action : A Threat to Multilateralism, Michigan Journal of International Law 17 (1996), S. 249–283, zit.: Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249

Rabinovich, Itamar/*Shaked*, Haim: Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985, Tel Aviv 1987, zit.: Rabinovich/Shaked, Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rachel, Samuel: De Jure Naturae et Gentium Dissertationes, Scott, James Brown (Hrsg.), Dissertations on the Law of Nature and of Nations, Vol. II, Translation by John Pawley Bate, Washington 1916 (Kiel 1676), zit.: Rachel, De jure naturae et gentium dissertationem (1676)

Rauscher, Thomas/*Krüger*, Wolfgang (Hsrg.): Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Auflage, München 2016, zit.: MüKoZPO/Autor

Reisman, Michael/*Armstrong*, Andrea: The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense, American Journal of International Law, 100 (2006), S. 525–550, zit.: Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525

Reisman, Michael/*McDougal*, Myres S.: Humanitarian Intervention to Protect the Ibos, in: Lillich, Richard B. (Hrsg.), Humanitarian Intervention and the United Nations, S. 167–195, Charlottesville 1973, zit.: Reisman/McDougal, in: Lillich (Hrsg.), Humanitarian Intervention, S. 167

Renzikowski, Joachim: Notstand und Notwehr, Berlin 1994, zit.: Renzikowski, Notstand und Notwehr
Restriktiver Täterbegriff und Fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997, zit.: Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff

Ress, Georg: Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Ress, Georg/Schreuer, Christoph (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Berichte DGVR 23 (1981), S. 7–58, zit.: Ress, Berichte DGVR 23 (1981), S. 7

Rikhye, Indar Jit: The Sinai Blunder: Withdrawal of the United Nations Emergency Force leading to the Six-Day War of June 1967, London 1980, zit.: Rikhye, Sinai Blunder

Rivkin, David B./*Casey*, Lee A./*DeLaquil*, Mark W.: Preemption and Law in the Twenty-First Century, Chicago Journal of International Law 5 (2005), S. 467–498, zit.: Rivkin/Casey/DeLaquil, Chicago J. Int'l L. 5 (2005), S. 467

Roberts, Adam: Humanitarian War: Military Intervention and Human Rights, International Affairs 69 (1993), S. 429–449, zit.: Adam Roberts, Int'l Affairs 69 (1993), S. 429

Roberts, Anthea: Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, International and Comparative Law 60 (2011), S. 57–92, zit.: Anthea Roberts, Int'l & Comp. L. 60 (2011), S. 57
Legality vs. Legitimacy – Can Use of Force be Illegal but Justified, in: Alston, Philip/Macdonald, Euan (Hrsg.), Human Rights, Intervention, and the Use of Force, S. 179–213, Oxford 2008, zit.: Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179

Roberts, Priscilla: Arab-Israeli Conflict, A Documentary and Reference Guide, Santa Barbara/Denver 2017, zit.: P. Roberts, Arab-Israeli Conflict

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Robinson, Paul H./*Kussmaul*, Matthew/*Stoddard*, Camber/*Rudyak*, Ilya/*Kuersten*, Andreas: The American Criminal Code: General Defenses, Journal of Legal Analysis (2015), S. 1–90, zit.: Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1

Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine, Virginia Law Review 71 (1986), S. 1–63, zit.: Robinson, Virg. L. Rev. 71 (1986), S. 1

Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis, Columbia Law Review 82 (1982), S. 199–291, zit.: Robinson, Columbia L. Rev. 82 (1982), S. 199

Objective versus Subjective Justification: A Case Study in Function and Form in Constructing a System of Criminal Law Theory, in: Robinson, Paul H./Garvey, Stephen P./Ferzan, Kimberley Kessler (Hrsg.), Criminal Law Conversations, S. 343–353, 361–363, Oxford 2009, zit.: Robinson in: Robinson/Garvey/Ferzan, Criminal Law Conversations, S. 343

Robinson, Paul H./*Dubber*, Markus D.: The American Model Penal Code: A Brief Overview, New Criminal Law Review 10 (2007), S. 319–341, zit.: Robinson/Dubber, New Crim. L. Rev. 10 (2007), S. 319

Rodin, David: War and Self-Defense, Oxford 2010 (2002), zit.: Rodin, War and Self-Defense

Rodley, Sir Nigel/*Pollard*, Matt: The Treatment of Prisoners under International Law, 3. Auflage, Oxford 2009, zit.: Rodley, Treatment of Prisoners

Roets, Damien: Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Actualité Juridique Pénal (2008), S. 119, zit.: Roets, AJ Pénal (2008), S. 119

Romanow, D. I.: Notwendige Verteidigung (in Russisch), Allpravo, abrufbar unter http://www., zit.: Romanow, Notwendige Verteidigung

Ronzitti, Natalino: Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 242 (1993), S. 9–196, zit.: Ronzitti, RCADI 242 (1993), S. 9 (138)

The Expanding Law of Self-Defence: Journal of Conflict and Security Law 11 (2006), S. 343–359, zit.: Ronzitti, J. Confl. & Sec. L. 11 (2006), S. 343

Use of Force, Jus Cogens and State Consent, in: Cassese, Antonio (Hrsg.), The Current Legal Regulation of the Use of Force, S. 147–166, Dordrecht 1986, zit.: Ronzitti, in: Cassese, Current Legal Regulation, S. 147

Roscini, Marco: Cyber Operations and the Use of Force in International Law, Oxford 2014, zit.: Roscini, Cyber Operations

Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations, Texas International Law Journal 50 (2015), S. 233–273, Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233

Rosenne, Shabtai: Directions For A Middle East Settlement – Some Underlying Legal Problems, Law & Contemporary Problems 33 (1968), S. 44–67, zit.: Rosenne, L. & Contemp. Problems 33 (1968), S. 44

Rosenthal, Jacob: Die Propensity-Theorie der Wahrscheinlichkeit, Zeitschrift für philosophische Forschung 60 (2006), S. 241–268, zit.: Rosenthal, Z. phil. Forschung 60 (2006), S. 241

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rostalski, Frauke: Normentheorie und Fahrlässigkeit: Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, Goltdammer's Archiv (2016), S. 73–89, zit.: Rostalski, GA (2016), S. 73

Rostow, Eugene V.: Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense? American Journal of International Law 85 (1991), S. 506–516, zit.: Rostow, AJIL 85 (1991), S. 506

Rouidi, Hajer: Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (2016), S. 17–36; zit.: Rouidi, RSC (2016), S. 17

Rowan, Roy: The Four Days of Mayaguez, New York 1975, zit.: Rowan, Four Days of Mayaguez

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, zit.: Roxin, Strafrecht AT
Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959, zit.: *Roxin*, Offene Tatbestände

Rückert, Christian: Effektive Selbstverteidigung und Notwehr, Tübingen 2007, zit.: Rückert, Effektive Selbstverteidigung

Rudolphi, Hans-Joachim: Die Pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Stree, Walter/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, S. 73–95, München 1978, zit.: Rudolphi, in: GS Schröder, S. 73
Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Dornseifer, Gerhard/Eckhard, Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 371–397, Köln 1989, zit.: Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371

Rusk, Dean: As I Saw It: A Secretary of State's Memoirs, London 1990, zit.: Rusk, As I Saw It

Russell, Christopher L.: (Hrsg.), George Fletcher's Essays on Criminal Law, Oxford 2013, zit.: Autor, in: C. Russell, George Fletcher's Essays

Russell, Hannah: The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts, Oxford 2007, zit.: H. Russell, Use of Force

Russell, Ruth B.: History of the United Nations Charter: The Role of the United States, 1940–1945, Washington 1958, zit.: R. Russell: History of the UN Charter

Russell, Paul: Hume on Free Will, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winterausgabe 2016, zit.: P. Russell, Hume on Free Will, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy

Rutherforth, Thomas: Institutes of Natural Law: Being the Substance of a Course of Lectures on Grotius de jure Belli et Pacis, Band 1, Baltimore 1832 (Cambridge 1754–1756), zit.: Rutherforth, Institutes of Natural Law (1754–1756)

Ruys, Tom/*Corten*, Olivier/*Hofer*, Alexandra (Hrsg.): The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach, Oxford 2018, zit.: Autor, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ruys, Tom: 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice, Cambridge 2010, zit.: Ruys, Armed Attack
The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force excluded from UN Charter Article 2 (4)?, American Journal of International Law 108 (2014), S. 159–210, zit.: Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159

Säcker, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2018 (Band 1) bzw. 7. Auflage 2017 (Band 6), München, zit.: MüKoBGB/Autor

Sadat Wexler, Leila (Hrsg.): Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Ramonville 1998, zit.: Sadat Wexler, Model Draft Statute

Sadeleer, Niels de: The Enforcement of the Precautionary Principle by German, French and Belgian Courts, Review of European Comparative & International Environmental Law 9 (2002), S. 144–151, zit.: de Sadeleer, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 9 (2002), S. 144

Safferling, Christoph J. M.: Vorsatz und Schuld: Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen 2008, zit.: Safferling, Vorsatz und Schuld

Sandoz, Yves/*Swinarski*, Christophe/*Zimmermann*, Bruno: ICRC Commentary on the Additional Protocols, Genf 1987, zit.: ICRC Commentary on the Additional Protocols

Sands, Philippe/*Peel*, Jacqueline/*Fabra*, Adriana/*MacKenzie*, Ruth: Principles of International Environmental Law, 3. Auflage, Cambridge 2012, zit.: Sands/Peel/Fabra/MacKenzie, Principles of International Environmental Law

Sangero, Boaz: Self-Defence in Criminal Law, Oxford 2006, zit.: Sangero, Self-Defence

Santori, Valeria: The UN Security Council's (broad) Interpretation of the Notion of the Threat to Peace in Counter-Terrorism, in: Nesi, Giuseppe (Hrsg.), International Cooperation in Counter-Terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism, S. 89–111, Aldershot 2006, zit.: Santori, in: Nesi, International Cooperation, S. 89

Sassella, Michael: The International Civil Aviation Organization: Its Contribution to International Law, Melbourne University Law Review 8 (1971), S. 41–90, zit.: Sassella, Melbourne Univ. L. Rev. 8 (1971), S. 41

Sassòli, Marco: The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives – Difficulties and Opportunities to Increase Respect for IHL: Specifities of the Additional Protocol, 40th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, Sanremo, 7–9 September 2017, zit.: Sassòli, The Additional Protocols 40 Years Later

Savigny, Friedrich Carl von: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1853, zit.: von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts (1853)
System des heutigen Römischen Rechts Vol. II, Berlin 1840, zit.: von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Vol. II

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schabas, William A.: General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 6/4 (1998), S. 84–112, zit.: Schabas, Eur. J. Crime Crim. L. Crim. Jus. 6/4 (1998), S. 84

Schachter, Oscar: International Law in Theory and Practice, Den Haag 1991, zit.: Schachter, International Law in Theory and Practice

The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly Schachter, American Journal of International Law 58 (1964), S. 960–965, zit.: Schachter, AJIL 58 (1964), S. 960

The Right of States to Use Armed Force, Michigan Law Review 82 (1984), S. 1620–1646, zit.: Schachter, Michigan L. Rev. 82 (1984), S. 1620

United Nations Law in the Gulf Conflict, American Journal of International Law 85 (1991), S. 452–473, zit.: Schachter, AJIL 85 (1991), S. 452

Schäfer, Hans-Bernd/*Ott*, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Berlin 2012, zit.: Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse

Schaffstein, Friedrich: Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, in: Frisch, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, S. 89–106, Köln 1978, zit.: Schaffstein: FS Bruns, S. 89

Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, Monatsschrift für Deutsches Recht 1951, S. 196–200, zit.: Schaffstein, MDR 1951, S. 196

Scharf, Michael P.: Striking a Grotian Moment: How the Syria Airstrikes Changed International Law Relating to Humanitarian Intervention, Chicago Journal of International Law 19 (2019), S. 586–614, zit.: Scharf, Chicago J. Int'l L. 19 (2019), S. 586

Scharf, Michael P./*Dorosin*, Joshua L.: Interpreting UN Sanctions: The Rulings and Role of the Yugoslavia Sanctions Committee, Brooklyn Journal of International Law 19 (1993), S. 771–827, zit.: Scharf/Dorosin, Brookl. J. Int'l L. 19 (1993), S. 771

Schiffbauer, Björn: Selbstverteidigung, "imminent armed attack" und Prognose im Völkerrecht, in: Kulick, Andreas/Goldhammer, Michael (Hrsg.): Der Terrorist als Feind? Personalisierung im Polizei- und Völkerrecht, S. 167–191, Tübingen 2020, zit.: Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, S. 167

Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht: eine systematische Ermittlung des gegenwärtigen friedenssicherungsrechtlichen Besitzstandes aus völkerrechtsdogmatischer und praxisanalytischer Sicht, Berlin 2012, zit.: Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung

Schilling, Theodor: Die „neue Weltordnung" und die Souveränität der Mitglieder der Vereinten Nationen, Archiv des Völkerrechts 33 (1995), S. 67–106, zit.: Schilling, AdV 33 (1995), S. 67

Schindler, Dietrich/*Toman*, Jiri: The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents, Leiden 2004, zit.: Schindler/Toman, Laws of Armed Conflicts

Schmidhäuser, Eberhard: Die Begründung der Notwehr, Goltdammer's Archiv (1991), S. 97–139, zit.: Schmidhäuser, GA (1991), S. 97

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schmitt, Michael N./*O'Donnell*, Brian T. (Hrsg.): An Assessment of International Legal Issues in Information Operations, S. 459–529, zit.: Schmitt/O'Donnell, Int'l L. Studies 76 (1999), S. 459

Schmitt, Michael N./*Pejic*, Jelena (Hrsg.): International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein, Leiden 2007, zit.: Autor, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict

Schmitt, Michael N.: Essays on Law and War at the Fault Lines, Den Haag 2012, zit.: Schmitt, Essays on Law and War
Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance, Virginia Journal of International Law 50 (2010), S. 795–839, zit.: Schmitt, Virginia J. Int'l L. 50 (2010), S. 795
Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), S. 885–937, zit.: Schmitt, Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885
Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law, The Marshall Center Papers No. 5, zit.: Schmitt, Counter-Terrorism

Schmitt, Michael N. (Hrsg.): Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable To Cyber Warfare, 2. Auflage, Cambridge 2017, zit.: Tallinn Manual 2.0

Scholl, Bernd: Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, Baden-Baden 2015, zit.: Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen

Schönke, Adolf/*Schröder*, Horst (Begr. bzw. Hrsg.): Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019, zit.: Schönke/Schröder/Autor

Schroeder, Friedrich-Christian: Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, Deutsche Übersetzung und Einführung, 2. Auflage, Berlin 2007, zit.: Schroeder, StGB der Russischen Föderation

Schröder, Christian: Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, Juristische Schulung (2000), S. 235–241, zit.: Schröder, JuS (2000), S. 235

Schroth, Ulrich: Die Annahme und das „Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, in: Haft, Fritjof (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 595–610, Heidelberg 1993, zit.: Schroth, FS Arthur Kaufmann, S. 595
Vorsatz und Irrtum, München 1998, zit.: Schroth, Vorsatz und Irrtum

Schüler, Thilo: Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, Baden-Baden 2004, zit.: Schüler, Zweifel

Schulte, Martin: Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, Das Deutsche Verwaltungsblatt (1995), S. 130–135, zit.: Schulte, DVBl 3 (1995), S. 130

Schwabe, Jürgen: Vorbeugende Polizeimaßnahmen, Anmerkung zu OVG NRW, 4 A 2607/79, Deutsches Verwaltungsblatt (1982), S. 655–657, zit.: Schwabe, DVBl (1982), S. 655

Schwartz, Stephen S.: Is There a Common Law Necessity Defense in Federal Criminal Law?, University of Chicago Law Review 75 (2008), S. 1259–1293, zit.: Schwartz, U. Chi. L. Rev. 75 (2008), S. 1259

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwarzenberger, Georg: International Law as applied by International Courts and Tribunals, The Law of Armed Conflict, Vol. II, London 1968, zit.: Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts, Vol. II
Myths and Reality of Treaty Interpretation, Virginia Journal of International Law 9 (1968), S. 1–19, zit.: Schwarzenberger, Virginia J. Int'l L. 9 (1968), S. 1

Schwebel, Stephen M.: Clean Hands, Max Planck Encyclopedia of Public International Law 18 (2005), zit.: Schwebel, MPEPIL 18 (2005)

Schwehm, Johannes: Präventive Selbstverteidigung: Eine vergleichende Analyse der völkerrechtlichen Debatte, AdV 46 (2008), S. 368–406, zit.: Schwehm, AdV 46 (2008), S. 368

Schweigman, David: The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice, Den Haag 2001, zit.: Schweigman, Authority of the Security Council

Schweikert, Heinrich: Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958), S. 394–411, zit.: Schweikert, ZStW 70 (1958), S. 394

Schweizer, Mark: Beweiswürdigung und Beweismaß: Rationalität und Intuition, Tübingen 2015, zit.: Schweizer, Beweiswürdigung
The civil standard of proof – what is it, actually?, Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 217–234, zit.: Schweizer, Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 217

Segonds, Marc: Santé et sécurité au travail, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, April 2018, zit.: Segonds, Santé et sécurité au travail

Seier, Jürgen: Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt, Juristische Schulung (1986), S. 217–223, zit.: Seier, JuS (1986), S. 217

Serna Galván, Mónica L. de la: Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council: Is the Security Council a Legislator for the Entire International Comunity?, Anuario Mexicano de Derecho Internacional 9 (2011), S. 147–185, zit.: Serna Galván, A. Mex. Der. Int'l 9 (2011), S. 147

Shah, Niaz A.: Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism, Journal of Conflict and Security Law 12 (2007), S. 95–126, zit.: N. A. Shah, J Conflict & Security L. 12 (2007), S. 95

Shah, Sikinder A.: War on Terrorism: Self-Defense, Operation Enduring Freedom, and the Legality of U.S. Drone Attacks in Pakistan, Washington University Global Studies Law Review 9 (2010), S. 77–129, zit.: S. A. Shah, Washington Univ. Global Stud. L. Rev. 9 (2010), S. 77

Sharfi, Mohammed Hussein: Sudan and the Assassination Attempt on President Mubarak in June 1995: A Cornerstone in Ideological Reverse, Journal of Eastern African Studies 12 (2018), S. 454–472, zit.: Sharfi, J. East. Afr. Stud. 12 (2018), S. 454

Shaw, Malcom N.: Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920–2015, 5. Auflage, Leiden 2016, zit.: Shaw in: Rosenne's Law and Practice

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sieber, Ulrich/*Forster*, Susanne/*Jarvers*, Konstanze (Hrsg.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Berlin 2016, zit.: Autor, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol.

Sieber, Ulrich/*Jarvers*, Konstanze/*Silverman*, Emily (Hrsg.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Berlin 2016, zit.: Autor, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol.

Sievers, Loraine/*Daws*, Sam: Procedure of the United Nations Security Council, 4. Auflage, Oxford 2014, zit.: Sievers/Daws, Procedure of the UN Security Council

Simma, Bruno/*Khan*, Daniel-Erasmus/*Nolte*, Georg/*Paulus*, Andreas (Hrsg.): The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Auflage, Oxford 2012, zit.: Autor, in: Simma, UN Charter

Simma, Bruno/*Mosler*, Hermann/*Randelzhofer*, Albrecht/*Tomuschat*, Christian/*Wolfrum*, Rüdiger/*Paulus*, Andreas/*Chaitobu*, Eleni (Hrsg.): The Charter of the United Nations. A Commentary, 2. Auflage, Oxford 2002, zit.: Autor, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl.

Simma, Bruno: From Bilateralism to Community Interest, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 250 (1994), S. 217–384, zit.: Simma, RCADI 250 (1994), S. 217

NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, European Journal of International Law 10 (1999), S. 1–22, zit.: Simma, EJIL 10 (1999), S. 1

Simpson, Gerry: The War In Iraq And International Law, Melbourne Journal of International Law 6 (2005), S. 167–188, zit.: Simpson, Melbourne J. Int'l L. 6 (2005), S. 167

Singer, Richard G.: Resurgence of Mens Rea, II – Honest but Unreasonable Mistake of Fact in Self Defense, Boston College Law Review 28 (1987), S. 459–519, zit.: Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459

Sinn, Arndt: Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, Goltdammer's Archiv (2003), S. 96–108, zit.: Sinn, GA (2003), S. 96

Sliedregt, Elies van: Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford 2012, zit.: van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility

Sloane, Robert D.: On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility, American Journal of International Law 106 (2012), S. 447–508, zit.: Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447

Puzzles of Proportion and the "Reasonable Military Commander": Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionaliy, Harvard National Security Journal 6 (2015), S. 299–343, zit.: Sloane, Harvard Nt'l Sec. J. 6 (2015), S. 299

Smith, John C.: The Use of Force in Public or Private Defence and Art. 2, Criminal Law Review (2002), S. 958–962, zit.: Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958

Sochor, Eugene: The Politics of International Aviation, Hampshire/London 1991, zit.: Sochor, Politics of International Aviation

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sofaer, Abraham D.: On the Necessity of Pre-emption, European Journal of International Law 14 (2003), S. 209–226, zit.: Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209
International Law and Kosovo, Stanford Journal of International Law 36 (2000), S. 1–22, zit.: Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1
Terrorism, the Law, and the National Defense, Military Law Review 126 (1989), S. 89–123, zit.: Sofaer, Military L. Rev. 126 (1989), S. 89

Sprick, Daniel: Die Grenzen der Notwehr im Strafrecht der Volksrepublik China, Baden-Baden 2016, zit.: Sprick, Grenzen der Notwehr

Stahl, Sandra: Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik: Ein Beitrag zu Grund, Inhalt und Grenzen der völkerrechtlichen Schutzpflichtendogmatik im Bereich konventionell geschützter Menschenrechte, Berlin 2012, zit.: Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht

Starski, Paulina: Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 75 (2015), S. 455–501, zit.: Starski, ZaöRV 75 (2015), S. 455
Silence within the Process of Normative Change and Evolution of the Prohibition on the Use of Force: Normative Volatility and Legislative Responsibility, Journal on the Use of Force and International Law 4 (2017), S. 14–65, zit.: Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14

Steenberghe, Raphael van: La légitime défense en droit international public, Brüssel 2012, zit.: van Steenberghe, La légitime défense
La légitime défense en droit international comtemporain: entre réalisme et idéalisme, Annales de Droit de Louvain 70 (2010), S. 43–53, zit.: van Steenberghe, Annales de Dr. de Louvain 70 (2010), S. 43

Stelkens, Paul/*Bonk*, Heinz Joachim/*Sachs*, Michael (Begr. bzw. Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, München 2018, zit.: Stelkens/Bonk/Sachs/Autor, VwVfG

Stein, Torsten: Das Attentat von Lockerbie vor dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und dem Internationalen Gerichtshof, Archiv des Völkerrechts 31 (1993), S. 206–229, zit.: T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206

Stein, Andreas: Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die Rule of Law: Auslegung und Rechtsfortbildung des Begriffs der Friedensbedrohung bei humanitären Interventionen auf der Grundlage des Kapitels VII der Charta der Vereinten Nationen, Baden-Baden 1999, zit.: A. Stein, SR der Vereinten Nationen

Steiner, Udo/*Brinktrine,* Ralf (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2018, zit.: Autor, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht

Stevens, Mary: The Precautionary Principle in the International Arena, Sustainable Development Law & Policy 2 (2002), S. 13–22, zit.: Stevens, Sust. Dev. L. & Pol. 2 (2002), S. 13

Stone, Julius: Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, American Journal of International Law 71 (1977), S. 224–246, zit.: Stone, AJIL 71 (1977), S. 224

Stratenwerth, Günther/*Kuhlen*, Lothar: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011, zit.: Stratenwerth/Kuhl, Strafrecht AT

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Strebel, Helmut: Vergleich und Vergleichung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), S. 405–430, zit.: Strebel, ZaöRV 24 (1964), S. 405

Stromseth, Jane: Rethinking Humanitarian Intervention: the Case for Incremental Change, in: Holzgrefe, J. L./Keohane, Robert O. (Hrsg.), Humanitarian Intervention, S. 232–272, Cambridge 2004, zit.: Stromseth, in: Holzgrefe/Keohane, Humanitarian Intervention, S. 232

Strupp, Karl/*Schlochauer*, Hans Jürgen (Hrsg.): Wörterbuch des Völkerrechts, Berlin 1961, zit.: Autor, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch

Stuckenberg, Carl-Friedrich: Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998, zit.: Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung
Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, Berlin 2007, zit.: Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz

Sullivan, Kathleen/*Amar*, Akhil Reed: The Supreme Court, 1991 Term, Harvard Law Review 106 (1992) S. 19–161; 163–385, zit.: Sullivan/Amar, Harvard L. Rev. 106 (1992) S. 19

Takeuchi, Tatsuji: War and Diplomacy in the Japanese Empire, New York 1935, zit.: Takeuchi, War and Diplomacy

Tams, Christian J.: The Use of Force Against Terrorists, European Journal of International Law 20 (2009), S. 359–397, zit.: Tams, EJIL 20 (2009), S. 359

Tams, Christian J./*Devaney*, James G.: Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence, Israel Law Review 45 (2012), S. 91–106, zit.: Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91

Tams, Christian J./*Tzanakopoulos*, Antonios: in: d'Aspremont, Jean/Kammerhofer, Jörg (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, S. 498–520, Cambridge 2014, zit.: Tams/Tzanakopoulos, in: d'Aspremont/Kammerhofer, International Legal Positivism, S. 498

Taskushina, Aigul: Die Humanitäre Intervention am Beispiel des NATO-Einsatzes im Kosovo, Marburg 2000, zit.: Taskushina, Humanitäre Intervention

Tegtmeyer, Henning/*Vahle*, Jürgen: Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, mit Erläuterungen, 12. Auflage, Stuttgart 2018, zit.: Tegtmeyer/Vahle, PolG NRW

Terry, James P.: Countering State-Sponsored Terrorism: A Law-Policy Analysis, Naval Law Review 36 (1986), S. 159–186, zit.: Terry, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 159

Tesón, Fernando R.: Humanitarian Intervention, 3. Auflage, Ardsley 2005, zit.: Tesón, Humanitarian Intervention

Textor, Johann Wolfgang: Synopsis Juris Gentium, von Bar, Ludwig (Hrsg.), Synopsis of the Law of Nations, Vol. II, Translation by John Pawley Bate, Washington 1916 (Basel 1680), zit.: Textor, Synopsis Juris Gentium (1680)

Thirlway, Hugh: Law and Procedure of the ICJ, Part Three, British Yearbook of International Law 77 (2007), S. 1–82, zit.: Thirlway, British YB Int'l L. 77 (2007), S. 1

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tibori-Szabó, Kinga: Anticipatory Action in Self-Defence: Essence and Limits under International Law, Den Haag 2011, zit.: Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence

Tomkins, Adam: National Security and the Due Process of Law, Current Legal Problems 64 (2011), S. 215–253, zit.: Tomkins, Curr. Legal Problems 64 (2011), S. 215

Tomuschat, Christian: Lockerbie Case before the International Court of Justice, ICJ Review 38 (1992), S. 38–48, zit.: Tomuschat, ICJ Rev. 38 (1992), S. 38

Obligations Arising for States Without or Against their Will, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 241 (1993), S. 195–374, zit.: Tomuschat, RCADI 241 (1993), S. 195

Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht: Der Irak-Krieg und seine Folgen, Vereinte Nationen 2 (2003), S. 41–46, zit.: Tomuschat, Vereinte Nationen, 2 (2003), S. 41

Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts, Friedens-Warte 74 (1999), S. 33–37, zit.: Tomuschat, Friedens-Warte 74 (1999), S. 33

Trapp, Kimberley N.: Use of Force against Civil Aircraft, EJIL: Talk! vom 28. Juni 2011, zit.: Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011

Triepel, Heinrich: Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, zit.: Triepel, Völkerrecht und Landesrecht

Triffterer, Otto/*Ambos*, Kai (Hrsg.): Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Auflage, München 2016, zit.: Autor, in: Triffterer/Ambos, Commentary

Trousse, Paul-Emile: Le mobile justificatif, Revue de droit pénal et de criminologie (1962), S. 418–436, zit.: Trousse, RDPC (1962), S. 418

Trouwborst, Arie: Precautionary Rights and Duties of States, Boston 2006, zit.: Trouwborst, Precautionary Rights and Duties

The Precautionary Principle in General International Law: Combating the Babylonian Confusion, Review of European Comparative & International Environmental Law 16 (2007), S. 185–195, zit.: Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Envt'l L. 16 (2007), S. 185

Trumbull, Charles P.: The Basis of Unit Self-Defense and Implications for the Use of Force, Duke Journal of Comparative and International Law 23 (2012), S. 121–148, zit.: Trumbull, Duke J. Comp. & Int'l L. 23 (2012), S. 121

Turner, Ian: Judicial Review, Irrationality, and the Limits of Intervention by the Courts, King's Law Journal 21 (2010), S. 311–331, zit.: Turner, King's L. J. 21 (2010), S. 311

Tzanakopoulos, Antonios: Disobeying the Security Council: Countermeasures Against Wrongful Sanctions, Oxford 2011, zit.: Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council

US Secretary of State (Hrsg.), United States Treaties and Other International Agreements, Vol. 32, Part 4, Washington 1983, zit.: US Treaties and Other International Agreements, Vol. 32, Part 4

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vattel, Emer de: Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Scott, James Brown (Hrsg.), Washington 1916 (London 1758), zit.: de Vattel, Le droit des gens (1758)

Verdier, Pierre-Hugues/*Voeten*, Erik: Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory, American Journal of International Law 108 (2014), S. 389–434, zit.: Verdier/Voeten, AJIL 108 (2014), S. 389

Verdross, Alfred/*Simma*, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Auflage, Berlin 2010 (1984), zit.: Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht

Verdross, Alfred: General International Law and the United Nations Charter, International Affairs 30 (1954), S. 342–348, zit.: Verdross, Int'l Affairs 30 (1954), S. 342

Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 52 (1935-II), S. 191–251, zit.: Verdross, RCADI 52 (1935-II), S. 191

Verwey, Will D.: Bombings on the North after Tonkin and Pleiku: Reprisals? Revue belge de droit international 5 (1969), S. 460–479, zit.: Verwey, Rev. belge dr. int'l 5 (1969), S. 460

Vidmar, Jure: The Use of Force and Defences in the Law of State Responsibility, Jean Monnet Working Papers Series 8 (2015), S. 1–30, zit.: Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1

Villiger, Mark E.: Customary International Law and Treaties, 2. Auflage, Den Haag 1997, zit.: Villiger, Customary International Law

Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden 2009, zit.: Villiger, Commentary VCLT

Vitoria, Francisco de: De indis et de iure belli relectiones, Ernest Nys (Hrsg.), Washington 1917 (1696), zit.: de Vitoria, De indis et de iure belli relectiones (1696)

Vitu, André: Chronique de jurisprudence, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (1986), S. 87–93, zit.: Vitu, RSC (1986), S. 87

Vogel, Joachim: Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, Strafverteidiger 7 (2012), S. 427–432, zit.: J. Vogel, StV 7 (2012), S. 427

Vogel, Klaus/*Martens*, Wolfgang/*Drews*, Bill: Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, München 1986, zit.: K. Vogel/Martens/Drews, Gefahrenabwehr

Volger, Helmut: Mehr Transparenz und mehr Beteiligung: Die informelle Reform der Arbeitsmethoden des UN-Sicherheitsrats, Vereinte Nationen 5 (2010), S. 195–203, zit.: Volger, Vereinte Nationen 5 (2010), S. 195

Vranes, Erich: Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), S. 391–405, zit.: Vranes, ZaöRV 65 (2005), S. 391

The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory, European Journal of International Law 17 (2006), S. 395–418, zit.: Vranes, EJIL 17 (2006), S. 395

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vriend, Koen: Avoiding a Full Criminal Trial: Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings, Den Haag 2016, zit.: Vriend, Avoiding a Full Criminal Trial

Waldock, Claud Humphrey Meredith: The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 81 (1952), Vol. II, S. 451–517, zit.: Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451

Walker, George K.: Anticipatory Collective Self-Defense in the Charter Era: What the Treaties Have Said, Cornell International Law Journal 31 (1998), S. 321–376, zit.: Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321

Walther, Susanne: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 18.4.2002 – 3 StR 503/01, JuristenZeitung (2003), S. 52–56, zit.: Walther, JZ (2003), S. 52

Walzer, Michael: Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations, 5. Auflage, New York 2015, zit.: Walzer, Just and Unjust Wars

Wapler, Friederike: Alles geklärt? Überlegungen zum polizeiliche Gefahrerforschungseingriff, Deutsches Verwaltungsblatt (2012), S. 86–92, zit.: Wapler, DVBl (2012), S. 86

Warda, Günter: Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, in: Dieter, Medicus (Hrsg.): Festschrift Lange zum 70. Geburtstag, S. 119–146, Stuttgart 1992, zit.: Warda, FS Lange, S. 119

Watzek, Jens: Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Freiburg 1997, zit.: Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung

Waxman, Matthew C.: The Use of Force against States that Might Have Weapons of Mass Destruction, Michigan Journal of International Law 31 (2009), S. 1–77, zit.: Waxman, Michigan J. Int'l L. 31 (2009), S. 1

Weckel, Philippe: Le Chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité, Annuaire français de droit international 37 (1991), S. 165–202, zit.: Weckel, AFDI 37 (1991), S. 165

Wedgwood, Ruth: Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden, Yale Journal of International Law 24 (1999), S. 559–576, zit.: Wedgwood, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 559

Weightman, Maurice A.: Self-Defense in International Law, Virginia Law Review 37 (1951), S. 1095–1115, zit.: Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095

Weiner, Allen S.: The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?, Stanford Law Review 59 (2006/2007), S. 415–504, zit.: Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415

Weller, Marc: Iraq and the Use of Force in International Law, Oxford 2010, zit.: Weller, Iraq and the Use of Force

The Lockerbie Case: A Premature End to the New World Order, African Journal of International and Comparative Law 4 (1992), S. 302–324, zit.: Weller, Afr. J. Int'l & Comp. L. 4 (1992), S. 302

Welzel, Hans: Anmerkung zum Urteil v. 1.7.1952, 1 StR 119/52, JuristenZeitung (1953), S. 596–599, zit.: Welzel, JZ (1953), S. 596

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wessels, Johannes/*Beulke*, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Auflage, Heidelberg 2019, zit.: Wessels/Beulke, Strafrecht AT

Wet, Erika de: The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, Oxford 2004, zit.: de Wet, Chapter VII Powers

The International Constitutional Order, The International and Comparative Law Quarterly 55 (2006), S. 51–76, zit.: de Wet, ICLQ 55 (2006), S. 51

The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and its Implications for the Prohibition of the Use of Force, European Journal of International Law 26 (2015), S. 979–998, zit.: de Wet, EJIL 26 (2015), S. 979

The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law, European Journal of International Law 15 (2004), S. 97–121, zit.: de Wet, EJIL 15 (2004), S. 97

White, Margaret W.: Equity – A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations?, Queensland University of Technology Law and Justice Journal 4 (2004), S. 103–116, zit.: White, QUT L. & Justice J. 4 (2004), S. 103

Wiefelspütz, Dieter: Die Bundeswehr in Libyen – Operation Pegasus aus Sicht des Völker- und Staatsrechts, Humanitäres Völkerrecht 2 (2012), S. 56–68, zit.: Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56

Wilenmann, Javier: Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht, Tübingen 2014, zit.: Wilenmann, Freiheitsdistribution

Wilhelmi, Rüdiger: Risikoschutz durch Privatrecht: Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009, zit.: Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht

Williamson, Myra: Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001, Abingdon 2016, zit.: Williamson, Terrorism, War and International Law

Wilmshurst, Elizabeth/*Wood*, Sir Michael: Self-Defense against Nonstate Actors: Reflections on the „Bethlehem Principles", American Journal of International Law 107 (2013), S. 390–395, zit.: Wilmshurst/Wood, AJIL 107 (2013), S. 390

Wingfield, Thomas C/*Meyen*, James E. (Hrsg.): Lillich on the Forcible Protection of Nationals Abroad, In Memory of Professor Richard B. Lillich, International Law Studies, Vol. 77, Newport 2002, zit.: Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection

Winkler, Robert: An Introduction to Bayesian Inference and Decision, New York 1972, zit.: Winkler, Bayesian Inference and Decision

Wippman, David: Military Intervention, Regional Organizations and Host-state Consent, Duke Journal of Comparative & International Law 7 (1996), S. 209–239, zit.: Wippman, Duke J. Comp. & Int'l L. 7 (1996), S. 209

Woehrling, Jean-Marie: Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, La Revue administrative 52 (1999), S. 75–97, zit.: Woehrling, Rev. admin. 52 (1999), S. 75

Wolf, Joachim: Zurechnungsfragen bei Handlungen von Privatpersonen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 45 (1985), S. 232–264, zit.: Wolf, ZaöRV 45 (1985), S. 232

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wolff, Christian: Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum, Vol. II, Scott, James Brown (Hrsg.), Translation by Joseph H. Drake, Oxford 1934 (1749), zit.: Wolff, Jus Genium Methodo Scientifica Pertractatum (1749)

Wolfrum, Rüdiger: Obligation of Result Versus Obligation of Conduct: Some Thoughts About the Implementation of International Obligations, in: Arsanjani, Mahnoush H. (Hrsg.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, S. 363–383, Leiden 2011, zit.: Wolfrum, in: Arsanjani, Looking to the Future, S. 363

Wolter, Jürgen: Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981, zit.: Wolter, Objektive und personale Zurechnung

Wolzendorff, Kurt: Staatsnotrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 27 (1911), S. 220–246, zit.: Wolzendorff, AöR 27 (1911), S. 220

Wong, Kam C.: A Reflection on Police Abuse of Power in the People's Republic of China, Police Quarterly 1 (1998), S. 87–112, zit.: Wong, Police Quarterly 1 (1998), S. 87

Yamanaka, Keiichi: Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte: Betrachtungen zur Fahrlässigkeitsdogmatik anhand der japanischen Entscheidungen, in: Joerden, Jan C./Scheffler, Uwe/Sinn, Arndt/Wolf, Gerhard (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szware zum 70. Geburtstag, S. 279–294, Berlin 2009, zit.: Yamanaka, FS Szware, S. 279

Yeo, Stanley: Commonwealth and International Perspectives on Self-Defence, Current Issues of Criminal Justice 19 (2003), S. 345–362, zit.: Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345

Yoo, John: International Law and the War in Iraq, American Journal of International Law 97 (2003), S. 563–575, zit.: Yoo, AJIL 97 (2003), S. 563
Using Force, University of Chicago Law Review 71 (2004), S. 729–797, zit.: Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729

Yost, David S.: NATO's Evolving Purposes and the Next Strategic Concept, International Affairs 86 (2010), S. 489–522, zit.: Yost, Int'l Affairs 86 (2010), S. 489

Yusuf, Abdulqawi A.: The Notion of 'Armed Attack' in the Nicaragua Judgment and Its Influence on Subsequent Case Law, Leiden Journal of International Law 25 (2012), S. 461–470, zit.: Yusuf, Leiden J. Int'l L. 25 (2012), S. 461

Zedalis, Rex J.: Protection of Nationals Abroad – Is Consent the Basis of Legal Obligation, Texas International Law Journal 25 (1990), S. 209–270, zit.: Zedalis, Texas Int'l L. J. 25 (1990), S. 209

Zoller, Elisabeth: Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures, New York 1984, zit.: Zoller, Peacetime Unilateral Remedies

Zimmermann, Andreas/*Tams*, Christian J.: The Statute of the International Court of Justice, 3. Auflage, Oxford 2019, zit.: Autor, in: Zimmermann/Tams, ICJ Statute

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Žourek, Jaroslav: La définition de l'agression et le droit international: Développements récents de la question, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 92 (1957-II), S. 755, zit.: Žourek, RCADI 92 (1957-II) S. 755
Enfin une définition de l'agression, Annuaire français de droit international, Annuaire français de droit international 20 (1974), S. 9–30, zit.: Žourek, AFDI 20 (1974), S. 9

https://doi.org/10.5771/9783748922544 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY