

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-Organen (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 Erläuterung² 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.

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 zukommt⁴ – 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 stelle.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.

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 Einschätzungsprerogative *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 illegality 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/Fortea, 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 Gowlan-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.

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).

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-Organ

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.

dererseits die Rechtsüberzeugungen der Staaten zu erkennen geben und somit Element der mitgliedstaatlichen 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 eindrucksvoll 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.

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 aggression *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.

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; eindrucklich 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.

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 gefahrbe gründenden 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 abhängen 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.

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 Resolutionsentwurf Jugoslawiens wurde überstimmt. Stattdessen nahm der SR den Entwurf der USA in Abwesenheit der Sowjetunion in Form der Resolution 82 (1950) an⁵⁶ 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].

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 Beurteilungsprerogative 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 Vertreter⁵⁸ –, 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 Insofern 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 Beurteilungsprerogative 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 (Argentinien: „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.“).

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 Ruanda⁶¹ 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.

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 UNC⁶⁶ – 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 Tatverdächtigen 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).

März vor den IGH und beantragte unter anderem die Feststellung, dass es sich entsprechend seiner Verpflichtungen aus der Konvention von Montreal von 1971⁷⁰ 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).

auslieferung der Verdächtigen 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 Konferenz⁸² 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 seien⁸⁸ 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).

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 Verdächtigen 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.

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).

„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.

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 schwingt 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 vorausging¹¹⁶ 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 geäußert¹¹⁸ 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.

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.

Beteiligung an der Irakinvasion offenbart hätte, die ein Großteil der spanischen Bevölkerung ablehnte.¹²⁶ Auch wenn sich einige UN-Diplomaten inoffiziell über Spanien verärgert zeigten¹²⁷ 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.

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 (UNIIC)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 UNIIC 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).

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 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.

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 haben¹⁵³ 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.

spröde 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) feststellte¹⁶⁰ 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 Einrichtungen¹⁶² 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.

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.

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 Verantwor-

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.

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.

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.

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 Waffenstillstand¹⁹⁷ 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 Hand²⁰⁰ 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.

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 Verhandlung²⁰³ 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-Außenminister Colin Powell gelang es auch nicht in seiner

201 UN Doc. S/RES/687 (1991), paras. 8, 12.

202 Dies erkennt 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.

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 Königreich²⁰⁹ 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.

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.

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.

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-Organen 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 irrumsbehafteten 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 irrumsbehafteten 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.

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-Inspektoren. Funde hochangereicherten Urans im Frühsommer 2003²³² 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 aufzunehmen²³⁵ 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.

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 Lösung²⁴⁵ und die Reversibilität der Sanktionen²⁴⁶ 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).

– 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 verschärfen 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.

Die Praxis dieses sogenannten „Black-Listing“, einer Form der gezielten Sanktionen,²⁵² die erstmals mit Resolution 1267 (1999) eingeführt wurde²⁵³ und seit 9/11 in vielen Resolutionen enthalten ist,²⁵⁴ kommt bei der Bekämpfung internationalen Terrorismus, der Ausbreitung von Massenvernichtungswaffen, aber auch in anderen Bereichen²⁵⁵ zum Einsatz. Die betroffenen Individuen werden entweder durch ein aus SR-Mitgliedern bestehendes Komitee bestimmt²⁵⁶ 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).

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 *de-novo*-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 dienen – 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 Ombudsperson 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.

öffentlich, wenn es der Staat nicht als vertraulich eingestuft hat.²⁷⁰ Die den Sanktionenkomitees 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.

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* gefahrbe gründender 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 Beurteilungsprerogative 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.

unterliegt, ob Art. 39 UNC einen materiell-rechtlichen Gehalt besitzt²⁷⁵ und ob seine Resolutionen gerichtlich kontrollierbar sind.²⁷⁶ Denn Bezugspunkt und Reichweite der Beurteilungsprerogative 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.

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 abhänge, 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 anerkannte²⁸² 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.

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).

vom IGH kontrollierbaren rechtlichen Bindungen²⁸⁹ und Resolution 748 sei rechtswidrig und daher unwirksam, weil sie Rechtssprechungsbefugnisse des IGH beeinträchtigt 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 Verdächtigen 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 Verdächtigen, 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 Verdächtigen 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.

„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).

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.

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 setze.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.

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 Zuständigkeit³²³ 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).

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 constitutes 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).

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 Prerogative 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.

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.

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 Indizienwürdigung 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.

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 *Sidhwa* 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 Methode³⁵¹ ein Blick auf nationale Eingriffsbefugnisse die Chance, die Völkerrechtslage zu erhellen. Zum Vergleich herangezogen

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.

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. schuldrechtliche³⁵⁴ 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; Kugelman, 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.

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 wird³⁵⁹ 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.

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 vorläufige³⁶³, unter Umständen sogar irreversible³⁶⁴ 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 miteinschliesse.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, Tegtmeier/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: Liskin/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 Inhaltspunkte* für eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person [...] zugelassen werden.“, Hervorhebung hinzugefügt.

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 Rechts³⁶⁹ 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 soupçonner [...] 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 gefahrbe gründende 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 Kugelman, 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).

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.

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* präziserte 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).

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 erregen 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 U.S. 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“.

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 Opfer³⁹² 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 Literatur³⁹⁷ 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.

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 wird⁴⁰¹ 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.

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 Polizeigesetz⁴⁰⁹ 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 verdächtige 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.

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 Bundespolizeigesetz⁴¹⁶ 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“.

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 Strafbarkeitsausschlussgründen 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 Vorliegen 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.

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 Schusswafeneinsatz 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

Einschätzungsprärogative weist in dieselbe Richtung. Damit bestätigt sich die zu Beginn formulierte These, dass die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei den maßgeblich von Effektivitäts Gesichtspunkten 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.

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.

„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 international 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 Orakelashvili, *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).

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, hänge 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).

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 constitutes 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 Staaten⁴³⁶ 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 Rechtsprechung⁴³⁷ und staatliche Äußerungen⁴³⁸ 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.

das von ihm zu tragende Irrtumsrisiko, desto eher werden dem SR Debatte 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 Gewalteininsatz 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.

Handlungsbefugnis des SR begründen kann.⁴⁴³ Über die Anforderungen an das verlangte Wahrscheinlichkeitsmaß⁴⁴⁴ 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.

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 Einschätzungsprerogative zukommen. Zwar wurde das entsprechende Problem bei unilateralen Gewalteinsetzungen 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 SR⁴⁵⁰ – 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.

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.

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 potentiell 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.

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 Staatenpraxis⁴⁶¹ wie in der internationalen Rechtsprechung⁴⁶² 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; Gowlland-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.

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, UN-CIO 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.

Defizite dieser Ordnung⁴⁷⁰ 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.

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.

leiten lassen.⁴⁸⁴ Eine von Libyen im Lockerbie-Fall monierte⁴⁸⁵ 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 wahlkampfaktischen 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. Gowlland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (663); A. Kolb, UN Security Council Members' Responsibility to Protect, S. 138–145.

3. Zwischenergebnis: Die Bedeutung des Einschätzungsspielraumes für Fehlvorstellungen

Fehlvorstellungen, die auf Ebene der Indizien- oder Tatsachenwürdigung 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-

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 Kausalzusammenhangs 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, Kontrollrichte, 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.

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 enthalten⁴⁹⁴ 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).

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.

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).

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.

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-SR⁵²⁰ 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.

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 Hari-ri-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 Völkerbund⁵²⁶ 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.

wird⁵³⁰ 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 Literatur⁵³⁴ wie Praxis⁵³⁵ 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.

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.

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);

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 verlagert 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 Sanktionskomitees⁵⁵⁰ 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.

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 Verfahren⁵⁵³ 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 verwaltungsverfahrenrechtlichen 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.

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 Gefahrabwehr-

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.

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 Kommuniké 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.

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 unterrichtet⁵⁷⁰ 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 anzukündigen⁵⁷³ und vor formellen Treffen eine vorläufige Tagesordnung zu zirkulieren⁵⁷⁴ 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.

renz gewährleisten, das elementarste Fairnessstandards⁵⁷⁵ 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, *Transparency 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 drohen, 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.

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 UNIIC-Berichte zum Hariri-Fall maßen Geheimhaltungsinteressen hohe Bedeutung bei.⁵⁸⁶ Ob eine Offenlegungspflicht, wie es Rechtsstaatlichkeits- und Legitimitäts Gesichtspunkte 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 UNIIC-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.

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 1054⁵⁹⁴ und der Madrid-Resolution 1340⁵⁹⁵ 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 UNHCR-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.

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 betreffen⁵⁹⁹ – 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 Indizien⁶⁰⁰ 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.

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 Verfahrensbedingungen 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.