

Zweiter Teil:

Das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege als rechtliches Entscheidungsumfeld

Die Entscheidung, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten, wird in einem bestimmten und bezogen auf ein bestimmtes rechtliches Umfeld getroffen.¹⁷⁰ Bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch staatliche Strafverfolgungsbehörden wird dieses Entscheidungsumfeld zunächst – wie auch sonst – durch die nationale (Straf-)Rechtsordnung bestimmt. Gleichzeitig sind die nationalen Strafverfolgungsbehörden jedoch über den Charakter der Verbrechen in das sich gegenwärtig konsolidierende System völkerrechtlicher Strafrechtspflege eingebunden.¹⁷¹

Das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege ist ein auf dem Grundgedanken der Arbeitsteilung basierendes Mehrebenensystem, mit dem Ziel der Strafflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen entgegenzuwirken. Es setzt sich aus einer Vielzahl nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeiten zusammen. Die Akteure in diesem System sind durch bestimmte Ordnungs- und Strukturprinzipien miteinander verbunden. Deutschland – und damit der Generalbundesanwalt, bei dem als Strafverfolgungsbehörde des Bundes die Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch konzentriert ist – ist in dieses System eingebunden. Um die Verfolgungsentscheidung des Generalbundesanwalts vor diesem völkerrechtstheoretischen Hintergrund näher untersuchen zu können, ist Ziel des nun folgenden Zweiten Teils der Arbeit eine möglichst präzise Darstellung des völkerstrafrechtlichen Mehrebenensystems.

Die Untersuchung des Systems völkerrechtlicher Strafrechtspflege als rechtlichem Entscheidungsumfeld gliedert sich dabei wie folgt: Zunächst wird im ersten Abschnitt der grundlegenden – und für das weitere Verständnis des Systems entscheidenden – Frage nach der Quelle der völkerrechtlichen Strafgewalt nachgegangen (unter A.). Die Frage wird dabei im Kontext der allgemeinen Entwick-

170 Hawkins, Order, Rationality and Silence: Some Reflections on Criminal Justice Decision-Making, in Gesthorpe/Padfield (Hrsg.), *Exercising Discretion. Decision Making in the Criminal Justice System and Beyond* (2003), S. 188 ff. Siehe auch Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978), S. 31: “Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It always makes sense to ask, ‘Discretion under which standards?’ or ‘Discretion as to which authority?’”

171 Der Begriff “System” wird hier in einem untechnischen, weiten Sinn verwendet.

lung der Völkerrechtsordnung untersucht. Diese Entwicklung wird zunächst skizziert (unter I.), bevor die Ergebnisse auf das Völkerstrafrecht übertragen werden (unter II.). Zum besseren Verständnis der so entwickelten Völkerstrafrechtskonzeption trägt schließlich ihre Abgrenzung von einer zwischenstaatlichen Strafverfolgungsk Kooperation bei (unter III.). Schließlich werden die Ergebnisse des ersten Abschnitts zusammengefasst (unter IV.).

Im zweiten Abschnitt (unter B.) werden sodann die verschiedenen nationalen und internationalen Völkerstrafrecht durchsetzenden Gerichtsbarkeiten und ihre spezifische Aufgabe im arbeitsteilig agierenden System völkerrechtlicher Strafrechtspflege dargestellt. Dabei wird zunächst auf die Rolle der tatnahen, das heißt unmittelbar von den Verbrechen betroffenen Staaten eingegangen (unter I.). Sodann wird die direkte Durchsetzung von Völkerstrafrecht durch eigens hierfür errichtete inter- bzw. supranationale Gerichte – namentlich die ad-hoc-Tribunale und den Internationalen Strafgerichtshof – behandelt (unter II.). Schließlich erfolgt eine Untersuchung der indirekten bzw. dezentralen Durchsetzung völkerstrafrechtlicher Normen durch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von Drittstaaten, also Staaten, die keinen weiteren Bezug zu den Verbrechen aufweisen (unter III.). In allen drei Fällen wird dabei zunächst nach der Quelle der jeweils zu Grunde liegenden Strafgewalt gefragt, wobei gleichzeitig untersucht wird, in welchen Legislativakten sich die – originäre oder abgeleitete – Rechtssetzungsgewalt (*jurisdiction to prescribe*) wiederfindet. Vor dem Hintergrund der oben entwickelten These, dass sich Rechtssetzungs- und Rechtsprechungsgewalt nicht zwingend entsprechen, wird in einem zweiten Schritt der Umfang der jeweiligen Gerichtsbarkeit (*jurisdiction to adjudicate* bzw. *to prosecute*) untersucht. Dabei wird zunächst jedoch nur auf die allgemeinen – das heißt: unabhängig von der Gerichtsbarkeit anderer Akteure bestehenden – Gerichtsbarkeitseinschränkungen eingegangen.

Erst der darauffolgende Abschnitt (unter C.) befasst sich – unter der Überschrift der internationalen Zuständigkeit – mit den aus der Überschneidung von Gerichtsbarkeiten im Einzelfall resultierenden Jurisdiktionskonflikten und den zu ihrer Auflösung entwickelten völkerrechtlichen Kollisionsregelungen.¹⁷² Im Zentrum der Untersuchung stehen das Komplementaritätsprinzip zur Auflösung vertikaler Jurisdiktionskonflikte einerseits (unter I.) und das Subsidiaritätsprinzip zur Regelung der horizontalen Beziehungen zwischen verschiedenen Völkerstrafrecht durchsetzenden staatlichen Strafgerichtsbarkeiten andererseits (unter II.). Da auch das Problem einer mehrfachen Strafverfolgung aus dem Umstand der sich überschneidenden Gerichtsbarkeiten resultiert, finden sich in diesem

172 Vgl. hierzu auch Walther, Terra Incognita, in FS Eser (2005), S. 925 ff. Zum hier verwendeten Verständnis der Begriffe “Gerichtsbarkeit” einerseits und “Zuständigkeit” andererseits, siehe oben S. 37.

Abschnitt zudem Ausführungen zur Geltung eines völkerstrafrechtlichen *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes (unter III.).

Schließlich (unter D.) werden die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung des Mehrebenensystems völkerrechtlicher Strafrechtspflege zusammengefasst und einige abschließende theoretische Überlegungen angestellt.

A. *Quelle der völkerrechtlichen Strafgewalt: Straf-Recht jenseits des Staates?*

Die im Ersten Kapitel dargestellte Begriffsdefinition der Völkerrechtsverbrechen knüpft allein an die formale Einordnung der strafrechtlichen Norm unmittelbar im Völkerrecht an.¹⁷³ Die Suche nach einem materiellen Begründungsansatz des Völkerstrafrechts gestaltet sich hingegen weitaus schwieriger. Ein einheitliches Konzept existiert bisher nicht, vieles ist im Einzelnen ungeklärt.

Nach einer gängigen Formel werden durch Völkerstrafrecht die Interessen¹⁷⁴, Werte¹⁷⁵ bzw. höchsten Güter¹⁷⁶ der internationalen Gemeinschaft als Ganzer¹⁷⁷, Staatengemeinschaft¹⁷⁸, Völkergemeinschaft¹⁷⁹ bzw. der Menschheit als solcher¹⁸⁰ geschützt.¹⁸¹ Als Interessen bzw. Rechtsgüter der internationalen Gemeinschaft werden in der Regel genannt der Weltfrieden und die internationale Sicherheit.¹⁸² In der Präambel des IStGH-Statuts wird zudem auf das “Wohl der Welt” verwiesen.¹⁸³

Die Völkerrechtsverbrechen vereint damit eine bestimmte Qualität: Es ist der Angriff auf fundamentale Interessen der internationalen Gemeinschaft, der den

173 Vgl. auch Manske, Verbrechen gegen die Menschlichkeit (2003), S. 270 f.

174 Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 19; Weigend, Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit, in FS Eser (2005), S. 971.

175 Cassese, International Criminal Law (2. Auflage, 2008), S. 11: “values”.

176 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 93.

177 Ambos, Internationales Strafrecht (3. Auflage, 2011), § 5 Rn. 3; Cassese, International Criminal Law (2. Auflage, 2008), S. 11: “international community as a whole”. Vgl. auch Abs. 4, 9 Präambel, Art. 5(1) IStGH-Statut.

178 Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (5. Auflage, 2011), § 12 Rn. 2.

179 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 93.

180 Ambos, Internationales Strafrecht (3. Auflage, 2011), § 5 Rn. 3.

181 Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht Bd. I/3 (2. Auflage, 2002), S. 993. Trotz der Variationen in der Terminologie lässt sich kein Unterschied in der Sache erkennen. Im Folgenden wird von Interessen der internationalen Gemeinschaft bzw. Gemeinschaftsinteressen gesprochen.

182 LK-Werle/Jießberger (12. Auflage, 2007), Vor § 3 StGB Rn. 240; Kreß, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, 114 ZStW (2002), S. 836; Broomhall, International Justice & the ICC (2003), S. 44; Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 94.

183 Abs. 3 Präambel IStGH-Statut: “peace, security and well-being of the world”.

Taten eine völkerrechtliche Dimension verleiht und sie zu Völkerrechtsverbrechen werden lässt.¹⁸⁴ Der Bezug zu den Interessen der internationalen Gemeinschaft wird dabei bei jedem Völkerrechtsverbrechen durch ein sogenanntes “internationales Element” oder “Kontextelement” hergestellt: Die einzelnen Verbrechen werden in einem Kontext systematischer oder massenhafter Gewaltanwendung begangen, in den regelmäßig ein Kollektiv, typischerweise – jedoch nicht zwingend – ein Staat oder aber ein ein vergleichbares Macht- bzw. Gewaltpotential entfaltender Akteur verstrickt ist.¹⁸⁵

Dieser eher unpräzise materielle Begründungsansatz des Völkerstrafrechts wirft im Grunde mehr Fragen auf, als er beantwortet: Unklar bleibt, wer oder was die “internationale Gemeinschaft” ist, der die durch Völkerstrafrecht geschützten Interessen zustehen. Handelt es sich um ein bloßes Synonym für “alle Staaten”? Oder handelt es sich um eine von der Gesamtheit der Staaten entkoppelte eigenständige völkerrechtliche Entität? Damit zusammenhängend stellt sich die Frage, wer eigentlich berechtigt ist, Angriffe auf die Interessen der internationalen Gemeinschaft unter Strafe zu stellen und wessen Strafanspruch bei der Verfolgung und Aburteilung von Völkerrechtsverbrechen durchgesetzt wird: Sind es die Staaten, die ihre Strafgewalt kollektiv zum Schutz der Gemeinschaftsinteressen ausüben? Oder ist die internationale Gemeinschaft selbst Inhaberin einer originären Strafgewalt? Kurz: Wer ist Inhaber des völkerrechtlichen *ius puniendi*?¹⁸⁶

Wenngleich die Frage nach der Quelle der völkerrechtlichen Straf-Befugnis nur selten ausdrücklich thematisiert wird, ist davon auszugehen, dass nach der wohl herrschenden, traditionellen Auffassung die Straftatbestände des Völkerrechts auf die Strafgewalt der Staaten als den primären Rechtserzeugern in der Völkerrechtsordnung zurückgehen.¹⁸⁷ Folge dieser Auffassung ist, dass das gesamte System völkerrechtlicher Strafrechtspflege – damit auch die Strafberechtigung internationaler Gerichte und Tribunale sowie von Drittstaaten nach dem Grundsatz der universellen Jurisdiktion – im Kern auf originär staatlicher Strafgewalt aufbaut. Das System völkerrechtlicher Strafrechtspflege ist danach ein

184 So Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 95.

185 Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 98. Hierin liegt zugleich der Grund für die verbreitete Straflosigkeit der Völkerrechtsverbrechen; vgl. hierzu auch unten S. 100.

186 Vgl. hierzu bereits Jescheck, Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, 65 ZStW (1953), S. 496 ff.

187 Gegen eine eigenständige und staatenunabhängige strafrechtliche Regelungsgewalt auf supranationaler Ebene bspw. NK-Böse (3. Auflage, 2010), Vor § 3 StGB Rn. 12: Nach Böse müsste eine solche Kompetenz einem Rechtssubjekt zugewiesen werden und die internationale Gemeinschaft “dürfte” als deren Inhaber seiner Ansicht nach – “jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts” – nicht in Betracht kommen. Vgl. auch Ambos, Internationales Strafrecht (3. Auflage, 2011), Rn. 2: keine konsolidierte Strafgewalt; Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 132: Völkerstrafrecht ist kein supranationales Strafrecht.

staatszentriertes System, ein *spin-off* der staatlichen Strafrechtsordnungen, welches auf der ausgegliederten und gebündelten, kollektiv ausgeübten Strafgewalt der Staaten aufbaut.

In der völkerstrafrechtlichen Literatur mehren sich jedoch Stimmen, die Völkerstrafrecht als Ausfluss eines originären *ius puniendi* der von den Staaten unabhängigen internationalen Gemeinschaft ansehen.¹⁸⁸ Autoren, die diese Auffassung vertreten, verweisen dabei regelmäßig auf eine allgemeine Entwicklung der Völkerrechtsordnung, vom Recht der Koexistenz zum Recht der Kooperation hin zu einem internationalen Gemeinschaftsrecht. Im Folgenden wird diese allgemeine Entwicklung skizziert und auf das Völkerstrafrecht übertragen, welches regelmäßig als Vorläufer oder Inbegriff der modernen Völkerrechtskonzeption genannt wird.

I. Die Entwicklung der Völkerrechtsordnung: Vom Staat zur internationalen Gemeinschaft

1. Traditionelle Völkerrechtskonzeption

Ausgehend vom Westfälischen System sind nach der traditionellen Völkerrechtskonzeption die souveränen Staaten das Maß aller Dinge.¹⁸⁹ Das Völkerrecht regelt ausschließlich zwischenstaatliche Beziehungen, die Staaten sind Rechtserzeuger und Rechtsunterworfenen zugleich. Im Zentrum des Rechtserzeugungsprozesses steht das Konsensprinzip, wonach das gesamte Völkerrecht in allen seinen Manifestationen von der Zustimmung der Staaten abhängig ist. Gegen ihren Willen können Staaten nicht gebunden werden: Völkerrechtliche Verträge wirken nicht zu Lasten von Drittstaaten, Völkergewohnheitsrecht bindet nicht den *persistent objector*. Dementsprechend wirkt sich, wie im bereits erwähnten *Lotus*-Urteil vom Ständigen Internationalen Gerichtshof vertreten, die Nichterweislichkeit einer Norm grundsätzlich zu Gunsten der Handlungsfreiheit der Staaten aus.¹⁹⁰

188 Siehe die unten in Fn. 280 ff. zitierte Literatur. Ähnlich wie der Verfassungsbegriff war auch der Begriff der Strafgewalt bisher untrennbar mit dem Staat verbunden. Während die Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung im völkerrechtlichen Schrifttum seit längerem diskutiert und damit die Verklammerung von Verfassung und Staat aufgelöst wird, wird die Frage nach einer originär völkerrechtlichen Strafgewalt nur selten thematisiert. Aus dem umfangreichen Schrifttum zur Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung siehe nur Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre (2012).

189 Zur traditionellen Völkerrechtstradition zusammenfassend auch Nettesheim, Das komunitäre Völkerrecht JZ 2002, S. 570 f.

190 Hauptaussage des *Lotus*-Urteils – StIGH, S.S. *Lotus* (France v. Turkey), 7. September 1927, PCIJ Ser. A 1927, No. 10 – war, dass Völkerrecht nur ist, was die Staaten beschlie-

Da die Interaktion zwischen Staaten zunächst gering war, stand deren friedliche Koexistenz im Zentrum des Völkerrechts. Bei den völkerrechtlichen Normen handelte es sich in erster Linie um Abwehnormen, die im Eigeninteresse der Staaten an Bestands- und Statussicherung dem Schutz staatlicher Souveränität und Autonomie dienten.¹⁹¹ Mit der Intensivierung internationaler Beziehungen, insbesondere aufgrund der Zunahme zwischenstaatlichen Handels und der erhöhten Mobilität von Menschen und Waren, nahm der Abschluss bi- oder multilateraler völkerrechtlicher Verträge zur Förderung gemeinsamer Interessen zu. Zudem schlossen sich die Staaten in internationalen Organisationen zusammen.¹⁹² Die Völkerrechtsordnung entwickelte sich so von einer bloßen Koexistenz- zu einer zwischenstaatlichen Kooperationsordnung.¹⁹³ Nichtsdestotrotz blieb sie auch weiterhin horizontal, das heißt nicht-hierarchisch organisiert und war maßgeblich von den Staateninteressen geprägt.

2. Moderne Völkerrechtskonzeption

Das Völkerrecht hat sich jedoch unstreitig weiterentwickelt. Normativer Ausgangspunkt dieser Weiterentwicklung ist die Erkenntnis, dass gewisse Interessen und Werte die Staateninteressen transzendieren und völkerrechtlich eines besonderen Schutzes bedürfen.¹⁹⁴

a. Gemeinschaftsinteressen

Diese Interessen, die sogenannten Gemeinschaftsinteressen, orientieren sich am Wohlergehen der Menschheit als Ganzer und damit letztlich am einzelnen Indi-

ben. Eine ähnliche Aussage findet sich in der *Nicaragua*-Entscheidung des IGH, *Nicaragua v. USA*, 27. Juni 1986, Rn. 269: “[...] in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise [...].” Als Folge dieser nur formellen Geschlossenheit der Völkerrechtsordnung war Staaten alles erlaubt, was nicht explizit durch eine von ihnen anerkannte völkerrechtliche Norm verboten war. Zu *Lotus* vgl. auch oben Fn. 26.

- 191 Vgl. Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht* Bd. 1/3 (2. Auflage, 2002), S. 776; Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 250 ff.; Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 *EJIL* (2010), S. 390.
- 192 Thürer, *Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum*, 60 *ZaöRV* (2000), S. 586. Die ersten internationalen Organisationen waren mit weltweiten technischen Aufgaben befasst, wie die Internationale Fernmeldeunion oder der Weltpostverein; vgl. Nettesheim, *Das kommunitäre Völkerrecht* JZ 2002, S. 571.
- 193 Grundlegend Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964), S. 60-62, 367.
- 194 Dies gilt insbesondere für das Völkerrecht im Zeitalter der Globalisierung. Vgl. allgemein Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 252 ff.; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 96 ff.

viduum, wodurch eine gewisse Humanisierung und Individualisierung der Völkerrechtsordnung stattgefunden hat.¹⁹⁵ In den Worten der Rechtsmittelkammer des Jugoslawien-Strafgerichtshofs: “A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach.”¹⁹⁶

Die Gemeinschaftsinteressen basieren auf einem minimalen Interessen- und Wertekonsens der Menschheit.¹⁹⁷ Zu ihnen zählen in erster Linie die Friedenssicherung, ein Kernbestand universeller Menschenrechte, ein schonender Umgang mit den natürlichen Lebensgrundlagen oder das kulturelle Erbe der Menschheit.¹⁹⁸

In der modernen Völkerrechtsordnung treten diese Gemeinschaftsinteressen neben die Staateninteressen und müssen im Konfliktfall mit diesen in Ausgleich gebracht werden.¹⁹⁹ Zum Teil werden die Gemeinschaftsinteressen als den Staa-

195 Simma, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, 250 RdC (1994), S. 247 f. Vgl. auch Fassbender, *Der Schutz der Menschenrechte*, EuGRZ 2003, S. 1; Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 251 ff. und 437; Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 EJIL (2010), S. 390. Zur Individualisierung der Völkerrechtsordnung vgl. auch Slaughter/Burke-White, *An International Constitutional Moment*, 43 *Harvard International Law Review* (2002), S. 13 f. Deutlich wird die Individualisierung der Völkerrechtsordnung am Beispiel der Menschenrechte: Die völkerrechtlichen Menschenrechtsnormen regeln nicht mehr das reziproke Verhältnis zwischen Staaten, sondern zielen auf das Verhältnis zwischen dem Staat und den Menschen unter seiner Hoheitsgewalt. Zwar sind die völkerrechtlichen Menschenrechtsnormen weiterhin an die Staaten gerichtet, doch werden diese verpflichtet, die grundlegenden Rechte des Einzelnen zu wahren und zu schützen. Damit öffnet sich die Völkerrechtsordnung für nicht-staatliche Akteure und der einzelne Mensch wird zum Rechtsobjekt des Völkerrechts.

196 JStGH (Berufungskammer), Tadić, 2. Oktober 1995, Rn. 97.

197 Vgl. Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 61 ff.: Während sich die faktische Verbundenheit der Menschheit als Ganzer leicht erkennbar durch das Menschsein an sich ergibt, besteht durch einen minimalen Interessen- und Wertekonsens auch eine normative Verbundenheit. Von einem solchen universell geltenden Mindeststandard an Werten wird man – trotz des grds. existierenden Wertepluralismus – angesichts der verschiedenen Menschenrechtserklärungen (u.a. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der VN-Generalversammlung, Europäische Menschenrechtskonvention, Amerikanische Menschenrechtskonvention, Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker, Arabische Charta der Menschenrechte) ausgehen könnten. Vgl. auch Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (4. Auflage, 2010), S. 385: “Durch die gemeinsame menschliche Natur und die daraus erwachsende Gleichartigkeit fundamentaler Lebensbedürfnisse wird immer ein Minimum an gemeinsamen Wertemaßstäben aufrechterhalten, die sich juristisch in universell übereinstimmenden Rechtsgrundsätzen niederschlagen.”

198 Vgl. Fassbender, *Der Schutz der Menschenrechte*, EuGRZ 2003, S. 1 ff.; Nettesheim, *Das kommunitäre Völkerrecht*, JZ 2002, S. 571 ff.; Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 EJIL (2010), S. 392.

199 Als Beispiel einer solchen Ausgleichsfindung wird regelmäßig der IGH-Haftbefehlsfall zitiert: Hier geriet das gemeinschaftliche Strafverfolgungsinteresse in Spannung mit dem Staateninteresse der Immunität hochrangiger Staatenvertreter. Vgl. dazu Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 251; Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 EJIL (2010), S. 395; Tomuschat, *Ensuring the Survival of*

teninteressen vorrangig angesehen.²⁰⁰ Mit der Anerkennung der Gemeinschaftsinteressen hat sich die Völkerrechtsordnung von einer reinen Zweckgesellschaft zur Verfolgung eigener, egoistischer Staateninteressen hin zu einer Ordnung mit eigenen Werten entwickelt.²⁰¹

b. Die internationale Gemeinschaft

Die Anerkennung der Gemeinschaftsinteressen steht in engem Zusammenhang mit der Idee einer internationalen Gemeinschaft.²⁰²

Die internationale Gemeinschaft steht seit dem Inkrafttreten der Charta der Vereinten Nationen neben den Staaten im Zentrum internationaler Beziehungen.²⁰³ Ihr wird die Aufgabe zugeschrieben, für die Sicherung der Gemeinschaftsinteressen gerade auch vis-à-vis einzelner Staaten einzutreten und so für das für das Wohl der Menschheit und die Sicherung ihrer Existenzgrundlage Sorge zu tragen.²⁰⁴ Sie wird regelmäßig bei humanitären Katastrophen – Naturkatastrophen oder gewalttätigen Auseinandersetzungen – von einzelnen Staaten oder Staatengruppen, der Zivilgesellschaft und den Medien zum Handeln aufgefordert; bleibt sie untätig, wird ihr genauso regelmäßig Versagen vorgeworfen, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Völkermord in Ruanda.²⁰⁵

Der internationalen Gemeinschaft kommt jedoch mehr als nur eine rein ideelle Funktion zu – sie ist weder bloß Instrument politischer Rhetorik noch rein akademisches Gedankenkonstrukt – vielmehr wird sie zunehmend auch zum rechtli-

Mankind, 281 RdC (1999), S. 78; Thürer, *Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum*, 60 ZaöRV (2000), S. 573 f.

200 Simma/Paulus, *The 'International Community'*, 9 EJIL (1998), S. 266.

201 Simma, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, 250 RdC (1994), S. 233. Diese Entwicklung von einer werteneutralen zu einer werteorientierten Völkerrechtsordnung wurde bereits früh kritisiert, insbesondere von Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AJIL (1983), S. 413 ff., der gegen das Eindringen von Ideologie in die Neutralität des Völkerrechts, nach der alle Staaten gleich und kein Staat bzw. keine Staatengruppe seine bzw. ihre Werte anderen aufzwingen kann, gewarnt hat. Seiner Ansicht zufolge führt eine Abkehr der Neutralität zu einer Destabilisierung der Völkerrechtsordnung. Zur Kritik am Gemeinschaftsdenken im Völkerrecht, insbesondere durch *Weil und Koskeniemi*, Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 51 ff.

202 Grundlegend Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001); Tomuschat, *Die internationale Gemeinschaft*, 33 AVR (1995), S. 1.

203 Vgl. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 1 f.; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2011), S. 1 f.

204 Vgl. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 RdC (1994), S. 236 ff.; Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 252 ff.; Nettesheim, *Das kommunitive Völkerrecht* JZ 2002, S. 572 f.

205 Vgl. Nettesheim, *Das kommunitive Völkerrecht* JZ 2002, S. 569; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2011), S. 1 f.

chen Anknüpfungspunkt.²⁰⁶ So wird sie in zahlreichen völkerrechtlichen Konventionen und Texten sowie Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs erwähnt.²⁰⁷ Darüber hinaus zeigt sich in der modernen Völkerrechtsordnung eine – wenn auch nur zögerliche – Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Strukturen in den Bereichen Organisation, Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung.²⁰⁸

Was die Organisation der internationalen Gemeinschaft angeht, sind diese gemeinschaftsrechtlichen Strukturen allerdings (noch) sehr unterentwickelt. Eine ausdrückliche Institutionalisierung hat bislang nicht stattgefunden: Es existiert kein zentralisiertes Rechtssetzungsorgan, kein Weltparlament, keine Weltregierung und auch sonst kein Organ, das auf den ersten Blick ausdrücklich legitimiert und mit der notwendigen rechtlichen sowie politischen Kraft ausgestattet ist, um die internationale Gemeinschaft zu repräsentieren und ihre Interessen effektiv wahrnehmen zu können. Teilweise werden die internationalen Organisationen, in erster Linie die Vereinten Nationen, deren oberstes Mandat es ist, „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren“²⁰⁹, als Organe der internationalen Gemeinschaft angesehen.²¹⁰ *Prima facie* sind die Vereinten Nationen zwar keine genuin supranationale, das heißt den Staaten übergeordnete Entität, sondern eine von den Staaten geschaffene und mandatierte, diesen unterstehende Organisation.²¹¹ Nichtsdestotrotz wird ihre Existenz verstärkt als Schritt hin zu einem echten „Weltregieren“ betrachtet, welches sich zunehmend auf Kosten der Souveränität und der Freiheiten der Staaten etabliert.²¹² Mehrere Autoren argumentieren, dass sich die internationalen Organisationen im Laufe der Zeit von den sie gegründeten Staaten gelöst haben und sehr wohl als unabhängige und eigenständige, die staatliche Souveränität einschränkende (zumindest wohl modifizieren-

206 Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 EJIL (2010), S. 388: „social and legal reality behind the expression of the international community“.

207 Vgl. Art. 53 WVRK; Abs. 4 und 9 Präambel IStGH-Statut; IGH, *US Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, 24. Mai 1980, Rn. 91 f.; IGH, *Namibia*, 21. Juni 1971, Rn. 127; und insbesondere IGH, *Barcelona Traction*, 5. Februar 1970, Rn. 33. Darüber hinaus ist die internationale Gemeinschaft schon lange Gegenstand (völker-)rechtswissenschaftlicher Diskussion und Untersuchungen; vgl. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926); Mosler, *The International Society as a Legal Community* (1980); Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001); Tomuschat, *Die internationale Gemeinschaft*, 33 AVR (1995), S. 1 ff.; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010).

208 So Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 129 ff.; Nettesheim, *Das kommunitäre Völkerrecht* JZ 2002, S. 569 ff.

209 Präambel der VN-Charta.

210 Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 154: Die Vereinten Nationen sind jedenfalls mehr als nur Forum, in dessen Rahmen staatliche Interessen verhandelt werden.

211 So Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community*, 21 EJIL (2010), S. 394.

212 Vgl. Macleod, *Towards a Philosophical Account of Crimes Against Humanity*, 21 EJIL (2010), S. 281 ff.

de²¹³) Organe der internationalen Gemeinschaft mit Völkerrechtssubjektivität und Sekundärrechtssetzungskompetenz anzusehen sind.²¹⁴ Indiz einer solchen Selbstständigkeit sei die Anzahl ihrer Mitgliedstaaten: Wenn, wie bei der Vereinten Nationen, nahezu alle Staaten Mitglieder sind, ist die Organisation als Vertreterin der Interessen der internationalen Gemeinschaft anzusehen.²¹⁵

Unabhängig von ihrer Institutionalisierung findet die internationale Gemeinschaft ihren Niederschlag jedoch im Rahmen der Völkerrechtssetzung und -durchsetzung.

c. Rechtsinstrumente zum Schutz der Gemeinschaftsinteressen

Gemeinschaftsinteressen können – müssen jedoch nicht – im Widerspruch zu den Interessen einzelner Staaten oder einer Staatengruppe stehen. Um ihren effektiven Schutz sicherzustellen, ist es daher erforderlich, sie notfalls auch *gegen* den Willen dieser Staaten zu normieren und durchzusetzen.²¹⁶ Da dies mit den Instrumenten des klassischen, konsensualen Völkerrechts nicht zu erreichen ist, lassen sich im geltenden Völkerrecht zwei Rechtsinstrumente identifizieren, die zum Schutz der Gemeinschaftsinteressen entwickelt wurden: *ius-cogens*-Normen im Bereich der Rechtssetzung und *erga-omnes*-Verpflichtungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung.²¹⁷

Wie zu sehen sein wird, ist die internationale Gemeinschaft angesichts ihres institutionellen Defizits dabei sowohl bei der Rechtssetzung als auch bei der Rechtsdurchsetzung weiterhin auf die traditionellen Strukturen und die Staaten als den primären Akteuren der Völkerrechtsordnung angewiesen.

aa. *ius-cogens*-Normen:

Legislative Funktion der internationalen Gemeinschaft

Die rechtstechnische Umsetzung des effektiven Schutzes der Gemeinschaftsinteressen erfolgt durch die Normkategorie des *ius cogens*, den zwingenden Normen

213 Hobe, Einführung in das Völkerrecht (9. Auflage, 2008), S. 123.

214 Vgl. auch Alvarez, International Organizations as Lawmakers (2005).

215 Zur Frage, ob die VN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft angesehen werden kann; vgl. nur Fassbender, The UN Charter as the Constitution of the International Community (2009).

216 Villalpando, The Legal Dimension of the International Community, 21 EJIL (2010), S. 387; Nettesheim, Das komunitäre Völkerrecht, JZ 2002, S. 576.

217 De Hoogh, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes (1995), S. 82: "Because 'international community' within the concept of *jus cogens* refers to the creation of law – admittedly a special kind of law –, whereas with regard to obligations *erga omnes* it concerns, properly speaking, the enforcement of law."

des Völkerrechts, welche sich durch eine besondere "Festigkeit" bzw. einen besonderen Rang auszeichnen.²¹⁸

Positivrechtlicher Anknüpfungspunkt des *ius cogens* ist Art. 53 S. 2 WVRK: Danach sind solche Normen zwingenden Charakters, die von der internationalen Gemeinschaft als von so grundlegender Bedeutung angesehen werden, dass sie der Disposition der Staaten entzogen sein müssen.²¹⁹ Durch *ius-cogens*-Normen gebunden werden alle Staaten, selbst diejenigen, die den Regelungen ablehnend gegenüberstehen.²²⁰

Welche Normen zum *ius-cogens*-Bestand zu zählen sind, wird nicht näher definiert und ist – wie auch sonst Vieles in diesem Zusammenhang – im völkerrechtlichen Schrifttum umstritten. Als gesichert kann jedoch gelten, dass es sich um Normen handelt, die im Interesse der gesamten Menschheit dem Schutz von Gemeinschaftswerten dienen.²²¹ Die Besonderheit der *ius-cogens*-Normen besteht darin, "that they do not exist to satisfy the needs of individual states but the higher interests of the whole international community".²²²

Auch hinsichtlich des formellen Entstehungsprozesses von *ius cogens* ist vieles ungeklärt und umstritten. Da, wie ausgeführt, auf internationaler Ebene kein zentrales Legislativorgan existiert, erfolgt der Rechtssetzungsprozess mittels der Staaten als den weiterhin primären Akteuren im Völkerrecht.²²³ Im Unterschied

218 Vgl. Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 330 ff.; Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 335 ff.; Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 5 ff.

219 Art. 53 S. 2 WVRK lautet: "For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

220 Vgl. Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 6; Tomuschat, Obligations for States Arising Without or Against their Will, 241 RdC (1993), S. 213: Die gewachsenen Herausforderungen an das System machen es erforderlich, in einigen Kernangelegenheiten der internationalen Gemeinschaft für alle Staaten verbindliche Regelungen zu treffen, selbst wenn sich einzelne Staaten dem Konsens entziehen.

221 Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 358: "Damit weisen sie [die *ius-cogens*-Normen] über den Schutz des Staates hinaus in ein Völkerrecht, das dem Schutz der Gemeinschaftswerte dient und diesen einen besonderen Rang zuspricht." Vgl. auch Cassese, International Law (2. Auflage, 2005), S. 155; Villalpando, The Legal Dimension of the International Community, 21 EJIL (2010), S. 401 Fn. 70, der die Statements einiger Delegationen zur 1968 Wiener Vertragsrechts-Konferenz zitiert, in denen *ius cogens* auf das "conscience of mankind" zurückgeführt wird.

222 Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, 60 AJIL (1966), S. 58.

223 Abi-Saab, Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks, 31 NYU JILP (1999), S. 927 Fn. 5: "[...] international law has developed a 'legislative' process in the absence of a centralized legislative power"; Danilenko, International jus cogens: Issues of Law-Making, 2 EJIL (1991), S. 43 f.: "As a result of these developments the international community is faced with a number of specific problems relating to *jus cogens*, many of

zum traditionellen Völkerrecht zeichnet sich *ius cogens* jedoch durch ein Element mehrheitlicher Rechtssetzung aus, bei dem allein die Zustimmung der “very lange majority”²²⁴ bzw. der “essential components”²²⁵ der internationalen Gemeinschaft erforderlich ist, die so gesetzten Normen jedoch alle Staaten binden.²²⁶ Unklar ist freilich, wann von einer überwiegenden Staatenmehrheit auszugehen ist bzw. wer die “essential components” der internationalen Gemeinschaft sind.²²⁷ Entscheidet allein die Anzahl der Staaten? Spielt die Bevölkerungszahl der zustimmenden Staaten eine Rolle? Oder geht es um Qualität, also das Machtpotential der zustimmenden Staaten?

Das *ius cogens* wirkt in erster Linie nach außen, da – wie Art. 53 S. 1 WVRK ausdrücklich bestimmt – ein zwischenstaatlicher Vertrag, der gegen eine Norm des zwingenden Völkerrechts verstößt, nichtig ist.²²⁸ Dadurch schränkt die inter-

which remain unresolved. Paradoxically, one of the still unresolved questions concerns the definition of normative procedures by which rules of fundamental importance for the community of states may be created. From a theoretical perspective, it remains unclear how the international community lacking any legislative power can accommodate the idea of overriding principles binding all of its members.”

224 So der *Chairman* des *Drafting Committee*, während der ersten Sitzung der VN-Vertragsrechtskonferenz im Jahr 1968; vgl. Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 343 f.

225 Ago, *Droit des Traités à la Lumière de la Convention de Vienne*, 134 RdC (1971), S. 323; diese Formulierung findet sich ebenfalls in dem 1976 Kommentar der ILC zu Art. 19 der Draft Articles on State Responsibility. Vgl. auch Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 344 f.

226 Einer Ansicht zufolge setzt die internationale Gemeinschaft in einem einstufigen Verfahren eine Norm mit zwingendem Charakter; vgl. Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 347 f.; Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, 250 RdC (1994), S. 291 ff.; Orakdelashvili, Peremptory Norms in International Law (2006), S. 106-108. Nach Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 347, kann die internationale Gemeinschaft im Wege eines zweistufigen Verfahrens einer Norm zwar den *ius-cogens*-Charakter verleihen, die Norm selbst entsteht jedoch im Rahmen der traditionellen Rechtsquellenlehre. Nach Ansicht derjenigen Autoren, die weiter am Konsensprinzip festgehalten, ist hingegen ein “Doppelkonsens” erforderlich, zum einen bzgl. des Inhalts der Norm, zum anderen hinsichtlich ihres zwingenden Charakters; vgl. nur Meierhöfer, Weltrechtsprinzip und Immunität, EuGRZ 2003, S. 545 ff. Nicht erklären kann die “double-consent”-Theorie allerdings, warum ein Staat, der ausdrücklich nicht zustimmt oder seine Zustimmung später widerruft durch eine Norm des *ius cogens* gebunden wird; so auch Proukaki, The Problem of Enforcement in International Law (2010), S. 24. Kennzeichen der gemeinschaftlichen Rechtssetzung ist zudem die die Einbindung nicht-staatlicher Akteure, insbesondere NGOs als Vertreter der transnationalen Zivilgesellschaft, aber auch Experten aus der Wissenschaft. Ein regelmäßig angeführtes Beispiel sind in diesem Zusammenhang die Vertragsverhandlungen zum Römischen Statut; vgl. Payandeh, ebenda, S. 165.

227 Vgl. hierzu Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 343.

228 Zur Wirkung von *ius cogens* Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 351.

nationale Gemeinschaft die völkerrechtliche “Vertragsfreiheit” der Staaten ein.²²⁹ Gleichzeitig wirkt *ius cogens*, zumindest in einem begrenzten Umfang, auch nach innen: Die Staaten müssen die zwingenden Normen des Völkerrechts auch in ihren innerstaatlichen Rechtsordnungen berücksichtigen – etwaig entgegenstehendes nationales Recht kann unbeachtlich sein.²³⁰

bb. *erga-omnes*-Verpflichtungen:

Die internationale Gemeinschaft als RechteinhaberIn

Zu ihrem effektiven Schutz muss auch die Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen jenseits der klassischen zwischenstaatlichen Strukturen erfolgen.²³¹ In der modernen Völkerrechtsordnung findet sich dafür das Institut der Verpflichtungen *erga omnes*.²³²

Anknüpfungspunkt ist hier das *obiter dictum* in der *Barcelona Traction* Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs: Der Gerichtshof definiert Rechtspflichten *erga omnes* als solche, die nicht gegenüber einzelnen Staaten, sondern der internationalen Gemeinschaft als Ganzer geschuldet sind.²³³ Durch diese be-

229 Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, 33 AVR (1993), S. 2. Vgl. auch Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht (4. Auflage, 2010), S. 328; Kadelbach/Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht, 44 AVR (2006), S. 252.

230 Paulus, The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic, in Nijman/Nollkaemper (Hrsg.), New Perspectives on the Divide Between National and International Law (2007), S. 231: “Nevertheless, the stark legal condemnation which attaches to violations of *jus cogens* indeed requires international law not to allow States to disregard these prohibitions in their domestic legal order.”

231 Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 401: *raison d’être* der *erga-omnes*-Verpflichtungen ist es, Lücken in der Rechtsdurchsetzung zu schließen, die durch den Eingang von Gemeinschaftsinteressen in die Völkerrechtsordnung entstanden sind.

232 Vgl. Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 363 ff.; Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 384 ff.; Nettesheim, Das komunitäre Völkerrecht, JZ 2002, S. 577.

233 IGH, *Barcelona Traction*, 5. Februar 1970, Rn. 33: “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, [...]” Nach Tams/Tzanakopoulos, *Barcelona Traction* at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development, 23 LJIL (2010), S. 798 ff., haben die Richter des IGH durch die “Erfindung” des Rechtsinstruments der *erga-omnes*-Verpflichtungen eine Forderung der internationalen Gemeinschaft – den Schutz von Gemeinschaftsinteressen – aufgegriffen und in ein allgemeines rechtliches Konzept übersetzt.

sondere Erfüllungs- bzw. Verpflichtungsstruktur durchbrechen sie die Relativität des völkerrechtlichen Geflechts rein bilateraler Beziehungen.²³⁴

Wie beim zwingenden Völkerrecht ist auch hier unklar, welchen Verpflichtungen *erga-omnes*-Charakter zukommt. Indiz für die Charakterisierung einer Verpflichtung als *erga omnes* ist nach einer weit verbreiteten Ansicht ihre Zugehörigkeit zum *ius cogens*: Während *ius cogens* eine Frage des materiellen Rechts ist, hat das Konzept der Verpflichtungen *erga omnes* einen prozessualen Fokus und bestimmt, wem gegenüber die Verpflichtung einzuhalten ist.²³⁵

Der *erga-omnes*-Charakter einer Verpflichtung macht ihre Verletzung zu einer Sache der internationalen Gemeinschaft. In einem solchen Fall kann diese, falls sie sich insoweit institutionalisiert hat, selbst eingreifen und die Verpflichtung direkt durchsetzen. Da ein solch zentralisierter Durchsetzungsmechanismus bisher jedoch nur sehr marginal ausgeprägt ist, sind im Übrigen die Staaten aufgerufen, *erga-omnes*-Verpflichtungen indirekt durchsetzen. Die Staaten werden in diesem Fall nicht zur Wahrnehmung eigener Interessen tätig, sondern nehmen als Stellvertreter die Rechte und Interessen der internationalen Gemeinschaft treuhänderisch wahr. Sie werden zu "Hütern des Gemeinschaftsinteresses" und "Hilfsorganen der internationalen Gemeinschaft".²³⁶ Ihr Verhalten hat sich dementsprechend am Interesse der internationalen Gemeinschaft zu orientieren und darf deren Handlungsrahmen nicht überschreiten.²³⁷ Zur Durchsetzung einer *erga-omnes*-Verpflichtung, können die Staaten eine Pflichtverletzung entweder im Namen der internationalen Gemeinschaft vor einem internationalen Gerichten geltend machen (*ius standi*),²³⁸ oder sie können selbst eine – ansonsten rechtswidrige – Maßnahme ergreifen, um die der internationalen Gemeinschaft geschuldete Verpflichtung selbst zu erfüllen bzw. die Pflichtverletzung zu beenden.²³⁹

234 Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, 33 AVR (1995), S. 20; Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 387 ff.

235 So Shaw, International Law (6. Auflage, 2008), S. 124; ähnlich Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Criminal Law (2. Auflage, 1999), S. 211, dem zufolge *ius-cogens*-Normen und *erga-omnes*-Verpflichtungen zwei Seiten derselben Medaille sind: Die Zuordnung einer Norm zum *ius-cogens*-Bestand bestimmt ihren Platz in der Normhierarchie des Völkerrechts, das Ergebnis dieser Einordnung ist der *erga-omnes*-Charakter der Verpflichtung. Das Verhältnis von *ius-cogens*-Normen und Verpflichtungen *erga omnes* wird im völkerrechtlichen Schrifttum jedoch weiterhin viel diskutiert.

236 Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 7; Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 363 ff.; Tomuschat, Ensuring the Survival of Mankind, 281 RdC (1999), S. 84: "every State had a role to play as guardian of that core of the constitution of the international community".

237 Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 390.

238 Villalpando, The Legal Dimension of the International Community, 21 EJIL (2010), S. 401.

239 Äußerst umstritten ist die Ausübung von Gewalt als (kollektive) Gegenmaßnahme, d.h. humanitäre Interventionen; vgl. hierzu Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 404 ff. Zur Schutzverantwortung im Fall der Begehung von Völkerrechtver-

Die Feststellung, ob die Voraussetzungen für ein Eingreifen – also insbesondere die Verletzung einer *erga-omnes*-Pflicht – vorliegen und die Entscheidung eines Eingreifens, treffen die Staaten dabei selbst. Hieraus ergibt sich ein gewisses Gefahrenpotential.²⁴⁰ Zum einen besteht die Gefahr einer nur selektiven Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen. Die Staaten werden regelmäßig nur dann aktiv werden, wenn die Rechtsdurchsetzung nicht nur im Interesse der internationalen Gemeinschaft, sondern zugleich auch im eigenen Interesse ist bzw. eigenen Interessen jedenfalls nicht widerspricht. Da ein Eingreifen zu diplomatischen Spannungen führen kann, wirkt sich diese Interessenabhängigkeit zwangsläufig zum Vorteil starker Staaten aus. Zum anderen eröffnet sich die Gefahr einer missbräuchlichen Inanspruchnahme. Staaten können sich auf ein vermeintliches Gemeinschaftsinteresse berufen, um unter dem Deckmantel der “Stellvertretung für die internationale Gemeinschaft” ein eigenes Interesse durchzusetzen. Schließlich ist keinesfalls gewährleistet, dass das staatliche Eingreifen auch der Art und Weise nach dem Willen der internationalen Gemeinschaft entspricht.

d. Partielle Völkerrechtssubjektivität der internationalen Gemeinschaft

Nach einer im Vordringen begriffenen Ansicht lässt sich die soeben skizzierte Entwicklung – die Durchbrechungen des Konsensprinzips beim *ius cogens* und das Aufbrechen der reziproken, bilateralen Strukturen bei den *erga-omnes*-Verpflichtungen – rechtsdogmatisch und konzeptionell überzeugend nur durch die Konstruktion der internationalen Gemeinschaft als einem zumindest partiell eigenständigen Völkerrechtssubjekt mit originärer Rechtssetzungsgewalt und Rechtsdurchsetzungsbefugnis erfassen.²⁴¹

Die Völkerrechtssubjektivität der internationalen Gemeinschaft – also die Fähigkeit, Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten zu sein – wird dabei induktiv aus dem Bestehen der Gemeinschaftsinteressen und -werte, des *ius cogens* und den *erga-omnes*-Verpflichtungen abgeleitet.²⁴² Die internationale Gemeinschaft ist damit mehr als die Summe der Einzelstaaten, nämlich ein in letzter Instanz die Menschheit als Ganzes repräsentierendes Rechtssubjekt.²⁴³ In diesem

brechen (*responsibility to protect (R2P)*) vgl. nur Verlage, *Responsibility to Protect: Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2009).

240 Siehe zu diesem gesamten Fragenkomplex Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 429 ff.

241 Paulus, *Die internationale Gemeinschaft* (2001), S. 329 ff., 423; Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 439 ff.

242 Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht* (2010), S. 442.

243 Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (2009), S. 70 f.: “Thus, the international legal community [...] has taken on a new

Sinne besitzt die internationale Gemeinschaft originäre Rechtssetzungsgewalt, deren Ausfluss die Normen des internationalen Gemeinschaftsrechts sind. Dieses ist materiell – ausschließlich – mit dem Schutz von Gemeinschaftswerten befasst und weicht formell vom Konsensprinzip ab. Die Normen des internationalen Gemeinschaftsrechts binden alle Staaten, im Zweifel nicht nur ohne, sondern auch gegen ihren Willen und können daher dem widerstrebenden Einzelstaat entgegenhalten werden. Nach Payandeh lässt sich dieses internationale Gemeinschaftsrecht als eigene Rechtsquelle jenseits von Art. 38 IGH-Statut und nach Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht als dritte Entwicklungsstufe des Völkerrechts ausmachen.²⁴⁴

Wenngleich sich der Gehalt der staatlichen Souveränität im Zuge der Entwicklung des Völkerrechts dadurch erheblich modifiziert hat, behalten die Staaten gleichzeitig ein hohes Maß an Autonomie.²⁴⁵ Allerdings werden die Staateninteressen durch die Gemeinschaftsinteressen ergänzt, teilweise überlagert und mitunter verdrängt. Neben die Staatengesellschaft tritt im Interesse der Menschheit als Ganzer die internationale Gemeinschaft.²⁴⁶ Neben das traditionelle, kon-

quality. It can no longer be described as a *Genossenschaft*, or association of equals not subordinated to any higher authority and exclusively joined together by agreement. The community is more than the sum of its constituent parts. [...] The community is united by a set of shared values, and its high degree of cohesion is expressed by the attribute of distinct legal personality.”

- 244 Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 433. Vgl. auch Nettesheim, Das kommunitäre Völkerrecht, JZ 2002, S. 569 ff., der das “kommunitäre Völkerrecht” als neue Entwicklungsstufe des Völkerrechts nennt.
- 245 Die internationale Gemeinschaft als ein – und noch nicht mal das vorherrschende – Paradigma der gegenwärtigen Völkerrechtsordnung, so Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 3.
- 246 Als soziologischer Ausgangspunkt, um diese Entwicklung zu erfassen, wird regelmäßig die von Ferdinand Tönnies geschaffene Dichotomie von Gesellschaft (*society*) und Gemeinschaft (*community*) genannt; Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie (1887). Während die Gesellschaft ein künstlicher Zusammenschluss der individuellen Mitglieder ist, um die eigenen (egoistischen) Interessen besser zu schützen und vorantreiben zu können, handelt es sich bei einer Gemeinschaft um einen natürlichen, überindividuellen Zusammenschluss mit dem Ziel, die Gemeinschaftswerte zu schützen und die Gemeinschaftsinteressen zu fördern. Dem Konzept der Gemeinschaft immanent ist dabei eine zumindest partielle Unterordnung des einzelnen Mitglieds und seiner egoistischen Interessen unter die Gemeinschaft und ihre Interessen. Zum soziologischen Gemeinschaftsbegriff, insbesondere in Bezug auf die internationale Gemeinschaft Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 9-16, 439; Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 10 ff.; Villalpando, The Legal Dimension of the International Community, 21 EJIL (2010), S. 391. Die Entwicklung auf völkerrechtlicher Ebene scheint damit im Gegensatz zur Entwicklung des modernen Staates zu stehen, bei der sich die einstmals einheitliche und stark integrierte Gemeinschaft in eine eher pluralistische Gesellschaft Einzelner gewandelt hat; so auch Payandeh, ebenda, S. 21.

sensuale und voluntaristischen Koexistenz- und Kooperationsvölkerrecht tritt das internationale Gemeinschaftsrecht.²⁴⁷

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass sich “[d]as internationale Gemeinschaftsrecht normativ schneller entwickelt hat als institutionell.”²⁴⁸ Institutionell ist die internationale Gemeinschaft noch im Werden, Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung werden weiterhin durch die Staaten mediatisiert. Dementsprechend wird die internationale Gemeinschaft gegenwärtig als eine “*communitas imperfecta*”²⁴⁹ bzw. eine Gemeinschaft “*in statu nascendi*”²⁵⁰ begriffen.

II. Moderne Völkerrechtskonzeption und Völkerstrafrecht

Im Zusammenhang mit – mitunter sogar als Vorläufer – der soeben skizzierten Entwicklung wird regelmäßig das Völkerstrafrecht genannt.²⁵¹ Die völkerstrafrechtlichen Normen können schon deshalb als “revolutionär” bezeichnet werden, als sie an den Einzelnen gerichtet sind und damit unmittelbar im Verhältnis zwischen der internationalen Gemeinschaft und dem Einzelnen gelten, ohne dass von Völkerrechts wegen ein Vermittlungsakt der Staaten erforderlich ist.²⁵² Anders als bei den menschenrechtlichen Regelungen wird die Staatenebene nunmehr gänzlich übersprungen. Dadurch verleihen die völkerstrafrechtlichen Regelungen dem Einzelnen passive Völkerrechtssubjektivität.

247 Paulus, Die internationale Gemeinschaft (2001), S. 433 ff.: Kein antagonistischer Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft, zwischen der Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen und egoistischen Individualinteressen der Staaten.

248 Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 434; Thüser, Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum, 60 ZaöRV (2000), S. 574: Normative Gestaltung und “institution building” klaffen auseinander; Nettesheim, Das kommunale Völkerrecht, JZ 2002, S. 578: institutionelle Entwicklung hinkt der Materialisierung hinterher.

249 Gaeta, International Criminalization of Prohibited Conduct, in Cassese u.a. (Hrsg.), Oxford Companion to International Criminal Justice (2009), S. 65.

250 Vgl. Payandeh, Internationales Gemeinschaftsrecht (2010), S. 433 ff.

251 Fassbender, Schutz der Menschenrechte, EuGRZ 2003, S. 10: “Von den [...] gemeinwohlorientierten Normenkategorien ist das Völkerstrafrecht die mit Abstand praktisch bedeutsamste geworden, [...]. Durch sie ist die internationale Strafjustiz zum realiter wichtigsten Hüter gemeinsamer Werte der internationalen Gemeinschaft geworden.”

252 Nach Luban, Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law, in Besson/Tasioulas (Hrsg.), The Philosophy of International Law (2010), S. 572, ist dieser Schritt hin zu einem “puren” Völkerstrafrecht, welches unmittelbar den Einzelnen bindet, ein radikales Projekt, welches die Souveränität der Staaten fundamental herausfordert. Luban geht soweit diese Entwicklung mit “the early secularists’ deflationary view of state authority as manifestation of human rather than divine will” zu vergleichen.