

Gute Nachbarschaft um jeden Preis?

Einige Anmerkungen zur Anbindung der USA an das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs

*Carsten Stahn**

- I. Einleitung
- II. Die Initiativen der USA zum Schutz ihrer Bürger vor der Strafverfolgung durch den IStGH
 1. Das amerikanische Verhandlungsziel in Rom
 2. Der American Servicemembers' Protection Act
 3. Rule 195
- III. Zur Berechtigung der amerikanischen Kritik am Statut von Rom
 1. Das Rom-Statut – ein Vertrag mit unzulässiger Drittwirkung?
 - a. Drittwirkung der Regelung über die Gerichtsbarkeit des IStGH
 - b. Drittwirkung der Vorschriften über die Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof
 2. Das Rom-Statut – ein Vertrag, der Staatsangehörige von Nicht-Vertragsstaaten unzureichend vor einer Strafverfolgung durch den Gerichtshof schützt?
 - a. Der Grundsatz der Komplementarität
 - b. Der Abschluß von Truppenstationierungs-Abkommen im Sinne von Art. 98 Abs. 2
 - c. Die Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände
 - d. Die Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten und das Handeln auf Befehl
 - e. Ergebnis
- IV. Grenzen bei der Umgestaltung des Statuts
 1. Die Rechtmäßigkeit der Rule 195
 2. Rechtliche Schranken für die Ausgestaltung des Sonderabkommens mit den Vereinten Nationen
- V. Schlußbemerkung

I. Einleitung

Im Zuge der Verhandlungen über die Verfahrens- und Beweisordnung¹ des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) und die Verbrechenselemente² zum Statut von Rom³ ist ein alter Streit neu entbrannt: Die Frage der zukünftigen Anbindung der USA an das römische Statut. Eines ist klar. Aufgrund des amerikanischen Veto-rechts im Sicherheitsrat und der zentralen Bedeutung amerikanischer Truppen für

* LL.M. (Köln-Paris), Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut. Mein Dank gilt Herrn Privatdozent Dr. A. Zimmermann für wertvolle Hinweise. Das Manuskript berücksichtigt den Stand der Verhandlungen bis Ende September 2000.

¹ Vgl. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, UN-Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1 vom 12.7.2000, im Internet abrufbar unter: <http://www.un.org/law/icc>.

² Vgl. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Finalized draft text of the Elements of Crimes, UN-Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2 vom 6.7.2000, im Internet abrufbar unter: <http://www.un.org/law/icc>.

³ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, UN-Doc. A/CONF.183/9, amtliche deutsche Übersetzung in: C. Rosbaud/O. Triffterer (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, 2000. Die Dokumente zu den bisherigen PrepCom-Sitzungen nach der Rom-Konferenz sind im Internet abrufbar unter: <http://www.un.org>.

das UN-Peace-Keeping bzw. Peace-Enforcement, besteht ein gewichtiges Interesse daran, die Vereinigten Staaten vor Inkrafttreten des Statuts⁴ doch noch für den Internationalen Strafgerichtshof zu gewinnen; sei es, daß man sie zur Unterzeichnung und vielleicht sogar Ratifikation des Statuts bewegt – was höchst unwahrscheinlich ist – oder daß man, wie es die amerikanische Außenministerin M. Albright ausdrückt, den Boden für ein Klima "freundlicher Nachbarschaft" bereitet.

Bislang besitzt der Gerichtshof nach Art. 12 des Statuts nur in drei Situationen die Zuständigkeit dafür, Verbrechen von Straftätern aus Staaten zu ahnden, die das Statut nicht ratifiziert haben. Der erste, eher hypothetische Fall ist der, daß der Heimatstaat des Täters (Täterstaat) die Gerichtsbarkeit des IStGH *ad-hoc* in Bezug auf die fraglichen Verbrechen anerkennt (Art. 12 Abs. 3⁵). Eine zweite Möglichkeit ergibt sich, wenn das Verbrechen auf dem Territorium eines Vertragsstaates begangen wird. Dies könnte etwas häufiger vorkommen, insbesondere dann, wenn zwischen den Streitparteien ein internationaler Konflikt ausbricht und mindestens einer der Kontrahenten Vertragspartei des Statuts ist. In diesem Fall reicht gemäß Art. 12 Abs. 2 *lit. a* der territoriale Bezug der Tat, um die Strafhoheit des Gerichtshofs zu begründen. Ansonsten, d.h. vorwiegend in Bürgerkriegssituationen oder bei Konflikten zwischen Nicht-Vertragsparteien, kann der Gerichtshof gegen den Willen dieser Staaten nur auf der Grundlage eines Überweisungsbeschlusses des Sicherheitsrats nach Kap. VII der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) tätig werden (Art. 13 *lit. b*). Und in dieser, sehr praxisrelevanten Konstellation ist die Unterstützung der USA erforderlich, die durch Gebrauch ihres Vetorechts die Annahme eines entsprechenden Beschlusses im Sicherheitsrat verhindern können.

Eine ebenso wichtige Funktion hat das Stimmrecht der USA im Sicherheitsrat für den Bereich der internationalen Zusammenarbeit und Rechtshilfe im Rahmen des Statuts. Drittstaaten sind nur bei der Überweisung einer Situation durch den UN-Sicherheitsrat zu einer Kooperation mit dem IStGH verpflichtet. Ferner ist der Sicherheitsrat das einzige Organ, das verbindliche Maßnahmen gegen Staaten erlassen kann, die bei der Überstellung von Beschuldigten nicht mit dem Gerichtshof kooperieren.⁶

⁴ Das Statut tritt gem. Art. 126 nach der 60. Ratifikation in Kraft. Derzeit liegen 21 der 60 notwendigen Ratifikationen vor. 113 Staaten haben das Statut unterzeichnet (Stand: 22.9.2000). Vgl. zum offiziellen Stand: <http://www.un.org/law/icc>.

⁵ Artikel ohne nähere Angaben sind solche des Statuts.

⁶ Wenn die Angelegenheit dem Gerichtshof nicht durch den Sicherheitsrat unterbreitet wird, ist nach Art. 87 Abs. 5 zwar an sich die Versammlung der Vertragsstaaten zur Überwachung der Kooperationspflichten zuständig. Art. 112 sieht jedoch keine Befugnis zum Erlass von etwaigen Sanktionsmaßnahmen durch die Versammlung der Vertragsstaaten vor. Die Frage, ob die Vertragsstaaten selbst Maßnahmen gegen einen vertragsuntreuen Staat ergreifen können, ist deshalb problematisch, weil die Kooperationspflichten als solche nur gegenüber dem Gerichtshof bestehen, der nach Art. 2 eigene Völkerrechtssubjektivität besitzt. Ein entsprechendes Recht der Vertragsstaaten läßt sich gegenüber anderen Vertragsparteien nach den Regeln über die Staatenverantwortlichkeit begründen, gegenüber Nicht-Vertragsparteien allerdings nur dann, wenn sich dies aus dem Kooperationsabkommen mit dem Gerichtshof nach Art. 87 Abs. 5 ergibt. Vgl. C. Kreß/K. Prost, in: O. Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 87, Rn. 27ff.

Trotz des begründeten Interesses an einer näheren Anbindung der USA an das Statut, stellt sich die Frage, wo die Grenzen der Kompromißbereitschaft liegen. Im gesamten Verhandlungsprozeß um den IStGH wurden zahlreiche Zugeständnisse gemacht, die den Interessen der USA Rechnung tragen. Die für eine effektive Verfolgung von Straftätern eintretenden gleichgesinnten Staaten (*like-minded states*) haben den Anwendungsbereich des Statuts nicht nur bei der Konferenz in Rom, sondern auch bei den nachfolgenden Verhandlungen über das Statut entgegen ihren ursprünglichen Vorstellungen im Sinne der Vereinigten Staaten eingeschränkt. Ein besonders prominentes Beispiel ist die Ausgestaltung von Art. 12 Abs. 2. In Rom befürwortete die überwiegende Mehrheit der Staaten einen Vorschlag Südkoreas⁷, wonach der Gerichtshof nicht nur bei Zustimmung des Territorial- oder des Täterstaates, sondern ebenso bei der Zustimmung des Gewährsamstaates zuständig gewesen wäre. Dies hätte es dem Gerichtshof ermöglicht, gegen Straftäter vorzugehen, die Verbrechen in Nicht-Vertragsstaaten des Statuts begehen, sich aber anschließend in das Staatsgebiet von Vertragsstaaten des Statuts begeben. Die jetzige, restriktivere Zuständigkeitsregelung ist im wesentlichen ein Zugeständnis an die Sicherheitsratsmächte USA und China, die sich bis zum Abschluß der Verhandlungen entschieden gegen den koreanischen Vorschlag ausgesprochen haben. Auch die Verhandlung über die Verbrochenselemente, d.h. die Festlegung der genauen Tatbestandsmerkmale der einzelnen Delikte nach Verabschiedung des Statuts, ist ein Entgegenkommen gegenüber den USA⁸, die in besonderer Weise auf der Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes bestanden, obwohl die *ad-hoc*-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda problemlos auf der Basis von teilweise weniger detaillierten Verbrechenstatbeständen⁹ judizieren. Dies sind nur einige Beispiele in einer Liste, die sich mühelos fortsetzen ließe.¹⁰

Die Bedingung, von deren Erfüllung die Vereinigten Staaten ihre Zustimmung zum Statut abhängig machen, geht sehr weit; so weit, daß es ein fast aussichtsloses Unterfangen ist, ihr im Statut selbst Rechnung zu tragen, ohne den Gerichtshof zu einem "zahnlosen" Strafverfolgungsmechanismus zu machen, der nur im Falle der Befassung durch den UN-Sicherheitsrat effektive Strafgewalt ausüben kann. Damit die USA ihre oft heraufbeschworene Blockade des Gerichtshofs nicht in die Tat umsetzen, müßte im wesentlichen eines garantiert sein: nämlich, daß amerikanische Staatsangehörige – seien es Soldaten, Angehörige der öffentlichen Verwaltung oder andere Amtsinhaber – nicht vor den Gerichtshof gebracht

⁷ Vgl. UN-Doc. A/CONF.183/C.1/L.6 vom 18.6.1998. Zum Hintergrund siehe S.A. Williams, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 12, Rn. 8.

⁸ Vgl. dazu W.A. Schabas, Follow up to Rome: Preparing for Entry into Force of the International Criminal Court Statute, HRLJ 1999, 157 (163 ff.).

⁹ Besonders deutlich wird dies, wenn man die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im Statut von Rom mit den entsprechenden Tatbeständen im Statut des Jugoslawien-Tribunals vergleicht.

¹⁰ Weitere Beispiele unter III. Vgl. zu den amerikanischen "Erfolgen" auf der Rom-Konferenz insbesondere: D. Scheffer, The United States and the International Criminal Court, AJIL 1999, 12 (15 ff.).

werden, falls Truppenkontingente der USA auf dem Gebiet von Vertragsstaaten des Statuts oder in Drittstaaten operieren; oder besser noch, daß die Maßnahmen amerikanischer Soldaten noch nicht einmal Gegenstand von Ermittlungen des Anklägers sein können.

Diese Forderung zeugt von dem Mißtrauen, welches die Vereinigten Staaten vielen völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber einnehmen. Durch Ratifikation der Satzung der Vereinten Nationen (SVN), der Charta der Organisation Amerikanischer Staaten oder der vier Genfer Rotkreuz-Konventionen haben sie zwar wichtige völkervertragliche Verpflichtungen übernommen. Grundlegende menschenrechtliche Abkommen wie den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)¹¹, die Anti-Rassendiskriminierungs-¹² oder die Völkermordkonvention¹³ haben sie allerdings erst sehr spät und mit weitgehenden, zum Teil bedenklichen Vorbehalten ratifiziert. Der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskonvention sind sie bislang nicht beigetreten. Der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs (IGH) haben sich die Vereinigten Staaten zunächst halbherzig unterworfen, und zwar mit der Maßgabe, daß nicht der IGH, sondern sie selbst in letzter Instanz über die Zuständigkeit des Gerichts in Streitigkeiten entscheiden, die ihre inneren Angelegenheiten berühren.¹⁴ Im Verlauf des *Nicaragua*-Verfahrens haben sie ihre Unterwerfungserklärung dann zurück-

¹¹ Die USA haben den IPbpr vom 19.12.1966 am 8.6.1992 ratifiziert und dabei u. a. Vorbehalte zu Art. 6 Abs. 5 und Art. 7 eingelegt, um ihre Todesstrafenpraxis einschließlich des damit verbundenen Todeszellsyndroms von völkervertragsrechtlichen Beschränkungen freizustellen. Insbesondere der Vorbehalt zu Art. 6 Abs. 5 ist äußerst bedenklich, wodurch die USA die Todesstrafe für Minderjährige aufrechterhalten. Mit deutlichem Seitenblick auf die US-Vorbehalte hat der Menschenrechtsausschuß seine Allgemeine Bemerkung Nr. 24 vom 11.11.1994 formuliert, worin er generell zur Frage der Zulässigkeit von Vorbehalten zum Pakt Stellung nimmt. In seinen Bemerkungen vom 6.4.1995 zum Bericht der USA hat der Ausschuß die Vorbehalte für unvereinbar mit Ziel und Zweck des Paktes erklärt. Vgl. CCPR/C/79/Add.47 (53rd Session). Vgl. zu den Vorbehalten der USA bei der Ratifikation des Paktes D. P. Stewart, U.S. Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings and Declarations, HRLJ 1993, 77, einerseits, sowie die Stellungnahme des Lawyers' Committee for Human Rights andererseits, Statements on U.S. Ratification of the CCPR, HRLJ 1993, 125.

¹² Die USA haben das Internationale Abkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966 im Juni 1994 ratifiziert und dabei einen Vorbehalt eingelegt, der alle Verpflichtungen ausschließen soll, die mit dem jeweils geltenden Gesetzesrecht der USA nicht übereinstimmen. Vgl. AJIL 1994, 727ff. Vgl. zu den Bedenken gegenüber derartigen Generalvorbehalten zugunsten der eigenen Rechts- und Verfassungsordnung T. Giegerich, Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien, ZaöRV 1995, 713 (747).

¹³ Die Konvention über Verhütung und Bestrafung von Völkermord vom 9.12.1948 wurde von den USA im November 1988 ratifiziert, und zwar mit einem Vorbehalt, wonach "die Konvention die USA nicht zu gesetzgeberischen oder anderen Maßnahmen verpflichtet, die nach der Verfassung der USA, so wie sie von den USA interpretiert wird, verboten sind.", abgedruckt in AJIL 1986, 612. Siehe dazu auch: T. Buergenthal, Entwicklungen in der Menschenrechtspolitik der USA, EuGRZ 1989, 149 (152).

¹⁴ Der sog. Connally-Vorbehalt entzieht der Zuständigkeit des IGH alle Streitigkeiten "with regard to matters essentially within the domestic jurisdiction of the United States as determined by the United States of America."

gezogen.¹⁵ Das jüngste Beispiel, welches die – zum Teil – nicht ganz widerspruchsfreie Praxis der USA illustriert, ist die Nichtbefolgung der einstweiligen Anordnungen des IGH im *Breard*- und im *LaGrand*-Fall.¹⁶

Bei den Verhandlungen über die zukünftige Ausgestaltung des Internationalen Strafgerichtshofs bemühen die Vereinigten Staaten sich mit besonderem Nachdruck darum, ihre nationalen Interessen in ein Vertragswerk einfließen zu lassen, das – wie kaum ein anderes Abkommen – den Zuspruch der internationalen Staatengemeinschaft¹⁷ genießt.

II. Die Initiativen der USA zum Schutz ihrer Bürger vor der Strafverfolgung durch den IStGH

1. Das amerikanische Verhandlungsziel in Rom

Bei den Verhandlungen in Rom war die amerikanische Haltung von dem Anliegen geprägt, die Zuständigkeit (*jurisdiction*) des Gerichtshofs so eng wie möglich zu fassen, um die Möglichkeit eines Durchgriffs auf Staatsangehörige von Nicht-Vertragsstaaten generell zu verhindern. Gleichzeitig sollte durch die Einschränkung der Gerichtsbarkeit verhindert werden, daß der Ankläger sich überhaupt mit dem Verhalten amerikanischer Soldaten befaßt. Der amerikanische Vorschlag setzte – außer im Fall der Überweisung durch den Sicherheitsrat – die Zustimmung des Territorialstaates und des Täterstaates für die Ausübung der Gerichtsbarkeit des IStGH voraus.¹⁸ Dies hätte sich auch auf den Ankläger ausgewirkt, der gemäß Art. 53 Abs. 1 S. 2 vor Erlass eines Ermittlungsbeschlusses prüfen muß, ob ein „der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen begangen wurde“.¹⁹

Auf der Rom-Konferenz ist dieser Ansatz bei der Mehrheit der Staaten auf Kritik gestoßen. Er trug zwar den amerikanischen Bedenken Rechnung, hatte aber den entscheidenden Nachteil, daß auf Kosten amerikanischer Sonderinteressen die Effektivität des Statuts als Ganzes in Mitleidenschaft gezogen würde. Dem amerikanischen Modell zufolge wäre der Gerichtshof *de facto* nur auf Initiative des Sicherheitsrats zur Aburteilung von Straftätern aus besonders kritischen Staaten

¹⁵ Die USA haben ihre Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut am 8.10.1985 zurückgezogen, vgl. International Court of Justice, Yearbook 40 (1985–1986), 60.

¹⁶ Vgl. K. Oellers-Frahm, *Pacta sunt servanda – Gilt das auch für die USA?*, EuGRZ 1999, 437 ff.

¹⁷ Vgl. allgemein zum Völkerstrafrecht als Teil einer Weltrechtsordnung: C. Stahn/S.-R. Eiffler, *Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom*, KritV 1999, 253 (267 ff.).

¹⁸ Vgl. Proposal of the United States, A/CONF.183/C.1/L.70 (1998). Siehe zum Verhandlungsprozeß in Rom auch E. Wilmshurst, *Jurisdiction of the Court*, in: R.S. Lee (Hrsg.), *The International Criminal Court*, 1999, 127 (133 ff.).

¹⁹ Vgl. dazu näher F. Hoffmeister/S. Knoke, *Das Vorermittlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Prüfung für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht*, ZäoRV 59 (1999), 785 (794 ff.).

befugt gewesen, die das Statut nicht ratifiziert haben. Dadurch wäre der Anwendungsbereich des Statuts insbesondere im Fall von Bürgerkriegen, die nur von außen beigelegt werden können, erheblich reduziert worden. Deshalb konnte sich der Vorschlag in Rom nicht durchsetzen.

Nun haben die USA zwei weitere Initiativen ergriffen, um ihr Verhandlungsziel auf andere Weise zu verwirklichen. Beide Vorschläge gehen von unterschiedlichen Stellen aus: der eine vom – für seine ablehnende Haltung gegenüber dem Statut bekannten – US-Kongreß²⁰, der insbesondere über das in auswärtigen Angelegenheiten wichtige Budgetrecht verfügt; der andere von der amerikanischen Regierung, die auch mit der Verhandlung des Statuts in Rom betraut war.

2. Der American Servicemembers' Protection Act

Auf nationaler Ebene wurde auf Initiative von Senator J. Helms am 14. Juni 2000 im US-Repräsentantenhaus²¹ und im Senat²² ein Gesetzesentwurf zum Schutz amerikanischer Soldaten vor dem IStGH eingebracht (sog. American Servicemembers' Protection Act,²³ im folgenden: ASPA), der unter anderem verhindern soll, daß amerikanische Truppen bei UN-Peace-Keeping-Operationen eingesetzt werden, solange die USA das Rom-Statut nicht ratifiziert haben. Der ASPA existiert bisher zwar nur als – auch von der US-Regierung²⁴ kritisierte –

²⁰ Bezeichnend sind die Äußerungen der Senatoren J. Helms und Rod Grams bei der Anhörung des Committee on Foreign Relations nach Abschluß der Verhandlungen in Rom, die hier aufgrund ihrer Einzigartigkeit dokumentiert werden sollen. Dort heißt es: "The United States must fight this Treaty" ("Die USA müssen diesen Vertrag bekämpfen"), "[T]his Court ... is the monster and it is the monster that we need to slay" ("Dieser Gerichtshof ist das Monster und es ist das Monster, das wir schlachten müssen") oder "Should this Court come into existence, we must have a firm policy of total non-cooperation, no funding, no acceptance of its jurisdiction, no acknowledgment of its rulings, and absolutely no referral of cases by the Security Council" ("Sollte dieser Gerichtshof entstehen, müssen wir diesem gegenüber eine strenge Politik der Totalblockade betreiben, keine finanzielle Unterstützung, keine Anerkennung seiner Gerichtsbarkeit, keine Anerkennung seiner Urteile und absolut keine Überweisung von Fällen durch den Sicherheitsrat"). Siehe Hearing on the Creation of an International Criminal Court before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations, 105th Congress, S. 3–4. In einem Artikel in der Financial Times vom 31.7.1998, 1, erklärt J. Helms: "so long as there is breath in me, the US will never – I repeat, never – allow its national security decisions to be judged by an International Criminal Court". Der Artikel heißt ebenso bezeichnenderweise: "We Must Slay This Monster: Voting Against the International Criminal Court Is Not Enough. The U.S. Should Try to Bring It down".

²¹ 106th Congress, 2nd Session, H.R. 4654, auf dem Internet abrufbar unter: <http://thomas.loc.gov>.

²² 106th Congress, 2nd Session, S. 2726, auf dem Internet abrufbar unter: <http://www.senate.gov>.

²³ Dies ist nicht die erste Gesetzesinitiative in dieser Richtung. Am 29.6.1999 wurde im Repräsentantenhaus bereits der "Protection of United States Troops from Foreign Prosecution Act" eingebracht, 106th Congress, 1st Session, H.R. 2381, auf dem Internet abrufbar unter: <http://thomas.loc.gov>.

²⁴ Siehe dazu insbesondere das Statement von D. Scheffer für die amerikanische Regierung bei der Anhörung des International Relations Committee des US-Kongresses vom 26.7.2000. Zusammenfassungen finden sich auf den Websides des US-Außenministeriums (<http://www.usa.or.th>) und der World Federalist Association (Washington Working Group on the International Criminal Court, unter <http://www.wfa.org/icc>).

Gesetzesentwurf. Es ist auch kaum zu erwarten, daß er in dieser Form jemals in Kraft treten wird. Dennoch ist er aufschlußreich, da er sowohl die amerikanische Kritik am Statut aufzeigt, als auch die Maßnahmen verdeutlicht, welche die USA möglicherweise einsetzen, um zu verhindern, daß ihre eigenen Soldaten von einem internationalen Strafgericht zur Verantwortung gezogen werden.

Eine wichtige Information findet sich gleich zu Anfang. Nach Section 3 soll das Gesetz solange Anwendung finden, bis die USA Vertragspartei des Statuts geworden sind. Daraus läßt sich implizit entnehmen, wie die USA ihre Abwehrhaltung gegenüber dem Statut juristisch zu rechtfertigen versuchen: nämlich über das Verbot der Drittwirkung von Verträgen (Art. 34 der Wiener Vertragsrechtskonvention – im folgenden WVK), ein Argument, das US-Delegationsleiter D. Scheffer bereits bei Abschluß der Verhandlungen in Rom zur Ablehnung des Statuts bemüht hat und das Gegenstand lebhafter wissenschaftlicher Kontroverse im völkerrechtlichen Schrifttum²⁵ ist.

In den einleitenden Bemerkungen zum Gesetz, die vom Kongreß zu treffende Feststellungen (*findings*) enthalten²⁶, wird die amerikanische Argumentation näher ausgeführt. Dort heißt es:

“Der Vertrag zielt darauf ab, ein Abkommen zu errichten, wodurch im Ausland operierende US-Streitkräfte möglicherweise durch den Internationalen Strafgerichtshof verfolgt werden, obwohl die Vereinigten Staaten einer Bindung an den Vertrag nicht zugestimmt haben. Dies steht nicht nur in Widerspruch zu den grundlegendsten Prinzipien des Vertragsrechts, sondern könnte ebenso die Fähigkeit der Vereinigten Staaten beeinträchtigen, ihre Streitkräfte zur Erfüllung von NATO-Verpflichtungen einzusetzen oder an gemeinsamen Militäraktionen teilzunehmen, wie beispielsweise humanitären Interventionen zum Schutz von Menschenleben.”²⁷

Anschließend werden die weiteren Bedenken der USA gegenüber der Strafverfolgung von US-Bürgern durch den Gerichtshof aufgezählt. Verfahrensrechtlich werde amerikanischen Soldaten im Falle ihrer Aburteilung durch den Gerichtshof die Möglichkeit zur Berufung auf Rechte des Angeklagten genommen, die jedem

²⁵ Vgl. zur amerikanischen Position Scheffer (Anm. 10), 18 ff., sowie ders., The International Criminal Tribunal Foreword: Deterrence of War Crimes in the 21st Century, *Maryland Journal of International Law and Trade* 23 (1999), 1 (8 ff.); R. Wedgewood, The International Criminal Court: An American View, *European Journal of International Law (EJIL)* 1999, 93 ff. Die Zahl der kritischen Beiträge zur amerikanischen Position spricht für sich. Siehe u. a. G. Hafner [et al.], A Response to the View as presented by Ruth Wedgewood, *EJIL* 1999, 108 (115 ff.); H.-P. Kaul/C. Kreß, Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, 143 (146 ff.); G. Danilenko, The Statute of the International Criminal Court and Third States, *Michigan Journal of International Law* 2000, 445 (455 ff.); B. Brown, U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response, *NYU Journal of International Law and Politics* 1999, 855 (868 ff.); J. Seguin, Denouncing the International Criminal Court: An Examination of U.S. Objections to the Rome Statute, *Boston University Law Journal* 18 (2000), 85 (89 ff.); Hoffmeister/Knoke (Anm. 19), 796; C. Stahn, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit, *EuGRZ* 1998, 577 (587 ff.).

²⁶ Vgl. § 2 des ASPA.

²⁷ Übersetzung des Verf.

US-Bürger nach nationalem Verfassungsrecht zustehen (wie z.B. das Recht auf eine unabhängige Jury, die Möglichkeit zur Berufung auf den *nemo-tenetur*-Grundsatz und das Recht auf Kreuzverhör von Zeugen). Zudem bestehe das Risiko, daß der Präsident und andere Regierungsmitglieder sich vor dem Gerichtshof für Maßnahmen verantworten müßten, die der Wahrung amerikanischer Sicherheitsinteressen dienen, wie z.B. Maßnahmen zur internationalen Terrorismusbekämpfung und zur Abschreckung von Aggressionshandlungen. Wie im folgenden (unter III.) aufgezeigt wird, sind diese Vorwürfe zum größten Teil unbegründet.

Kernstück des Gesetzesentwurfs sind die Sections 4–7, die eine Reihe von Verboten einer Kooperation der USA mit dem Gerichtshof bzw. den Vertragsstaaten des Statuts enthalten²⁸ und die militärische Unterstützung von Vertragsstaaten des Statuts verbieten. Besonders interessant sind Section 5 und Section 7 der Gesetzesinitiative, die Handlungsanweisungen für die Gestaltung der amerikanischen Außenpolitik beinhalten. Sobald das Rom-Statut in Kraft getreten ist, soll nach Section 5 *lit.* a und b im Grundsatz keine Beteiligung amerikanischer Soldaten mehr an friedenserhaltenden Maßnahmen der Vereinten Nationen erfolgen, sofern nicht sichergestellt ist, daß sie vor einer Strafverfolgung durch den IStGH geschützt sind. Zur Umsetzung dieses Grundsatzes ist folgendes Verfahren vorgesehen: Auf internationaler Ebene soll der Präsident als Oberbefehlshaber der Streitkräfte notfalls durch Einsatz des amerikanischen Vetorechts im Sicherheitsrat durchsetzen, daß amerikanisches Militärpersonal bei der Durchführung von Kap. VI- oder Kap. VII-Operationen der Vereinten Nationen von der Strafverfolgung durch den IStGH freigestellt wird. Ferner ist ihm nach innerstaatlichem Recht der Einsatz amerikanischer Truppen nur dann erlaubt, wenn er dem Kongreß einen Nachweis darüber erbringt, daß kein Strafverfolgungsrisiko besteht.²⁹

Realistischerweise läßt sich daraus zumindest eines ableiten: Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Vereinigten Staaten vor Einsatz ihrer Truppen im Rahmen

²⁸ Section 4 nimmt auf Teil 9 des römischen Statuts (Internationale Zusammenarbeit und Rechtshilfe) Bezug und verbietet allen US-Behörden sowie amerikanischen Gerichten, mit dem IStGH in jeglicher Form zusammenarbeiten, sei es bei der Überstellung von Straftätern, bei deren vorläufiger Festnahme oder bei anderen Formen der Zusammenarbeit und Rechtshilfe. Zusätzlich werden Verbote für Ermittlungsmaßnahmen auf dem Territorium der USA (Section 4 *lit.* e) und für die Übermittlung von Sicherheitsinformationen an den Gerichtshof (Section 6) ausgesprochen.

²⁹ Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß diese Vorschläge bereits aus Sicht des amerikanischen Verfassungsrechts problematisch sind, da sie die Kompetenzen des Präsidenten im Bereich der auswärtigen Gewalt einschränken. Vgl. dazu die Kritik von Scheffer in seiner Stellungnahme zum ASPA vor dem International Relations Committee am 26.7.2000 (Anm. 24). Siehe generell zur Kompetenzverteilung zwischen Kongreß und Präsident nach der War Powers Resolution von 1973 und der nachfolgenden Praxis des Präsidenten bei der Entsendung von Streitkräften: L. Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 1997, 45 ff., 64 ff.; G.M. Stern/M.P. Halperin (Hrsg.), *The U.S. Constitution and the Power to Go to War*, 1994, sowie L. Fisher, *Presidential War Power*, 1996.

von UN-Aktionen³⁰ demnächst als Vorbedingung aushandeln werden, daß diese ausschließlich nationaler Gerichtsbarkeit unterliegen.³¹

Damit wären aber bei weitem nicht alle Fälle abgedeckt, in denen amerikanischen Soldaten eine Strafverfolgung droht. Deshalb bemühen sich die Vereinigten Staaten auf der Ebene des Statuts darum, die Zustimmung des Heimatstaats des Täters zu einer zwingenden Voraussetzung für die Überstellung von Personen an den IStGH zu machen. Bei den Verhandlungen über den Entwurf der Verfahrensordnung des Statuts haben die USA auf die Annahme einer Vorschrift (jetzt: Rule 195) gedrängt, die den Weg für eine Einschränkung der Zuständigkeit des IStGH bei der Überstellung von Straftätern ebnen soll.

3. Rule 195

Zum Verständnis der amerikanischen Initiative sei zunächst ihr Kontext erläutert. Das Statut sieht in Art. 98 mehrere Fälle vor, in denen der Gerichtshof daran gehindert ist, ein Überstellungsgesuch an den Staat zu richten, in dessen Gewahrsam der Täter sich befindet. Nach Art. 98 Abs. 2 darf der Gerichtshof insbesondere dann nicht um die Überstellung von Straftätern ersuchen, wenn er den Gewahrsamsstaat dadurch zu einem Bruch völkerrechtlicher Verpflichtungen veranlassen würde, die dieser anderen Staaten gegenüber eingegangen ist. Art. 98 Abs. 2 lautet:

“Der Gerichtshof darf kein Überstellungsersuchen stellen, das vom ersuchten Staat verlangen würde, entgegen seinen³² Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften zu handeln, derer zufolge die Überstellung eines Angehörigen des Entsendestaates an den Gerichtshof der Zustimmung dieses Staates bedarf.”

³⁰ In der jüngeren Vergangenheit gibt es viele Fälle, in denen amerikanische Truppen unter eigenem Oberkommando, aber mit Ermächtigung des Sicherheitsrats militärische Operationen durchgeführt haben. Ein Beispiel dafür ist der Golfkrieg von 1990. 1992 hat der Sicherheitsrat die USA in Res. 794 dazu ermächtigt, alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein sicheres Umfeld für humanitäre Hilfsaktionen in Somalia zu schaffen. Unter amerikanischem Kommando erfolgte auch der Streitkräfteeinsatz in Haiti (SC Res. 940 vom 31.7.1994). Zur Diskussion um die dogmatische Grundlage dieser Praxis vgl. M. Bothe, *Peace-Keeping*, in: B. Simma (Hrsg.), *Charter of the United Nations*, 1994, 572 (574ff.), zur Situation im Golfkrieg siehe J.A. Frowein, in: Simma, *ibid.*, Art. 42, Rn. 22ff.

³¹ Dies würde sogar der bisherigen UN-Praxis, insbesondere im Bereich des UN Peace-Keeping, entsprechen, wonach die Soldaten der Truppenentsendestaaten im Regelfall der Gerichtsbarkeit ihres Heimatstaates unterliegen. Dabei wird der Schutz der eingesetzten Truppen durch den Abschluß verschiedener Abkommen bewirkt: Die Vereinten Nationen versichern dem Truppenentsendestaat in sog. *Participation Agreements*, daß dieser die Strafhoeheit über die Mitglieder seiner Streitkräfte behält (vgl. Para. 25 des *Model Agreement between the United Nations and member states contributing personnel and equipment to United Nations peace-keeping operations*, UN-Doc. A/56/185 vom 23.5.1991); darüber hinaus verzichtet der Empfangsstaat bei Peace-Keeping-Operationen in einem Truppenstatus-Abkommen mit den Vereinten Nationen auf die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit (vgl. Para. 46 des *Model Status of Forces Agreement für Peacekeeping Operations*, UN-Doc. A/45/494 vom 9.10.1990). Bei Peace-Enforcement-Maßnahmen, die gegen den Willen des Empfangsstaates vorgenommen werden, unterbleibt der Abschluß des Truppenstatus-Abkommens.

³² Hervorhebung durch den Verf.

Wie der Verweis auf die Verpflichtungen des ersuchten Staates ("seinen Verpflichtungen") zeigt, erfaßt diese Regelung ihrem Wortlaut nach bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen, bei denen der vom Gerichtshof um Überstellung ersuchte Staat Vertragspartei ist und gewisse völkerrechtliche Bindungen bi- oder multilateraler Natur gegenüber dem Entsendestaat eingegangen ist. Das Ziel der Vereinigten Staaten ist es, den Anwendungsbereich dieser engen Ausnahmeklausel auszudehnen.

Nach amerikanischer Vorstellung soll der Gerichtshof nicht nur in den eng umgrenzten Fallgruppen des Art. 98 Abs. 2 – d.h. bei entgegenstehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen des Gewahrsamstaates – daran gehindert sein, um die Überstellung von Straftätern zu ersuchen; vielmehr soll eine entsprechende Beschränkung generell dann gelten, wenn der Nationalstaat des Täters der Überstellung nicht zugestimmt hat.

Ein erster inoffizieller Vorschlag³³ hat die Stoßrichtung des amerikanischen Vorhabens aufgezeigt. Darin ist vorgesehen, daß der Gerichtshof sich dazu verpflichtet, nicht um die Überstellung von Staatsangehörigen zu ersuchen, die generell den Weisungen eines UN-Mitgliedstaates unterstehen, der weder Vertragspartei des Statuts ist, noch der Überstellung zugestimmt hat. Eine Ausnahme gilt allerdings für Straftäter aus Staaten, gegen die der UN-Sicherheitsrat Zwangsmaßnahmen nach Kap. VII UNC angeordnet hat.

Die Intention dieser Regelung ist klar. Sie soll bewirken, daß amerikanische Amtsträger und Soldaten nicht nur bei Einsätzen im Rahmen der Vereinten Nationen, sondern auch bei sonstigen Militäroperationen der USA vor einer Überstellung an den Gerichtshof geschützt sind. Trotzdem soll es möglich bleiben, in Verbindung mit einer Kap. VII-Resolution des UN-Sicherheitsrats gegen Straftäter aus Staaten vorzugehen, von denen eine Bedrohung für den Weltfrieden oder die internationale Sicherheit ausgeht.

Bislang sieht das Statut eine entsprechende Selbstbindung des Gerichtshofs nicht vor. Deshalb stellt sich die Frage, ob und wie sie gegebenenfalls im Statut verankert werden kann. Den amerikanischen Plänen nach soll dies durch ein Zusammenspiel von Art. 98 Abs. 2 des Statuts und einem internationalen Abkommen des Gerichtshofs geschehen, in dem dieser sich gegenüber den Vereinten Nationen dazu verpflichtet, den Gewahrsamstaat nicht ohne vorherige Zustimmung des Heimatstaats des Täters um Überstellung zu ersuchen: Art. 98 Abs. 2 soll als Nachweis dafür verstanden werden, daß es dem Gerichtshof erlaubt ist, internationale Verträge abzuschließen, in denen er sich zusätzliche Selbstbindungen

³³ Der Vorschlag lautet im Original: "The United Nations and the International Criminal Court agree that the Court may seek the surrender or accept custody of a national who acts within the overall direction of a U.N. Member State, and such directing State has so acknowledged, only in the event (a) the directing State is a State Party to the Statute or the Court obtains the consent of the directing state, or (b) measures have been authorized pursuant to Chapter VII of the U.N. Charter against the directing State in relation to the situation or actions giving rise to the alleged crime or crimes, provided that in connection with such authorization the Security Council has determined that this subsection shall apply."

aufgelegt. Die materiellrechtliche Bindung wird dann – so der Plan der USA – durch das Abkommen zwischen dem Gerichtshof und den Vereinten Nationen erzeugt. Gedacht ist dabei offensichtlich an das – in Art. 2 des Statuts vorgesehene – Rahmenabkommen, welches die Beziehungen zwischen dem IStGH und den UN näher ausgestalten soll.

Aus völkerrechtlicher Perspektive ist die Verwirklichung dieses zweistufigen Plans in mehrerer Hinsicht bedenklich (siehe dazu unten IV.). Einen Teilerfolg konnten die USA bei den Verhandlungen über die Verfahrens- und Beweisordnung des Statuts erringen. Die Preparatory Commission (PrepCom)³⁴ hat im Juni 2000 in New York mit der Rule 195 eine Verfahrensregel in den Entwurf der Verfahrens- und Beweisordnung aufgenommen, die darauf schließen läßt, daß der Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 2 möglicherweise weiter reicht als sein Wortlaut. Sie lautet:

“Der Gerichtshof darf ohne die Zustimmung des Entsendestaates kein Überstellungsersuchen stellen, wenn ein solches Ersuchen Verpflichtungen aus einem völkerrechtlichen Abkommen zuwiderliefe, wonach die Zustimmung eines Entsendestaates vorherige Voraussetzung für die Überstellung einer Person dieses Staates an den Gerichtshof ist”.³⁵

Diese neue Verfahrensregel läßt sich auf verschiedene Weise deuten. Die harmlose Lesart wäre die, daß Art. 98 Abs. 2 unberührt bliebe und nur ein Perspektivenwechsel in der Formulierung stattgefunden hat. Ausschlußgrund für eine Überstellung an den Gerichtshof sind nach wie vor völkerrechtliche Verpflichtungen zwischen dem ersuchten Staat und dem Entsendestaat. In der Formulierung wird nun aber nicht mehr auf die Pflichten des ersuchten Staates (“entgegen seinen Verpflichtungen”), sondern auf die Rechte des Entsendestaates (“ohne die Zustimmung des Entsendestaates”) Bezug genommen.

Nach der Deutung, die den Interessen der USA entspricht, weist die neue Verfahrensregel darauf hin, daß der Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 2 auch Abkommen erfaßt, bei denen der vom Gerichtshof um Überstellung ersuchte Staat nicht unbedingt Vertragspartei ist. Darunter würden z.B. Verträge des Gerichtshofs fallen, worin die Zustimmung des Täterstaates zu einer zwingenden Voraussetzung für die Überstellung einer Person an den IStGH gemacht wird.³⁶

³⁴ Ihr Mandat ist in Annex 1 F des Final Act geregelt und umfaßt neben der Ausarbeitung der Verfahrensordnung und der Verbrechenselemente des Statuts auch die Erarbeitung eines Entwurfs für das Rahmenabkommen zwischen dem Gerichtshof und den Vereinten Nationen.

³⁵ Übersetzung des Verf. Das Original lautet: “The Court may not proceed with a request for the surrender of a person without the consent of a sending state, if, under article 98, paragraph 2, such a request would be inconsistent with obligations under an international agreement pursuant to which the consent of a sending State is required prior to the surrender of a person of that State to the Court.” Vgl. Preparatory Commission for the International Criminal Court (Anm. 1), PCNICC/2000/INF/3/Add.1, 89.

³⁶ Die Mehrdeutigkeit der neuen Rule 195 kommt auch in einer von den verhandelnden Staaten bewußt in die begleitenden Materialien (Proceedings) zur PrepCom aufgenommenen Passage zum Ausdruck, wo es heißt, Rule 195 dürfe nicht so ausgelegt werden, als verpflichte sie “zur Verhandlung von Vorschriften irgendeines bestimmten internationalen Abkommens des Gerichtshofs, einer internationalen Organisation oder eines Staates. Die Tatsache, daß theoretisch auch völkerrechtliche

Aus der Sicht der Statuts sind die verschiedenen Initiativen der USA zum Schutz ihrer Staatsbürger kritisch zu beurteilen: nicht nur weil sich die amerikanischen Forderungen und Kritikpunkte am Statut – wie sie etwa im ASPA zum Ausdruck kommen – als weitgehend unbegründet erweisen (III); vielmehr stößt der Reformwille der USA bereits anhand des jetzigen Vertragswerks auf Grenzen (IV).

III. Zur Berechtigung der amerikanischen Kritik am Statut von Rom

Untersucht man die amerikanischen Initiativen nicht nur unter dem Aspekt ihrer Vereinbarkeit mit dem Statut, sondern auch im Hinblick auf ihre rechtspolitische Berechtigung, finden sich mehrere Ansatzpunkte, um die amerikanische Argumentation zu widerlegen. Es läßt sich bereits bei dem Hauptargument der amerikanischen Kritik ansetzen, nämlich dem Vorwurf, daß ein Nicht-Vertragsstaat seine Staatsangehörigen nicht vollständig vor einer Verurteilung durch den Gerichtshof schützen kann. Die USA sehen darin – wie die eingangs zitierte Passage aus dem ASPA zeigt – einen Verstoß gegen das Verbot der Drittwirkung von Verträgen. Juristisch läßt sich dieser These mit einer Vielzahl von Argumenten entgegenreten.

1. Das Rom-Statut – ein Vertrag mit unzulässiger Drittwirkung?

a. Drittwirkung der Regelung über die Gerichtsbarkeit des IStGH

Zum einen ist die Behauptung unhaltbar, Art. 12 des Statuts lege Drittstaaten gegen ihren Willen neuartige völkerrechtliche Verpflichtungen auf.³⁷ Das allgemeine Völkerrecht kennt keinen Grundsatz, wonach ein Staat die ausschließliche Gerichtsbarkeit über die Verbrechen seiner Staatsangehörigen hat. Bereits 1927 hat der Ständige Internationale Gerichtshof im *Lotus*-Fall entschieden, daß die Strafhoheit von Staaten nicht nur an die Staatsangehörigkeit (Nationalstaatsprinzip), sondern ebenso an die Gebietshoheit (Territorialstaatsprinzip) anknüpft.³⁸ Heute geht die Staatenpraxis noch einen wesentlichen Schritt weiter. Unter Zugrunde-

Vereinbarungen des IStGH von Rule 195 erfaßt sind, wird hier nicht in Abrede gestellt. Vgl. Preparatory Commission for the International Criminal Court, Proceedings of the Preparatory Commission at its fifth session (12–30 June 2000), UN-Doc. PCNICC/2000/L.3/Rev.1 vom 6.7.2000, 3, wo es in Bezug auf Rule 195 – die ursprünglich die Ordnungsnummer 9.19 trug – heißt: "It was generally understood that rule 9.19 should not be interpreted as requiring or in any way calling for the negotiation of provisions in any particular international agreement by the Court or by any other international organization or State."

³⁷ So Wedgewood (Anm. 25), 100.

³⁸ Vgl. StIGH, The Case of the *S.S. Lotus*, P.C.I.J. (Ser. A.) 1927, No. 10, 18 (24): "Neither the exclusive jurisdiction of either State, nor the limitations of the jurisdictions of each ... would appear calculated to protect the interests of the two states. It is only natural that each should be able to exercise jurisdiction and to do so in respect of the incident as a whole. It is therefore a concurrent jurisdiction."

legung des Gedankens, daß bestimmte Kategorien von Verbrechen nicht nur einzelne Staaten, sondern die internationale Gemeinschaft als solche berühren, nehmen Staaten das Weltrechtsprinzip für sich in Anspruch.³⁹ Auch amerikanische Gerichte haben dies bereits getan.⁴⁰ Und im Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States heißt es zum Stichwort "universal jurisdiction":

"Ein Staat besitzt die Zuständigkeit, Strafen für bestimmte Delikte festzulegen, welche in der internationalen Staatengemeinschaft als weltweite Verbrechen anerkannt sind, wie z.B. Piraterie, Sklavenhandel, Völkermord, Kriegsverbrechen und vielleicht bestimmte terroristische Handlungen, und zwar selbst dann, wenn keine weiteren Anknüpfungspunkte zur Verfügung stehen."⁴¹

Die Frage, über die sich in diesem Zusammenhang ernsthaft diskutieren ließe, ist, ob die völkergewohnheitsrechtliche Geltung des Weltrechtsprinzips für alle der im Statut aufgeführten Tatbestände nachgewiesen werden kann.⁴² Dies läßt sich in Bezug auf die Verbrechenskategorien des Statuts (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) bejahen.⁴³ Zweifeln läßt sich höchstens daran, ob alle Tatbestände dieser Verbrechen, d.h. z.B. die verschiedenen Erscheinungsformen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder der Kriegsverbrechen in internen Konflikten, bereits davon erfaßt sind. Letzteres läßt sich mit guten Argumenten vertreten.⁴⁴ Hier sei nur darauf hingewiesen, daß zur Widerlegung der Drittwirkung von Art. 12 der Nachweis reicht, daß – neben dem Heimatstaat des Täters – zumindest der Territorialstaat zur Aburteilung der im Statut formulierten Tatbestände zuständig ist. Denn alle möglichen Anwendungsfälle von Art. 12⁴⁵ setzen entweder die Zustimmung des Täterstaates oder die Zustimmung des Territorialstaates voraus. Die Tatsache, daß auch die möglicherweise "innovativen" Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder die "Bürger-

³⁹ Zur Begründung des Weltrechtsprinzips über den Gedanken von *erga-omnes*-Pflichten des Individuums K.C. Randall, Universal Jurisdiction under International Law, Texas Law Review 1988, 800 (830); Kaul/Kreß (Anm. 25), 147.

⁴⁰ Vgl. u.a. den *Demjanjuk*-Fall des U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, wo es um die Auslieferung eines vermeintlichen KZ-Wächters an Israel ging und das Gericht zum Weltrechtsprinzip ausführte: "[...] when proceeding on that jurisdictional premise, neither the nationality of the accused or the victim(s), nor the location of the crime is significant. The underlying assumption is that the crimes are offences against the law of nations or against humanity and that the prosecuting nation is acting for all nations." Vgl. *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571, 582 (6th Cir. 1985).

⁴¹ Übersetzung des Verf. Vgl. zum Original: Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 1987, §404.

⁴² So das Argument von Scheffer (Anm. 10), 18.

⁴³ Vgl. zur völkergewohnheitsrechtlichen Verankerung der Kernverbrechen auch Stahn (Anm. 24), 580ff.

⁴⁴ Vgl. dazu ausführlich Kaul/Kreß (Anm. 25), 146ff., sowie A. Zimmermann, Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, ZaöRV 58 (1998), 47 (85ff.); ders., The Creation of a Permanent International Criminal Court, Max Planck Yearbook of International Law 2 (1998), 206ff.

⁴⁵ Das sind die Zustimmung per Ratifikation nach Art. 12 Abs. 2 und die *ad-hoc*-Unterwerfung nach Art. 12 Abs. 3.

kriegsverbrechen" von dem Staat verfolgt werden dürfen, auf dessen Hoheitsgebiet sie sich abgespielt haben, läßt sich kaum bestreiten.

Der einzig verbleibende Einwand gegen eine Strafverfolgungsbefugnis des IStGH lautet, daß die Verbrechenstatbestände des Statuts bislang – von den *ad-hoc*-Tribunalen einmal abgesehen – nur auf nationaler Ebene verfolgt werden konnten.⁴⁶ Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Nehmen Staaten nach den Grundsätzen des Völkerstrafrechts Jurisdiktionsbefugnisse gegenüber den Staatsbürgern fremder Staaten für sich in Anspruch, gibt es keinen guten Grund, warum sie diese nicht auf eine internationale Entscheidungsinstanz übertragen dürfen. Im Gegenteil, eine zentralisierte Strafverfolgung durch ein mit unabhängigen Richtern besetztes, internationales Gericht kommt den Straftätern im Vergleich zu einem nationalen Verfahren in der Regel zugute. Zudem hat der Gedanke einer "übertragenen Gerichtsbarkeit" bereits in der Rechtsprechung des Nürnberger Militärgerichtshofs Anklang gefunden. Im Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher heißt es:

"Die Vertragsstaaten haben dieses Gericht gegründet, das Recht festgelegt, nach dem es arbeitet und Vorschriften für die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens vereinbart. Dabei haben sie zusammen etwas verwirklicht, was jeder von ihnen allein nicht hätte verwirklichen können."⁴⁷

Deshalb kann von der Begründung neuartiger völkerrechtlicher Verpflichtungen durch das Rom-Statut nicht die Rede sein.⁴⁸

Angreifbar ist auch der zweite Teil der amerikanischen Argumentation, nämlich die im ASPA unter Berufung auf D. Scheffer aufgestellte These, daß von dem Statut eine rechtliche Zwangswirkung auf Drittstaaten ausgehe. Man könnte eine Drittwirkung des Statuts höchstens darin erblicken, daß Nicht-Vertragsstaaten dazu gezwungen werden, ihre eigenen Staatsangehörigen effektiv zu verfolgen, wenn sie diese vor einem Verfahren vor dem IStGH schützen wollen. Doch diese Folge ist allenfalls ein Rechtsreflex des Statuts, nicht aber eine rechtliche Verpflichtung, die den USA gegen ihren Willen auferlegt wird.⁴⁹

Auch der Hinweis auf andere, für die USA ungünstige Nebenfolgen des Statuts⁵⁰ hilft nicht weiter. Die Vereinigten Staaten weisen zwar zutreffend darauf hin, daß Nicht-Vertragsstaaten gegenüber Vertragsstaaten in Bezug auf die Aburteilung von Kriegsverbrechen benachteiligt sind. Art. 121 Abs. 5, der auf eine französische Initiative zurückzuführen ist⁵¹, erlaubt es nämlich nur den Vertragsstaaten, ihre Staatsangehörigen für sieben Jahre von der Gerichtsbarkeit des IStGH für

⁴⁶ So Wedgewood (Anm. 25), 99.

⁴⁷ "The signatory powers created this tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly." Vgl. The Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal I (1947), 171 (218).

⁴⁸ Ebenso Danilenko (Anm. 25), 464 ff.

⁴⁹ In diesem Sinne Hafner [et al.] (Anm. 25), 117–118.

⁵⁰ Siehe dazu auch *ibid.*, 118–119.

⁵¹ Siehe dazu F. Jarasch, Errichtung, Organisation und Finanzierung des Internationalen Strafgerichtshofs und die Schlußbestimmungen des Statuts, Humanitäres Völkerrecht 1999, 10 (21).

Kriegsverbrechen auszunehmen. Man darf allerdings fragen, ob die USA sich in berechtigter Weise auf dieses Argument berufen können. Einem amerikanischen Vorschlag zufolge wäre nämlich eine zehnjährige *opt-out*-Möglichkeit für Kriegsverbrechen im Statut verankert worden.⁵²

Die zweite "Asymmetrie" wurde im Rahmen der Verhandlungen über die Verfahrens- und Beweisordnung des Gerichtshofs beigelegt. Art. 12 Abs. 3 des Statuts ermöglicht es Nicht-Vertragsstaaten, die Verbrechen fremder Staatsbürger auf ihrem Territorium im Wege einer *ad-hoc*-Erklärung der Gerichtsbarkeit des IstGH zu unterwerfen. Dies kann im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen führen, so wenn der Territorialstaat nur die Verbrechen der feindlichen Streitkräfte auf seinem Staatsgebiet überweist, die Straftaten der eigenen Staatsangehörigen jedoch von der Strafverfolgung ausnimmt. Nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 3, der von einer Anerkennung in Bezug auf "das fragliche Verbrechen" spricht, ist dies theoretisch möglich. Rule 44, die auf eine amerikanische Initiative zurückgeht, legt nunmehr aber fest, daß ein Staat mit Abgabe seiner Unterwerfungserklärung für eine bestimmte Verbrechenkategorie die Gerichtsbarkeit des IstGH für die gesamte Konfliktsituation anerkennt.⁵³ Dadurch wird die einseitige Unterbreitung der Verbrechen einer Streitpartei ausgeschlossen.

b. Drittwirkung der Vorschriften über die Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof

Auch die Tatsache, daß die Vertragsstaaten des Statuts amerikanische Staatsangehörige gegen den Willen der USA an den Gerichtshof überstellen müssen, wenn dieser ein entsprechendes Ersuchen nach Art. 89 gestellt hat und keine der in Teil 9 des Statuts aufgeführten Ausnahmen greift, verstößt nicht gegen die Grundsätze des allgemeinen Völkerrechts. Auf der Ebene der zwischenstaatlichen Kooperation und Rechtshilfe hat der Gewahrsamstaat bei einem Auslieferungsersuchen nach geltendem Völkergewohnheitsrecht die Möglichkeit, die Tat entweder selbst abzuurteilen oder den Täter auszuliefern (*aut dedere aut iudicare*)⁵⁴. Nimmt er die Strafverfolgung nicht selbst wahr, darf er keinesfalls nur an den Heimatstaat des Täters ausliefern, sondern kann ebenfalls dem konkurrierenden Ersuchen anderer betroffener Staaten stattgeben. Dagegen kann sich der Täterstaat nur dann zur Wehr setzen, wenn die Gefahr besteht, daß in dem anderen ersuchenden Staat fundamentale Rechte des Angeklagten verletzt werden.⁵⁵ Überträgt man diese Grundsätze auf die Überstellung eines Täters an den IstGH, ist offensichtlich, daß dieser Einwand des Heimatstaats des Täters in Bezug auf den Gerichtshof nicht

⁵² Vgl. zum Hintergrund Kaul/Kreß (Anm. 25), 155.

⁵³ In Rule 44 heißt es: "[...] the Registrar shall inform the State concerned that the declaration under article 12, paragraph 3, has as a consequence the acceptance of jurisdiction with respect to the crimes referred to in article 5 of relevance to the situation." Hervorh. durch den Verf.

⁵⁴ Vgl. dazu generell M.C. Bassiouni/E. M. Wise, *Aut dedere aut iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 1995.

⁵⁵ Vgl. zu den geltend zu machenden Rechten: J. Dugard/C. Van Den Wyngaert, *Reconciling Extradition with Human Rights*, AJIL 1998, 187 (195 ff.).

durchgreift. Das Statut wahrt die internationalen Standards, die das universelle Völkerrecht zum Schutz des Angeklagten vorsieht.⁵⁶ Der in den einleitenden Bemerkungen des ASPA vorgetragene Einwand, wonach amerikanische Staatsbürger bei einer Überstellung an den Gerichtshof Rechte verlieren, die ihnen nach nationalem Verfassungsrecht zustehen, greift nicht. Denn selbst nach der amerikanischen Rechtsprechung gelten im Falle der Auslieferung amerikanischer Staatsbürger an andere Staaten unterschiedliche Maßstäbe.⁵⁷

Folglich lassen sich gegenüber den Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit dem IStGH keine juristisch nachvollziehbaren Bedenken erheben.

2. Das Rom-Statut – ein Vertrag, der Staatsangehörige von Nicht-Vertragsstaaten unzureichend vor einer Strafverfolgung durch den Gerichtshof schützt?

Auch der zweite Ansatzpunkt der amerikanischen Kritik am Statut, nämlich die Behauptung, amerikanische Amtsträger seien durch das bestehende Regelwerk unzureichend vor einer Strafverfolgung durch den IStGH geschützt, ist kaum nachvollziehbar. Das Komplementaritätsprinzip bietet dem Heimatstaat des Täters zuverlässigen Schutz, selbst wenn dieser nicht Vertragspartei des Statuts ist.

a. Der Grundsatz der Komplementarität

Durch die Aufnahme effektiver eigener Strafverfolgungsmaßnahmen können die Vereinigten Staaten – ebenso wie jeder andere Staat – verhindern, daß ihre Staatsangehörigen sich vor dem IStGH verantworten müssen. Zwar besitzt der Gerichtshof, d.h. entweder die Vor- oder die Hauptverfahrenskammer, die Letztentscheidungskompetenz darüber, ob die Strafverfolgung des betreffenden Staates hinreichend effektiv ist. Wie sich aus Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 ergibt, ist die Kontrolle des Gerichtshofs jedoch auf die Überprüfung von Mißbrauchstatbeständen begrenzt, denen ein funktionierendes Justizsystem wie das der USA ohne großes Risiko standhält, falls die dortigen Ermittlungen ernsthaft betrieben werden. Angesichts des eindeutigen Vorrangs nationaler Strafverfolgungsmaßnahmen ist fraglich, wie die USA sich auf den Standpunkt stellen können, das Komplementaritätsprinzip trage ihren Bedenken nicht ausreichend

⁵⁶ Siehe Art. 66 und 67 des Statuts im Vergleich zu Art. 14 IPbPR.

⁵⁷ So schon: *Gallina v. Fraser*, District Court Connecticut (1959), 177 F. Supp. 856 (858): "Regardless of what constitutional protections are given to persons held for trial in the courts of the United States or the constituent states thereof, those protections cannot be claimed by an accused whose trial and conviction have been held or are to be held under the laws of another nation, acting according to its traditional processes and within the scope of its authority and jurisdiction." Ebenso der U.S. Supreme Court in *Neely v. Henkel*. Siehe näher zu dieser Rechtsprechung Brown (Anm. 25), 888 und Seguin (Anm. 25), 108.

Rechnung.⁵⁸ Dies gilt um so mehr, da der Schutzmechanismus der Komplementarität – vor allem aufgrund des amerikanischen Verhandlungsgeschicks in Rom – in verschiedenen Situationen und Verfahrensstadien eingreift.

Leitet der Ankläger ein Verfahren aus eigener Initiative (*proprio motu*) ein (Art. 15) oder wird er durch einen Vertragsstaat mit einer Situation befaßt (Art. 14), so muß er vor Erlass eines Ermittlungsbeschlusses gem. Art. 53 Abs. 1 S. 2 *lit. b* prüfen, ob eine Strafverfolgung durch den Gerichtshof bereits deswegen unzulässig ist, weil ein anderer Staat tätig geworden ist. Ist dies der Fall, kann er z. B. weder einen Haftbefehl beantragen (Art. 58), noch um Festnahme und Überstellung einer Person ersuchen (Art. 59). Insbesondere, um den amerikanischen Vorbehalten gegenüber einer Verfahrenseinleitung durch den unabhängigen Ankläger⁵⁹ Rechnung zu tragen, sieht Art. 15 Abs. 3 vor, daß seine Entscheidung von einer mit drei Richtern besetzten Vorverfahrenskammer überprüft wird.

Besteht eine hinreichende Grundlage für Ermittlungen, etwa weil zu diesem Zeitpunkt keine parallele nationale Strafverfolgung stattfindet, dann muß der Ankläger – auf eine amerikanische Initiative hin⁶⁰ – nach Art. 18 alle diejenigen Vertragsstaaten sowie Nicht-Vertragsstaaten davon unterrichten, die im Regelfall die Gerichtsbarkeit ausüben würden. Dadurch ergibt sich für den Heimatstaat des Täters eine Möglichkeit zur Intervention. Signalisiert dieser die Aufnahme eigener Ermittlungen, so muß der Ankläger seine Ermittlungen zurückstellen, es sei denn, die Vorverfahrenskammer beschließt, den Ankläger zu einem Tätigwerden zu ermächtigen.

Eine weitere Möglichkeit zur Berufung auf den Komplementaritätsgrundsatz bietet schließlich Art. 17 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 2 *lit. b*. Danach kann ein Staat auch zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. nach Bestätigung der Anklage, die Zulässigkeit des Verfahrens anfechten. Auch hier reicht dafür der Einwand, daß der Staat selbst in der Sache Ermittlungen oder eine Strafverfolgung durchführt.

Damit liegt die einzige Bedrohung der USA in der Gefahr, daß umstrittene Einsätze von US-Soldaten bei Aufdeckung ihrer Fehlgriffe in ein politisch fragwürdiges Rampenlicht geraten. Eine Strafverfolgung durch den Gerichtshof können sie jedoch durch eigenes Tätigwerden verhindern.⁶¹

⁵⁸ So insbesondere D. Scheffer in seiner Stellungnahme im Rechtsausschuß der Generalversammlung vom 21.10.1998: "The complementarity regime is often offered as the solution to this dilemma. However, complementarity is not the answer, to the extent it involves States investigating the legality of humanitarian interventions or peacekeeping operations that they already regard as valid official actions to enforce international law. The court could decide there was no genuine investigation by a 2-to-1-vote." An anderer Stelle heißt es: "[...] complementarity is not a complete answer to the extent that it involves compelling states ... to investigate the legality of humanitarian interventions or peacekeeping operations ...", vgl. Scheffer (Anm. 10), 19.

⁵⁹ Einige U.S.-Amtsträger hatten dabei wohl das Schreckgespenst eines internationalen Kenneth Starr im Auge.

⁶⁰ Vgl. zum amerikanischen Einfluß bei der Entstehung der Vorschrift: D. Ntando Nsereko, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 18, Rn. 2 u. 5.

⁶¹ So wie hier M. Zwanenburg, *The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?*, EJIL 1999, 125 (132); Kaul/Kreß (Anm. 25), 173, und Brown (Anm. 25), 878.

b. Der Abschluß von Truppenstationierungs-Abkommen im Sinne von Art. 98 Abs. 2

Eine weitere Schutzmöglichkeit für die Vereinigten Staaten ergibt sich aus Art. 98 Abs. 2, wonach ein Staat seine Soldaten vor einer Strafverfolgung durch den IStGH bewahren kann, indem er mit anderen Staaten Truppenstationierungs-Abkommen (*Status of Forces Agreements*) abschließt, die eine Überstellung von Straftätern an den IStGH ausschließen. In einem solchen Fall ist der Gerichtshof daran gehindert, ein Überstellungsgesuch an Vertragspartner der USA zu richten, in deren Gewahrsam sich amerikanische Soldaten befinden, da das Statut den völkerrechtlichen Verpflichtungen des Gewahrsamsstaates in dieser Situation Vorrang gegenüber den Kooperationspflichten im Verhältnis zum Gerichtshof einräumt.⁶² Ein Beispiel dafür ist das NATO-Truppenstatut vom 19. Juni 1951, das zwischen NATO-Staaten gilt und dem Entsendestaat das "primäre Recht" zur Strafverfolgung einräumt, wenn die Straftat im Rahmen einer offiziellen Amtshandlung begangen wird.⁶³ Die Vereinigten Staaten haben bereits Schritte in die Wege geleitet, um ihre Truppenstationierungs-Abkommen mit anderen Staaten dahin gehend abzuändern, daß amerikanische Soldaten nicht ohne Zustimmung der USA an den IStGH überstellt werden dürfen.⁶⁴

Sollte es trotz des Schutzes durch das Komplementaritätsprinzip oder Art. 98 Abs. 2 zu einem Verfahren vor dem IStGH kommen, beinhaltet das Statut weitere Hürden, die eine Verurteilung amerikanischer Soldaten als unwahrscheinlich erscheinen lassen.

c. Die Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände

Diesbezüglich ist zunächst die Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände hervorzuheben. Isolierte Handlungen einzelner Soldaten werden in der Regel nicht die kriminelle Energie aufweisen, die das Statut für die Begehung der Kernverbrechen voraussetzt. Besonders deutlich ist dies im Fall des Völkermords (Art. 6), der die Absicht erfordert, "eine nationale, ethnische, rassische oder reli-

⁶² Vgl. zum Hintergrund der Vorschrift: K. Prost/A. Schlunck, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 98, Rn. 6.

⁶³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c (ii) des Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of Their Forces vom 19.6.1951, U.N.T.S.199, 67. Nach der von einigen Vertragsstaaten (darunter auch die USA) zu Art. VII des Abkommens vertretenen Auffassung entscheidet der Entsendestaat allein, ob die Tat als offizielle Amtshandlung zu qualifizieren ist. Vgl. S. Lazareff, Status of Military Forces under Current International Law, 1971, 170 (1976). Vgl. zur Praxis nach dem NATO-Truppenstatut J. Woodliffe, The Peacetime Use of Foreign Military Installations under International Law, 1993, 169 ff.

⁶⁴ Vgl. Seguin (Anm. 25), 103. Der Gerichtshof wird diesbezüglich über die Frage zu entscheiden haben, zu welchem Zeitpunkt ein entsprechendes Abkommen von dem um Überstellung ersuchten Staat abgeschlossen worden sein muß, damit es ein legitimes Überstellungshindernis i.S.d. Statuts darstellt. Bei den Verhandlungen in Rom ist dieses Problem aus Zeitgründen nicht zur Sprache gekommen. Es wäre jedoch seltsam, wenn sich ein Vertragsstaat des Statuts nach dessen Ratifizierung unbeschränkt auf den Abschluß neuer Stationierungs-Abkommen berufen könnte, die seine grundsätzliche Pflicht zur Überstellung von Straftätern nach Art. 86 des Statuts inhaltslos werden ließe. Vgl. Kaul/Kreß (Anm. 25), 165 u. 174.

göse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören". Zwar konnte sich bei den Verhandlungen über die Verbrechenselemente der amerikanische Vorschlag nicht durchsetzen, wonach Völkermord allgemein im Bewußtsein der Förderung einer "widespread or systematic policy or practice aimed at destroying the group as such" begangen werden muß.⁶⁵ Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß die Absicht zumindest auf die Zerstörung des wesentlichen Teils (*substantial part*) einer Gruppe gerichtet sein muß.⁶⁶

In den Verbrechenselementen zum Statut findet sich ein zusätzliches Merkmal, das die Verurteilung vereinzelter Taten nach Art. 6 unwahrscheinlich macht. Zur Objektivierung des weitgehend subjektiv gefaßten Völkermordtatbestands schreiben die "Elements of Crimes" den Begehungszusammenhang der Tat vor: Die einzelne Handlung muß entweder im Kontext vergleichbarer Handlungen gegen die Gruppe begangen werden oder selbst dazu geeignet sein, die Zerstörung der Gruppe herbeizuführen.⁶⁷

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die Anwendungsschwelle ausdrücklich in Art. 7 Abs. 1 festgelegt. Die Taten müssen "im Rahmen eines ausge dehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs" begangen werden. Was unter einem "Angriff gegen die Zivilbevölkerung" zu verstehen ist, geht aus Art. 7 Abs. 2 *lit. a* hervor, der die mehrfache Begehung von Taten voraussetzt, und zwar in Ausführung oder zur Unterstützung einer entsprechend gezielten Politik des Staates oder einer Organisation. Durch diese Vorgaben wird ein Großteil militärischer Operationen aus dem Anwendungsbereich von Art. 7 ausgenommen: Zum einen sind durch die Begrenzung auf Handlungen gegenüber der Zivilbevölkerung Verbrechen gegenüber Angehörigen der feindlichen Truppen vom Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen; zum anderen werden die Truppenteile des intervenierenden Staates selten wiederholt oder gezielt gegen die Zivilbevölkerung eines anderen Staates

⁶⁵ So das U.S.-Proposal PCNICC/1999/DP.4, 5. Vgl. dazu auch K. Dörmann/C. Kreß, Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof, Humanitäres Völkerrecht, Heft 4, 1999, 200 (204).

⁶⁶ Vgl. dazu den Report der International Law Commission (ILC) 1996, Draft Code of Crimes against the Peace and the Security of Mankind, 42, para. 8, sowie W.A. Schabas, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 6, Rn. 5. Im *Kayishema*-Fall spricht das Ruanda-Tribunal von der Vernichtung einer beträchtlichen (*considerable*) Anzahl von Individuen, vgl. ICTR, *Prosecutor v. C. Kayishema and O. Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgement, 21.5.1999, para. 97. Das Jugoslawien-Tribunal legt ein etwas weiter gefaßtes Verständnis an den Tag, indem es den Völkermord im *Jeliscic*-Fall nicht nur als ein Massendelikt versteht, sondern ein selektives Vorgehen gegen einen kleineren Personenkreis ausreichen läßt, sofern dessen Verschwinden das Überleben der Gruppe gefährdet. Vgl. ICTY, *Prosecutor v. G. Jeliscic*, Urteil der Trial Chamber vom 14.12.1999, para. 82, wo es heißt: "Genocidal intent may therefore be manifest in two forms. It may consist of desiring the extermination of a very large number of the members of a group, in which case it would constitute an intention to destroy a group en masse. However, it may also consist of the desired destruction of a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have upon the survival of the group as such."

⁶⁷ Vgl. zu den Verbrechenselementen des Völkermordtatbestands: Preparatory Commission for the International Criminal Court (Anm. 2), PCNICC/2000/INF/3/Add.2, 6ff.

vorgehen.⁶⁸ Beispielsweise wurde die Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch NATO-Soldaten im Kosovo-Konflikt von der Anklagebehörde des Jugoslawien-Tribunals erst gar nicht erwogen.⁶⁹

Ferner verstärkt eine im Rahmen der Verbrechenselemente zu Art. 7 aufgenommene Regelung den Beteiligungsgrad der hinter dem Angriff stehenden Institution: Der Staat oder die betreffende Organisation müssen die Angriffshandlungen aktiv befürworten oder unterstützen.⁷⁰ Dadurch werden – in Abweichung von der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals⁷¹ – Vorfälle ausgeschlossen, in denen Soldaten nicht in offizieller Funktion oder ohne Billigung der Organisation handeln, unter deren Schirmherrschaft sie stehen.

Auch bei den Kriegsverbrechen lassen sich Aspekte aufzeigen, die der amerikanischen Skepsis entgegenstehen. So wurde z. B. in Art. 8 Abs. 1 eine dem humanitären Völkerrecht bislang unbekannte Eingangsformulierung gewählt. Danach hat der IStGH "insbesondere" dann Gerichtsbarkeit, wenn die Verbrechen "als Teil eines Planes oder einer Politik oder als Teil der Begehung solcher Verbrechen in großem Umfang verübt werden." Diese Formulierung ist ein Kompromiß, der zumindest teilweise das Anliegen der USA berücksichtigt, den Gerichtshof nicht mit Verbrechen einzelner Soldaten zu befassen, sondern nur massenhafte Verletzungen des humanitären Völkerrechts strafrechtlich zu sanktionieren. Dem ursprünglichen Vorschlag der Vereinigten Staaten nach wäre der Gerichtshof "nur" unter diesen Umständen zum Tätigwerden befugt gewesen.⁷² Jetzt ist es zwar theoretisch möglich, daß auch die Tötung oder Vergewaltigung einer einzigen Person als Kriegsverbrechen i.S.d. Art. 8 qualifiziert wird. Jedoch obliegt dem Ankläger in einem solchen Fall eine besondere Darlegungslast, denn die planmäßige oder weitverbreitete Begehung der Tat sind Voraussetzungen, die er bei der Entscheidung über die Aufnahme von Ermittlungen zu berücksichtigen hat.⁷³

Ein weiterer, sehr praxisrelevanter Faktor⁷⁴, der die Ahndung einzelner Taten als Kriegsverbrechen erschwert, ist die Perspektive, aus der die Verhältnismäßig-

⁶⁸ Ebenso M. Zwanenburg, *The Statute of an International Criminal Court and the United States: Peace without Justice?*, *Leiden Journal of International Law* 1999, 1 (4): "In this way, incidental crimes which otherwise fall under the definition of crimes against humanity are excluded from jurisdiction, which constitutes an important limitation."

⁶⁹ Vgl. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, auf dem Internet abrufbar unter: <http://www.un.org/icty>.

⁷⁰ Vgl. Preparatory Commission for the International Criminal Court (Anm. 2), PC-NICC/2000/INF/3/Add.2, 9: "It is understood that 'policy to commit such attack' requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population."

⁷¹ Nach den Ausführungen des ICTY im Fall *Prosecutor v. Kupreskic* (Case No. IT-95-16-T) vom 14.1.2000 reicht nach geltendem Recht bereits ein "implicit approval or endorsement by State or governmental authorities".

⁷² Vgl. Zimmermann (Anm. 44), *ZaöRV* 1998, 64.

⁷³ Vgl. W.J. Fenrick, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 8, Rn. 4.

⁷⁴ So hat z. B. das ICTY im *Kupreskic*-Fall (vgl. Rn. 526 des Urteils in Anm. 71) in Bezug auf Kolateral Schäden bei der Zivilbevölkerung den Standpunkt vertreten, daß die Kumulation einzelner, für sich genommen rechtmäßiger Angriffe, zu einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

keit von Kollateralschäden (wie z.B. die Zahl der Opfer aus dem Kreis der Zivilbevölkerung) beurteilt wird.⁷⁵ Während Art. 51 Abs. 5 *lit. b* und Art. 85 Abs. 3 *lit. b* des Zusatzprotokolls Nr. I zu den Genfer Abkommen (ZP I) auf das "Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil" abstellen, bemißt sich die Strafbarkeit im Statut nach dem "insgesamt" (*overall*) erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil⁷⁶, der "eindeutig" (*clearly*) außer Verhältnis zu den verursachten Schäden stehen muß. Wie aus den Verbrechenselementen hervorgeht, muß der militärische Vorteil dabei vorhersehbar sein, aber nicht unbedingt in zeitlichem oder räumlichem Zusammenhang zum Angriffsobjekt stehen.⁷⁷ Diese Regelung ist für die Staatsangehörigen des angreifenden Staates in zweifacher Hinsicht günstiger als die Regeln des ZP I: Zum einen läßt sie es zu, daß eine möglicherweise größere Zahl an Opfern für verhältnismäßig erachtet wird; zum anderen führt sie dazu, daß ein Angriff vom IstGH nicht isoliert untersucht werden darf, sondern im Kontext anderer militärischer Operationen analysiert werden muß.

Insgesamt finden sich also in den materiellrechtlichen Verbrechenstatbeständen des Statuts viele Anhaltspunkte, die verhindern, daß der IstGH sich mit vereinzelten Vorfällen auseinandersetzen wird. Wer letztendlich strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, bestimmt sich zusätzlich nach den Grundsätzen über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten und das Handeln auf Befehl. Bei genauerer Betrachtung dieser Vorschriften ist festzustellen, daß auch sie Staaten wie den USA in nicht unbedeutendem Maße zugutekommen.

führen könne. Demgegenüber hat die Kommission zur Überprüfung der Einleitung von Ermittlungen gegen die Verantwortlichen des NATO-Einsatzes im Kosovo diese These als ein "progressive statement of law" aufgefaßt und in Ziff. 52 des Reports (Anm. 69) ausgeführt: "[...] where individual (and legitimate) attacks on military objectives are concerned, the mere cumulation of such instances, all of which are deemed to have been lawful, cannot ipso facto be said to amount to crime."

⁷⁵ Siehe dazu ebenfalls Zwanenburg (Anm. 61), 135.

⁷⁶ Die im Statut gewählte Formulierung ist eine Kompromißlösung zwischen der im ZP I üblichen Verhältnismäßigkeitsklausel und dem Vorschlag einzelner Staaten, bei der Rechtfertigung von Kollateralschäden auf das Kriterium der militärischen Notwendigkeit (*military necessity*) abzustellen. Sie ist angelehnt an einen unter NATO-Staaten verbreiteten Vorbehalt zum ZP I, worin es heißt: "[...] military advantage is understood to refer to the advantage anticipated from the attack as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack." Zum deutschen Vorbehalt siehe BGBl. 1991 II, 968 (969).

⁷⁷ Vgl. Preparatory Commission (Anm. 2), PCNICC/2000/INF/3/Add.2, 24. Dort wird in Anm. 36 zu Art. 8 (2) (b) (iv) ausgeführt: "The expression concrete and direct overall military advantage refers to a military advantage that is foreseeable by the perpetrator at the relevant time. Such advantage may or may not be temporally or geographically related to the object of the attack." Kritisch dazu Human Rights Watch, Commentary to the 5th Preparatory Commission on the International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, June 2000, 10, im Internet abrufbar unter: <http://www.icc.now.org>.

*d. Die Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten
und das Handeln auf Befehl*

Im Gegensatz zu Art. 8 des Statuts des Nürnberger Militärgerichtshofs, Art. 7 Abs. 4 des Statuts des Jugoslawien-Tribunals und Art. 6 Abs. 4 des Statuts des Ruanda-Tribunals ist das Handeln auf Befehl (Art. 33) im Statut von Rom nicht als ein fakultativer Strafmilderungsgrund, sondern als ein – unter bestimmten Umständen – verbindlicher Straffreistellungsgrund konzipiert. Dies ist nicht zuletzt auf das besondere Engagement der Vereinigten Staaten in dieser Frage zurückzuführen, die für eine generelle Strafbefreiung von Untergebenen bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Befehlen eintraten.⁷⁸ Nach dem jetzigen Kompromiß kann ein Handeln auf Befehl grundsätzlich strafbefreiend wirken, wenn die Anordnung zwar rechtswidrig, aber nicht offensichtlich rechtswidrig war und der Untergebene von der Rechtswidrigkeit nichts wußte. Bei den Massendelikten "Völkermord" und "Verbrechen gegen die Menschlichkeit", deren Anordnung den politischen oder militärischen Befehlshabern demokratischer Staaten nur äußerst selten vorwerfbar sein wird, gilt allerdings eine Ausnahme. Sie gelten nach Art. 33 Abs. 2 als immer offenkundig rechtswidrig. In Bezug auf Kriegsverbrechen trägt das Statut dem Anliegen der USA jedoch Rechnung. Bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Kriegsverbrechen kann sich ein einfacher amerikanischer Soldat vor der Bestrafung retten, indem er nachweist, daß er von der Rechtswidrigkeit der Anordnung keine Kenntnis hatte. Juristisch ist diese Lösung nicht unumstritten⁷⁹, spiegelt aber die Divergenzen wider, die bei der Beurteilung dieses Problems zwischen der nationalen und der völkerrechtlichen Rechtspraxis bestehen.⁸⁰

Neben den Vollzugsorganen können auch die Vorgesetzten von der Strafe freigestellt werden. In Einklang mit dem Urteil der Trial Chamber des Jugoslawien-Tribunals im *Celebici-Fall*⁸¹ trennt das Statut grundsätzlich zwischen militärischen Befehlshabern (Art. 28 *lit.* a) und sonstigen Vorgesetzten (Art. 28 *lit.* b). Im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit demokratisch legitimierter Staatsorgane ist insbesondere die Regelung über nichtmilitärische Vorgesetzte interessant. Darunter versteht das Statut Personen wie Politiker oder Verwaltungsbeamte, die *de iure* oder *de facto* eine Kontrollfunktion ausüben, militärischen Befehlshabern aber nicht gleichgestellt werden können, weil sie die Durch-

⁷⁸ Das von den USA bei der Rom-Konferenz unterbreitete Proposal lautete: "In addition to other grounds for excluding criminal responsibility permitted by this Statute, a person is not criminally responsible if at the time of that person's conduct: ... c) the person was a member of forces acting pursuant to the order of a Government or of a military commander, unless the person knew the order to be unlawful or that the order was manifestly unlawful." Vgl. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.2 vom 16.6.1998.

⁷⁹ Vgl. C. Kress, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, HuV 1999, 4 (7).

⁸⁰ Ausführlich dazu: P. Gaeta, The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary Law, EJIL 1999, 172 ff.

⁸¹ Vgl. ICTY, *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzdo* (Case No. IT 96-21-T), vom 16.11.1998, para. 355-363.

führung einer Operation weitgehend delegiert haben.⁸² Sie haften als Garant für die Verbrechen ihrer Untergebenen nur, wenn sie entweder von der Begehung dieser Taten wußten oder "eindeutig darauf hinweisende Informationen bewußt außer Acht" ließen. Auf diese Weise wird die Fahrlässigkeitshaftung, wie sie für militärische Vorgesetzte besteht⁸³, quasi in eine Vorsatzhaftung (*dolus eventualis*) umgewandelt.⁸⁴ Da dieser Umstand ferner von der Anklage zu beweisen ist, spricht vieles dafür, daß die Strafverfolgung politischer Amtsträger durch den IStGH eine seltene Ausnahmerecheinung bleiben wird.

e. Ergebnis

Wie die Anzahl der im Statut vorgesehenen Schutzmechanismen zeigt, ist die amerikanische Skepsis gegenüber dem IStGH unbegründet. Der Komplementaritätsgrundsatz und Art. 98 Abs. 2 ermöglichen es den USA, einer Strafverfolgung ihrer Staatsbürger durch den IStGH effektiv entgegenzutreten. Falls es doch zu einem Verfahren gegen einen US-Bürger kommen sollte, besteht aufgrund der Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände und der Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten und des Handelns auf Befehl nur eine geringe Chance, daß amerikanische Soldaten oder Amtsträger letztendlich durch den Gerichtshof verurteilt werden. Als unbegründet erweist sich in diesem Zusammenhang insbesondere die teilweise geäußerte Befürchtung, der Gerichtshof ermittle in einem Verfahren nicht nur das Verhalten von Individuen, sondern die Rechtmäßigkeit einer ganzen militärischen Aktion. Die Frage, ob bestimmte Individuen in einem Konflikt Verbrechen i.S.d. Statuts begehen, ist in aller Regel unabhängig davon zu beantworten, ob die Aufnahme des Konflikts selbst rechtmäßig ist.⁸⁵ Bester Beweis für die strikte Trennung beider Bereiche ist der Abschlußbericht der ICTY-Kommission zur Ermittlung von NATO-Kriegsverbrechen im Kosovo, wo es in Ziff. 34 heißt:

⁸² Vgl. dazu Fenrick (Anm. 73), Art. 28, Rn. 15ff. Auch der amerikanische Präsident würde unter diese Regelung fallen. Zwar ist er formal militärischer Vorgesetzter der amerikanischen Truppen. Seine Funktion entspricht aber nicht der eines militärischen Befehlshabers im klassischen Sinn, da er seine Befehlsgewalt im Einsatzfall größtenteils auf das Einsatzkommando überträgt. Im Einklang mit geltendem Völkergewohnheitsrecht, wonach ein Politiker nur dann wie ein militärischer Befehlshaber zur Verantwortung gezogen wird, wenn er eine vergleichbare Kontrollfunktion ausübt, mußte auch der amerikanische Präsident also als Vorgesetzter i.S.v. Art. 28 *lit. b* eingestuft werden. Ebenso Zwanenburg (Anm. 61), 140.

⁸³ Vgl. Art. 28 *lit. a*: "wußte" oder "hätte wissen müssen, daß die Truppen diese Verbrechen begingen".

⁸⁴ Kritisch dazu Zwanenburg (Anm. 61), EJIL 1999, 140: "The standard imposed by the words 'consciously' and 'clearly' is high, higher than the customary law standard on command responsibility."

⁸⁵ Wie sich aus den "Elements of Crimes" ergibt, sollen Erwägungen, die sich auf Fragen des *ius ad bellum* beziehen, bei der Beurteilung des "concrete and direct overall military advantage" i.S.v. Art. 8 Abs. 2 *lit. b* (iv) keine Berücksichtigung finden. Vgl. Preparatory Commission (Anm. 2), PCNICC/2000/INF/3/Add.2, 24, Anm. 36.

“Im Rahmen unserer Praxis, die – unserer Ansicht nach – der ganz überwiegend vertretenen und anerkannten Rechtsauffassung entspricht, haben wir im Büro der Anklagebehörde absichtlich davon Abstand genommen, *jus ad bellum*-Aspekte in unsere Erwägungen einzubeziehen, und uns ausschließlich auf die Behandlung der Frage konzentriert, ob Individuen nach Maßgabe des *jus in bello* schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts begangen haben.”⁸⁶

Im Endeffekt könnten die Vereinigten Staaten bislang nur eines nicht verhindern, nämlich, daß das Verhalten ihrer Soldaten Gegenstand von Vorermittlungen durch den IStGH wird.

Um so bedenklicher sind die Versuche der Vereinigten Staaten, den Anwendungsbereich des Statuts durch neue Initiativen zusätzlich einzuschränken.

IV. Grenzen bei der Umgestaltung des Statuts

Zunächst sei in diesem Zusammenhang auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Rule 195 eingegangen, deren Vereinbarkeit mit Art. 98 Abs. 2 des Statuts problematisch ist.

1. Die Rechtmäßigkeit der Rule 195

Art. 51 Abs. 4 des Statuts sieht vor, daß die Verfahrens- und Beweisordnung des Gerichtshofs mit den Vorschriften des Statuts im Einklang stehen muß. Gemäß Art. 51 Abs. 5 genießt das Statut im Falle eines Widerspruchs den Vorrang. Sollte Rule 195 – wie es die USA wohl bezwecken – als Nachweis dafür verstanden werden, daß es dem Gerichtshof über Art. 98 Abs. 2 erlaubt ist, internationale Abkommen zu schließen, in denen er sich zusätzliche Selbstbindungen auferlegt, wäre dies juristisch äußerst bedenklich.

Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 98 Abs. 2⁸⁷, der darauf hinweist, daß diese Norm nur Überstellungshindernisse auf der Grundlage von Abkommen des ersuchten Staates erfaßt, sondern ebenso aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Art. 98 Abs. 2 dient nicht dazu, generell festzulegen, wann eine Überstellung an den Gerichtshof zulässig ist, sondern soll Staaten aus einer Konfliktsituation⁸⁸ befreien, die für sie dadurch entsteht, daß sie völkerrechtliche Abkommen mit anderen Staaten abgeschlossen haben, die ihnen eine Überstellung der Täter an den Gerichtshof untersagt. In dieser Situation muß der Gerichtshof die Zustimmung des Truppenentsendestaats einholen, um die Überstellung des Täters erreichen zu können. Die Möglichkeit einer weitergehenden Selbstbindung

⁸⁶ Vgl. Final Report (Anm. 69), 8. “As a matter of practice, which we consider to be in accord with the most widely accepted ... legal opinion, we in the OTP (Office of the Prosecutor) have deliberately refrained from assessing *jus ad bellum* issues in our work and focused exclusively on whether or not individuals have committed serious violations of international humanitarian law as assessed within the confines of the *jus in bello*.”

⁸⁷ Näher dazu oben, unter Punkt II.3.

⁸⁸ Vgl. dazu Prost/Schlunck (Anm. 62), Art. 98, Rn. 1.

des Gerichtshofs und einer Einschränkung des Kooperationsregimes des Statuts sollte nicht ermöglicht werden.⁸⁹ Rule 195 kann diesen eng umgrenzten Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 2 nicht erweitern.

Noch kritischer ist der zweite Teil der amerikanischen Initiative zu beurteilen, der offensichtlich darauf abzielt, die Überstellung von Tätern an den Gerichtshof im Sonderabkommen mit den Vereinten Nationen von der Zustimmung seines Heimatstaates abhängig zu machen. Selbst wenn man Art. 98 Abs. 2 als mögliches Einfallstor für eine Selbstbindung des Gerichtshofs im Sinne des amerikanischen Vorschlags erachten würde, ist äußerst fraglich, ob eine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs des Statuts überhaupt zulässigerweise im sog. "Relationship Agreement" vereinbart werden dürfte, das der Gerichtshof nach Inkrafttreten des Statuts mit den Vereinten Nationen schließen soll.

2. Rechtliche Schranken für die Ausgestaltung des Sonderabkommens mit den Vereinten Nationen

Aus dem Statut ergeben sich klare Grenzen für die inhaltliche Ausgestaltung des Sonderabkommens mit den UN. Eine erste Schranke ergibt sich aus Art. 2 selbst. Danach umfaßt das der PrepCom erteilte Mandat nur die Erarbeitung eines Abkommens, durch das der Gerichtshof zu den Vereinten Nationen "in Beziehung" gebracht wird. Gedacht ist dabei an Regelungen, welche die Kooperation zwischen den beiden Institutionen als unabhängige Völkerrechtssubjekte betreffen.⁹⁰ Es ist schwierig zu begründen, daß darunter auch eine Vereinbarung fallen soll, die – wie nach dem zu erwartenden amerikanischen Vorschlag⁹¹ – im wesentlichen eine Selbstbindung des Gerichtshofs im Verhältnis zu den UN-Mitgliedstaaten herbeiführt.

Eine zweite, noch grundlegendere Vorgabe für das Sonderabkommen mit den UN beinhaltet Art. 121 i.V.m. Art. 124, der eine Änderung des Statuts erst sieben Jahre nach dessen Inkrafttreten zuläßt. Daraus folgt, daß auch das Sonderabkommen in diesem Zeitraum keine Vertragsänderung bewirken darf. Dies macht auch eine weitere Überlegung deutlich. Wäre eine Vertragsänderung durch den Abschluß des Sonderabkommens möglich, würde dadurch das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit (7/8 der Vertragsstaaten) unterlaufen.

Grenzen für die Bestimmungen des Abkommens ergeben sich insbesondere aus Teil 2 des Statuts, der die Gerichtsbarkeit des IStGH regelt. Eine Bestimmung, welche die Zustimmung des Heimatstaats des Täters zur zwingenden Voraussetzung für ein Überstellungsgesuch des Gerichtshofs macht, wäre im Lichte der in Rom verhandelten Kompromißlösung zu Art. 12 Abs. 2 äußerst problematisch. Auf der Ebene der Zuständigkeit des Gerichtshofs ist die Zustimmung des Natio-

⁸⁹ Vgl. zu den im Rahmen von Art. 98 Abs. 2 anvisierten Fallkonstellationen Prost/Schlunck, *ibid.*, Art. 98, Rn. 6.

⁹⁰ Siehe dazu Marchesi, in: Triffterer (Anm. 6), Art. 2, Rn. 13.

⁹¹ Vgl. zu den amerikanischen Vorstellungen den Vorschlag in Anm. 33.

nalstaats des Täters keine zwingende Voraussetzung für die Aburteilung eines Verbrechens durch den Gerichtshof. Durch Einfügung einer Bestimmung in das Sonderabkommen mit den Vereinten Nationen, in welcher die Möglichkeit der Überstellung eines Täters an den Gerichtshof von genau diesem Kriterium abhängig gemacht wird, würde das auf eine effektive Gerichtsbarkeit des IStGH ausgerichtete Regelungsmodell in Art. 12 Abs. 2 des Statuts umgangen. Der Gerichtshof dürfte dann zwar wie bisher ohne Zustimmung des Heimatstaates Ermittlungen gegen den Täter einleiten, Haftbefehle ausstellen und wäre – bei fehlender oder unzureichender Geltendmachung des Komplementaritätseinwands – grundsätzlich zuständig, sich des Falls anzunehmen; trotzdem würde die Verurteilung am entgegenstehenden Willen des Täterstaates scheitern, da der Gerichtshof in dieser Situation nicht die Befugnis dazu besäße, den Gewahrsamstaat um Überstellung des Täters zu ersuchen.

Dies wäre ein merkwürdiges Ergebnis. Zwar sind die Regelungsbereiche Gerichtsbarkeit (Teil 2) und Kooperation (Teil 9), worunter auch die Überstellung von Straftätern fällt, im Statut formal getrennt geregelt. Aufgrund ihrer zentralen Bedeutung für die Effektivität des Gerichtshofs und ihrer engen inhaltlichen Verknüpfung⁹² können sie jedoch nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen als eine funktionelle Einheit verstanden werden: Das Regelungssystem auf der einen Ebene darf nicht durch Bestimmungen auf der anderen Ebene ausgehöhlt werden.⁹³

Darüber hinaus dürfen Bestimmungen des Sonderabkommens nach Art. 2 nicht in Widerspruch zu dem bisherigen Kooperations-Regime des Statuts stehen. Würde sich der amerikanische Vorschlag durchsetzen, läge darin eine Einschränkung der Befugnisse des Gerichtshofs. Nach dem Wortlaut von Art. 89 kann der Gerichtshof jeden Gewahrsamstaat (*any State*) um Festnahme und Überstellung ersuchen. Und zumindest die Vertragsstaaten müssen diesem Ersuchen nach Art. 89 Abs. 1 S. 2 Folge leisten. Daraus ergibt sich, daß die Zustimmung des Heimatstaats des Täters keine Voraussetzung für ein Überstellungsgesuch des Gerichtshofs ist.⁹⁴

Auch eine generelle Ausnahme für Amtshandlungen – wie sie im bisherigen amerikanischen Vorschlag über das Kriterium der Weisungsgebundenheit (*overall*

⁹² Dazu eingehend Kaul/Kreß (Anm. 25), 143–144.

⁹³ Deshalb überzeugend für eine systematische Interpretation von Teil 2 und Teil 9 unter Kohärenzgesichtspunkten: C. Kreß [*et al.*], in: Triffterer (Anm. 6), Part 9, Preliminary Remarks, 1046, Rn. 2.

⁹⁴ Dies bestätigt die Regelung über konkurrierende Überstellungs- bzw. Auslieferungsersuchen im Statut. Stellt der Täterstaat einen Auslieferungsantrag an den Gewahrsamstaat, sieht Art. 90 Abs. 2 vor, daß ein Ersuchen des Gerichtshofs diesem Antrag grundsätzlich vorgeht, wenn der Täterstaat Vertragspartei des Statuts ist. Sollte der Täterstaat Nicht-Vertragspartei des Statuts sein, verfügt der Gewahrsamstaat nach Art. 90 Abs. 6 über Ermessen, ob er dem Auslieferungsersuchen nachkommt oder die Person an den Gerichtshof überstellt. Folglich wäre die Aufnahme einer Bestimmung in das Sonderabkommen mit den Vereinten Nationen, wodurch die Überstellung von Straftätern allgemein an die Zustimmung des Heimatstaates geknüpft wird, eine Modifikation des Statuts, die im Widerspruch zu den Änderungsvorschriften desselben steht.

direction) anklingt – kommt nicht in Betracht. Dort, wo der amtlichen Eigenschaft einer Handlung Bedeutung beigemessen wird, ist dies im Statut ausdrücklich erwähnt, wie z.B. in Art. 7 und 8 bei der Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände und in Art. 28 (Verantwortlichkeit des Vorgesetzten) und Art. 33 (Handeln auf Befehl). Ferner schließt Art. 27 Abs. 1 eine Differenzierung nach der amtlichen Eigenschaft von Personen aus. Ersucht der Gerichtshof um Täter aus Vertragsstaaten des Statuts, gilt der Grundsatz der Unerheblichkeit der amtlichen Eigenschaft uneingeschränkt auch im Rahmen von Teil 9 des Statuts.⁹⁵ Für die Überstellung von Personen aus Drittstaaten sieht das Statut in Art. 98 Abs. 1 eine Regelung vor, welche in Bezug auf die Erheblichkeit der amtlichen Eigenschaft die völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Pflichten des Gewahrsamstaates zum Maßstab erklärt.⁹⁶ Auch daran zeigt sich, daß eine generelle Ausnahme für die Überstellung von Tätern, die in amtlicher Eigenschaft handeln, mit dem Statut unvereinbar ist.

Allenfalls ließe sich daran denken, im Sonderabkommen mit den Vereinten Nationen eine besondere Regelung für die Strafverfolgung bei der Beteiligung an Peace-Keeping- oder Peace-Enforcement-Aktionen zu treffen, die der bisherigen UN-Praxis in diesem Bereich Raum läßt.⁹⁷ Dagegen sprechen jedoch mehrere Argumente: zum einen die Tatsache, daß eine entsprechende Bestimmung trotz eines dahin gehenden französischen Vorschlags⁹⁸ in den Verhandlungen keine Berücksichtigung gefunden hat; zum anderen die Tatsache, daß mit Inkrafttreten des Statuts auch der sachliche Grund für die Beibehaltung dieser Praxis wegfällt. Konnten die Vereinten Nationen diese Vorgehensweise bisher damit rechtfertigen, daß kein Gericht existiert, das internationale Strafgerichtsbarkeit ausüben kann, ist diesem Argument mit der Gründung des IStGH der Boden entzogen.⁹⁹

⁹⁵ So ausdrücklich Prost/Schlunck (Anm. 62), Art. 98 Rn. 2: "[Art. 98] does not reduce the effect of article 27 in any way. A person sought for arrest for prosecution by the Court cannot claim an immunity based on official capacity nor does such capacity effect the jurisdiction of the Court over the person."

⁹⁶ Nach Art. 98 Abs. 1 darf der Gerichtshof kein Überstellungsersuchen an den Gewahrsamstaat stellen, das von diesem verlangen würde, in Bezug auf die Staatenimmunität oder die diplomatische Immunität einer Person aus einem Drittstaat "entgegen seinen Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften zu handeln."

⁹⁷ Vgl. dazu Anm. 31.

⁹⁸ Nach einem einem französischen Vorschlag im Vorfeld der Rom-Konferenz sollte einem Handeln in Ausführung eines Mandats des UN-Sicherheitsrats strafbefreiende Wirkung zukommen. Dieser Vorschlag ist in Art. 26 Abs. 2 des im Januar 1998 in Zutphen erarbeiteten Entwurfs für das Statut des IStGH enthalten, der lautet: "Persons who have carried out acts ordered by the Security Council or in accordance with a mandate issued by it shall not be criminally responsible before the Court", abgedruckt in: M. Bassiouni (Hrsg.), *International Criminal Court, Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference, 1998*, 182. Vgl. dazu auch Zimmermann (Anm. 44), *ZaöRV* 1998, 84. Jetzt ist im Statut allerdings kein besonderer Strafbefreiungsgrund für Täter festgelegt, die im Rahmen von Peace-Keeping-Operationen tätig werden.

⁹⁹ Ebenso Zwaneburg (Anm. 61), 129.

Das UN-Generalsekretariat hat am 9. August 2000 einen Entwurf¹⁰⁰ für das Sonderabkommen zwischen dem Gerichtshof und den Vereinten Nationen vorgelegt, das sich streng an den im Statut vorgesehenen Befugnissen des IStGH orientiert und die amerikanischen Vorschläge unberücksichtigt läßt. Es bleibt zu hoffen, daß sich diese Position bei den weiteren Verhandlungen durchsetzen wird.

V. Schlußbemerkung

Alles in allem ist es ein berechtigtes Anliegen, die USA näher an das Statut von Rom anzubinden. Der Kompromißbereitschaft sind jedoch Grenzen gesetzt. Bedenken ergeben sich vor allem aus juristischen Gründen. Das Statut ist ein bis ins feinste Detail ausgehandeltes Vertragswerk, das durch den Komplementaritätsgrundsatz, Art. 98 Abs. 2, die Anwendungsschwelle der Verbrechenstatbestände sowie die Regeln zur Vorgesetzten-Verantwortlichkeit und das Handeln auf Befehl über ausgeprägte Schutzmechanismen verfügt, die sicherstellen, daß die nationalen Interessen von Vertrags- und Nicht-Vertragsstaaten bei der Verfolgung von Straftätern ausreichend berücksichtigt werden. Es wäre ein großer Rückschritt für die internationale Staatengemeinschaft, wenn der Anwendungsbereich eines der wichtigsten Abkommen in der Geschichte des Völkerrechts¹⁰¹ aufgrund der Sonderinteressen eines Staates nachträglich reduziert würde, dessen Standpunkt für die überwiegende Mehrheit der Staaten nicht nachvollziehbar ist.

Sollten die fortlaufenden Verhandlungen um die Nebeninstrumente des Statuts dazu benutzt werden, die Gerichtsbarkeit oder das Kooperations-Regime weiter einzuschränken, besteht guter Grund zu der Annahme, daß der Gerichtshof diese Änderungen ohnehin eines Tages als "statutswidriges Statutsrecht" rückgängig machen wird, insbesondere dann, wenn sie die Schwelle einer Vertragsänderung erreichen. Erste Hinweise in diese Richtung gibt die Annahme von Rule 195, der sich der Staatenvertreter der Elfenbeinküste nur unter der Erwägung anschließen konnte, daß sie im Konfliktfall ohnehin durch das Statut überlagert wird.

¹⁰⁰ Draft Relationship Agreement between the United Nations and the International Criminal Court – Prepared by the Secretariat, UN-Doc. PCNICC/2000/WGICC-UN/L.1, vom 9.8.2000.

¹⁰¹ Zum Rom-Statut als Teil einer sich herausbildenden internationalen Verfassungsordnung, siehe Stahn (Anm. 25), 591; Hoffmeister/Knoke (Anm. 19), 806.

Good Neighbours at any Price?

Some Comments on the U.S. Objections towards the Statute of the International Criminal Court

In July 1998, the United Nations Plenipotentiary Treaty Conference in Rome adopted the Statute of the International Criminal Court (ICC). The breadth of support for the ICC reflected a remarkable consensus in favor of this new international institution for justice. Most of the U.S. allies voted for the establishment of the Court. The United States, however, refused to sign the Statute, together with six other countries, including Libya, China and Iraq. U.S. opposition to the treaty is based on the concern that the ICC could become a forum for politically motivated prosecutions of U.S. citizens. State officials argued that because the U.S. is expected to intervene in humanitarian crises around the world, U.S. soldiers would be particularly vulnerable to being rendered subject to the jurisdiction of the ICC. Since the beginning of the negotiations, the main goal of U.S. negotiators has been to seek a "guarantee" that U.S. military personnel be exempted from prosecution by the Court before the United States becomes a party to the treaty.

In Rome, U.S. opposition centered on Article 12 of the Statute, which establishes preconditions to the Court's jurisdiction in cases where the Security Council does not trigger court action. Article 12 (2) of the Statute grants the Court jurisdiction in two situations. First, the Court may exercise jurisdiction over a crime if the state in which the crime occurred is a party to the Rome Statute. Second, the Court can exercise jurisdiction over a crime if the person accused is a national of a state party. The United States pushed in Rome for even more restrictive preconditions, by requiring the consent of the territorial State and the State of nationality of the accused person. This requirement, however, was not acceptable to the overwhelming majority of states as it was seen as likely to cause a probable paralysis of the ICC.

Since 1998, the U.S. has been participating, mostly in a constructive manner, in the negotiations of the Preparatory Commission (PrepCom) to create two key documents: the Rules of Procedure and Evidence, and the Elements of Crimes. Two measures, however, demonstrate the continuous efforts of the United States to shield American soldiers from prosecution by the ICC. The first is the proposed American Servicemembers' Protection Act, which was introduced in the U.S.-Congress by Senator Jesse Helms on 14 July 2000. The bill prohibits U.S. cooperation with the ICC while the U.S. is not a party to the treaty and excludes U.S. participation in UN peacekeeping operations, unless United States military personnel is exempted from prosecution by the ICC. It is unlikely that this bill will ever enter into force. Nevertheless, at least one aspect deserves further attention. The bill addresses the legal basis of the American concerns in its findings, stating that the jurisdictional scheme of the ICC conflicts with "the most fundamental principles of treaty law" according to which states cannot be bound by a treaty without their consent, because it

¹⁰² Summary by the author.

allows the ICC to try individuals for serious international crimes without the consent of their national governments. This is a novel theory. It is based on the false assumption that if the ICC tries an individual for a crime, that individual's national state is being subjected to obligations under the Statute. It is true that a non-state party may protect its nationals from prosecution by the Court by conducting its own investigations. But the non-state party is under no legal obligation to do so. The jurisdiction of the Court binds individuals and not the individual's home state.

U.S. Officials also claim that the crimes within the ICC's jurisdiction go beyond those arguably covered by universal jurisdiction. This, again, is an unfounded assertion. Article 12 of the Rome Statute expressly bases the ICC's jurisdiction on the principles of territoriality and nationality. Both principles are well established in international law. General international law does not grant States exclusive jurisdiction over crimes committed by their nationals. Instead, it recognizes that States may have concurrent jurisdiction when the crimes affect the interests of more than a single state. If state parties to the Rome Statute may prosecute persons accused of grave international crimes unilaterally, they may also prosecute them jointly. The Nuremberg Tribunal itself endorsed the principle of "ceded jurisdiction".

The United States now acknowledges that the ICC will come into being with or without its signature. Nevertheless, it continues its efforts to secure exemptions for its troops and officials. The United States has used the meetings of the PrepCom to circulate a comprehensive two-stage proposal, which consists of the inclusion in the Rules of Procedure and Evidence of a rule with reference to Article 98 of the Statute and a supplementary document, that taken together would prohibit the Court from seeking or accepting the surrender of any national of a non-party-state that admits that the individual was acting in an official capacity.

This initiative is highly questionable. Article 98 (2) of the Statute contains an exception to the regular international cooperation and judicial assistance regime set out in Part 9 of the Statute. This exception relieves the "requested state" of its obligation to cooperate fully with the Court, if the surrender of a person to Court is inconsistent with the terms of an international agreement between the requested state and another state (the "sending state"), pursuant to which the consent of the latter state is required for the surrender of a person of that state to the Court. The United States, however, successfully pushed for the insertion of a rule in the Draft Rules of Procedure and Evidence (Rule 195), which is designed to expand the Article 98 (2) exception to encompass not only agreements between states, but also agreements between the ICC and other entities such as the United Nations. Rule 195 of the Draft Rules of Procedure and Evidence is objectionable in itself. According to Article 51 (4) of the Statute, the Statute has primacy over the Rules of Procedure. A rule cannot expand the scope of Article 98 (2), which covers only agreements to which the "requested state" is a party.

Even more controversial is the fact that Rule 195 is intended to provide the means to bind the Court to the substantive provisions of the UN/ICC Relationship Agreement, which again shall contain a clause that prevents the Court from seeking the surrender of nationals of non-party-States, unless the State of the nationality of the accused or the Security Council give its consent. If adopted, this proposal would transform the consent of the State of nationality of the accused into a condition for the Court's effective exercise of jurisdiction. The Court would be able to exercise its jurisdiction up to the point of seeking surrender, but not past this stage, simply because the State of nationality or the Security Council did not consent. This would rewrite the compromise formula, contained

in Article 12 (2), according to which the consent of the territorial state constitutes a sufficient condition for the exercise of the Court's jurisdiction. Moreover, such a limitation would amount to an amendment of the Statute, not through the amendment procedures, laid down in Article 121 of the Statute, but through the Relationship Agreement with the UN provided for under Article 2. This would be an improper use of the Relationship Agreement and a violation of Article 121 which prohibits efforts to amend the Statute until seven years have elapsed from its coming into force.

The second part of the proposal is also inconsistent with the language of Article 89, according to which, the Court may transmit a request for surrender "to any state" on the territory of which the person sought may be found. Furthermore, granting immunity to official acts through a modification of the provisions of the Statute on international cooperation would be tantamount to a repudiation of the principle of irrelevance of official capacity, laid down in Article 27 of the Statute. A person sought for prosecution by the Court cannot claim an immunity based on official capacity nor does such capacity effect the jurisdiction of the Court over this person. Where official capacity is relevant, it is explicitly mentioned in the Statute.

Finally, with all the safeguards built into the treaty to prevent inappropriate prosecutions, the exemptions suggested by the United States are unnecessary. The American delegation successfully promoted U.S. interests in Rome, and the treaty as a whole bears a strong U.S. imprint. Most important of the safeguards is the treaty's strict complementarity standard. Any state, whether a party to the Statute or not, can assert a superior right to deal with a case, simply by investigating or prosecuting it. The ICC must then defer to national proceedings. The only exception is where the state is "unwilling or unable genuinely" to carry out the investigation or prosecution. Few countries, and certainly not the United States will fall within the latter of these exceptions.

Another safeguard against prosecution of American military personnel built into the Rome Statute is Article 98 (2). In order to avoid the risk of American soldiers being turned over to the Court, all the United States would have to do is amend its Status of Forces Agreements to require the consent of the U.S. before American troops can be transferred to the Court.

Strict limits on the crimes covered by the Statute further reduce the chances of inappropriate prosecution. The Court will only be able to exercise jurisdiction over genocide, crimes against humanity and serious war crimes. The definitions of crimes against humanity and war crimes under the Statute are in some ways narrower to those otherwise accepted in international law. They require a high threshold which excludes the prosecution of isolated acts. The provision on excessive collateral damage to civilians is largely influenced by U.S. interests. A few words were added to the definition under Additional Protocol I to the Four Geneva Conventions of 1949 limiting ICC jurisdiction over this crime to cases, where collateral damage is "clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated."

By admitting, under certain circumstances, the defence of superior orders to a charge of war crimes, the drafters of the Rome Statute departed from the Nuremberg principles and made another concession to the American delegation.

Taking into consideration all these safeguards, U.S. insistence on still more protection is unreasonable. Many countries that deploy their military forces on international missions believe the safeguards in the treaty are adequate. The U.S. denounces the treaty as flawed

because it takes the view that even a theoretical possibility of Court jurisdiction unreasonably exposes U.S. personnel to the risks of unjustified prosecutions. This may further the impression that the United States is willing to set and enforce rules for others, as long as the rules do not apply to itself.