

## Immunität vor dem IGH

### Lösungsvorschlag

© Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

**Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger**

*Stand der Bearbeitung: Juni 2015*

Die Klage gegen die strafrechtliche Verurteilung des Wotha und die zivilrechtlichen Verurteilungen Bafaniens hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit der Klage

*Anmerkung:* Die Prüfungsschemata differieren. So unterscheidet etwa Andreas von Arnould in seinem Lehrbuch entsprechend der Rechtsprechung des IGH zwischen „jurisdiction“ und „admissibility“. Dies ist selbstverständlich nicht falsch, unterscheidet sich aber nicht in der Sache. Es ist im Folgenden lediglich darauf zu achten, dass dieselben Fragen angesprochen werden.

#### I. Parteifähigkeit gem. Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut

Eltri und Bafanien müssen parteifähig sein. Parteifähig gem. Art. 34 Abs. 1 IGH-Statut sind Staaten. Bafanien und Eltri sind als Staaten dementsprechend parteifähig.

#### II. Zugang zum Gerichtshof gem. Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut

Der Zugang zum Gerichtshof muss eröffnet sein. Gem. Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut haben UN-Mitglieder Zugang zum Gerichtshof. Bafanien ist UN-Mitglied und hat damit Zugang zum Gerichtshof. Eltri ist zwar nicht UN-Mitglied, ist aber Vertragspartei des IGH-Statuts. Dies reicht aus (Art. 93 Abs. 2 SVN; Art. 35 Abs. 2 IGH-Statut).

#### III. Zuständigkeit *ratione personae* gem. Art. 36 IGH-Statut

Der IGH muss *ratione personae* zuständig sein. Die Zuständigkeit des IGHs ergibt sich aus Art. 36 IGH-Statut. Hier hat nur Bafanien eine obligatorische Anerkennung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut abgegeben. Eine Zuständigkeit liegt aber auch dann vor, wenn sich ein Staat rügelos auf die Klage einlässt (sog. forum prorogatum). Dies ist zwar nicht im IGH-Statut vorgesehen, aber inzwischen als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.<sup>1</sup> Eltri hat sich rügelos auf die Klage eingelassen.

Außerdem könnte eine **kompromissarische Klausel** i.S.d. Art. 36 Abs. 1 2. Alt IGH-Statut vorliegen. Hier kommt Artikel 30 Abs. 1 CAT in Betracht. Diese Norm sieht die grundsätzliche Zuständigkeit des IGH vor, sofern vorher versucht wurde, die Streitigkeit einem Schiedsverfahren zu unterwerfen. Können sich die Staaten nicht auf die Ausgestaltung einigen, so kann sechs Monate nach Verlangen des Schiedsverfahrens der IGH angerufen werden.<sup>2</sup> Der

<sup>1</sup> S. Shabtai Rosenne, International Court of Justice, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition (www.mpepil.com), 2009, Stand: Juni 2006, Rn. 71 f.

<sup>2</sup> S. dazu IGH, Urteil v. 20. Juli 2012, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), § 57 ff.

IGH verlangt, dass “at the very least[,] a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute [was made]”.<sup>3</sup> Diese Norm stellt eine kompromissarische Klausel i.S.d. Art. 36 Abs. 1 2. Alt IGH-Statut dar, laut SV sind deren Voraussetzungen erfüllt, da Bafanien *intensiv* versuchte, ein Schiedsgericht einzusetzen, dieser Versuch aber ca. 1 Jahr vor Klageerhebung scheiterte. Damit ist der IGH *ratione personae* zuständig.

#### IV. Zuständigkeit *ratione materiae* gem. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut

Die Zuständigkeit *ratione materiae* des IGH gem. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut ist gegeben, sobald der Klagegegenstand „Rechtsstreitigkeiten über (...) jede Frage des Völkerrechts“ zum Inhalt hat. Rechtsstreitigkeiten sind Meinungsverschiedenheiten zweier Staaten bezüglich einer Rechtsfrage: “[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other”.<sup>4</sup> Hier geht es um die Geltung und Reichweite der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln des Interventionsverbots, der Jurisdiktion und der Immunität sowie ihr Verhältnis zum völker(vertrags)rechtlichen Folterverbot. Dies sind Rechtsstreitigkeiten über Fragen des Völkerrechts.

#### V. Zuständigkeit *ratione temporis*

Zweifel an der Zuständigkeit *ratione temporis* könnten aufkommen, weil Eltri die UN-Antifolterkonvention erst im Jahre 2007 ratifiziert hat. Diese Frage betrifft jedoch nicht die Zuständigkeit des IGH, sondern den materiell-rechtlichen Teil der Klage.<sup>5</sup>

Damit ist die Klage auch *ratione temporis* zulässig.

**Ergebnis:** Die Klage ist zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Begründetheit der Klage ist für die strafrechtliche Verurteilung des bafanischen ehemaligen Staatspräsidenten Wotha (I.) und die zivilrechtlichen Urteile (II.) gesondert zu betrachten. Jeweils ist die Klage begründet, wenn Bafanien und Eltri rechts- und handlungsfähig sind (1.), ein zurechenbarer Normverstoß vorliegt (2.), keine Rechtfertigung in Betracht kommt (3.) und die geforderten Handlungen vom Völkerrecht gedeckt sind (4.).

*Anmerkung:* Es ist auch möglich, erst jeweils unter 2. und 3. zu differenzieren.

### I. Strafrechtliche Verurteilung des ehemaligen Staatspräsidenten Wotha

#### 1. Rechts- und Handlungsfähigkeit

Sowohl Bafanien wie auch Eltri sind Staaten und damit rechts- und handlungsfähig.

#### 2. Zurechenbarer Normverstoß

Desweiteren müsste ein zurechenbarer Normverstoß vorliegen. Zwar betont Eltri, dass seine Gerichte unabhängig seien und daher eine Zurechnung ausscheide. Art. 4 der Regeln der Staa-

<sup>3</sup> In Bezug auf die Anti-Rassismuskonvention: IGH, Urteil v. 1. April 2011, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections*, § 157; bestätigt für die UN-Antifolterkonvention in *Belgien v. Senegal*, Anm. 2, § 57.

<sup>4</sup> IGH, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1962, S. 328

<sup>5</sup> Vgl. *Belgien v. Senegal*, Anm. 2, §§ 103 f. Hier hat der IGH die Frage des zeitlichen Geltungsbereichs der UN-Antifolterkonvention ebenfalls im Rahmen der Begründetheit geprüft.

tenverantwortlichkeit (Articles on State Responsibility, ARS), die von der Generalversammlung angenommen wurden,<sup>6</sup> und größtenteils Völkergewohnheitsrecht darstellen, zeigt aber, dass einem Staat jedes Handeln seiner Organe zurechenbar ist, auch das seiner Gerichte. Fraglich ist hingegen, ob ein Verstoß gegen Völkerrecht vorliegt. Die strafrechtliche Verurteilung könnte sowohl gegen das Interventionsverbot (a.) als auch gegen den Grundsatz der Immunität (b.) verstoßen haben.

#### a) Verstoß gegen das Interventionsverbot

Die Verurteilung Wothis könnte ein Verstoß gegen das Interventionsverbot darstellen. Grundsätzlich folgt aus der souveränen Gleichheit jedes Staates, dass ein Staat sich nicht in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates einmischen darf (Interventionsverbot, vgl. Art. 2 Ziff. 1 SVN).

#### aa) Erlaubnistatbestand oder Verbotstatbestand?

Fraglich ist zunächst, ob eine nationale Gerichtsentscheidung überhaupt eine Einmischung darstellt. **Staaten können nämlich grundsätzlich auf ihrem eigenen Territorium handeln, wie es ihnen beliebt**, solange sie nicht die Souveränitätsrechte dritter Staaten beschneiden. So entschied 1927 der Ständige Internationale Gerichtshof im Lotus-Fall:

“Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, [international law] leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.”<sup>7</sup>

Allein etwaige völkerrechtliche Verbote könnten diesem freien Handeln entgegenstehen. Zweifelhaft ist aber, ob das Nichtvorhandensein von Verbotstatbeständen in **Hinblick auf strafrechtliche Sachverhalte**, die Auswirkungen auf Staatsangehörige dritter Staaten haben, ausreicht. Auf diese Unsicherheit wies schon der Ständige Internationale Gerichtshof im genannten Urteil hin.<sup>8</sup> Hier liegt ein strafrechtlicher Sachverhalt vor. Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn ein spezieller Erlaubnissatz besteht. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob ein Erlaubnissatz vorliegt, nach dem der Staat tätig werden darf.<sup>9</sup>

*Anmerkung:* Die Unterscheidung zwischen Erlaubnissatz und Verbotstatbestand wird nicht erwartet. Es kommt v.a. darauf an, dass die Bearbeiter diskutieren, unter welchen Umständen strafrechtliche Jurisdiktion ausgeübt werden darf und ob das Weltrechtsprinzip heute anerkannt ist.

#### bb) Jurisdiktionsergreifungstatbestände

<sup>6</sup> UN-Dok. A/56/10.

<sup>7</sup> So die berühmte Passage aus dem StIGH, Lotus, Anm. 920, S. 19. S. auch das Diktum von Richter Marshall, im Fall The Schooner Exchange vor dem US-Supreme Court, The Schooner Exchange /. McFaddon, 27. Februar 1812, 7 Cranch 116, s. S. 137-140. “The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction.”

<sup>8</sup> Der StIGH verweist ebendort, S. 20, auf die verschiedenen Sichtweisen. Er selbst scheint die eines Verbotstatbestandes zu favorisieren.

<sup>9</sup> Dieser Streit zwischen Erlaubnistatbestand und Verbotstatbestand wird besonders in den Sondervoten im Arrest-Warrant-Fall (Kongo gegen Belgien) deutlich, IGH, Arrest-Warrant, IGH, Kongo /. Belgien, Urteil v. 14. Februar 2002, ICJ Rep. 2002, S. 3.



Zu den Erlaubnistatbeständen für die Ausübung strafrechtlicher Jurisdiktion gehören neben dem Territorialitätsprinzip,<sup>10</sup> das aktive<sup>11</sup> und das passive<sup>12</sup> Personalitätsprinzip, das Schutzprinzip<sup>13</sup> sowie das Weltrechtsprinzip (auch Universalitätsprinzip genannt). Da hier die Taten weder in Eltri begangen wurden (Territorialitätsprinzip), noch Täter oder Opfer aus Eltri kommen (aktives bzw. passives Personalitätsprinzip) und auch kein besonderes Interesse Eltris bedroht ist (Schutzprinzip) kommt lediglich das **Weltrechtsprinzip** als Erlaubnistatbestand in Betracht.

Alle vier Prinzipien sind **vertraglich** in der UN-Antifolterkonvention (Art. 5 CAT) normiert. Das Weltrechtsprinzip ist in Art. 5 Abs. 2 UN-Antifolterkonvention (CAT) geregelt. Diese Norm berechtigt die Staaten nicht nur (was prinzipiell für die Existenz eines Erlaubnissatzes ausreicht), sondern **verpflichtet** sie, ihre Gerichtsbarkeit für die Fälle zu begründen, in denen ein Verdächtiger sich auf einem der Hoheitsgewalt des Staates unterstehenden Gebiet befindet. Alternativ darf er den vermutlichen Folterer an einen Staat, der unter Art. 5 Abs. 1 CAT Jurisdiktion begründet hat, ausliefern (Art. 7 Abs. 1 CAT). Hiermit wird das eingeschränkte Weltrechtsprinzip in der UN-Antifolterkonvention begründet.<sup>14</sup> Da sowohl Eltri als auch Bafanien die UN-Antifolterkonvention ratifiziert haben, besteht ein Erlaubnistatbestand, der eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten rechtfertigt.

Die UN-Antifolterkonvention wurde aber erst 2007 von Eltri ratifiziert, so dass für die Zeit davor ein Völkerrechtsverstoß vorliegen könnte. Auf die Konvention kann sich Eltri für die Zeit davor nämlich nicht berufen.<sup>15</sup> In Betracht kommt aber ein völkergewohnheitsrechtlich geltender Erlaubnissatz. Es kommt also darauf an, ob das Weltrechtsprinzip auch völkergewohnheitsrechtlich für Folter gilt.

*Anmerkung:* Die völkergewohnheitsrechtliche Geltung ist umstritten. Von den Bearbeitern wird erwartet, dass sie die entscheidenden Fragen ansprechen (Existenz als solche; keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten, da Menschenrechte betroffen; Folter als relevanter Tatbestand), im Ergebnis ist sowohl die Ablehnung wie auch die Annahme des Prinzips vertretbar.

Das Weltrechts- oder Universalitätsprinzip ist das umstrittenste der verschiedenen Prinzipien, die es einem Staat ermöglichen, für bestimmte Taten Jurisdiktion zu ergreifen. Es untergliedert sich in zwei Unterformen, das eingeschränkte sowie das uneingeschränkte Universalitätsprinzip (*territorial universal jurisdiction* bzw. *absolute universal jurisdiction*). Nach beiden kann der Staat gewisse, aber nicht alle, Taten strafrechtlich verfolgen, die im Ausland be-

<sup>10</sup> Vgl. näher Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 301 ff.; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2. Aufl. 2008, S. 336 f. In Deutschland ist dies in § 3 StGB geregelt.

<sup>11</sup> Helmut Kreicker, *Völkerstrafrecht im Ländervergleich*, 2007, S. 18. Zu der Frage wie zu verfahren ist, wenn der Folterer erst nach der Tat die Nationalität der Staates annimmt, vgl. in Bezug auf die UN-Antifolterkonvention J. Herman Burgers/Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, S. 132. In Deutschland beruht § 5 StGB teilweise auf dem aktiven Personalitätsprinzip.

<sup>12</sup> Vgl. Kai Ambos, vor § 3-7, in: Wolfgang Joecks/Bernd von Heintschel-Heinegg, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, 2003, Rn. 42; Claire de Than/Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, 2003, S. 44. S. auch § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Christian Maierhöfer, „Aut dedere – aut iudicare“. Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung, 2006, S. 39.

<sup>13</sup> Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law*, in: 66 *Texas Law Review* 1988, S. 785-841, 787 f.; Brownlie, Anm. 10, S. 304. In Deutschland ist es in § 5 StGB geregelt.

<sup>14</sup> Jüngst bestätigend IGH, *Belgien v. Senegal*, Anm. 2, § 94.

<sup>15</sup> Klarstellend IGH, *Belgien v. Senegal*, Anm. 2, §§ 103 f. Der Fall konzentrierte sich auf Vertragsrecht, völkergewohnheitsrechtliche Fragen wurden nicht entschieden.



gangen wurden, auch wenn weder Opfer noch Täter eigene Staatsangehörige sind. Der Unterschied zwischen beiden besteht darin, dass nach dem eingeschränkten Universalitätsprinzip verlangt wird, dass der Täter sich auf dem Boden des strafverfolgenden Staates aufhält. Nach dem uneingeschränkten Universalitätsprinzip ist diese Anknüpfung nicht nötig.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall geht es aufgrund der Anwesenheit Wothas in Eltri um die Geltung des **eingeschränkten Weltrechtsprinzips**. Weder die Existenz des Weltrechtsprinzips noch sein Umfang sind abschließend geklärt.<sup>17</sup>

Gegen die Existenz des Weltrechtsprinzips wird v.a. eingewendet, dass das Weltrechtsprinzip eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten darstelle und daher schon nach Völkergewohnheitsrecht **verboten** sei und deshalb unmöglich einen Erlaubnistatbestand darstellen könne.<sup>18</sup> Einer solchen Argumentation ist aber durch die Anerkennung der Menschenrechte der Boden entzogen worden: Für den Staat verbindlich gewordene Menschenrechte sind nicht mehr Teil des *Domaine réservé*, des geschützten, innerstaatlichen Bereiches.<sup>19</sup>

Es ist schon umstritten, welche Taten unter das Weltrechtsprinzip fallen. Anerkannt sind zumindest Genozid, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Aber auch Folter wird vielfach darunter gefasst.<sup>20</sup> Dies wird damit begründet, dass die Folter ein besonders schwerwiegendes Verbrechen darstelle, außerdem gehört es zum *Ius cogens*.

Es wird argumentiert, dass die Zulässigkeit des Weltrechtsprinzips sich schon an der vielfachen vertraglichen Normierung zeige: Es leitet sich aus den *Aut-dedere-aut-iudicare*-Klauseln ab, die besagen, dass eine Person entweder zu bestrafen ist oder an einen anderen Staat zwecks Strafverfolgung auszuliefern ist. So sehen neben der UN-Antifolterkonvention u.a.<sup>21</sup> die Haager Luftfahrtkonvention,<sup>22</sup> das Diplomatschutzübereinkommen<sup>23</sup> und das Montrea-

<sup>16</sup> Kreicker, Anm. 11, S. 19. IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Nr. 42, nennen das eingeschränkte Weltrechtsprinzip eine "jurisdiction to establish a territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events." S. § 6 StGB für die deutsche Ausformung des Weltrechtsprinzips.

<sup>17</sup> Anders Christian Maierhöfer, Weltrechtsprinzip und Immunität: das Völkerstrafrecht vor den Haager Richtern. Besprechung des Urteils des IGH vom 14.2.2002 (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), in: EuGRZ 2003, S. 545-554, 547, der davon ausgeht, dass die grundsätzliche Existenz dieses Instituts anerkannt zu sein scheint, jedoch über Reichweite und Inhalt gestritten wird.

<sup>18</sup> So z.B. BGH NStZ 1999, 236; IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9, Separate Opinion President Guillaume, Nr. 16 f. verneint die Zulässigkeit des eingeschränkten Weltrechtsprinzips außerhalb von Verträgen. Die anderen ablehnenden Richter sind darauf nicht eingegangen, da es auch nicht Gegenstand des Verfahrens war.

<sup>19</sup> S. nur Eckart Klein, Menschenrechte. Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung, 1997, S. 23; Martin Kriele, Freiheit und „Befreiung“: Zur Rangordnung der Menschenrechte, 1988, S. 9; Hanspeter Neuhold/Waldemar Hummer/Christoph Schreuer, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 262.

<sup>20</sup> S. etwa Principle 2 Nr. 1 Princeton Principle on Universal Jurisdiction, 2001, [http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf); Katherine Gallagher, Universal Jurisdiction in Practice, J Int Criminal Justice (2009) 7 (5): 1087-1116.

<sup>21</sup> S. die Übersicht der *Aut-dedere-aut-iudicare*-Klauseln bei Maierhöfer, „Aut dedere – aut iudicare“, Anm. 12, S. 131 ff. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass *Aut-dedere-aut-iudicare*-Klauseln nicht zwingender Weise das Weltrechtsprinzip festschreiben müssen. Sie werden das aber regelmäßig in Nachfolge des „Haager Modells“ tun, ebd., S. 137. S. zu dem Verhältnis von *Aut-dedere-aut-iudicare*-Klauseln zum Weltrechtsprinzip, Klaus Ferdinand Gärditz, Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt, 2006, S. 161 f.

<sup>22</sup> Art. 4 Abs. 2 (den Haager) Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen. Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16. Dezember 1970, BGBl. 1990 II S. 1637, 860 UNTS 105.

<sup>23</sup> Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen einschließlich Diplomaten. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 14. Dezember 1973, BGBl. 1976 II S. 1446, 1035 UNTS 167.

ler Zivilluftfahrtsübereinkommen<sup>24</sup> das Weltrechtsprinzip vor. Diese Verträge zeigen die allgemeine Geltung des Weltrechtsprinzips. Auch Abs. 6 der Präambel des IStGH-Statuts deutet darauf hin, dass die Staaten von der Existenz eines völkergewohnheitsrechtlichen Universalitätsprinzips ausgehen. Außerdem sehen 51 Staaten der Welt das Weltrechtsprinzip in ihrem nationalen Recht vor.<sup>25</sup> Aber gerade aufgrund dieses Umstands wurde in einer *Separate Opinion* des IGH darauf hingewiesen, dass das Weltrechtsprinzip noch keine völkergewohnheitsrechtliche Geltung habe. Allerdings beruft sich diese *Opinion* lediglich auf das verpflichtende Weltrechtsprinzip und nicht auf die Frage, ob es grundsätzlich rechtmäßig ist, dieses wird scheinbar vorausgesetzt.<sup>26</sup> Auch dies spricht also für die Zulässigkeit des Weltrechtsprinzips für Folterfälle. Man wird zumindest davon ausgehen dürfen, dass das Weltrechtsprinzip den Staaten erlaubt, Jurisdiktion auszuüben. Damit ist es Eltri auch für die Zeit vor 2007, in der Eltri die UN-Antifolterkonvention noch nicht ratifiziert hat und Eltri sich deshalb nicht auf Art. 5 Abs. 2 CAT berufen kann, erlaubt, Jurisdiktion auszuüben (a.A. für die völkergewohnheitsrechtliche Geltung vertretbar).

**Zwischenergebnis:** Durch die Jurisdiktionsausübung im Falle der strafrechtlichen Verurteilung liegt aufgrund der Geltung des Weltrechtsprinzips kein Eingriff in das Nichteinmischungsverbot vor. Eltri darf also grundsätzlich über Drittstaatsangehörige zu Gericht sitzen (a.A. für die völkergewohnheitsrechtliche Geltung vertretbar).

## b) Immunität

Der strafrechtlichen Verurteilung des Wotha könnten aber gegen die Grundsätze der Immunität von Staatsoberhäuptern verstoßen, da Wotha das ehemalige Staatsoberhaupt Bafaniens ist. Grundsätzlich gilt, dass ein Staat auf seinem eigenen Territorium über jede natürliche und juristische Person zu Gericht sitzen kann. Als Ausnahme davon ist die Beschränkung der Jurisdiktionsgewalt durch die Immunität zu betrachten. Sie besagt, dass ein Staat keine Befehls- und Zwangsgewalt über einen anderen Staat ausüben dürfe: *par in parem non habet imperium*. Dies ist der Inbegriff der Immunität und folgt ebenso wie das Weltrechtsprinzip aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten. Daraus folgt, dass eine Verletzung der Immunität einer natürlichen Person auch immer eine Verletzung der Rechte seines Heimatstaates ist, weshalb u.a. kein Amtsträger auf seine Immunität verzichten kann. Dies kann nur der Staat. Es könnte dementsprechend ein Verstoß gegen die Immunität Wothas vorliegen. Dann wäre auch immer sein Heimatstaat, also Bafanien verletzt.

### aa) Immunität *ratione personae*

Die Immunität von Personen unterscheidet zwischen der Immunität von Staatsorganen *ratione personae* (persönliche Immunität) und *ratione materiae* (sachliche Immunität). Erstere bezeichnet die umfassende persönliche Immunität während der Amtszeit, aber nicht darüber hinaus. Sie leitet sich mittelbar aus der Staatenimmunität ab und schützt primär den Kontakt und den Verkehr zwischen den Staaten<sup>27</sup> und ist grundsätzlich funktionell angelegt.<sup>28</sup> Sie wird

<sup>24</sup> Art. 5 Abs. 2 (Montrealer) Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt. Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, 23. September 1971, BGBl. 1977 II S. 1230, 974 UNTS 178.

<sup>25</sup> IGH, Belgien v. Senegal, Anm. 2, Separate Opinion Judge Abraham, § 34, der sich auf einen Schriftsatz Belgiens bezieht. .

<sup>26</sup> IGH, Belgien v. Senegal, Anm. 2, Separate Opinion Judge Abraham, §§ 36 ff.

<sup>27</sup> Andreas Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, S. 273.

<sup>28</sup> S. Karl Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 657, der auch auf den Schutz der Dignität des Staatsoberhauptes verweist.



nur Diplomaten und Staatsoberhäuptern, dem Regierungschef und dem Außenminister zugestanden.<sup>29</sup> Andere Staatsorgane haben nicht Teil an der persönlichen Immunität, werden aber wohl im Falle einer Dienstreise – nicht aber einer privaten Reise – ebenfalls durch die diplomatische Immunität, also *ratione personae*, geschützt sein.

Wotha ist als **ehemaliges** Staatsoberhaupt nicht von der Immunität *ratione personae* geschützt.

### bb) Immunität *ratione materiae*

Die Immunität *ratione materiae* bezieht sich auf **amtliche** Handlungen und gilt grundsätzlich auch nach Ende der Amtszeit.<sup>30</sup> Sie wird allen Staatsorganen zugestanden und ist unmittelbarer Ausfluss der Staatenimmunität.<sup>31</sup> Es wird dabei – entsprechend den Regeln der Staatenimmunität – kein Unterschied zwischen untergeordneten und höchstrangigen Staatsbediensteten gemacht.<sup>32</sup>

Wotha ist als ehemaliges Staatsoberhaupt grundsätzlich von der Immunität *ratione materiae* geschützt. Dies gilt aber nur dann, wenn die ihm vorgeworfene Folter sich als **amtliche Handlung** darstellt, und **keine Einschränkung der Immunität** im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen angenommen werden kann.

Umstritten ist, ob der Staat sich explizit auf die Immunität berufen muss oder ob dies von Amts wegen zu prüfen ist. Der IGH hat dies zwar angenommen,<sup>33</sup> jedoch wird dies in der Literatur zurückgewiesen. Auch die *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* sieht ein solches Erfordernis nicht vor. Da aus dem Sachverhalt hervorgeht, dass Bafanien die Immunität geltend gemacht hat, kann dieser Streit offenbleiben.

*Anmerkung:* Da die Frage der Berufung auf die Immunität zwar im Sachverhalt erwähnt wird, aber nicht herausgestellt wird, wird eine Beschäftigung mit dieser Frage nicht erwartet. Es können dafür aber Punkte i.R.d. Ermessens vergeben werden.

### aaa) Amtliche Handlung

Anerkannt ist zunächst, dass alleine die Strafbarkeit einer Handlung nicht dazu führen kann, dass sie als Privatakt angesehen wird, denn sonst wäre die Immunität – die ja auch und gerade vor strafrechtlicher Verfolgung schützen soll – wertlos.<sup>34</sup> Ob es sich um ein Verhalten handelt, das allein dem privaten und persönlichen Nutzen dient, wird laut einer Ansicht nach dem **Verständnis des Täters** entschieden.<sup>35</sup> Geht dieser davon aus, privat zu handeln, so handelt

<sup>29</sup> Die persönliche Immunität der sog. Troika ist inzwischen wohl nicht mehr umstritten, s. den Second Report of the Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández, 2013, UN-Dok A/CN.4/661, Draft Article 6, S. 29.

<sup>30</sup> Roland Bank, Der Fall Pinochet: Aufbruch zu neuen Ufern bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen?, in: ZaöRV 59 (1999), S. 677-708, 688.

<sup>31</sup> Vgl. Julia Bosch, Immunität und internationale Verbrechen, 2004, S. 76.

<sup>32</sup> „This [...] is common ground.“, Lord Millet, Pinochet, House of Lords, Urteil v. 24. März 1999, Regina ./ Bow Sreet Metropolitan Stipendiary Magistrate et al., Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), Weekly Law Reports 1999, S. 827-927, 847; Nigel S. Rodley, Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective, in: 69 Nordic Journal of International Law 2000, S. 11-26, 23; Michael Bothe, Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane, in: ZaöRV 31 (1971), S. 246-270, 265.

<sup>33</sup> IGH, Urteil v. 4. Juni 2008, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), § 195 f.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 96, 68 (81 ff.) – DDR-Botschafter – in Bezug auf eine strafbare Handlung eines Diplomaten.

<sup>35</sup> Friederike Brinkmeier, Menschenrechtsverletzer vor nationalen Strafgerichten – Der Fall Pinochet im Lichte aktueller Entwicklungen des Völkerstrafrechts (Studien zu Grund- und Menschenrechten, Bd. 8), 2003,

es sich um einen Privatakt. Geht er davon aus, amtlich zu handeln, so stelle sein Verhalten einen staatlichen Akt dar. Nach anderer Ansicht muss danach abgegrenzt werden, ob die **Handlung (noch) in einem inneren und sinnvollen Zusammenhang mit den Aufgaben eines Staates** steht. Ob dem so ist, bestimme sich nach der Anschauung der Mehrheit der Staatengemeinschaft.<sup>36</sup>

Hier wurden laut Sachverhalt „Regimekritiker zum Wohle des Vaterlandes“ von Wotha gefoltert. Dies dient – zumindest subjektiv – der Erhaltung des Staates und seiner Regierung, etwa indem dadurch die Opposition geschwächt wurde. Damit stellt sich die Folter als ein Handeln dar, dass in einem inneren und sinnvollen<sup>37</sup> Zusammenhang mit den Aufgaben eines Staates steht. Außerdem wird aus der Formulierung aus dem SV deutlich, dass man davon ausgehen muss, dass Wotha die Folter in der Vorstellung begangen hat, damit den Staat zu schützen. In nicht-amtlicher Eigenschaft handelt ein Staatsoberhaupt nur dann, wenn der Akt, nichts mit dem Staat zu tun hat, z.B. das Misshandeln des Liebhabers seiner Frau.<sup>38</sup> Der Streit ist somit nicht zu entscheiden. Zudem setzt die UN-Antifolterkonvention in ihrer Folterdefinition (Art. 1 Abs. 1 CAT) ein amtliches Handeln voraus. Es wäre paradox, ein nicht-amtliches Handeln anzunehmen und dann aufgrund der Folterdefinition das Vorliegen von Folter ablehnen zu müssen. Ein amtliches Handeln liegt vor.

**Zwischenergebnis:** Dementsprechend scheint die strafrechtliche Verurteilung Wothas gegen den Grundsatz der Staatenimmunität zu verstoßen.

### **bbb) Einschränkung der Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen**

**Die eben erläuterten Grundsätze könnten aber aufgrund neuester Tendenzen** aufgehoben oder zumindest gelockert sein.<sup>39</sup> Viele Autoren sehen das Ende der (verschiedensten Formen der) Immunität gekommen, insbesondere dann, wenn die vorgeworfenen Handlungen schwerste Menschenrechtsverletzungen wie z.B. Folter darstellen. Dies betrifft insbesondere die straf- und zivilrechtliche Immunität ehemaliger Staatsorgane sowie die zivilrechtliche Immunität von Staaten. Die Zurückdrängung der Immunität amtierender Staatsorgane wird zwar auch diskutiert, kann aber wegen des Schadens, den dies in den zwischenstaatlichen Beziehungen anrichten würde,<sup>40</sup> nicht überzeugen.<sup>41</sup> Der wichtigste Meilenstein in dieser neueren Entwicklung bildet hinsichtlich der **Einschränkung der Immunität in Strafsachen** die House of Lords Entscheidung in der Rechtssache Augusto Pinochet aus dem Jahr 1999.<sup>42</sup> Hier ging es um die Immunität eines **ehemaligen** Staatsoberhauptes, der sich nach Ansicht der englischen Lord-Richter nicht auf die Immunität berufen durfte. Im Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Fall Kongo gegen Belgien<sup>43</sup> ging es hingegen um die Immunität eines **amtie-**

---

S. 28; Ulf Häußler, Der Fall Pinochet: Das Völkerrecht auf dem Weg zu einem effektiven internationalen Menschenrechtsschutz, in: MenschenRechtsMagazin 1999, S. 96-105, 101.

<sup>36</sup> Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht I/1, 2. Aufl. 1989, S. 255.

<sup>37</sup> Der Begriff „sinnvoll“ bezieht sich auf den Zusammenhang, nicht die Folter. Folter kann niemals „sinnvoll“ sein, weil sie nicht zielführend ist. Hier geht es aber darum, ob der Zusammenhang zwischen Handlung und Staat sinnvoll ist. Das wird man bejahen müssen.

<sup>38</sup> Vgl. aber Lord Hutton, Pinochet, Anm. 32, S. 889; vgl. Paulus, Gemeinschaft, Anm. 27, S. 276 f.

<sup>39</sup> Inzwischen beschäftigt sich auch die Völkerrechtskommission mit dem Thema „Immunity of State officials from foreign criminal Jurisdiction“ Der erste Bericht des Rapporteurs Roman Anatolevich Kolodkin, Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, wurde im Mai 2008 veröffentlicht, UN-Dok. A/CN.4/601, der letzte Bericht, der Second Report of the Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández, im Jahr 2013, UN-Dok A/CN.4/661.

<sup>40</sup> S. dazu die gleich folgende Anmerkung.

<sup>41</sup> Zumal eine strafrechtliche Verfolgung u.U. nach dem Ende ihrer Amtszeit möglich wird, so dass der Wegfall der Immunität nicht ganz so dringlich erscheint.

<sup>42</sup> House of Lords, Pinochet, Anm. 32.

<sup>43</sup> IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9.



**renden** Außenministers, die aufrecht erhalten wurde. Ebenso hielt der französische *cour de cassation* die Immunität des damaligen amtierenden libyschen Staatsoberhauptes, Muammar al Gadafi, aufrecht.<sup>44</sup>

Allen nun folgenden immunitätseinschränkenden Ansätzen gemein ist die Überzeugung, dass das Völkerrecht seit dem 2. Weltkrieg eine Wandlung durchgemacht hat, weg von einem staats- hin zu einem menschenzentrierten Denken.<sup>45</sup> Im Ergebnis wird zwar meist übereingekommen, dass ehemalige Staatsbedienstete sich nicht auf die Immunität *ratione materiae* berufen können, die dogmatische Begründung fällt aber schwer und ist umstritten.

Da die Verurteilung des Wotha sich sowohl auf Taten bezieht, die geschahen, als Bafanien die UN-Antifolterkonvention ratifiziert hat als auch auf Zeiten, in denen lediglich eine völkergewohnheitsrechtliche Bindung an das Folterverbot in Betracht kommt, ist zwischen Ausnahmen von der Immunität zu unterscheiden, die auf **Vertragsrecht** gründen und solchen, die auf **Völkergewohnheitsrecht, einseitigen Akten** oder dem **Vorrang des *ius cogens*** gründen. Als vertragsrechtliche Ausnahme kommen Normen der UN-Antifolterkonvention in Betracht (1). Als Ausnahmen, die auf dem *ius cogens* gründen, kommen die **Normative-Hierarchie-Theorie** (2) sowie die völkergewohnheitsrechtliche Bestrafungspflicht (3) in Betracht, als völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen die **Einschränkung der sachlichen Reichweite der Immunität** (4) sowie die gebietsbezogene Ausnahme (5) werden und als Ausnahme aufgrund einseitiger Akte der Verzicht (6), die Verwirkung (7) sowie der Estoppel-Grundsatz (8).

*Anmerkung:* Die hier vorgenommene Einordnung wird nicht erwartet. Allerdings muss Bearbeiter deutlich machen, dass zwischen **vertraglichen** und **anderen Einschränkungen zu unterscheiden** ist. Dass die Frage der Repressalie i.R.d. Rechtfertigung geprüft werden soll, geht aus dem Sachverhalt deutlich hervor.

Aufgrund der Vielzahl der möglichen Begründungsansätze kann nicht erwartet werden, dass alle bekannt sind. Für die Falllösung kommt es v.a. darauf an, dass die Bearbeiter ausführlich argumentieren. Wie genau das Problem von Immunität und Menschenrechten gelöst wird, ist höchst umstritten und Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher und gerichtlicher Auseinandersetzungen. Die nachfolgende intensive Auseinandersetzung mit der Materie kann nicht erwartet werden. Verlangt wird nur, dass die im **Sachverhalt angesprochenen Ausnahmen diskutiert werden** (vertragliche; Normative-Hierarchie-Theorie; Einschränkung der sachlichen Reichweite).

### (1) Strafverfolgungspflichten der UN-Antifolterkonvention

Die UN-Antifolterkonvention sieht anders als etwa das IStGH-Statut keine explizite Einschränkung der Immunität vor. Allerdings geht dies implizit aus der UN-Antifolterkonvention hervor: Die UN-Antifolterkonvention sieht in ihrem Artikel 4 vor: „Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass nach seinem Strafrecht alle Folterhandlungen als Straftaten gelten.“ Aufgrund der Pflicht, nach dem Weltrechtsprinzip Jurisdiktion zu begründen und der Voraussetzung, dass Folter immer Handeln in amtlicher Eigenschaft darstellt,<sup>46</sup> muss die Immunität *ratione materiae* für Folterhandlungen entfallen: Gälte anderes, würde die Pflicht, Folter zu be-

<sup>44</sup> Zu diesem Fall Salvatore Zappalà, Do heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation, in: 12 EJIL 2001, S. 595-612. Ebenso stellte ein belgisches Gericht fest, dass der damalige israelische Ministerpräsident Ariel Sharon als amtierender Ministerpräsident Immunität genieße, solange er im Amt sei, Marlise Simons, Sharon Faces Belgian Trial After Term Ends, in: The New York Times, 13. Februar 2003, S. A12.

<sup>45</sup> S. oben die Hinweise in Anm. 19.

<sup>46</sup> Darauf weist auch Lord Browne-Wilkinson, Pinochet, Anm. 32, S. 847 f. hin.

strafen, dann hinsichtlich der Folter durch fremde Staatsangehörige entgegen der Jurisdiktionsbegründungspflicht des Art. 5 Abs. 2 CAT immer leer laufen. Dies liegt daran, dass Folter Staatshandeln ist und damit in einem fremden Staat immer Immunität genießen müsste. Art. 5 Abs. 2 CAT würden ansonsten jegliche Wirkung verlieren. Eine Auslegung, die Normen *jegliche* Wirkung abspricht, ist jedoch unzulässig. Deshalb kann die Immunität in diesen Fällen nicht anwendbar sein, weil diese Kollision nur aufgelöst werden kann, wenn die Immunität *ratione materiae* in diesen Fällen zurücktritt.<sup>47</sup> Dies gilt für alle Staatsorgane, da die Immunität *ratione materiae* unmittelbar aus der Staatenimmunität fließt. Nach dieser Ansicht kann sich Wotha nicht auf die Immunität berufen und Eltri kann gegen ihn strafrechtlich vorgehen. Dies gilt aber nur die Fälle, die nach der Ratifikation der UN-Antifolterkonvention durch **beide** Staaten (2007) eingetreten sind, da erst zu diesem Zeitpunkt das wechselseitige Rechtsverhältnis zustande gekommen ist.<sup>48</sup> Außerdem kann sich Eltri nicht auf einen Vertrag berufen, den es nicht ratifiziert hat, was für die Zeit vor 2007 gilt.

Fraglich ist, inwieweit auch für die Fälle vor 2007 die Immunität eingeschränkt werden kann.

## (2) Normative-Hierarchie-Theorie

Es wird argumentiert, dass die Immunität *ratione materiae* aufgrund des *Ius-cogens*-Charakters des Folterverbots zurücktreten müsse. Dies wird sowohl im Pinochet-Fall<sup>49</sup>, als und dem Arrest-Warrant-Fall<sup>50</sup> sowie in der Literatur<sup>51</sup> vertreten (sog. „*normative hierarchy theory*“). Sie geht davon aus, dass durch die Anerkennung von *Ius cogens* eine Normenhierarchie im Völkerrecht entstanden sei und Normen mit *Ius-cogens*-Charakter sich gegen Normen ohne diesen Charakter durchsetzen.<sup>52</sup> Die Immunität als für den Staat abdingbares und verzichtbares Recht gehört nicht zum *Ius cogens*. Sofern es um die Verletzung von *Ius-cogens*-Rechten geht, muss nach dieser Theorie die Immunität sowohl in straf- als auch in zivilrechtlichen Verfahren zurücktreten.

Dem ist entgegenzusetzen, dass *Ius cogens* gemäß Art. 53 WVK zwar die Nichtigkeit von Verträgen, die zu ihm in Widerspruch stehen, bewirkt. Darüber hinaus ist aber höchst umstritten, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen *Ius cogens* hat.<sup>53</sup>

Außerdem ließe sich einwenden, dass ganz unabhängig von der Existenz einer Normenhierarchie es zu gar keiner Kollision zwischen Immunitätsregeln und Folterverbot komme.<sup>54</sup> Die

<sup>47</sup> A.A. Wuerth, Anm. 102, S. 763, die darauf hinweist, dass der Staat nicht verpflichtet sei, sich auf Immunität zu berufen und daher Fälle denkbar sind, in denen die Pflicht nach Art. 5 Abs. 2 CAT nicht leerliefe.

<sup>48</sup> Vgl. Belgien v. Senegal, Anm. 2, §§ 103 f., hier allerdings für die Einforderung der Strafverfolgungspflicht durch Belgien, das erst nach Senegal die UN-Antifolterkonvention ratifiziert hat

<sup>49</sup> Lord Millet, Pinochet, Anm. 32, S. 907 ff.

<sup>50</sup> Ausdrücklich IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9, Dissenting Opinion Judge Al-Khasawneh, Nr. 7, vorsichtiger IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9, Dissenting Opinion Judge ad hoc Van den Wyngaert, Nr. 28.

<sup>51</sup> S. nur Lee M. Caplan, State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A critique of the Normative Hierarchy Theory, in: AJIL 97 (2003), S. 741-781. Vgl. auch Lorna McGregor, Addressing the Relationship between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment, in: Wolfgang Kaleck/Michael Ratner/Tobias Singelstein/Peter Weiss (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes, 2007, S. 69-84.

<sup>52</sup> Vgl. Sigrud Zeichen/Johannes Hebenstreit, Sind Außenminister vor Strafverfolgung wegen völkerstrafrechtlicher Verbrechen immun?, in: AVR 41 (2003), S. 182-200, 197 ff.

<sup>53</sup> IGH, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide [Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia [Serbia and Montenegro]], ICJ Reports 1996, S. 595 ff., Dissenting Opinion Judge Kreca, Nr. 101, s. auch Markus Rau, After Pinochet: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case, in: 3 German Law Journal 2002, [www.germanlawjournal.com/print.php?id=160](http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=160), Nr. 14; Zimmermann, Anm. 105, S. 438; allg. Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 324 ff. Anthony d’Amato, It’s a Bird, it’s a Plane, it’s Ius Cogens, in: 6 Connecticut Journal of International Law 1991, S. 1-6.

Frage der Immunität sei eine verfahrensrechtliche Frage, die Frage des Verstoßes gegen das Folterverbot hingegen eine materiell-rechtliche.<sup>55</sup> Dies wurde auch vom IGH im Deutschland gegen Italien Fall 2012 entsprechend entschieden.<sup>56</sup> Obwohl dieser Fall ein zivilrechtliches Urteil zum Gegenstand hatte, gilt dies auch für strafrechtliche Urteile. Damit kollidieren beide nicht, so wie auch im nationalen Recht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit unterschieden werde und ein materiell-rechtlicher Anspruch bestehen könne, der aber gerichtlich nicht (mehr) durchsetzbar sei.

Die normative Hierarchietheorie kann nach heutigem Völkerrecht keinen Bestand haben. Zwar weiß diese Ansicht einerseits zu überzeugen, weil sie durch die Verhinderung der Immunität den *Effet utile* menschenrechtlicher Normen gewährleistet. *Ius-cogens*-Normen würden oft leer laufen, wenn sie sich nicht auch gegen staatliche Einzelakte durchsetzen würden. Gegen sie spricht, dass es schwerlich zu begreifen ist, dass *Ius cogens* sich gegen tragende Strukturprinzipien des Völkerrechts durchsetzen kann. Denn dann müsste auch die Immunität von amtierenden Staatsoberhäuptern zurückweichen, da deren Immunität verzichtbar und damit abdingbar ist.<sup>57</sup> Eine „Wertediktatur“, die dazu führt, dass jeder Staat unter Berufung auf Menschenrechte andere, amtierende Staatsoberhäupter verklagt, wird zu Spannungen und (bewaffneten) Konflikten führen, die den Zielen der Menschenrechte diametral entgegenlaufen.<sup>58</sup> Schließlich ist an die Rechtsfolge der Nichtigkeit noch nicht automatisch eine Höher-rangigkeit gekoppelt, wie sich an den §§ 134 und 138 BGB erkennen lässt.<sup>59</sup>

Damit kann sich Eltri nicht auf Grundlage der normativen Hierarchie-Theorie darauf berufen, dass die Immunität des Wotha zurückzutreten habe.

### (3) *Völkergewohnheitsrechtliche Strafverfolgungspflichten*

Die Argumentation hinsichtlich der UN-Antifolterkonvention (Kombination von Strafverfolgungspflichten, verpflichtendes Weltrechtsprinzip und Folter als amtliche Handlung) ließe sich möglicherweise auch aus dem Völkergewohnheitsrecht herleiten. So betont nicht nur die UN-Antifolterkonvention, dass Strafverfolgungspflichten bestehen, sondern auch MRA und EGMR. Der Menschenrechtsausschuss, das Jurisdiktionsorgan des UN-Zivilpaktes, hat festgestellt:

<sup>54</sup> Thomas Giegerich, Do Damages Claims Arising from *Jus Cogens* Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?, in: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006, S. 203-237, 224 f.; Caplan, Anm. 51, S. 771; Erika de Wet, The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law, in: 15 EJIL 2004, S. 97-121, 107; Christian J. Tams, Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens*, in: AVR 40 (2002), S. 331-349, 342; Zimmermann, Anm. 105, S. 438; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2002, S. 525 schreibt, dass Staatenimmunität “does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm, but merely diverts any breach of it to a different method of settlement.”

<sup>55</sup> EGMR, Al-Adsani, Anm. 97, Nr. 48; EGMR, Fogarty ./ Vereinigtes Königreich (37112/97), Urteil v. 21. November 2001, RJD 2001-XI, Nr. 26; EGMR, McElhinney ./ Irland (31253/96), Urteil v. 21. November 2001, RJD 2001-XI, Nr. 25 betonen alle den rein prozessualen Charakter der Immunität.

<sup>56</sup> IGH, Urteil v. 3 Februar 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, § 93.

<sup>57</sup> Tams, *Ius cogens*, Anm. 54, S. 345.

<sup>58</sup> S. die Kritik bei Eckart Klein, *Menschenrechte und Ius Cogens*, in: Jürgen Bröhmer/Roland Bieber/Christian Calliess (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 151-163, 155, der von einer Tendenz schreibt, „mit der – sich fast überschlagend – eine Völkerrechtsordnung künstlich kreierte wird, die als bloßes gedankliches Konstrukt ohne Boden unter den Pfeilern ist, die es doch fundieren soll.“ Vgl. auch dens., *Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy?*, in: 41 *Israel Law Review* 2008, S. 477-488.

<sup>59</sup> Klein, Anm. 58, S. 152.

*“The Committee nevertheless considers that the State Party has a duty [...] to criminally prosecute, try and punish those deemed responsible for [torture]. This duty applies a fortiori in cases in which the perpetrators of such violations have been identified.”<sup>60</sup>*

Im Einklang hiermit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass den Staat nicht nur eine Verpflichtung zur Durchführung einer effektiven Untersuchung treffe, sondern dass diese auch gegebenenfalls zu einer „Bestrafung“ führen müsse:

*“This investigation [...] should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. [...] If this were not the case, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity.”<sup>61</sup>*

Allerdings sind die beiden Staaten keine Vertragsstaaten der EMRK und des IPbPR. Da aber das Folterverbot Völkergewohnheitsrecht ist, lässt sich argumentieren, dass auch die daraus resultierenden Bestrafungspflichten Gewohnheitsrecht darstellen.<sup>62</sup> Die Rechtsprechung der MRA und des EGMR kann als Auslegungshilfe der völkergewohnheitsrechtlichen Normen herangezogen werden. Da die Bestrafungspflicht auf einer Zusammenschau des materiellen Rechts mit der Respect-and-ensure-Vorschrift und/oder dem Recht auf eine wirksame Beschwerde beruht und die Menschenrechte, die Respect-and-ensure-Vorschrift<sup>63</sup> und das Recht auf eine wirksame Beschwerde<sup>64</sup> völkergewohnheitsrechtlichen Charakter besitzen, muss auch die Bestrafungspflicht für schwere Menschenrechtsverletzungen Völkergewohnheitsrecht sein. Dies wird aber teilweise unter Hinweis auf die mangelnde Staatenpraxis bestritten.<sup>65</sup>

Sollte man von einer völkergewohnheitsrechtlichen Geltung der Bestrafungspflichten ausgehen (oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bejahen<sup>66</sup>), so folgt daraus nicht automatisch, die Immunität keinen Bestand mehr haben kann: Immunitätsregeln und Strafverfolgungspflichten sind grundsätzlich voneinander zu trennen, weshalb sich nicht argumentieren lässt, dass die Strafverfolgungspflicht die Immunität alleine aufhebt.<sup>67</sup> Deshalb bedarf es zusätzlich der völkergewohnheitsrechtlichen **Pflicht**, Jurisdiktion nach dem Weltrechtsprinzip zu be-

<sup>60</sup> MRA, Bautista de Arellana ./ Kolumbien (563/1993), Auffassung v. 27. Oktober 1995, UN-Dok. CCPR/C/OP/6, S. 103-109, Nr. 8.8; MRA, Arhuacos ./ Kolumbien (612/1995), Auffassung v. 29. Juli 1997, UN-Dok. CCPR/C/OP/6, S. 135-141, Nr. 8.8. In allen Fällen hatte der Menschenrechtsausschuss „particularly enforced disappearances and violations of the right to life“ genannt, aber nicht die Folter. Schon damals war aber die Folter mitumfasst, u.a. weil sie eine typische Folgeerscheinung im Fall von „enforced disappearances“ ist. Inzwischen hat der Menschenrechtsausschuss den „Insbesondere“-Hinweis weggelassen, Sundara Arachchige Lalith Rajapakse v. Sri Lanka (1250/2004), Auffassung v. 14. Juli 2006, UN-Dok. A/61/40, Vol. II (2006) Annex V, S. 357-368, Nr. 9.3.

<sup>61</sup> EGMR, Assenov u.a. ./ Bulgarien (90/1997/874/1086), Urteil v. 28. Oktober 1998, RJD 1998-VIII, Nr. 102.

<sup>62</sup> A.A. A. Seibert-Fohr, Prosecuting Serious Human Rights Violations, 2009, 229 ff.

<sup>63</sup> “The obligation to respect, ensure respect for and implement international human rights law and international humanitarian law [...] emanates from [inter alia] customary international law.“, UN-Dok. A/RES/60/147, Nr. 1 b).

<sup>64</sup> J.J. Paust, Harvard International Law Journal Online 51 (2010), 1 (9).

<sup>65</sup> K. Ambos, AVR 37 (1999), 318 (330), der aber einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bejaht; T. Schilling, ZÖR 54 (1999), 357 (383), der auch das Vorliegen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verneint (387), allerdings eine Strafpflicht aus überpositiven Rechtsgrundsätzen, basierend auf der materiellen Gerechtigkeit, bejaht (388f); K. Traisbach, MenschenRechtsMagazin 2000, 154 (157), spricht von einer „ungleichen Staatenpraxis“, die durch die Opinio iuris ausgeglichen werden könne. S. auch ausführlich A. Orakhelashvili, Peremptory Norms in International Law, 2006, 292 ff., insb. 301 f.; bzgl der Folter: E. de Wet, EJIL 15 (2004), 97 (107); C.J. Tams, AVR 40 (2002), 331 (348f).

<sup>66</sup> S. die Hinweise in Anm. 65.

<sup>67</sup> IGH, Arrest-Warrant, Anm. 9, Nr. 59.

gründen. Dies ist umstritten, aber mangels Staatenpraxis wohl abzulehnen (a.A. vertretbar, es muss aber klar zwischen dem Recht, nach dem Weltrechtsprinzip zu verurteilen und der entsprechenden Pflicht unterscheiden werden).

#### (4) Sachliche Reichweite der Immunität

Die Immunität Woahas könnte aufgehoben sein, wenn die sachliche Reichweite der Immunität völkergewohnheitsrechtlich eingeschränkt ist. So wird argumentiert, dass aufgrund der Bewegung, die spätestens seit dem Pinochet-Urteil in die Immunitätsfrage gekommen ist, die Immunitätsregeln durch die verschiedenen Gerichtsurteile im Umbruch seien. Dementsprechend wird geschlussfolgert, dass diese Regeln, die als Völkergewohnheitsrecht der Änderung durch veränderte Staatenpraxis unterliegen, in ihrer sachlichen Reichweite schwerste Menschenrechtsverletzungen nicht mehr umfassen.<sup>68</sup> Z.T. wird behauptet, dass aufgrund von strafrechtlichen Gerichtsurteilen, die die Immunität beachten, dies kaum zu bejahen sei.<sup>69</sup> Hier lässt sich z.B. das Verfahren gegen Donald Rumsfeld in Frankreich und Jiang Zemin in Deutschland nennen. In beiden Fällen fand die Immunität Beachtung, obwohl jedenfalls der Fall Rumsfeld dem Fall Pinochet gleicht.<sup>70</sup> Dementsprechend hat der ILC-Berichtersteller festgestellt „The Pinochet Case has not led to the establishment of homogenous court practice. In this respect it is difficult to talk of exceptions to immunity as having developed into a norm of customary international law.“<sup>71</sup> Dies ist allerdings auch innerhalb der ILC<sup>72</sup> und in der Literatur<sup>73</sup> kritisiert worden. Das schweizerische Bundesstrafgericht hat dagegen entschieden, dass der ehemalige algerische Verteidigungsminister Khaled Nezzar für Kriegsverbrechen nicht durch die Immunität *ratione materiae* geschützt ist.<sup>74</sup>

Außerdem bezieht sich diese Argumentation auf die Entwicklung der Staatenimmunität von einer absoluten zu einer restriktiven Immunität (Unterscheidung von *acta iuris gestiones* und *acta iure imperii*). Hier haben Äußerungen von Regierungen, etwa der sog. Tate-Brief, wesentliche Entwicklungsschübe geleistet,<sup>75</sup> die im Rahmen der strafrechtlichen Immunität lange nicht so eindeutig sind. Zudem ist die Interessenlage hier eine andere.<sup>76</sup> Dementsprechend hat der IGH für die **zivilrechtliche** Immunität auch eine solche Ausnahme nicht bejaht und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass für den Pinochet-Fall das Vertragsrecht, hier die UN-Antifolterkonvention, von besonderer Bedeutung gewesen sei: „[T]he rationale for the judgment in Pinochet was based upon the specific language of the 1984 United Nations Convention against Torture.“<sup>77</sup> Man wird also eine entsprechende Ausnahme wohl ablehnen müssen (a.A. vertretbar).

#### (5) Gebietsbezogene Ausnahme („foreign state exception“ / territorial tort principle)

Die Immunität Woahas könnte aufgehoben sein wenn sich eine sog. gebietsbezogene Ausnahme bejahen lässt. Danach soll die Immunität von Staaten und Staatsorganen für Schäden

<sup>68</sup> Vgl. Oliver Dörr, Staatliche Immunität auf dem Rückzug?, in: AVR 41 (2003), S. 201-219.

<sup>69</sup> Dörr, Anm. 68, S. 217 mN.; ausführlich Wuerth, Anm. 102, S. 747 ff.

<sup>70</sup> Heike Krieger, Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut, in: XY, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, i.E., Manuskriptseite 4 (bei Fn. 30-32).

<sup>71</sup> ILC, Roman Anatolevich Kolodkin, Second Report, A/CN.4/631, § 90, S. 56; ähnlich skeptisch Wuerth, Anm. 102, S. 732.

<sup>72</sup> Dugard, Quelle aus Krieger (Fn. 34)

<sup>73</sup> Kress, Quelle aus Krieger (Fn. 35)

<sup>74</sup> Bundestrafgericht Nr. 5.5. (Fn. 36)

<sup>75</sup> Wuerth, Anm. 102, S. 766.

<sup>76</sup> Krieger, Anm. 70, MS 6 f.

<sup>77</sup> § 87.

auf dem Gebiet des Gerichtsstaates ausgeschlossen sein.<sup>78</sup> Dies ist hier aber nicht der Fall. Auch hierauf kann sich Eltri daher nicht berufen.

#### **(6) Verzicht**

Die Immunität Woahas könnte aufgrund eines Verzichts durch Bafanien aufgehoben sein. So wird vertreten, dass eine weitere denkbare Möglichkeit, die Staatenimmunität zu durchbrechen, ein impliziter Verzicht auf die Immunität in Fällen schwerster Menschenrechtsverletzungen sei.<sup>79</sup> Ein Verzicht muss nach der Wiener Diplomatenrechtskonvention aber immer ausdrücklich erfolgen.<sup>80</sup> Ein solcher Verzicht ist hier nicht ersichtlich und kann auch nicht für die Zeit ab 2007 in der Ratifikation der UN-Antifolterkonvention gesehen werden. Da die Konvention zu dieser Frage jedenfalls keine ausdrückliche Stellung bezieht, zeigt die Ratifikation gerade, dass nicht verzichtet wurde. Außerdem dient die Immunität *ratione personae* immer dem Schutz im Falle von Straftaten. Es ist kaum davon auszugehen, dass für die schwersten Straftaten implizit auf diesen Schutz, der dann am wichtigsten für den mutmaßlichen Täter ist, verzichtet wurde. Die Immunität Woahas gilt damit weiterhin.

#### **(7) Verwirkung**

Die Immunität Woahas könnte aufgrund des Rechtsinstituts der Verwirkung aufgehoben sein.<sup>81</sup> Allerdings sind weder die Existenz noch der genaue Inhalt des Rechtsinstituts der Verwirkung gesichert. Man wird dennoch davon auszugehen haben, dass ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz zumindest grundsätzlich besteht.<sup>82</sup> Inhaltlich geht es um den Fall, dass ein flagrant rechtswidriges Tun eine Begrenzung des Status zur Folge hat,<sup>83</sup> dass also aufgrund einer groben Pflichtwidrigkeit, das Recht, auf das sich der Betroffene beruft, zwar weiterhin besteht, er es aber nicht mehr geltend machen kann. Auch hier würde allerdings allein aufgrund der Menschenrechtsverletzung unmittelbar die Verwirkung des Immunitätsschutzes folgen.<sup>84</sup> Dies ist aus den zum Verzicht genannten Gründen nicht überzeugend. Die Immunität Woahas gilt damit weiterhin.

#### **(8) Estoppel**

Die Immunität Woahas könnte aufgehoben sein, wenn aufgrund des Estoppel-Prinzips die Immunität keine Anwendung findet. Dieses besagt, dass sich niemand entgegen einem Vertrauenstatbestand verhalten darf, den er selbst gesetzt hat und auf den der andere nach Treu

<sup>78</sup> Vgl. Dörr, Anm. 68, S. 207 ff. S. auch BGHZ 155, 279 – Distomo, Rn. 16 (2 b); US Code, Section 1605 (a) (5). EGMR, McElhinney, Anm. 55, Nr. 38. Nach dem IGH, Italien v. Deutschland, Anm. 56, § 77, fallen Taten, die innerhalb eines bewaffneten Konflikts begangen werden, nicht unter diese Ausnahme.

<sup>79</sup> Vgl. dazu Giegerich, Immunity, Anm. 54, S. 230 f.; s. auch Reimann, Anm. 98, S. 409, 417

<sup>80</sup> Art. 32 Abs. 2 Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18. April 1961, in Kraft getreten am 24. April 1964, 500 UNTS 95, 223, 241; BGBl. 1964 II S. 957, 1006, 1008; von 184 Staaten ratifiziert, BGBl. 2009 II, Fundstellennachweis B, S 505 ff. Dies gilt auch für Immunitäten, die nicht auf der WDK sondern auf Völkergewohnheitsrecht beruhen.

<sup>81</sup> Vgl. Giegerich, Anm. 54, S. 225, Wolfram Cremer, Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit, in: AVR 41 (2003), S. 137-168, 155 ff.

<sup>82</sup> So Juliane Kokott, Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen, in: Ulrich Beyerlin/Michael Bothe/Rainer Hofmann/Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt, 1995, S. 135-151, 141. Vgl. Art. 60 WVK, der einen solchen Fall normiert.

<sup>83</sup> Kokott, Verwirkung, Anm. 82, S. 138.

<sup>84</sup> S. auch die Kritik von Jürgen Bröhmer, State Immunity and the Violation of Human Rights, 1997, S. 194.



und Glauben vertrauen durfte (sog. *venire contra factum proprium*).<sup>85</sup> Es lässt sich argumentieren, dass durch die Ratifikation der UN-Antifolterkonvention ein solcher Vertrauenstatbestand geschaffen worden sein könnte, so dass ein Staat überhaupt sich nicht auf die Staatenimmunität berufen kann.<sup>86</sup> Dieser Ansicht lässt sich entgegenhalten, dass das Estoppel-Prinzip den gleichen Rang wie die Immunitätsregeln einnimmt und zudem – entsprechend der Argumentation zum Verzicht – der ratifizierende Staat kein Vertrauen in Bezug auf seine Immunität erwecken wollte. Folgt man dieser Kritik, kann sich Eltri auch durch dieses Argument nicht darauf berufen, dass die Immunität Wothis nicht mehr gilt.

### (9) Zwischenergebnis

Damit lässt sich eine **vertragsrechtliche** Ausnahme der Immunität bejahen. Eine nicht-vertragsrechtliche Ausnahme ist nur mit weitauf höherem Aufwand und geringerer Sicherheit zu bejahen. Damit lässt sich für die Zeit vor 2007 sowohl ein Ausschluss der Immunität wie auch ihre Ablehnung vertreten.

### 3. Rechtfertigung

Sollte man einen Verstoß gegen den Immunitätsgrundsatz für die Zeit bejahen, in der Bafanien noch nicht Vertragsstaat der UN-Antifolterkonvention war, so lässt sich an eine Rechtfertigung denken. In Betracht kommt hier das Rechtsinstitut der Repressalie (Art. 22, 49 ARS).<sup>87</sup> Fraglich ist aber schon, ob die Maßnahme darauf gerichtet ist, Bafanien dazu zu bringen, künftig seine internationalen Verpflichtungen einzuhalten (Art. 49 Nr. 1 ARS). Laut Sachverhalt wird in Bafanien nicht mehr gefoltert. Allerdings gibt es keine Hinweise im Sachverhalt, dass Bafanien seinen Strafverfolgungspflichten (Art. 4 CAT) und Wiedergutmachungspflichten (Art. 14 CAT) nachkommt. Deshalb kommt eine Repressalie wohl grundsätzlich in Betracht.

Allerdings ist im Sachverhalt nicht davon die Rede, dass die Voraussetzungen des Art. 52 ARS erfüllt wurden: so fehlt eine Aufforderung Eltris an Bafanien, selbst die strafgerichtliche Aufarbeitung zu übernehmen. Alleine schon deshalb ist eine Repressalie unstatthaft.

Vor allem ist aber fraglich, ob eine Repressalie auch dann zulässig ist, wenn ein Staat nicht unmittelbar verletzt ist (Fall des Art. 42 ARS, hier nicht einschlägig), sondern er nur als „Dritter“ verletzt ist (Fall des Art. 48 ARS), wie es bei Verletzungen von Menschenrechten immer der Fall ist, da diese grundsätzlich *erga omnes* wirken.<sup>88</sup>

*Anmerkung:* Die Drittstaatenrepressalie ist höchst umstritten und die ARS lassen diese Frage offen. Dies sollte erkannt werden, darüberhinausgehende Ausführungen sind nur von den besten Bearbeitern zu erwarten.

<sup>85</sup> S. ausführlich Thomas Cottier/Jörg Paul Müller, Estoppel, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition (www.mpepil.com), 2009, Stand: April 2007.

<sup>86</sup> In diesem Sinne Brinkmeier, Pinochet, Anm. 35, S. 32.

<sup>87</sup> Giegerich, Anm. 54, S. 232 ff.

<sup>88</sup> S. IGH, *Belgien v. Spanien (Barcelona-Traction)*, Urteil v. 5. Februar 1970, ICJ Rep. 1970, S. 3, Nr. 33; Bassiouni, Cherif, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, in: *59 Law and Contemporary Problems* 1996, S. 63-74; Frowein, Jochen Abr., *Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung*, in: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl Geck/Günther Jaenicke/Helmut Steinberger (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, S. 241-262; Ragazzi, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga omnes*, 1997.

Es ist umstritten, ob auch die Drittstaatenrepressalie zulässig ist.<sup>89</sup> Die Völkerrechtskommission unterscheidet in den ARS streng zwischen „verletzten Staaten“ und „anderen Staaten als den verletzten Staaten“. Zwar dürfen Letztere gemäß Art. 48 Abs. 1 lit. b) ARS die Verantwortlichkeit eines Staates, der eine *Erga-omnes*-Norm verletzt, geltend machen. Es fehlt aber eine eindeutige Regelung, die auch Repressalien zulässt. Die letzte Norm im Kapitel „Gegenmaßnahmen“, Art. 54 ARS, besagt, dass „rechtmäßige Maßnahmen“ zugelassen sind. Damit ist nach dem ILC-Kommentar nicht gemeint, dass Drittstaatenrepressalien unzulässig sind, sondern dass

“the current state of international law on countermeasures taken in the general or collective interest is uncertain. State practice is sparse and involves a limited number of States.”<sup>90</sup>

Die Staatenpraxis wird teilweise dahingehend interpretiert, dass Drittstaatenrepressalien zulässig seien.<sup>91</sup> Auch die Natur der *Erga-omnes*-Normen spricht für die Zulässigkeit der Drittstaatenrepressalie. Unstrittig folgt aus den *Erga-omnes*-Normen die Pflicht gegenüber allen anderen Staaten, die entsprechende Norm einzuhalten. Die Konsequenz einer Pflicht ist nicht notwendigerweise, dass sie jeder einklagen kann – so existieren im nationalen Recht Normen, die nur objektiv-rechtlichen Charakter besitzen –, aber doch, dass zumindest jemand die Einhaltung der Pflicht bewirken kann. Im innerstaatlichen Recht sind das die Gerichte, im Völkerrecht mangels zentraler Durchsetzungsinstanz kommen allein die Staaten in Betracht. Würde man ihnen dies nicht zugestehen, so würden „die wichtigsten Völkerrechtsnormen schutzlos“ gestellt werden: bei Menschenrechtsverletzungen gibt es keinen unmittelbar verletzten Staat.<sup>92</sup> Inzwischen hat der IGH zumindest die Klagebefugnis für dritte Staaten bejaht, sich aber zum davon zu unterscheidenden Repressalienrecht nicht geäußert.<sup>93</sup>

Gegen ein Repressalienrecht könnte allerdings sprechen, dass zumindest die Immunität von Diplomaten nach Art. 50 Abs. 2 lit. b) ARS aufgrund des Charakters des Diplomaten-schutzrechts als *Self-contained-Regime*<sup>94</sup> repressalienfest ist. Dies gilt aber nur für die Fälle

<sup>89</sup> Vgl. ausführlich Christian J. Tams, *Enforcing obligations erga omnes in international law*, 2005, S. 198 ff.; Sabine von Schorlemer, *Verfahrensrechtliche Aspekte bei Ansprüchen aus Verletzungen von Erga-omnes-Normen*, in: Eckart Klein (Hrsg.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, 2003, S. 238-291.

<sup>90</sup> Völkerrechtskommission, *Kommentar zu den Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN-Dok. A/56/10, S. 43-365, Art. 54, Nr. 6. Die Völkerrechtskommission spricht ausdrücklich von „savings clause“

<sup>91</sup> Jochen Abr. Frowein, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, in: RdC Vol. 248 (1994-IV), S. 345-437, 422.

<sup>92</sup> Eckart Klein, *Gegenmaßnahmen*, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.), *Gegenmaßnahmen, Referate und Thesen der 25. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Zürich vom 19. bis 22. März 1997*, Bd. 37, 1998, S. 39-72, 51. Im Ergebnis ebenso Christian Hillgruber, *The Right of Third States to Take Countermeasures*, in: Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (Hrsg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006, S. 265-294, 277; Tams, *Enforcing*, Anm. 89, S. 250; Kokott, *Ordre public*, Anm. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, S. 87; Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, in: RdC Vol. 250 (1994-VI), S. 217-384, 296 f. S. auch Institut de Droit International, *Resolution On Obligations Erga Omnes in International Law*, angenommen in Krakau 2005, nach der “a breach of the obligation enables all States to take action.” (Art. 1a), [www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_01_en.pdf). S. auch Jochen Abr. Frowein, *Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung*, in: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl Geck/Günther Jaenicke/Helmut Steinberger (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, S. 241-262, 258 f., der nur dann die Zulässigkeit von Gegenmaßnahmen bejaht, wenn die Menschenrechtsverletzung „ein hohes Maß an Eindeutigkeit erreicht.“ Zweifelnd von Schorlemer, Anm. 89, S. 277 ff.

<sup>93</sup> IGH, *Belgien v. Senegal*, Anm. 2, § 70.

<sup>94</sup> IGH, *Urteil v. 24. Mai 1980, Vereinigte Staaten ./ Iran (Teheraner Geiselfall)*, ICJ Rep. 1980, S. 3; Eckart Klein, *Self-contained-Regime*, Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition (www.mpepil.com), 2009, Stand: November 2006.



der Immunität *ratione personae*. Für die Immunität *ratione materiae* – die von der Diplomatenschutzkonvention nicht geregelt wird und die eben nicht die funktionelle Immunität schützt – gilt das hingegen nicht. Damit kann der Gedanke des *Self-contained-Regime* keine Anwendung finden, die Immunität *ratione materiae* ist nicht repressalienfest.

Da es hier um die Immunität Wothas *ratione materiae* geht, kann sich auf das Recht der Repressalie der Ausschluss der Immunität des Wotha begründen (a.A. gut vertretbar).

**Ergebnis:** Wie dargelegt wurde, gibt es viele verschiedene Lösungsansätze, um Menschenrechtsverletzer trotz einer eventuellen Immunität vor nationale Gerichte zu bringen. Diese betreffen z.T. Ausnahmen von der Immunität, z.T. die Rechtsfertigungsebene. Die Suche nach einer in sich stimmigen rechtlichen Begründung des in der Sache doch weitgehend konsentierten Ergebnisses kann nicht als abgeschlossen bezeichnet werden. Jedenfalls für die Folterfälle, die in der Zeit geschahen, als beide Staaten durch die UN-Antifolterkonvention gebunden waren, ist die Immunität abzulehnen.

#### 4. Rechtsfolge

Die Klage Bafaniens vor dem IGH gegen die strafrechtliche Verurteilung des ehemaligen Staatspräsidenten ist damit zwar zulässig, aber unbegründet (a.A. vertretbar für die Verurteilung von Verstößen gegen das völkergewohnheitsrechtliche Folterverbot).

*Anmerkung:* Sollte der Bearbeiter zu dem Ergebnis kommen, dass die Immunität für die Zeit vor dem Inkrafttreten noch besteht, so muss noch auf Art. 30 ARS eingegangen werden. Aus dieser Norm folgt, dass weitere Klagen aufgrund von Foltertaten vor der Zeit der Ratifikation der CAT abgewiesen werden müssen. Außerdem ließe sich aus Art. 34 ARS i.V.m. Art. 35 ARS ableiten, dass die Taten vor der Ratifikation der CAT für die Strafzumessung des Wotha nicht herangezogen werden durften und insoweit eine Reduktion der Strafe in betracht kommt. Eine Freilassung kommt hingegen nicht in Betracht, da die Immunität seit 2007 nicht mehr gilt. Alternativ kommt die Pflicht zur Entschuldigung aus Art. 34 ARS i.V.m. Art. 37 ARS in Betracht.

## II. Zivilrechtliche Verurteilung Bafaniens

### 1. Rechts- und Handlungsfähigkeit

Sowohl Bafanien wie auch Eltri sind Staaten und damit rechts- und handlungsfähig.

### 2. Zurechenbarer Normverstoß

Nach Art. 4 ARS ist einem Staat jedes Handeln seiner Organe zurechenbar.

Fraglich ist hingegen, ob ein Verstoß gegen Völkerrecht vorliegt. Die zivilrechtliche Verurteilung könnte sowohl gegen das Interventionsverbot (a.) als auch gegen den Grundsatz der Immunität (b.) verstoßen haben.

*Anmerkung:* Grundsätzlich spielen hier dieselben Probleme wie im Rahmen strafrechtlicher Immunität eine Rolle. In Bezug auf die Jurisdiktion verringert sich aufgrund der Lotusformel aber der Argumentationsaufwand. In Bezug auf die Immunität lassen sich grundsätzlich dieselben Argumente vorbringen, auch wenn es im Einzelfall zu kleinen Abweichungen in der Begründung, v.a. durch Bezugnahme auf spezielle Gerichtsurteile, kommen kann. Allerdings muss zumindest kurz die zivilrechtliche Immunität dargelegt werden, da diese sich von der strafrechtlichen in Grundzügen unterscheidet.

#### a) Interventionsverbot

Eltri hat möglicherweise gegen das Nichteinmischungsverbot verstoßen. In Hinblick auf die Lotusformel (s.o.) bedarf es hier lediglich der Abwesenheit eines Verbotstatbestandes. Als potentieller Verbotstatbestand kommt lediglich das Nichteinmischungsprinzip in Betracht. Da aber Menschenrechte und Verstöße hiergegen nicht mehr als innere Angelegenheiten gelten (s.o.), ist das Weltrechtsprinzip in zivilrechtlichen Streitigkeiten völkerrechtlich zulässig.<sup>95</sup> Damit konnte Eltri aufgrund der Menschenrechtsverstöße ein zivilrechtliches Verfahren durchführen.

*Anmerkung:* Da oben die Bezugnahme auf die Lotus-Formel nicht verlangt wurde, kann dies auch hier nicht erwartet werden. Allerdings muss als Unterschied erkannt werden, dass die UN-Antifolterkonvention keine universelle Jurisdiktion für zivilrechtliche Streitigkeiten verlangt: Auf die vertraglich vorgesehenen Wiedergutmachungspflichten aus Art. 14 CAT und Art. 9 IACCPT kann nicht abgestellt werden, da diese lediglich verlangen, dass der Staat *eigene* Handlungen wiedergutmacht.

## b) Immunität

Möglicherweise könnte durch das zivilrechtliche Verfahren aber ein Verstoß gegen das Prinzip der Staatenimmunität vorliegen. Zwar bringt Eltri vor, dass die strafrechtliche Immunität sich von der zivilrechtlichen nicht unterscheidet, dies ist aber nicht ganz richtig.

Zunächst ist anerkannt, dass neben Staatsbediensteten auch die Staaten selbst immun sind. Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts ging man sogar von einer absoluten Souveränität des Herrschers und des Staates aus. Da immer mehr Staaten Handel trieben, entwickelte sich die Unterscheidung zwischen den *acta iure imperii* (Hoheitsakte) und den *acta iure gestiones* (privatrechtliches Handeln).<sup>96</sup> Dahinter stand der Gedanke, dass dem sich wie ein Privater gerierende Staat nicht mehr die staatlichen Vorrechte – jedenfalls in diesem Bereich – zugute kommen sollen. Die vormals absolute Immunität besteht dementsprechend nicht mehr, man spricht von einer sog. **restriktiven Immunität**. Diese Unterscheidung bezieht sich aber auf wirtschaftliches Handeln.

Höchst strittig war lange Zeit, ob die zivilrechtliche Immunität der Staaten auch im Falle schwerster Menschenrechtsverletzungen eingeschränkt sei. So gab es zahlreiche Entscheidungen, die die **zivilrechtliche** Immunität der Staaten betrafen, etwa die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Al-Adsani<sup>97</sup> und die nationalen Entscheidungen in den Sachen *Princz*,<sup>98</sup> *Siderman de Blake*,<sup>99</sup> *Amerada Hess*<sup>100</sup> und *Distomo*.<sup>101</sup> Hier

<sup>95</sup> Dörr, Anm. 68, S. 216; Chris Ingelse, *The UN Committee against Torture*, 2001, S. 362. Ein Beispiel für das zivilrechtliche eingeschränkte Weltrechtsprinzip ist der US-amerikanische Alien Tort Claims Act. 28 US Code, Section 1350: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."

<sup>96</sup> Kay Hailbronner, *Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekt* in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, S. 157-264, Rn. 90.

<sup>97</sup> EGMR, *Al-Adsani* ./ Vereinigtes Königreich (35763/97), Urteil v. 21. November 2001, RJD 2001-XI.

<sup>98</sup> US-District Court for the District of Columbia, *Princz* ./ Deutschland, 813 F.Supp. 22, 26 (D.D.C.1992); aufgehoben durch United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Princz* ./ Deutschland, Urteil v. 1. April 1994, 26 F.3d 1166, s. dazu Joseph G. Bergen, *Princz v. the Federal Republic of Germany: Why the Courts Should Find That Violating Jus Cogens Norms Constitutes an Implied Waiver of Sovereign Immunity*, in: 14 Connecticut Journal of International Law 1999, S. 169-201; Mathias Reimann, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*, in: 16 Michigan Journal of International Law 1995, S. 403-432.

<sup>99</sup> US-Court of Appeals, Ninth Circuit, *Siderman de Blake* ./ Argentinien, Urteil v. 22. Mai 1992, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992).

<sup>100</sup> US-District Court for the Southern District of New York, *Amerada Hess Shipping Cooperation*, 638 Fed. Supp. 73 (S.D.N.Y. 1986).

ist festzuhalten, dass die Gerichte zwar in erster Instanz vielfach die zivilrechtliche Immunität nicht anerkannt haben, die Berufungs- und Revisionsgerichte allerdings zu gegenteiligen Entscheidungen gekommen sind.<sup>102</sup> Auch der EGMR hat in *Al-Adsani* die Staatenimmunität aufrechterhalten, wenngleich in einer sehr knappen Entscheidung.<sup>103</sup>

Grundsätzlich lassen sich alle oben angeführten Argumente spiegelbildlich auf die zivilrechtliche Immunität übertragen. **Dies gilt allerdings nicht für den Ausschluss der Immunität aufgrund von Strafverfolgungspflichten.** Es gibt zwar ein Recht, aber keine staatliche Pflicht, den Gerichtsweg gegenüber ausländischen Staaten oder Privaten zu eröffnen. Ohne diese Pflicht kann aber keine Kollision mit dem Immunitätsgrundsatz bestehen, die zwingend zu Lasten des Letzteren aufgelöst werden müsste.

Auch im Ergebnis besteht ein großer Unterschied. Während vielfach, wenngleich auf ungesicherter dogmatischer Basis, im Falle strafrechtlicher Verfolgung eine Ausnahme oder eine Rechtfertigung angenommen wird, kann dies für die zivilrechtliche Immunität nicht gelten: Man wird eine Einschränkung der Immunität seit dem Urteil des IGH im Fall *Deutschland gegen Italien* nicht mehr annehmen können.<sup>104</sup> Hier hat der IGH eindeutig entschieden, dass die zivilrechtliche Immunität der Staaten im Fall von Menschenrechtsverletzungen weiterhin absolut gelte.

Diese Entscheidung überzeugt: Die zivilrechtliche Immunität von Staaten spielt eine zentrale Rolle im Völkerrecht, sie lässt sich als eines seiner tragenden Strukturprinzipien bezeichnen. Sie dient der Aufrechterhaltung des kommunikativen Verkehrs und der Kooperation zwischen den Staaten. Dies ist deshalb wichtig, da die Verhinderung von Kriegen und die Erhaltung des Friedens zu den vorrangigsten Zielen des Völkerrechts gehören. Unabdingbare Voraussetzung dafür ist, dass Staaten miteinander kommunizieren und kooperieren können, ohne dass die handelnden Personen fürchten müssen, festgesetzt und vor Gericht gestellt zu werden oder ein Staat sich sorgen muss, dass z.B. Botschaftsgebäude oder das Präsidentendienstflugzeug beschlagnahmt werden.<sup>105</sup>

### 3. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung über eine Repressalie kommt wohl aufgrund des deutlichen Urteils des IGH, der die Repressalie nicht einmal diskutiert hat, nicht in Betracht.

### 4. Rechtsfolge

Die Klage *Bafaniens* vor dem IGH gegen die zivilrechtliche Verurteilung ist damit zulässig und begründet. Aus Art. 30 ARS folgt, dass weitere Klagen abgewiesen werden müssen. Ein

---

<sup>101</sup> Areopag, Präfektur Voiotia ./.. Deutschland, Urteil v. 4. Mai 2000, Fall Nr 11/2000. S. dazu Sabine Pittrof, *Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case*, in: 5 *German Law Journal* 2004, [www.germanlawjournal.com/article.php?id=359](http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=359), S. 15-21; Stephan Hobe, *Durchbrechung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen – NS-Delikte vor dem Areopag*, in: *IPRax* 2001, S. 368-372; Bernhard Kempen, *Der Fall Distomo: griechische Reparationsforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland*, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, 2002, S. 179-195; Rudolf Dolzer, *Der Areopag im Abseits*, in: *NJW* 2001, S. 3525.

<sup>102</sup> S. auch die Fälle bei Ingrid Wuerth, *Pinochet's Legacy Reassessed*, *AJIL* 2012, 731-768, S. 747 ff.

<sup>103</sup> Die unterlegenen Richter beriefen sich hier auf die normative Hierarchie-Theorie, EGMR, *Al-Adsani*, Anm. 97, *Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić*, Rn. 1.

<sup>104</sup> *Italien v. Deutschland*, Anm. 56.

<sup>105</sup> Vgl. Andreas Zimmermann, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks*, in: 16 *Michigan Journal of International Law* 1995, S. 433-440, 440.

Schaden ist nicht eingetreten, es kommt aber die Pflicht zur Entschuldigung aus Art. 34 ARS i.V.m. Art. 37 ARS in Betracht.

**C. Endergebnis für Teil 1 und Teil 2:**

Die Klage vor dem IGH gegen die strafrechtliche Verurteilung des Wotha wird keinen Erfolg haben (a.A. vertretbar), der Antrag gegen die zivilrechtliche Verurteilungen hingegen schon (a.A. kaum vertretbar).