TEIL 2 Die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt

Auf Basis dieser Grundlagen wird nun der Versuch unternommen, zu beantworten, ob *unilaterale* völkerrechtliche Erlaubnissätze *überhaupt* Raum für eine Berücksichtigung von Fehlvorstellungen lassen. Dabei schließt sich an den Überblick über den literarischen Meinungsstand (5. Kapitel) und einige methodische Überlegungen (6. Kapitel) die eigentliche Rechtsermittlung an. Hierfür werden die Staatenpraxis untersucht (7. Kapitel) und verschiedene Rechtsordnungen auf ihre Behandlung von Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten miteinander verglichen (8. Kapitel). Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse werden schließlich die relevanten Chartanormen ausgelegt, wobei verschiedene mögliche Lösungsansätze für das Problem untersucht werden (9. Kapitel).

5. Kapitel: Der Meinungsstand in der Literatur

Die Literatur zur Behandlung staatlicher Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen unilateraler Ausnahmen vom Gewaltverbot ist übersichtlich. Wer sich dazu äußert, wirft meist im Zusammenhang mit dem *antizipierten Selbstverteidigungsrecht* die Frage auf, ob das unmittelbare Bevorstehen des Angriffs ex post, objektiv ex ante oder vollständig subjektiv aus der Sicht des Gewalt anwendenden Staates zu beurteilen ist, ohne zwischen Irrtümern, Fehlverdacht und Fehlprognosen zu unterscheiden.

I. Ex-post-Beurteilung

Diejenigen, die das Vorliegen eines (erfolgten oder bevorstehenden) bewaffneten Angriffs ex post beurteilen wollen und dabei den Fall der putativen Selbstverteidigung vor Augen haben,[1] machen zunächst geltend, dass

1 Quigley, Six-Day War, S. 143–148; Bowett, Self-Defence, S. 256, 262; Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525, (526); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (187); ders., ICLQ 58 (2009), S. 163 (164); Bakircioglu, Self-Defence, S. 220 f; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339 f, 376 f, 385) (einschr. auf die

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es keine Staatenpraxis für eine objektive ex-ante- oder eine vollständig subjektive Beurteilung gebe.[2] Eine Reihe von See- und Landvorfällen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts wiesen vielmehr in die gegensätzliche Richtung.[3] Nach *Bowett* und *Quigley*, die sich auf *de Vattel*[4] und *de la Brière*[5] berufen, basiert das Selbstverteidigungsrecht zudem darauf, dass der Staat, gegen den Gewalt angewendet wird, deliktisch gehandelt, also seine Pflichten verletzt hat.[6] Der Gewalteinsatz gegen einen Staat, von dem in Wahrheit weder ein Angriff noch eine Angriffsgefahr ausging, könne deshalb nicht gerechtfertigt sein. *Brownlie* fügt hinzu, dass dem Opferstaat, hielte man die putative Selbstverteidigungshandlung für gerechtfertigt, selbst kein Selbstverteidigungsrecht zustünde, was nicht überzeuge. Schließlich könne vom Opfer schlecht erwartet werden „to hold his hand in the face of a considerable attack for any length of time whilst attempts are made to discover the attacker's intention".[7]

Die von der Gegenauffassung häufig bemühte und bereits erwähnte Analogie zum nationalen Notwehrrecht greift nach den Anhängern einer

---

Staatenverantwortlichkeit und die Aggression ausnehmend); Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts, Vol. II, S. 31; Session de Santiago, Rapporteur Emmanuel Roucounas, Annuaire de l'Institut de droit int'l 72 (2007), S. 77 (118 Rn. 86); van Steenberghe, Annales de Dr. de Louvain 70 (2010), S. 43 (52 f); Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 109 (113 f); Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011; in diese Richtung jedenfalls tendierend Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020; vgl. auch Roscini, in: Ohlin/Govern/Finkelstein, Cyberwar, S. 219; zur Aggression Alfaro, Memorandum submitted to the ILC, A/CN.4/L.8, YRBK. 2 (1951), Rn. 57–59; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843 f); nicht eindeutig Brownlie, Use of Force, S. 377 f, der einerseits Vorsatz für einen „unlawful use of force" für entbehrlich hält, andererseits in der vernünftigen Annahme eines Angriffs eine zulässige Verteidigung sieht, ohne indes ausdrücklich für Art. 2 (4) eine Sorgfaltswidrigkeit zu verlangen.

2 Quigley, Six-Day War, S. 143; vgl. auch Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525 (526, 548) (allerdings bezogen auf die hier bereits verworfene Selbstverteidigung gegen „conjectural and contingent threat of the mere possibility of an attack at some future time").

3 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (320–335, 339 f) (zur Staatenverantwortlichkeit).

4 De Vattel, Le droit des gens (1758), Buch III, Kap. III, § 26 („Disons donc en genéral, que le fondement, ou la Cause de toute Guerre juste est l'injure […]").

5 De la Brière, Le droit de juste guerre, S. 64 („Il existera une cause juste […] quand de la part du belligérant adverse, il y aura eu violation certaine, grave et obstinée du droit […]").

6 Bowett, Self-Defence, S. 6, 156; ebenso Quigley, Six-Day War, S. 143 f; in dieselbe Richtung Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (377).

7 Brownlie, Use of Force, S. 377.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ex-post-Beurteilung zu kurz.[8] Nicht nur sei das Notwehrrecht *grundsätzlich* nicht mit dem Selbstverteidigungsrecht vergleichbar – ein Argument, das bereits widerlegt wurde.[9] Auch die *strafrechtliche Lösung für das Problem der Putativnotwehr* habe spezifisch strafrechtliche Gründe. So sehe man von Strafe ab, weil diese ihre Funktion hier nicht erfüllen könne. Diese Erwägung greife im Völkerrecht nicht, da eine *Bestrafung* des Staates dort nicht in Rede stehe.[10] Auch ließen viele nationale Strafrechtssysteme erst die Schuld des irrenden Täters entfallen. Diese Lösung stehe im Völkerrecht, das keine Schuldebene kenne, nicht zur Verfügung.[11]

Weiter sprächen praktische Probleme gegen eine ex-ante-Beurteilung: Diese sei in hohem Maße missbrauchsanfällig, könne der Staat doch stets behaupten, er habe an eine Angriffsgefahr geglaubt. Vorgebrachte Belege seien nicht immer leicht zu entkräften.[12] Der Standard einer *vernünftigen* Beurteilung sei hingegen zu unbestimmt, weil „der vernünftige Staat" nicht existiere.[13] Zudem sei unklar, auf welchen Personenkreis es für die Vorstellung „des Staates" ankomme und was gälte, wenn die relevanten Personen unterschiedliche Kenntnisse besitzen.[14]

Besonders hoch sei das Missbrauchsrisiko im Falle der *Sachverhaltsunklarheit*.[15] Die UNC habe die Praxis, dass Staaten unklare Situationen bösgläubig zu ihren Gunsten interpretierten und Gewaltanwendungen mit vermeintlichen Bedrohungen durch andere Staaten begründeten, bewusst beenden wollen. Das Risiko sogenannter *false negatives* – ein Staat entscheidet sich fälschlicherweise *gegen* die Gewaltanwendung und wird dann tat-

8 Gegen diese Analogie Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (775–784); Quigley, Six-Day War, S. 143, 145 f; Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (189); krit. s. auch Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (473) (zu Art. 25 ARSIWA); vgl. auch Rodin, War and Self-Defense, S. 138 f; weniger ablehnend aber ebd. S. 106–115.

9 S.o. 4. Kap., IV 1. b.

10 Vgl. Quigley, Six-Day War, S. 143.

11 Bakircioglu, Self-Defence, S. 220.

12 Vgl. Brownlie, Use of Force, S. 377 f; Quigley, Six-Day War, S. 144; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843) (zur Aggression).

13 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (50); ähnlich Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (376 f).

14 Brownlie, Use of Force, S. 377; Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (844); ders., AFDI 20 (1974), S. 9 (26) (beide zum animus aggressionis); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (192 f) (allerdings zum Erfordernis einer Art „Verteidigungswillen").

15 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (427); Koh, in: Doyle, Striking First, S. 99 (112 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sächlich Opfer eines Angriffs – sei dabei in Kauf genommen worden.[16] Dieses Defizit werde durch das kollektive Sicherheitssystem aufgefangen, das dem SR gestatte, aufgrund einer an bloßen Standards orientierten[17] Entscheidung einzuschreiten. Das Zusammenwirken vieler Staaten bei Entscheidungen des SR in einem gewissen prozessualen Rahmen sei geeigneter, die wahre Tatsachenlage aufzudecken, als das unilaterale Handeln des Staates, der sich für bedroht hält.[18]

II. Objektive ex-ante-Beurteilung

Die Anhänger einer objektiven ex-ante-Beurteilung der Selbstverteidigungslage, denen es primär um die *irrige Annahme* eines (bevorstehenden) Angriffs geht,[19] stützen sich darauf, dass es dem handelnden Staat in dieser

16 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (427 f). Der Gegenbegriff sind die hier untersuchten *false positives*, also die falsche Entscheidung für einen Gewalteinsatz, s. Doyle, Striking First, S. 53; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (7); näher s.u. 10. Kap., III.

17 Dieser *standard-based approach*, der dem Entscheidungsträger eine kontextabhängige Entscheidung anhand bloßer Kriterien gestattet, wird verbreitet abgegrenzt von dem Ansatz, der ihn nach einer *rule* entscheiden lässt, die seinen Spielraum stärker begrenzt, s. Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (758 f); umf. Kaplow, Duke L. J. 42 (1992), S. 557–629.

18 Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (428), aber relativierend ebd. Fn. 42; zu den Vorteilen von Kollektiventscheidungen Sullivan/Amar, Harvard L. Rev. 106 (1992) S. 19 (119).

19 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212 (anders wohl auch nicht auf S. 255 „acts at its own risk", da auf die rechtliche Bewertung bezogen); Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321 (370–374); Dershowitz, Preemption, S. 83; Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147; Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (139); Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f; Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32); Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36) (anders jedoch den bloßen Fehlverdacht beurteilend); S. Brown, Illusion of Control, S. 113; implizit auch Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111 (118 f, 122), der zumindest die Prognose nur an Vernünftigkeitsstandards messen will; für die Beurteilung der humanitären Interventionslage Reinhard Merkel im persönlichen Gespräch; für eine Entschuldigung, nicht aber eine Rechtfertigung Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 170–174, 87–89; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; ders., in: C. Russell, George Fletcher's Essays, S. 274; andeutend auch Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (11); Maggs, Regent J. Int'l L. 4 (2006), S. 149 (163 f); offenlassend, ob bei unvermeidbaren Prognosefehlern eine geminderte Verantwortung verbleibt, Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (190).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Situation nicht vorwerfbar sei, Gewalt angewendet zu haben. So heißt es bei *Dinstein*:

> „Hindsight knowledge, suggesting that – notwithstanding the well-founded contemporaneous appraisal of events – the situation may have been less desperate than it appeared, is immaterial. The invocation of the right of self-defence must be weighed on the ground of the reliable information available (and reasonably interpreted) at the moment of action, without the benefit of *post factum* wisdom. In the circumstances, as perceived in June 1967, Israel did not have to wait idly by for the expected shattering blow […], but was entitled to resort to self-defence as soon as possible."[20]

Ähnliche Worte findet *Gill*:

> „No State can reasonably be expected to take the risk that adversaries which have pronounced their intention to wage a war of annihilation, and made corresponding preparations, are bluffing."[21]

Das Völkerrecht müsse die praktischen Bedürfnisse der staatlichen Akteure berücksichtigen. Staaten hielten sich nur dann an völkerrechtliche Regeln, wenn sie in der Lage seien diese auch umzusetzen, ohne zu große Opfer erbringen zu müssen. Unrealistische Verpflichtungen blieben unbeachtet und fügten der Völkerrechtsordnung damit mehr Schaden als Nutzen zu.[22] Dahinter steht der Gedanke, dass ein Staat, der vernünftigerweise annimmt, ein Angriff stehe unmittelbar bevor, wenn er die Interessen seiner Bevölkerung schützen will, gar keine andere Wahl habe, als sich zu verteidigen. Ihm *ex post* vorzuwerfen, es habe tatsächlich an einer Selbstverteidigungslage gefehlt, sei zwecklos, da er sich in Zukunft genauso verhalten würde. Zudem sei es andernfalls unmöglich, eine Gewaltanwendung zum Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtlich zu bewerten – und entsprechende Konsequenzen daraus zu ziehen –, weil stets die Möglichkeit bestehe, dass

20 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212; ganz ähnlich Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147.

21 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (139).

22 Vgl. Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16) (stärker auf den Fehlverdacht als auf den Irrtum bezogen); Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (540 f); s. dazu bereits die Einleitung und 2. Kap., V.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

später ans Licht kommende Tatsachen das Pendel noch einmal umschlagen lassen.[23]

Bemerkenswert viele Befürworter der objektiven *ex-ante*-Beurteilung ziehen Parallelen zum nationalen Strafrecht: Ebenso wenig wie der einen vermeintlichen Angreifer tötende Täter wegen Totschlags strafbar sei, verletze der in putativer Selbstverteidigung handelnde Staat das Gewaltverbot.[24] Teilweise wird dafür gar die dogmatische Begründung übertragen: Der über die Selbstverteidigungslage irrende Staat sei zwar nicht gerechtfertigt, aber entschuldigt. Auf diese Weise bleibe dem Opferstaat auch das Selbstverteidigungsrecht erhalten.[25] *Walker* zieht demgegenüber einen Vergleich zum *ius in bello*, das die Rechtmäßigkeit einer Kriegshandlung wie festgestellt nach dem Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Handlung und nicht *ex post* bewertet.[26]

Weiter führen Vertreter der objektiven *ex-ante*-Beurteilung die Staatenpraxis an: So habe die Mehrzahl der Staaten den israelischen Präventivangriff auf Ägypten im Sechstagekrieg 1967 gebilligt, obwohl sich später herausgestellt habe, dass die arabischen Staaten wohl nicht angegriffen hätten und Israel insoweit im Irrtum war.[27] *Tibori-Szabó* beruft sich auf die Operation Catapult im Jahr 1940, bei der die britische Marine Schiffe der französischen Flotte zerstörte, um zu verhindern, dass sie in die Hände der Deutschen fielen. Tatsächlich hegten die Deutschen, wie sich später herausstellte, keine solche Absicht.[28] Die Missbrauchsgefahr werde gebannt, indem nur unvermeidbare Irrtümer beachtlich seien. Dieser Standard sei nicht

---

23 Vgl. Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (141) (allerdings zum umgekehrten Fall, dass später Tatsachen ans Licht kommen, die die Gewaltanwendung als rechtmäßig erscheinen lassen).

24 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 171 f; Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f; Dershowitz, Preemption, S. 83; Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59 Fn. 270); vorsichtiger Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); vgl. auch Milanovic, EJIL: Talk!, 14./15. Januar 2020, obwohl er letztlich dennoch zu einer ex-post-Beurteilung neigt.

25 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 172 f; andeutend auch Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32); für eine Erhaltung auch Henderson, Use of Force, S. 75, Fn. 154, 215 f; zu dieser dogmatischen Begründung s.u. 9. Kap., II.

26 Walker, Cornell Int'l L. J. 31 (1998), S. 321 (370–374) bezieht sich zunächst auf die persönliche Verantwortung des handelnden Kommandeurs, verdeutlicht aber auf S. 375, dass er diese Erwägungen auch für die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns heranziehen will.

27 Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); Dershowitz, Preemption, S. 81, 83; näher zu diesem Fall s.u. 7. Kap., III. 1. a.

28 Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 97 f, 147.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unbestimmter als im nationalen Recht, in dem man ohne Skrupel darauf zurückgreife.[29]

Noch einen Schritt weiter gehen die Stimmen, die die Selbstverteidigung auch bei bewusster Unklarheit über das Bevorstehen eines Angriffs gestatten, solange er hinreichend wahrscheinlich ist.[30] Dabei unterscheiden sie nicht dazwischen, ob wie bei einer Fehlprognose tatsächlich eine Angriffsgefahr besteht und nur ihre Realisierung unsicher ist,[31] oder ob wie beim Fehlverdacht bereits über die Tatsachengrundlage Zweifel bestehen.[32] Zentrales Argument ist auch hier, dass dem Staat ein weiteres Zuwarten unzumutbar sei und nur so das Völkerrecht der Realität gerecht werde.[33] Mit einer bestimmten Mindestwahrscheinlichkeit ließe sich auch das Risiko von Fehlentscheidungen minimieren.[34]

III. Vollständig subjektive Beurteilung

Einzelne Stimmen treten schließlich dafür ein, dass für die Selbstverteidigungslage die tatsächliche Vorstellung des handelnden Staates maßgeblich und damit jeder Irrtum beachtlich sei, unabhängig davon, ob die Vorstellung der vernünftigen Bewertung der Umstände entspricht.[35] Insbesondere die von Massenvernichtungswaffen ausgehende Gefahr rechtfertige es,

---

29 Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16).

30 Wenn auch im Detail verschieden, lassen alle Ansätze eine *Wahrscheinlichkeit* des Angriffs ausreichen, s. Doyle, Striking First, S. 47–63; Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (754–760); ders., AJIL 97 (2003), S. 563 (574); Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (28, 54–57); Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f; Sofaer, Stanford J. Int'l L. 36 (2000), S. 1 (16); ähnlich Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (174) für den Abschuss eines Flugzeugs; s. auch Nachweise unten 10. Kap., III. Fn. 120.

31 Diesen Fall scheinen Sofaer und Doyle aber primär vor Augen zu haben, vgl. Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209 (220 („the likelihood that the threat will be realized"); Doyle, Striking First, S. 53 („threats that would not have materialized").

32 Diesen Fall meint wohl Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1–77 („states that might have weapons of mass destruction"), auch wenn er sich auf Sofaer und Doyle bezieht, ebd. S. 28.

33 Vgl. Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (27), zu derselben Erwägung s.o. Fn. 22 und begleitender Text.

34 Yoo, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), S. 729 (758–760).

35 Rivkin/Casey/DeLaquil, Chicago J. Int'l L. 5 (2005), S. 467 (496); für die Aggression Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221–223, der eine „intention agressive" fordert, ohne sie durch objektive Kriterien zu begrenzen; ähnlich Henderson, Use of Force, S. 77 f. Indes verzichtet Tibori-Szabó (entgegen Quigley, Six-Day War, S. 146) wohl nicht auf die Vernünftigkeit der Vorstellung, wie sich aus

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Irrtumsrisiko vollständig auf den vermeintlich drohenden Staat zu verlagern.[36]

Walzer wird bisweilen diesem Meinungsspektrum zugeordnet.[37] Eine vielzitierte Passage aus seiner Schrift *Just and Unjust Wars* – das sich nicht dem positiven Recht, sondern der Legitimität von Krieg widmet – weckt daran jedoch Zweifel:

> „[A]ggression can be made out not only in the absence of a military attack or invasion but in the (probable) absence of any immediate intention to launch such an attack or invasion. The general formula must go something like this: states may use military force in the face of threats of war, whenever the failure to do so would seriously risk their territorial integrity or political independence. Under such circumstances it can fairly be said that they have been forced to fight and that they are the victims of aggression."[38]

Tatsächlich misst *Walzer* nicht der Vorstellung des Staates, sondern allein der *objektiven* Wahrscheinlichkeit des Angriffs – in Form eines „serious risk" – Bedeutung bei. Weiter beschreibt er die israelische Furcht vor einem ägyptischen Erstangriff 1967 als „an almost classical example of '*just* fear'" und den israelischen Präventivangriff folglich als „clear case of legitimate anticipation".[39] Danach spricht wenig dafür, dass er eine vollständig subjektive Beurteilung zugrunde legt.

Häufiger als für den Irrtum sehen Literaturstimmen die subjektive Einschätzung des handelnden Staates für den Fehlverdacht als allein maßgebend an: Die Gewaltanwendung sei bereits dann gerechtfertigt, wenn der Staat den Angriff subjektiv für wahrscheinlich halte.[40] So heißt es eindrücklich bei *Glennon*:

---

ihrem Zitat von Dinstein ergibt, s. Tibori-Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence, S. 147.

36 Vgl. Rivkin/Casey/DeLaquil, Chicago J. Int'l L. 5 (2005), S. 467 (496 f), die möglicherweise den Fall des Fehlverdachts miteinbeziehen.

37 Quigley, Six-Day War, S. 146–148.

38 Walzer, Just and Unjust Wars, S. 83–85.

39 Walzer, Just and Unjust Wars, S. 83–85, Hervorhebung hinzugefügt.

40 Vgl. National Security Strategy of the United States of America (September 2002), S. 15 f; Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (552 f). Diese Position ist nicht zu verwechseln mit der höchstzweifelhaften Auffassung, Selbstverteidigung gewähre dem Handelnden eine *rechtliche* Einschätzungsprärogative, die etwa mit der Bush-Doktrin im Jahr 2003 verbunden wird, Franck, AJIL 100 (2006), S. 88 (102) zur Rede George W. Bushs for the Joint Session of the Congress on the State of the Union (28. Januar 2003); zu diesem „unilaterist view"

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „Mistakes may be made. It is better, however, that the price of those mistakes be paid by states that so posture themselves than by innocent states asked patiently to await slaughter."[41]

Auch hier ist die Argumentation maßgeblich von der Erwägung geprägt, dass eine andere Perspektive als die subjektive im Zeitalter der Massenvernichtungswaffen den davon potentiell bedrohten Staaten nicht zumutbar sei.[42]

6. Kapitel: Das Verhältnis von Charta- und Gewohnheitsrecht

Im Bereich unilateraler Gewalteinsätze stellen sich im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Völkergewohnheitsrecht und den Chartanormen einige methodische Fragen, die auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln sind.[43]

I. Die Relevanz des vor 1945 geltenden Gewohnheitsrechts

Angesichts der Zäsur, die das Inkrafttreten der Charta 1945 für das Recht der Gewaltanwendungen bedeutete, muss zwischen dem Völkergewohnheitsrecht vor und nach diesem Zeitpunkt unterschieden werden. Der Blick in die Zeit vor 1945 wirft jedoch die Frage auf, ob sich in einer Völkerrechtsordnung, die ein umfassendes Gewaltverbot noch gar nicht kannte, das Problem der *Rechtfertigung* von Gewaltanwendungen – und dementsprechend von *Fehlvorstellungen* über ihre *Voraussetzungen* – überhaupt stellte. Doch war das Recht zur souveränen Kriegsführung,[44] das erst im 20. Jahrhundert begrenzten materiellen Einschränkungen unterworfen

---

(allerdings weniger deutlich zwischen rechtlicher und faktischer Einschätzungsprärogative unterscheidend) auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (24–26, 41–47).

41 Glennon, Harv. J. L. & Pub. Pol. 25 (2002), S. 539 (553).

42 Vgl. Condoleza Rice im Interview mit Wolf Blitzer v. 8.9.2002, CNN Late Edition.

43 Zu diesem Verhältnis eing. Kreß, Gewaltverbot, S. 34–40, 169–186; Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 319–337, 342–361; Ruys, Armed Attack, S. 6–29.

44 Dieses war das Ergebnis der während des 19. Jahrhunderts stattfindenden Abwendung von der Lehre vom gerechten Krieg, die in die Annahme mündete, das Völkerrecht sei gegenüber dem Krieg indifferent, dazu Bilfinger, ZaöRV 15

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurde,[45] auf Kriege im formellen Sinn beschränkt, die namentlich eine Kriegserklärung voraussetzten.[46] In *Friedenszeiten* war zwischenstaatliche Gewalt im Grundsatz durchaus untersagt und rechtfertigungsbedürftig.[47] Diese Fälle betrafen vor allem kleinere zwischenstaatliche Vorfälle, die man heute als „measures short of war"[48] bezeichnen würde und die besonders irrtumsanfällig sind. Überwiegend anerkannte Rechtfertigungsgründe waren die Selbstverteidigung, die gewaltsame Repressalie und der Notstand, wobei Einzelheiten und Begrifflichkeiten umstritten sind.[49] Handelte ein Staat ohne Rechtfertigung, machte er sich völkerrechtlich verantwortlich.[50] Daraus lässt sich schließen, dass die vorgetragenen Rechtfertigungen nicht nur unverbindliche politische Entschuldigungen darstellten, sondern rechtliche Relevanz besaßen.[51] Für die untersuchte Fragestellung sind Irrtumssituationen vor Inkrafttreten der Charta daher durchaus relevant. Angesichts des Fehlens eines allgemeingültigen und umfassenden Gewaltverbots vor 1945 ist bei der Übertragung der Erkenntnisse auf das Chartaregime dennoch eine gewisse Vorsicht geboten.

(1953/1954), S. 453 (463 f); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457); Bothe, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Abschn., Rn. 3.

45 Namentlich durch die II. und III. Haager Konvention (1907), die Völkerbundsatzung (1919), den Vertrag von Locarno (1925) und freilich den Briand-Kellogg-Pakt (1928), zu dieser Entwicklung s. nur R. Kolb, Ius contra bellum, S. 33–68.

46 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 231.

47 Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 1; Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457 f); Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (127 Fn. 44); Bothe, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Abschn., Rn. 3.

48 So explizit zum Caroline-Fall von 1837 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (127 Fn. 44); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 203, 225; s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 232; Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (457) („forcible measures of self-help short of war").

49 Vgl. die Aufzählung von Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (458–467), der neben Selbstverteidigungsrecht und Repressalie die Retorsion und „legitimate intervention" nennt, ebd. S. 458, wobei letztere keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstelle, ebd. S. 461. Zum Notstand s. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 57; Bowett, Self-Defence, S. 58–60.

50 Kearley, Wisconsin Int'l L. J. 17 (1999), S. 325 (332).

51 Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 1; s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 232–236 mit weiteren Argumenten für die Rechtserheblichkeit der Selbstverteidigung; aA Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 203.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Die Frage der Fortgeltung nach Inkrafttreten der Charta

Inwieweit das vor 1945 geltende Gewohnheitsrecht nach Inkrafttreten der Charta fortgilt, ist hochumstritten.

1. Vorrang der Charta bei Unvereinbarkeit mit früherem Gewohnheitsrecht

Soweit früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta konfligiert, genießt letztere Vorrang. Das folgt zwar nicht aus Art. 38 (1) IGH-Statut, da dieser zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht keine formelle Hierarchie etabliert.[52] Art. 103 UNC enthält aber eine allgemeine Kollisionsregel, die der Charta Vorrang[53] vor widersprechenden Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkommen einräumt. Verbreitet wird diese Norm zumindest analog auf entgegenstehendes Völkergewohnheitsrecht angewandt.[54] Dabei setzt sich die Charta nicht nur bei einem Konflikt zwischen zwei *Pflichten*, sondern auch bei der Kollision einer *Pflicht* mit einer *Befugnis* durch.[55] Der Vorrang der Chartanormen ließe sich auch mit der

52 Vgl. Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams, ICJ Statute, Art. 38, Rn. 271, 273, relativierend aber Rn. 272–282.

53 Ob es sich bei diesem Verhältnis um einen Geltungsvorrang (so wohl Brownlie, Use of Force, S. 272 f; Kelsen, Law of the UN, S. 792; Bothe, EJIL 14 (2003), S. 227 (232)) oder einen Anwendungsvorrang (so wohl Fassbender, in: Bruha/Heselhaus/Marauhn, Legalität, S. 99 (129)) handelt, ist allein in Bezug auf Nichtmitglieder der UN relevant und heute somit von geringer Bedeutung.

54 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 68 (Analogie oder universale Akzeptanz des Chartavorrangs); für die Anwendung auch der ILC Fragmentation Report, Rn. 345; Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (586); dagegen Separate Opinion Rezek, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA), Rn. 2; Bowett, EJIL 5 (1994), S. 89 (92); krit. auch Thouvenin, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 103, S. 2140.

55 Ist die Befugnis die völkergewohnheitsrechtliche *verdrängte* Norm, ergibt sich das aus einem erst-recht-Schluss. Zum problematischeren umgekehrten Fall, dass die Befugnis die *verdrängende* Chartanorm ist, Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 31–36; allg. zum Begriff der Normenkollision Vranes, EJIL 17 (2006), S. 395 (407–412, 418); Pauwelyn, Conflict of Norms, S. 170 f; ILC Fragmentation Report, Rn. 25; aA Jenks, British YB Int'l L. 30 (1953), S. 401 (426).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lex-posterior-[56] und der lex-specialis-Regel[57] begründen. Im Übrigen hat sich früheres Gewohnheitsrecht zu staatlichen Gewaltanwendungen *mit* oder zumindest *nach* Inkrafttreten der Charta wohl insoweit an diese angepasst, als es mit ihr unvereinbar war.[58] Denn selbst wenn man für die Entstehung oder Modifikation von Völkergewohnheitsrecht durch Völkerrechtsverträge eine Praxis und opinio iuris *außerhalb* des jeweiligen Vertrages verlangt, sind diese für das Recht der Gewaltanwendungen ausreichend vorhanden.[59] Das bedeutet nicht, dass Charta- und Gewohnheitsrecht seit 1945 inhaltlich exakt identisch sind.[60] Dort, wo früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta *nicht* unvereinbar ist und mangels Normenkollision fortbesteht – die Charta seine Fortgeltung also zulässt – ist keine Angleichung des Gewohnheitsrechts an den Wortlaut der Charta erfolgt. Das Gewohnheitsrecht besitzt in diesen Bereichen eine Konkretisierungsfunktion und ist als lex specialis die vorrangig maßgebliche Rechts-

56 Ruys, Armed Attack, S. 13; Thouvenin, in: Cot/Pellet/Forteau, Art. 103, S. 2140 f; zur lex-posterior-Regel s. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 15 f.

57 Dazu allg. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 12–14; Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams, ICJ Statute, Art. 38, Rn. 274, 277. Der lex-specialis- und der lex-posterior-Grundsatz sind einer Rechtsordnung immanent; die Frage, ob sie Völkergewohnheitsrecht darstellen, daher für falsch gestellt haltend Vranes, ZaöRV 65 (2005), S. 391 (398, 401–403). Zwischen ihnen besteht auch keine abstrakte Hierarchie, ebd. S. 402.

58 Ruys, Armed Attack, S. 15–18; ähnlich Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 104; ILC Report on the work of its eighteenth session, Draft Articles on the Law of Treaties, Art. 50, Commentary (8), YBILC (1966-II), S. 247; am ehesten lässt sich diese Auffassung Schiffbauers „Identitätstheorie" zuordnen, wobei dieser „Identität in beide Richtungen" annimmt, Art. 51 UNC also auch von früherem Völkergewohnheitsrecht beeinflusst sei, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 326–329.

59 So erkennen zahlreiche andere Völkerrechtsverträge nach 1945 das Gewaltverbot und das Selbstverteidigungsrecht der Charta an, zB Art. 1, 3 Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance; Art. 1, 5 Nordatlantikvertrag; Schlussakte von Helsinki, S. 4 (Gewaltverbot); Gleiches gilt für UN-Resolutionen, zB die Friendly Relations Declaration und die Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations; auch ist opinio iuris von Nicht-Vertragsstaaten vorhanden (so zB von BRD und DDR vor ihrem Beitritt, Czapliński, ICLQ 38 (1989), S. 151–166), zum Ganzen s. Ruys, Armed Attack, S. 15–17. Soweit man hingegen annimmt, dass die inhaltliche Anpassung des Gewohnheitsrechts bereits *mit* Inkrafttreten der Charta eingetreten ist, fehlt es bereits am Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC oder der lex-posterior-Regel.

60 So auch ausdrücklich ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 176, auch wenn das Gericht beide Rechtsquellen kurz darauf (ebd. Rn. 181, 188) nahezu identisch konstruiert, vgl. auch Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (568).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

quelle. In den Bereichen, in denen die Angleichung erfolgt ist, kann umgekehrt die Charta als konkretere Norm gelten.[61]

Über das bisher Gesagte – bei Unvereinbarkeit setzt sich die Charta durch – herrscht weitgehend Konsens.[62] Streit entzündet sich erst an der Frage, *inwieweit* früheres Gewohnheitsrecht mit der Charta unvereinbar ist.

2. Unvereinbarkeit der Charta mit früherem Gewohnheitsrecht

Zu einer Kollision käme es bei der hier untersuchten Fragestellung dann, wenn das Chartarecht gegenüber dem irrenden oder fehlvermutenden Akteur zwingend *permissiver* oder zwingend *restriktiver* wäre als früheres Gewohnheitsrecht. Das ist durch Auslegung der Charta zu ermitteln. Von Bedeutung ist dabei der in der Völkerrechtslehre seit jeher schwelende Streit darüber, inwieweit Art. 2 (4) und 51 UNC die Fortgeltung früherer gewohnheitsrechtlicher Erlaubnissätze ausschließen, die über den Wortlaut von Art. 51 UNC hinausgehen. Gegenüberstehen sich im Wesentlichen die sogenannten „Restriktivisten", die Art. 51 UNC eng und/oder Art. 2 (4) weit auslegen[63] und jegliche unilaterale Gewalt auf die Voraussetzungen des *unmittelbaren Wortlautes* von Art. 51 UNC (insbesondere auf das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs) begrenzen, und die sogenannten „Gegen-Restriktivisten", die umgekehrt eine weite Auslegung von Art. 51 UNC und/oder eine enge Auslegung von Art. 2 (4) befürworten und unilaterale Gewalt auch außerhalb dieser engen Voraussetzungen zulassen.[64] Nach der restriktiven Auffassung wäre das frühere Gewohnheitsrecht zu Fehlvorstellungen bei Erlaubnissätzen, die sich nicht auf den unmittelba-

61 Vgl. Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 13; zur Anwendung der lex-specialis-Regel außerhalb von Normenkonflikten ILC Fragmentation Report Rn. 88–102, insb. Rn. 91, 99.

62 Auch Schiffbauer muss sich nicht zwischen der u.a. von ihm unterschiedenen Koexistenz- und Identitätstheorie (allg. Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 320–329) entscheiden, ebd. S. 353–355.

63 Je nach Bezugspunkt werden die Begriffe „Restriktivisten" und „Gegen-Restriktivisten" daher auch im gegensätzlichen Sinne verwendet, s. zB Ruys, Armed Attack, S. 9 f.

64 Zu dieser Spaltung eing. Corten, EJIL 16 (2006), S. 803–822, der ihren Ursprung in der unterschiedlichen methodischen Herangehensweise sieht; vgl. auch Ruys, Armed Attack, S. 8–10; Banks/Criddle, Leiden J. Int'l. L. 29 (2016), S. 67–93 (die Positionen als „conventional restrictivists" und „costumary restrictivists" bezeichnend).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren Wortlaut des Art. 51 UNC stützen lassen, von der Fortgeltung ausgeschlossen und so von vornherein von geringer Relevanz. Das betrifft nach hier befürworteter Sicht die humanitäre Intervention[65] sowie (je nachdem wie restriktiv man den Halbsatz „if an armed attack occurs" versteht) die antizipierte Selbstverteidigung[66] und die Rettung eigener Staatsangehöriger.[67] Falls das frühere Gewohnheitsrecht in Bezug auf Fehlvorstellungen permissiver wäre als der Wortlaut des Art. 51 UNC, wäre die Kontroverse zudem entscheidend dafür, ob es dennoch fortgelten könnte. Weil die Debatte bekannt ist, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die ganz zentralen Aspekte.

a) Verdrängung anderer Erlaubnissätze als das Selbstverteidigungsrecht

Wie *Kreß* überzeugend begründet,[68] stehen andere frühere gewohnheitsrechtliche Erlaubnissätze als das Selbstverteidigungsrecht – namentlich die gewaltsame Repressalie und die Notstandsmaßnahme – eindeutig im Widerspruch zur textorientierten Auslegung der Charta, also der Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Telos.[69] Die nach dem Wortlaut wohl noch mögliche Lesart, dass Art. 2 (4) UNC nicht zwingend *jeden* Gewalteinsatz auf fremdem Staatsgebiet verbietet,[70] machte die Existenz des Art. 51 UNC völlig unplausibel: Er hätte nur noch deklaratorischen Charakter und würde mit der Selbstverteidigung gerade das am wenigsten Klarstellungsbedürftige herausgreifen.[71] Ziel und Zweck des Kapitels VII,

65 Die sich nach hier zugrunde gelegter Auffassung nur gewohnheitsrechtlich begründen lässt, s.o. S. 1. Kap., I. 3., 4.

66 Nach hier befürworteter Sicht lässt sie sich mit einigen Sprachfassungen in Einklang bringen, während andere die Wortlautgrenze für überschritten halten, s.o. 1. Kap., I. 2.

67 Auch hier ist str., ob Grundlage die Charta oder Gewohnheitsrecht ist, s.o. 1. Kap., I. 4.

68 Kreß, Gewaltverbot, S. 172–185, sich zwar darauf konzentrierend, ob der bewaffnete Angriff unerlässliche Voraussetzung der Selbstverteidigung ist, ebd. S. 169 f; diese Frage ist mit der Fortgeltung früheren Gewohnheitsrechts aber verknüpft, s. auch ebd. S. 178–182.

69 S.o. 3. Kap.; den Begriff „textorientiert" verwendet u.a. Kreß, Gewaltverbot, S. 169.

70 S. Kreß, Gewaltverbot, S. 175.

71 Kreß, Gewaltverbot, S. 175–177; Genoni, Notwehr im Völkerrecht, S. 104 f; s. auch Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 225 (für das antizipierte Selbstverteidigungsrecht).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das die Wahrung des Friedens dem SR überantwortet, bestärken diese Auslegung. Auch die Genese der Art. 2 (4), 51 UNC ergibt, dass die Zusätze des Art. 2 (4) („against the territorial integrity […]")[72] das Gewaltverbot nicht beschränken und Selbstverteidigung den einzigen Erlaubnissatz zur Gewaltanwendung außerhalb des Kapitels VII bilden sollte.[73] Andere vor 1945 gewohnheitsrechtlich anerkannte Titel als das Selbstverteidigungsrecht[74] sind daher unvereinbar mit der Charta und werden von ihr verdrängt. Die Zwecksetzung einer Gewaltanwendung spielt insoweit keine Rolle. Zumindest für Fehlvorstellungen bei der humanitären Intervention, die sich nicht mit dem Selbstverteidigungsrecht begründen lässt,[75] kann das vor 1945 geltende Gewohnheitsrecht somit von vornherein außer Betracht bleiben.

b) Fortbestand einiger Formen des individuellen Selbstverteidigungsrechts

In Bezug auf das frühere gewohnheitsrechtliche *individuelle* Selbstverteidigungsrecht lässt sich eine vollständige Verdrängung hingegen nicht begründen:[76] Der Wortlaut des Art. 51 S. 1 UNC ist nicht eindeutig. Betont man den Satzteil „if an armed attack occurs", mag Art. 51 S. 1 das „naturgegebene Recht" zur Selbstverteidigung nur *in der von der Charta definierten Ausprägung* unberührt lassen, das heißt als Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff.[77] Ein darüber hinausgehendes gewohnheitsrechtli-

72 „[A]gainst the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations".

73 S. für die Diskussion im Komitee UNCIO VI, S. 334 f; Kreß, Gewaltverbot, S. 179 f; E. Gordon, Yale J. Int'l L. 10 (1985), S. 271 (276); vgl. auch Brownlie, British YB Int'l L. 37 (1961), S. 183 (237); die Ablehnung einer „nicht-aggressiven" Intervention lässt sich auch aus ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 35 herauslesen, vgl. Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (573 f).

74 Repressalie und Notstand sind auch keine Unterformen davon, Falk, AJIL 63 (1969), S. 415 (429).

75 S.o. 1. Kap., I. 3.

76 Vgl. Kreß, Gewaltverbot, S. 172–186, der indes feststellt, dass individuelle Selbstverteidigungsmaßnahmen, die nicht der Abwehr eines bewaffneten Angriffs dienen, nur bei ganz überwiegender nachfolgender Praxis satzungskonform sind. Aus der Anwendung seiner Gewichtungsregel (2) lässt sich folgern, dass ihm zufolge nur Gründe von sehr geringem Gewicht für einen Einklang solcher Maßnahmen mit der textorientierten Chartaauslegung sprechen, vgl. ebd. S. 37.

77 Vgl. Kreß, Gewaltverbot, S. 176.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ches Selbstverteidigungsrecht verlöre den Bestand. Legt man das Augenmerk hingegen auf den Ausdruck „nothing in the present Charter shall impair the inherent right", mag der Zusatz „if an armed attack occurs" eine exemplarische Umschreibung des Selbstverteidigungsrechts im Allgemeinen darstellen, was der Fortgeltung eines weiteren gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts Raum beließe.[78] Der Existenz des Art. 51 UNC käme konstitutive Bedeutung zu, allein der Halbsatz „if an armed attack occurs" hätte primär deklaratorischen Charakter (nur primär, weil darin immerhin ein unverzichtbarer Kern des Selbstverteidigungsrechts zum Ausdruck käme). Zumindest für die vorbeugende Selbstverteidigung lässt sich letztere Auslegung teleologisch gut begründen.[79] Auch die Genese legt nahe, dass Art. 51 UNC vorwiegend der Begrenzung *kollektiver* Selbstverteidigung diente.[80] Für jeglichen Ausschluss eines früheren *individuellen* Selbstverteidigungsrechts, das weiter als der unmittelbare Wortlaut von Art. 51 UNC reicht, fehlen hingegen Anhaltspunkte. Welche seiner genauen Ausprägungen das Inkrafttreten der Charta überlebten,[81] kann hier offen bleiben. Das für Fehlvorstellungen besonders wichtige antizipierte Selbstverteidigungsrecht gehört jedenfalls dazu.[82] In Bezug auf diesen Teil des gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts fehlt es folglich an einem Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC[83] und die Staatenpraxis zum antizipierten Selbstverteidigungsrecht vor 1945 ist für die hier untersuchte Fragestellung von Bedeutung.

III. Die Veränderung der Rechtslage durch spätere Praxis

Die nach Inkrafttreten der Charta stattfindende Praxis (im Folgenden: spätere Praxis) ist für die Rechtslage in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Sie

78 Dazu, dass sich der Auslöservorbehalt „if […] occurs" überhaupt auf das *Selbstverteidigungsrecht* selbst und nicht auf die *Anwendung* von Art. 51 S. 1 (dh „auf die grundsätzliche Geltung von Selbstverteidigung") bezieht, ausf. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 312–314.

79 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 318.

80 S. UNCIO XII, S. 680–682; Kreß, Gewaltverbot, S. 180 f; s. auch E. Gordon, Yale J. Int'l L. 10 (1985), S. 271 (278), näher s.u. 9. Kap., I. 1. d.

81 Ein (geschehener oder bevorstehender) *bewaffneter Angriff* ist wohl jedenfalls erforderlich, so auch ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195, Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (580).

82 Umf. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 310–338.

83 Ebenso wenig liegt ein Konflikt iSd lex-posterior-Regel vor, so man Art. 103 UNC anders als hier (6. Kap., II. 1.) für unanwendbar hält.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beeinflusst die Auslegung der UNC als spätere Übung iSd Art. 31 (3) b) WVK und ist notwendiger Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. Zu unterscheiden ist zwischen Bereichen, in denen das Chartarecht die lex specialis darstellt, und den Bereichen, in denen umgekehrt das Gewohnheitsrecht als eine die Charta konkretisierende Norm die maßgebliche Rechtsquelle bildet.

1. Einfluss der späteren Praxis auf das speziellere Chartarecht

Insoweit sich das frühere Gewohnheitsrecht zu zwischenstaatlichen Gewaltanwendungen an das Chartarecht angepasst hat, weil dieses keine Abweichung zuließ, ist es mit dem Recht der Charta zwar identisch geworden. Die Rechtsermittlung richtet sich aber vorrangig nach den spezielleren Regelungen der Charta.[84] Eine durch die spätere Praxis ausgelöste Veränderung des *Gewohnheitsrechts* reicht daher für sich genommen nicht aus, um das in diesen Bereichen maßgebliche Recht zu modifizieren. Die spätere Praxis kann auf das Chartarecht aber in zweierlei Hinsicht Einfluss nehmen.

Sie kann zum einen *als Auslegungskriterium* die *Auslegung* des Chartarechts beeinflussen. Nach Art. 31 (3) b WVK ist sie ein gegenüber Wortlaut, Systematik und Telos gleichrangig zu berücksichtigendes Auslegungskriterium.[85] Daneben kann sie als ergänzendes Auslegungsmittel iSd Art. 32 WVK relevant werden.[86] Wie *Karl* überzeugend begründet und auch die ILC anerkennt,[87] erschöpft sich dieser Auslegungsfaktor nicht in der Ermittlung der ursprünglichen Vertragsabsicht,[88] sondern ist als selbstständiges Auslegungskriterium Indiz für den aktuellen Parteienkonsens[89]

84 S.o. 6. Kap., II. 1.
85 S. bereits oben 3. Kap., Fn. 319.
86 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 2 (4).
87 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 8 und 7, Commentary (27): „The scope for 'interpretation' is therefore not necessarily determined by a fixed original intent, but must rather be determined by taking into account a broader range of considerations, including certain later developments".
88 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 139–141; zu dem Fehlen einer zeitlichen Beschränkung auf die ursprüngliche Parteienabsicht in Art. 31 (3) b WVK s. auch Ruys, Armed Attack, S. 20.
89 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 141–164.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und die objektive Vertragswirklichkeit,[90] die beide für die Auslegung relevante Aspekte darstellen.[91]

Zum anderen kann die spätere Praxis *als Bestandteil des Gewohnheitsrechts* die Charta *modifiziert* haben, wenn die Grenzen der Auslegung erreicht sind, die maßgebliche Regel also auch bei dynamischer Vertragsauslegung nicht mit der Chartanorm in Einklang gebracht werden kann. Eine einfache *Derogation* vom Chartarecht ist deshalb unmöglich, weil sie nicht mehr unter den auf Auslegung beschränkten Art. 31 (3) b WVK fällt und sich die Charta nach Art. 103 UNC auch gegenüber jüngerem Gewohnheitsrecht durchsetzt.[92] Das spätere Gewohnheitsrecht muss das Chartarecht also *modifiziert* haben, damit es an einem Normenkonflikt iSd Art. 103 UNC fehlt.[93] Selbst unter denjenigen Stimmen, die Art. 103 UNC für anwendbar halten, bejahen nicht wenige diese Möglichkeit.[94] Auch wenn die Modifizierung eines Völkerrechtsvertrages durch spätere Praxis aus dem Entwurf von Art. 38 WVK gestrichen wurde[95] und die ILC diese Art der Vertragsänderung in ihren Draft conclusions von 2018 nicht für „generally recognized" hält,[96] wird verbreitet angenommen, dass die in einer späteren Praxis zum Ausdruck kommende Übereinkunft eine Ände-

90 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 164–181.

91 Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 148, 165; zum darüber hinaus angeführten „Konsistenzargument", das Verhalten einer Vertragspartei beinhalte eine Äußerung zum Vertragsinhalt, ebd. S. 156–158; zur sog. Präzedenzwirkung der späteren Praxis ebd. S. 172–177.

92 Zur Anwendung von Art. 103 UNC auf konfligierendes *Gewohnheitsrecht* s.o. 6. Kap., II. 1.

93 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69; allg. zur Unterscheidung von Auslegung und Modifikation Art. 38 (1) ILC Draft Articles on Law of Treaties with Commentaries.

94 Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69; Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 54–57; ebenso Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277 f) und Ruys, Armed Attack, S. 24 (indes beide ohne Bezug zu Art. 103 UNC); aA Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (586).

95 Der ILC-Entwurf von Art. 38 lautete: „A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions", ILC Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, S. 236; s. auch Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277).

96 ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 7 (3) S. 2; anders noch ILC Fragmentation Report, Rn. 224 („customary behaviour undoubtedly affects the interpretation and application of treaties and may, in some cases, modify treaty law").

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung eines Vertrages herbeiführt.[97] Bei Änderungen der *Charta* besteht das Problem, dass Art. 108 UNC dafür grundsätzlich eine Zustimmung der Generalversammlung mit Zweidrittelmehrheit und eine Ratifizierung durch zwei Drittel der Mitglieder verlangt. Aus diesem Grund wird die Chartamodifizierung durch Gewohnheitsrecht teilweise für unmöglich gehalten.[98] Dagegen spricht jedoch, dass mit den Formalia in Art. 108 UNC nur Rechtssicherheit über das geltende Chartarecht erreicht werden soll.[99] Dieses Ziel wird nicht gefährdet, wenn sich alle Vertragsparteien über die Änderung einig sind und dies durch eine entsprechende Praxis bestätigt haben.[100] Jedenfalls eine von *einvernehmlicher* Überzeugung getragene *einheitliche* Staatenpraxis muss die Charta daher modifizieren können,[101] wobei die Überzeugung implizit zum Ausdruck gebracht werden kann.[102] Eine Übereinkunft von zwei Dritteln der Mitglieder erscheint demgegenüber nicht ausreichend.[103]

---

97 S. nur Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (277); Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (17 f); Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 55; Czapliński/Danilenko, Netherlands YB Int'l L. 21 (1990), S. 3 (37–41); Villiger, Customary International Law, S. 196 f, 200–203.

98 ICJ, Certain Expenses, Separate Opinion Spender, 1962, S. 191; Fassbender, Colum. J. Transnat'l L. 36 (1998), S. 529 (599 f).

99 Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 57.

100 Das Minus an Formalia wird durch das Plus an übereinkommenden Staaten sozusagen kompensiert, vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 351.

101 Vgl. Witschel, in: Simma, UN Charter, Art. 108, Rn. 10; Karl, Vertrag und spätere Praxis, S. 349 f; ähnlich Paulus/Leiß, in: Simma, UN Charter, Art. 103, Rn. 69 („universal acceptance").

102 Ebenso Ruys, Armed Attack, S. 24; Villiger, Customary International law, S. 211. Ob diese implizite Zustimmung *aus völkerrechtlich relevanten Umständen* folgen muss, die zur Nichtkundgabe eigener Rechtsüberzeugung *hinzutreten müssen* („affirmatives völkerrechtliches Verhalten", so Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 351 f), ist fraglich. Das Erfordernis einer affirmativen Praxis *aller* UN-Mitglieder machte die Chartamodifikation durch Gewohnheitsrecht weitgehend theoretisch. Auch in den Fällen, in denen eine Modifikation verbreitet angenommen (zB bei Art. 27 (3) UNC, dazu sogleich näher), lagen solche zusätzlichen Umstände nicht vor.

103 Ebenso Karl/Mützelburg/Witschel, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 108, Rn. 12; Kreß, Gewaltverbot, S. 37 Fn. 52; aA Simma/Brunner/Kaul, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 27, Rn. 57; Akehurst, British YB Int'l L. 47 (1976), S. 273 (278), der Art. 108 UNC analog anwendet und einen Verzicht auf die prozessualen Anforderungen für möglich hält. Wie hier i. Erg. wohl ICJ, Namibia, 1971, Rn. 22 zu der Frage, ob eine SR-Resolution auch bei Enthaltung eines ständigen Mitglieds zustande kommt, obwohl Art. 27 (3) UNC ein „affirmative vote" verlangt: „This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter,

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Einfluss der späteren Praxis auf das chartakonkretisierende Gewohnheitsrecht

In Bereichen, die die Charta nicht ausdrücklich regelt, kommt dem Gewohnheitsrecht eine die Charta konkretisierende Rolle zu. Hierunter fallen insbesondere Bereiche, in denen früheres Gewohnheitsrecht von der Charta weder verdrängt wurde noch sich daran genau angeglichen hat.[104] Dazu gehört etwa die antizipierte Selbstverteidigung.[105] Die spätere Praxis nimmt hier als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts auf die Rechtslage Einfluss. Auch wenn das Völkergewohnheitsrecht die maßgebliche Rechtsquelle darstellt, sind seiner Entwicklung wegen Art. 103 und 108 UNC Grenzen gesetzt. Bewegt sich das Völkergewohnheitsrecht auf den unmittelbaren Wortlaut der Charta zu, ist diese Entwicklung aus Sicht der Charta unproblematisch. Es gelten die allgemeinen Grundsätze zur Änderung von Völkergewohnheitsrecht.[106] Entfernt sich das Gewohnheitsrecht hingegen (weiter) von dem Wortlaut der Charta, muss durch Auslegung der Charta ermittelt werden, ob sie diese weitere Abweichung zulässt. Hierbei stellt die spätere Praxis entsprechend der erörterten Grundsätze ein Auslegungskriterium dar. Ist das zu verneinen, kommt nur eine Modifikation der Charta in Betracht, für die die dargestellten Grundsätze gelten.

3. Gewichtungsregeln

Zwei Aspekte wurden bisher weitgehend außen vor gelassen. Erstens ist die Grenzziehung zwischen Auslegung und Modifikation der Charta nicht immer einfach und variiert von Interpret zu Interpret.[107] Das ist wegen der an diese Unterscheidung geknüpften Folgen – die Modifikation erfordert

---

has been *generally accepted* by Members of the United Nations and evidences a *general practice* of that Organization" [Hervorhebungen hinzugefügt].

104 S.o. 6. Kap., II. 1.

105 S.o. 6. Kap., II. 2. b.

106 Diese entsprechen den Grundsätzen, die für die Entstehung neuen Völkergewohnheitsrechts gelten, vgl. Bradley/Gulati, Yale L. J. 120 (2010), S. 202 (212); Verdier/Voeten, AJIL 108 (2014), S. 389 (401 f, 405–411); neben der opinio iuris bedarf es einer „extensive and virtually uniform" practice, ICJ, North Sea Continental Shelf, 1969 (Germany v. Netherlands und Germany v. Denmark), Rn. 74, wobei für ersteres „general practice" genügt, ILA, Report on Formation of Customary International Law, Ziff. 14 (1), S. 24.

107 Ruys, Armed Attack, S. 23; s. auch ILC Fragmentation Report, Rn. 412.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine *einheitliche* Staatenpraxis getragen von *einvernehmlicher* Überzeugung – problematisch. Aus diesem Grund sollte der Bedarf einer *Modifikation* erst dort angenommen werden, wo sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der Charta nicht mehr mit vertretbaren Argumenten begründen lässt, die Charta also *eindeutig* erscheint.[108] Das ist vergleichsweise selten der Fall.[109]

Zweitens stellt sich die Frage, wie die spätere Praxis bei der *Chartaauslegung* gegenüber den textorientierten Auslegungskriterien zu gewichten ist. Ausgehend von den bei der Modifikation berücksichtigten Faktoren – die Eindeutigkeit der Charta und die Einheitlichkeit der entgegenstehenden Staatenpraxis[110] – eignet sich diese Formel: Je bessere textorientierte Gründe für eine bestimmte Auslegung der Charta sprechen – je „eindeutiger" also die Charta –, desto einheitlicher muss eine dieser Auslegung entgegenstehende Staatenpraxis sein, um sich im Ergebnis durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund können die von *Kreß* formulierten Gewichtungsregeln[111] zugrunde gelegt werden – wobei sich die Grenzziehung zwischen Regel (2) und (3) nicht normativ begründen lässt, sondern letztlich der Praktikabilität geschuldet ist. Sie werden hier nur geringfügig angepasst:

(1) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta nicht mit vertretbaren Argumenten begründen, bedarf es für seine Völkerrechtsgemäßheit einer entsprechenden *einheitlichen* späteren Praxis getragen von *einvernehmlicher* Überzeugung.

(2) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta zwar mit noch vertretbaren Argumenten begründen, sprechen aber *deutlich überwiegende* Gründe dagegen, bedarf

108 Etwas enger noch Ruys, Armed Attack, S. 23, der für eine Modifikation das Fehlen eines „*plausible* meaning" ausreichen lässt.

109 Umgekehrt formuliert die ILC die Vermutung, dass die Vertragsparteien mit ihrer späteren Praxis den Vertrag im Zweifel *auslegen* und nicht *modifizieren* wollten, ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 7 (3).

110 Dass diese beiden Faktoren für die Gewichtung entscheidend sind, formuliert, soweit ersichtlich, erstmals Kreß, Gewaltverbot, S. 36. Weniger differenzierte Ansätze von Gewichtungsregeln finden sich bei Hailbronner, Berichte DGVR 26 (1986), S. 49 (65) und Beyerlin, ZaöRV 37 (1977), S. 213 (238 f), die sich stärker an der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung eines Erlaubnissatzes vor 1945 orientieren. Diesen Aspekt berücksichtigt auch Kreß, dazu Fn. 112.

111 Kreß, Gewaltverbot, S. 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es für seine Völkerrechtsgemäßheit einer entsprechenden *deutlich überwiegenden* späteren Praxis.[112]

(3) Lässt sich die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit der textorientierten Auslegung der Charta nicht nur mit vertretbaren Argumenten begründen, sondern *halten sich dafür und dagegen sprechende Gründe etwa die Waage*, genügt für seine Völkerrechtsgemäßheit eine entsprechende *einfach überwiegenden* späteren Praxis.[113]

7. Kapitel: Staatenpraxis

I. Zur Auswahl und Bewertung der Staatenpraxis

Der Fokus der folgenden Untersuchung liegt auf Fällen, in denen der handelnde Akteur einer Fehlvorstellung in Bezug auf einen Erlaubnissatz unterlag oder zumindest mit gewisser Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann. Fälle, die nicht eindeutig eine Fehlvorstellung zum Gegenstand haben, aber für die untersuchte Fragestellung interessante staatliche Äußerungen hervorriefen, werden unterstützend herangezogen. Dabei

112 Kreß beschränkt diese Regel auf vor 1945 anerkannte Erlaubnissätze, ders., Gewaltverbot, S. 37 Fn. 53, S. 185. Nach der hier zugrunde gelegten Konzeption lässt sich die Fortgeltung eines Teiles des früheren gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts bereits mit der textorientierten Auslegung in Einklang bringen, ohne dass es einer entsprechenden späteren Praxis bedarf, um sie „endgültig" rechtmäßig zu machen. Gewichtungsregel (2) kann hier daher unabhängig von diesem Aspekt verstanden werden, i. Erg. wie hier Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 337, 341.

113 Diese dritte Regel weicht leicht von der Kreß'schen Gewichtungsregel (3) ab, die lautet: „Lassen sich im Rahmen der textorientierten Auslegung für die Satzungskonformität eines Gewalteinsatzes Gründe anführen, denen mehr als nur sehr geringes Gewicht zukommt, so kann selbst eine deutlich überwiegende abweichende spätere Praxis nicht zur Begründung des Verdikts der Unzulässigkeit angeführt werden." Die hier formulierte Regel stellt hingegen klar, dass, solange nicht die besseren Gründe für eine Vereinbarkeit mit der textorientierten Auslegung sprechen, die entsprechende Praxis zumindest überwiegen muss, um den Ausschlag zu geben. Im Übrigen lässt sich darüber streiten, ob im Falle einer deutlich überwiegenden Praxis, derzufolge ein Verhalten *unzulässig* ist, mehr als nur sehr geringgewichtige Gründe (die aber immer noch geringfügiger als die entgegenstehenden Gründe sein können) ausreichen sollten, um das Verhalten insgesamt völkerrechtsgemäß zu machen, wie das nach der Kreß'schen Gewichtungsregel möglich scheint; zu diesem Problem vgl. ebd. S. 36 Fn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist aber der Kontext entscheidend.[114] Einer nur en passant gemachten Bemerkung wollte der Akteur möglicherweise keine entsprechende Bedeutung verleihen. Generell gilt daher: Je entscheidungserheblicher eine Aussage, desto höheres Gewicht kann ihr beigemessen werden.[115] Hieraus folgt, dass eine *objektive Formulierung* der Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes (zB „Selbstverteidigung setzt einen bewaffneten Angriff voraus") keinen zuverlässigen Schluss auf die Unbeachtlichkeit von Fehlvorstellungen zulässt, wenn die subjektive Vorstellung des Akteurs von der objektiven Sachlage erkennbar nicht abwich. Denn hier gab es keinen Anlass dafür, die Voraussetzungen aus Sicht des Akteurs zu formulieren; die objektive Formulierung ist dann schlicht die kürzeste. Eine *explizit versubjektivierte* Formulierung („Selbstverteidigung setzt die Annahme eines bewaffneten Angriffs voraus") kommt umgekehrt – auch unabhängig von der Sachlage – mehr Bedeutung zu. Aus dem Gesagten folgt freilich auch, dass Aussagen, zu deren Zeitpunkt der Irrtum bereits *unbestritten* war, mehr Gewicht besitzen als solche, die gemacht wurden, als die wahre Sachlage oder der Kenntnisstand des Akteurs noch weitgehend im Dunkeln lagen.

Geringere Anforderungen werden bei Auswahl und Bewertung der Staatenpraxis daran gestellt, ob der Staat, hätte die Vorstellung seines Akteurs zugetroffen, tatsächlich gerechtfertigt gewesen wäre. Denn soweit die Staaten zur Relevanz einer Fehlvorstellung Stellung bezogen haben, besteht kein Grund, ihren Aussagen weniger Bedeutung beizumessen, weil der Erlaubnissatz ohnehin nicht erfüllt gewesen wäre, etwa weil die Maßnahme unverhältnismäßig war – worüber sich häufig trefflich streiten lässt.[116] Nicht Gegenstand der Untersuchung sind Fälle, in denen der Akteur über den „Tatbestand" des Gewaltverbotes irrte, also nicht gezielt militärische Gewalt gegen einen anderen Staat einsetzte. Ebenso wenig werden die zahllosen Fälle „freundlichen Feuers" berücksichtigt, in denen ein Staat während eines bewaffneten Konfliktes infolge eines Irrtums die Streitkräfte eines an seiner Seite kämpfenden Staates angreift,[117] da sie – obwohl das

114 ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 3, Commentary (2)-(5).

115 Vgl. zum entsprechenden Grundsatz bei IGH-Urteilen Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (587, 602).

116 Anders liegen die Dinge, wenn eine Rechtfertigung unabhängig vom Irrtum überhaupt nicht diskutiert wurde, so beim Abschuss des Malaysia Airlines Flight 17, s.u. 7. Kap., III. 2. b. gg.

117 Für Beispiele s. Knighton, 10 Friendly Fire Incidents from Military History, Military History online v. 19. Oktober 2017. Ein junges Beispiel ist der versehentli-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht ganz leicht zu begründen ist[118] – verbreitet nicht am Gewaltverbot gemessen werden. Die deutliche Mehrheit der untersuchten Fälle betrifft das reaktive und das antizipierte Selbstverteidigungsrecht, ein geringer Teil die Rettung von Staatsangehörigen und die humanitäre Intervention.

Im Friedenssicherungsrecht kommt, um Staatenpraxis nachzuweisen, den Reaktionen der Staatenwelt auf ein bestimmtes Verhalten besondere Bedeutung zu. Denn zumindest eine restriktive Übung besteht bei prohibitiven Normen wie dem Gewaltverbot im Nichtstun.[119] Weil das Nichtstun eines Staates viele Gründe haben, entscheidet hier das Element der opinio iuris über die Relevanz der Praxis.[120] Die Untersuchung der Relevanz von Fehlvorstellungen ist besonders stark auf die Betrachtung staatlicher Reaktionen angewiesen. Denn den Irrtum zeichnet gerade aus, dass der ihm unterliegende Akteur die Situation nicht richtig überblickt und seine Entscheidung für ein Handeln nicht frei trifft. Nicht sein *Handeln*, sondern erst seine *Reaktion*, die des Opferstaates und der Drittstaaten sagen etwas über die Beachtlichkeit seiner Fehlvorstellung aus. Beim Fehlverdacht und der Fehlprognose, bei denen der Akteur eine bewusste Risikoabwägung vornimmt, mag etwas anderes gelten.

Schweigen der Staaten kann nur dann als stillschweigende Duldung beurteilt werden, wenn die Staaten reagieren konnten und ein Protest zu er-

---

che Abschuss eines russischen Kampfflugzeugs durch die syrische Luftwaffe im September 2018. In die Untersuchung aufgenommen werden dagegen einige Beispiele, bei denen es infolge einer Verwechslung durch eine Kriegspartei zum Angriff auf am Konflikt *unbeteiligte* Staaten kam, so beim USS-Liberty- und beim USS-Stark-Vorfall, s.u. 7. Kap., 2. c, bb, cc.

118 Das gilt zumindest, wenn man das ius contra bellum vom ius in bello nicht für verdrängt hält (s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142). Allenfalls lässt sich an eine „vorweggenommene Einwilligung" in das bei einem bewaffneten Konflikt unvermeidbare Risiko freundlichen Feuers denken, ähnlich wie manche bei gefährlichen Sportarten unvermeidbare Verletzungen mittels einer Risikoeinwilligung als rechtmäßig qualifizieren, vgl. zum deutschen Recht Katzenmeier, in: Dauner-Lieb/Langen, Schuldrecht, § 823 BGB Rn. 113 (der jedoch eine Lösung über das Mitverschulden nach § 254 BGB bevorzugt).

119 ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 6 (1), Commentary (3), s. zu dem Problem auch Haque, Int'l L. Stud. 95 (2019), S. 118 (144).

120 Vgl. Tams/Tzanakopoulos, in: d'Aspremont/Kammerhofer, International Legal Positivism, in: S. 498 (509 f); Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 25 f; Lowe, International Law, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

warten gewesen wäre.[121] Letzteres lässt sich indes nicht leicht feststellen. Die denkbaren Kriterien – die Betroffenheit des schweigenden Staates,[122] seine Beziehung zu den agierenden Staaten,[123] das Fehlen anderer offensichtlicher Motive für das Schweigen,[124] die vom handelnden Akteur gelieferte Begründung für seine Maßnahme und Reaktionen Dritter[125] – lassen einen weiten Spielraum,[126] sodass umsichtig mit ihnen umzugehen ist. Zur Staatenpraxis im weiteren Sinne werden hier neben konkreten Vorfällen auch völkerrechtliche Verträge und Sicherheitsstrategien gezählt.

II. Staatenpraxis vor 1945

1. Vorfälle auf See

a) Der Marianna-Flora-Vorfall (1826)

Am 5. November 1821 näherte sich das amerikanische Militärschiff *Alligator* dem portugiesischen Handelsschiff *Marianna Flora* auf Hoher See, weil es letztere in Seenot glaubte.[127] Die *Marianna Flora* hielt die *Alligator* für ein Piratenschiff und feuerte auf sie, woraufhin die Besatzung der *Alligator*, nunmehr ihrerseits in dem Glauben, es mit Piraten zu tun zu haben, mit Feuer reagierte. Die Besatzung der *Alligator* nahm die der *Marianna Flora* fest und brachte sie gemeinsam mit dem Schiff in die USA, wo ein gegen sie eröffnetes Verfahren jedoch bald eingestellt wurde.[128] Im Rahmen der

121 ICJ, Temple of Preah Vihear, Merits, 1962, S. 23; ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 10 (3), Commentary (8); ILC Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Draft Conclusion 10 (2), Commentary (14)-(22); instruktiv Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (26–45).

122 MacGibbon, British YB Int'l L. 33 (1957), S. 115 (132, 143); krit. zu diesem Kriterium bei Art. 51 UNC Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (39 f).

123 Je weniger freundschaftlich die Beziehung, desto mehr Gewicht kommt dem Schweigen zu und umgekehrt, entspr. für den Protest vgl. Gray, Use of Force, S. 22; Ruys, Armed Attack, S. 39.

124 S. Ruys, Armed Attack, S. 38; krit. zu dem Kriterium Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (27–30).

125 Starski, JUFIL 4 (2017), S. 14 (32–39).

126 Mendelson, British YB Int'l L. 66 (1996), S. 177 (186 f).

127 S. zu dem Vorfall Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (317–319); Wehberg, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch, Ibero-Amerikanismus bis Quirin-Fall, S. 472; für die Fakten s. insb. Circuit Court, D. Massachusetts Case No. 9,080.

128 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (318).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von der Besatzung der *Marianna Flora* erhobenen Widerklage, mit der diese die Völkerrechtswidrigkeit des Gewalteinsatzes und der Festnahme festgestellt wissen wollte, nahm der amerikanische Supreme Court zur rechtlichen Behandlung des beiderseitigen Irrtums Stellung:

> „But every hostile attack, in a time of peace, is not necessarily piratical. It may be by mistake, or in necessary self-defence, or to repel a supposed meditated attack by pirates. It may be justifiable, and then no blame attaches to the act; or, it may be without just excuse, and then it carries responsibility in damages."[129]

Wenn das Gericht den Irrtum auch getrennt vom Selbstverteidigungsrecht aufführte – ein Indiz dafür, dass es letzteres für sich genommen ex post beurteilte[130] –, hatte ein (unvermeidbarer)[131] Irrtum ihm zufolge rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung.[132] Während der Supreme Court den Irrtum der *Marianna Flora* für vermeidbar hielt[133] – ihn aber nur am Rande erwähnte – sah er den Gewalteinsatz der *Alligator* aufgrund des Irrtums ihrer Besatzung als gerechtfertigt an.[134] Die in diesem Zusammenhang getroffene Feststellung, die *Marianna Flora* habe durch ihr Verhalten

---

129 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 41; ganz ähnlich Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

130 Obwohl die Passage fast wortgleich dem Urteil des Circuit Court entnommen ist, deutet dort eine andere Passage auf eine (anspruchsvolle) objektive ex-ante-Beurteilung der Selbstverteidigungslage: „If, indeed, there was any blame, it was the Marianna Flora; because she had no right to apply force, *unless in self-defence, and where the circumstances admitted of no reasonable doubt of a hostile or piratical attack*." [Hervorhebung hinzugefügt], Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

131 Diese Einschränkung wird deutlicher im Urteil des Circuit Court (s. Fn. 130); auch die zitierte Passage des bestätigenden Supreme-Court-Urteils lässt sich aber so verstehen.

132 Das Gericht unterschied nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, wie an der synonymen Verwendung der Begriffe *justifiable*, *blame* und *excuse* deutlich wird. Den Begriff der „piratical aggression" verwendete es im Übrigen weit (vgl. zB 24 U.S. 1, 40), sodass er nicht auf Piraterie im heutigen Sinne beschränkt ist und sich für das Gewaltverbot fruchtbar machen lässt.

133 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 51: „The only excuse offered for this unjustifiable act was, that the commander entertained a fear that the Alligator was a pirate. But, such a fear, *unauthorized by any acts on the other side*, was no excuse for a wrong which might have led to the most fatal consequences" [Hervorhebung hinzugefügt]; etwas deutlicher Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080.

134 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 45–50. Auch die Festnahme von Schiff und Besatzung hielt das oberste Gericht in Analogie zum Prisenrecht für ge-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Irrtum der *Alligator* mitverursacht,[135] war angesichts dieser vorherigen Feststellung eigentlich überflüssig,[136] bestärkte die Richter aber offenbar darin, dass die *Marianna Flora* das volle Irrtumsrisiko zu tragen hatte. Insgesamt kann der Vorfall als Indiz für eine Beachtlichkeit von Irrtümern gelten. Auf die Auswirkungen des Irrtums einer Partei auf das Selbstverteidigungsrecht der anderen Partei, die selbst keinem Irrtum unterliegt, gibt er hingegen keinen Aufschluss, da das Gericht das *beiderseitige* Missverständnis betonte.

b) Der Dogger-Bank-Vorfall (1904)

In der Nacht zum 22. Oktober 1904 feuerte während des russisch-japanischen Krieges eine russische Flotte vor der englischen Küste auf englische Fischerboote, die sie für angreifende japanische Torpedoboote hielt.[137] Der russische Kommandeur rechnete mit einem solchen Angriff und hatte die Sicherheitsvorkehrungen wenige Stunden vor dem Vorfall noch einmal verschärft, nachdem ein zurückgefallenes Schiff seiner Flotte fälschlicherweise gemeldet hatte, dass es Opfer eines Torpedoangriffs geworden sei. Bei dem russischen Beschuss der Fischerboote kamen drei englische Fischer sowie zwei russische Besatzungsmitglieder ums Leben. Der Vorfall rief eine diplomatische Krise zwischen Großbritannien und Russland hervor.[138] Unmittelbar nach dem Vorfall bedauerten russische Diplomaten und ihre Regierung den „unfortunate mistake" und versprachen Entschädigung, sobald sich die Faktenlage aufgeklärt habe.[139] Als der Bericht des russischen Schiffskommandeurs vorlag, sah Russland den Auslöser jedoch

---

rechtfertigt, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 54. Die unterste Instanz hatte der Besatzung noch eine Entschädigung zugesprochen, vgl. Circuit Court, D. Massachusetts, Case No. 9,080 a.E.

135 Supreme Court, 24 U.S. (11 Wheat.) 1, 47 f.

136 Dem Umstand, dass sich die *Alligator* gegen einen – wegen des vermeidbaren Irrtums der *Marianna Flora* – ohnehin *objektiv rechtswidrigen* Gewalteinsatz wehrte, maß das Gericht keine Bedeutung bei.

137 Für die Fakten s. Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929–936; Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173–176; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (312–316); Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (929–939); für eine rechtliche Bewertung s. Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 34–36.

138 S. etwa London Mob Attacks Russian Ambassador, NY Times v. 25. Oktober 1904.

139 Aussagen des russischen Kaisers Nicolas II, des Außenministers Count Lamsdorff und des russischen Diplomaten Prinz Sviatopolk-Mirsky, vgl. Moore, Ad-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in der „tatsächlichen oder vermuteten" Anwesenheit von Torpedobooten.[140] Eine mit der Untersuchung des Vorfalls betraute internationale Kommission[141] gelangte hingegen mehrheitlich zu dem Ergebnis, dass die Eröffnung des Feuers nicht gerechtfertigt war, weil von den Fischerbooten keine Gefahr ausgegangen sei und sich darunter keine Torpedoboote befunden hätten.[142] Gleichwohl habe der Admiral persönlich alles getan, um die englischen Fischer zu verschonen. Zudem würden weder seine militärischen Fähigkeiten und seine Menschlichkeit noch die seiner Mannschaft in Abrede gestellt.[143] Liest man daraus, dass die Kommission den Irrtum des Admirals für unvermeidbar hielt,[144] so waren für die Mehrheit ihrer Mitglieder selbst Irrtümer dieser Art im Ergebnis unbeachtlich.[145] Das russische Kommissionsmitglied nahm die gegenteilige Position ein, indem es darauf beharrte, dass die „suspicious-looking vessels approaching the squadron with hostile intent" der Auslöser gewesen seien.[146] Dennoch akzeptierte Russland den Bericht und zahlte 65.000 Pfund als Entschädigung an die englischen Fischer.[147] Angesichts dieses Umstandes, der frühen russi-

vocate of Peace 67 (1905), S. 173 (174); London Mob Attacks Russian Ambassador, NY Times v. 25. Oktober 1904.

140 Aussage des russischen Chargé d'affaires in London Sazonow, zitiert von Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173 (174), Hershey, International Law and Diplomacy, S. 222.

141 Grundlage war das I. Haager Abkommen betreffend die friedliche Erledigung von internationalen Streitfällen (1899), wobei der Auftrag der Kommission über die bloße Faktenermittlung hinausging und auch die individuelle Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger umfasste, Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (931–933). Die Kommission bestand aus fünf Admirälen aus Großbritannien, Russland, Frankreich, den USA und Österreich-Ungarn, jeweils einem russischen und britischen Berater sowie einem Vertreter der beiden Botschaften in Paris, ebd. S. 934; Irmscher, MPEPIL 1032 (2006), Rn. 5.

142 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (935 Rn. 13).

143 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (936 Rn. 15, 17).

144 Das erscheint indes nicht zwingend, vgl. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (316 f).

145 So auch Moore, Advocate of Peace 67 (1905), S. 173 (176), der der Unvermeidbarkeit offenbar keine Bedeutung beimisst: „Had they [the commissioners] been lawyers, they probably would have brought out more clearly the distinction, which was clearly playing on their minds, between justification in fact and apparent justification. They found that the attack was not in fact justified, and from this finding there arose an obligation to make compensation."

146 Commission of Inquiry Report, AJIL 2 (1908), S. 929 (935 Rn. 13).

147 Lemnitzer, EJIL 27 (2016), S. 923 (939); Irmscher, MPEPIL 1032 (2006) Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Entschädigungszusagen sowie der Mehrheitsauffassung weist der Dogger-Bank-Vorfall in Richtung einer ex-post-Betrachtung.[148]

c) Die Durchsuchungen der Jessie, Thomas F. Bayard und Pescawha (1909)

1909 durchsuchten US-amerikanische Funktionäre die britischen Schiffe *Jessie*, *Thomas F. Bayard* und *Pescawha* auf hoher See und versiegelten deren Waffen in der irrigen Annahme, dazu berechtigt zu sein.[149] Die USA gestanden zwar ein, dass die Beamten zu diesen Maßnahmen kein Recht gehabt hätten, lehnten es wegen des Irrtums aber ab, Verantwortung zu übernehmen.[150] Das angerufene Schiedsgericht erkannte an, dass die amerikanischen Beamten „bona fide" gehandelt hatten. Hierauf könnten sich diese aber nur gegenüber ihrer Regierung berufen. Letztere sei gegenüber anderen Regierungen für „errors in judgment of its officials" verantwortlich.[151] Wenn der Begriff des „error in judgment" auch geeignet ist, die Beurteilung der Fakten zu umfassen, spricht der der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts[152] dafür, dass sich das Gericht auf Rechtsirrtümer beschränkte. Für die untersuchte Fragestellung ist der Vorfall – unabhängig davon, dass das Vorliegen einer *zwischenstaatlichen Gewaltanwendung* nicht selbstverständlich erscheint[153] – daher kaum von Aussagekraft.

---

148 Den Vorfall gegensätzlich beurteilend Gaborit, Questions de neutralité maritime, S. 35 f.

149 Zu den Fakten s. Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57–60.

150 Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (58).

151 Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (59).

152 Weder dem Schiedsspruch noch anderen Quellen lässt sich die genaue Vorstellung des Entscheidungsträgers entnehmen. Die Annahme eines Rechtsirrtums liegt näher als die eines Sachverhaltsirrtums angesichts der Formulierung des Schiedsspruchs („acted in the bona fide belief that he had the authority so to act", Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States, Arbitral Award, 1921, RIAA VI, S. 57 (58)) und des Umstandes, dass, wie die US-Regierung implizit anerkannte, es für dieses Vorgehen einer speziellen zwischenstaatlichen Vereinbarung bedurft hätte (ebd. S. 58).

153 Zur Abgrenzung zu law-enforcement-Maßnahmen s.u. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Vorfälle an Land

a) Der Waima-Vorfall (1893)

In der Nacht vom 23. Dezember 1893 beschossen französische Soldaten an der sierra-leonischen Grenze in Waima ein britisches Soldatenlager in der irrigen Annahme, dass es sich dabei um Krieger eines Stammes handle, der sowohl von den Franzosen als auch von den Briten bekämpft wurde.[154] Frankreich akzeptierte seine Verantwortlichkeit für den Vorfall dem Grunde nach. Uneinig waren sich die Parteien jedoch über die „Würdigung der Umstände" und die Höhe der Entschädigungssumme.[155] Das mit diesen Fragen betraute Schiedsgericht erkannte an, dass der französische Offizier gutgläubig gehandelt habe und der Vorfall zum Teil auf eine unglückliche Verkettung von Umständen zurückgehe. Auch wenn sich die Verantwortlichkeit der französischen Regierung dadurch verringere, gelte, dass „la réparation n'en doit pas moins se régler dans un large esprit d'équité."[156] Bei der Frankreich auferlegten Zahlungspflicht blieb das Gericht nur knapp unter den von England geforderten 10.000 Pfund.[157] Der Waima-Vorfall bringt das Ringen um eine interessengerechte Lösung zum Ausdruck: Nach Auffassung der Akteure war das Risiko unvermeidbarer Irrtümer größtenteils von der irrenden Partei zu tragen, ihr Irrtum bei der Haftungsausfüllung gleichwohl ein Stück weit zu berücksichtigen.[158] Zu seiner etwaigen Berücksichtigung in der *Haftungsbegründung* konnte das

154 S. Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (354 f); Waima Incident, The Telegraph (Brisbane) v. 25. Oktober 1899, S. 5; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (331 f).

155 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (354).

156 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (355).

157 Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (356) (9.000 Pfund).

158 Zwar begründete das Schiedsgericht das Zurückbleiben der gewährten Summe hinter der Forderung nicht ausdrücklich mit einer französischen „Teilverantwortlichkeit", sondern u.a. damit, dass die britische Regierung einen Schaden von 10.000 Pfund nicht bewiesen habe, Arbitral Award concerning the Waima Incident, 1902, RIAA XXIX, S. 353 (356). Nach der Rede vom „large esprit d'équité" liegt es aber nahe, dass der Irrtum des französischen Offiziers eine Rolle spielte. Denn es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass England einen Schaden in Höhe der zugesprochenen 9.000 Pfund bewiesen hatte, sodass die Beweisfrage nicht der alleinige Grund gewesen sein dürfte. Auch enthält die Entscheidung, anders als Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (332) annimmt, keine Aussage, Frankreich habe *alle* britischen Schäden zu ersetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schiedsgericht angesichts der französischen Verantwortungsübernahme keine Stellung beziehen. Ebendiese spricht aber gegen die Beachtlichkeit auf dieser Ebene.

b) Der Maziua-Vorfall (1914)

Am 24. August 1915 griff die Einheit des deutschen Postens in Sasabara (Deutsch-Ostafrika) den portugiesischen Posten in Maziua (Mosambik) an.[159] Das Gerücht über eine portugiesische Kriegserklärung hatte die Runde gemacht und der deutsche Kommandeur hielt seinen Posten, der nur durch einen Fluss vom portugiesischen getrennt wurde, für von einem bevorstehenden portugiesischen Angriff bedroht. Der Befehl des Gouverneurs von Deutsch-Ostafrika, vorerst keine Kampfhandlungen zu unternehmen, hatte den Posten in Sasabara nicht erreicht. Wie Frankreich im Waima-Vorfall erkannte Deutschland seine Verantwortung für die entstandenen Schäden dem Grunde nach an. Das allein mit dem Haftungsumfang betraute Schiedsgericht maß dem Irrtum keinerlei Bedeutung bei, sodass der in der Waima-Entscheidung angedeutete Lösungsweg keine Bestätigung fand. Die Verantwortungsübernahme Deutschlands ebenso wie die vom Schiedsgericht verwendete Formulierung der „aggression allemande“[160] weisen darauf hin, dass Irrtümer auch im Bereich der Haftungsbegründung als unbeachtlich angesehen wurden.[161] Jedoch lässt sich nicht ausschließen, dass die Entscheidung der Schiedsrichter davon beeinflusst war, dass sie den Irrtum des Kommandeurs für vermeidbar hielten[162] oder wegen des internen Kommunikationsdefizits zumindest der Sphäre Deutschlands zurechneten.

159 Für die Fakten s. Responsabilité de l’Allgemagne, Portugal contre Allemagne, Sentence Arbitrale, 1928, RIAA II, S. 1011 (1017 f); Linnan, Yale J. Int’l L. 16 (1991), S. 245 (332 f).

160 Responsabilité de l’Allgemagne, Portugal contre Allemagne, Sentence Arbitrale, 1928, RIAA II, S. 1011 (1018 f).

161 Den Vorfall i. Erg. ebenso bewertend Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts, Vol. II, S. 31.

162 Linnan, Yale J. Int’l L. 16 (1991), S. 245 (333).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Der Kling-Vorfall (1921)

Am 23. Januar 1921 erschossen mexikanische Soldaten einen amerikanischen Staatsangehörigen, der sich mit anderen Amerikanern am Straßenrand aufhielt, von denen einige mit Waffen in die Luft geschossen hatten. Mexiko argumentierte, seine Behörden hätten pflichtgemäß gehandelt „in repelling an aggression which, real or imaginary, had all the aspects of an attack by a party which, because of the hour and their behavior, might be considered as marauders".[163] Diese Argumentation wies das angerufene Schiedsgericht zurück, indem es die erwähnte Passage des Jessie-Schiedsspruchs, derzufolge eine Regierung für die „errors in judgment" ihrer Beamten verantwortlich sei, zur allgemeinen Regel erhob.[164] Angesichts der ausdrücklich auf Sachverhaltsirrtümer bezogenen Argumentation Mexikos („imaginary aggression") lässt sich das Gericht – anders als noch das Schiedsgericht im Jessie-Fall – nur so verstehen, als seien auch die *tatsächlichen* Voraussetzungen der Selbstverteidigung ausschließlich ex post zu beurteilen. Dass der Fall heute eher dem Bereich des law enforcement als dem zwischenstaatlicher Gewaltanwendungen zuzuordnen wäre, relativiert jedoch seine Bedeutung.[165]

d) Der griechisch-bulgarische Grenzzwischenfall (1925)

Am 19. Oktober 1925 wurde bei einem Schusswechsel an der griechisch-bulgarischen Grenze ein griechischer Grenzsoldat getötet.[166] Aus dem Vorfall entwickelte sich eine kleinere militärische Auseinandersetzung zwischen griechischen Soldaten auf der einen und bulgarischen Soldaten und bewaffneten Zivilisten auf der anderen Seite. Durch Fehleinschätzungen, Übertreibungen und Ungenauigkeiten bei der Weitergabe von Informatio-

163 Lillie S. Kling (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1930, RIAA IV, S. 575 (578).

164 Lillie S. Kling (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1930, RIAA IV, S. 575 (581, s. auch 579).

165 Denn die internationalen Beziehungen waren wohl nicht betroffen, zur Abgrenzung s.u. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2).

166 Zu den Fakten s. Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.727 M.270.1925, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (197–203); Report to the Seventh Assembly, League of Nations Doc. A.6.126, S. 30–33.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen[167] entstand in Athen der falsche Eindruck, ein ganzes bulgarisches Bataillon besetze griechisches Territorium.[168] Daraufhin ordnete die Athener Regierung unter Berufung auf sein Selbstverteidigungsrecht ihre Soldaten an, kilometertief in bulgarisches Gebiet einzudringen, das diese sodann mehrere Tage lang besetzten.[169] Der vom Rat des Völkerbundes angenommene Bericht der eingesetzten Untersuchungskommission gelangte zu dem Ergebnis, dass Griechenland die Völkerbundsatzung verletzt habe.[170] Dass die Regierung einem Irrtum unterlegen hatte, erkannte der Bericht ausdrücklich an.[171] Jedoch kann auch hier nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Kommission von dem Umstand leiten ließ, dass der Irrtum ihrer Auffassung nach hätte vermieden werden können.[172] Allein eine allgemein formulierte Aussage des britischen Rapporteurs in der Sache weist in die Richtung einer vollständigen ex-post-Beurteilung:

> „We believe that all the Members of the Council will share our view in favour of the broad principle that where territory is violated without sufficient cause reparation is due, *even if at the time of the occurrence it was believed by the party committing the act of violation that circumstances justified the action*. We believe this to be a principle which all Members of the League of Nations will wish to uphold."[173] [Hervorhebung hinzugefügt]

---

167 Vgl. Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (200 f).

168 Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 S. 200 (201).

169 Telegramm des griechischen Außenministers v. 24. Oktober 1925, League of Nations OJ 6 (1925), S. 1697.

170 Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (203).

171 S. Fn. 168.

172 Nach der Kommission hätte die griechische Regierung eine Untersuchung vor Ort vornehmen, jedenfalls hätten fehlende Anhaltspunkte für weitere bulgarische Truppenbewegungen sie alarmieren müssen, Commission of Enquiry Report, League of Nations OJ 7 (1926), S. 196 (202).

173 Twelth Meeting, League of Nations OJ 7 (1926), S. 172 (173); s. auch Report to the Seventh Assembly, League of Nations Doc. A.6.126, S. 35. Ein Zweifel an der Aussagekraft der Passage ergibt sich daraus, dass der Berichterstatter kurz vorher darauf hinwies, dass Griechenland auch bei Zugrundelegung seiner Vorstellung nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Aussage auch so lesen, dass sie sich allein auf Subsumtionsirrtümer bezieht, deutlicher insoweit die entsprechende Aussage im Mukden-Vorfall, s. sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Der Mukden-Vorfall (1931)

Während sich die Anspannungen zwischen China und Japan auf ihrem Höhepunkt befanden, ereignete sich am Abend des 18. September 1931 eine Explosion auf den Gleisen der von Japan kontrollierten südmandschurischen Eisenbahn in der Nähe der chinesischen Stadt Mukden.[174] Daraufhin nahm die japanische Armee unter Berufung auf ihr Selbstverteidigungsrecht und den Schutz japanischer Bürger[175] die Mandschurei ein und gründete dort den unter ihrer Kontrolle stehenden Staat „Mandschukuo". Es zeigte sich erst deutlich später, dass die japanische Armee – ohne Rücksprache mit der Regierung in Tokio – die Explosion aller Wahrscheinlichkeit nach selbst inszeniert hatte.[176] Noch bevor dies ans Licht kam, wies die vom Völkerbund eingesetzte Untersuchungskommission den japanischen Rechtfertigungsversuch zurück. Ihr Bericht, den die Völkerbundversammlung fast einstimmig annahm,[177] enthält eine interessante Passage:

> „An explosion undoubtedly occurred (…), but the damage, if any, to the railroad did not in fact prevent the punctual arrival of the southbound train from Changchun, and was not in itself sufficient to justify military action. The military operations of the Japanese troops during this night (…) cannot be regarded as measures of legitimate self-defence. *In saying this, the Commission does not exclude the hypothesis that the officers on the spot may have thought they were acting in self-defence*."[178] [Hervorhebung hinzugefügt]

Isoliert betrachtet scheint der letzte Satz eine ex-post-Betrachtung zugrunde zu legen. Der vorherige Hinweis darauf, dass die Explosion – unterstellt, sie sei von den Chinesen verursacht worden – nicht ausreichend schwer war, um ein Selbstverteidigungsrecht zu begründen, legt jedoch na-

---

174 Heute Shenyang. Zu den Fakten s. Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.663.M.320.1932, S. 66–72; Takeuchi, War and Diplomacy, S. 349–357; Hathaway/Shapiro, The Internationalists, S. 131–133, 153–155.

175 Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 36.

176 Hathaway/Shapiro, The Internationalists, S. 155; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (333 Fn. 400).

177 Es gab 42 Ja-Stimmen, eine Nein-Stimme (Japan) und eine Enthaltung, Seventeenth Plenary Assembly Meeting, League of Nations OJ Spec. Suppl. 112 (1933), S. 22.

178 Commission of Enquiry Report, League of Nations Doc. C.663.M.320.1932, S. 71.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

he, dass sich die Kommission allein auf einen von ihr angenommenen Subsumtionsirrtum bezog. Dafür spricht bei genauerem Hinsehen auch die Formulierung des betreffenden Satzes („thought they were acting in self-defence") sowie der Umstand, dass der Bericht einen Sachverhaltsirrtum der handelnden Soldaten an keiner Stelle in Betracht zog, ja nicht einmal die These formulierte, dass die Explosion nicht auf chinesisches Handeln zurückging.[179] Die Bedeutung des Mukden-Vorfalls für Irrtümer über die *tatsächlichen* Voraussetzungen der Selbstverteidigung und der Rettung eigener Staatsangehöriger ist daher zweifelhaft. Auch das Tokio-Urteil des internationalen Militärgerichtshofs gibt, da es bereits die These von der Inszenierung des Vorfalls zugrunde legte, keinen weiteren Aufschluss über die Frage.[180]

3. Völkerrechtliche Verträge

Zwei Arten völkerrechtlicher Verträge vor 1945 sind für die untersuchte Fragestellung von Interesse: vertragliche Beistandspflichten für den Fall des Angriffs durch einen Dritten – sollte der spätere Art. 51 UNC doch gerade die Vereinbarkeit der Charta mit einem bestimmten Verteidigungsbündnis gewährleisten – sowie die ersten Kriegsächtungspakte, da sie Vorläufer des heutigen Gewaltverbotes waren.

Die meisten der zahlreichen Verteidigungspakte vor 1945[181] setzten ihrer Formulierung nach einen tatsächlichen Angriff voraus: Etwa begründete der Dreibund zwischen Österreich-Ungarn, Deutschland und Italien von 1882 eine Beistandspflicht „im Falle, wo Italien [oder Deutschland] ohne unmittelbare Herausforderung seinerseits aus irgendeinem Grunde von Frankreich angegriffen *werden sollte*."[182] Entsprechend verlangte die französisch-russische Allianz von 1892 militärischen Beistand „if France [or Russia] *is* attacked by Germany […]".[183] Das nie in Kraft getretene Genfer Protokoll von 1924 sah eine Beistandspflicht zugunsten des „State at-

179 Diesen Aspekt vernachlässigt Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (336), der den Vorfall als klaren Präzedenzfall für eine ex-post-Betrachtung bewertet.

180 International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 4 November 1948, paras. 49.049–49.054, 49.781 f, 49.797.

181 Ausf. zu den einzelnen Verträgen Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 236–249.

182 Dreibund v. 20. Mai 1882, Art. II, Hervorhebung hinzugefügt.

183 Franco-Russian Alliance Military Convention v. 18. August 1892, para. 1, Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tacked or threatened" vor.[184] Auch die unmittelbar vor oder während des zweiten Weltkriegs geschlossenen Verteidigungsbündnisse waren überwiegend objektiv formuliert.[185] Die genaue Aussagekraft dieser Formulierungen ist indes unklar. Einzelne Abkommen legten hingegen ausdrücklich eine ex-ante-Sicht zugrunde: So richtete sich die im Abkommen von Nyon (1937) vorgesehene Beistandspflicht gegen „any submarine encountered in the vicinity of a position where a ship […] has recently been attacked […] in circumstances *which give valid grounds for the belief* that the submarine was guilty of the attack".[186] Der Act von Chapultepec (1945), dem Art. 51 UNC seine Existenz verdankt,[187] stellte im dritten Absatz der „Erklärung" zwar noch objektiv auf „*every attack* of a State against the integrity […]" ab. Im vierten Absatz heißt es hingegen: „[I]n case *acts of aggression occur or there may be reasons to believe that an aggression is being prepared* by any other State […], the States signatory to this declaration will consult amongst themselves in order to agree upon measures it may be advisable to take."[188] Die verschiedenartige Formulierung der Perspektive legt nahe, dass die Voraussetzungen reaktiver Selbstverteidigung ex post, die antizipierter Selbstverteidigung objektiv ex-ante beurteilt wurden.

Erste multilaterale Verträge, die das Kriegsführungsbefugnis einschränkten, geben über die untersuchte Fragestellung nur insoweit Aufschluss, als sie überhaupt eine Aussage zu unilateralen Ausnahmen von den Kriegsführungsbeschränkungen, namentlich dem Selbstverteidigungsrecht, trafen. Die Völkerbundsatzung, die die Kriegsführungsbefugnis nur punktuell beschnitt,[189] ließ das Selbstverteidigungsrecht ungeregelt. Doch zumindest war das Verbot der Kriegsführung gegen eine Partei, „die sich dem [einstimmig angenommenen] Bericht des Rates fügt", eine der wenigen mate-

184 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes v. 2. Oktober 1924, Art. 11 S. 3.

185 So zB die Verteidigungspakte zwischen Russland und Frankreich vom 1935 („in the event that France or the U.S.S.R. *are subjected* to the threat or danger of aggression"), Art. 1; die (erzwungenen) Pakte Russlands mit Estland v. 28. September 1939, Lettland v. 5. Oktober 1939 und Litauen v. 10. Oktober 1939 („*in the event* of direct aggression or threat of aggression"), Art. 1 bzw. 2; die Deklaration von Panama v. 3. Oktober 1939 („whether such hostile act *be* attempted or *made* form land, sea, or air"), Hervorhebungen hinzugefügt.

186 Abkommen von Nyon (1937), Art. III, Hervorhebung hinzugefügt.

187 S.u. 9. Kap., I. 1. d.

188 Act of Chapultepec, Declaration (Part I), para. III, IV, Hervorhebung hinzugefügt.

189 Insb. durch Art. 11, 12, 13, 15 Völkerbundsatzung.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

riell-rechtlichen Beschränkungen, objektiv formuliert.[190] 1924 stellte der Bericht der Vollversammlung des Völkerbundrats in objektiven Begriffen klar, dass „[t]he right of legitimate self-defence continues, as it must, to be respected. The State *attacked* retains complete liberty to resist by all means in its power any acts of aggression."[191] Das bereits erwähnte Genfer Protokoll sowie der Vertrag von Locarno (1925), die beide ein allgemeines Kriegsführungsverbot gegen andere Mitglieder statuierten, formulierten die Ausnahmen ebenfalls objektiv. So lautete die Ausnahme im Genfer Protokoll „except in case of resistance to acts of aggression [...]",[192] im Locarno-Vertrag war die Rede von der „Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung, das heißt [...] den Widerstand gegen eine Verletzung der Verpflichtung des vorstehenden Absatzes [das Kriegsverbot] oder gegen einen flagranten Verstoß gegen die Art. 42 und 43 des Vertrags von Versailles."[193] Im Briand-Kellogg-Pakt (1928) wurde das Selbstverteidigungsrecht nicht kodifiziert, weil sich die USA mit einer bemerkenswerten Begründung gegen einen entsprechenden Vorstoß Frankreichs durchsetzten:

> „There is nothing in the American draft of an anti-war treaty which restricts or impairs in any way the right of self-defense. That right is inherent in every sovereign state and is implicit in every treaty. Every nation is free at all times and regardless of treaty provisions to defend its territory from attack or invasion and *it alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defense*. If it has a good case, the world will applaud and not condemn its action. Express recognition by treaty of this inalienable right, however, gives rise to the same difficulty encountered in any effort to define aggression. It is the identical question approached from the other side. Inasmuch as no treaty provision can add to the natural right of self-defense, it is not in the interest of peace that a treaty should stipulate a juristic conception of self-defense since it is far too easy for the unscrupulous to mold

190 Art. 15 (6) Völkerbundsatzung.
191 League of Nations, Official Journal, Special Supplement No. 23, S. 483, zitiert von ILC Report, 32nd session, Doc. A/35/10, Art. 34, Commentary (10), Fn. 186, YBILC (1980-II), S. 55, Hervorhebung hinzugefügt.
192 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes v. 2. Oktober 1924, Art. 2.
193 Vertrag von Locarno, Art. 2 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

events to accord with an agreed definition."[194] [Hervorhebung hinzugefügt]

Bezieht man die hervorgehobene Formulierung nicht nur auf den rechtlichen Umfang von Selbstverteidigung, sondern auch auf die Wahrnehmung der Tatsachen, ist die Note ein dezidierter Ausspruch für eine vollständig subjektive Beurteilung dieser Tatsachen. Die von der Sowjetunion 1933 initiierte „Konvention für die Definition der Aggression" wiederum qualifizierte der Formulierung nach den objektiv ersten Akt der aufgelisteten Art als Aggression, ohne subjektive Elemente zu berücksichtigen.[195]

4. Zwischenergebnis

Die aufgeführten Vorfälle beziehen sich – mit Ausnahme des Mukden-Vorfalls, in dem auch die Rettung eigener Staatsangehöriger durchklang – sämtlich auf das Selbstverteidigungsrecht. Auch wenn das Bild weniger klar ist als bisweilen geltend gemacht wird,[196] existiert mit dem Dogger-Bank, dem Maziua-, dem Kling- und dem griechisch-bulgarischen Grenzvorfall vor 1945 eine Reihe von Präzedenzfällen, die von einer Zurückhaltung gegenüber der Beachtlichkeit vermeidbarer wie unvermeidbarer Irrtümer zeugen. Fälle wie der Marianna-Flora- und der Waima-Vorfall, in denen die Berücksichtigung unvermeidbarer Irrtümer (im letzteren zumindest andeutungsweise) zum Ausdruck kommt, stehen zumindest zahlenmäßig dahinter zurück. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass der handelnde Akteur in keinem der erstgenannten Fälle – der Dogger-Bank-Fall bildet möglicherweise eine Ausnahme – nach Auffassung des sich Äußernden einem *unvermeidbaren* Irrtum unterlag. Aus den anlässlich dieser Fälle gemachten abstrakten Aussagen dürfen deshalb keine zu weitgehenden Schlüsse gezogen werden.[197] Auch bei der Würdigung der überwiegend objektiv formulierten völkerrechtlichen Verträge ist Vorsicht gebo-

194 Note an mehrere Regierungen v. 23. Juni 1928, abgedruckt in AJIL 22 (1928), S. 109 (109 f).

195 Art. 2 der Konvention für die Definition der Aggression v. 3. Juli 1933 zwischen der Sowjetunion, Rumänien, Estland, Lettland, Polen, Türkei, Persien, Afghanistan, Finnland; v. 4. Juli zwischen der Sowjetunion und Litauen und v. 5. Juli zwischen der Sowjetunion, Tschechoslowakei, Rumänien, Türkei und Jugoslawien, s. Alexandrov, Self-Defense, S. 72, Fn. 115.

196 S. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (330–335, 373 f).

197 S.o. 7. Kap., I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten, bedeuten solche abstrakte Formulierungen doch nicht zwingend eine ex-post-Beurteilung und gab es doch vereinzelt dezidierte Aussprüche für eine (teilweise sogar vollständig subjektive) ex-ante-Bewertung. Vor diesem Hintergrund erscheint die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass die Staatenpraxis vor Inkrafttreten der UNC zu einer ex-post-Beurteilung tendierte, allerdings nicht gefestigt war. Im Übrigen geben die untersuchten Vorfälle allein Aufschluss über die Konzeption des *Erlaubnissatzes der Selbstverteidigung* selbst, nicht über den Inhalt des erst später entstehenden Gewaltverbotes, der hier untersuchten Primärpflicht, dessen Auslegung für die Behandlung von Fehlvorstellungen ebenfalls relevant ist.[198] Denn es standen nicht Verletzungen des Gewaltverbotes in Rede und mangels *Krieges* wohl ebenso wenig die seiner Vorläufer – Völkerbundsatzung oder Briand-Kellogg-Pakt –, den griechisch-bulgarischen Grenzzwischenfall und den Mukden-Vorfall ausgenommen. Vielmehr betrafen die Vorfälle *Souveränitätsrechte* des Opferstaates, die zwar Staatenverantwortlichkeit auszulösen geeignet sind, aber nicht zwingend die gleiche Perspektive zugrunde legen mögen.

III. Staatenpraxis nach 1945

1. Fehlvorstellungen bei umfangreichen Gewalteinsätzen

a) Der Sechstagekrieg (1967)

Die seit Mitte der 1960er-Jahre zunehmend angespannten Beziehungen zwischen Israel und seinen arabischen Nachbarn[199] spitzten sich im Frühsommer des Jahres 1967 dramatisch zu. Am 14. Mai 1967 verlegte Ägypten Truppen an die ägyptisch-israelische Grenze im Sinai. Zwei Tage später forderte der ägyptische Staatspräsident Nasser UN-Generalsekretär U Thant auf, die in Gaza und im Sinai stationierten bewaffneten UN-Truppen abzuziehen. Letzterer kam dieser Forderung zügig nach.[200] Am

198 Das ist relevant für die später unterschiedenen Lösungsansätze: Die Auslegung des Erlaubnissatzes selbst steht im Zentrum bei der Frage, ob der Erlaubnissatz subjektiviert werden muss und der irrende daher „objektiv", also vollständig gerechtfertigt ist; um die Auslegung des Gewaltverbotes geht es bei der Frage, ob der Staat (unabhängig von einer tatsächlichen Erlaubnislage) entschuldigt oder „subjektiv" und damit eingeschränkt gerechtfertigt ist, s.u. 9. Kap.

199 Dazu näher Morris, Righteous Victims, S. 303 f.

200 Morris, Righteous Victims, S. 305 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

22. Mai erklärte Ägypten die Straße von Tiran für israelische Schiffe für geschlossen, eine Maßnahme, von der Israel wiederholt deutlich gemacht hatte, dass es sie als *casus belli* bewerten würde.[201] Am 30. Mai schloss Ägypten einen Verteidigungspakt mit Jordanien.[202] Zwischen Ägypten und Syrien bestand ein solches Bündnis bereits.[203] Diese Handlungen waren begleitet von einer scharfen Kriegsrhetorik Ägyptens. So sagte Nasser am 26. Mai: „We intend to open a general assault against Israel. This will be total war. Our basic aim will be to destroy Israel."[204] Vor diesem Hintergrund startete Israel am Morgen des 5. Juni 1967 eine Militäroffensive gegen die ägyptische Luftwaffe und errang gegen Ägypten und die in den Krieg eintretenden Staaten Jordanien und Syrien einen militärischen Sieg, der die politische Landkarte des Nahen Ostens nachhaltig verändern sollte.[205]

Geht man entgegen der israelischen Argumentation davon aus, dass die Schließung der Straße von Tiran keinen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC darstellte,[206] lässt sich Israels Präventivangriff nur mit einem bevorstehenden Angriff Ägyptens, also durch antizipierte Selbstverteidigung rechtfertigen. Jedoch wird heute überwiegend angenommen, dass Nasser Israel in Wahrheit zumindest nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen hätte.[207] Er hatte in der Vergangenheit deutlich gemacht, die militärische Auseinandersetzung nicht als Erster eröffnen zu wollen.[208] Auch wenn er diese Aussagen am 29. Mai relativierte („I have already said in the past that we will decide the time and place and not allow them to decide […]. Preparations have already been made. We are now ready to confront Israel")[209] war Nasser offenbar überzeugt davon, den Krieg auch dann zu

201 Parker, Politics of Miscalculation, S. 47, 49.
202 Morris, Righteous Victims, S. 309.
203 Gat, Israel Affairs 11 (2005), S. 608 (617).
204 Zitiert vom israelischen Botschafter in UN Doc. S/PV.1348, Rn. 150.
205 Für eine ausf. Darstellung der Vorgeschichte und des Verlaufs des Krieges s. Morris, Righteous Victims, S. 302–329; Quigley, Six-Day War, insb. S. 6–82.
206 Jedenfalls fehlte es an dem Einsatz militärischer Mittel zur Durchsetzung der Schließung, da die Schließung auch keine Blockade iSd Art. 3 c) iSd Aggressionsdefinition, A/RES/3314 (XXIX) (1974) darstellte, s. ausf. Quigley, Six-Day War, S. 46–58.
207 Quigley, Six-Day War, S. 128–131, 141.
208 S. zB US Embassy Lisbon telegram no. 1517 v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 129, para. 4, 15; vgl. auch Parker, Politics of Miscalculation, S. 49; Rikhye, Sinai Blunder, S. 72, 79.
209 Rede Nassers vor der ägyptischen Nationalversammlung v. 29. Mai 1967, abgedruckt bei P. Roberts, Arab-Israeli Conflict, S. 96 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewinnen, wenn Israel zuerst angriff.[210] Zudem war ein erheblicher Teil seiner Truppen in militärische Auseinandersetzungen im Jemen verwickelt und seine Armee in einem schlechten Zustand, wobei unklar ist, wie weit Nasser darüber informiert war.[211] Mit der Verlegung seiner Truppen bezweckte der Staatspräsident offenbar die Abwehr eines befürchteten israelischen Angriffs auf Syrien,[212] nicht eine Offensive gegen Israel. Wenn es daher an einer tatsächlichen antizipierten Selbstverteidigungslage fehlte, hängt die Frage, ob Israel putative Selbstverteidigung übte, maßgeblich davon ab, ob dieses an einen unmittelbar bevorstehenden Angriff *glaubte*. Dies ist heftig umstritten.[213] Zwar nähren Äußerungen einiger Beteiligter auf israelischer Seite Zweifel an der Irrtumstheorie. So sagte der israelische General Yitzhak Rabin 1968 in einem Interview:

> „Je ne pense pas que Nasser voulait la guerre. Les deux divisions qu'il envoya dans le Sinaï, le 14 mai, n'auraient pas suffi, pour déclencher une offensive contre Israël. *Il le savait, et nous le savions*. […] Il bluffait; il voulait se présenter, à bon prix, comme le sauveur de la Syrie et se gagner ainsi de larges sympathies dans le monde arabe. *Nous connaissions le stratagème* […]."[214] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Ähnliche Äußerungen machte 1982 der zu diesem Zeitpunkt amtierende israelische Premierminister Menachem Begin.[215] Der 2004 veröffentlichte Schriftverkehr zwischen den USA und Israel sowie zwischen Washington

---

210 Parker, Politics of Miscalculation, S. 57 f.

211 Parker, Politics of Miscalculation, S. 78–82; vgl. auch Memorandum From the CIA's Board of National Estimates v. 26. Mai 1967, FRUS Doc. 79, para. 1.b.

212 Die Befürchtung ging maßgeblich auf zumindest teilweise unzutreffende russische Nachrichtendienstinformationen zurück, ausf. Parker, Politics of Miscalculation, S. 3–20; vgl. auch Memorandum From Nathaniel Davis (National Security Council) v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 136; Morris, Righteous Victims, S. 304 f, der indes bezweifelt, dass die sowjetische Warnung der eigentliche Grund für die Truppenverlegung war.

213 Dagegen Quigley, S. 128–131; Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f); dafür Dinstein, War, Aggression, Self-Defence, S. 212; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; S. Brown, Illusion of Control, S. 115; s. auch Rusk, As I Saw it, S. 331 („if there ever was a justification for preventive action, the Six-Day War might have been the case for it").

214 Interview mit Eric Rouleau, Le Monde v. 29. Februar 1968.

215 „In June 1967, we again had a choice. The Egyptian Army concentrations in the Sinai approaches do not prove that Nasser was really about to attack us. We must be honest with ourselves. We decided to attack him. This was a war of self-defense in the noblest sense of the term. The Government of National Unity then established decided unanimously: we will take the initiative and attack the

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und den US-Botschaften in der Region[216] legt aber nahe, dass Nassers Drohungen in Israel durchaus ernst genommen wurden. Nicht nur die israelische Regierung,[217] sondern auch Diplomaten und Militärs[218] brachten gegenüber den USA ihre mit der Zeit wachsende Sorge vor einem ägyptischen Erstangriff auf eine israelische Stadt oder Israels Luftwaffe unmissverständlich zum Ausdruck. Ein Telegramm der US-Botschaft in Tel Aviv an das US-Außenministerium vom 27. Mai verschafft einen Eindruck davon, für wie ernst Israel seine Lage offenbar hielt:[219]

> „Israelis took occasion embark on emotional, evidently sincere, exposition their thesis that evidence available to them conclusive that Nasser has "crossed his Rubicon" and surprise aerial attack expected any moment. My remonstrances that our most careful and equally authoritative assessment is to contrary were met by argument we behind times and essential intelligence this regard had been received in last few hours. They talked in terms of surprise air strike knocking out Israeli airfields and rendering their response ineffective. They said they had intercepts of Egyptian messages to confirm situation as they see it. Also frightened by fact four MIGs overflew Israel yesterday and Israeli Airforce not able intercept. […] Broadest impact this session with me is that GOI [Government of Israel] cannot be convinced Nasser will not

---

enemy, drive him back, and thus assure the security of Israel and the future of the nation", Begins Rede v. 8. August 1982 vor dem Israeli National Defense College, Auszüge abgedruckt bei Neff, Begin's Admission, Washington Report on Middle East Affairs, July/August 1994, S. 73.

216 Die folgenden zitierten Dokumente sind abgedruckt in Foreign Relations of the United States, 1964–1968, XIX, Arab-Israel Crisis and War, Prewar Crisis, May 15-June 4, 1967 (im Folgenden: FRUS).

217 Vgl. Note From Israeli Ambassador Harman to Secretary of State Rusk v. 30. Mai 1967: „On the best intelligence estimates available to me, I am convinced that there continues to hover over my country the danger of an Egyptian-Syrian attack. President Nasser's speeches of May 26, 28 and 29 cannot be ignored".

218 Vgl. Memorandum for the Record v. 1. Juni 1967, FRUS Doc. 124, para. 4; Memorandum of Conversation v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 132; Memorandum From President's Special Assistant Rostow to President Johnson v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 131; Intelligence Memorandum Prepared in the Central Intelligence Agency v. 3. Juni 1967, FRUS Doc. 143, para. 3.

219 Dass die Darstellung zumindest die US-Botschaft überzeugte, spricht gegen die Erwägung, Israel habe die Situation bewusst dramatisiert, um die USA zu stärkerer Unterstützung zu bewegen, so aber Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

strike first. If he does, Israelis have no secondary response capability and they think they likely be lost."[220]

Dass die israelische Besorgnis nicht völlig abwegig war, wird dadurch belegt, dass auch die US-Botschaft in Kairo die durch Nasser drohende Gefahr – anders als die Regierung in Washington[221] – als echt einschätzte[222] und die ägyptischen Aussagen, keinen Erstangriff zu planen, ausdrücklich in Zweifel zog.[223] Dass Israel tatsächlich einem Irrtum über das unmittelbare Bevorstehen eines ägyptischen Angriffs unterlag, erscheint demnach nicht fernliegend.[224] Im Übrigen ist für die Ermittlung der opinio iuris der *vorgegebene* Kenntnisstand nicht weniger relevant als der *tatsächliche*.[225] Denn ersterer gibt Aufschluss über die eigene Rechtsüberzeugung des betreffenden Staates und bildet häufig die Grundlage für Rechtsansichten Dritter.

---

220 US Embassy Tel Aviv no. 3808 v. 27. Mai 1967, FRUS Doc. 82, paras. 2, 5.

221 „Our best judgment is that no military attack on Israel is imminent, and, moreover, if Israel is attacked, our judgment is that the Israelis would lick them", Aussage Johnsons in Memorandum of Conversation v. 26. Mai 1967, FRUS Doc. 77.

222 „Nasser is playing for keeps and thinks he can win. […] He is ready to risk everything for it [the Palestine problem]. He has bided his time and has planned well. His only area of miscalculation may be his estimate of Egyptian military capabilities vis à vis Israel, and even there we may be in for some surprise", US Embassy Cairo telegram no. 8080 v. 27. Mai 1967, abgedruckt in Parker, Politics of Miscalculation, S. 242; wenige Tage später schrieb der US-Botschafter in Kairo hingegen, Nasser würde den militärischen Showdown „probably welcome, but not seek", US Embassy Cairo telegram no. 8218 v. 30. Mai 1967, FRUS Doc. 100.

223 „There can be no assurance that Arab appetites, whetted by unexpected and intoxicating show of unity, will not soon demand further satisfaction, despite Riad statement to me UAR has no such present intention.", US Embassy Cairo telegram no. 8362 v. 2. Juni 1967, FRUS Doc. 128.

224 Sollte Israel bei einem ägyptischen Erstangriff nicht mit einer militärischen Niederlage gerechnet, sondern nur angenommen haben, dass der Preis des Krieges steigen würde, stellte das das vorgestellte antizipierte Selbstverteidigungsrecht nicht in Abrede, aA Popp, Middle East J. 60 (2006), S. 281 (297 f, 307 f), der den Präventivangriff für unzulässig hält, weil sich Israel nach einem ägyptischen Erstangriff noch hätte verteidigen können. Dieser Aspekt mag für die *zeitlichen* Anforderungen an den drohenden Angriff relevant sein (soweit man annimmt, antizipierte Verteidigung sei umso früher zulässig, je gravierender die Angriffsfolgen wären). Hier schien der angenommene ägyptische Erstangriff aber so nah, dass die zeitlichen Anforderungen wohl selbst dann erfüllt gewesen wären, wenn Israel eine Niederlage noch hätte abwenden können.

225 Vgl. Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (696) für den Irakkrieg.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die im SR und in der Generalversammlung geäußerten Auffassungen der Staatenvertreter haben für die Bewertung eines israelischen Irrtums indes nur beschränkte Aussagekraft, da zu diesem Zeitpunkt noch viele Fakten unklar waren. Israel, das sein Handeln mit Art. 51 UNC begründete,[226] stützte sich auf einen Sachverhalt, der seiner Darstellung nach objektiv vorlag: Ägypten habe zuerst angegriffen[227] und weitere Angriffe hätten bevorgestanden.[228] Von ersterer Behauptung rückte Israel später ab und berief sich stattdessen primär auf die Schließung der Tiranstraße als casus belli.[229] *Antizipatorische* Selbstverteidigung wurde erst später zur israelischen Argumentationslinie,[230] wobei sich diese wieder auf eine wirkliche Gefahrenlage stützte. Die arabischen Kriegsbeteiligten und nicht wenige Drittstaaten sahen im israelischen Handeln zwar eine Aggression.[231] Die Staaten, die sich mit der von Israel geltend gemachten Gefahrenlage auseinandersetzten, begründeten diese Auffassung aber mit der generellen Ablehnung antizipierter Selbstverteidigung,[232] ohne ausdrücklich auf die entscheidende Sichtweise einzugehen. Immerhin wurde vereinzelt das Erfordernis der „actual occurence of an armed attack" betont[233] und implizit die tatsächliche – und nicht die von Israel angenommene – Sachlage zugrunde

226 S. zB UN Doc. S/PV.1347 Rn. 32; UNYB (1967), S. 196.
227 UN Doc. S/PV.1347 Rn. 30; UNYB (1967), S. 196.
228 S. bereits UN Doc. S/PV.1348 Rn. 144–152, 167–169, 175–177; vgl. auch Quigley, Duke J. Comp. & Int'l L. 2 (1994), S. 195 (204 f).
229 Vgl. Äußerungen Eshkols, zitiert in: Le premier ministre admet que les israéliens ont tirés les premiers, Le Monde v. 10. Juli 1967; UN Doc. A/PV.1526 Rn. 133; Quigley, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 131 (134).
230 Vgl. Premierminister Barak 2005, in: Shamir/Maddy-Weitzman, The Camp David Summit, S. 117 (130): „although we were the ones to fire the first shot, the world saw us as trying to free ourselves of strangulation by our neighbors"; Premierminister Netanyahus Rede vor dem AIPAC, Jerusalem Post v. 3. März 2015: „In 1967, as an Arab noose was tightening around Israel's neck […] Israel acted alone to defend itself."; stellvertretender ständiger Vertreter Israels bei den UN Rosenne in L. & Contemp. Problems 33 (1968), S. 44 (55), wobei er nicht zwingend die Sicht seiner Regierung wiedergibt.
231 ZB UN Doc. S/PV.1347 Rn. 36–53 (Ägypten); S/PV.1348 Rn. 201 (Syrien), Rn. 44, 49 (Sowjetunion), Rn. 72–77 (Bulgarien), Rn. 79 f (Mali), Rn. 88 (Indien), Rn. 107 (Irak), Rn. 251 (Marokko).
232 UN Doc. A/PV.1527 Rn. 93–95 (Tschechoslowakei); A/PV.1529 Rn. 93 (Jugoslawien); A/PV.1538 Rn. 84 (Sambia); A/PV.1530 Rn. 56 f (Sudan), Rn. 153 (Indien); A/PV.1541 Rn. 72 (Zypern). Den Sechstagekrieg daher als Präzedenzfall gegen die Rechtmäßigkeit antizipatorischer Selbstverteidigung einordnend Ruys, Armed Attack, S. 278; Quigley, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 141 f.
233 UN Doc. A/PV. 1541 Rn. 72 (Zypern), wobei die Formulierung zwar nahelegt, dass „actual" im Sinne von *tatsächlich* zu verstehen ist, der Kontext hingegen da-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gelegt.[234] Dass einzelne Staaten in Erinnerung riefen, Ägypten habe ausdrücklich erklärt, keinen Erstangriff zu planen,[235] ist hingegen kein eindeutiges Indiz für die Überzeugung, dass es auf die *tatsächliche* Sachlage ankomme, lässt sich die Aussage doch auch so verstehen, dass Israel die wahre Sachlage gekannt habe und ein (grundsätzlich beachtlicher) Irrtum nicht Betracht komme. Insgesamt lässt sich den israelkritischen Stimmen allenfalls eine leichte Tendenz für eine ex-post-Perspektive entnehmen. Auch die Äußerungen der vielen Staaten, die das israelische Handeln nicht als Aggression verurteilten und entsprechende Resolutionsentwürfe[236] nicht unterstützten, sind wenig aufschlussreich, da sie rechtliche Stellungnahmen weitgehend vermieden.[237] Ob das in ihrem Abstimmungsverhalten zum Ausdruck kommende Verständnis für das israelische Handeln die Überzeugung einschloss, Israels Perspektive sei die rechtlich entscheidende, liegt zwar nahe, lässt sich aber nicht mit Sicherheit sagen.

Soweit ersichtlich positionierte sich auch im späteren Verlauf kein Staat unter Hinweis auf im Nachhinein gewonnene Erkenntnisse, die einen israelischen Irrtum nahelegen, zu dem Präventivangriff. Die rechtlichen Auswirkungen dieser nachträglichen Erkenntnisse wurden allein von der Literatur aufgegriffen und dort sehr unterschiedlich beurteilt. Während einige allein die tatsächliche Sachlage für entscheidend hielten,[238] stellten andere auf die israelische Perspektive ab, soweit sie der vernünftigen Be-

---

rauf hindeutet, dass mit „actual" *bereits begonnene* Angriffe gemeint sind und der Ausdruck in Abgrenzung zur antizipatorischen Selbstverteidigung verwendet wird; ähnlich UN Doc. A/PV.1530 Rn. 56 (Sudan).

234 Vgl. zB UN Doc. A/PV.1538 Rn. 84 (Sambia): „Even if we accept for the sake of argument that there was a threat to the state of Israel, the right course would have been for Israel to bring its complaint to the United Nations".

235 UN Doc. S/PV.1348 Rn. 75 (Bulgarien), Rn. 104 (Irak).

236 Der russische Entwurf einer SR-Resolution (UN Doc. S/7951/Rev.2), der Israel als Aggressor verurteilte und nicht genügend Ja-Stimmen erhielt, bekam auch keine Gegenstimme, sondern es enthielten sich elf Staaten, UNYB (1967), S. 190. Bei der Abstimmung über eine entsprechende Generalversammlungsresolution (UN Doc. A/L.519) stimmten 57 Staaten gegen den Israel verurteilenden operativen Paragraph, 36 dafür, 23 enthielten sich, vgl. UNYB (1967), S. 209.

237 UN Doc. S/PV.1348 Rn. 8 ff (USA), Rn. 19 ff. (Äthiopien), Rn. 30 ff (Frankreich), Rn. 33 ff (Großbritannien), Rn. 53 ff (Argentinien), Rn. 61 (Kanada), Rn. 69 ff. (Japan), Rn. 65 ff (Brasilien), Rn. 82 ff. (China), Rn. 98 ff (Dänemark). Den USA und Großbritannien ging es primär darum, ihre eigene Beteiligung zu bestreiten, vgl. ebd. Rn. 14 f, 131 f, 232 (USA), Rn. 34 f, 243 (Großbritannien).

238 Quigley, Six-Day War, S. 141–148.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wertung der Umstände entsprach.[239] Wenn der Sechstagekrieg daher den Anstoß gab für eine Diskussion in der Literatur über die Beurteilung von Irrtümern und er als vielleicht bedeutsamstes Beispiel eines Irrtumsfalles gelten kann, geht von ihm mangels entsprechender Rechtsauffassungen staatlicher Akteure keine entscheidende Präzedenzwirkung für oder gegen die Berücksichtigung von Irrtümern aus.

b) Der israelische Luftangriff auf den Osirak-Reaktor (1981)

Am 7. Juni 1981 zerstörte die israelische Luftwaffe den im Bau befindlichen irakischen Atomreaktor Osirak.[240] Israel vermutete, dass der Irak diesen Reaktor zur Herstellung von Atomwaffen nutzen wollte, die er gegen Israel einsetzen würde.[241] Für Israels Verdacht ließen sich im Nachhinein keinerlei Anhaltspunkte finden. Der IAEA zufolge deuteten sämtliche Inspektionen auf eine ausschließlich friedliche Nutzung hin und die Abzweigung von Kernmaterial für unfriedliche Zwecke wäre leicht zu entdecken gewesen.[242] Israel berief sich dennoch auf das antizipierte Selbstverteidigungsrecht.[243] Dieser Rechtfertigungsversuch wurde nicht nur vom Irak,[244] sondern auch von der Staatengemeinschaft nahezu einhellig zurückgewiesen,[245] welches sich in einer den Luftangriff verurteilenden SR-Resolution niederschlug.[246] Dabei stützte sich eine Vielzahl von Staaten unter anderem darauf, dass der Reaktor allein friedlichen Zwecken gedient habe,[247] und erklärte den israelischen Fehlverdacht damit implizit für un-

239 Dinstein, War, Aggression, Self-Defence, S. 212; Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 21; Dershowitz, Preemption, S. 81, 83; Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f, Fn. 212); Franck, Recourse to Force, S. 105.

240 S. näher G. Fischer, AFDI 27 (1981), S. 147–167; Mallison/Mallison, Vanderbilt J. Transnat'l L. 15 (1982), S. 417–448; Ruys, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 329–341.

241 Vgl. Brief vom israelischen UN-Vertreter v. 8. Juni 1981, UN Doc. S/14510.

242 UN Doc. S/PV.2288 Rn. 13 f.

243 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 58, 97–102.

244 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 48–51.

245 S. UN Doc. S/PV.2280-S/PV.2288.

246 UN Doc. S/RES/487 (1981). Auch das Board of Governors der IAEA verurteilte die Maßnahme, vgl. Telegramm vom IAEA Director General v. 12. Juni 1981, UN Doc. S/14532.

247 S. zB UN Doc. S/PV.2280 Rn. 147 (Algerien), Rn. 196 (Jordanien); S/PV.2281 Rn. 9 (Kuwait), Rn. 33 (Indien), Rn. 48–50 (Kuba), Rn. 69 (Pakistan); S/PV.2281 Rn. 24 f (Uganda), Rn. 48–56 (Frankreich), Rn. 65–68 (DDR), Rn. 82 f (Spa-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beachtlich. Vergleichsweise wenige Staaten legten ihr Augenmerk auf die *Vorstellung* Israels, indem sie betonten, dass dieses um die friedliche Nutzung des Reaktors gewusst habe.[248] Einige Staaten bemerkten im Gegenteil ausdrücklich, dass das Vorliegen einer Angriffsgefahr nicht allein der Beurteilung des handelnden Staates obliege.[249] Die Zerstörung des Osirak-Reaktors zeigt somit, dass ein Fehlverdacht keinen tragfähigen Rechtfertigungsgrund darstellt, wenn er sich wie in diesem Fall auf eine völlig vage Faktenlage gründet. Über die Berücksichtigungsfähigkeit anderer Fehlvorstellungen ist damit jedoch nichts gesagt.

c) Der Irakkrieg (2003)

Am 20. März 2003 marschierte eine Kriegskoalition bestehend aus den USA, Großbritannien, Australien und Polen, unterstützt von einer Vielzahl weiterer Staaten, die keine eigenen militärischen Kampfhandlungen vornahmen,[250] in den Irak ein, stürzte das Regime von Saddam Hussein und setzte eine Übergangsregierung ein. Die Staaten der Kriegskoalition beriefen sich darauf, dass Saddam Hussein weiterhin Massenvernichtungswaffen besitze, die die eigene sowie die Sicherheit der internationalen Ge-

---

nien), Rn. 106 f (Großbritannien); S/PV.2283 Rn. 20 (Irland), Rn. 66 (Sowjetunion), Rn. 136 (Vietnam) Rn. 147 (Sierra Leone), Rn. 169 f (Mongolei) Rn. 178 (Sambia); S/PV.2284 Rn. 11 (Niger), Rn. 45 (Jemen) Rn. 75–77 (Syrien); S/PV.2285 Rn. 8–10 (Marokko), Rn. 117 f (Bangladesch), Rn. 140 (Polen), S/PV.2286 Rn. 13 f (Guyana), Rn. 71 (Italien); S/PV.2287 Rn. 21 (Indonesien); S/PV.2288 Rn. 113 (Mexiko).

248 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 196 (Jordanien): „The Israelis know perfectly well that the small scientific reactor […] was never intended for other than peaceful purposes and scientific progress"; UN Doc. S/PV.2286 Rn. 72 (Italien): „All this is very well known both in Israel and elsewhere"; das Vorliegen einer Fehlvorstellung anzweifelnd auch UN Doc. S/PV.2281 Rn. 69 (Pakistan); S/PV.2282 Rn. 65 (DDR); S/PV.2283 Rn. 66 (Sowjetunion), Rn. 147 (Sierra Leone); S/PV.2284 Rn. 74 (Syrien).

249 UN Doc. S/PV.2282 Rn. 56 (Frankreich): „Where would we end up if a state were to proclaim itself judge of the intentions of another State even though the latter was complying with the rules […]?"; S/PV.2283 Rn. 23 f (Irland): „It is further implied that Israel will be the sole arbiter and judge. We simply cannot accept this approach […]"; vgl. auch S/PV.2284 Rn. 11 (Nigeria): „As regards the Iraqi bomb, it existed only in the imagination of the Israeli leaders".

250 Die USA gaben an, bei der Invasion von 44 Staaten politisch und militärisch unterstützt zu werden, Weller, Iraq and the Use of Force, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinschaft bedrohten.[251] Der Irak hatte wiederholt Verpflichtungen im Zuge seiner Abrüstung verletzt, die ihm nach dem Irak-Kuwait-Krieg durch SR-Resolution 678 (1990)[252] und spätere Resolutionen[253] auferlegt worden waren, und sich geweigert, mit den UN-Waffeninspekteuren zu kooperieren.[254] Im Nachhinein stellte sich der vorherige Verdacht zu weiten Teilen als unbegründet heraus. So fanden sich keinerlei Beweise dafür, dass der Irak zum Zeitpunkt der Invasion noch Massenvernichtungswaffen besaß.[255] Auch wenn vielfach unterstellt wird, Nachrichtendienstinformationen seien absichtlich manipuliert worden, um einen Vorwand für die Invasion zu kreieren,[256] deutet vieles darauf hin, dass die Mitglieder der Kriegskoalition tatsächlich von der Existenz von Massenvernichtungswaffen ausgingen und somit einem Irrtum unterlagen.[257] Den Untersuchungsberichten zufolge ging dieser Irrtum unter anderem auf vermeidbare Feh-

---

251 Vgl. Iraq's Weapons of Mass Destruction, Assessment of the British Government (2002), das den berühmten Hinweis auf die Waffeneinsatzbereitschaft in 45 Minuten enthält, ebd. S. 4 f, 17, 19; Rede an die Nation des US-Präsidenten Bush am 19. März 2003; Rede des UK-Premierministers Blair vor dem House of Commons am 18. März 2003.

252 UN Doc. S/RES/687 (1991), paras. 8–13.

253 S. zB UN Doc. S/RES/1154 (1998), S/RES/1205 (1998).

254 Während die Kooperation zunächst nur zögerlich verlief (s. etwa Report on the first two IAEA Inspections v. 11. Juli 1991, UN Doc. S/22788, S. 9), verweigerte der Irak von 1998 an jede Inspektion, vgl. U.N. monitors suspend Iraqi inspections, CNN v. 1. November 1998; erst nach dem von Resolution 1441 (2002) gesetzten Ultimatum zeigte er sich wieder kooperativ; näher zu den Ereignissen zwischen 1991 und 2003 Weller, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 639 (640–644).

255 Vgl. Anhörung von David Kay, früherer Leiter der Iraq Servey Group, vor dem Senate Armed Service Committee, 28. Januar 2004, Federal News Service, S. 6 f; der Iraq Survey Group Final Report v. 30. September 2004, S. 64 lässt nur die Möglichkeit offen, dass „some weapons existed in Iraq although not of a militarily significant capability"; Schreiben der US Commission on the Intelligence Capabilities of the United States Regarding WMD v. 31. März 2005 (im Folgenden WMD Commission Report), S. 1: „the Intelligence Community was dead wrong in almost all of its pre-war judgments about Iraq's weapons of mass destruction."; Report of the Iraq Inquiry v. 6. Juli 2016 (im Folgenden Chilcot Report), S. 604 f.

256 S. zB Krugman, Errors and Lies, NY Times, v. 18. Mai 2015; vgl. auch Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (695 f).

257 Zu diesem Ergebnis gelangen für Großbritannien der Chilcot Report (s. insb. S. 410–415), der Review of Intelligence on WMD Report of a Committee of Privy Counsellors (im Folgenden: Butler Report), Rn. 405; für die USA der WMD Commission Report (S. 50 f) und der Senate Select Committee on Intelligence Report on the US Intelligence Community's Prewar Intelligence Assess-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ler der Nachrichtendienste zurück, wobei der gewichtigste Fehler wohl darin lag, dass die Richtigkeit der Informationen gegenüber den Entscheidungsträgern mit einer nicht gerechtfertigten Gewissheit dargestellt worden waren.[258] Insoweit liegt die Annahme eines vermeidbaren Irrtums nahe.[259]

In rechtlicher Hinsicht begründeten die USA, Großbritannien und Australien ihr Handeln indes mit dem vereinten Effekt der SR-Resolutionen 678 (1990), 687 (1991) und 1441 (2002)[260] und nicht mit dem antizipierten Selbstverteidigungsrecht.[261] Der Hinweis darauf, dass die USA sich und die internationale Gemeinschaft gegen die vom Irak ausgehende Gefahr „verteidigten",[262] sollte dem Handeln zusätzliche Legitimität verschaffen, wohl aber nicht eine eigenständige rechtliche Begründung liefern.[263] Tatsächlich lag eine Rechtfertigung der Invasion durch antizipierte Selbstverteidigung

---

ments on Iraq (2004) (im Folgenden SSCI Report), insb. S. 129, 187, 211; kritischer der Bericht von Cirincione et al., Carnegie Endowment for International Peace, WMD in Iraq, S. 50 f. Jedenfalls sind für die Identifizierung von Gewohnheitsrecht und nachfolgender Praxis die *geäußerten* Gründe nicht weniger bedeutsam als die *tatsächlichen* Motive, vgl. Paulus, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), S. 691 (696).

258 Chilcot Statement v. 6. Juli 2016, S. 5 f; Chilcot Report, Vol. IV, S. 282 f Conclusions 883–887, S. 419 Conclusion 731; Butler Report, Rn. 465, Hinweise des Joint Intelligence Center darauf, dass die verfügbaren Informationen begrenzt waren, seien im September-Bericht der britischen Regierung nicht ausreichend deutlich gemacht worden, ebd. Rn. 331 f; wenig krit. hingegen ebd. Rn. 453 („We were impressed by the quality of intelligence assessments on Iraq nuclear capabilities"); WMD Commission Report, S. 45–196, für die primären Schlussfolgerungen s. S. 46, 52, 80, 112, 132, 147; krit. zu den frühesten drei Untersuchungsberichten Jervis, J. Strat. Stud. 29 (2006), S. 3–52.

259 Näher dazu s.u. 10. Kap., I., II., III.

260 Briefe der Vertreter der USA, Großbritanniens und Australiens v. 20. März 2003, UN Doc. S/2003/350, S/2003/351, S/2003/352; näher s.u. 14. Kap., III. 1. a.

261 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (314); Bruha, AdV 41 (2003), S. 295 (297).

262 Brief vom US Vertreter bei den Vereinten Nationen v. 20. März 2003, UN Doc. S/2003/351; vgl. auch UN Doc. S/PV.4644, S. 3. Auch George W. Bush und Tony Blair begründeten die Notwendigkeit des Krieges mit der vom Irak ausgehenden Gefahr für die eigene und die internationale Sicherheit, vgl. Rede an die Nation des US-Präsidenten am 19. März 2003 und Rede des UK-Premierministers vor dem House of Commons am 18. März 2003.

263 Dafür sprechen ihre gegenüber der „UN-Begründung" klar nachgeordnete Stellung sowie, dass sich die USA sonst ausdrücklich auf „das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UNC" berufen, vgl. Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (314 Fn. 107); noch deutlicher die australische Argumentation, die die vom Irak ausgehende Gefahr für die eigene Sicherheit als Grund für die Beteiligung am Krieg benannte, im nächsten Satz den Krieg *rechtlich* aber ausschließlich mit

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fern, stand ein unmittelbar bevorstehender Angriff doch nicht in Rede.[264] Der Großteil der geäußerten Rechtsauffassungen bezog sich daher auf das geltend gemachte UN-Mandat und ist für Fehlvorstellungen im Bereich individueller Gewalteinsätze wenig aufschlussreich.[265] Einige Staaten, die das vorbeugende Selbstverteidigungsrecht „vorbeugend"[266] zurückwiesen, stützten ihre Ablehnung jedoch ausdrücklich auf die unsichere Faktenlage.[267] Das lässt auf ihre Überzeugung schließen, das Vorliegen einer Selbstverteidigungslage müsse zumindest hinreichend wahrscheinlich sein, bevor sich ein Staat zu einem Gewalteinsatz entschließen darf. Dass die Selbstverteidigungslage auch *ex post* vorliegen muss – der handelnde Akteur also selbst dann das Risiko einer Fehleinschätzung trägt, wenn eine Selbstverteidigungslage (anders als im Fall Irak) hinreichend wahrscheinlich erschien –, kann diesen Aussagen nicht eindeutig entnommen werden. Doch ist dieses Verständnis möglich.[268] Auch die Literaturvertreter, die die Intervention kurz nach ihrem Stattfinden am Selbstverteidigungsrecht maßen, machten überwiegend deutlich, dass dieser Erlaubnissatz allenfalls in Betracht komme (und selbst dann scheitere), wenn im Irak noch

---

den UN-Resolutionen begründet, UN Doc. S/PV.4726, S. 27; die amerikanische Formulierung hingegen als Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht wertend Tomuschat, Vereinte Nationen 2 (2003), S. 41 (41 f); Weller, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 639 (645); ebenso Orakhelashvili, Submission to the Inquiry on the UK's Legal Justification for the Iraq War and the Relevant Legal Advice, S. 7, Fn. 17, der sich auf frühere Äußerungen der USA beruft. Im Übrigen ist fraglich, ob neben einem SR-Mandat überhaupt noch Raum eine Selbstverteidigungshandlung gewesen wäre.

264 Ebenso Dutch Committee of Inquiry Report, Netherlands Int'l L. Rev. 57 (2010), S. 81 (134); Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (313 f); zum einzig in Betracht kommenden, aber abzulehnenden Begründungsansatz s. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 403 f.

265 Zur Bedeutung der Resolution 1441 und der Debatte für Fehlvorstellungen bei kollektiven Gewalteinsätzen s.u. 14. Kap., III. 1. a.

266 Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (316).

267 UN Doc. S/PV.4726, S. 8 (Malaysia), S. 13 (Jemen).

268 Vgl. auch folgende Äußerung Russlands, UN Doc. S/PV.4726 (Resumption 1), S. 27: „The military action undertaken […] cannot be justified in any way. In fact, those countries were unable to provide any proof to support their allegations regarding Iraq's possession of weapons of mass destruction […]. [N]o proof has been found in the course of the ongoing military action to support such accusations." Sicherlich hatte Russland primär die vorgebrachte Begründung mittels der SR-Resolutionen vor Augen. Die Formulierung „cannot be justified in any way" mag das Selbstverteidigungsrecht aber einschließen, zumal es von anderen Vertretern angesprochen wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:45
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Massenvernichtungswaffen gefunden würden.[269] Auch die gegenteilige Sicht wurde aber vereinzelt formuliert.[270] Angesichts der Mehrdeutigkeit der Aussagen und der geringen Zahl *staatlicher* Akteure, die den Irakkrieg am Selbstverteidigungsrecht maßen, stellt er allenfalls einen schwachen Präzedenzfall zugunsten einer ex-post-Bewertung der Voraussetzungen des Art. 51 UNC dar.

d) Zwischenergebnis

Keiner der erwähnten Konflikte gibt eindeutig Aufschluss über die Berücksichtigungsfähigkeit von Irrtümern. Der Angriff auf den Osirak-Reaktor zeigt allein, dass zumindest ein Fehlverdacht, der sich auf eine vollends unklare Faktenlage stützt, nicht ausreicht, um den Gewalteinsatz eines Staates zu rechtfertigen.

2. Fehlvorstellungen bei geringfügigen Gewaltanwendungen

a) Prämissen für den Auslegungswert geringfügiger Gewaltanwendungen

Besonders häufig betreffen Fehlvorstellungen kleinere Zusammenstöße zwischen Staaten wie das gewaltsame Anhalten eines einzelnen Schiffs oder den Abschuss eines einzelnen Flugzeugs. Einen Auslegungswert für die untersuchte Fragestellung besitzen Maßnahmen dieser Art indes nur, wenn sie in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC fallen. Die Klärung dieser Frage ist auch deshalb von hoher Bedeutung, weil sich die Staaten bei der Bewertung solcher kleineren Irrtumsfälle nicht immer aus-

269 S. nur Simpson, Melbourne J. Int'l L. 6 (2005), S. 167 (182 Fn. 94); Abdel-Moneim, Analysis of the UK's Legal Basis for Military Action in Iraq, International Law Submission to the UK Iraq Inquiry, S. 3 f; Al-Dosari, Legalizing War, International Law Submission to the UK Iraq Inquiry, S. 2; offener formuliert Kreß, ZStW 115 (2003), S. 294 (313 f).

270 So der „reasonable necessity approach" von Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (26–30) (offenlassend, ob die Irakinvasion diesen Anforderungen genügte); ähnlich Sofaer, EJIL 14 (2003), S. 209 (221–223), der die Indizien für eine von Saddam Hussein ausgehende Gefahr für ausreichend hielt; ebenso Yoo, AJIL 97 (2003), S. 563 (574); ähnlich im Grundsatz, aber in Bezug auf Irak zum gegenteiligen Ergebnis gelangend Doyle, Striking First, S. 90–92; Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 170–174 (zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung differenzierend und die Vermeidbarkeit des Irrtums im Fall Irak offenlassend).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

drücklich auf die Normen der Charta beziehen. Um Fehlvorstellungen über die Selbstverteidigungslage richtig identifizieren zu können, müssen daneben die Anforderungen an den bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC klargestellt werden. Wegen der hohen empirischen Relevanz kleinerer Vorfälle für Fehlvorstellungen kann über beide Fragen nicht leichtfertig hinweggegangen werden. Da sich die meisten Fälle, die international wahrgenommen wurden, zumindest unter Einsatz von Waffengewalt ereigneten, kann hier erst einmal offen bleiben, ob Gewalt iSd Art. 2 (4) UNC Waffengewalt voraussetzt oder etwa schon die *Anwesenheit* von Soldaten auf fremdem Territorium oder die Verwendung *anderer Mittel* als Waffen genügt.[271]

aa) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 2 (4) UNC

(1) Enthält Art. 2 (4) UNC eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle?

Seitdem der IGH deutlich gemacht hat, dass er für den bewaffneten Angriffs iSd Art. 51 UNC die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle verlangt,[272] diskutiert die Literatur darüber, ob auch Art. 2 (4) UNC eine de-minimis-Schwelle enthält, sodass nur Gewalt von einer gewissen Erheblichkeit verboten wäre.[273] Denn fiele unter diese Norm jede noch so geringfügige Gewaltanwendung, könnten sich Staaten gegen Gewaltanwendungen, die unterhalb der Schwelle des Angriffs iSd Art. 51 UNC bleiben, nicht einmal mit minimaler Gewalt zur Wehr setzen. Der IGH hat sich zu dieser Frage bislang nicht klar positioniert. Seine Aussagen im Korfu-Kanal-Fall sind mehrdeutig: Er hielt die territoriale Souveränität Albaniens zwar für verletzt, nahm jedoch nicht auf Art. 2 (4) UNC Bezug und verwendete den Begriff der *force* nur im untechnischen Sinn.[274] Der Passage

271 Allein im Cyberbereich wird diese Frage relevant, dazu s.u. 7. Kap., III. 4.

272 Dazu näher s.u. 7. Kap., III. 2. a. bb.

273 Befürwortend Corten, The Law Against War, S. 55, 66, 67–76; O'Connell, in: White/Henderson, Research Handbook, S. 89 (102–106); O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (33 f, insb. Fn. 64); Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, § 472; Independant International Fact-Finding Mission on the Conflict of Georgia, Vol. II, S. 242; dagegen insb. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (187 f); ähnlich krit. zu Maßnahmen innerhalb des eigenen Territoriums Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 215, Fn. 1230.

274 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 35 („policy of force" und „demonstration of force"); zu den Deutungsmöglichkeiten Kreß, in: Weller, Oxford Handbook,

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Nicaragua-Urteils, derzufolge „less grave forms of force" (die nicht die Schwelle des Art. 51 UNC erreichen) unter Art. 2 (4) UNC fallen,[275] lässt sich weder entnehmen, dass dafür minimale Gewaltanwendungen ausreichen, noch dass sie ungenügend sind. Im Ölplattformen-Fall hielt das Gericht zwar für möglich, in der Verminung eines einzelnen Militärschiffs einen bewaffneten Angriff zu sehen,[276] sodass sie erst recht für Gewalt iSd Art. 2 (4) genügen müsste.[277] Ebenso wenig hat es eine allgemeine de-minimis-Schwelle damit aber verneint.[278]

Aus teleologischer Sicht würde ein Schwellenerfordernis bei Art. 2 (4) UNC die Lücke zwischen Art. 2 (4) und 51 UNC zumindest verkleinern: Allen Gewaltanwendungen, die nicht die Intensität eines Angriffs iSd Art. 51 UNC erreichen, könnte mit geringfügiger gewaltsamer Gegenwehr unterhalb der Schwelle des Art. 2 (4) UNC begegnet werden. Das die Reaktion auslösende Verhalten dürfte die Schwelle des Art. 2 (4) dabei durchaus überschreiten. Es käme also nicht zu dem von *Ruys* beklagten Widerspruch, dass bei Annahme einer de-minimis-Schwelle ein Staat auf *geringfügige* Gewalt unterhalb der Gewaltverbotsschwelle mit ebenso geringfügiger Gewalt und auf einen *bewaffneten Angriff* mit erheblicher Gewalt reagieren dürfte, er hingegen bei *einfacher Gewalt* iSd Art. 2 (4) unterhalb der Angriffsschwelle zu keinerlei gewaltsame Reaktion befugt wäre.[279]

Problematisch ist indes die Begründung dieser Schwelle de lege lata.[280] Die durch das Nicaragua-Urteil[281] gesäte Idee, die Charta lasse bei Gewalt-

---

S. 561 (575). Corten, Law Against War, S. 69 f sieht in dem Urteil eine Anerkennung der de-minimis-Schwelle.

275 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

276 ICJ, Oil Platform, Rn. 72.

277 Denn nach dem IGH unterscheidet sich Gewalt iSd Art. 2 (4) und der Angriff iSd Art. 51 im Umfang und den Auswirkungen der Gewalt, vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195.

278 Vgl. auch Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (576).

279 Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (181 f).

280 S. umf. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (178–182).

281 S. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 210 f, 249, das danach differenziert, ob der von der geringfügigen Gewaltanwendung betroffene Staat selbst oder ein Drittstaat darauf reagiert, s. insb Rn. 210: „It is not for the Court here to determine what direct reactions are lawfully open to a State which considers itself the victim of another State's acts of intervention, possibly involving the use of force. Hence it has not to determine whether, in the event of Nicaragua's having committed any such acts against El Salvador, the latter was lawfully entitled to take any particular counter-measure", krit. dazu Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (141); Ruys, Armed Attack, S. 144; Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (599).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anwendungen, die die Angriffsschwelle des Art. 51 UNC nicht erreichen, Raum für „smaller-scale proportionate countermeasures" militärischer Natur,[282] überzeugt kaum.[283] Der Begriff der *force* zwingt als solcher nicht zu einem Erheblichkeitserfordernis. Ein Vergleich mit den Begriffen der aggression iSd Art. 39 und des armed attack iSd Art. 51 UNC legt im Gegenteil nahe, dass *force* jegliche Gewalt umfasst. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 2 (4) UNC, wollten die Staaten doch über den Briand-Kellogg-Pakt hinausgehen, ein umfassendes *Gewalt*verbot schaffen und die Praxis gewaltsamer Repressalien beenden.[284] Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Neuheit auf erhebliche Gewaltanwendungen beschränkt bleiben sollte. Auch der IGH scheint von seinem Ansatz Abstand genommen zu haben, erwähnt er ihn in seiner Ölplattformen-Entscheidung doch mit keinem Wort mehr.[285] Aus denselben Gründen kann der Versuch als gescheitert gelten, geringfügige Gewaltanwendungen von Art. 2 (4) UNC auszunehmen, soweit sie ein „substantielles Recht gewaltsam schützen".[286] Das Argument, solch schützende Gewalt sei nicht gegen die „territoriale Unversehrtheit"[287] oder „politische Unabhängigkeit" eines Staates gerichtet und auch sonst nicht „mit den Zielen der Vereinten Na-

282 Separate Opinion Simma, ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 12 f; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, Rn. 472; O'Connell, AJIL Unbound 108 (2014), S. 141 (142); vorsichtig befürwortend auch Tams, EJIL 20 (2009), S. 359 (389).

283 Das gilt umso mehr, wenn man die Passagen des Nicaragua-Urteils wie ICJ, Oil Platforms, Separate Opinion Simma, Merits, 2003, Rn. 12 auf „small-scale countermeasures short of *Art. 51*" [Hervorhebung hinzugefügt] und nicht nur auf solche „short of *Art. 2 (4)*" bezieht. Denn dann muss man entweder (wenig überzeugend) annehmen, dass diese Maßnahmen zwar unter Art. 2 (4) fallen, aber von einer ungeschriebene Ausnahme gedeckt sind (so versteht sie auch Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (138, 141 f) und kritisiert sie) oder man muss bestreiten, dass diese Maßnahmen zum Teil noch in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) fallen, was jedoch der im selben Urteil identifizierten Lücke zwischen Art. 51 und Art. 2 (4) widerspräche, wonach „less grave forms of force" unterhalb der Art. 51-Schwelle durchaus unter Art. 2 (4) fallen. Wenn überhaupt, sind zulässige small-scale countermeasures daher mit Gewaltanwendungen „short of *Art. 2 (4)*" gleichzusetzen, wofür die Formulierung in Rn. 211, 249 des Nicaragua-Urteils Raum lässt. So dürfte sich ein von Gewalt unter der Art. 51-Schwelle betroffener Staat (nach dem IGH indes nicht Drittstaaten) mit geringfügiger Gewalt unterhalb der Art. 2 (4)-Schwelle zur Wehr setzen.

284 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

285 Ebenso Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (593).

286 Gill, Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105–137 (insb. 115–120).

287 So offenbar Gill, Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105 (u.a. 120, 123, 129).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen unvereinbar", übersieht, dass diese Zusätze das Gewaltverbot nicht einschränken sollten.[288]

Auch aus der notwendigen Abgrenzung zwischen Gewalt iSd Art. 2 (4) UNC und Polizeimaßnahmen (law enforcement) lässt sich eine allgemeine Erheblichkeitsschwelle nicht ableiten.[289] Eine bloße Polizeimaßnahme kommt insbesondere bei staatlichen Gewalteinsätzen in Betracht, die nicht die *internationalen Beziehungen* iSd Art. 2 (4) UNC betreffen.[290] Zwar mag die Intensität des Gewalteinsatzes ein für die Betroffenheit der internationalen Beziehungen relevantes Kriterium sein. Ein *allgemeingültiges* Schwellenerfordernis kann daraus aber schon deshalb nicht folgen, weil bei vielen – auch geringfügigen – Gewaltanwendungen die Annahme einer Polizeimaßnahme fernliegt: etwa bei Konfrontationen zwischen staatlichen Einsatzkräften, bei denen es an der für Polizeimaßnahmen typischen Hierarchie zwischen den Akteuren fehlt,[291] oder bei gezielten Tötungen und der gewaltsamen Rettung eigener Staatsangehöriger auf fremdem Territorium, für die der Staat keine polizeilichen Kompetenzen besitzt.[292] Hier sind die internationalen Beziehungen der Staaten automatisch betroffen. Das hat

---

288 S.o. 6. Kap., II. 2. a; dagegen auch Arbitral Award Guyana v. Suriname, 2007, RIAA XXX, S. 1 (Rn. 423); s. auch Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (333).

289 So aber Corten, Law Against War, S. 52–66; ähnlich Session de Santiago, Rapporteur Emmanuel Roucounas, 10A Resolution, Rn. 5; R. Kolb, Ius contra bellum, S. 247; vgl. auch die Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017, s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50: „[S]ome manifestations of terrorist threats are appropriately handled only by law enforcement agencies, but others are of sufficient gravity to constitute an imminent or actual armed attack".

290 Die Anknüpfung an dieses Merkmal liegt aus den genannten Gründen näher als an die Begriffe *use of force* oder *against the territorial integrity usw.*, vgl. Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (298 f) (jedoch nicht auf die *international relations* eingehend); wie hier Corten, Law Against War, S. 60, 68; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (202); die Unanwendbarkeit des Gewaltverbotes auf Polizeimaßnahmen mit dem lex-specialis-Grundsatz begründend Papastavridis, Interception of Vessels, S. 70; für die Anwendbarkeit des Art. 2 (4) UNC hingegen Guilfoyle, S. 81; Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (298–301); zur Abgrenzung von Gewalt und Polizeimaßnahmen näher sogleich unter (2).

291 Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (54, 83–85); Gill Netherlands YB Int'l L. 23 (1992), S. 105 (121); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (180).

292 Vgl. PCIJ, Lotus, S. 18; wie hier Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (192 f); aA Corten, Law Against War, S. 52–55 (zu gewaltsamen Entführungen und Festnahmen); ebd. S. 85 (zu gezielten Tötungen). Corten stellt freilich nicht in Abrede, dass solche Gewalteinsätze auf fremdem Territorium die Souveränität des Territorialstaates verletzen, ebd. S. 53 f. Damit legt er implizit die (auch hier geteilte) Auffassung zugrunde, dass eine Polizeimaßnahme nicht bereits dadurch zur Ge-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zuletzt das Skripal-Attentat gezeigt, das Großbritannien explizit als „unlawful use of force – a violation of article two of the United Nations charter“[293] (sogar als „attack on UK soil“)[294] qualifizierte. Selbst geringfügige Gewalteinsätze gegenüber *Privaten* auf nicht-fremdem Territorium – die grundsätzlich eine Polizeimaßnahme darstellen können – werden unter bestimmten Umständen als Gewalt iSd Art. 2 (4) bewertet,[295] sodass die Intensität auch hier nicht das einzige Abgrenzungskriterium sein kann. Ein allgemeines de-minimis-Erfordernis lässt sich damit also nicht erklären.

Auch die Staatenpraxis kann eine Erheblichkeitsschwelle nicht begründen.[296] Zwar berufen sich Staaten bei kleineren Konfrontationen nicht immer auf das Chartaregime der Gewaltanwendungen.[297] Häufig ziehen es die Akteure aber heran.[298] Soweit sie in der Vergangenheit auf eine „aggression in violation of the Charter“ abstellten, lässt sich diese Aussage nur

---

waltanwendung iSd Art. 2 (4) wird, dass sie die Grenzen der für sie geltenden Regeln überschreitet. Anders als Corten wird aber hier für richtig gehalten, dass jedenfalls gezielte Tötungen von Terroristen oder Entführungen auf fremdem Territorium mehr sind als rechtswidrige Polizeimaßnahmen: Die Souveränität des Territorialstaates verhindert ab initio eine Qualifizierung als Polizeimaßnahme. Zu der Abgrenzung näher sogleich unter (2). Etwas anderes mag für grenzüberschreitende Nacheile (s. Corten, Law Against War, S. 54; Gilmore, in: Weller, Oxford Handbook, S. 897–909; Tams, EJIL 20 (2009), S. 359 (371)) oder einzelne Gewaltanwendungen eines Staates auf von ihm besetztem Gebiet gelten, vgl. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 345 (1); s. jedoch ICJ, Construction of a Wall, 2004, Rn. 139; vgl. Canor, Leiden J. Int'l L. 19 (2006), S. 129 (140); Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 591.

293 Statement des Botschafters Jonathan Allen am 14. März 2018 vor dem SR; ähnlich Prime Minister Commons Statement on Salisbury incident response v. 14. März 2018.

294 Botschafter Jonathan Allen am 14. März 2018 vor dem SR, UN Doc. SC/13247.

295 Beispiele folgen sogleich.

296 Hält man die für eine Erheblichkeitsschwelle angeführten Argumente zwar noch für vertretbar, aber wie hier für deutlich weniger überzeugend als die Gegenargumente, bedürfte es nach Gewichtungsregel (2) (s.o.. Kap., III. 3.) einer deutlich überwiegenden Praxis.

297 So etwa beim Abschuss amerikanischer Militärflugzeuge durch die Sowjetunion 1952, 1954 und 1960 sowie durch die Tschechoslowakei 1953, s. dazu und zu weiteren Beispielen Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (182 f); s. auch Corten, Law Against War, S. 63 f.

298 ZB bei Abschüssen einzelner Militärflugzeuge, etwa zweier US-Maschinen 1946 durch Jugoslawien, die die USA als „plain violation of the obligations under the Charter of the United Nations not to use force except in self-defense“ bezeichneten (US-Außenminister, Department of State Bulletin 15 (1946), S. 417) oder im Golf-von-Sidra-Vorfall 1981 (vgl. Briefe von Libyen und Algerien, UNYB (1981), S. 360 f); gar bei einzelnen Drohnenabschüssen im eigenen Territorium, so Iran

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf das Gewaltverbot beziehen.[299] Selbst bei Rettungsoperationen, die kaum eine Stunde währten und kein Gefecht auslösten, bemühten Staaten Erlaubnissätze des Friedenssicherungsrechts.[300] Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, dass auch ein geringfügiger staatlicher Einsatz von Waffengewalt[301] den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC potentiell eröffnet.

(2) Abgrenzung von Gewalt und Polizeimaßnahmen

Ein weiterer Aspekt ist für den Auslegungswert geringfügiger Gewaltanwendungen klärungsbedürftig. Staatliche Gewaltanwendungen gegenüber *privaten* Akteuren auf *nicht-fremdem* Territorium (also innerhalb des eigenen Staatsgebiets,[302] der Kontinentalplatte, der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) und auf Hoher See) können sowohl *verbotene Gewalt* iSd Art. 2 (4) UNC darstellen – das gilt für Gewalt gegen zivile Schiffe,[303]

---

beim Abschuss einer US-Drohne 2019, UN Doc. S/2019/512; ebenso bei Vorfällen, die die Militärschifffahrt betreffen, zB dem Eindringen der israelischen Eilat in Territorialgewässer der Vereinigte Arabische Republik (Brief des Permanent Representative der UAR, UN Doc. S/8205); genauso bei Konfrontationen zwischen Truppen, so zB einem kleineren Grenzzwischenfall zwischen kambodschanischen und thailändischen Soldaten am 15. Oktober 2008, bei dem sich beide Staaten auf Art. 51 UNC beriefen (vgl. UN Doc. S/2008/657 para. 4 und S/2008/653); auch bei Attentatsversuchen auf die Staatsoberhäupter Mubarak in Addis Abeba (vgl. S/1996/10, S. 13 Rn. 53) und George Bush (s.u. 7. Kap., III. 3. b); ebenso bei gezielten Tötungen von Terroristen, vgl. etwa der britische Generalanwalt zur Tötung von Reyaad Khan am 21. August 2015 in Syrien (HC Deb, 7 September 2015, column 26); umf. Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (184–187).

299 AA O'Connell, AJIL Unbound 108 (2014), S. 141 (143).

300 So die deutsche Bundesregierung bei Operation Pegasus in Libyen 2011, BVerfGE 140, 160, Rn. 48 (Einwilligung der libyschen Regierung); für weitere Beispiele s. Ruys, Armed Attack, S. 231 f.

301 Vgl. Kreß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (333); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (188).

302 Ein genereller Ausschluss von Gewaltanwendungen auf dem eigenen Territorium aus dem Anwendungsbereich des Art. 2 (4) folgt auch nicht aus ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 50, ebenso Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (572).

303 Vgl. Art. 91 (1) S. 2 UNCLOS; zur Begründung s. Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (292–298); implizit auch ICJ, Oil Platforms, 2003, Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Flugzeuge[304] aber wohl auch gegen Individuen (an Land)[305] – als auch bloße *Polizeimaßnahmen*. Letztere sind vorwiegend den Regeln internationaler Übereinkommen wie dem UN-Seerechtsübereinkommen von 1982 (UNCLOS)[306] oder dem Chicagoer Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt[307] sowie entsprechendem Gewohnheitsrecht, nicht aber dem Gewaltverbot unterworfen.[308] Das maßgebliche Abgrenzungskriterium ist das bereits erwähnte Merkmal der *internationalen Beziehungen* iSd Art. 2 (4)

304 Art. 17 Chicagoer Abkommen.

305 Ebenso Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206 f); dazu im Zusammenhang mit Art. 51 UNC Kreß, Eckstein mit Grauzonen, FAZ Einspruch v. 3. April 2019; diese Frage stellt sich insb. für das Land, weil sich Individuen hier anders als auf der See und in der Luft regelmäßig ohne „beflaggte Hülle" bewegen und somit – zumindest bei Maßnahmen auf dem eigenen Territorium des handelnden Staates – kein anderer Staat als der Nationalstaat des Individuums betroffen ist. (Ausnahmen sind zB Züge eines ausländischen Beförderers auf dem eigenen Boden.) Die *Nationalität* der Individuen muss nicht irrelevant sein, sie reicht nur für sich genommen nicht aus, fiele sonst zB auch die gewaltsame Festnahme ausländischer Straftäter potentiell unter Art. 2 (4) UNC.

306 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982.

307 Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944.

308 Über das Verhältnis zwischen diesen Konventionen und dem Gewaltverbot besteht Uneinigkeit. Richtig erscheint, dass Maßnahmen, die UNCLOS oder dem Chicagoer Abkommen *entsprechen*, regelmäßig polizeiliche Maßnahmen sind, weil sie den Charakter von *Rechtsdurchsetzung* haben und nicht die internationalen Beziehungen zweier souveräner Staaten betreffen. Bei Maßnahmen, die diese Abkommen *überschreiten*, kann entweder eine rechtswidrige Polizeimaßnahme (die nicht am Gewaltverbot zu messen ist) oder eine Gewaltanwendung vorliegen, die nicht nur die jeweilige Konvention, sondern auch das Gewaltverbot verletzt, ähnlich Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (62 f, 86–88); Blair Hankey, Vertreter Kanadas im Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), CR 1998/14, Rn. 16, 51 f; abweichend in der Begründung Guilfoyle, Shipping Interdiction, S. 275 f; Guilfoyle, ICLQ 56 (2007), S. 69 (79–81); Murdoch, Military L. & L. War Rev. 48 (2009), S. 287 (299–301). Im Bereich der See verstößt ein das Gewaltverbot verletzender Staat zB gegen Art. 301 UNCLOS. Kann sich der handelnde Akteur auf einen Erlaubnissatz der Charta berufen, verhindert dieser sowohl die Verletzung von Art. 2 (4), als auch die der Konvention, vgl. zB Art. 3*bis* (a) S. 2 Chicagoer Abkommen. Dass in den Anwendungsbereich der Konventionen nicht (spiegelbildlich zum Anwendungsbereich des Gewaltverbotes) ausschließlich polizeiliche Maßnahmen fallen, sondern auch Gewaltanwendungen iSd Art. 2 (4) UNC, kann für das Chicagoer Abkommen aus Art. 3*bis* (a) S. 2 geschlossen werden; für ein striktes Exklusivitätsverhältnis hingegen Corten, Law Against War, S. 56, 59; zum Verhältnis auch Fleck, German YB Int'l L. 31 (1988), S. 165 (179 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

UNC. Ein Blick auf die Staatenpraxis[309] erhellt die bislang wenig geklärte Bedeutung dieses Merkmals.

Zu den Gewaltanwendungen gegen Private, die nicht am Gewaltverbot, sondern an den genannten Konventionen oder entsprechendem Gewohnheitsrecht gemessen wurden, zählen etwa der Beschuss der englischen *Red Crusader* durch dänische Einsatzkräften in ihrem Küstenmeer[310] und der unter der Flagge von St. Vincent und den Grenadinen segelnden *M/V Saiga* durch ein guineisches Patrouillenboot[311] oder die Versenkung der kanadischen *I'm Alone* durch die amerikanische Küstenwache.[312] Sie werden verbreitet dem Bereich polizeilicher Maßnahmen zugeordnet.[313] Zahlreiche weitere Beispiele existieren.[314] Bei anderen kleineren Zusammenstößen mit Privaten beriefen sich die Akteure durchaus auf das Gewaltverbot oder das Selbstverteidigungsrecht der Charta: so Deutschland im *Fischereistreit* mit Island über das Zerschneiden deutscher Fischerbootnetze,[315] die

309 Für umfassende Darstellungen s. insb. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (74–89); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 149 (202–208); Corten, Law Against War, S. (52–66).

310 Report of the Commission of Enquiry, 1962, RIAA XXIX, S. 521–539; Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56); Corten, Law Against War, S. 58.

311 Internationaler Seegerichtshof, Urteil v. 1. Juli 1999, ITLOS Reports, Rn. 31–39.

312 I'm Alone (Canada v. US), Arbitral Award, 1933 und 1935, RIAA III, S. 1609–1618; Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56). In allen drei Fällen wurde der Gewalteinsatz am Grundsatz der Erforderlichkeit gemessen, für die *I'm Alone* vgl. Joint Interim Report, 1933, RIAA III, S. 1613 (1615); Joint Final Report, 1935, RIAA III, S. 1616 (1617); für die *Red Crusader* vgl. Report of the Commission of Enquiry, 1962, RIAA XXIX, S. 521 (538); für die *M/V Saiga* vgl. Internationaler Seegerichtshof, Urteil v. 1. Juli 1999, ITLOS Reports, Rn. 155.

313 Vgl. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (56 f); Corten, Law Against War, S. 58 (zur *Saiga* und zur *Red Crusader).*

314 Etwa die Bombardierung der libyschen *Torrey Canyon* durch das Vereinigte Königreich außerhalb des englischen Küstenmeeres (Corten, Law Against War, S. 59; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 149 (203); näher Quéneudec, AFDI 14 (1968), S. 701–718), die Festnahme der spanischen *Estai* durch kanadische Einsatzkräfte (ICJ, Fisheries Jurisdiction, Jurisdiction, 1998 (Spain v. Canada), Rn. 84, wobei sich Spanien auf Art. 2 (4) UNC berufen hatte, ebd. Rn. 12), der Beschuss der in indonesischen Gewässern fischenden chinesischen *Fuyuanyu* (vgl. Foreign Ministry Spokesman Qin Gang's Comment vom 23.9.2005) oder die sowjetische Festnahme des niederländischen Greenpeaceschiffs *Arctic Sunrise* in der russischen AWZ (vgl. PCA, Arctic Sunrise (Merits), Schiedsspruch v. 14. August 2015, Rn. 333).

315 ICJ, Fisheries Jurisdiction, Merits, 1973 (Germany v. Iceland), Rn. 71. Der IGH entschied nicht über die Frage, da Deutschland die Schäden nicht ausreichend beziffert hatte, ebd. Rn. 71–76.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

USA im *Mayaguez-Fall*, in dem diese mit Gewalt auf die Beschlagnahme eines Frachters und die Festnahme dessen Crew durch die Khmer Rouge reagierten,[316] bei den seit 9/11 intensivierten *Maritime Interception Operations*,[317] die viele Staaten lange mit dem individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrecht legitimierten,[318] Großbritannien nach dem Abschuss von *El Al Flight 402* durch Bulgarien[319] und sowohl USA als auch Iran nach dem Abschuss von *Iran Air Flight 655* durch die während des ersten Golfkrieges im Persischen Golf stationierte *USS Vincennes*.[320] Der *Guyana-Suriname-Schiedsspruch* wertete das Ultimatum, mit dem das surinamische Militär einen Tanker mit guyanischer Lizenz aus einem Gewässer vertrieb, das beide Staaten für sich reklamierten,[321] als Drohung mit militärischer Gewalt und Verstoß gegen die Charta.[322]

Es fällt ins Auge, dass die meisten Gewalteinsätze gegen Private, die am Gewaltverbot gemessen wurden, vor dem Hintergrund zwischenstaatlicher

316 Letter from the US Permanent Representative to the UN, UN Doc. S/11689; ausf. zu diesem Fall s. Paust, Yale L. J. 85 (1976), S. 774–806; näher dazu s.u. 7. Kap., III. 6. a.

317 Auch „Maritime *Interdiction* Operations"; hier halten Staaten auf Hoher See fremde zivile Schiffe an, durchsuchen sie auf Konfliktparteien bzw. Terroristen oder Waffen und halten sie bisweilen fest, näher s.u. 7. Kap., III. 2. c, dd.

318 S. nur Heintschel von Heinegg, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374 f); König, in: Zimmermann et al., Moderne Konfliktformen, S. 203 (206); die Literatur qualifiziert letztere jedoch zunehmend als Polizeimaßnahmen, s. Corthay, Australian & New Zealand Maritime L. J. 31 (2017), S. 53 (57, 59 f); sowohl die Regeln zum Gewaltverbot als auch die für Polizeimaßnahmen als Grundlage annehmend Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (68). Andere halten das ius contra bellum in diesem Bereich für von dem fortgeltenden Neutralitätsrecht verdrängt, vgl. Heintschel von Heinegg, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 561–563 (das Selbstverteidigungsrecht hingegen für eine mögliche Grundlage haltend, ders., in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374 f) und in: Weller, Oxford Handbook, S. 925 (942)); ähnlich Papastavridis, Interception of Vessels, S. 41–43, 83. Diese Auffassung wird hier nicht geteilt.

319 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66, näher s.u. 7. Kap., III. 2. b, bb.

320 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 3.70–3.76, 3.81, 3.89–3.100; Letter from the US Permanent Representative to the UN, Doc. S/19989 (1989); näher s.u. 7. Kap., III. 2. b, ff.

321 S. dazu Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (49 f).

322 Arbitral Award Guyana v. Suriname, 2007, RIAA XXX, S. 1 (Rn. 445); eing. Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (77–83); Suriname hatte noch argumentiert, darin liege eine bloße Polizeimaßnahme, Guyana v. Suriname, Rejoinder of Suriname, Rn. 4.57–4.62.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

politischer Spannungen stattfanden. Vieles spricht daher dafür, dem *Kontext* der Gewalthandlung eine herausgehobene Bedeutung beizumessen: Kann die Gewaltanwendung als Teil eines *zwischenstaatlichen Konflikts* verstanden werden, liegt die Annahme einer die internationalen Beziehungen betreffenden Auseinandersetzung zweier souveräner Staaten iSd Art. 2 (4) UNC nahe.[323] Schwierig ist die Einordnung der Fälle, in denen der Akteur nicht wie bei *Iran Air Flight 655* allein über die zivile Nutzung eines Flugzeugs, sondern wie in anderen Abschussfällen zusätzlich über dessen Nationalität irrt, sodass eine an dem zwischenstaatlichen Konflikt *unbeteiligte* Nation zum Opfer der Gewalthandlung wird.[324] Angesichts der Nähe beider Konstellationen lässt sich eine unterschiedliche Behandlung kaum überzeugend begründen.[325] Dass die Staaten bei Gewalteinsätzen gegenüber am Konflikt unbeteiligten Nationen mit dem Vorwurf des Gewaltverbotsverstoßes zurückhaltend sind,[326] spricht jedoch dafür, den Aussagewert dieser Fälle für die untersuchte Fragestellung nicht zu überschätzen. Neben dem Kontext mögen für die Abgrenzung die Intensität und der Umfang der Gewalt,[327] die Eskalationsgefahr des Vorfalls, der Status der handelnden Einsatzkräfte (Soldaten oder Polizeibeamte)[328] sowie der Ort

323 Diese Auffassung wird verbreitet geteilt, was bei der Debatte über die Existenz eines Schwellenerfordernisses iSd Art. 2 (4) in den Hintergrund gerät. Die Relevanz des Kontextes erkennen sowohl Befürworter einer solchen Schwelle (Corten, Law Against War, S. 73–76) als auch Gegner (Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206 f) an. Auch Kwast stellt im Rahmen ihres Kriteriums der *functional objective* primär auf den Kontext ab, dies., J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (80–82); im Bereich der Hohen See dagegen generell eine Polizeimaßnahme annehmend Papastavridis, Interception of Vessels, S. 68–72.

324 So zB der Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 durch russisch kontrollierte ukrainische Rebellen 2014. Beim Abschuss von Korean Air Lines Flight 902 und 007 durch die Sowjetunion war Südkorea zumindest nicht unmittelbare Partei des Konflikts (hier der Kalte Krieg), s.u. 7. Kap., III. 2. b, dd, ee.

325 Die Frage wurde, soweit ersichtlich, bislang nicht erörtert. Nach Kwasts plausiblem *funktionalen* Kriterium, nach dem die *Zielsetzungen* des handelnden Akteurs maßgeblich sind (J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (73 f, 80–82)), würde dieser Fall wohl unter das Gewaltverbot fallen.

326 So auch bei den erwähnten Abschussfällen in Fn. 324.

327 Auch hierüber ist man sich weitgehend einig, vgl. Corten, Law Against War, S. 67–76; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (207).

328 Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (73); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (207).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Maßnahme (das eigene Territorium, die AWZ oder die Hohe See)[329] relevante Kriterien sein.

(3) Zwischenergebnis

Auch geringfügige Gewaltanwendungen gehören zur hier potentiell relevanten Staatenpraxis. Erstens existiert keine allgemeine Intensitätsschwelle. Zweitens können die internationalen Beziehungen iSd Art. 2 (4) UNC auch bei minimalen Gewaltanwendungen betroffen sein. Bei Gewaltanwendungen zwischen staatlichen Einsatzkräften oder auf fremdem Territorium ist regelmäßig davon auszugehen. Bei Einsätzen gegen Private auf dem eigenen Territorium, der AWZ und auf Hoher See kommt es entscheidend auf den Kontext an. Die Untersuchung beschränkt sich auf Vorfälle, bei denen sich nach diesen Maßstäben begründen lässt, dass sie unter Art. 2 (4) UNC fallen.[330]

bb) Geringfügige Gewaltanwendungen und Art. 51 UNC

Verglichen mit Art. 2 (4) genießt die Existenz einer Erheblichkeitsschwelle bei Art. 51 UNC einen starken Rückhalt in Praxis, Literatur und Rechtsprechung. Bereits formuliert im Nicaragua-Urteil[331] wiederholte der IGH das Schwellenerfordernis in seiner Ölplattformen-Entscheidung.[332] Seit dieser Entscheidung kann davon ausgegangen werden, dass das Gericht

329 Teilweise wird angenommen, im eigenen Territorium und der AWZ werde das Vorliegen einer Polizeimaßnahme (durch die anderen Kriterien widerlegbar) vermutet, auf Hoher See dagegen eine Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4), Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (206, 208); s. bereits Kwast, J. Conflict & Sec. L. 13 (2008), S. 49 (55, 86). Ob die Staatenpraxis tatsächlich auf eine so differenzierte Regel hindeutet, mag dahinstehen. Jedenfalls ist der Ort ein relevantes Kriterium, weil die Kompetenzen für polizeiliche Maßnahmen auf Hoher See beschränkt sind (Erlaubnisnormen sind zB Art. 97 f, 221 UNCLOS), auch wenn ihre Überschreitung allein die Maßnahme noch nicht zu einer Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC macht, s.o. Fn. 308.

330 In einigen Fällen wird man über die Anwendbarkeit des Art. 2 (4) UNC streiten können. Diesem Umstand lässt sich bei der Gewichtung des jeweiligen Vorfalles Rechnung tragen.

331 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

332 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51; s. auch Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Jus ad Bellum, Ethiopia's Claims 1–8, Rn. 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieses Erfordernis auch auf direkte Gewaltanwendungen eines Staates erstreckt.[333] Auch wenn diese Rechtsprechung bei einigen Staaten[334] und Autoren[335] auf heftige Kritik stieß, hat sich die Debatte heute maßgeblich dadurch entschärft, dass die Angriffsschwelle verbreitet nicht sehr hoch angelegt wird: Nach geringfügigen Gewaltanwendungen formulierte Selbstverteidigungsansprüche – etwa nach dem versuchten Attentat auf den früheren US-Präsident George Bush,[336] im Golf-von-Tonkin-Vorfall[337] oder bei Grenzzwischenfällen[338] – wurden von der Staatengemeinschaft selten aus diesem Grund zurückgewiesen. Der IGH selbst hängte in seinem Ölplattformen-Urteil die Messlatte für den bewaffneten Angriff vergleichsweise tief.[339] Vieles spricht somit dafür, bereits Angriffe ausreichen zu lassen, die geeignet sind, einen Menschen zu verletzen oder Eigentum von

333 Daran konnte man nach dem Nicaragua-Urteil noch zweifeln, vgl. Yusuf, Leiden J. Int'l L. 25 (2012), S. 461 (464–466).

334 Hauptkritiker sind bis heute die USA, s. Rede von Harold Koh bei der USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference v. 18. September 2012, abgedruckt in Harv. Int'l L. J. 54 (2012), S. 1 (7); Sofaer, Military L. Rev. 126 (1989), S. 89 (94).

335 S. nur Kreß, Gewaltverbot, S. 194 f; Hargrove, AJIL 81 (1987), S. 135 (139–141, 143); Sofaer, Military L. Rev. 126 (1989), S. 89 (94–96); Goodman, Just Security, 8. März 2018 (im Cyberkontext); dagegen auch Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (966); aufgegriffen hat das Schwellenerfordernis hingegen zB Gray, Use of Force, S. 156 f, nicht abgeneigt offenbar auch Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 206 f; kritischer noch ebd. 4. Aufl, S. 194.

336 UN Doc. S/PV.3245 (1993), S. 3, 8; der Irak bestritt zwar seine Beteiligung, bezweifelte aber nicht, dass die Angriffsschwelle erreicht sei, UN Doc S/PV.3245 S. 11.

337 Dazu s.u. 7. Kap., III. 2. b, dd. Die Tschechoslowakei bewertete die Fakten anders und berief sich auf die fehlende Notwendigkeit, nicht aber die zu niedrige Angriffsschwelle, UN Doc. S/PV.1141 (1964) Rn. 27–31; Russland kritisierte, dass es sich um eine Vergeltungsmaßnahme gehandelt habe, UN Doc. S/PV.1141 (1964) Rn. 78 f; zu beidem auch UNYB (1964), S. 148.

338 Für Beispiele s. Ruys, Armed Attack, S. 156 f. Das Nicaragua-Urteil nimmt diese Fallgruppe noch aus Art. 2 (4) UNC aus, ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191, 195.

339 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (1), Fn 276. Insoweit ist das Bedürfnis für eine Unterscheidung zwischen regulärer Selbstverteidigung und „on-the-spot-reactions" zweifelhaft, so aber Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 261–263; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (178, 181 f). Der IGH hat sich sogar gegenüber der Accumulation-of-events-Theorie nicht abgeneigt gezeigt, vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 231; ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 64; ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 146; dazu Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (582).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht unerheblichem Wert zu zerstören.[340] Auch der vorgestellte Angriff auf ein einzelnes Schiff stellt daher ein potentiell bedeutsames Stück Staatenpraxis für diese Untersuchung dar.

b) Putativangriffe von Flugzeugen

Die erste aufschlussreiche Fallgruppe bilden Abschüsse von Flugzeugen (häufig ziviler Art) durch staatliche Einsatzkräfte in der irrigen Annahme, das Flugzeug sei im Begriff einen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC auszuführen. Nicht zum Untersuchungsspektrum gehören also Fälle, in denen der Staat schon den Abschuss nicht beabsichtigte (er etwa bei einer Militärübung geschah)[341] ebenso wie irrtümliche Abschüsse durch Rebellen, deren Handlungen keinem Staat zurechenbar sind und die daher nicht unter Art. 2 (4) UNC fallen.[342]

aa) Abschuss von Cathay Pacific VR-HEU durch China (1954)

Am 23. Juli 1954, im Vorfeld der ersten Krise in der Taiwan-Straße (1954 bis 1955), griffen Jagdflugzeuge der Volksrepublik China einen von Bangkok nach Hong Kong fliegenden britischen Airliner der Linie Cathay Pacific an. Späteren Aussagen des chinesischen Außenministeriums zufolge hielt das Militär den Airliner für ein feindliches Kampfflugzeug der Republik China (Taiwan), das sich über Hainan aufhielt. Das Flugzeug stürzte in der Nähe von Hainan ins Meer, wobei zehn der 19 Insassen starben. Großbritannien und die USA kritisierten den Abschuss und machten China dafür verantwortlich.[343] China entschuldigte sich für den „accidental

340 Ähnlich Ruys, Armed Attack, S. 155, jedoch einschr. auf *gezielte* Angriffe, dazu noch s.u., 9. Kap., III. 2.; freilich beeinflusst die Schwere des Angriffs die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung.

341 Da sie den „Tatbestand" des Gewaltverbotes betreffen. Beispiele sind der Abschuss von Siberia Airlines Flight 1812 durch die Ukraine bei einer Übung (2001) oder die Beschädigung eines französisches Flugzeug durch russische Raketen (1952), soweit Russland tatsächlich nur Warnschüsse abgeben wollte, vgl. Hassan, J. Air L. & Comm. 49 (1984), S. 555 (571).

342 ZB der Abschuss der Polar 3 des Alfred-Wegener-Instituts durch die Frente Polisario über der Westsahara (1985).

343 Am selben Tag kam es zwischen zwei amerikanischen Militärflugzeugen, die nach Überlebenden des Absturzes suchten, und zwei chinesischen Militärflugzeugen zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die chinesischen Flug-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

and unfortunate incident" und erklärte sich zur Zahlung der von Großbritannien als Schadensersatz geforderten 367,000 Pfund bereit.[344]

Soweit die chinesischen Streitkräfte annahmen, das taiwanische Militärflugzeug sei in den Luftraum der Volksrepublik China nur eingedrungen, um militärische Aufklärung zu betreiben oder wie frühere taiwanische Flugzeuge Flugblätter über Hainan abzuwerfen,[345] hätte dies eine Gewaltmaßnahme auch nach ihrer Vorstellung nicht gerechtfertigt. Denn Handlungen der vorgestellten Art können kaum als bewaffneten Angriff beurteilt werden, liegt darin wohl schon keine Anwendung militärischer Gewalt. Jedenfalls ist die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten.[346] Obwohl es sich daher nicht um echte putative Selbstverteidigung handelte, kann man die chinesische Reaktion so deuten, dass China sich zur Entschädigung verpflichtet hielt und annahm, der Irrtum sei nicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Da die genauen Umstände des Irrtums jedoch im Dunkeln liegen, lässt sich nicht sagen, ob sich die Präzedenzwirkung dieses Vorfalls auf vermeidbare Irrtümer beschränkt oder auch auf unvermeidbare erstreckt.

bb) Abschuss von El Al Flight 402 durch Bulgarien (1955)

Während des kalten Krieges kam am 27. Juli 1955 der israelische Airliner El Al 402 von seiner Route ab, drang in den Luftraum des kommunisti-

---

zeuge abgeschossen wurden, zum Ganzen s. Tkacik, The 1954 Hainan Incident, China Business Intelligence v. 12. April 2001.

344 Zum Ganzen s. Tkacik, The 1954 Hainan Incident, China Business Intelligence v. 12. April 2001; zu dem Vorfall s. auch South China Morning Post v. 9. November 2003; Sochor, Politics of International Aviation, S. 133.

345 Über die genaue Vorstellung des chinesischen Militärs differieren die Quellen; für die Flugblatt-Variante de La Pradelle, RCADI 86 (1954), S. 117 (188).

346 Bei Aufklärungsflügen ist die Staatenpraxis uneinheitlich. Einerseits protestierten die USA zB 1960 nicht gegen den Abschuss des US-Spionageflugzeugs U-2 über sowjetischem Territorium und nach dem Abschuss der amerikanischen RB-47 drehte sich die Debatte primär darum, ob die Maschine in russischen Luftraum eingedrungen war, was ein Abschussrecht nahelegt. Andererseits scheiterte in beiden Fällen eine Verurteilung des Aufklärungsflugs als „aggressive act" durch den SR (zu beidem s. Lissitzyn, AJIL 56 (1962), S. 135 (135, 138–140)) und die Sowjetunion stützte sich häufig ausdrücklich auf das durch den Eindringling eröffnete Feuer und nicht dessen bloße Aufklärungstätigkeit, s. Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (599); die Existenz eines Angriffs ebenfalls von weiteren Umständen abhängig machend Ruys, Armed Attack, S. 193.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Bulgariens ein[347] und wurde dort vom Militär abgeschossen. Die bulgarische Regierung erklärte, das Flugzeug habe Aufforderungen zur Landung missachtet und versucht, dem Luftraum zu entfliehen.[348] Bulgarien bestritt in der späteren diplomatischen Korrespondenz nicht mehr, das Flugzeug als zivil identifiziert zu haben.[349] Alle 58 Insassen kamen bei dem Absturz ums Leben. Der Vorfall rief heftigen internationalen Protest hervor.[350] Von ursprünglichen Äußerungen, Verantwortung zu übernehmen,[351] rückte die bulgarische Regierung, im späteren Verlauf wieder ab.[352] In dem von Israel, Großbritannien und den USA angestrengten IGH-Verfahren[353] kam es zu keinem Urteil in der Hauptsache, weil die USA und Großbritannien ihre Klagen zurücknahmen und sich der IGH

347 Das erkannte Israel nach vorerst geäußerten Zweifeln an, vgl. Note of 14 February 1956 from the Israel Legation in Sofia to the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs, S. 16 Rn. 5.

348 Note of August 4 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 13. Die Verbalnoten an Großbritannien und die USA waren nahezu wortgleich.

349 Zunächst hatte Bulgarien erklärt, das sehr hoch fliegende (deshalb wohl unerkannt gebliebene) Flugzeug sei durch sein Raketenabwehrsystem abgeschossen worden, Note of 28 July 1955 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, S. 12. In der Note of August 4 to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 13 f machte Bulgarien keine Äußerung mehr dazu, ob es das Flugzeug als zivil erkannt habe.

350 Für Israel s. Second note of 28 July 1955 from Israel Ministry for Foreign Affairs to the Bulgarian Legation, S. 11; zu weiteren Staaten Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (603 f).

351 Bulgarien betonte zwar die häufigen Verletzungen des bulgarischen Luftraums, räumte aber „une certaine hâte" seiner Luftverteidigung ein und erklärte sich zu Entschädigungen bereit, Note of August 4 from the Bulgarian Ministry for Foreign Affairs to the Israel Legation in Sofia, 1955, S. 14; vgl. auch bereits Note of 28 July 1955, S. 12.

352 S. ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 61 f.

353 Die Kläger lehnten das Zu-Boden-Zwingen eines unerlaubt eindringenden Flugzeugs unterschiedlich kategorisch ab: Großbritannien zufolge beschränkten sich die Reaktionsmöglichkeiten auf diplomatische Mittel, UK Memorial, Rn. 77. Die amerikanische Klageschrift ließ im Falle einer Gefahr für die staatliche Sicherheit immerhin ein gewaltsames Zu-Boden-Bringen durch vernünftige Mittel (nicht aber einen Abschuss) zu, US Memorial, S. 235 f. Die israelische Klageschrift erkannte das Recht zur Vornahme territorialer Schutzmaßnahmen an und beklagte nur die Unverhältnismäßigkeit des Abschusses, Israel Memorial, Rn. 60. Zu dieser Abstufung s. auch Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (615–617).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Streit mit Israel für unzuständig erklärte.[354] Während Großbritannien den Abschuss ausdrücklich an Art. 2 (4) UNC maß,[355] machte Bulgarien geltend, dass die Streitsache allein seine „compétence interne" betreffe.[356] Es leistete schließlich ex-gratia-Entschädigungen.[357]

Obwohl das bulgarische Militär keinem Tatsachenirrtum unterlag,[358] sind zwei Aussagen der Klageschriften von Interesse. Die englische betonte, dass es keine Rechtfertigung dafür gebe, ein ziviles Flugzeug, „*clearly identifiable as such*", zu zerstören, was bedeuten mag, dass Großbritannien zwischen vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtümern unterschied.[359] Die israelische Klageschrift, die (wie die amerikanische[360]) auf die Erkennbarkeit des zivilen Flugzeugs ebenfalls hinwies, enthält zudem eine interessante Passage für den Fehlverdacht:

> „It is stating the obvious to say that opening fire, before the foreign aircraft had been identified, whether or not in haste, and whether or not without taking necessary measures, makes it impossible to say that the organs of the Bulgarian State, which so acted, were, or could have been, comporting themselves properly and with that degree of care and skill which is required of them […]. There can be no legal justification for haste and inadequate measures after interception of, and for

354 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Preliminary Objections, 1959 (Israel v. Bulgaria), S. 146.

355 ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66. Israel berief sich stattdessen auf die allgemeinen Grundsätze des Luftrechts, vgl. ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of Israel, 1958, Rn. 59–67, insb. Rn. 59, 65. Die USA stützten sich auf den Grundsatz, der es Staaten verbiete, unschuldige Menschen zu töten (ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the USA, 1958, S. 212–216) sowie auf „long-held principles of international law, morality and the practice of civilized nations" (ebd. S. 235).

356 Preliminary Objections, Communication du l'agent du Gouvernement de Bulgarie du 4 décembre 1958, S. 131; Télégramme de l'agent du Gouvernement de Bulgarie du 8 décembre 1958, S. 132 f.

357 Bulgaria Agrees to Pay $195,000 to Israel for Shot Down El Al Plane, Jewish Telegraph Agency v. 4. Juni 1963 (für Zahlungen an Israel); zur ex-gratia-Natur s. Sassella, Melbourne Univ. L. Rev. 8 (1971), S. 41 (43).

358 Selbst wenn es den Airliner für ein Militärflugzeug gehalten hätte, hätte in dem bloßen Überflug seines Luftraums kein bewaffneter Angriff gelegen, und zwar auch dann nicht, wenn man die offenbar häufigen ungenehmigten Überflüge fremder Flugzeuge miteinbezieht, die auf verschiedene Nationen zurückgingen. Jedenfalls wäre der Abschuss unverhältnismäßig gewesen.

359 ICJ, Aerial incident of 27 July 1955, Memorial of the UK, 1958, Rn. 66, Hervorhebung hinzugefügt.

360 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of the USA, 1958, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> the opening of fire on, a foreign civil aircraft, clearly marked as such."[361]

Selbst wenn die bulgarischen Piloten das Flugzeug noch nicht identifiziert gehabt hätten und also eine (wegen der Markierung wohl sehr geringe) faktische Unsicherheit bestanden hätte, wäre die Entscheidung zum Abschuss angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter Israel zufolge eindeutig als unvernünftig zu beurteilen. Auch wenn die Passage nicht auf Art. 2 (4) UNC bezogen ist, lässt sich von dieser Äußerung auf zwei relevante Faktoren für die Vernünftigkeit eines Wahrscheinlichkeitsurteils schließen: der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass eine Gefahr vorliegt, und der Wert der bei einer Fehlentscheidung beeinträchtigten Rechtsgüter.

cc) Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 durch Israel (1973)

Am 22. Februar 1973, im Kontext israelisch-arabischer Spannungen, die wenige Monate später in den Jom-Kippur-Krieg mündeten, schossen israelische Luftstreitkräfte einen libyschen Airliner ab, der von seiner Flugroute nach Kairo abgekommen und in den Luftraum über dem von Israel besetzten Sinai eingedrungen war. Bei der Notlandung starben 108 der 113 Insassen. Der Pilot des Airliners hatte die israelischen Kampfjets für freundlich gesinnte ägyptische Maschinen gehalten und auf Anweisungen zu landen sowie auf Warnschüsse nicht reagiert, sondern den Kurs geändert.[362] Die israelische Armee hatte eigenen Angaben zufolge befürchtet, das Flugzeug sei gekidnappt worden und steuere mit explosiver Ladung eine israelische Stadt an. Israel sei über entsprechende Pläne palästinensischer Kämpfer informiert gewesen.[363] Damit lässt sich die Situation als Irrtum[364] über eine Selbstverteidigungslage beurteilen. Israelische Amtsträger drückten über

361 ICJ, Aerial Incident of 27 July 1955, Memorial of Israel, 1958, Rn. 68. Die Klageschrift lässt also offen, ob die bulgarischen Soldaten das Flugzeug bereits identifiziert hatten oder nicht.

362 Das ergab die Auswertung der Blackbox, vgl. die Äußerung Ägyptens, ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 32; ebenso Omer-Man, This week in History: IAF shoots down Libyan Flight 114, The Jerusalem Post v. 25. Februar 2011; Smith, Israel Erred, NY Times v. 25. Februar 1973.

363 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 52 Rn. 12; vgl. auch Smith, Israelis Down a Libyan Airliner, NY Times v. 22. Februar 1973.

364 Je nachdem ob die Israelis einen Alternativsachverhalt in Betracht zogen, ist auch ein Fehlverdacht denkbar. Hierbei wird die Schwierigkeit der Abgrenzung dieser Kategorien deutlich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Vorfall ihr tiefstes Bedauern aus, betonten aber, dass das Militär im Einklang mit völkerrechtlichen Prinzipien gehandelt habe.[365] Zahlreiche Regierungen – allen voran die ägyptische und libysche – kritisierten das israelische Handeln hingegen vehement.[366] Die Vertreter der blockfreien Staaten bei den Vereinten Nationen verurteilten den Abschuss als „act of aggression".[367] Der UN-Generalsekretär forderte eine Untersuchung der Umstände.[368] Die International Federation of Airline Pilots (IFALPA) kam zu dem Schluss, dass das Verhalten des Flugzeuges eher auf einen Navigationsfehler als auf eine militärische Gefahr hingedeutet habe und es an einer Rechtfertigung für den Abschuss fehle.[369] Auch die Versammlung der internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) verurteilte den Abschuss nahezu einmütig[370] – fasste diese Bewertung allerdings nicht in rechtliche Begriffe.[371] Auf Grundlage des Berichts einer eingesetzten Untersuchungskommission verneinte der Rat der ICAO im Juni 1973 eine Rechtfertigung

365 Smith, Israelis Down a Libyan Airliner und Tanner, Special, beide NY Times v. 22. Februar 1973.

366 Ägypten nannte den Abschuss einen „act of mass murder violating all international laws and human considerations", der libysche Außenminister ihn einen „criminal act", dessen Opfer Teil der israelischen Aggression seien, vgl. Smith, Israelis Down a Libyan Airliner und Tanner, Special, beide NY Times v. 22. Februar 1973.

367 Statement v. 21 Februar 1973, UN Doc. A/9049 S/10889, S. 2.

368 Keesing's Record of World Events 19 (1973), S. 25757; s. auch Choi/Munson, Aviation Terrorism, S. 157.

369 Keesing's Record of World Events 19 (1973), S. 25757; s. auch Morgan, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (253).

370 Dafür stimmten 105 Mitglieder, dagegen nur Israel, es enthielten sich Kolumbien und Malawi, s. ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 58 f Rn. 28.

371 Resolution A19–1, abgedruckt in ICAO Doc. 10075, S. I-42. Auch die Äußerungen während der vorausgehenden Debatte waren unterschiedlich konkret: Manche Staaten bezeichneten den Abschuss als „aggression", ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 30 Rn. 10 (Ägypten), S. 35 Rn. 14 (Indien), S. 39 Rn. 22 (Jugoslawien); manche bezogen sich auf Verletzungen der ICAO-Regeln, ebd. Rn. 24 (Senegal); S. 45 Rn. 5 (Mali); S. 41 Rn. 25 (Malaysia); andere legten sich nicht auf eine verletzte Norm fest, zB ebd. S. 34 Rn. 11 (Tunesien), S. 38 Rn. 19 (Russland), S. 43 Rn. 31 (Ungarn), S. 44 Rn. 3 (Mauretanien), S. 48 Rn. 12 (Kuwait) oder vermieden jede rechtliche Bewertung, so ausdrücklich die USA und Großbritannien, ebd. S. 46 Rn. 6 f; aber auch weitere Staaten, s. ebd. S. 34 Rn. 12 (Spanien), S. 36 Rn. 16 (Frankreich), S. 40 Rn. 23 (Kuba), S. 44 Rn. 1 (Kongo), S. 45 Rn. 4 (Belgien).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für das Handeln und stellte eine Verletzung des Chicagoer Abkommens fest.[372]

Die der ICAO-Resolution vorangegangene Diskussion ergibt für die Behandlung von Fehlvorstellungen ein weniger klares Bild, als die fast einhellige Verurteilung vermuten lässt. Denn viele kritische Stimmen waren überzeugt, dass Israel überhaupt keinem Irrtum unterlegen sei, weil es keine vom Airliner ausgehende Gefahr angenommen habe.[373] Der israelische Vertreter wiederum betonte wiederholt, dass es für die Rechtmäßigkeit einer Handlung auf die *Sichtweise der Akteure zum Zeitpunkt des Vorfalls* ankomme.[374] Dass er die Ursache der geltend gemachten Fehlvorstellungen ausführlich begründete,[375] deutet darauf hin, dass er der Nachvollziehbarkeit des Irrtums eine rechtliche Bedeutung einräumte. Einzig Ägypten erteilte dieser These eine grundsätzliche Absage:

> „[T]here [can] be no justification whatever for the shooting down of an unarmed civil aircraft, even if it was the result of an 'erroneous assumption', as stated by the Delegate of Israel."[376]

Unmittelbar behandelten daher nur Israel und Ägypten die hier interessierende Frage – und beantworteten sie in gegensätzlicher Weise. Wenn man auch von dem Vorfall auf die Unbeachtlichkeit unvernünftiger Irrtümer schließen kann, vermag er über vernünftige Irrtümer nicht mehr zu sagen, als dass sich die Staaten über ihre Relevanz uneinig waren.

dd) Abschuss von Korean Air Lines Flight 902 durch die Sowjetunion (1978)

In der Nacht auf den 21. April 1978 kam ein südkoreanisches Linienflugzeug von seiner Route ab und drang in eine sowjetische Hochsicherheitszone ein. Das sowjetische Militär, das den Airliner für ein amerikanisches

372 Council Resolution v. 4 Juni 1973, abgedruckt in ILM 12 (1973), S. 1180; vgl. auch ICAO Council Annual Report (1973), Doc. 9085, S. 97.
373 Vgl. ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 38 Rn. 19 (Russland), S. 41 Rn. 25 (Malaysia), S. 41 Rn. 27 (Irak), S. 42 Rn. 29 (Polen), S. 42 Rn. 30 (Syrien).
374 S. die Unterstreichungen bei „at the time (of the incident)", ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 52 f. Art. 51 UNC zitierte er dabei jedoch nicht, ebenso wenig wie die Kritiker Art. 2 (4) UNC.
375 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 51 f.
376 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 55 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufklärungsflugzeug hielt,[377] bedeutete dem Flugzeug zu landen, worauf dieses nicht reagierte. Der Pilot des sowjetischen Kampfjets erkannte noch in der Luft, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte, drang mit diesem Umstand aber nicht zu seinen Vorgesetzten am Boden durch. Dem Befehl zum Abschuss der Maschine leistete der Kampfjetpilot schließlich Folge.[378] Dem Piloten des durch den Beschuss schwer beschädigten Airliners gelang eine Notlandung auf einem gefrorenen See, sodass es bei den zwei Opfern blieb, die der Beschuss verursacht hatte.[379] Der Vorfall rief nahezu keinen öffentlichen Protest hervor.[380] Nicht einmal Südkorea selbst kritisierte den Abschuss, sondern bedankte sich bei Russland für die prompte Auslieferung der Passagiere und Teilen der Crew.[381]

Das Ausbleiben jeglichen Protests ist angesichts der massiven Kritik an Israel nach dem Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 unter ganz ähnlichen Umständen nur fünf Jahre zuvor bemerkenswert. Auch wenn Aufklärungsflüge die Schwelle eines bewaffneten Angriffs nicht erreichen und der Abschuss von KAL 902 somit keinen Irrtum über eine Selbstverteidigungslage darstellte, lässt sich in dem fehlenden Protest ein Indiz dafür sehen, dass nachvollziehbare Fehlvorstellungen Einfluss auf die rechtliche Bewertung einer Gewaltanwendung haben.[382] Die Bedeutung der aus-

377 R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

378 US-Nachrichtendiensten gelang die Rekonstruktion des eindrucksvollen Dialogs zwischen Pilot und Kontrolleuren am Boden, den Hersh, Target is Destroyed, S. 13 wie folgt wiedergibt:
„Controller: Do you see the target?
Pilot: Roger. It's a civilian airliner.
Controller: Destroy the target.
Pilot: Did you understand me?
Controller: Destroy the target!
The pilot then swore at his controller, asking again: 'Do you understand what I told you?' A Soviet general took charge, asking the pilot, 'Do you know who I am?' The pilot said yes, and the officer then repeated, 'Force down that plane.'"
Den US-Nachrichtendiensten zufolge waren die Entscheidungsträger am Boden überzeugt, dass sich die vermeintlichen Aufklärer mit zivilen Markierungen getarnt hatten, Hersh, Target is Destroyed, S. 14, Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (61 f).

379 Zu den Fakten s. Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (613).

380 Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (61); R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

381 Vgl. Apple Jr., South Korean Plane Plunged, NY Times v. 23. April 1978; Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (613).

382 Den fehlenden Protest als Indiz für eine Beurteilung des Abschusses als rechtmäßig wertend Hughes, J. Air L. & Comm. 45 (1980), S. 595 (619); R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bleibenden Kritik darf aber auch nicht überschätzt werden. So mag bei der Reaktion der Staatenwelt die vergleichsweise geringe Opferzahl eine entscheidende Rolle gespielt haben. Südkorea hatte an einer verbalen Eskalation zudem kein Interesse, weil sich noch Mitglieder der Crew in russischer Obhut befanden.[383] Die vom Abschuss von KAL 902 ausgehende Indizwirkung ist daher mit Vorsicht zu behandeln.

ee) Abschuss von Korean Air Lines Flight 007 durch die Sowjetunion (1983)

Am 1. September 1983 drang ein weiterer südkoreanischer Airliner wegen eines Navigationsfehlers[384] in den russischen Luftraum ein, überflog sensible militärische Einrichtungen und wurde vom sowjetischen Militär, das das Linienflugzeug für ein amerikanisches Aufklärungsflugzeug hielt, verfolgt. Tatsächlich befand sich im nahen internationalen Luftraum eine US-Aufklärungsmaschine. Anders als im Fall von KAL 902 erkannte der sowjetische Kampfjetpilot wegen der Ähnlichkeit der Flugzeugsilhouette mit dem Boeing-Typ der Aufklärungsflugzeuge offenbar auch in der Luft nicht, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte[385] und führte den vom Boden erteilten Befehl zum Abschuss aus, kurz bevor der südkoreanische Airliner den russischen Luftraum wieder verlassen hätte. Welche Versuche er unternommen hatte, um das Linienflugzeug zum Landen zu bringen, ist umstritten.[386] Das Flugzeug stürzte ab und alle 269 Insassen kamen ums

383 R. S. Brown, Rev. québ. droit int'l 20 (2007), S. 57 (80).

384 Zu diesem Schluss kam der Report der ICAO Fact-Finding Investigation, Attachment B to State letter LE 4/19.4 – 83/130, Rn. 3 p).

385 Über diesen Punkt wurde heftig gestritten. Der ICAO-Untersuchungsbericht kam zu dem Ergebnis, dass für die Identifizierung als ziviles Flugzeug keine Anhaltspunkte existieren, ICAO Report, Attachment B to State letter LE 4/19.4 – 83/130, Rn. 2.12.10–2.12.11.

386 Str. war insb., ob er noch versucht hatte, den Airliner per Funk zu erreichen, Lichtzeichen oder Warnschüsse gegeben und mit den Tragflächen gewackelt hatte, Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (242, 244); lange war zudem offen, ob der Airliner mit Licht flog (dazu S/PV.2471 Rn. 10) und warum er in sowjetischen Luftraum eindrang (die russische Behauptung, das Flugzeug habe sich *tatsächlich* auf einer Aufklärungsmission befunden, wurde von der ICAO nicht bestätigt, s.o. Fn. 384).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leben.[387] Die Sowjetunion bedauerte zwar den Tod der unschuldigen Opfer,[388] hielt den Abschuss aber für rechtmäßig. Die USA hätten den Airliner tatsächlich für Spionagezwecke benutzt.[389] Jedenfalls habe der Kampfjetpilot nicht erkennen können, dass es sich um ein ziviles Flugzeug handelte,[390] und man habe von einer Aufklärungsmission ausgehen müssen.[391] Zu Schadensersatzleistungen durch die Sowjetunion kam es nicht.[392] Einige Ostblockstaaten schlossen sich der russischen Sichtweise an.[393] Die Mehrheit der Staaten sah in dem Abschuss hingegen eine Völkerrechtsverletzung. Auch wenn einige Staaten die maßgebliche Norm offen ließen[394] oder sie unterschiedliche Normen nannten,[395] waren sie sich darüber ei-

387 Donahue, Air Force L. Rev. 30 (1989), S. 49 (62); zu den Fakten s. ausf. ICAO Fact-Finding Report v. Dezember 1983; Hersh, Target is Destroyed, S. 227–236; vgl. auch Craig, Yale j. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (239 f).

388 UN Doc. S/PV.2470 Rn. 48; Regierungserklärung v. 6. September 1983, wiedergegeben vom sowjetischen Vertreter Troyanovsky vor der Abstimmung über die SR-Resolution, UN Doc. S/PV.2476 (1983), Rn. 57.

389 So Marschall Ogarkov bei der Pressekonferenz vom 9. September 1983, vgl. Schmemann, An Extraordinary Event, NY Times v. 10. September 1983; vgl. auch Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (240 f); ebenso der russische Vertreter vor dem SR, UN Doc. S/PV 2476 (1983), Rn. 58.

390 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 3.

391 Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (242); krit. der südkoreanische Vertreter, UN Doc. S/PV.2472 Rn. 43. Auf ein Recht zum Abschuss jedes unerlaubt eindringenden Objekts (ob militärisch oder nicht) berief sich die Sowjetunion entgegen manchen Stimmen (S/PV.2476 Rn. 161 (USA)) nicht. Die Äußerung des russischen Außenministers Gromykos „Soviet territory and the borders of the Soviet Union are sacred" v. 7. September 1983 in Madrid war auf die Annahme bezogen, dass KAL 007 durch die USA bewusst in den russischen Luftraum navigiert worden sei.

392 Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (249).

393 UN Doc. S/PV.2473 Rn. 47–63 (Polen), Rn. 149 f (Bulgarien), Rn. 156–162 (DDR); s. für weitere Nachweise Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (254 Fn. 148).

394 S. nur UN Doc. S/PV.1270 Rn. 144 (Zaire), Rn. 150 (Neuseeland).

395 Insb. die Verletzung von „legal norms and generally accepted standards of international civil aviation", UN Doc. S/PV.2470 Rn. 15 (Südkorea), ähnlich S/PV.2476 Rn. 97 (China), des Chicagoer Abkommens, S/PV.2470 Rn. 63 (Japan), S/PV.2473 Rn. 10 (Singapur), des Verhältnismäßigkeitsprinzips, S/PV.2470 Rn. 82 (Kanada), Rn. 156 (Bundesrepublik Deutschland, die offenbar eine exzessive Polizeimaßnahme annahm), des Gewaltverbotes, S/PV.2470, Rn. 39 (USA), S/PV.2472 Rn. 8 (Belgien) oder des Aggressionsverbotes, S/PV.2476 Rn. 16 (Portugal), Rn. 31 (Elfenbeinküste).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nig, dass es für das russische Handeln an einer Rechtfertigung fehlte.[396] Zahlreiche Staaten suspendierten die Landungs- oder Überflugrechte für sowjetische Fluggesellschaften.[397] Eine SR-Resolution, die den Abschuss als „incompatible with the norms governing international behavior and elementary considerations of humanity" qualifizierte,[398] wurde durch ein russisches Veto verhindert.[399] Zu einer entsprechenden Verurteilung – ergänzt durch die Unvereinbarkeit mit den Regeln des Chicagoer Abkommens – kam es durch eine Resolution des ICAO-Rates,[400] die von der ICAO-Versammlung bestätigt wurde.[401] Die ICAO-Mitglieder einigten sich ein Jahr nach dem Vorfall auf die Einfügung von Art. 3*bis* in das Chicagoer Abkommen, der die Anwendung von Waffen gegen im Flug befindliche Zivilflugzeuge ausdrücklich verbietet.[402] Die Pilotenvereinigung IFALPA erklärte die Sowjetunion in dem Vorfall zum „Offending State".[403]

Obwohl es mangels vorgestellten *Angriffs*[404] wiederum an einer echten putativen Selbstverteidigungslage fehlt, gibt die Debatte im SR Aufschluss über die Einstellung gegenüber Fehlvorstellungen. Wie im Fall der Libyan Arab Airlines 902 legten viele Kritiker ihrer Ablehnung zwar die Annahme zugrunde, dass die Sowjetunion das Flugzeug als zivil erkannt habe und

396 So ausdr. zB US Letter to the UNSC President, UN Doc. S/15947; Note des US Department of State v. 12. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1196 (1196); Äußerung des japanischen Premierministers Nakasone am 9. September 1983, Pressemitteilung der japanischen Botschaft v. 14. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1202 (1202); S/PV.2472 Rn. 49 (Südkorea); S/PV.2473 Rn. 69 (Ecuador), Rn. 111 (Guatemala), Rn. 129 (Dominikanische Republik).

397 Pressemitteilung der japanischen Botschaft v. 14. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1202 (1202); Note des kanadischen stellvertretenden Premierministers, ILM 22 (1983), S. 1199 (1200).

398 UN Doc. S/15966/Rev. 1 (1983).

399 Neun Mitglieder stimmten dafür, zwei (die UdSSR und Polen) dagegen und vier (China, Guyana, Nicaragua und Simbabwe) enthielten sich, UN Doc. S/PV 2476 (1983) Rn. 131.

400 Resolution of the Extraordinary Session of the Council, 16. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1150. Der Hinweis auf „generally recognized legal consequences" wurde in der Debatte nicht erläutert, vgl. Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (253).

401 ICAO Assembly Resolution A24–5, abgedruckt in ICAO Doc. 10075, S. I-43.

402 Vgl. ICAO Assembly Resolutions A25–1, A25–2, ICAO Doc. 10075, S. I-9 bis I-11.

403 IFALPA Pressemitteilung v. 6. September 1983, ILM 11 (1983), S. 1218.

404 Ein Aufklärungsflug ist kein bewaffneter Angriff, s. 7. Kap., III. 2. b, aa.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

somit nicht im Irrtum war[405] (obwohl es nach dem ICAO-Untersuchungsbericht dafür keine Anhaltspunkte gab).[406] Doch lassen einige Äußerungen eine prinzipielle Zurückhaltung gegenüber der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen erkennen. So erklärte Nigeria:

> „[O]ne might even recognize the probability that this was the result of a simple blunder by an air force pilot and that the Korean jet air liner was accidentally shot down in the mistaken belief that it was a spy plane. Regardless of the circumstances and any explanation which may be proffered […] there can be no justification whatever for shooting down the unarmed Korean civilian air liner which resulted in the death of 269 innocent passengers."[407]

Ähnlich äußerte sich Kolumbien, das die hohen Kosten von Fehleinschätzungen einzelner Kommandeure zu bedenken gab.[408] Eine Äußerung der USA deutet darauf hin, dass beim Sachverhaltsverdacht tatsächliche Zweifel soweit wie möglich beseitigt werden müssen, bevor Gewalt angewendet werden darf:

> „Either the Soviet pilot knew what he was firing at, or he did not know his target was a civilian passenger air liner. If the latter, then he fired his deadly missiles without knowing or caring what they would hit. Though he could easily have pulled up to within some number of metres of the air liner to assure its identity, he did not bother to do so. In either case, there was shocking disregard for human life and international norms."[409]

---

405 Vgl. US-Präsident Reagans Rede in Washington v. 5. September 1983, ILM 22 (1983), S. 1205 (1206); UN Doc. S/PV.2470 Rn. 13 (Südkorea), Rn. 30, 159 (USA), Rn. 80 (Kanada), Rn. 98 (Australien), Rn. 107 (Niederlande); S/PV.2473 Rn. 9 (Singapur); S/PV.2474 Rn. 16 (Tschad).

406 S.o. Fn. 385.

407 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 64 f.

408 UN Doc. S/PV.2473 Rn. 24 f: „[I]t is likely that the military commander of the area, acting without humanitarian criteria, without appropriate information and without political power, decided on his own to eliminate a possible threat that he believed to be serious and ordered the aircraft shot down. […] By that act, in addition to a crime, a political mistake was made in placing arms […] in the hands of persons who did not have a clear concept of their duty vis-à-vis mankind. […] Today it is an aircraft; tomorrow it may be a city, a people or a continent which falls victim to the mistake made by a person who at a certain moment decides the classification of a threat directed at a country."

409 UN Doc. S/PV.2471 Rn. 13. Nur kurz danach bestritten die USA aber wieder die Möglichkeit eines Irrtums, ebd. Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schweden schlug dieselbe Argumentationsrichtung ein.[410] Das Bild wird aber durch gegenteilige Äußerungen getrübt. Denn nicht nur Russland,[411] sondern auch andere Staatenvertreter stellten bei ihrer rechtlichen Bewertung auf die Perspektive des russischen Militärs zum Zeitpunkt des Abschusses ab. Besonders deutlich wird dies bei einer Aussage Belgiens, die den Abschuss zudem ausdrücklich am „Selbstverteidigungsrecht" maß:

> „There seems to be no justification for the invocation of the concept of self-defence as an excuse for this use of force. We cannot imagine that *in the eyes of the Soviet Union* the security interests it claimed to be defending were so important – especially since so many other technical means exist for risk-free collection of information – as to call for a military attack against an unarmed civilian aircraft […]."[412] [Hervorhebung hinzugefügt]

Dass der Frage, ob die Sowjetunion um die zivile Eigenschaft des Flugzeugs wusste oder nicht, überhaupt eine so große Bedeutung beigemessen wurde, legt nahe, dass die subjektive Vorstellung der handelnden Akteure von vielen Staaten als rechtlich relevanter Faktor angesehen wurde. Auch Kommentatoren beurteilen das sowjetische Handeln auf Grundlage der zum Handlungszeitpunkt bekannten Fakten.[413] Im Ergebnis lässt sich aus den Reaktionen auf den Abschuss von KAL 007 daher keine einheitliche Antwort entnehmen. Weder lehnten sie ihre Berücksichtigung überwiegend ab, noch befürworteten sie sie mehrheitlich, sodass der Abschuss von KAL 007 einen Präzedenzfall weder in die eine noch in die andere Richtung darzustellen vermag.

ff) Abschuss von Iran Air Flight 655 durch die USA (1988)

Am 3. Juli 1988 schoss das amerikanische Militärschiff *USS Vincennes* das Linienflugzeug Iran Air Flight 655 über dem Persischen Golf ab. Die *Vincennes* befand sich in diesem Gewässer, um dort Öltanker während des Ers-

410 UN Doc. S/PV.2471 Rn. 81: „Interception routines must be applied in such a strict way as to eliminate any risk for mistake with regard to the identity of intercepted aircraft."

411 S. Nachweise in Fn. 391.

412 UN Doc. S/PV.2472 Rn. 8; ähnlich stellten auch die USA in S/PV.2476 Rn. 155 auf den ex-ante-Zeitpunkt ab.

413 So ausdr., wenn auch ohne weitere Begründung, Craig, Yale J. Int'l L. 11 (1985), S. 231 (249 Fn. 119); Hassan, J. Air L. & Comm. 49 (1984), S. 555 (586, 588).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Golfkrieges vor Angriffen zu schützen.[414] 1984 hatten die USA öffentlich erklärt, dass Flugzeuge, deren Absichten nicht erkennbar seien und die sich amerikanischen Kriegsschiffen auf bis zu fünf Seemeilen und unterhalb von 2.000 Fuß näherten, vorbeugende Verteidigungsmaßnahmen riskierten.[415] Vor dem Vorfall waren erhöhte Spannungen im Persischen Golf zu verzeichnen.[416] Am Morgen des 3. Juli berichtete die nahegelegene *USS Montgomery* von Angriffsvorbereitungen iranischer Milizen auf Handelsschiffe und Explosionen im Norden der Straße von Hormus.[417] Der zu diesem Ort gerufene Helikopter der *Vincennes* geriet amerikanischen Angaben zufolge unter Beschuss durch die Schnellboote der Revolutionsgarden.[418] Die *Vincennes* und die *Montgomery* feuerten daraufhin auf diese.[419] Beide Schiffe befanden sich zu diesem Zeitpunkt in iranischem Territorialgewässer.[420] Noch während des Gefechts hob am für zivile und militärische Zwecke genutzten Bandar-Abbas-Flughafen[421] der iranische Airliner 655 ab.[422] Das für den Luftraum zuständige Personal der *Vincennes* fehlidentifizierte das Flugzeug von seinem Start an als iranisches Militärflugzeug.[423] Die auf der Militärfrequenz gesendeten Warnungen konnte das zi-

414 Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 2.

415 ICAO Report, Rn. 2.2.1, abgedruckt in ILM 28 (1989), S. 900–943; nach einem irakischen Angriff auf das Militärschiff *USS Stark* im Mai 1987 gaben die USA eine Verschärfung dieser Maßnahmen bekannt, ICAO Report, Rn. 2.2.2.

416 So kam am 2. Juli das US-Militärschiff *USS Montgomery* einem dänischen Tanker zur Hilfe, der von iranischen Revolutionsgarden auf Schnellbooten beschossen wurde, Department of Defenses Investigation Report v. 28. Juli 1988, Doc. 1320, II. B. 2 (S. 5). Am selben Tag wurden zwei iranische Militärflugzeuge in der Nähe der amerikanischen *USS Halsey* gesichtet, Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (251). Die USA rechneten aufgrund von Nachrichtendienstinformationen mit weiteren Angriffen, vgl. ICAO Report, Rn. 3.1.23 (b); Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (257).

417 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5).

418 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5).

419 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5); UN Doc. S/19989 (1988).

420 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (251 f).

421 Von diesem Flugplatz aus waren die iranischen Militärflugzeuge gestartet, die in das Gefecht mit der amerikanischen Marine während Operation Praying Mantis am 18. April 1988 verwickelt waren, Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 4.

422 Department of Defenses Investigation Report, II. C. 1 (S. 5); ICAO Report, Rn. 1.1.3.

423 Die Crew überprüfte zwar die zivilen Luftfahrpläne, erkannte Iran Air Flight 655 wegen einer geringen Verspätung aber nicht als solchen, Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5 a.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vile Flugzeug nicht empfangen, auf die auf ziviler Frequenz ausgesprochenen Warnungen reagierte es nicht.[424] Der zuständige Koordinator der *Vincennes* gab – bestätigt von drei weiteren Besatzungsmitgliedern – an, dass das Flugzeug sinke, obwohl es in Wirklichkeit stieg.[425] Der Befehlshaber, überzeugt, dass die *Vincennes* und die *Montgomery* anvisierte Opfer eines koordinierten Angriffs der Schnellboote und der iranischen Luftwaffe waren,[426] ordnete daraufhin den Abschuss an. Die Raketen der *Vincennes* brachten den Airliner zum Absturz, wobei alle 290 Insassen ums Leben kamen.[427] Während des gesamten siebenminütigen Fluges hatte sich das Flugzeug auf seiner Flugroute befunden.[428]

Die USA bedauerten die Opfer, hielten ihr Handeln jedoch nach Art. 51 UNC für gerechtfertigt.[429] Dafür argumentierten sie folgendermaßen:

> „As the Vincennes and another United States naval vessel were approaching the group of Iranian small boats, at least four of the small boats turned towards and began closing in on the United States warships. At that time, both United States ships opened fire on the small boats […]. *In the course of the United States response to the Iranian attack, the Vincennes fired in self-defence at what it believed to be a hostile Iranian military aircraft* […]."[430] [Hervorhebung hinzugefügt]

Zumindest im Falle eines tatsächlichen Angriffs seien also Irrtümer über die Zugehörigkeit eines Objekts desselben Staates zu diesem Angriff zugunsten des handelnden Akteurs zu berücksichtigen. Die USA sahen ausdrücklich von einer Entschuldigung ab und boten nur eine ex-gratia-Ent-

---

424 Department of Defenses Investigation Report, II. D. 6. b (S. 7).

425 Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5 d; ICAO Report, Rn. 2.11.6.

426 Das in der Nähe befindliche Militärschiff *USS Sides* bewerteten den Airliner kurz vor seinem Abschuss als ziviles Flugzeug, ICAO Report, Rn. 2.12.2; die *Sides* befand sich unter Befehl der *Vincennes*; Department of Defenses Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 4.

427 ICAO Report, Rn. 1.2.

428 ICAO Report, Rn. 1.1.5; von der zentraler Linie des zivilen Luftkorridors wich es nur drei bis vier Meilen ab, welches der handelnde Kommandeur fälschlicherweise für eine große Abweichung hielt, Department of Defenses Investigation Report, III. C. 2. e (5) (i), (j) (S. 33) und (6) (e) (S. 36). Bei seinem Abschuss befand es sich auf einer Höhe von 13.500 Fuß und war acht Seemeilen von der Vincennes entfernt, Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (254).

429 UN Doc. S/19989 (1988).

430 UN Doc. S/19989 (1988).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schädigung an.[431] Der Untersuchungsbericht des Verteidigungsministeriums beurteilte die Entscheidung zum Abschuss einige Wochen später als den Umständen entsprechend vernünftig, wobei er sich maßgeblich darauf stützte, dass sich die Besatzung der *Vincennes* auch ohne die gemachten Fehler für den Abschuss hätte entscheiden können.[432]

Der Iran protestierte vehement gegen den Abschuss, beklagte unter anderem eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC[433] und bestritt eine Rechtfertigung durch das Selbstverteidigungsrecht. Wenn der iranische Außenminister vor dem SR auch primär auf die Unzulässigkeit vorbeugender Selbstverteidigung abstellte,[434] lässt sich seinen Äußerungen entnehmen, dass die Voraussetzungen des Art. 51 UNC seiner Auffassung nach ex post vorliegen mussten.[435] In der iranischen Klageschrift vor dem IGH, den Iran anrief, kommt diese Position weniger deutlich zum Ausdruck. Zwar formulierte der Iran hier den abstrakten Grundsatz, dass „a mistake in identification will not excuse a resort to armed force in alleged self-defence when no threat or armed attack actually exists" und verwies auf den Dogger-Bank- sowie den Jessie-Vorfall.[436] Bei der Anwendung der hergeleiteten Rechtsgrundsätze auf den konkreten Fall wurde diese Erwägung jedoch nicht mehr entscheidend berücksichtigt.[437] Das Augenmerk der Kläger lag darauf, dass die Besatzung der Vincennes keinem Irrtum unterlegen habe,[438] und falls doch, der Irrtum jedenfalls unvernünftig gewesen sei.[439]

---

431 UN Doc. S/PV.2818, S. 58; S/PV.2821, S. 14.

432 Department of Defense Investigation Report, Second Endorsement, Rn. 5–7; selbst wenn der Entscheidungsträger die Feindlichkeit des Flugzeugs nur *für möglich* gehalten hätte, hätte er dem Untersuchungsbericht zufolge dieselbe Entscheidung treffen müssen, ebd. Rn. 5a. Doch ist fraglich, ob sich daraus Schlüsse auf den Fehlverdacht ziehen lassen, weil dieser Anspruch nicht mit Blick auf das Völkerrecht formuliert wurde.

433 UN Doc. S/PV.2818, S. 32.

434 UN Doc. S/PV.2818, S. 36.

435 „[T]he United States criminal act of attacking a civilian airliner can never be justified under the term „self-defence", particularly since the civilian airliner did not even have the potential to launch an attack", UN Doc. S/PV.2818, S. 36 f.

436 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 3.94 f.

437 Zwar zitierte die Klageschrift Brownlie mit der Aussage, dass Staatenverantwortlichkeit objektiv zu beurteilen sei, ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.55 f. Dieser Hinweis war aber noch nicht auf das Selbstverteidigungsrecht, sondern auf das „Accidental Argument" bezogen, das die Klageschrift vom Selbstverteidigungsrecht trennte.

438 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.49–4.52; so auch bereits UN Doc. S/PV.2818, S. 31.

439 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach der Feststellung, dass es objektiv (ex post) an einem Angriff fehlte, heißt es unmittelbar:

> „The only question that remains therefore is whether the United States not only misidentified the plane as an F-14, but also reasonably believed that it was about to be attacked by that F-14. Here again there is no factual basis for a belief that any United States warship was about to be attacked."[440]

Der Auslegungswert der iranischen Klageschrift ist daher unklar. Die USA gingen in ihren Einwänden gegen die Zulässigkeit der Klage auf diesen Aspekt nicht ein. Zu einem Urteil kam es nicht, weil sich die Parteien einigten.

Die rechtliche Bewertung des Vorfalls durch andere Staaten war gemischt. Während einige Staaten vornehmlich aus dem Ostblock und der arabischen Welt den Abschuss vor dem SR als völkerrechtswidrig bezeichneten,[441] vermieden andere Staaten – darunter die westlichen – eine rechtliche Verurteilung.[442] Niemand bezog explizit Stellung zur Frage der Beachtlichkeit des amerikanischen Irrtums. Nur wenige Äußerungen kann man als implizite Anerkennung der Relevanz von Irrtümern lesen.[443] Auch die kritischen Stimmen lehnten ihre Beachtlichkeit aber nur vereinzelt und stets nur implizit ab.[444] Die einstimmig verabschiedete SR-Resolution

---

440 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 4.60.

441 UN Doc. S/PV.2819, S. 14 f (Jugoslawien), S. 18 (Russland), S. 51 (Algerien), S. 56 (Vereinigte Arabische Emirate), S/PV.2820, S. 16 (Libyen), S. 18–21 (Syrien), S. 32 (Nicaragua); China formulierte seine Kritik etwas zurückhaltender, S/PV.2819, S. 31.

442 UN Doc. S/PV.2819, S. 23–25 (Italien), S. 26–28 (Frankreich), S. 33 f (Argentinien), S. 38 (Japan), S. 41–45 (Bundesrepublik Deutschland), S. 47 f (Senegal); S/PV 2820, S. 12 f (Pakistan), S. 23–25 (Indien), S. 38 (Brasilien); Großbritannien betonte abstrakt das Recht zur Selbstverteidigung, S/PV.2819, S. 6.

443 Vgl. UN Doc. S/PV.2820, S. 7 (Sambia): „[T]wo views have so far emerged: one is that the shooting down of Iran Air flight 655 was a premeditated act by the United States naval forces. The other is, of course, that the captain of the United States battleship acted in self-defense";S/PV.2820, S. 27 (Kuba), demzufolge der Abschuss selbst im Falle eines Irrtums völkerrechtswidrig sei, und zwar wegen der ungerechtfertigten Präsenz der USA im Persischen Golf (nicht aber bereits wegen des Irrtums selbst).

444 Vgl. UN Doc. S/PV.2819, S. 56 (Vereinigte Emirate) und S. 8 (Nepal), das ausdrücklich das Vorliegen eines Irrtums akzeptierte und die USA dennoch zur vollständigen Kompensation des Schadens aufforderte. Den übrigen kritischen Stimmen lässt sich nicht entnehmen, ob sie eine Rechtfertigung durch Selbst-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bedauerte den Vorfall, verurteilte die USA aber nicht für ihr Handeln.[445] Auch die Resolution des ICAO-Rates missbilligte den Abschuss nicht in rechtlicher Hinsicht,[446] was der Iran deutlich kritisierte.[447]

Dass das amerikanische Argument, die *Vincennes* sei aufgrund ihrer Vorstellung von dem angreifenden Flugzeug nach Art. 51 UNC gerechtfertigt, von keinem Staat außer (möglicherweise) dem Iran in seinem Grundsatz zurückgewiesen wurde, legt nahe, dass der Vorfall zumindest keinen Präzedenzfall *gegen* die Berücksichtigungsfähigkeit vernünftiger Irrtümer bildet. Die ausbleibende Verurteilung nicht nur durch den SR, sondern auch den ICAO-Rat – in dem die USA kein Vetorecht besitzen – deutet gar auf ihre Beachtlichkeit hin. Die Präzedenzwirkung ist, weil kaum ein Drittstaat das Problem explizit erörterte, aber nicht zu überschätzen und mag sich ausweislich der amerikanischen Argumentation zudem auf Irrtümer beschränken, die sich auf die *Zugehörigkeit* des Zielobjekts zu einem objektiv stattfindenden Angriff desselben Staates beziehen.

gg) Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 über der Ukraine (2014)

Am 17. Juli 2014 wurde ein Flugzeug von Malaysia Airlines über von Separatisten kontrolliertem Gebiet der Ostukraine abgeschossen, wobei alle 298 Insassen, die meisten Niederländer, zu Tode kamen. Die Untersuchungen der gemeinsamen Ermittlungsgruppe und des niederländischen Safety Board ergaben, dass das Flugzeug von einer Boden-Luft-Rakete des russischen Typs Buks getroffen wurde.[448] Die Abschussinstallation stammte von einer im russischen Kursk stationierten russischen Brigade.[449] Die die Rakete transportierenden Fahrzeuge wurden den internationalen Ermittlern zufolge vor dem Abschuss von Russland in die Ostukraine und da-

---

verteidigung verneinten, weil sie den Irrtum für unbeachtlich oder nur für unvernünftig hielten, vgl. etwa die russische Aussage S/PV.2821, S. 16: „[H]ow can one regard as self-defence the destruction of a passenger airliner flying within an established air corridor many thousands of kilometres away from the borders of the Power that is supposedly defending itself?".

445 SR-Resolution 616 (1988).

446 ICAO Council Resolution v. 17. März 1989, ILM 28 (1989), S. 896 (898).

447 Assembly Meeting, 27th Session v. 22. September 1989, Minutes, S. 20.

448 Dutch Safety Board, MH17 Crash, Bericht v. 22. Oktober 2015, Rn. 10.1 b; der niederländische Chefankläger Fred Westerbeke auf der Pressekonferenz („narrative conference") des Joint Investigation Teams (JIT) v. 24. Mai 2018.

449 JIT-Koordinator Wilbert Paulissen auf der Pressekonferenz des JIT v. 24. Mai 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach wieder nach Russland verlegt.[450] Der Vorfall erregte großes internationales Aufsehen. Die nahezu einhellige Verurteilung des Abschusses[451] kam in einer einstimmig angenommenen SR-Resolution zum Ausdruck, die allerdings keinen Verantwortlichen bestimmten.[452] Im Mai 2018 beriefen sich die niederländische und die australische Regierung auf die Staatenverantwortlichkeit Russlands.[453] Vor dem EGMR sind Individualbeschwerden von Opferangehörigen gegen die Ukraine sowie gegen Russland anhängig.[454]

Obwohl dem Abschuss allem Anschein nach ein Irrtum der Akteure zugrunde lag – man hatte den Airliner für ein ukrainisches Militärflugzeug gehalten[455] – stellt der Vorfall keinen Fall putativer Selbstverteidigung dar. Betrachtet man den Vorfall isoliert, so läge, selbst wenn man die Vorstellung der Akteure als richtig unterstellt, in dem Überflug eines Militärflugzeugs kein bewaffneter Angriff iSd Art. 51 UNC.[456] Soweit man das russische Vorgehen in der Ostukraine für unvereinbar mit Art. 2 (4) UNC hält,[457] ergibt sich auch nichts anderes, wenn man die Rechtfertigung für den Abschuss nicht in dem vorgestellten Überflug, sondern im Auslöser des Ostukrainekonflikts als solchem sucht.[458] Russland machte auch keine

450 Westerbeke auf der Pressekonferenz des JIT v. 24. Mai 2018. Russland bestreitet diese Vorwürfe, s.u. Fn. 460; am 19. Juni 2019 verkündete das Ermittlerteam internationale Haftbefehle gegen vier Verdächtigte, davon drei Angehörige des russischen Militärs und russischer Nachrichtendienste, s. Harding, Three Russians and one Ukrainian to face MH17 murder charges, The Guardian v. 19. Juni 2019.

451 S. die Äußerungen der staatlichen Vertreter in UN Doc. S/PV.7219; S/PV.7221.

452 SR-Resolution 2166 (2014).

453 Letter from the Minister of Foreign Affairs on the State Responsibility of Russia v. 25. Mai 2018, MOS-087/18.

454 Ioppa and others v. Ukraine (no. 73776/14); Ayley and others v. Russia (no. 25714/16) und Angline and others v. Russia (56328/18).

455 Osborne, Flight MH17 shot down, Independent v. 24. Mai 2018.

456 Zudem müsste in dem Angriff auf prorussische Rebellen ein Angriff *auf Russland* liegen.

457 Für eine rechtliche Analyse s. Allison, Int'l Affairs 90 (2014), S. 1255–1297.

458 Dieser Gedanke beruht darauf, dass die heute überwiegend befürwortete Fortgeltung des Art. 51 UNC nach Konfliktausbruch (s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142) einzelne Militärhandlungen freilich nicht von einzelnen bewaffneten Angriffen des Gegners abhängig macht, sondern primär für die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung von Bedeutung ist, dazu Greenwood, Rev. Int'l Stud. 9 (1983), S. 221 (223 f). Auch bei der humanitären Intervention, auf die sich Russland in der Ostukraine beruft, muss der Konflikt als Ganzes betrachtet werden. Der Fall wirft zudem interessante Zurechnungs- und Beihilfefragen auf.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Versuche, den Abschuss rechtlich zu legitimieren,[459] sondern bestritt den Vorwurf, darin involviert zu sein, nur auf faktischer Ebene.[460] Da eine Rechtfertigung auch unabhängig vom Irrtum nicht im Raum stand, gibt der Vorfall keinen Aufschluss für die hier untersuchte Fragestellung.

hh) Abschuss von Ukraine International Airline Flight 752 durch den Iran (2020)

Ein Präzedenzfall putativer Selbstverteidigung liegt dagegen nahe beim Abschuss von Ukraine International Airline Flight 752 durch das iranische Militär am 8. Januar 2020, der sich auf dem Höhepunkt der US-Iran-Krise 2019/2020 ereignete und bei dem alle 176 Insassen starben.[461] Nach militärischen Auseinandersetzungen zwischen den USA und der Hisbollah im Irak und in Syrien hatten aufständische Hisbollah-Unterstützer am 31. Dezember 2019 die US-Botschaft in Baghdad gestürmt. Die USA, die den Iran für diesen Angriff verantwortlich machten, hatten daraufhin ihre Truppen im Nahen Osten verstärkt und am 3. Januar 2020 durch einen Drohnenangriff unter anderem den hohen iranischen General Qasem Soleimani getötet.[462] Hieraufhin bombardierte der Iran am frühen Morgen des 8. Januars 2020 US-Stellungen im Irak. Wenige Stunden nach dieser Operation schoss das sich aufgrund dieser Entwicklungen in höchster Alarmbereitschaft befindliche iranische Militär den ukrainischen Airliner ab, wie der Iran zwei Tage nach dem Vorfall einräumte.[463] Er erklärte, das Flugzeug sei fälschlicherweise identifiziert worden als feindliches Objekt, das sich einer sensiblen militärischen Einrichtung näherte.[464] Ein Bericht der iranischen zivilen Luftfahrtorganisation führte später aus, dass bei der Verlegung der betreffenden Luftwaffeneinheit das Radarsystem nicht neu ausge-

459 Vgl. UN Doc. S/PV.7219, S. 13 f; S/PV.7221, S. 9 f.
460 S. zB das Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation regarding the May 24, 2018 press conference of the Joint Investigation Team on the preliminary findings of the criminal investigation into the July 17, 2014 crash of the Malaysian Boeing in eastern Ukraine, Mitteilung vom 24. Mai 2018.
461 Für eine rechtliche Analyse s. Milanovic, EJIL: Talk!, 14./15./16. Januar 2020.
462 Hassan/Hubbard/Rubin, Protesters Attack U.S. Embassy in Iraq, Chanting 'Death to America', NY Times v. 31. Dezember 2019.
463 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020.
464 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020; Twitter Post v. Javad Zarif v. 11. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richtet worden sei, weshalb die Einheit die Boeing nicht als solche erkannt habe. Zudem habe der handelnde Kommandeur entgegen der Vorgaben die Raketen ohne die Freigabe des Koordinationszentrums abgefeuert.[465] Der politische und religiöse Anführer des Irans, Ali Chamenei, Präsident Rouhani und Außenminister Zarif entschuldigten sich für den desaströsen „menschlichen Irrtum".[466] In einer ersten Gesprächsrunde im Juli 2020 erklärte sich der Iran grundsätzlich zur Leistung von Schadensersatz bereit.[467] Im Iran löste der Abschuss heftige Proteste aus. Der kanadische Premierminister Trudeau, dessen Land neben der Ukraine besonders viele Opfer zu beklagen hatte, forderte neben einer umfassenden Aufklärung, dass der Iran die „volle Verantwortung" übernehme.[468] Der ukrainische Präsident Zelensky erklärte, sein Land werde auf einer „full admission of guilt" beharren.[469] Im Mittelpunkt der Kritik standen zudem die Versuche des Irans, die Ursache des Absturzes zu verschleiern.[470]

Auch wenn sich sowohl betroffene als auch Drittstaaten mit dezidiert völkerrechtlicher Kritik zurückhielten und den Vorfall nicht explizit an Art. 2 (4) UNC maßen,[471] bestärkt der Vorfall jedenfalls die Tendenz, dass vermeidbare Irrtümer über das Vorliegen einer Selbstverteidigungslage – so dürfte die vorliegende Fehlvorstellung zu beurteilen sein – nicht zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind. Über die Behandlung unvermeidbarer Fehlvorstellungen sagt der Fall angesichts der zahlreichen Sorgfaltsmängel, die der Iran einräumte, dagegen wenig aus.

---

465 Schwartz, Iranian Report Details Chain of Mistakes in Shooting Down Ukrainian Passenger Plane, National Public Radio v. 12. Juli 2020; Iran: 'Human error' led to Ukrainian jet downing that killed 176, Deutsche Welle v. 12. Januar 2020; CAOI Preliminary Report v. 12. Januar 2020.

466 McKernan, Iran admits unintentionally shooting down Ukrainian airliner, The Guardian v. 11. Januar 2020; Twitter Post v. Javad Zarif v. 11. Januar 2020.

467 Ukraine, Iran conclude first-round talks on plane downing damages, Aljazeera v. 31. Juli 2020.

468 Tumilty, 'Iran must take full responsibility', Trudeau says after Iran denied fault for days, National Post v. 11. Januar 2020.

469 Troianovski/Kramer/Fassihi, Furor in Iran and Abroad After Tehran Admits Downing Ukrainian Jetliner, NY Times v. 11. Januar 2020.

470 Beaumont/Safi/Wintour, Serious concerns raised over integrity of Iran plane crash site, The Guardian v. 10. Januar 2020.

471 Anders hingegen Amarasinghe/Jayawardne, BESA Center Perspectives Paper No. 1414, 21. Januar 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Putativangriffe von Schiffen

aa) Der Golf-von-Tonkin-Vorfall (1964)

Am 2. August 1964 kam es zu einer militärischen Auseinandersetzung zwischen drei nordvietnamesischen Torpedobooten und dem vor der nordvietnamesischen Küste[472] befindlichen US-Militärschiff *USS Maddox*. Die nordvietnamesischen Torpedoboote schlossen – offenbar in der Absicht, das US-Schiff anzugreifen – in hoher Geschwindigkeit auf die *Maddox* auf, die daraufhin Warnschüsse abgab. Bei dem sich in der Folge entwickelnden gegenseitigen Beschuss, an dem sich auch die hinzugerufene US-Luftwaffe beteiligte, wurden die Torpedoboote schwer beschädigt.[473] Am 4. August berichtete die US-Navy von einem erneuten Torpedo-Angriff auf die *Maddox* und die *USS Turner Joy*. Wenig später korrigierte der Kommandeur der Flotte diese Nachricht und äußerte ernstliche Zweifel an der Existenz des berichteten Angriffs.[474] Der über diese Korrektur nicht informierte US-Präsident Johnson kündigte noch am selben Abend auf Grundlage der ersten Information als Antwort auf die „open aggression on the high seas"[475] Luftangriffe auf nordvietnamesische Ziele an, die unmittelbar danach ausgeführt wurden.[476] Der genaue Kenntnisstand der US-Regierung zu diesem Zeitpunkt ist umstritten.[477] Eine zwei Tage nach dem Tonkin-

472 Wenn die *Maddox* während ihrer Mission auch regelmäßig in die (von den USA bestrittene) Zwölfmeilenzone eindrang, befand sie sich zum Zeitpunkt des Angriffs außerhalb davon, vgl. Ellsberg, Secrets, Ausschnitt abgedruckt in NY Times v. 17. November 2002.

473 Hanyok, Spartans in Darkness: American SIGINT and the Indochina War, 1945–1975, NSA Report (2002) (im Folgenden: Hanyok-Report der NSA (2002)), S. 187–191.

474 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 198.

475 Johnsons TV-Rede v. 4. August 1964, abgedruckt in NY Times v. 5. August 1964.

476 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 200.

477 Verteidigungsminister McNamara und seine Berater stützten sich bei ihrer Bewertung, dass ein zweiter Angriff stattgefunden habe, auch auf Informationen der NSA, die einen nordvietnamesischen „Abschlussbericht" über den Angriff vom 4. August ausfindig gemacht zu haben meinte, Hanyok-Report der NSA (2002), S. 199; an der Richtigkeit der englischen Übersetzung dieses Berichts bestehen jedoch Zweifel, ebd. S. 207–211. Ob die Entscheidungsträger tatsächlich an einen zweiten Angriff glaubten oder nur einen Vorwand für die Luftangriffe suchten (so Friel/Falk, in: Andersson, Revisiting the Vietnam War, S. 352 (353) und Falk, in: ebd. S. 134 (146); Verwey, Rev. belge dr. int'l 5 (1969), S. 460 (472 f)), lässt sich nicht sicher feststellen; s. auch Prados, Tonkin Gulf Intelli-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorfall verabschiedete Resolution[478] des US-Kongresses machte den Weg für ein umfangreiches militärisches Eingreifen der USA in Vietnam frei, das den Konflikt im Februar 1965 schließlich eskalieren ließ. Spätere Untersuchungen ergaben, dass allem Anschein nach am 4. August 1964 keinerlei Angriff auf das US-Schiff stattgefunden hatte und die darauf hinweisenden Signale der Schiffsinstrumente auf das schlechte Wetter und Geräusche der eigenen Motoren zurückzuführen waren.[479]

Auch wenn die USA die Luftangriffe in ersten Äußerungen als Repressalie bezeichneten,[480] begründeten sie diese in der SR-Debatte unter Berufung auf den behaupteten Angriff vom 4. August mit dem Selbstverteidigungsrecht.[481] Großbritannien und China unterstützten diese Argumentation.[482] Nordvietnam verurteilte die Luftschläge als „premeditated war act". Bei dem zweiten Angriff auf die amerikanischen Kriegsschiffe handle es sich um eine „fabricated story".[483] Auch Russland und die Tschechoslowakei kritisierten die US-Maßnahmen scharf und zogen die amerikanische Faktendarstellung in Zweifel.[484] Selbst unter Zugrundelegung der von den USA vorgetragenen Umstände seien die Luftangriffe als Aggression zu bewerten,[485] weil es sich um eine bloße Repressalie gehandelt habe.[486] Kein Staat äußerte sich zur im Fall eines amerikanischen Irrtums geltenden Rechtslage.[487] Dass die USA ihre Fehlvorstellung – es handelte sich wohl

---

gence "Skewed", National Security Archive v. 1. Dezember 2005. Der Hanyiok-Report kommt zu dem Ergebnis, dass das NSA-Personal an den Angriff glaubte, alle entgegenstehenden Beweise aber bewusst unterdrückte, Hanyok-Report der NSA (2002), S. 223.

478 Resolution v. 10. August 1964, abgedruckt in Public Law 88–408.

479 Hanyok-Report der NSA (2002), S. 198, 200.

480 Vgl. Johnsons TV-Rede v. 4. August 1964, abgedruckt in New York Times v. 5. August 1964; Äußerung McNamaras bei der Pressekonferenz v. 4. August 1964, zitiert vom russischen Vertreter im SR, S/PV. 1141 Rn. 79.

481 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 46, S/PV.1141 Rn. 44–47.

482 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 78 (Großbritannien), Rn. 83 (China).

483 UN Doc. S/5888, S. 2, 4.

484 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 56–64 (Russland); S/PV.1141 Rn. 29 f (Tschechoslowakei).

485 UN Doc. S/PV.1140 Rn. 65 f (Russland); S/PV.1141 Rn. 30 f, 37 (Tschechoslowakei, derzufolge der Angriff durch die unmittelbar erfolgte Verteidigung bereits abgewehrt gewesen wäre).

486 S/PV.1141 Rn. 31 (Tschechoslowakei), S/PV.1141 Rn. 78 f (Russland). Frankreich äußerte sich nicht in rechtlicher Hinsicht, vgl. S/PV.1141 Rn. 55–59.

487 So auch Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 109 (114), der die Frage der Perspektive für die wichtigste Rechtsfrage des Vorfalles hält, ebd. S. 113.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um einen Fehlverdacht[488] – nicht zugaben, sondern auf der Existenz eines zweiten Angriffs beharrten, muss nicht zwingend bedeuten, dass sie Fehlvorstellungen nicht für berücksichtigungsfähig hielten. Möglicherweise wollten sie schlicht eine Debatte über die Vernünftigkeit der Fehlvorstellung vermeiden. Auch das Insistieren der US-Kritiker auf der tatsächlichen Sachlage ist kein Indiz für die Unbeachtlichkeit von Irrtümern. Denn sie bestritten nicht nur das Stattfinden des zweiten Angriffs, sondern auch, dass sich die USA überhaupt geirrt hatten. Im Ergebnis lassen sich daher aus dem Tonkin-Vorfall – unabhängig von der Frage, ob die USA, ihre Vorstellung als richtig unterstellt, nach Art. 51 UNC gerechtfertigt gewesen wären[489] – keine Erkenntnisse für die untersuchte Fragestellung ziehen.

bb) Der Angriff auf die USS Liberty (1967)

Das US-Aufklärungsschiff *USS Liberty* wurde während des Sechstagekrieges am 8. Juni 1967 Opfer eines israelischen Angriffs. Obwohl Israel die USA aufgefordert hatte, ihre Schiffe von der israelischen Küste zu entfernen oder ihre genaue Position mitzuteilen, da Israel seine Küste gegen nicht identifizierte Schiffe verteidigen werde,[490] hielt sich die *Liberty* in diesem Gewässer auf,[491] ohne Israel davon in Kenntnis zu setzen.[492] Bei dem Angriff der israelischen Luftwaffe und Marine kamen 34 amerikanische Sol-

488 Denn jedenfalls zog McNamara das Ausbleiben eines zweiten Angriffs in Betracht. Was Johnson wusste, ist unklar, s.o. Fn. 477.

489 Man mag den (unterstellten) Torpedoangriff für provoziert halten, da die USA ihre Kriegsschiffe zuvor bewusst in die 12-Meilen-Zone Nordvietnams navigierten. Zur Verhältnismäßigkeit s. Guilfoyle, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 108 (116); insgesamt ähneln die Luftangriffe mehr einer militärischen Repressalie als einer Verteidigungsmaßnahme, vgl. Verwey, Rev. belge dr. int'l 5 (1969), S. 460 (462 f); Friel/Falk, in: Andersson, Vietnam War Revisited, S. 352 (360).

490 IDF History Report (1982), S. 22, 24.

491 Tatsächlich ordneten die Entscheidungsträger die Verlegung der Liberty an, dieser Befehl erreichte das Schiff jedoch nicht rechtzeitig, vgl. NSA Report (1981), S. 21–23; US Navy Court of Inquiry Report (1982), Rn. 8; IDF History Report (1982), S. 24.

492 Wenige Tage zuvor hatte das US-Militär Israel mitgeteilt, dass sich in der betroffenen Gegend keine amerikanischen Schiffe aufhielten, was zu dem Zeitpunkt zutraf. Israelische Aufklärungsflugzeuge hatten die USS Liberty am Morgen des Angriffs identifiziert, dies wurde aber nicht mit dem unidentifizierten Militärschiff in Verbindung gebracht, das die israelische Marine im weiteren Tagesver-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

daten zu Tode, über 170 wurden verletzt. Die *Liberty* wurde schwer beschädigt.[493] Sämtlichen offiziellen Untersuchungsberichten zufolge gingen die Israelis davon aus, ein ägyptisches Militärschiff anzugreifen.[494] Die amerikanischen und israelischen Berichte unterschieden sich nur insoweit voneinander, als dass erstere grobe Fehler der israelischen Kommandeure feststellten,[495] während letztere von einem „bona fide mistake" ausgingen und die Fehler bei den USA verorteten.[496] Bis heute wird die Irrtumsthese allerdings von Beteiligten[497], Journalisten[498] und Autoren[499] angezweifelt.[500] Israel entschuldigte sich binnen weniger Stunden bei den USA für den An-

lauf entdeckte und für den Beschuss der Al-Arisch-Küste verantwortlich machte, IDF History Report (1982), S. 7 f, 11.

493 Zum genauen Geschehensablauf s. IDF History Report (1982), S. 7–19; Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 33–45.

494 US Navy Court of Inquiry Report (1982), Rn. 1; NSA Report (1981), S. 41; CIA Report (1967), Rn. 4–7; IDF History Report (1982), S. 20. Der Irrtum beruhe darauf, dass die israelischen Kommandeure ein verantwortliches Schiff für den angenommenen Beschuss der Küste von Al-Arisch suchten, sie mit keinem US-Militärschiff in der Gegend rechneten, fälschlicherweise eine hohe Geschwindigkeit desselben annahmen und das Schiff Kurs auf das ägyptische Port Said hielt, vgl. IDF History Report (1982), S. 20–25. Der wegen der ausbleibenden Gegenwehr an der Feindlichkeit zu zweifeln beginnende Formationsführer flog zwei weitere Identifizierungsflüge, bei denen die Buchstaben „CTR-5" identifiziert werden konnten. Daraufhin brach der Kommandeur den Luftangriff ab, ebd. S. 15. Die zu diesem Zeitpunkt eintreffenden Torpedoboote wurden wegen der unklaren Identität des Schiffs angewiesen, ihr Feuer zurückzuhalten. Doch dieser Befehl kam beim Kommandeur offenbar nicht an. In dem Glauben, das ägyptische Schiff *El-Quseir* vor sich zu haben, befahl er den Torpedoangriff, der das Schiff schwer beschädigte, ebd. S. 16.

495 NSA Report (1981), S. 41; Clifford Report (1967), S. 4 f.

496 Ram Ron Report (1967), S. 9–16; zum Verhalten der israelischen Einheiten s. auch Examining Judge's Report (1967), S. 18 f; IDF History Report (1982), S. 20.

497 S. nur die Posts von Joe Meadors im USS Liberty Veterans Association Blog (2017–2019) (Offizier der Liberty); Helms, A Look over my Shoulder, S. 300 f (damaliger CIA-Chef); Rusk, As I Saw it, S. 332 (damaliger Außenminister).

498 S. nur Lopez, New Tapes Show Israel's Attack on USS Liberty Was Deliberate, in: Digital Journal v. 1. November 2014; Fishel, No „Explanation" Disproves Israel's Guilt, Washington Report on Middle East Affairs v. Juni/Juli 2016, S. 28 f.

499 ZB Jacobsen, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 69 (84 f).

500 Die Deklassifizierung der Nachrichtendienstberichte hat aber auch viele Befürworter der These hervorgerufen, s. zB Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 156–172; Segev, The Makings of History, in: Haaretz v. 17. Februar 2017; Oren, Azure 9 (2000), S. 3; eindrucksvoll zu den israelischen Reaktionen nach Aufklärung des Irrtums Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 65 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

griff.[501] Es zahlte Entschädigungen von über sechs Millionen US-Dollar an die Familien der Hinterbliebenen und die Verwundeten[502] „aus humanitären Gründen".[503] Im Hinblick auf die Schäden am Schiff lehnte es Ersatzleistungen zunächst ab, weil es sich nicht für den Irrtum verantwortlich hielt,[504] und erbrachte erst Zahlungen, nachdem sich die Parteien darauf geeinigt hatten, dass die rechtliche Position der israelischen Regierung und die Frage der Verantwortlichkeit dadurch unberührt blieben.[505] Die US-Regierung, die die Irrtumsthese akzeptierte, hielt Israel zu diesen Zahlungen zwar völkerrechtlich verpflichtet,[506] vermied aber öffentliche Kritik. Internationale Reaktionen drehten sich mehr darum, dass sich ein US-Militärschiff in der Kriegszone aufhielt, als um den israelischen Angriff darauf.[507]

Unterstellt man die wohl überwiegend angenommene Rechtmäßigkeit der israelischen antizipierten Selbstverteidigung gegen seine arabischen Nachbarn, so wäre der Angriff auf das Schiff, hätte es sich tatsächlich um ein ägyptisches Militärschiff gehandelt, von Art. 51 UNC gedeckt gewesen.[508] Zwar irrte Israel nicht über einen von der *Liberty* selbst ausgehen-

---

501 Vgl. Telegramme des israelischen Defense Attaché Office an das Weiße Haus v. 8. Juni 1967 sowie vom israelischen Premierminister Eshkol an den US-Präsidenten vom 9. Juni 1967, FRUS (1964–1968), Vol. XIX, Doc. 211 und 229; s. auch IDF History Report (1982), S. 27.

502 US Department of State Bulletin, 17. Juni 1968, S. 799 und 2. Juni 1969, S. 473.

503 IDF History Report (1982), S. 31.

504 IDF History Report (1982), S. 31 f.

505 Noten zwischen dem israelischen Botschafter Evrol und dem US-Außenminister Muskie vom 15. und 17. Dezember 1980, abgedruckt in US Treaties and Other International Agreements, Vol. 32, Part 4, S. 4435–4437.

506 Note vom Außenminister Rusk an den israelischen Botschafter Harman v. 10. Juni 1967, FRUS (1964–1968), Doc. 352.

507 Vgl. Cristol, Liberty Incident Revealed, S. 70.

508 Zur Fortgeltung des Art. 51 nach Konfliktausbruch s.o. 1. Kap., IV. 1. Fn. 142. In objektiver Hinsicht war der Angriff auf die *USS Liberty* selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn man annimmt, Art. 51 UNC erlaube auch die Verletzung bestimmter Rechte von Drittstaaten, so zB Thouvenin, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 464; Report of the Commission to the General Assembly, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.l (Part 2), Rn. 321. Denn jedenfalls ein gezielter Angriff auf das Schiff eines Drittstaates ist davon wohl nicht umfasst, vgl. die Ölplattformen-Entscheidung, in der der IGH nicht in Betracht zieht, dass die Beschädigung amerikanischer Schiffe vom iranischen Selbstverteidigungsrecht gegenüber dem Irak abgedeckt sein könnte. Vielmehr lässt er die von den USA behauptete Selbstverteidigungslage an der nicht bewiesenen Verantwortlichkeit des Irans und fehlenden Gezieltheit der Angriffe scheitern, Rn. 61, 64, 71 f. Die Frage wird heute zunehmend im Bereich von

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Einzelangriff, sondern darüber, dass sie Teil des arabischen Gesamtangriffs war. Das unterscheidet den Fall von den vorherigen Konstellationen.[509] Da er aber eine rechtfertigungsbedürftige Gewaltanwendung gegenüber einem *Drittstaat* betraf,[510] die tatsächlich nicht vom Selbstverteidigungsrecht gedeckt war, handelte es sich der Sache nach auch hier um putative Selbstverteidigung. Dass sich der letztlich ungelöste Streit zwischen den USA und Israel über die Verantwortlichkeit für den Vorfall um die Vermeidbarkeit des Irrtums drehte, legt es nahe, dass beide Parteien diesen Umstand für das entscheidende Kriterium hielten. Somit kann der Vorfall als Indiz dafür gelten, dass zumindest der Irrtum über die Zugehörigkeit des Objekts eines Drittstaates zum angreifenden Staat zugunsten des handelnden Akteurs zu berücksichtigen ist, wenn er unvermeidbar war, nicht dagegen im umgekehrten Fall.

cc) Der Angriff auf die USS Stark (1987)

Am Abend des 17. Mai 1987 wurde die während des Ersten Golfkriegs im Persischen Golf außerhalb der Konfliktzone stationierte[511] *USS Stark* von einem irakischen Piloten angegriffen, der sie für ein iranisches Schiff hielt. Die Besatzung der *Stark* erkannte das Flugzeug zunächst nicht als Bedrohung und setzte daher deutlich später Warnungen über ihre Identität ab, als es ihr möglich gewesen wäre.[512] 37 Soldaten starben bei dem Angriff.[513] Der irakische Präsident Saddam Hussein drückte sein tiefstes Bedauern über den „tragischen Unfall" aus und versicherte, dass das irakische Militär

---

Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure diskutiert, krit. dazu Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (796 f), s. auch unten Fn. 530.

509 Insoweit liegt im weiteren Sinne ein Fall freundlichen Feuers vor, s.o. 7. Kap., I, Fn. 117.

510 Hierin mag man einen Unterschied zur ansonsten ähnlichen Argumentation der USA beim Abschuss von Iran Air Flight erkennen s.o. 7. Kap., III. 2. b, ff.

511 US Formal Investigation Report (1987), Rn. 18; dieser Punkte wurde vom Irak zu Beginn noch bestritten, vgl. Report on Staff Investigation (1987), S. 10.

512 Report on Staff Investigation (1987), S. 1, 13; ob die zwei abgegebenen Warnungen vor oder nach Abschuss der Raketen erfolgten, ließ sich nicht feststellen, ebd. S. 15. Auch brachte sich die *Stark* in keine Position, mit der sie den Angriff hätte abwehren können, ebd. S. 1, 15 f. Wegen der internen Fehler wurde der Kommandeur der *Stark* später von seinen Pflichten entbunden, vgl. Cushman Jr., Navy Forgoes Courts-Martial, NY Times v. 28. Juli 1987.

513 US Formal Investigation Report (1987), Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kein amerikanisches Schiff habe angreifen wollen.[514] Die USA forderten den Irak zur Verantwortungsübernahme und Schadensersatzleistungen auf, da das irakische Militär „knew or should have known that the USS Stark was an American vessel".[515] Tatsächlich erklärte sich der Irak daraufhin zu Schadensersatzzahlungen bereit.[516]

Der Vorfall entspricht grundsätzlich der Konstellation des Angriffs auf die *USS Liberty*: Das Schiff einer am Krieg unbeteiligten Partei wurde mit einem des Kriegsgegners verwechselt. Indem die USA ihre Schadensersatzforderungen ausdrücklich an die Vermeidbarkeit des Irrtums knüpften – die der Irak nicht bezweifelte –, könnte man durch den Vorfall die These bestärkt sehen, dass die Staaten vermeidbare Irrtümer für unbeachtlich, unvermeidbare für beachtlich hielten. Anders als im *Liberty*-Fall wäre jedoch der Angriff auf das Schiff, selbst wenn es sich um einen iranischen Tanker gehandelt hätte, nicht von einer Ausnahme des Art. 2 (4) UNC gedeckt gewesen, soweit man, wie verbreitet angenommen,[517] die irakische Invasion in den Iran für völkerrechtswidrig hält. Der *Stark*-Vorfall, der auch nicht ausdrücklich mit Art. 51 UNC begründet wurde, mag daher einen Präzedenzfall für Irrtümer im ius in bello bilden, nicht aber für Irrtümer über das tatsächliche Vorliegen einer Ausnahme vom Gewaltverbot.

dd) Maritime Interception Operations

Eine für Fehlvorstellungen beim Selbstverteidigungsrecht interessante Staatenpraxis ist in den bereits erwähnten Maritime Interception Operations (MIOs) zu sehen, die lange Zeit verbreitet auf Art. 51 UNC gestützt

514 Brief von Saddam Hussein an US-Präsident Reagan v. 18. Mai 1987, vgl. Secretary's Letters to the Congress v. 20 Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1425 (1426).

515 Note vom US Department of State an den irakischen Botschafter v. 20. Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1427.

516 Vgl. die Note des irakischen Außenministeriums an die amerikanische Botschaft v. 21. Mai 1987, ILM 26 (1987), S. 1428, s. auch die Korrespondenz v. 27. und 28. März 1989, ILM 28 (1989), S. 644–648.

517 Vgl. etwa De Guttry, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 315 (323–326); Weller, Iraq and the Use of Force, S. 15 f; Khaloozadeh, Iran-Iraq War, Iran Review v. 8. Oktober 2011; der SR positionierte sich zu dieser Frage nicht, wohl aber der UN-Generalsekretär Pérez de Cuéllar im Jahr 1991, s. UN Doc. S/23273 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurden.[518] Diese Maßnahmen umfassen das Anhalten und Durchsuchen fremder ziviler Schiffe auf Waffen und Parteien, mit denen sich der durchsuchende Staat selbst oder – im Falle des kollektiven Selbstverteidigungsrechts – ein anderer Staat im Konflikt befindet.[519] Dabei wird für ausreichend gehalten, dass das Schiff Anlass zu Verdacht gibt, solche Waffen oder Individuen zu transportieren.[520] Stellt er sich nach der Durchsuchung als unbegründet heraus, bleibt die Maßnahme rechtmäßig, obwohl sie sich gegen einen Flaggenstaat richtete, gegen den aus ex-post-Perspektive keine Selbstverteidigungslage bestand. Einigen Staaten zufolge sollen etwaige Verspätungsschäden wie nach Art. 110 (3) UNCLOS aber zu ersetzen sein, wenn das Schiff den Verdacht nicht verschuldet hat.[521]

Sieht man in Art. 51 UNC keine Grundlage für derartige Eingriffe in die Rechte eines *Drittstaates*,[522] so lassen sich entsprechende Maßnahmen mit dem Selbstverteidigungsrecht nur begründen, wenn man die *gegenüber dem betroffenen Staat* bestehende Selbstverteidigungslage in Form der vom Schiff ausgehenden Gefahr – oder zumindest die Zugehörigkeit seines Schiffes zu einem bereits erfolgten Angriff – objektiv ex ante beurteilt. Beispiele für MIOs, die Staaten mit dem Selbstverteidigungsrecht begründe-

518 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2). Manche MIOs wurden auch auf UN-SR-Resolutionen gestützt. Ob die Voraussetzungen des Art. 51 UNC (die Vorstellung des Akteurs zugrunde gelegt) jeweils erfüllt waren, kann hier nicht beantwortet werden. Soweit explizit auf Art. 51 Bezug genommen wurde, besitzt die Aussage jedenfalls einen Auslegungswert.

519 Vgl. nur Papastavridis, Interception of Vessels, S. 48 f, 52 f, der zwischen Kriegs- und Friedenszeiten unterscheidet; König, in: Zimmermann et al., Moderne Konfliktformen, S. 203 (206) (für Terroristen); für weitere Ausprägungen s. Heintschel von Heinegg, Int'l L. Studies 80 (2006), S. 207 (208); für das seerechtliche Betretungsrecht vgl. Art. 110 UNCLOS.

520 Aussage Großbritanniens zur iranischen Durchsuchung eines britischen Schiffes während des Irak-Iran-Krieges, UKMIL 59 (1988), S. 581: „[U]nder Article 51 of the UN Charter, a state actively engaged in an armed conflict (as in the case of Iran and Iraq) is entitled to exercise its inherent right of self-defence to stop and search a foreign merchant ship on the high seas *if there are reasonable grounds* for suspecting that the ship is taking arms to the other side for use in the conflict." [Hervorhebung hinzugefügt]; s. auch Ronzitti, RCADI 242 (1993), S. 9 (138).

521 Vgl. den Fortgang der Aussage Großbritanniens zur iranischen Durchsuchung eines britischen Schiffes, s. Fn. 520; krit. Heintschel von Heinegg, Canadian YB Int'l L. 89 (1992), S. (120–123), demzufolge diese Einschränkung nicht der verbreiteten Staatenpraxis entspricht; ders., in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 543 (562).

522 Zu dieser Frage s.o. Fn. 508 sowie sogleich Fn. 530 und begleitender Text.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten, sind die französischen MIOs während des Algerienkriegs,[523] die iranische Durchsuchung der britischen *Barber Perseus* während des Iran-Irak-Kriegs,[524] die amerikanischen und britischen MIOs nach der irakischen Kuwaitinvasion,[525] oder die im Rahmen der Terrorismusbekämpfung nach 2001 ins Leben gerufenen MIOs.[526] Dass die Begründung von MIOs mit dem Selbstverteidigungsrecht im Rahmen des internationalen Terrorismus zunehmend in Zweifel gezogen wird, geht weniger auf die maßgebliche Perspektive zurück als darauf, dass der zeitliche Zusammenhang heutiger MIOs mit den 9/11-Angriffen, auf die sich die USA noch immer primär berufen, zunehmend schwächer wird.[527]

Zwar ist der Auslegungswert dieser Praxis für Art. 51 UNC nicht zu überschätzen. Denn einige Staaten stellen die Rechtmäßigkeit von MIOs insgesamt in Frage.[528] Zudem wird – wenn auch vorwiegend von der Literatur – bestritten, dass diese Maßnahmen am Gewaltverbot der UNC zu messen sind, weil sie bloße Polizeimaßnahmen darstellten oder das Neu-

523 N. Klein, Maritime Security, S. 275; Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (641).

524 S. Fn. 521.

525 Van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (117); Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (641); später erhielt diese Praxis durch Resolution 665 (1990) para. 1 eine zusätzliche Grundlage.

526 Dazu gehören insb. die Operation Enduring Freedom rund um das Horn von Afrika und die Operation Active Endeavour im Mittelmeerraum, zur amerikanischen Begründung s. Heintschel von Heinegg, in: Bothe/O'Connell/Ronzitti, Redefining Sovereignty, S. 365 (374–377); ders., in: Gill/Fleck, Handbook Military Operations, S. 375 (390); N. Klein, Maritime Security, S. 274; vgl. auch die allgemeinere Äußerung von Admiral William L. Schachte der US Navy vor dem Senat während der Anhörung zum UN-Seerechtsabkommen am 14. Oktober 2003, Executive Report 108–10 vom 11. März 2004, Annex IX sowie die National Strategy for Maritime Security, September 2005, S. 7 f; auch Deutschland stützte seine Beteiligungen ausdrücklich auf Art. 51 UNC, vgl. BT-Plenarprotokoll 14/202 (2001), S. 19895; BT-Drucks. 15/1880 (2003); BT-Plenarprotokoll 15/11 (2003), S. 667; vgl. König, Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3 (4 Fn. 2) mwN. Die israelische Festnahme der *Karine A* im Jahr 2002, bei der eine Vielzahl von Waffen gefunden wurden, wurde ebenfalls auf Art. 51 gestützt, Letter from the Permanent Representative of Israel to the UN Secretary General, UN Doc A/56/766-S/2002/25; Äußerung von US-Präsident Rumsfeld, zitiert in van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (118).

527 Zum zeitlichen Zusammenhang s. König, Rechtspolitisches Forum 48 (2009), S. 3 (7–10).

528 Zu Widerstand gegen die französischen MIO im Algerienkrieg N. Klein, Maritime Security, S. 275; gegen MIOs nach der Kuwaitinvasion s. van Dyke, Marine Policy 29 (2005), S. 107 (117).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tralitätsrecht fortgelte.[529] Auch die erwähnte These, das gegen einen tatsächlichen Angreifer bestehende Selbstverteidigung berechtigte zu notwendigen Eingriffen in Rechte Dritter, gewinnt zunehmend an Rückhalt.[530] Hinzu kommt, dass Aussagen zum Selbstverteidigungsrecht, die mit Blick auf eine spezifische Art von Maßnahmen gemacht werden, nicht ohne weiteres verallgemeinert werden können. Das gilt umso mehr, wenn das Selbstverteidigungsrecht wie bei MIOs als Lückenfüller[531] dient, weil andere Begründungswege wie etwa SR-Resolutionen fehlen. Gleichwohl kann man die Rechtfertigung von MIOs mithilfe von Art. 51 UNC zumindest als Indiz dafür sehen, dass kein Konsens darüber besteht, dass seine Voraussetzungen ausnahmslos ex post zu beurteilen sind.

d) Gewaltanwendungen in der US-Iran-Krise 2019

Am 12. Mai 2019 wurden innerhalb einer Stunde vor der Küste der Vereinigten Arabischen Emirate vier Tanker – zwei saudi-arabische, ein norwegischer sowie einer der Vereinigten Arabischen Emirate – durch Minen beschädigt, die während des vorherigen Ankerns offenbar an den Schiffen angebracht worden waren.[532] Vertretern der drei betroffenen Staaten zufolge deuteten die Ermittlungen darauf hin, dass „the four attacks were part of a sophisticated and coordinated operation carried out by an actor with significant operational capacity, most likely a state actor."[533] Auf einen bestimmten Staat legten sie sich nicht fest.[534] Die USA hingegen hat-

529 S.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2), Fn. 318. Zumindest in Bezug auf staatliche Äußerungen, die sich explizit auf Art. 51 UNC beziehen, kann dieser Einwand nicht durchgreifen.

530 Trapp, in: Weller, Oxford Handbook, S. 679 (695); Deeks, Virg. J. Int'l L. 52 (2012), S. 483 (494 f); Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (177–179), alle drei im Zusammenhang mit Angriffen nicht-staatlicher Akteure, s.o. Fn. 508.

531 Vgl. Hodgkinson et al., American University Int'l L. Rev. 22 (2007), S. 583 (583, 671).

532 Briefing der SR-Mitglieder v. 7. Juni 2019, s. UAE, Norway, Saudi Arabia Brief UN Security Council on High Degree of Sophistication Behind Fujairah Attacks, WAM v. 7. Juni 2019.

533 Briefing der SR-Mitglieder v. 7. Juni 2019.

534 Ausdrücklich der emiratische Außenminister bin Zayed Al-Nahyan, sein Land benötige dafür „clear and convincing evidence", s. UAE: Not enough evidence to blame Gulf tanker attacks on Iran, Middle East Eye v. 26. Juni 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten zuvor erklärt, die Minen stammten „almost certainly from Iran".[535] Auch Saudi-Arabien beschuldigte den Iran dieses Angriffs.[536] Am 13. Juni 2019 kam es im Golf von Oman erneut zu Explosionen auf zwei Tankern, einem norwegischen und einem japanischen. Wieder machten die USA, unter Berufung auf „lots of evidence" und nunmehr unterstützt von Großbritannien, den Iran für die Angriffe verantwortlich.[537] Iran bestritt in beiden Fällen jegliche Beteiligung.[538] Andere Staaten, darunter europäische Staaten[539] und Russland,[540] warnten angesichts der unsicheren Faktenlage – teils unter Verweis auf die Irakinvasion 2003 – vor übereilten Schlüssen

535 US National Security Adviser John Bolten, s. BBC news, Tankers almost certainly damaged by Iranian naval mines, US says, v. 29. Mai 2019; ebenso US Vice Admiral Michael Gilday („with a high degree of confidence that this [attack] stems back to the leadership of Iran at the highest levels"), ebd.

536 UN-Botschafter Abdallah al-Mouallimi nach dem Briefing der SR-Mitglieder, s. Wintour, Inquiry into Oil Tanker Attacks Stops Short of Blaming Iran, The Guardian v. 7. Juni 2019.

537 US-Außenminister Pompeo ggü. Fox News, Interview am 16. Juni 2019; US-Präsident Trump sagte, die Angriffe hätten „Iran written all over it", verweisend auf ein Video, das iranische Revolutionsgarden zeigen soll, die eine nicht explodierte Mine vom japanischen Tanker entfernen. Die japanische Reederei entgegnete, die Crew habe von einem fliegenden Objekt berichtet, s. Wintour, UK Joins US in Accusing Iran of Tanker Attacks, The Guardian v. 14. Juni 2019.

538 BBC news, Tankers Almost Certainly Damaged by Iranian Naval Mines, US says, v. 29. Mai 2019; s. auch Twitterpost des iranischen Außenministers Zarif v. 13. Juni 2019 („[…] allegations against Iran – w/o a shred of factual or circumstantial evidence").

539 So der deutsche Außenminister Maas („Wir brauchen mehr Informationen. Man muss da sehr vorsichtig mit Schlussfolgerungen sein", die Informationen der US-amerikanischen und britischen Nachrichtendienste müssten mit denen anderer Dienste abgeglichen werden), ähnlich die Außenminister Luxemburgs (der an Irak erinnerte), Österreichs, der Niederlande und die EU-Außenbeauftragte Mogherini, s. Rigert, EU sieht US-Vorwürfe zum Iran skeptisch, Deutsche Welle v. 17.6.2019; EU Warns Against Blaming Iran for Oil Tanker Attacks, Deutsche Welle v. 17.6.2019; ähnlich die britische Opposition, so Labour-Vorsitzender Corbyn auf Twitter am 14. Juni 2019 („without credible evidence about the tanker attacks, the government's rhetoric will only increase the threat of war").

540 „We see the very vague alleged evidence provided by the United States, some video footage, some pictures, which raise serious questions even among its closest allies.", Außenminister Lavrov, s. O'Connor, Russia Says it Doesn't Know What Happened in Gulf, Newsweek v. 18. Juni 2019; auch China rief zur Zurückhaltung auf, Blanchard, China Says Nobody Wants War After Tanker Attacks in Gulf of Oman, Reuters v. 14. Juni 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und riefen zur Zurückhaltung auf. UN-Generalsekretär Guterres forderte eine internationale Untersuchung.[541]

Weiter befeuert wurde der Konflikt durch den Abschuss einer US-amerikanischen Drohne am 20. Juni 2019 durch den Iran nahe der Straße von Hormus. Iran machte geltend, die Drohne sei in iranischen Luftraum eingedrungen, und berief sich auf Art. 51 UNC.[542] US-Präsident Trump entgegnete, die Drohne habe sich über internationalen Gewässern befunden, und fügte an:

> „I would imagine it was a general or somebody that made a mistake in shooting that drone down. […] I find it hard to believe it was intentional […]. I think it could have been somebody who was loose and stupid […]. But it was a foolish move."[543]

Der israelische Premier Netanyahu sicherte den USA Beistand in dem „effort to stop Iranians' aggression" zu.[544] Tatsächlich twitterte Trump am Folgetag:

> „We were cocked & loaded to retaliate last night on 3 different sights when I asked, how many will die. 150 people, Sir, was the answer from a General. 10 minutes before the strike I stopped it, not proportionate to shooting down an unmanned drone."[545]

Statt dieser militärischen „Vergeltungsmaßnahme" lancierten die USA einen Cyber-Angriff gegen iranische Raketenkontrollsysteme und ein Spionagenetzwerk, das die Bewegungen von Tankern in der Straße von Hormus verfolgen sollte. Damit reagierten sie offenbar sowohl auf die Tanker-Angriffe als auch den Drohnenabschuss.[546] Der iranische Protest fiel ver-

---

541 „It's very important to know the truth and it's very important that responsibilities are clarified. Obviously that can only be done if there is an independent entity that verifies those facts.", Wintour, UK Joins US in Accusing Iran of Tanker Attacks, The Guardian v. 14. Juni 2019.

542 UN Doc. S/2019/512.

543 S. für das Video der Pressekonferenz Schwartz, „Trump: I Have A Feeling Iran Made A 'Mistake' Downing Drone, Was Not Intentional", RealClearPolitics v. 20. Juni 2019.

544 Twitter post v. 20. Juni 2019, abgedruckt in Israel's Netanyahu Urges Support for U.S. Against Iran's 'Aggression', Reuters v. 20. Juni 2019.

545 Twitter post v. 21. Juni 2019, abgedruckt in U.S.-Iran Crisis Updates: Trump Says Military Was Ready to Strike, NY Times v. 21. Juni 2019.

546 Barnes/Gibbons-Neff, U.S. Carried Out Cyberattacks on Iran, NY Times v. 22. Juni 2019; US Hits Iran with Cyberattacks: Report, Deutsche Welle v. 23.6.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleichsweise zurückhaltend aus.[547] Nachdem der Iran in den folgenden Wochen mehrere Tanker anhielt, begannen die USA und Großbritannien, unterstützt von Bahrain und Australien, im Juli 2019 damit, Tanker in der Straße von Hormus militärisch zu eskortieren.[548]

Im September 2019 machten die USA und Saudi-Arabien den Iran weiter für umfangreiche Drohnenangriffe auf zwei saudische Öl-Raffinerien verantwortlich, die die jemenitischen Huthi-Rebellen für sich reklamierten.[549] Trump twitterte am Folgetag, dass die USA „locked and loaded depending on verification" seien.[550] Einen Tag später stellte er klar, dass die USA vor einer militärischen Reaktion zunächst herausfänden, „who definitively did it".[551] Im SR verurteilten fast sämtliche Mitglieder die Angriffe auf die Raffinerien. Außer den USA benannte aber niemand den Iran als Urheber.[552]

Von Interesse ist schließlich die Tötung des iranischen Generals Qasem Soleimani durch einen US-Drohnenangriff am 3. Januar 2020.[553] US-Präsident Trump rechtfertigte die Maßnahme wiederholt damit, dass es Anhaltspunkte für geplante Angriffe auf vier US-Botschaften gegeben habe, die mit der Tötung des Generals verhindert worden seien, wobei er vage Worte wählte.[554] In dem US-Brief an den SR war von diesen Anhaltspunkte keine Rede; vielmehr standen vorangegangene Angriffe des Irans im Vordergrund.[555] Selbst US-Außenminister Mike Pompeo, der sich zuvor

547 Der iranische Informationsminister erklärte, die Angriffe seien nicht erfolgreich gewesen. Das Außenministerium ließ verlautbaren, der Iran könne eine solche „Aggression" vor internationalen Gerichten verfolgen, Teheran befürworte eine „diffusion of tensions" in der Region, s. US Cyber Attacks on Iranian Targets Not Successfull, Iran Minister Says, Reuters v. 24. Juni 2014.

548 Martin/Doherty, Australia to Join US Military Effort, The Guardian v. 21. August 2019.

549 Borger/Chulov, Trump Says US Response to Oil Attack Depends on Saudi Arabia's Assessment, The Guardian v. 17. September 2019.

550 Tweet v. 15. September 2019, abgedruckt bei Lyons, Saudi Arabia Oil Attack, The Guardian v. 16. September 2019.

551 Pressekonferenz vom 16. September 2019, Video der Äußerung auf ITV, Donald Trump: "Looking like" Iran was Behind Saudi Arabia Oil Attack, v. 16. September 2019.

552 UN Doc. SC/13952.

553 Hassan/Hubbard/Rubin, Protesters Attack U.S. Embassy in Iraq, Chanting 'Death to America', NY Times v. 31. Dezember 2019.

554 Rede von Donald Trump in Toledo, Ohio, v. 9. Januar 2020; Interview in Foxnews v. 10. Januar 2020.

555 Letter dated 8 January 2020 from the US Permanent Representative, UN Doc. S/2020/20.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ähnlich wie Trump geäußert hatte, distanzierte sich später von dieser Rechtfertigung,[556] ebenso US-Verteidigungsminister Mark Esper.[557]

Diese Vorfälle[558] sind hier in dreierlei Hinsicht von Bedeutung. Erstens deuten der beachtliche Widerstand gegen die frühe US-saudische Festlegung auf den Iran als Urheber der Tankerangriffe, Trumps vorsichtigere Äußerungen zum Angriff auf die saudischen Raffinerien sowie die Distanzierung anderer US-Amtsträger von Trumps Rechtfertigung für die Tötung Soleimanis darauf hin, dass für eine militärische Reaktion auf einen Vorfall eine ausreichend gesicherten Faktenlage verlangt wird, an der es in den konkreten Fällen fehlte. Zweitens ist bemerkenswert, dass Präsident Trump den für einen Irrtum gehaltenen Drohnenabschuss – obwohl sonst nicht um weitaus deutlichere Worte verlegen – nur als Akt eines „loose and stupid" Soldaten und als „foolish move" bezeichnete, nicht aber als „use of force" oder (wie Israel) als „aggression". Dennoch – das ist der dritte interessante Aspekt – sahen die USA in dem iranischen Irrtum offenbar keinen Hinderungsgrund für eine militärische Reaktion. Wenn auch die formulierte rechtliche Begründung sowohl für den Drohnenabschuss als auch für die erwogene amerikanische Militäroperation anfechtbar erscheint,[559] mag der Vorfall daher ein Indiz dafür bilden, dass Irrtümer die Verletzung des Gewaltverbotes ausschließen können und das Selbstverteidigungsrecht des Opfers dennoch davon unberührt bleibt.

e) Zwischenergebnis

Vermeidbare Irrtümer werden verbreitet für irrelevant gehalten. Im Hinblick auf unvermeidbare Irrtümer ist keiner der untersuchten Fälle ein glasklarer Präzedenzfall. Die Abschussfälle El Al Flight 402, Korean Air Lines 907, Iran Air Flight 655 sowie der USS-Liberty-Fall legen eine objektive ex-ante-Beurteilung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts

556 Cohen, Barr and Pompeo Shift Justification for Iran Strike from 'Imminent' Threat to Deterrence, CNN v. 14. Januar 2020.

557 Cole, Esper won't Confirm Intelligence About President's Claim that Soleimani was Targeting 4 US Embassies, CNN v. 12. Januar 2020.

558 In diesem Kontext kam es schließlich zum Abschuss des Ukraine International Airline Flight 752 durch den Iran, dazu s.o. III. 2. b) hh).

559 Selbst wenn die Aufklärungsdrohne in den iranischen Luftraum eingedrungen sein sollte, stellte dies kaum einen bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC dar (s.o. III. 2. b. aa). Die amerikanische Legitimation suggeriert eher eine Vergeltungs- als eine Selbstverteidigungsmaßnahme.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aber nahe – letzterer Fall zumindest für Angriffe auf Drittstaaten während eines Krieges. Kein Fall weist in die Richtung einer vollständigen ex-post-Beurteilung. Auch beim iranischen Abschuss einer US-Drohne im Juni 2019 mag sich der angenommene Irrtum mildernd auf die Bewertung ausgewirkt haben. Ähnlich wie bei der Staatenpraxis vor 1945, bei der die gegensätzliche Sichtweise noch leicht überwog, kann in den genannten Fällen angesichts des jeweils bestehenden Spielraumes bei der Auslegung der Äußerungen jedoch nicht mehr als eine Tendenz erblickt werden. Ihr Auslegungswert wird zudem dadurch relativiert, dass nicht alle Fälle ausdrücklich an den Normen der Charta gemessen wurden und die hier zugrunde gelegten Kriterien zur Abgrenzung von Polizeimaßnahmen[560] in der Staatenwelt nicht universal geteilt werden. Für den Fehlverdacht machen der Abschuss von El Al Flight 402 und die Gewaltanwendungen während der US-iranischen Krise 2019/2020 deutlich, dass jedenfalls eine bestimmte Wahrscheinlichkeitsschwelle überschritten sein muss. Ersterer Fall zeigt zudem, dass die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter dabei einen relevanten Faktor darstellt.

3. Fehlvorstellungen bei der Abwehr von Terrorismus

Unilaterale militärische Maßnahmen zur Terrorismusabwehr, die Staaten häufig mit ihrem Selbstverteidigungsrecht begründen, sind nicht selten mit Fehlvorstellungen über die Sachlage behaftet. Auch wenn die Rechtfertigung solcher Einsätze mit Art. 51 UNC viele schwierige Fragen aufwirft,[561] geben die Reaktionen der Staaten Hinweise darauf, wie Fehlvorstellungen über die Voraussetzungen dieser Norm behandelt werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die Staaten wie in den sogleich betrachteten Fällen ausdrücklich auf diesen Erlaubnissatz berufen und seine Anwendung nicht im Grundsatz bestritten wird. Fehlvorstellungen beziehen sich hier häufig weniger darauf, *ob* ein Angriff stattgefunden hat, als wer sein *Urheber* ist. Ebenso relevant sind Fälle, in denen zwar der Urheber des Angriffs feststeht, nicht aber, ob er eine Verbindung zu dem Staat oder dem

560 S.o. 7. Kap., III. 2., a, aa, (2).

561 Dazu gehört u.a., (1) ob der Terrorangriff die Angriffsschwelle überschreitet, (2) wann das Selbstverteidigungsrecht entsteht und wie lange es fortdauert und (3) inwieweit Selbstverteidigung gegen Angriffe nicht-staatlicher Akteure zulässig ist, die keinem Staat zurechenbar sind; zu diesen Fragen Tams, EJIL 20 (2009), S. 359–397; zum Fall Irak 2003 s. bereits oben 7. Kap., III. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

konkreten Objekt besitzt, gegen die sich die militärische Reaktion richtet.[562]

a) Der Angriff auf die sudanesische Pharmafabrik Al-Schifa (1998)

In die letzte Kategorie fällt die Zerstörung der Arzneimittelfabrik Al-Schifa in Khartum am 20. August 1998 durch amerikanische Raketen, mit der die USA auf Anschläge der Terrororganisation Al-Qaida auf die amerikanischen Botschaften in Daressalam und Nairobi reagierten. Die USA nahmen an, dass ein Zusammenhang zwischen der sudanesischen Fabrik und dem Al-Qaida-Anführer Osama Bin Laden bestehe und dort Nervengas hergestellt werde.[563] Für beides ließen sich im Nachhinein keine Anhaltspunkte finden,[564] sodass auch die US-Regierung nach dem Angriff von einigen der vorher formulierten Verdächtigungen abrückte.[565] Innerhalb der Clinton-Administration war die Frage, ob die Verdachtsmomente gegen die Fabrik für einen Militärangriff ausreichten – man stützte sich maßgeblich auf eine Bodenprobe des Nachrichtendienstes –, offenbar kontrovers

562 Mit „Verbindung" ist primär die Zurechenbarkeit des Angriffs gemeint. Auch die Unfähigkeit und Unwilligkeit eines Staates, den Angriff aufzuhalten, kann aber zweifelhaft sein; zu den verschiedenen Konstellationen und ihre Behandlung s. Kreß, Gewaltverbot, S. 24, 143–335. Nicht behandelt werden hier gezielte Tötungen von fälschlicherweise als Terroristen identifizierten Zivilisten. Denn soweit sich in dem Zielstaat tatsächlich Terroristen befinden, liegt darin kein Irrtum über die Selbstverteidigungs*lage*, sondern vorrangig ein Problem der Verhältnismäßigkeit.

563 S. umf., Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537–557; Wedgwood, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 559 (563–576); Cannizzaro/Rasi, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 541–551.

564 Insb. die Annahme, es seien Chemiewaffen hergestellt worden, wird heute überwiegend für widerlegt gehalten. Auch stand der Fabrikeigentümer, ein saudischer Geschäftsmann, jedenfalls in keiner direkten Verbindung zu Bin Laden, vgl. Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999; Loeb, A Dirty Business, Washington Post v. 25. Juli 1999; Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (544 f); vorsichtiger Wedgwood, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 559 (572–574). Zu der vom Firmeninhaber in Auftrag gegebenen Untersuchung, die keine Beweise für die amerikanischen Behauptungen zu Tage förderte s. Marshall, US Evidence of Terror, Independent v. 15. Februar 1999; Loeb, A Dirty Business, Washington Post v. 25. Juli 1999.

565 Die Behauptung etwa, die Firma stelle keinerlei Medikamente her, erschien haltlos, gehörte Al-Schifa doch zu den wichtigsten Pharmaherstellern des Sudans, vgl. Lobel, Yale J. Int'l L. 24 (1999), S. 537 (544); Weiner/Myers, US Notes Gaps, NY Times v. 3. September 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diskutiert worden.[566] Die USA beriefen sich nach der Operation auf Art. 51 UNC, gestanden aber keinen Irrtum ein, sondern stützten sich auf „überzeugende Beweise" dafür, dass von den getroffenen Zielen aus weitere Terroranschläge geplant worden seien.[567] Der Sudan führte die Bombardierung auf einen Irrtum zurück,[568] verurteilte sie als Aggression und eindeutige Verletzung der Charta[569] und machte geltend, dass die USA über die Fabrik nie einen Verdacht geäußert hätten und sich diese jederzeit hätten ansehen können.[570] Einige arabische Staaten,[571] die Arabische Liga[572] und die Bewegung der blockfreien Staaten[573] schlossen sich der sudanesischen Beurteilung an. Kritik an den USA kam auch aus Russland[574] und China.[575] Einige westliche Staaten befürworteten zwar das amerikanische Handeln[576] oder äußerten Verständnis,[577] legten dabei aber überwiegend die von den USA als wahr behaupteten Fakten und nicht die US-*Vorstellung* davon zugrunde. Nur vereinzelte Äußerungen lassen sich so verstehen, dass es auf die amerikanische ex-ante-Sicht ankomme.[578] Arabische Forde-

566 Risen, To Bomb Sudan Plant, or Not, NY Times v. 27. Oktober 1999; Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999.

567 UN Doc. S/1998/780; vgl. auch Äußerung des Pressesprechers des Weißen Hauses, zitiert von Loeb, US Wasn't Sure, Washington Post v. 21. August 1999; Äußerungen von Senatoren nach dem CIA-Briefing 12. Oktober 1999, Zakaria, US Senator Questions 1998 Bombings in Sudan, Reuters v. 12. Oktober 1999.

568 UN Doc. S/1999/889, S. 2 f; S/1999/895, S. 3; S/1999/1100, S. 1.

569 UN Doc. S/1998/786, S. 1–3; UN Doc. S/1998/792, S. 3.

570 UN Doc. S/1998/786, S. 3.

571 Für Libyen und Irak s. Jehl, After the Attacks, NY Times v. 22. August 1998; Pakistan beklagte die Verletzung seines Luftraumes, UN Doc. S/1998/794.

572 UN Doc. S/1998/789, S. 2; Rat der Arabischen Liga Resolution 5896 (1999), para. 7.

573 UN Doc. S/1998/879, S. 2.

574 Wines, Russia is Critical, NY Times v. 22. August 1998.

575 Williamson, Terrorism, War and International Law, S. 141.

576 So etwa Großbritannien, Australien und Israel, vgl. Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998; Clinton defends military strikes, BBC News v. 20. August 1998, ebenso Deutschland, vgl. Streit um zerstörte Fabrik, Die Welt v. 24. August 1998.

577 So Japans Premierminister Keizo Obuchi, Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998.

578 So eine Äußerung Großbritanniens („[T]hey *expected* the sites to be used for further terrorist attacks, and so the Americans were therefore acting in self-defense") und Japans („It is obvious the measures were taken to prevent terrorist acts from spreading worldwide. *It is necessary to grasp the circumstances behind President Clinton's decision*") [Hervorhebungen hinzugefügt], Drozdiak, European Allies Back US Strikes, Washington Post v. 21. August 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungen nach einer Dringlichkeitssitzung des SR[579] und einer Fact-Finding-Mission[580] fanden kein Gehör. Der Vorfall war nur am Rande Gegenstand eines informellen Treffens der SR-Mitglieder.[581] Auch zu Schadensersatzleistungen seitens der USA kam es nicht.[582] Die zivilrechtliche Klage des Unternehmens und seines Inhabers vor amerikanischen Gerichten wurde 2010 zurückgewiesen, weil es sich bei der Angriffsentscheidung um eine nicht-justiziable politische Maßnahme gehandelt habe.[583]

Der Vorfall weist auf eine Tendenz der Staaten hin, die Voraussetzungen von Art. 51 UNC ex post zu beurteilen – unabhängig davon, ob die Operation, die angenommene Faktenlage als richtig unterstellt, vom Selbstverteidigungsrecht gedeckt gewesen wäre.[584] Denn trotz der vereinzelten Andeutungen in Richtung einer ex-ante-Perspektive entzündete sich der Streit primär an der Frage, ob die Al-Schifa-Fabrik *tatsächlich* in die Herstellung von Chemiewaffen und den internationalen Terrorismus involviert war oder nicht. Die verbreitet geteilte sudanesische Argumentation, die Operation sei im Falle einer Fehlvorstellung – der Sache nach handelte es sich um einen Fehlverdacht – als rechtswidrig zu beurteilen, wurde selbst von den USA nicht im Grundsatz bestritten. Auch das Ausbleiben einer Reaktion des SR und von Schadensersatzzahlungen lässt sich wohl auf die umstrittene Faktenlage zurückführen und nicht darauf, dass die Fehlvorstellung für beachtlich gehalten wurde.

b) Weitere Fälle vermuteter Verantwortlichkeit für ein Attentat

Auch in einer Reihe von Fällen, in denen an der vom handelnden Staat behaupteten Sachlage zunächst Zweifel bestanden – und zum Teil bis heute

579 UN Doc. S/1998/786, S. 4; S/1998/792, S. 4 (Sudan); S/1998/790 (Gruppe islamischer Staaten); Rat der Arabischen Liga Resolution 5896 (1999), para. 7.

580 UN Doc. S/1999/889, S. 3; S/1999/894, S. 2 f.

581 Office of Spokesman for Secretary General, Press Briefing v. 24. August 1998; erwähnt wurde er außerdem in der UN-Generalversammlung, vgl. Press Release UN Doc. GA/9457 (1998).

582 UN Doc. S/1999/889, S. 2.

583 El-Shifa Pharmaceutical v. United States (D.C. Cir. June 8, 2010).

584 Zu einigen problematischen Aspekten s. Cannizzaro/Rasi, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 541 (546–548). Die meisten Staaten bestritten die Anwendung von Art. 51 UNC aber nicht in rechtlicher, sondern in tatsächlicher Hinsicht, sodass der Fall Aufschluss über Fehlvorstellungen bei Art. 51 UNC gibt. Zur Bedeutung des Vorfalls für Selbstverteidigung gegen Angriffe Privater s. Henderson, Persistent Advocate, S. 150–152.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehen – und es daher Anlass dazu gab, zur maßgeblichen Perspektive Stellung zu beziehen, deuten die Äußerungen der Staatenvertreter überwiegend auf eine ex-post-Bewertung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts hin. Das gilt etwa für den israelischen Angriff auf das PLO-Hauptquartier in Tunis am 1. Oktober 1985, mit dem Israel auf die Tötung dreier Israelis auf einer Yacht im Hafen von Larnaka in Zypern reagierte.[585] Während die PLO die Verantwortlichkeit für dieses Massaker bestritt, stützte sich Israel unter anderem auf Informationen eines anonymen Anrufers, demzufolge die Angreifer auf die Yacht der PLO-Einheit Force 17 angehörten.[586] In der SR-Debatte, in der alle Staaten außer den USA das israelische Handeln als Verletzung der Charta beurteilten,[587] betonten mehrere Staatenvertreter das Abstreiten der Verantwortung durch die PLO.[588] Wenn diese Argumentation auch keinen ganz eindeutigen Schluss zulässt[589] (und später weitere Indizien für die tatsächliche PLO-Zugehörigkeit der Attentäter ans Licht kamen),[590] mag man sie so deuten, dass die Staaten nicht Israels ex-ante-Sicht, sondern die *tatsächliche* Sachlage für entscheidend hielten.

Ähnliches lässt sich über die Reaktionen auf den US-Angriff auf verschiedene libysche Städte in der Nacht zum 15. April 1986 sagen.[591] Diesem waren Spannungen zwischen Libyen und den USA vorausgegangen, die in einem Anschlag auf die Diskothek La Belle in Westberlin gipfelten. Die später von deutschen Gerichten festgestellte Verbindung zwischen

585 S. dazu Pobjie/Declercq/van Steenberghe, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 395–402; Williamson, Terrorism, War and International Law, S. 132–134.

586 Rogg, 3 Israelis Slain, NY Times v. 26. September 1985; Fisher, Elite PLO Unit Blamed, LA Times v. 29. September 1985; Rabinovich/Shaked, Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985, S. 91.

587 UN Doc. S/PV.2610 und S/PV.2611; vgl. auch die das Handeln verurteilende SR-Resolution 573 (1985); Pobjie/Declercq/van Steenberghe, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 395 (396 f).

588 UN Doc. S/PV.2610 Rn. 68 (Ägypten), S/PV.2611 Rn. 40 (Türkei), Rn. 111 (Großbritannien).

589 So könnte man diese Aussagen auch so verstehen, dass Israel aufgrund der bestrittenen Verantwortungsübernahme der PLO noch am Tag des Attentats *zum Handlungszeitpunkt* nicht von ihrer Urheberschaft ausgehen *durfte*, sodass eine objektive ex-ante-Sicht maßgeblich wäre.

590 Die Attentäter sollen von Angehörigen der palästinensischen Force-17-Einheit als Mitglieder einer Fatah-Einheit identifiziert worden sein, Rabinovich/Shaked, Middle East Contemporary Survey, Vol. IX, 1984–1985, S. 91.

591 S. dazu Kamto, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 408–425; Intoccia, Case W. Res. J. Intl'l L. 19 (1987), S. 177–213; Security Council RoP (1993–1995), S. 1148 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Anschlag und dem libyschen Nachrichtendienst[592] erschien unmittelbar nach den amerikanischen Luftangriffen noch unklar. In der SR-Debatte, in der das amerikanische Handeln auf verbreitete Kritik stieß,[593] zweifelten viele Staaten die Verantwortlichkeit Libyens für den Anschlag an und stellten so implizit auf die tatsächliche und nicht die von den USA angenommene Sachlage ab.[594] Ugandas Aussage ist in dieser Hinsicht besonders deutlich:

> „The purpose of the Article is to grant the right of self-defence to any United Nations Member State which is *actually* being attacked, until the Security Council can take appropriate action. The evidence thus far proffered does not persuade us that an armed attack within the meaning of Article 51 had taken place […].“[595] [Hervorhebung hinzugefügt]

Interessant ist schließlich die internationale Resonanz auf den ähnlich gelagerten Fall der US-Angriffe auf das Hauptquartier des irakischen Nachrichtendienstes in Bagdad am 27. Juni 1993.[596] Mit dieser Operation reagierte die Clinton-Administration auf einen vereitelten Anschlagsversuch auf den früheren US-Präsidenten George Bush in Kuwait, für den die USA den irakischen Nachrichtendienst verantwortlich machten. Inwieweit dieser in die Attentatspläne tatsächlich involviert war, ist bis heute nicht geklärt.[597] Die Reaktionen der Staatenwelt fielen nicht nur insgesamt deut-

---

592 BGH NJW 2004, 3051 (3051 f). Zu begrifflichen Fragen dieses staatlich gesponserten Terrorismus s. Terry, Naval L. Rev. 36 (1986), S. 159 (161 f).

593 S. UN Doc. S/PV.2674 – 2683; ausf. Kamto, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 408 (409–419). Die Generalversammlung verurteilte die Operation als „violation of the Charter and of international law“, A/RES/41/38, para. 1.

594 UN Doc. S/PV/2675, S. 18 (Syrien), S. 24 f (Oman); S/PV.2676, S. 4 (Algerien); S/PV.2680, S. 32–35 (Ghana); vgl. auch S/PV.2677, S. 6 (Qatar); Vietnam und Nicaragua verglichen den Angriff mit dem Golf-von-Tonkin-Vorfall, UN Doc. S/PV.2677, S. 36; S/PV.2680, S. 47.

595 UN Doc. S/PV.2682, S. 16.

596 S. dazu Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504–526.

597 Die USA stützten sich erstens auf (allerdings in ihrem Wert bestrittene) Aussagen zweier Hauptverdächtiger, die behaupteten, ihre Befehle vom Iraqi Intelligence Service (IIS) erhalten zu haben. Zweitens waren forensische Untersuchungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die für den Anschlag vorgesehene Bombe den vom IIS früher verwendeten Sprengkörpern ähnelte. In einem Punkt unterschieden sie sich jedoch voneinander, was in den späteren Berichten der CIA und des Department of Justice nicht erwähnt wird. Drittens deuteten offenbar US-Nachrichtendienstinformationen auf eine Beteiligung des IIS hin, wobei die maßgeblichen Berichte nie deklassifiziert wurden. Zum Ganzen s. USDOJ/OIG

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich positiver aus als bei dem Angriff auf Libyen 1986.[598] Unter die Staaten, die implizit auf die *zum Zeitpunkt der Debatte* verfügbaren Beweise abstellten und so eine ex-post-Perspektive zugrunde legten,[599] mischten sich auch Stimmen, die der ex-ante-Sicht der amerikanischen Regierung Bedeutung beimaßen.[600] Insoweit lässt der Vorfall keinen eindeutigen Schluss auf die Beurteilung der Selbstverteidigungslage zu.

Die Bedeutung dieser Art von Fällen, von denen man weitere nennen könnte,[601] darf insgesamt nicht überschätzt werden. Keine der erwähnten Stellungnahmen setzte sich explizit mit der Frage der Perspektive auseinander. Ebenso wenig lag den Fällen ein zum Zeitpunkt der Äußerungen ersichtlicher Irrtum oder Fehlverdacht zugrunde. Ihnen kann nicht dasselbe Gewicht beigemessen werden wie der Aussage eines Staates über eine Situation, in der der handelnde Akteur wie etwa bei den Flugzeugabschussfällen zweifellos falsch gelegen hat.

Special Report, The FBI Laboratory, April 1997, Part three, Section D; s. auch Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504 (505).

598 UN Doc. S/PV.3245; Beck/Arendt, Wisconsin Int'l L. J. 12 (1993), S. 153 (192); zurückhaltender Starski, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 504 (505, 524 f).

599 UN Doc. S/PV.3245, S. 11 (Irak), S. 18 (Brasilien): „[T]he United States Government indicates that there *is* clear and compelling evidence of the involvement of the Government of Iraq"; ebd. S. 18 (Ungarn): „The action […] was justified, according to the information *available to us* […]", ebd. S. 21 (Großbritannien): „The US Government *has* clear evidence of the involvement of the Iraqi intelligence services."

600 UN Doc. S/PV.3245, S. 13 (Frankreich): „My delegation appreciates the fact that the US Government has set before the Council the elements *that led it to conclude* that the Iraqi Government was directly involved"; ebd. S. 16 (Japan): „I have taken particular note of the statement by Ambassador Albright that the United States Government *had compelling evidence* of the direct involvement of the Iraqi Government. *Given such circumstances*, my government considers that *there existed an unavoidable situation* in which the United States Government could not help but take action"; ebd. S. 24 (Spanien): „we understand the action the United States Government *felt forced* to take in the exceptional circumstances of this case"; ebd. S. 23 (Neuseeland): „My country can understand why, *faced with the evidence* of a serious act of aggression […], any country would feel obliged to consider responding with force" [Hervorhebungen hinzugefügt].

601 ZB der Streit um die tatsächlichen Fakten im Konflikt zwischen den Vereinigten Arabischen Republik und dem Libanon 1958, Portugal und Sambia, Guinea und dem Senegal in den 1960er Jahren, Südafrika und Sambia, Botswana, Angola, Mosambik und Lesotho in den 1970er und 1980er Jahren, dazu Ruys, Armed Attack S. 291, 397, 399 f. Beim US-Gewalteinsatz gegen Afghanistan nach 9/11 wurde die angeführte Faktenlage vergleichsweise wenig in Zweifel gezogen, dazu O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (20).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Das Abfangen eines libyschen Flugzeugs mit syrischen Offiziellen (1986)

Etwas anders lagen die Dinge bei der von israelischen Kampfflugzeugen erzwungenen Landung eines libyschen Flugzeugs am 4. Februar 1986.[602] Israel nahm irrig an, es transportiere Terroristen, die Anschläge planten. In Wahrheit hatte das Flugzeug syrische Offizielle an Board, die, sobald die Sachlage aufgeklärt war, weiterfliegen durften. In der eigens anberaumten Sitzung des SR berief sich Israel auf sein Selbstverteidigungsrecht und legte unter Berufung auf eine Passage *Bowetts* zum Marianna-Flora-Fall dar, dass der vernünftige Verdacht einer Gefahr ausreiche. Wenn er sich später als unbegründet erweise, sei das irrelevant.[603] Diese Argumentation stieß auf heftigen Widerstand der meisten arabischen und einiger afrikanischer Staaten, die eindrücklich vor den Konsequenzen eines solchen „law of suspicion", „law of probability" warnten.[604] Jedoch wird aus ihrer Kritik nicht deutlich, ob sie sich gegen eine objektive ex-ante-Beurteilung als solche wandten, oder nur das Fehlen hinreichender Verdachtsmomente beklagten. Selbst die USA stellten klar, dass das Abfangen ziviler Flugzeuge nur „on the basis of the strongest and clearest evidence that terrorists are on board" zulässig sei,[605] womit sie aber immerhin einen – wenn auch strengen – objektiven ex-ante-Maßstab zugrunde legten. Die Annahme einer Israel verurteilenden SR-Resolution verhinderten die USA durch ihr Veto.[606] Angesichts der Uneinigkeiten der Staatenvertreter und der fehlenden Eindeutigkeit Israel-kritischer Äußerungen lässt sich dem Vorfall kein anderer verlässlicher Schluss entnehmen als der, dass jedenfalls ein nicht auf hinreichende Verdachtsmomente gestützter Fehlverdacht nicht berücksichtigungsfähig ist.

d) Zwischenergebnis

Die genannten Fälle deuten darauf hin, dass die irrtumsanfälligsten Voraussetzungen der Selbstverteidigung zur Abwehr terroristischer Gefahr –

602 Vgl. zusammenfassend Security Council RoP (1984–1988), S. 430 f.
603 UN Doc. S/PV.2651, S. 18.
604 S. insb. UN Doc. S/PV.2651, S. 27–36 (Syrien); krit. auch S/PV.2655, S. 11 f (Vereinigten Arabischen Emirate), S. 26 f (Ghana); S. 34 f (Algerien), S. 56 f (Irak); S. 82 (Kongo).
605 UN Doc. S/PV.2655, S. 113.
606 Vgl. S.PV.2655, S. 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Zurechenbarkeit eines Terrorangriffs gegenüber einem Staat oder die sonstige Verbindung zu einer auf seinem Territorium befindlichen Gefahr – ex post beurteilt werden und das Risiko von Fehlvorstellungen insoweit der handelnde Akteur zu tragen hat. Die Existenz des bewaffneten Angriffs selbst ist von diesem Aspekt nicht sinnvoll zu trennen. Ob dieser Umstand die Beurteilung der Erlaubnislage iSd Art. 51 UNC auch außerhalb der Terrorismusabwehr beeinflusst, ist fraglich, wird doch teilweise angenommen, dass dieser spezifische Bereich eine Anpassung der allgemeinen Grundsätze erfordert.[607] Dennoch ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Staaten die tatsächliche Sachlage zugrunde legten, ein gewisses Indiz dafür, dass die angenommene ex-post-Beurteilung auch über den Bereich der Terrorismusbekämpfung hinausreicht.

4. Fehlvorstellungen bei Cyberangriffen

Praktisch besonders bedeutsam ist das Irrtums- und Fehlverdachtsrisiko im Bereich des Cyberwars, ist die Identität des Urhebers eines Cyberangriffs doch häufig monate- oder jahrelang ungewiss, das Internet ein einziger „Maskenball".[608] Will ein Staat einen Cyberangriff abwehren noch während er stattfindet, sind Irrtümer nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich. Die in diesem Bereich gemachten staatlichen Äußerungen sind freilich nur relevant, soweit sie Cyberangriffe betreffen, die als Angriff iSd Art. 51 UNC zu qualifizieren sind. Das ist nach inzwischen verbreiteter Auffassung zu bejahen, wenn die Cyber-Operation in Umfang und Folgen nicht nur einer Gewalthandlung iSd Art. 2 (4)-UNC gleichsteht – was jedenfalls der Fall ist, wenn Personen verletzt werden oder Eigentum beschädigt wird[609] –, sondern auch die Schwelle eines bewaffneten Angriffs über-

607 Zur (unterschiedlichen) Anwendung von Art. 51 UNC zwischen Staaten und zwischen Staaten und Privaten zB Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96–105).

608 Brenner, America the Vulnerable, S. 32: „[T]he internet is one big masquerade ball. You can hide behind aliases, you can hide behind proxy servers, and you can surreptitiously enslave other computers without their owners' knowledge – and then use their computers to do your dirty work".

609 Vgl. Rule 69 Tallinn Manual 2.0, Commentary (9 a); Roscini, Cyber Operations, S. 52–55; möglicherweise auch solche, die wichtige Infrastruktur ausschalten, ebd. S. 55–63; der IGH hat sich bisher nicht ausdrücklich dazu geäußert, ob das Gewaltverbot den Einsatz von Waffengewalt voraussetzt, s. dazu ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 68; ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 39; vgl. Kreß, in:

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schreitet.[610] Daneben ist möglich, dass der Cyberangriff Teil eines militärischen Angriffs ist.[611]

Bis heute hat kein Staat, der zum Opfer eines Cyberangriffs wurde, eine Abwehrmaßnahme mit dem Selbstverteidigungsrecht begründet. In den meisten Fällen haben Staaten entweder ganz auf Abwehrmaßnahmen verzichtet oder sie im Verborgenen ergriffen.[612] Die Untersuchung der Selbstverteidigung iSd Art. 51 UNC gegen Cyberangriffe muss sich daher auf abstrakte staatliche Äußerungen beschränken. Die meisten dieser Äußerungen haben die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts objektiv formuliert.[613] Steht jedoch wie bei diesen Aussagen keine Irrtumssituation in Rede, kann davon nicht zwingend auf eine ex-post-Beurteilung geschlossen werden.[614] Nur einzelne Stimmen legen ein solches Verständnis nahe.[615] Größere Bedeutung kann hingegen Aussagen beigemessen werden, in de-

---

Weller, Oxford Handbook, S. 575–577; vgl. auch Schmitt, Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (904–923), der sechs Kriterien vorschlägt, ebd. S. 914 f.

610 Vgl. Rule 71 Tallinn Manual 2.0; neben diesem „effect-based approach" wurde vorgeschlagen, auf das verwendete Mittel oder das angestrebte Ziel abzustellen, s. Roscini, Cyber Operations, S. 46–49; Hathaway/Crootof et al., California L. Rev. 100 (2012), S. 817 (845–848).

611 Schmitt, Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (929, 933), so in Georgien 2008, G. D. Brown, Joint Force Quart. 63 (2011), S. 69 (70).

612 Eing. Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (insb. 594–631, 638) zu sechs Fallstudien zwischen 2012 und 2017; zur ausbleibenden Reaktion Irans nach Stuxnet G. D. Brown, Joint Force Quart. 63 (2011), S. 69–73; Teile der Literatur stellen wegen dieser Zurückhaltung der Staaten die Eignung der Kategorien des Friedenssicherungsrechts für den Cyberbereich insgesamt in Frage, so Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (653 f). Diese Kritik geht am Problem vorbei. Es geht nicht darum, ob sich die für kinetische Gewalt geltenden Grundsätze generell als tauglicher Maßstab für Cyberoperationen eignen, sondern ob Cybergewalt ein Ausmaß annehmen kann, der sie *sogar nach Art. 2 (4) UNC* (und nicht nur nach dem Maßstab anderer Normen) rechtfertigungsbedürftig macht und der den Opferstaat nach Art. 51 UNC *sogar zu kinetischer Gewalt* berechtigt. Dass es dazu in der Praxis noch nicht gekommen ist, ist insoweit ohne Bedeutung.

613 UN Doc. A/66/152, S. 18 (USA); Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 21 (Niederlande).

614 S.o. 7. Kap., I.

615 So der italienische Sicherheitsausschuss im Dokument „Relazione sulle possibili implicazioni" (2010), Doc. XXXIV n. 4, S. 26: „[È] necessario dimostrare in modo inequivocabile che tale attacco sia originato in un Paese sovrano e che sia stato ordinato da strutture governative e non da gruppi di hacker che si sono coordinati online." Die Betonung des „eindeutigen *Beweises*" (und nicht ihre ex-ante-Anzeichen) mag man als ex-post-Beurteilung und nicht nur als an Gewissheit grenzende ex-ante-Wahrscheinlichkeit verstehen. Doch ist das nicht zwingend, s. sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen die Bedingungen des Art. 51 UNC ohne Anlass *versubjektiviert* werden, wie dies 2009 durch Mali geschehen ist:

> „The use of an information weapon could be interpreted as an act of aggression if the victim State *has reasons to believe* that the attack was carried out by the armed forces of another State and was aimed at disrupting the operation of military facilities, destroying defensive and economic capacity, or violating the State's sovereignty over a particular territory."[616] [Hervorhebung hinzugefügt]

Eine ex-ante-Beurteilung legen auch Aussagen des US-Verteidigungsministeriums nahe, das für Fälle, in denen der Urheber eines Cyberangriffs nicht sicher identifiziert werden kann, zwar zur Vorsicht mahnt, aber anerkennt, dass „circumstances may arise in which the urgency of protecting critical information systems from serious damage may warrant adoption of a properly designed 'active defense'."[617] Wenn also bei Bestehen eines bloßen Verdachts zunächst Sachverhaltsaufklärung betrieben werden müsse, sei bei einem hohen Schadensrisiko Selbstverteidigung zulässig, und zwar – so muss die Passage im Kontext wohl verstanden werden – selbst dann, wenn sich der Verdacht im Nachhinein als falsch herausstelle. Die Aussage des Verteidigungsministeriums, dem Commander-in-Chief bleibe die jeweilige Verteidigungsmaßnahme auch gegen bloß *vermutete* rechtswidrige Operationen vorbehalten,[618] fügt sich in dieses Bild ein. In dieselbe Richtung weist das von den niederländischen Regierungs- und Parlamentsberatungsgremien AIV und CAVV[619] betonte Erfordernis, die Urheberschaft des Angriffs müsse, um Irrtümer zu vermeiden, hinreichend sicher sein und auf verlässlichen Informationen beruhen, bevor Verteidigung geübt werde.[620] Denn danach liegt nahe, dass eine Maßnahme, die diesen – wenn auch re-

616 UN Doc. A/64/129/Add. 1, S. 8.

617 US Department of Defense lawyers in Schmitt/O'Donnell, Int'l L. Studies 76 (1999), S. 459 (487). Die spätere Passage „[I]n some circumstances the National Command Authority (NCA) might decide to defend U.S. information systems by attacking a computer system overseas, and take the risk of having to make an apology or pay compensation to the offended government" ist wohl nicht auf Irrtümer, sondern auf Fälle bezogen, in denen der Angriff dem Staat, der von der Maßnahme betroffen wird, weder zurechenbar ist noch dieser die Gelegenheit bekommt, selbst gegen die Hacker vorzugehen, vgl. ebd. S. 488 f.

618 US Department of Defense, Cyberspace Policy Report, S. 9.

619 Advisory Report, Advisory Council on International Affairs (AIV)/Advisory Committee on Issues of Public International Law (CAVV), Cyber Warfare 77 (2011).

620 Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lativ hohen – Anforderungen einmal entspricht, auch dann rechtmäßig bleibt, wenn sich die Annahmen später als falsch herausstellen. Ansonsten hätte ein Hinweis auf die sich nachträglich als wahr ergebene Sachlage genügt.[621] Keine dieser Äußerungen legt jedoch so eindeutig eine ex-ante-Betrachtung zugrunde wie der Kommentar zu Rule 71 des Tallinn Manual 2.0, das sich als Reflexion des gegenwärtigen Völkerrechts versteht, auch wenn das bestritten wird:[622]

> „The exercise of the right of self-defence is subject to the requirements of necessity, proportionality, imminence, and immediacy (Rules 72–73). Of course, the right to engage in self-defence is also subject to the existence of a reasonable determination that an armed attack is about to occur or has occurred, as well as the identity of the attacker. *These determinations are made ex ante, not ex post facto. Their reasonableness will be assessed based upon the information available at the time they were made, not in light of information that subsequently becomes available.*"[623] [Hervorhebung hinzugefügt]

Der letzte Satz wurde der ansonsten identischen Passage des Kommentars der ersten Auflage des Manuals (2013) hinzugefügt. Zusammen genommen mit den erwähnten staatlichen Äußerungen lässt das Tallinn Manual die Feststellung zu, dass im Cyberwar die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts objektiv ex ante beurteilt werden.

Jedoch stellt sich wie bei der Terrorismusabwehr die Frage, welchen Auslegungswert diese opinio iuris[624] für das allgemeine Regime der Ausnahmen vom Gewaltverbot hat. Zweifellos bereitet die Rückverfolgung ei-

---

621 Das würdigt Roscini, Cyber Operations, S. 97–103 nicht ausreichend, wenn er IGH-Urteile, die wie Nicaragua auf den *nachträglichen* Beweis von Tatsachen bezogen sind, mit Äußerungen wie der zitierten niederländischen, die auf den *zum Handlungszeitpunkt* bestehenden Grad von Gewissheit bezogen sind, vermischt und es für erforderlich hält zu beweisen, dass der Cyberangriff „actually occurred", ebd. S. 98.

622 Tallinn Manual 2.0, S. 3. Bestritten wird dies aus den in Fn. 612 genannten Gründen, s. Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (654).

623 Tallinn Manual 2.0, Rule 71, Commentary (23); ähnlich bereits Commentary (14): „All the experts agreed that the lawfulness of the response would be determined by the reasonableness of the State's assessment as to whether an armed attack was underway against it."; bei Gegenmaßnahmen schließen selbst vernünftige Irrtümer über die Urheberschaft einer Operation die Rechtswidrigkeit hingegen nicht aus, Tallinn Manual 2.0, Section 1, Commentary (12).

624 Von einer *Staatenpraxis* kann mangels Übung keine Rede sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nes Cyberangriffs besondere Schwierigkeiten.[625] Hierin mag die Ursache dafür liegen, dass Staaten in der Praxis nicht nur keine offenen Verteidigungsmaßnahmen ergreifen, sondern häufig noch nicht einmal einen Verantwortlichen ausdrücklich benennen.[626] In der Literatur wird deshalb immer wieder die Frage erörtert, ob die allgemeinen Regeln für diesen Bereich anzupassen sind.[627] Doch begründet keiner der erwähnten staatlichen Akteure die zugrunde gelegte ex-ante-Beurteilung mit diesem Cyberwar-Spezifikum oder deutet an, dass das Recht des Cyberwars insoweit vom allgemeinen Regime der Selbstverteidigung abweiche. Die staatlichen Analysen beschränken sich im Gegenteil darauf, das vorhandene ius contra bellum auf den Cyberkontext – ohne inhaltliche Veränderung – anzuwenden.[628] Nähme man an, im allgemeinen ius contra bellum werde die Selbstverteidigungslage ex post beurteilt, würden die Staaten den ex-ante-Grundsatz im Cyberkontext wohl besonders rechtfertigen. Daher spricht vieles dafür, dass der im Cyberkontext geltende ex-ante-Grundsatz auf das allgemeine Friedenssicherungsrecht ausstrahlt.

5. Abstrakte Äußerungen zu antizipierter Selbstverteidigung nach 9/11

Abstrakte staatliche Äußerungen zu einer Ausnahme vom Gewaltverbot, losgelöst von einer Irrtumssituation, besitzen hier wie festgestellt nur begrenzte Aussagekraft. Einige Äußerungen aus der jüngeren Vergangenheit

---

625 S. zB Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 22; Schmitt/O'Donnell, Int'l L. Studies 76 (1999), S. 459 (486 f); zu den Gründen näher Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (632–633).

626 Efrony/Shany, AJIL 112 (2018), S. 583 (634), die indes auch eine bewusste Politik der Ambiguität für möglich hält. Keine offizielle Zuschreibung erfolgte zB bei den Ababil-Operationen gegen die USA (2012–2013), den Operationen gegen das Sands Casino in den USA (2014), dem OPM Hack gegen die USA (2014–2015), den Shamoon-Angriffen gegen Saudi-Arabien und Qatar (2012) und Cyberangriffen gegen iranische Ölindustrie (2016), ebd. S. 655 f.

627 Vgl. den von Roscini gewählten Aufbau in: Ohlin/Govern/Finkelstein, Cyberwar, S. 219–245; Dev, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 379 (386–393); s. auch oben Fn. 612.

628 Vgl. die Stellungnahme der USA in UN Doc. A/66/152, S. 18; US Department of Defense Cyberspace Policy Report, S. 9; Niederländischer Advisory Report AIV/CAVV, Cyber Warfare 77 (2011), S. 21 f; NATO Wales Summit Declaration, para. 72; das Gleiche gilt für das Tallinn Manual 2.0, S. 328 f, übriges Kapitel 14; auch das Recht der Staatenverantwortlichkeit wird unverändert herangezogen, s. zB der frühere US-Völkerrechtsberater Egan in einer Rede im November 2016, abgedruckt Berk. J. Int'l L. 35 (2017), S. 169 (177).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur maßgeblichen Perspektive für die *antizipierte* Selbstverteidigungslage sind dennoch von hohem Interesse: die seit den Terrorangriffen vom 11. September 2001 zunehmend veröffentlichten nationalen Sicherheitsstrategien sowie eine Reihe – offenbar konzertierter – Stellungnahmen hochrangiger Völkerrechtsberater seit 2016.

a) Nationale Sicherheitsstrategien

In ihrer Nationalen Sicherheitsstrategie aus dem Jahr 2002 legten die USA die völkerrechtliche Grundlage für die sogenannte Bush-Doktrin, nach der Selbstverteidigung in einer Welt mit Massenvernichtungswaffen – die leicht zu verbergen seien und ohne Warnung eingesetzt werden könnten – bereits gegen sich *erst in der Bildung begriffene Gefahren* geübt werden könne.[629] Diese Konzeption wurde in der Strategie von 2006 bestätigt.[630] Beide Papiere legten den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen der eine solche Gefahr abzeichnenden Indizien eindeutig auf den Handlungszeitpunkt fest und damit einen objektiven ex-ante-Maßstab zugrunde, wobei sie den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad sehr niedrig ansetzten. Das Konzept von 2006 stellte mit Blick auf die vergebliche Suche nach Massenvernichtungswaffen im Irak klar, dass das Irrtumsrisiko insoweit vom Irak zu tragen sei, dessen Diktator die Weltgemeinschaft schließlich in die Irre geführt habe.[631] Der australische Premierminister John Howard, die amerikanische Konzeption befürwortend, verzichtete 2002 gar auf jegliche Verobjektivierung: „The principle that a country *which believes* it is likely to be attacked is entitled to take preemptive action is a self-evidently defensible and valid principle".[632]

---

629 US NSS 2002, S. 15, insb.: „The greater the threat, the greater is the risk of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. […] The United States will not use force in all cases to preempt emerging threats, nor should nations use preemption as a pretext for aggression. Yet in an age where the enemies of civilization openly and actively seek the world's most destructive technologies, the United States cannot remain idle while dangers gather." Zum Präemptionskonzept der USA s. Reisman/Armstrong, AJIL 100 (2006), S. 525–550 (insb. 527–532).

630 US NSS 2006, S. 20–23.

631 US NSS 2006, S. 24.

632 Pressekonferenzv. 20. Juni 2002, Parliament House, Hervorhebung hinzugefügt; genauso Howard im TV-Interview mit Laurie Oakes v. 1. Dezember 2002.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieses Verständnis der US-Strategien 2002 und 2006, der auch die Obama-Strategie 2010 nicht den Rücken kehrte,[633] stieß zwar bei vielen Staaten auf Ablehnung, die an einem enger verstandenen imminence-Kriterium festhalten wollten.[634] Doch ob sich diese Kritik allein auf die geringen zeitlichen und wahrscheinlichkeitsspezifischen Anforderungen oder auch auf die *maßgebliche Perspektive* als solche bezog, ist ungewiss. Denn dass sie das Erfordernis engerer Voraussetzungen mit dem andernfalls hohen Irrtumsrisiko und der Notwendigkeit einer gewissen Verobjektivierung begründeten,[635] lässt nicht zwingend auf eine ex-post-Beurteilung schließen. Wie beim Cyberwar erörtert,[636] kann man Äußerungen dieser Art im Gegenteil auch so verstehen, dass eine Selbstverteidigungshandlung, die diesen hohen Anforderungen einmal genügt, rechtmäßig bleibt, selbst wenn sich später herausstellt, dass tatsächlich keine Angriffsgefahr bestand.

Die Sicherheitsstrategien der EU,[637] des Vereinigten Königreichs[638] und der NATO[639] positionieren sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich, enthalten sie doch, ähnlich wie die späteren US-Sicherheitsstrategien,[640] kaum konkrete Aussagen zur antizipierten Selbstverteidigung. Immerhin legen sie im Unterschied zu den US-Strategien von 2002 und 2006 nahe, dass der für ein vernünftiges Handeln erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad relativ hoch ist: So fordert Frankreich eine „explicit and confirmed threat",[641] das

633 Die maßgebliche Passage in NSS 2010, S. 22 bleibt vage: „The United States must reserve the right to act unilaterally if necessary to defend our nation and our interests, yet we will also seek to adhere to standards that govern the use of force."

634 Vgl. Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (540–546) u.a. zu Japan und kritischen Stimmen in England (Generalanwalt Goldsmith); s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 398–400.

635 China zufolge basiert die US-Konzeption hauptsächlich auf „subjective judgments, and is very easily abused and used as a pretext for war", so wiedergegeben bei Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (544).

636 S.o. 7. Kap., III. 4.

637 European Security Strategy (2003); Report on the implementation of the European Strategy (2008); European Union Global Strategy (2016).

638 UK NSS 2008; NSS 2009; NSS 2010; NSS and Strategic Defence and Security Review 2015 und Umsetzungsbericht (2018).

639 Strategic Concept 2003 (Auszug aus Zusammenfassung bei Yost, Int'l Affairs 86 (2010), S. 489 (506)); Strategic Concept 2010.

640 US NSS 2015; NSS 2017; deklassifizierte Zusammenfassung der NSS 2018.

641 Ministry of Defense, 2003–2008 Military Programme, Bill of Law, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

NATO-Konzept 2003, dass „it is *known* where the terrorists are".[642] Beide knüpfen damit letztlich an den ex-ante-Zeitpunkt an.

b) Jüngere Stellungnahmen der USA, Großbritanniens und Australiens

In bemerkenswerter Deutlichkeit bekannten sich der britische Generalanwalt Jeremy Wright und der australische Generalanwalt George Brandis in öffentlichen Reden vom Januar und April 2017 in amtlicher Funktion abstrakt zur Zulässigkeit antizipierter Selbstverteidigung, und zwar unter weiter verstandenen Voraussetzungen als einer ausschließlich *zeitlich* verstandenen imminence.[643] Beide sprachen sich für die vom britischen Völkerrechtler Sir Daniel Bethlehem formulierten Faktoren aus, zu denen neben der zeitlichen Unmittelbarkeit die Wahrscheinlichkeit des Angriffs, seine Zugehörigkeit zu dauerhaften militärischen Aktivitäten, die wahrscheinlichen Folgen des drohenden Angriffs und die Möglichkeit anderer schonenderer Maßnahmen gehören. Die Beurteilung müsse, wie auch die Chatham-House-Prinzipien betonen,[644] „in good faith and on the basis of sound evidence" geschehen.[645] Beide Völkerrechtler hoben hervor, dass „there must be a *reasonable and objective basis* for determining that an attack is imminent."[646] Diese Auffassung hatte 2016 bereits der amerikanische Völkerrechtsberater *Brian Egan* für die US-amerikanische Regierung zum Ausdruck gebracht.[647] Der australische Generalanwalt fügte schließlich hinzu, dass die Regierung nicht nur die Risiken eines Tätigwerdens, sondern auch die eines Untätigbleibens berücksichtigen müsse. Eindeutiger hätten die USA, Großbritannien und Australien die Maßgeblichkeit der objektiven ex-ante-Sicht wohl nicht formulieren können. Zudem blieb ihre Rechtsauffassung in diesem Punkt – das ist so bemerkenswert wie die

642 Vgl. Auszug der Zusammenfassung des Military Concept for Defence Against Terrorism vom Oktober 2003 bei Yost, Int'l Affairs 86 (2010), S. 489 (506), Hervorhebung hinzugefügt.
643 S.o. 1. Kap., I. 2., Fn. 65.
644 Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 963 (967).
645 Reden des britischen und des australischen Generalanwalts, s.o. Einleitung, Fn. 8 und 1. Kap., I. 2., Fn. 50.
646 So wörtlich der australische Generalanwalt, Hervorhebung hinzugefügt; sich eine ganz ähnliche Aussage Daniel Bethlehems zu eigen machend auch der britische Generalanwalt.
647 Rede anlässlich des 110. Treffen der American Society of International Law am 1. April 2016, abgedruckt in Int'l L. Stud. 92 (2016), S. 235 (239).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stellungnahmen selbst – weitgehend unwidersprochen. Auch die völkerrechtliche Literatur, in der die britische und australische Rede viel Beachtung fand, konzentrierte sich auf die Ausweitung des imminence-Kriteriums als solche sowie (am Rande) den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad,[648] nicht aber auf die Prämisse, dass der Handlungszeitpunkt überhaupt der maßgebliche ist.

Die klaren Bekenntnisse der drei Common-Law-Länder und der in Bezug auf die Perspektive ausbleibende Protest beseitigen Zweifel daran, dass bei *antizipierter* Selbstverteidigung – soweit sie für zulässig gehalten wird – sowohl Prognose als auch Prognosegrundlage verbreitet objektiv ex ante beurteilt werden.

6. Fehlvorstellungen bei der Rettung von Staatsangehörigen

a) Der Mayaguez-Vorfall (1975)

Am 12. Mai 1975 wurde kurz vor dem Ende des Vietnamkriegs der amerikanische Frachter *Mayaguez* vor der kambodschanischen Insel Koh Poulo Wai von den Khmer Rouge unter Beschuss angehalten[649] und die Crew zunächst auf die Insel Koh Tang, am 14. Mai auf das Festland und sodann auf eine andere Insel verbracht.[650] Als die USA am frühen Morgen des 15. Mai den verlassenen Frachter einnahmen und mit großem Militäraufgebot auf Koh Tang landeten, wo sie noch immer die Crew vermuteten,[651] war diese bereits freigelassen worden und befand sich auf dem Rückweg zu ihrem Schiff.[652] Die über das lokale Radio verbreitete Nachricht der

---

648 S. Haque, Just Security, 13. Januar 2017; ders., Just Security v. 30. Mai 2017; J. A. Green, EJIL: Talk!, 13. Januar 2017; Nessa, Just Security v. 8. Juli 2019.

649 Ausf. zu Fakten und rechtlicher Bewertung des Falles Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41–170 und 83 (1979), S. 59–129; Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774–806; Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213–219; zu den Fakten auch Rowan, Four Days of Mayaguez.

650 Vgl. National Security Council Case Study (1976), S. 63 f; das US-Militär versuchte vergeblich, die Boote durch Beschuss an dem Transport auf das Festland zu hindern, Debrief of the Captain and Crew, Memorandum v. 19. Mai 1975, S. 2; vgl. auch Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (779 f).

651 Daneben bombardierten die USA das Festland, um sich vor Angriffen von dort zu schützen, vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (72).

652 In einem weiß beflaggten Schiff wurde die Crew von der *USS Wilson* aufgegriffen und zur *Mayaguez* gebracht, Debrief of the Captain and Crew, Memorandum v. 19. Mai 1975, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Khmer-Rouge-Regierung, sie werde das Schiff freilassen,[653] erreichte Washington erst kurz nach Beginn der Militäroffensive.[654] Das Weiße Haus, das diese Ankündigung allein auf das Schiff und nicht auf die unerwähnt gebliebene Crew bezog,[655] setzte die Operation fort, bis sich die Crew in amerikanischer Obhut befand.[656] Zwischen Freilassung der Crew und Rückzugsbefehl vergingen fast vier Stunden.[657] Bei der Inselinvasion kam es zu unerwartet heftigen Gefechten, die zu erheblichen Verlusten auf beiden Seiten führten.[658]

Die USA hielten das Festhalten des Schiffs und der Mannschaft für völkerrechtswidrig[659] und begründeten ihre Gewaltanwendungen mit dem „right to take such measures as may be necessary to protect the lives of American citizens and property, including appropriate measures of self-defense under Article 51 of the UN Charter".[660] US-Außenminister Kissinger gab zu, dass Teile der Operation erst erfolgt seien, als die Männer schon entlassen worden waren, wies aber auf die „several hundred marines" hin, die sich zu diesem Zeitpunkt noch auf Koh Tang befunden hatten.[661] Kambodscha kritisierte den amerikanischen Gewalteinsatz, jedoch weniger

653 Der kambodschanische Informationsminister sagte: „Regarding the Mayaguez ship, we have no intention of detaining it permanently […]. We will release this ship, but we will not allow the U.S. imperialists to violate our territorial waters, conduct espionage […] or force us to release their ships whenever they want, by applying threats.", abgedruckt in Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (Appendix C, S. 165 f).

654 S. Finney, US Frees Cambodian-held ship, NY Times v. 15. Mai 1975; zur zeitlichen Abfolge vgl. auch Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (781).

655 National Security Council Case Study (1976), S. 65, 67; Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (76 f). Die US-Regierung kündigte in einer Pressemitteilung an, die Militäroperation einzustellen, sobald die kambodschanische Regierung zusichere, die Crew ebenfalls freizulassen, vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (Appendix D, S. 167).

656 Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (79 f).

657 Die Crew wurde um 6:30 Uhr (Ortszeit) entlassen, der Rückzugsbefehl erging um 10:16 Uhr (Ortszeit), Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (77, 79 f).

658 Vgl. National Security Council Case Study (1976), S. 63.

659 Die Mayaguez sei entweder auf Hoher See gefahren oder habe sich jedenfalls auf ihr Recht auf friedliche Durchfahrt berufen können, Letter to the UN Secretary General v. 14. Mai 1975, Department of State Bulletin v. 2. Juni 1975, S. 720.

660 Letter to the UN Secretary General, Department of State Bulletin v. 2. Juni 1975, S. 720.

661 Außenminister Kissinger am 16. Mai 1975, Keesing's Contemporary Archives, S. 27239.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Hinblick auf die bereits erfolgte Freilassung der Crew[662] als darauf, dass ihr Festhalten gerechtfertigt gewesen sei.[663] Auch der von Drittstaaten formulierte Protest[664] bezog sich weniger auf den Irrtum über die Freilassung als auf die Rechtmäßigkeit der Festhaltemaßnahme und die Unverhältnismäßigkeit der amerikanischen Reaktion.[665]

Soweit man das gewaltsame Festhalten von Crew und Schiff zumindest aufgrund seiner Durchführungsweise und Dauer für rechtswidrig hält[666] und darin wegen des vom Vietnamkrieg geprägten Kontexts keine bloße Polizeimaßnahme, sondern einen (die internationalen Beziehungen betreffenden) bewaffneten Angriff iSd Art. 51 UNC erblickt,[667] lässt sich der *Mayaguez*-Fall als Irrtum über das *Fortdauern* der Selbstverteidigungslage qualifizieren. Denn mit Freilassung der Crew und Einnahme des Schiffs durch die USA war der Angriff objektiv beendet. Nimmt man entsprechend der zweispurigen amerikanischen Argumentation[668] an, dass, solange sich die

662 So aber Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (215) (ohne konkreten Nachweis).

663 Vgl. Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (82).

664 So China, National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 3 („act of piracy"); Somalia, UN Doc. S/PV.1941, Rn. 39 („aggression"), Thailand kritisierte, dass die USA Stützpunkte auf seinem Territorium ohne Einverständnis benutzt hatte, National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 2, wobei bestritten wird, dass es wirklich an einem Einverständnis fehlte, Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (215).

665 So etwa China, vgl. National Security Council Meeting v. 15. Mai 1975, Minutes, S. 3.

666 Selbst wenn die *Mayaguez* in keine Nachrichtendiensttätigkeiten involviert war (zu ihrer geheimen Ladung s. Paust, Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev. 4 (1981), S. 61 (72–74)), muss sich die Rechtswidrigkeit nicht zwingend aus dem Recht auf freie Durchfahrt ergeben. Denn ggf. besteht das Recht zur Durchsuchung des Schiffs und Befragung der Crew durch den Küstenstaat auch bei Verdachtsmomenten, zu den Maritime Interception Operations s.o. 7. Kap., III. 2. c, dd.

667 Die insoweit zu Art. 2 (4) UNC angestellten Überlegungen (s.o. 7. Kap., III. 2. a, aa, (2)) lassen sich auf Art. 51 UNC übertragen. Nicht ganz unproblematisch ist zudem die Überschreitung der Angriffsschwelle. In seiner Ölplattformen-Entscheidung (7. Kap., III., 2. a, bb) hat der IGH dies indes auch beim Angriff auf ein einzelnes Schiff für möglich gehalten. Zudem war die für das Anhalten eingesetzte Waffengewalt der Khmer Rouge mehr als unerheblich, Behuniak, Military L. Rev. 82 (1978), S. 41 (48); Rowan, The Four Days of Mayaguez, S. 18, 21 f, 26–36.

668 Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (219); nach hier zugrunde gelegter Sicht ist Grundlage der Rettung von Staatsangehörigen ohnehin das Selbstverteidigungsrecht, s.o. 1. Kap., I. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Crew in kambodschanischem Gewahrsam befand, die Voraussetzungen für die Rettung eigener Staatsangehöriger vorlagen,[669] lässt sich zudem ein Fall der *irrig angenommenen fortdauernden Notlage* der Staatsangehörigen bejahen.[670] Dass dieser Irrtum im Nachhinein nicht im Zentrum der Kritik stand – und auch Autoren wie selbstverständlich auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem die amerikanischen Entscheidungsträger von der Freilassung der Crew erfuhren[671] – mag ein Indiz dafür bilden, dass es bei den tatsächlichen Voraussetzungen der beiden Ausnahmen vom Gewaltverbot auf die vernünftige Vorstellung des handelnden Akteurs ankommt.

b) Die Operation Entebbe (1976)

Am 27. Juni 1976 kidnappten Terroristen im Namen der Volksfront zur Befreiung Palästinas eine Air-France-Maschine, landeten mit Erlaubnis der ugandischen Behörden – die diese eigenen Angaben zufolge aus „humanitären Gründen" erteilt hatte[672] – in Entebbe und forderten die Freilassung einiger in verschiedenen Staaten inhaftierter „Freedom Fighter".[673] Nachdem nur nicht-israelische Staatsangehörige freigelassen worden waren, befreite die israelische Armee in einer 53 Minuten währenden Operation die israelischen Geiseln am frühen Morgen des 4. Juli unter Einsatz militärischer Gewalt. Die ugandischen Behörden wurden davon völlig überrascht. Bei der Befreiungsaktion wurden drei Geiseln, sieben Entführer und 20 ugandische Soldaten getötet, die die Geiseln bewachten, weitere verletzt sowie mehrere ugandische Militärflugzeuge zerstört. Israel berief sich auf sein Selbstverteidigungsrecht, das das Recht zur Rettung eigener Staatsangehöriger einschließe, zu deren Schutz die lokale Regierung nicht willens

669 Bejahend Behuniak, Military L. Rev. 83 (1979), S. 59 (103–114); Ronzitti, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 213 (218); eine Gefahr (wie auch ihren Anschein) für Leben oder Leib der Crew dagegen verneinend Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (800 f).

670 Lehnt man wie Paust eine Gefahr für die Crew zu jeglichem Zeitpunkt ab (s. Fn. 669), stellt sich nicht nur die Frage des Irrtums über ihr *Fortdauern*, sondern überhaupt über ihr Bestehen.

671 Vgl. Paust, Yale J. Int'l L. 85 (1976), S. 774 (802); Behuniak, Military L. Rev. 83 (1979), S. 59 (103).

672 Brief Ugandas an den SR, UN Doc. S/12124, S. 1; S/PV.1939 Rn. 22.

673 Für eine Faktendarstellung s. UN Doc. S/12124; Keesing's Record of World Events 27888, für eine rechtliche Bewertung s. zB D. Gordon, Case W. Res. J. Intl'l L 9 (1977), S. 117–134; Kreß/Nußberger, in: Ruys, Corten, S. 220–233.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder nicht fähig sei.[674] Diese Voraussetzungen hätten vorgelegen, da die ugandischen Behörden mit den Entführern kooperiert hätten.[675] Uganda bestritt diesen Vorwurf. Es habe nur Verhandlungen mit den Terroristen geführt.[676] Diese bis heute nicht restlos geklärte[677] Faktenfrage ist für die untersuchte Fragestellung von unmittelbarer Bedeutung: Führte der ugandische Präsident tatsächlich erfolgsversprechende Verhandlungen, so war seine Regierung weder unwillig noch unfähig, die Geiseln zu schützen und Israel hätte einem – wohl als nachvollziehbar zu beurteilenden – Irrtum unterlegen.[678]

Keiner der sich äußernden Staatenvertreter nahm zu dieser Frage ausdrücklich Stellung. Die USA, die als einziger Drittstaat das israelische Handeln für gerechtfertigt hielten,[679] legten eine ex-ante-Perspektive aber implizit zugrunde:

> „*Israel had good reason to believe* that at the time it acted Israeli nationals were in imminent danger of execution by the hijackers. Moreover, the actions necessary to release the Israeli nationals or to prevent substantial loss of Israeli lives had not been taken by the Government of Uganda, *nor was there a reasonable expectation*."[680] [Hervorhebung hinzugefügt]

Auch Frankreich, das sich zwar weniger deutlich positionierte, aber von einer Verurteilung Israels absah,[681] berücksichtigte die „circumstances that led up to this action" sowie den „*purpose* and the effect of freeing certain Israeli citizens"[682] und maß der israelischen Perspektive somit Bedeutung

674 UN Doc. S/PV.1939 Rn. 106–108.
675 UN Doc. S/PV.1939 Rn. 80 f, 83–85, 90–103; S/PV.1942 Rn. 77–99.
676 UN Doc. S/12124; S/PV.1939 Rn. 23–34, 253 f; S/PV.1943 Rn. 113–119.
677 Ebenso Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (221); für die gegensätzlichen Darstellungen s. etwa einerseits French Officials See Signs Amin, Hijackers Colluded, NY Times v. 5. Juli 1976 und andererseits Clarity, Pilot Says Africans Didn't Stand in for Gunmen, NY Times v. 6. Juli 1976.
678 Vgl. Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (229).
679 UN Doc. S/PV.1941 Rn. 77; S/PV.1943 Rn. 183. Andere Staaten, die das Handeln nicht verurteilten, vermieden eine (eindeutige) rechtliche Positionierung, s. zB S/PV.1940 Rn. 99 (Vereinigtes Königreich); S/PV.1941 Rn. 57–61 (Bundesrepublik Deutschland); S/PV. 1942 Rn. 58 (Japan); S/PV.1943 Rn. 55–67 (Italien).
680 UN Doc. S/PV.1941 Rn. 78, vgl. auch Rn. 94 f. Die ex-ante-Sicht wird jedoch nicht ganz konsequent durchgehalten, vgl. zB ebd. Rn. 78: „there is [und nicht: „was"] substantial evidence that the Government of Uganda co-operated".
681 UN Doc. S/PV.1943 Rn. 43–45.
682 UN Doc. S/PV.1943 Rn. 43, Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bei.[683] Bemerkenswert ist schließlich eine Äußerung Schwedens, das die Anerkennung der Rettung von Staatsangehörigen als Erlaubnissatz ersichtlich vermeiden, die Notsituation der israelischen Geiseln dennoch berücksichtigen wollte, wobei es eine ex-ante-Sicht zugrunde legte:

> „In our view, the Israeli action which we are now considering involved an infringement of the national sovereignty and territorial integrity of Uganda. We understand the strong reactions against this action, which cost the lives of many Ugandan citizens and led to heavy material damage. At the same time, we are aware of the terrible pressures to which the Israeli Government and people were subjected, faced with this unprecedented act of international piracy and viewing the increasing threat to the lives of so many of their compatriots. *Furthermore, when the decision to act was taken, the Israeli Government was in possession of evidence which, it felt, strongly suggested that the Government which had the responsibility for the protection of the hostages did not do everything in its power to fulfil this duty*. The problem with which we are faced is thus many-faceted. My Government, while unable to reconcile the Israeli action with the strict rules of the Charter, does not find it possible to join in a condemnation in this case."[684] [Hervorhebung hinzugefügt]

Israel selbst hielt an der Behauptung fest, Uganda habe mit den Terroristen tatsächlich kooperiert.[685] Wieder kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass es nach israelischer Auffassung allein auf die tatsächliche Sachlage ankam.[686] Zahlreiche Drittstaaten, die nicht bereits die Existenz des Erlaubnissatzes der Rettung von Staatsangehörigen zurückwiesen,[687] bestritten hingegen wie Uganda eine Kooperation der ugandischen Regie-

---

683 Das ist umso bedeutsamer, als die französische Regierung offenbar annahm, Uganda sei um die Sicherheit der Passagiere tatsächlich besorgt gewesen, sie die israelische Faktendarstellung also nicht für die richtige hielt, vgl. UN Doc. S/PV.1943 Rn. 46. Jedoch führten die Umstände des Falls Frankreich zufolge bereits dazu, dass die Operation nicht gegen die Souveränität, territoriale Unversehrtheit und Unabhängigkeit Ugandas gerichtet gewesen sei, ebd. Rn. 45.

684 UN Doc. S/PV.1940 Rn. 122 f.

685 S. Fn. 675.

686 Israel mag zum Zeitpunkt der SR-Debatte von der vorher angenommenen Faktenlage weiterhin überzeugt gewesen sein. Jedenfalls erschien dieses Argument solider als das Zugeben eines Irrtums, dem eine Debatte über seine Vermeidbarkeit gefolgt wäre.

687 Hingegen ebenjene Existenz bestreitend zB UN Doc. S/PV.1940 Rn. 84 (Guyana); S/PV.1941 Rn. 104–106 (Tansania), Rn. 154, 157 (Sowjetunion); S/PV.1942 Rn. 30 f (Panama), R. 39, 43, 45 (Rumänien).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung mit den Entführern und betonten deren Verhandlungsbemühungen, ohne die israelische ex-ante-Sicht auf die Fakten zu berücksichtigen,[688] was für eine ex-post-Betrachtung spricht.[689] Im Ergebnis zeichnen die Reaktionen auf den Fall Entebbe daher kein klares Bild, wozu sicherlich beitrug, dass die Faktenlage zum Zeitpunkt der Debatte im SR noch von dichtem Nebel umwoben war.

c) Zwischenergebnis

Die im Mayaguez-Fall zum Ausdruck kommende Tendenz hin zu einer ex-ante-Perspektive wurde im Entebbe-Fall weder eindeutig bestätigt noch zurückgewiesen. Beide Fälle lassen nur den Schluss zu, dass im Bereich der Rettung von Staatsangehörigen die Staatenpraxis uneinheitlich ist.

7. Fehlvorstellungen bei der humanitären Intervention

Nachdem es in Syrien seit 2013 wiederholt zum Einsatz von Chemiewaffen gekommen war, lancierten die USA am 6. April 2017 nach Berichten von einem weiteren Chemiewaffeneinsatz im syrischen Chan Schaichun Luftangriffe auf den syrischen Luftwaffenstützpunkt in Al-Schairat. Ein Jahr darauf, am 14. April 2018, führten die USA gemeinsam mit Großbritannien und Frankreich erneut Luftschläge auf syrischem Territorium aus. Zu den Zielen gehörten ein Forschungszentrum sowie Orte, an denen die drei Akteure die Lagerung von Chemiewaffen vermuteten. Wenige Tage zuvor sollten eben solche Waffen im syrischen Douma eingesetzt worden sein.[690] Der SR war in der syrischen Frage dauerhaft blockiert: Während

688 S/PV.1939 Rn. 44 f (Mauretanien), Rn. 169 f (Qatar), Rn. 212, 214 (Kamerun); S/PV.1940 Rn. 33–35, 40 (Guinea); S/PV.1940 Rn. 55–59 (Mauretanien); S/PV.1941 Rn. 9 f, 13–19 (Benin), Rn. 129 f (Pakistan).

689 Ähnlich Kreß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 229; eine klare Mehrheit der Staaten verurteilte das israelische Handeln aus einem dieser beiden Gründe als Aggression bzw. Verletzung von Art. 2 (4) UNC, vgl. zB UN Doc. S/PV.1939 Rn. 47 (Mauretanien), Rn. 154 (Kenia), Rn. 173 (Qatar), Rn. 217 (Kamerun), Rn. 224 (China); S/PV.1940 Rn. 7 (Libyen), Rn. 81 (Guyana); S/PV.1941 Rn. 65 (Jugoslawien), Rn. 102 (Tansania), Rn. 134 (Pakistan), Rn. 160–162 (Sowjetunion); S/PV.1942 Rn. 145–147 (Indien).

690 Zu beiden Luftangriffen s. Focarelli, International Law, Rn. 185.5; vgl. auch S/PV.8233, S. 2; zu den Chemiewaffeneinsätzen s. OPCW Fact-Finding Mission

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

viele Staaten auf der Grundlage früherer Feststellungen des vom SR eingesetzten Joint Investigative Mechanism und eigenen Nachrichtendienstmaterials überzeugt davon waren, dass die syrische Regierung gegen ihre eigene Bevölkerung Chemiewaffen einsetzte, bestritten Syrien und Russland diese Vorwürfe vehement.[691] Obwohl angesichts der vorhandenen Indizien auch aus heutiger Sicht wenig für einen *Fehl*verdacht der drei Alliierten spricht,[692] ist der Fall im Hinblick auf die von ihm provozierten Stellungnahmen von Interesse.

Die USA vermieden in beiden Fällen eine explizite rechtliche Rechtfertigung ihrer Maßnahmen und begründeten diese mit ihren nationalen Sicherheitsinteressen.[693] Frankreich stützte seine Beteiligung im April 2018 auf die „principles and values proclaimed from the outset by the Charter of the United Nations".[694] Großbritannien berief sich indessen ausdrücklich auf den Erlaubnissatz der humanitären Intervention.[695] Ihre bereits im SR vorgetragene Begründung[696] wiederholte die britische Regierung am 14. April 2018 in einer offiziellen Stellungnahme, in der sie sich dezidiert zur Rechtmäßigkeit einer humanitären Intervention auf Grundlage einer objektiv ex ante zu beurteilenden humanitären Notlage bekannte:

> „The UK is permitted under international law, on an exceptional basis, to take measures in order to alleviate overwhelming humanitarian suffering. The legal basis for the use of force is humanitarian intervention, which requires three conditions to be met:
> (i) there is *convincing evidence, generally accepted by the international community as a whole,* of extreme humanitarian distress on a large scale, requiring immediate and urgent relief;

Report v. 29. Juni 2017, Doc. S/1510/2017 (zu Chan Schaichun) und v. 1. März 2019, Doc. S/1731/2019 (zu Douma).

691 Näher s.u. 14. Kap,. II. 6. a; im Hinblick auf die Chemiewaffeneinsätze im April 2017 und 2018 bestritt zumindest Russland, anders als bei den Einsätzen in der Vergangenheit, wohl nicht nur die Verantwortung Syriens, sondern bereits das Stattfinden dieser Einsätze, vgl. S/PV.8233, S. 3.

692 S.o. 1. Kap., II. 2. zur grundsätzlichen Ausklammerung der Konstellation des „korrekten" Bedrohungsverdachts.

693 UN Doc. S/PV.7919, S. 17; Statement by Secretary James N. Mattis on Syria, Release No. NR-113–18 v. 13. April 2018; in UN Doc. S/PV.8233, S. 5 heißt es einzig: „the responses were justified, legitimate and proportionate".

694 UN Doc. S/PV.8233, S. 9.

695 UN Doc. S/PV.8233, S. 7.

696 UN Doc. S/PV.8233, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(ii) it must be *objectively clear* that there is no practicable alternative to the use of force if lives are to be saved; and
(iii) the proposed use of force must be necessary and proportionate to the aim of relief of humanitarian suffering and must be strictly limited in time and in scope to this aim (i.e. the minimum necessary to achieve that end and for no other purpose).[697] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Diese Voraussetzungen seien im Syrienkonflikt erfüllt.[698] Die mit der Formulierung „convincing evidence" verbundene Subjektivierung der humanitären Notlage war angesichts der umstrittenen Verantwortung des syrischen Machthabers Assad von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Luftangriffe. Mit der Maßgabe, dass die Indizienlage überzeugend und – so mochte die Formulierung zu verstehen sein – diese Bewertung von der internationalen Gemeinschaft als Ganze akzeptiert sein müsse, legte Großbritannien die Anforderungen an die geforderte objektive ex-ante-Beurteilung hoch an. Die Bedingung, das Fehlen praktikabler Alternativen müsse „objectively clear" sein, deutet allein in dieser Hinsicht auf einen ex-post-Maßstab hin.

Das internationale Echo auf die Luftangriffe fiel in beiden Fällen geteilt aus. So äußerten einige Staaten – wenn auch unter Vermeidung rechtlicher Begriffe – Verständnis für die Gewaltausübung, wobei sie sich nicht näher zu der relevanten Perspektive auf die Faktenlage positionierten.[699] Von anderen Staaten wurden die Luftangriffe – zum Teil unter Heranziehung der Normen der Charta – verurteilt.[700] Nicht wenige Kritiker stützten sich dabei in der SR-Debatte nicht ausschließlich auf die Zurückweisung der humanitären Intervention als solche, sondern auch maßgeblich darauf, dass die Sachlage nicht ausreichend geklärt sei.[701] Damit deuteten diese Staaten möglicherweise an, dass auch ein entsprechender potentieller Erlaubnis-

697 Policy Paper, Syria Action – UK Government Legal Position v. 14. April 2018, para. 3.
698 Policy Paper, Syria Action – UK Government Legal Position v. 14. April 2018, para. 4.
699 S/PV.7919, S. 8 (Italien), S. 9 (Frankreich), S. 10 (Japan), S. 16 (Ukraine) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 11 (Polen), S. 13 (Niederlande) zu den Angriffen 2018.
700 S/PV.7919, S. 7 (Uruguay), S. 14 (Schweden) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 12 (Schweden), S. 14 (Bolivien), S. 18 (Côte d'Ivoire), S. 18 f (Peru) zu den Angriffen 2018.
701 S/PV.7919, S. 3 (Bolivien), S. 11 (Russland) zu den Angriffen 2017; S/PV.8233, S. 3 (Russland), S. 10 (China), S. 10 f (Kasachstan), S. 16 (Äthiopien), S. 17

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

satz, den sie nach geltendem Recht für mit der Charta unvereinbar hielten, entweder ein ex-post-Vorliegen der humanitären Notlage erfordere oder zumindest eine besonders anspruchsvolle objektive ex-ante-Perspektive zugrunde zu legen sei, deren Anforderungen im Fall Syrien nicht erfüllt seien. Zu den von Großbritannien abstrakt formulierten Anforderungen nahm soweit ersichtlich kein Staat explizit Stellung.

Der Aussagewert, der der dezidiert auf Verallgemeinerung angelegten britischen Positionierung anhaftet, mag daher zwar hoch sein. Das Bild, das die Luftangriffe vom April 2017 und 2018 im Hinblick auf die relevante Perspektive bei der humanitären Intervention insgesamt hinterlassen, ist angesichts der im SR deutlich vernehmbaren Gegenstimmen dennoch voller Grautöne.

8. Ergebnis zur Staatenpraxis

Die Staatenpraxis zeigt kein Nachsehen für vermeidbare Irrtümer: Sie wirken sich nicht zugunsten des handelnden Staates aus. Das Gleiche gilt für den nicht auf hinreichender Wahrscheinlichkeit begründeten Fehlverdacht.[702] Bei unvermeidbaren Irrtümern ist das Bild – zumindest bei *reaktiver* Selbstverteidigung – weniger klar. Während Putativangriffe durch einzelne Flugzeuge und Schiffe sowie staatliche Äußerungen im Cyberkontext (erstere jedoch nur vorsichtig) auf eine objektive ex-ante-Beurteilung der Voraussetzungen der Selbstverteidigung hindeuten, weisen die Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung in die entgegengesetzte Richtung. Sowohl für den Cyber- als auch den Terrorismuskontext lässt sich begründen, dass die hier formulierten Grundsätze auch für das allgemeine Regime des Selbstverteidigungsrechts Geltung beanspruchen. Die größeren Konflikte ebenso wie die Fälle, bei denen – teilweise neben dem Selbstverteidigungsrecht – der Erlaubnissatz der Rettung von Staatsangehörigen in Rede stand, lassen keine Tendenz in die eine oder andere Richtung erkennen. Bei der jüngsten Staatenpraxis zur humanitären Intervention sind einzelne Äußerungen zwar bemerkenswert eindeutig, sie sind jedoch wenig einheitlich. Auch im Hinblick auf Entschädigungszahlungen halten sich Präzedenzfälle, in denen eine Entschädigung ausdrücklich nur ex gratia ge-

(Equatorial Guinea), S. 20, 22 (Syrien) zu den Angriffen 2018; s. umf. zu den staatlichen Reaktionen auf die Angriffe 2018 Gurmendi Dunkelberg/Ingber/Pillai/Pothelet, Just Security v. 7. Mai 2018.

702 Zum Wahrscheinlichkeitsmaß noch näher s.u. 10. Kap., III.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zahlt wurde,[703] etwa die Waage mit denjenigen, in denen eine solche Einschränkung nicht erfolgte.[704] Entschädigungszahlungen können zudem auch auf anderen Primärpflichtverletzungen (zB der Verletzung des Souveränitätsprinzips) basieren[705] und sind daher nicht zwingend aussagekräftig. Insgesamt lässt die Staatenpraxis daher nur die Feststellung zu, dass sie bisweilen uneindeutig, bisweilen uneinheitlich ist. Wenn sie aber leicht einer Richtung zuneigt, ist es – anders als noch vor 1945 – angesichts der dezidierten Aussagen im Cyberbereich und der direkten Relevanz der Äußerungen bei Putativangriffen einzelner Flugzeuge und Schiffe wohl die, *unvermeidbare Irrtümer zugunsten des handelnden Staates zu berücksichtigen*, nicht die entgegengesetzte Richtung.[706] Bei *antizipierter* Selbstverteidigung sind Staatenpraxis und Rechtsauffassungen hingegen bemerkenswert eindeutig im Zugrundelegen einer insgesamt objektiven ex-ante-Beurteilung.

8. Kapitel: Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten

Angesichts dieser wenig eindeutigen Staatenpraxis kann eine Auseinandersetzung mit den *strafrechtlichen Notrechten* zur Erhellung der Völkerrechtslage beitragen. Die Grundlagen dieser rechtsvergleichenden Methode und der Vergleichbarkeit völkerrechtlicher und strafrechtlicher Notrechte wurden bereits gelegt.[707] Eine Hürde dieser Methode ist noch zu nehmen: die Auswahl der verglichenen Rechtsordnungen.[708] Je größer die Zahl und je unterschiedlicher die Rechtsfamilien, umso stärker ist das Fundament der aus dem Vergleich gezogenen Schlüsse. Hier werden, wie später bei den polizeirechtlichen Amtsrechten,[709] das deutsche und französische Recht als Beispiele kontinentaleuropäischer Rechtssysteme, das US-amerikanische und britische Recht stellvertretend für das Common Law, das chinesische

703 So beim Beschuss der Al-Schifa-Fabrik, der USS-Liberty und beim Abschuss von El Al Flight 402.
704 So im Waima-Vorfall, Dogger-Bank-Vorfall, beim Abschuss von Cathay Pacific VR-HEU und dem Beschuss der USS Stark.
705 Dazu noch s.u. 9. Kap., III. 3. b.
706 Die Staatenpraxis hingegen *eindeutig* für die Berücksichtigung von Irrtümern deutend O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36).
707 4. Kap., IV.
708 Dazu Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (61 f); Dutoit, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 67 (68, 73).
709 S.o. 16. Kap.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht als bedeutsame Rechtsordnung des asiatischen Raums und das russische Recht als Vertreter einer postsowjetischen Rechtsordnung ausgewählt. Damit sind gleichzeitig die ständigen Mitglieder des SR eingeschlossen. Zur Untersuchung der Notrechte eignet sich schließlich das Völkerstrafrecht als Rechtsordnung, in der unterschiedliche Rechtstraditionen bereits miteinander verschmolzen sind. Die generelle Schwierigkeit der vergleichenden Methode, dass je tiefer der Vergleich ins Detail geht, umso größere Unterschiede sichtbar werden, was allgemeine Schlüsse erschwert,[710] darf bei dem Vergleich nicht überschätzt werden. Für den hier verfolgten Zweck, ein ergänzendes Auslegungskriterium zu entwickeln bzw. die Analogie als zusätzliche Rechtsquelle zu ergründen, genügt es, eine Tendenz im Umgang mit Fehlvorstellungen zu identifizieren. Das befreit freilich nicht davon, die Rechtsordnungen so genau wie möglich zu untersuchen, da nur so die korrekte Lösung ermittelt werden kann.

Die nationalen Strafrechtsordnungen sind in Bezug auf Fehlvorstellungen über die Notwehr- und Notstandslage unterschiedlich differenziert. Für die Putativnotwehr hat sich in den meisten Rechtsordnungen eine klare Lösung herausgebildet, weshalb sie beim Rechtsvergleich im Vordergrund steht. Für den Putativnotstand liegt die Antwort häufig weniger auf der Hand. Fehlverdacht oder Fehlprognosen werden in den wenigsten Rechtsordnungen erörtert. Diese Fragestellungen werden nur dort einbezogen, wo sich Aussagen über sie treffen lassen. Denn je unklarer die Lösung des nationalen Rechts für ein Problem, desto unsicherer ist das Fundament für eine Parallele zum Völkerrecht.

I. Die einzelnen Rechtsordnungen im Vergleich

1. Deutschland

In Deutschland existiert eine differenzierte Debatte darüber, ob die Voraussetzungen der Notwehr und des rechtfertigenden Notstandes[711] ex post oder nur objektiv ex ante vorliegen müssen. Für den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff iSd § 32 StGB verlangt die hM entsprechend dem

710 Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (62).

711 Zur Unterscheidung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand (in Deutschland §§ 34 und 35 StGB) s.o. 1. Kap., I.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wortlaut eine objektive ex-post-Beurteilung.[712] Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehrlage werden erst über die Figur des Erlaubnistatumstandsirrtums berücksichtigt.[713] Die Gegenansicht beurteilt das Vorliegen des Angriffs objektiv ex ante,[714] sodass vernünftige Irrtümer und Fehlprognosen „objektiv", also vollständig durch die Notwehr gerechtfertigt sind. Vereinzelte Stimmen schließlich wollen beim unmittelbar bevorstehenden Angriff das Vorliegen der gegenwärtigen Umstände, auf denen die Angriffsprognose basiert, ex post, die Prognose selbst objektiv ex ante bewerten.[715] Danach wäre die Fehlprognose des Täters bereits nach § 32 StGB vollständig gerechtfertigt; Irrtümer über die Tatsachengrundlage führten nur zu einem Erlaubnistatumstandsirrtum. Die *Notstandslage*, deren prognostisches Element stärker ausgeprägt ist als das der Notwehrlage, beurteilt die hM hingegen vollständig aus der objektiven ex-ante-Sicht.[716] Dabei hat die Rechtsprechung Versuche unternommen, den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad abstrakt zu formulieren.[717] Verschiedene Literaturstimmen machen ihn demgegenüber von der

712 OLG Stuttgart NJW 1992, 850 (851); MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 63 f; Kindhäuser/Neumann/Päffgen/Kindhäuser, § 32, Rn. 26 f; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (547); Paeffgen, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 399 (420); Graul, JuS (1995), S. 1049 (1056).

713 Bei der geläufigeren Bezeichnung „Erlaubnistat*bes*tandsirrtum" wird weniger deutlich, dass der Täter über *tatsächliche Umstände* irrt, die dem abstrakten Merkmal eines Rechtfertigungsgrundes entsprechen, Kühl, Strafrecht AT, § 13, Rn. 67.

714 Armin Kaufmann, FS Welzel, S. 393 (401 f); Rudolphi, GS Armin Kaufmann, 1989, 371 (378- 384), durch das Erfordernis eines mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliegenden Angriffs aber i. Erg. relativierend S. 386; Freund, GA (1991), S. 347 (406 f); C. Schröder, JuS (2000), S. 235 (238 f) (jedoch auf das „Wissen des Täters und eines Drittbeobachters" abstellend); Walther, JZ (2003), S. 52 (53).

715 Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 27; geläufiger ist diese Unterscheidung beim rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB.

716 S. nur Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 171–173; Lackner/Kühl/Kühl, § 34, Rn. 2; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (552); Jakobs, Strafrecht AT, 11/12, 13/13; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 33 IV 3 a; Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 15–18; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 464; Dimitratos, Begriffsmerkmal der Gefahr, S. 141.

717 Vgl. BGH NJW 1951, 769 (770) (sicherer oder höchstwahrscheinlicher Schaden) (zu §§ 52, 54 StGB a.F.); BGHSt 18, 271 (272–274) = NJW 1963, 1069 (1070) lässt einen geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad ausreichen (zwar zu § 315, 315a, aber allgemein formuliert).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schwere des drohenden Schadens abhängig.[718] Eine allgegenwärtige abstrakte Gefahr reicht jedenfalls nicht aus.[719] Andere Stimmen – zahlenmäßig mehr als bei der Notwehr – differenzieren zwischen der ex post zu bewertenden Grundlage des Gefahrenurteils und der objektiv ex ante zu beurteilenden Verlaufsprognose.[720]

Hintergrund der Kontroverse um die maßgebliche Sichtweise ist die Konzeption von Notrechten: Berücksichtigt man die Tätersicht bereits im Rechtfertigungsgrund selbst, reduziert man sie auf reine Verhaltensnormen (Bestimmungsnormen), die an den *Handlungsentschluss* des Täters anknüpfen müssen, weil sie keine Erfolge, sondern nur finale Akte ver- oder gebieten können.[721] Löst man die Fälle der Putativnotwehr und des vermeidbaren Putativnotstands wie die hM erst über den Erlaubnistatumstandsirrtum, werden neben dem Verhaltensnormcharakter auch allgemeine Wertaspekte wie die Opferperspektive oder der Schutz des Rechtsguts vor objektiv unbegründeten Eingriffen berücksichtigt.[722] Denn wenn die Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrtums auch hochumstritten ist, herrscht Einigkeit darüber, dass ihm keine objektiv rechtfertigende Wirkung zukommt. Der Irrtum führt, je nach Auffassung,[723] nur dazu, dass das *Unrechtsbewusstsein* iSd § 17 StGB und damit die Schuld entfällt (soweit er unvermeidbar war),[724] dass es am *Tatbestandsvorsatz* iSd § 16 StGB (direkt) hinsichtlich eines „negativen Tatbestandsmerkmals" fehlt,[725] dass der Täter keinen *Unrechtsvorsatz* besitzt und die Strafbarkeit für vorsätzliche

718 MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 86; Rudolphi, GS Armin Kaufmann, 371 (385); Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (105).

719 MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 89.

720 Schönke/Schröder/Perron, § 34, Rn. 13; MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 79; Otto, Strafrecht AT § 8, Rn. 166; Matt/Renzikowski/Engländer, § 34, Rn. 12; T. Fischer, § 34, Rn. 4; hingegen wohl für eine ex-post-Sicht Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT § 9, Rn. 104.

721 Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (412).

722 Lackner/Kühl, Vor. § 32, Rn. 5; für diese Einbeziehung eing. Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (412–416); Schroth, FS Arthur Kaufmann, S. 695 (606); s. auch Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 85.

723 Die Literatur ist so umfangreich, dass hier nur ein kleiner Ausschnitt genannt werden kann; für einen Überblick s. MüKoStGB/Joecks/Kulhanek, § 16, Rn. 124–235.

724 So die „strenge Schuldtheorie", s. nur Gössel, FS Triffterer, S. 93–102; Heuchemer, Erlaubnistatbestandsirrtum, 345–349; H. J. Hirsch, Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 317–319; Welzel, JZ (1953), S. 596–599; Paeffgen, GS Armin Kaufmann, S. 399 (411 f); Heitzer, NJW (1953), S. 210–211.

725 So die „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", s. nur Arthur Kaufmann, JZ (1954), S. 653–663; Roxin, Offene Tatbestände, S. 124–132; Schaff-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tat über eine analoge Anwendung des § 16 StGB verneint wird[726] oder dass mangels einer *Vorsatzschuld* zumindest die Rechtsfolgen dieser Norm angewendet werden.[727] Nach den letzten drei Ansichten entfällt die Strafbarkeit für vorsätzliche Tat auch dann, wenn der Irrtum vermeidbar war. In Betracht kommt dann aber eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat.[728] Der letztgenannten Auffassung, die das Problem bei der Vorsatzschuld verortet, hat sich die Rechtsprechung angeschlossen.[729] Auf den Verhaltensnormcharakter und die objektiven Wertaspekte wird zurückzukommen sein.[730]

Unter welchen Umständen dem Opfer des Erlaubnistatumstandstäters ein Notwehrrecht zusteht, wird uneinheitlich beurteilt. Rechtsprechung und große Teile der Literatur, die für die Rechtswidrigkeit des Angriffs nur Erfolgsunrecht verlangen,[731] bejahen das Notwehrrecht unabhängig davon, ob der Erlaubnistatumstandsirrtum des Täters vermeidbar war oder nicht.[732] Eine im Vordringen befindliche Auffassung macht das Notwehr-

---

stein, MDR (1951), S. 196–200; Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 116–120; Freund/Rostalski, Strafrecht AT, § 7, Rn. 115; ablehnend Armin Kaufmann, JZ (1955), S. 37–41.

726 So die „eingeschränkte Schuldtheorie", s. nur Engisch, ZStW 70 (1958), S. 566 (583 ff, insb. 613 f); Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., § 7, Rn. 106 f; Graul, JuS (1995), S. 1049 (1055 f); Hruschka, FS Roxin, S. 441 (456); Kuhlen, Vorsatzausschließender und nicht vorsatzausschließender Irrtum, S. 331; Roxin, Strafrecht AT I, § 14, Rn. 64–78; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, § 16, Rn. 138 f; Schönke/Schröder/Eisele, Vor. §§ 13 ff, Rn. 19; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, § 9, Rn. 166; Lackner/Kühl/Kühl § 17 Rn. 14.

727 So die „rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, s. nur Dreher, FS Heinitz, S. 207 (223–228); Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (170); T. Fischer, StGB, § 32 Rn. 51; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 41 IV 1 d.

728 BGHSt 3, 105 (107) = NJW 1952, 1023; BGHSt 45, 378 (384) = NJW 2000, 1348 (1350); diesen Umstand bei ihrer Kritik vernachlässigend Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (22 f, 28, 31), obwohl zuvor erwähnt (ebd. S. 12 Fn. 36).

729 BGHSt 45, 378 (384) = NJW 2000, 1348 (1350 f); BGH NStZ 2016, 273 f; zuvor noch schwankend zwischen eingeschränkter und rechtsfolgenverweisender eingeschränkter Schuldtheorie, s. BGHSt 3, 105 (106 f) = NJW 1952, 1023; BGHSt 3, 357 (364) = NJW 1953, 351 (352) (beide zu § 59 (1) StGB a.F.).

730 S.u. 9. Kap., III. 3. a.

731 S. nur RGSt 27, 44 (45 f); BSG NJW 1999, 2301 (2302), OLG München NJW 66, 1165 (1166); Gallas, FS Bockelmann, 1979, 155 (163 f Fn. 21); Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 32 II 1c.

732 BSG NJW 99, 2301 (2302); auch die eingeschränkte Schuldtheorie hat damit keine Probleme, lässt sie doch nur den *Unrechtsvorsatz*, nicht das Erfolgsunrecht entfallen. Rechtsfolgenverweisende und strenge Schuldtheorie verorten den Irrtum ohnehin erst auf Schuldebene.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht zusätzlich von einem Sorgfaltsverstoß des Angreifers abhängig,[733] sodass das Opfer der Putativnotwehrhandlung nur beim vermeidbaren Erlaubnistatumstandsirrtum Notwehr üben darf.[734] Beim unvermeidbaren Irrtum wird ihm dann aber teilweise ein Notstandsrecht nach § 34 StGB zugestanden,[735] das, anders als die Notwehr, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt. Ausgeschlossen ist das Notwehrrecht nach hM zumindest dann, wenn das Opfer den Angriff absichtlich provoziert hat.[736]

Ob sich auch derjenige Täter auf den Erlaubnistatumstandsirrtum berufen kann, der Zweifel an den rechtfertigenden Umständen hat, also einem bloßen „Erlaubnistatumstands*verdacht*"[737] unterliegt, steht weniger im Zentrum der Debatte. Die wohl hM verneint das in Anwendung der Kriterien des dolus eventualis dann, wenn er das Fehlen einer Rechtfertigungslage ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.[738] Andere Stimmen halten die für die Tatbestandsebene entwickelten Vorsatzregeln für

733 S. nur MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 41; Graul, JuS (1995), S. 1049 (1052); H. J. Hirsch, FS Dreher, S. 211 (222–233); Sinn, GA (2003), S. 96 (103–107); Matt/Renzikowski/Engländer, § 32, Rn. 19; Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 21; dazu auch Lackner/Kühl/Kühl, § 32, Rn. 5.

734 S. nur Roxin, Strafrecht AT/I § 14, Rn. 112, § 15, Rn. 15; Sinn, GA (2003), S. 96 (107); Mitsch, JA (2016), S. 161 (165, 167); Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 21; aA MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 45, der die Handlungsunrechtskonzeption auf den Irrtum über die tatsächlichen Folgen des eigenen Verhaltens beschränken und nicht auf den Erlaubnistatumstandsirrtum übertragen will. Denn (tatbestandliche) objektiv unvorhersehbare Folgen des eigenen Verhaltens seien nicht geeignet, die Motivationslage des Täters zu beeinflussen. Der im unvermeidbaren Erlaubnistatumstandsirrtum befindliche Täter, der weiß, nur ausnahmsweise zur Verletzung fremder Rechtsgüter befugt zu sein, werde hingegen durch Rechtsnormen gesteuert und verletze Handlungsanforderungen. Das erscheint anfechtbar. Aus dem Bewusstsein, tatbestandlich zu handeln, entsteht zwar eine duty to reflect (s.o. 1. Kap., III. 1. a). Eine echte *Orientierung* über das verbotene Verhalten erhält der Täter aber nur, wenn er auch die rechtswidrigkeitsbegründenden Umstände erkennt. Daher kann auf Tatbestands- und auf Rechtfertigungsebene dieselbe Unrechtskonzeption zugrunde gelegt werden.

735 Roxin, Strafrecht AT/I § 14, Rn. 112, § 15, Rn. 15; ebenso Freund/Rostalski, Strafrecht AT, § 3, Rn. 102 (allg. zum schuldlosen Angriff).

736 BGH, NJW 1962, 308 (309) (zu § 58 StGB a.F.); NJW 1983, 2267; krit. MüKoStGB/Erb § 32, Rn. 226 f; bei der fahrlässig verschuldeten Notwehrlage wird überwiegend eine Einschränkung des Notwehrrechts angenommen, s. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 231 f.

737 Frister, FS Rudolphi, S. 45–60 nennt ihn „Erlaubnistatbestandszweifel".

738 BGH NJW 1951, 412 (413) (zu § 59 (1) StGB a.F.); BGH BeckRS 1977, 31113598 (unter 3.); Lackner/Kühl/Kühl, § 17, Rn. 18; Schröder in Anm. zu KG NJW 1958, 922 (924); Warda, FS Lange, S. 119 (126–137), der das Problem aber dann außerhalb der Irrtumsdogmatik über die Schuld löst; Schroth, FS Arthur Kauf-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ungeeignet und wollen an die dem Täter zugutekommende Fehlvorstellung geringere[739] oder variierende Anforderungen je nach Zuständigkeit für die vorgestellte Interessenkollision[740] oder den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern[741] stellen. Tatsächlich ist die Interessenlage bei einer vermuteten Interessenkollision, wie sie durch eine Notwehr- oder Notstandslage entsteht, eine andere als bei einem für möglich gehaltenen *Tat*umstand. Denn nur bei letzterem kann der Täter die Handlung regelmäßig ohne die Gefahr erheblicher eigener Einbußen unterlassen.[742] Für Zweifel auf Rechtswidrigkeitsebene lässt sich die Verwendung anderer Kriterien daher gut begründen.

2. Frankreich

Wie in Deutschland ist auch in Frankreich die in Art. 122–5 Code pénal verankerte Notwehr objektiv formuliert:

> „N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte."[743]

---

mann, S. 595 (607 f); Roxin, Strafrecht AT I § 14, Rn. 90–93; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 16, Rn. 22 (aber annehmend, dass der Täter in aller Regel auf das Vorliegen einer Rechtfertigungslage vertraut); eing. Schüler, Zweifel; s. auch Herzberg JZ (1987), S. 536 (539 f); Seier, JuS (1986), S. 217 (220 f).

739 MüKoStGB/Joecks/Kulhanek, § 16, Rn. 137; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 99.

740 Jakobs, Strafrecht AT, 11/29 für den Notstand. Für die Notwehr hält er Zweifel jedoch generell für schädlich.

741 Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52–57).

742 Frister, FS Rudolphi, S. 45 (46); Schüler, Zweifel, S. 112–115; etwas anderes gilt freilich für besonders grundrechtssensible Bereiche.

743 Art. 122–6 Code pénal enthält darüber hinaus Fälle, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr vermutet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Gleiche gilt für die (einheitliche)[744] Regelung des Notstandes in Art. 122–7 Code pénal:

> „N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace."

Dennoch versubjektivieren die französischen Gerichte Art. 122–5 Code pénal, indem sie eine Notwehrlage bereits bejahen, wenn der Täter vernünftigerweise glaubt, in Gefahr zu sein: Dass die Fehlvorstellung des Täters vernünftig war, also jede vernünftige Person einen Angriff angenommen hätte, macht den Angriff zu einer *agression vraisemblable*, die für das Bestehen einer Notwehrlage iSd Art. 122–5 Code genügt.[745] Hätte eine vernünftige Person die wahre Sachlage hingegen erkannt, sind die Voraussetzungen der Notwehr nicht erfüllt.[746] Teilweise wird dieser Fall als *agression putative* oder als *agression imaginaire* bezeichnet.[747] Einer Strafe kann der Täter hier nur noch entgehen, indem er sich auf einen Sachverhaltsirrtum (erreur de fait) beruft.[748] Anders als bei der Notwehr handelt es sich dabei nicht um eine cause d'irresponsabilité objective und damit nicht um einen fait justificatif, der das élément légal ausschließt, sondern um eine cause

744 Also nicht differenzierend zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand; für den Fall der contrainte existiert aber Art. 122–2 Code pénal.

745 Crim. 7. August 1873, Bull. crim. n° 219; Crim. 23. Juni 1887, Bull. crim. n° 237; Crim. 16. Juli 1897, Bull. crim. n° 249; Crim. 19 Juni 1990, Bull. crim., n° 250; Crim. 20. Oktober 1993, n° 92–85.736, Gaz. Pal. 1994. 1. Somm. 16; Crim. 8 Juli, 2015, n° 15–81.986, Gaz. Pal. 2015. 3653; Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–5, Rn. 27–30; Boré/Boré, La cassation en matière pénale, Rn. 106.61; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 577 Rn. 455; Légal, RSC (1955), S. 313 (314); Lelieur/Pfützner/Adams, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, S. 280 f.

746 Vgl. Crim. 25. Januar 2006, n° 05–82.664; Bernardini, Légitime défense, Rn. 43–48; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455.

747 So Crim. 14 Mai 1997, n° 95–84–279; Bernardini, Légitime défense, Rn. 48; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455. Andere verwenden den Begriff der *agression putative* als Oberbegriff für vernünftige und unvernünftige Fehlvorstellungen, so etwa Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–5, A. 3° („Putativité").

748 Vgl. Bernardini, Légitime défense, Rn. 48; Légal, RSC (1955), S. 313 (315) (der nicht spezifiziert, um welche Art von Irrtum es sich handelt); Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 563 Rn. 438, S. 578 Rn. 455, S. 740 Rn. 588, der jedoch einen gemischten Irrtum aus Sachverhalts- und Rechtsirrtum annimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d'irresponsabilité subjective, die nur die culpabilité und damit das élément moral[749] entfallen lässt.[750] Die culpabilité entfällt aber nur vollständig – mit der Folge, dass auch nicht wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen ist[751] –, wenn der Irrtum subjektiv nachvollziehbar war („subjectivement plausible").[752] Da man zum Irrtum überhaupt nur gelangt, wenn die Tätervorstellung bereits nicht den objektiven Umständen entsprach, bleiben für diesen „subjektiv nachvollziehbaren Irrtums" wohl nur die seltenen Fälle übrig, in denen die Fehlvorstellung dem Täter zwar objektiv, nicht aber subjektiv vorwerfbar ist. Ansonsten ist wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, soweit eine solche Strafbarkeit vorgesehen ist, vgl. Art. 121–3 al. 3 Code pénal. Das französische Recht unterscheidet sich von dem deutschen also nur insoweit, als es bei objektiv unvermeidbaren Irrtümern eine „echte" Notwehrlage iSd Art. 122–5 Code pénal annimmt. Dennoch bleibt das Notwehrrecht des Opfers, solange es die Notwehrlage nicht selbst provoziert hat,[753] bestehen. Bisweilen wird darin ausdrücklich eine Ausnahme von dem Prinzip gesehen, dass nicht beide Parteien einer Auseinandersetzung gleichzeitig gerechtfertigt sein können.[754] Dem französischen Recht entspricht weitgehend das belgische Recht.[755]

---

749 Der Begriff der culpabilité und des élément moral entspricht im Wesentlichen der englischen mens rea. Unterschieden werden dol général, dol spécial, imprudence oder négligence, vgl. Merle/Vitu, Traité de droit criminel S. 727–767 Rn. 577–611; s. auch Müller, Arbeitspapier MPI für ausländisches und internationales Strafrecht (2004).

750 Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 562 Rn. 438, S. 578 Rn. 455. Der Sachverhaltsirrtum ist anders als der Rechtsirrtum (Art. 122–3 Code pénal) nicht kodifiziert und wurde durch die Rechtsprechung entwickelt. Das Gleiche gilt für die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven causes d'irresponsabilité, ebd; dazu auch Mayaud, Violences involontaires: théorie générale, Rn. 431 ff, 466 ff.

751 S. Fn. 749.

752 Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 578 Rn. 455; dieser Begriff erinnert an den der „subjective good reasons" aus dem Armani-da-Silva-Urteil des EGMR, s.o. 2. Kap., II.

753 Zu dieser Einschränkung allgemein Bernadini, Légitime défense, Rn. 71; Dana, Essai sur la notion d'infraction Rn. 209; aA (Provokation führt nicht zum Verlust des Notwehrrechts) Kuty, Principes généraux de droit pénal belge, Rn. 1412 zum belgischen Recht.

754 Constant, Traité élémentaire de Droit Pénal, Rn. 473 Fn. 1, der selbst die Anwendung der Irrtumsregeln bevorzugt; Alain Bloch, früher am belgischen Kassationsgericht, im persönlichen Schriftverkehr (beide zum belgischen Recht, das mit dem französischen insoweit übereinstimmt).

755 Wie dort genügt für die Notwehrlage iSd Art. 416, 417 des belgischen Code pénal eine agression vraisemblable, Delannay, in: Les infractions, Rn. 374, 414;

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Notstandslage iSd Art. 122–7 des französischen Code pénal muss nach Rechtsprechung und Literatur hingegen ex post vorliegen. Ein „état de nécessité vraisemblable" ist nicht anerkannt,[756] weil es sich beim Notstand um einen rein objektiven Strafbarkeitsausschließungsgrund handle.[757] Wenn es zwar gewisse Tendenzen zur Subjektivierung auch des Notstandes gibt, so betreffen diese nicht das Vorliegen der Gefahr, sondern nur die Verhältnismäßigkeit.[758] Beim Notstand kann sich der Täter daher von vornherein nur auf einen Irrtum berufen, für den dieselben Grundsätze gelten wie bei der Notwehr.[759]

Dass die französische Rechtsprechung das Vorliegen einer Notwehrlage von vornherein objektiv ex ante beurteilt, spricht dafür, dass Art. 122–5 Code pénal nicht nur den Fall des vernünftigen Irrtums und der Fehlprognose, sondern auch den Fehlverdacht umfasst. Denn reicht es bereits aus, dass objektiv die Umstände auf das Vorliegen eines Angriffs hindeuteten – und die Rechtsprechung nimmt dies selbst bei objektiv mehrdeutigen Um-

---

Nypels, Législation criminelle de la Belgique (1868), Tome III, S. 234, Rn. 85 (präzisierend, dass „il ne faut pas que l'imminence du danger soit certaine; en pareil cas, la certitude est impossible"). Entsprach die Tätervorstellung dagegen nicht den objektiven Umständen, ist eine erreur fautive gegeben, die zwar den Vorsatz, nicht aber die Fahrlässigkeit ausschließt, Delannay, in: Les infractions, Rn. 415. Der Fall, dass der Irrtum subjektiv sorgfaltsgemäß ist, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert.

756 Mascala, Jurisclasseur Pénal Code Art. 122–7, Rn. 24; Légal, RSC (1957), S. 367 (368) zu T. corr. Nantes, 12 nov. 1956 D. 1957. 30 (der jedoch einen beachtlichen erreur de fait annimmt, dazu sogleich); Larguier, RSC (1976), S. 89 (91 f); Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 592 Rn. 469; s. dazu, dass ein danger réel bzw. non hypothetique vorliegen müsse auch TGI Paris, 28. November 2000, n° XTGIP281100X; Crim. 7. Februar 2007, D. 2007. Actu. 573, obs. A. Darsonville; Pereira, Responsabilité pénale, Rn. 58; Danti-Juan, Etat de nécessité, Rn. 26; Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–7, Rn. 7; Boré/Boré, La cassation en matière pénale, Rn. 106.63; Vitu, RSC (1986), S. 87 (92) zu CA Dijon, 19. Dezember 1984.

757 Lelieur/Pfützner/Adams, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, S. 281.

758 S. dazu Danti-Juan, Etat de nécessité, Rn. 49; ein Ansatz, auch bezüglich der Gefahr zu subjektivieren, findet sich aber bei T. Pol. Bayonne, j. prox., 16 Februar 2005, Gaz. Pal. 2005. 1. 1870, das eine „mesure qui pouvait, *à ses yeux*, représenter un réel danger, voire un péril imminent" [Hervorhebung hinzugefügt] genügen lässt, zitiert bei Dalloz, Code pénal annoté, Art. 122–7 Rn. 22.

759 Légal, RSC (1957), S. 367 (368); Larguier, RSC (1976), S. 89 (92); s. zum fait justificatif putatif auch Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 740 Rn. 588.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ständen an[760] –, so kann es kaum schädlich sein, wenn der Täter von dem Vorliegen der Umstände selbst nicht vollends überzeugt war, sondern sie nur für wahrscheinlich hielt. Unter Umständen gilt dies selbst dann, wenn der Täter das Fehlen rechtfertigender Umstände ernstlich für möglich gehalten hat. Denn selbst wenn man die allgemeinen Vorsatzregeln auf die causes d'irresponsabilité übertrüge, genügt der bedingte Vorsatz (dol éventuel) im Sinne einer mise en danger délibérée (Art. 121–3 al. 2 Code pénal) im französischen Recht grundsätzlich nicht für die intention iSd Art. 121–3 al. 1 Code pénal, sondern wird dieser nur punktuell gleichgestellt.[761] Insoweit spricht wenig dafür, dass der bedingte Vorsatz bezüglich des Nichtvorliegens der Umstände einer cause d'irresponsabilité für eine vorsätzliche Tat ausreicht. Die Frage wird, soweit ersichtlich, jedoch bislang nicht erörtert.

3. USA

In den USA fallen weite Teile des Strafrechts in die Kompetenz der Bundesstaaten. Auch wenn daher fünfzig verschiedene Statutenregelungen für die Notwehr und den Notstand existieren und auch die Rechtsprechung variiert, erscheint zunächst ein Blick auf den Model Penal Code (MPC)[762] aufschlussreich, der die Rechtsordnungen der Staaten teilweise erheblich beeinflusst hat und Gerichten bis heute als Referenz dient.[763] Anders als die deutsche und die französische Norm berücksichtigt der Wortlaut von

760 Vgl. etwa T. corr. Seine, 18 nov. 1938, Gaz. Pal. 1939. 1. 209 (attitude préalable objectivement équivoque), zitiert bei Bernardini, Légitime défense, Rn. 43.

761 Porteron, Infraction, Rn. 106 mit Verweis auf Art. 322–10 Code pénal (incendie volontaire qui a entraîné la mort d'autrui) und Art. 222–14 Code pénal (violences habituelles sur un mineur qui a entraîné sa mort), bei denen es sich nach deutschem Verständnis allerdings um Erfolgsqualifikationen handelte; s. auch Cedras, Recueil Dalloz (1995) S. 18, demzufolge der dol éventuel bei manchen Delikten strafverschärfend wirke (so beim homicide involontaire en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité, Art. 221–6 Code pénal) und nur bei Art. 223–1 Code pénal (mise en danger d'autrui) als eigenständige Vorsatzform anerkannt sei. Andere qualifizieren Art. 223–1 als eigene Form des élément moral, die weder Vorsatz noch einfache Fahrlässigkeit sei, vgl. Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 768 f Rn. 613.

762 Model Penal Code, Official Draft and Explanatory Notes, adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962, hier „MPC".

763 Robinson/Dubber, New Crim. L. Rev. 10 (2007), S. 319 (319).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Section 3.04 MPC Fehlvorstellungen des Täters über tatsächliche Umstände bereits bei den Voraussetzungen der Notwehr, indem die Norm das Vorliegen eines Angriffs vollständig versubjektiviert:

> „(1) [T]he use of force upon or toward another person is justifiable when the actor *believes* that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion."[764] [Hervorhebung hinzugefügt]

Wie nach der französischen Rechtsprechung ist also der Täter, der irrig annimmt, er werde angegriffen, bereits objektiv, also „voll" gerechtfertigt. Die Auffassung *Fletchers* und *Robinsons*, der Täter sei nur als *entschuldigt* anzusehen,[765] hat im MPC keinen Niederschlag gefunden.[766] Auch *Byrds* Vorschlag, den über die Umstände eines Rechtfertigungsgrundes irrenden Täter so zu behandeln wie den Täter, der die Umstände des Straftatbestandes nicht erkennt,[767] entspricht nicht der vom MPC gewählten Lösung. Damit fällt es allerdings auch hier schwer zu begründen, warum dem Opfer gegen den Putativverteidiger ein Notwehrrecht zustehen soll, wenn der Angriff gerechtfertigt und damit nicht rechtswidrig ist. Von dem Bestehen-

---

764 Eine strukturell identische Regelung findet sich in Section 3.04 (2) (b) MPC zum Einsatz tödlicher Gewalt.

765 Fletcher, Basic Concepts, S. 162; ders., in: C. Russell, George Fletcher's Essays, S. 274 f; Robinson, Columbia L. Rev. 82 (1982), S. 199 (239 f); vgl. auch Greenawalt, Columbia Law Rev. 8 (1984), S. 1897 (1907–1911), der eine Entschuldigung nur annehmen will beim fahrlässigen Irrtum (ebd. S. 1909) sowie beim Irrtum, den wegen persönlicher Defizite nicht der konkrete Täter, wohl aber ein durchschnittlicher Täter hätte vermeiden können (ebd. S. 1910); anders als Fletcher geht er beim objektiv unvermeidbaren Irrtum jedoch von einem Rechtfertigungsgrund aus (ebd. S. 1908, 1911); ähnlich C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 229 f (ein unvermeidbarer Irrtum sei ein Rechtfertigungsgrund, ein vermeidbarer Irrtum ein Entschuldigungsgrund).

766 Dies zugestehend Fletcher, Basic Concepts, S. 162 Fn. 43; so auch Silverman, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 506; Dressler, in: Fletcher's Essays, S. 226 f; Dressler, UCLA L. Rev. 32 (1984), S. 61 (92), eine Entschuldigungslösung aber auch für unrichtig haltend, S. 92–95; krit. zum MPC Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (37 f); anders die Rechtslage in North Dakota, in der Notwehr einen Rechtfertigungsgrund darstellt, Putativnotwehr dagegen ausdrücklich nur einen Entschuldigungsgrund, s.u. die in Fn. 773 genannten Normen sowie State v. Leidholm, 334 N.W.2d 811 (N.D. 1983) (814 f).

767 Byrd, Jahrbuch für Recht u. Ethik 2 (1994), S. 283 (294–296); dieser Vorschlag entspricht der in Deutschland beim Erlaubnistatumstandsirrtum herrschenden Auffassung, s.o. 8. Kap., I. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bleiben jenes Notwehrrechts wird aber ganz verbreitet ausgegangen.[768] Hat das Opfer die Notwehrlage absichtlich provoziert, liegen die Dinge anders.[769]

Section 3.09 (2) MPC ergänzt die zitierte Norm dahingehend, dass der rücksichtslose oder fahrlässige (reckless or negligent) Glaube an die notwehrbegründenden Umstände eine Strafbarkeit für recklessness oder negligence[770] nicht ausschließt. Der unvernünftige Irrtum lässt nach Section 3.04 MPC also nur die Strafbarkeit wegen purpose und knowledge entfallen.[771] Lässt man die recklessness einmal außen vor und stellt die negligence mit der französischen imprudence und négligence sowie mit der deutschen Fahrlässigkeit gleich,[772] so entspricht die Lösung des MPC (konstruktiv wie im Ergebnis) der des französischen Rechts sowie (nicht konstruktiv, aber im Ergebnis) der des deutschen Rechts.

Einige US-amerikanische Bundesstaaten haben die Regelung des MPC übernommen.[773] Die Mehrheit der Staaten hat hingegen zwar die grundsätzliche Versubjektivierung der Notwehrvoraussetzungen aufgegriffen,

768 Vgl. Fletcher, Basic Concepts, S. 162; ders., Harvard L. Rev. 98 (1985), S. 949 (973); Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (38) („all agree").

769 Die absichtliche Provokation der Notwehrlage schließt das Notwehrrecht entweder aus (so Section 3.04 (2) (b) (i) MPC für tödliche Gewalt) oder schränkt es zumindest ein, s. Logan, Washington Univ. L. Rev. 20 (1935), S. 131 (131–133) mwN; vgl. auch Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1924), S. 1897 (1924); Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (21 f).

770 Der MPC unterscheidet vier Arten der mens rea: purpose, knowledge, recklessness und negligence, vgl. Section 2.02 (2) MPC. Viele Staaten haben diese Einteilung nicht übernommen und verwenden nach wie vor die Begriffe des intent oder – insb. bei murder – malice aforethought. Jedenfalls wird aber überall zwischen Tatbeständen unterschieden, die verschiedene Abstufungen der mens rea voraussetzen (zB murder, manslaughter und negligent homocide).

771 Vgl. Explanatory Note zu Section 3.04 (1) MPC.

772 Zu den möglichen Unterschieden zwischen den Begriffen des MPC und dem deutschen Recht s. aber Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 234–250.

773 Section 464, 470 Delaware Penal Code; Sections 703–304 (1) und (2), 703–310 (1) Hawaii Revised Statutes; Sections 503.050 und 503.120 (1) Kentucky Revised Statutes; Section 28–1409 und 28–1414 (2) Nebraska Revised Statutes; Section 12.1–05–03 North Dakota Century Code ist zwar objektiv formuliert, Section 12.1–05–08 North Dakota Century Code enthält aber für den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund eine eigene Irrtumsregel, die bei vermeidbaren Irrtümern nur zur Strafe wegen negligence oder recklessness führt. Im Unterschied zum MPC stellt Putativnotwehr hier, anders als die Notwehr, nur einen Entschuldigungsgrund dar.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese jedoch an einem entscheidenden Punkt verobjektiviert:[774] So handelt der Täter nur dann in Notwehr, wenn er vernünftigerweise (reasonably) davon ausgeht, Opfer eines Angriffs zu sein.[775] An einer zusätzlichen Norm wie Section 3.09 (2) MPC zum rücksichtslosen oder fahrlässigen Glauben an die Notwehrlage fehlt es dann regelmäßig.[776] Abweichend vom MPC kommt es bei solchen *unvernünftigen* Fehlvorstellungen also nicht nur zu einer Strafe wegen recklessness oder negligence, sondern wegen intent. Die Vermeidbarkeit des Irrtums entscheidet so darüber, ob der

774 Häufig entsprach dies der vor dem Erlass des MPC geltenden Rechtslage. Zur historischen Entwicklung des entscheidenden Standards bei der Beurteilung der Notwehrlage bis zum Goetz-Urteil in New York s. Fletcher, Basic Concepts, S. 39–62.

775 S. insb. People v. Goetz, Court of Appeals of New York, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986); State v. Peairs (1993) zit. von C. Lee, Minn. L. Rev. S. 367 (435 Fn. 263); Section 13A-3–23 Alabama Code; Section 11.81.335 Alaska Statutes; Section 13–404 (A) und 13–405 Arizona Revised Statutes; Section 5–2–606 (a) (1) und 6–2–607 (a) Arkansas Code; Section 197 (3) California Penal Code (hingegen sind (2) und (3) der Section objektiv formuliert); Section 53a-19 Connecticut Penal Code; Section 18–1–704 Colorado Revised Statutes; Section 776.012 Florida Statutes (jedoch ist die spezielle Notwehrregel für Tötungsdelikte objektiv formuliert, vgl. Art. 782.02 Forida Statutes); Section 18–4009 Idaho Statutes; Section 7–1 (a) Illinois Criminal Code; Section 35–41–3–2 Indiana Code (zusätzlich existiert in Section 35–41–3–7 eine eigene Regel für den vernünftigen Sachverhaltsirrtum); Section 704–3 Iowa Code; Section 21–5222 Kansas Statute; Section 14:19 und 14:20 Louisiana Revised Statutes; Section 108 Maine Revised Statutes; Maryland Pattern Jury Instructions-Criminal 5:07; Section 780.972 Michigan Self-Defense Act 309 of 2006; Section 97–3–15 (1) (f) Mississippi Code; Section 563.031 Missouri Revised Statutes; Section 45–3–102 Montana Code Annotated; Section 200.120 (1) und 200.130 Nevada Revised Statutes (objektiv formuliert ist hingegen Section 200.000 Nevada Revised Statutes); Section 627:4 New Hampshire Criminal Code; Section 2C:3–4 New Jersey Revised Statutes; Section 35–15 New York Penal Code; Section 14–51.3 (a) North Carolina General Statutes; Section 21–733 (2) Oklahoma Statutes; Section 161.209 Oregan Revised Statutes; Section 505 (a), 501 Statutes of Pennsylvania; Section 11–8–8 Rhode Island General Statutes; Section 22–16–35 South Dakota Codified Laws; Section 39–11–611 (b) Tennessee Code; Sections 9.31 und 9.32 Texas Penal Code; Section 76–2–402 (1) Utah Criminal Code; Vermont Jury Instructions VT CR07–111; Section 9A.16.050 (1) Revised Code of Washington; Section 939.48 (1) Wisconsin Criminal Code. Objektiv formuliert sind aber Article 28 (1) Criminal Code of Georgia; Section 30–2–7 (A) New Mexico Statutes.

776 Für eine Aufzählung s. auch Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (39 f, Fn. 118).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Irrtum vollständig exkulpiert oder überhaupt nicht berücksichtigt wird.[777] Dieses „Alles-oder-nichts-Prinzip“[778] begründete der New York Court of Appeals näher im berühmt gewordenen Goetz-Fall, in dem ein (weißer) Mann in der New Yorker Subway auf vier (schwarze) Jugendliche schoss, von denen er sich wohl irrtümlich bedroht fühlte, nachdem sie ihn nach fünf Dollar gefragt hatten,[779] für den New York Penal Code näher:

> „The provisions of the Model Penal Code with respect to the use of deadly force in self-defense reflect the position of its drafters that any culpability which arises from a mistaken belief in the need to use such force should be no greater than the culpability such a mistake would give rise to if it were made with respect to an element of a crime. […] *New York did not follow the Model Penal Code's equation of a mistake as to the need to use deadly force with a mistake negating an element of a crime, choosing instead to use a single statutory section which would provide either a complete defense or no defense at all to a defendant charged with any crime involving the use of deadly force.* The drafters of the new Penal Law adopted in large part the structure and content of Model Penal Code § 3.04, but, crucially, inserted the word "reasonably" before "believes".“[780] [Hervorhebung hinzugefügt]

Die Möglichkeit, bei einem unvernünftigen Irrtum doch noch über die allgemeine Regelung für Tatsachenirrtümer in Section 15.20 (1) (a) New York Penal Code[781] nur zu einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit zu gelangen, zog der Court of Appeal nicht in Erwägung.[782] Diese Rechtslage gilt auch in anderen Bundesstaaten, deren Statuten entsprechende Nor-

777 Den Unterschied zwischen dieser Lösung und dem MPC kaschiert Fletcher etwas, wenn er in Basic Concepts, S. 161 f in Bezug auf den New Yorker Code von „simplification“ spricht.

778 Vgl. Fletcher, Basic Concepts, S. 54; Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 415.

779 People v. Goetz, Court of Appeals of New York, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986); einer der Jugendlichen wurde durch den Vorfall querschnittsgelähmt und trug Hirnschäden davon.

780 Court of Appeals, Goetz; zustimmend Fletcher, Basic Concepts, S. 162 f.

781 „A person is not relieved of criminal liability for conduct because he engages in such conduct under a mistaken belief of fact, unless: (a) Such factual mistake negatives the culpable mental state required for the commission of an offense“.

782 Dubber und Hörnle kritisieren das Goetz-Urteil dagegen insoweit, als das Gericht den MPC als „purely subjective“ missinterpretiere, vgl. Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 415. Tatsächlich verwendet das Gericht diesen Begriff mehrfach. Doch wird aus der zitierten Passage deutlich, dass sich die Richter durchaus darüber bewusst sind, dass nach dem MPC bei unvernünftigen Irrtümern

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men enthalten.[783] Nur vereinzelt ordnen Staaten, die wie New York für die Notwehr auf die vernünftige Tätervorstellung abstellen, zusätzlich an, dass bei einem unvernünftigen Irrtum nur eine Strafbarkeit wegen recklessness oder negligence in Betracht kommt.[784]

Für den Notstand[785] enthält der MPC eine der Notwehr entsprechende Regelung: Nach Section 3.02 (1) MPC beurteilt sich das Vorliegen einer Gefahr wiederum ausschließlich subjektiv.[786] War die irrige Annahme einer solchen aber „reckless" oder „negligent", bleibt die Strafbarkeit wegen dieser Arten der culpability davon unberührt, vgl. Section 3.02 (2)

---

eine Strafbarkeit für recklessness oder negligence verbleibt und er damit nicht völlig subjektiv ist; für Kritik am Urteil s. auch Fletcher, A Crime of Self-Defense, S. 54, auch wenn er die Lösung letztlich befürwortet, vgl. S. 56–62 sowie Nachweis in Fn. 780.

783 MPC and Commentaries, § 3.04, S. 36, § 3.09 S. 153; Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (40) zufolge haben 28 Staaten „explicitly committed themselves to this 'all-or-nothing' view"; ihre Statuten enthalten wie der New York Penal Code eine *singuläre* Notwehrnorm, die auf die vernünftige Tätervorstellung abstellt. Auch hier wird nicht nachgedacht über eine (ggf. analoge) Anwendung der allgemeinen Regelung zu Tatsachenirrtümern (zB Section 939.43 (1) Wisconsin Criminal Code; Section 11.81.620 (b) (1) Alaska Statutes; Section 13–204 Arizona Revised Statutes; Section 18–1–504 Colorado Revised Statutes; Section 4–8 (a) Illinois Criminal Code; Section 701.6 Iowa Code; Section 21–5207 (a) Kansas Statute; Section 14:16 Louisiana Revised Statutes; Section 562.031 Missouri Revised Statutes; Section 626:3 New Hampshire Criminal Code; Section 304 (1) Statutes of Pennsylvania). Im Fall des japanischen Austauschschülers Hattori (3. Kap., Fn. 324) befand die Jury den Irrtum des Täters für reasonable (vgl. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 168); im zivilrechtlichen Verfahren gelangten die Richter zum gegenteiligen Ergebnis, Hattori v. Paeirs 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995).

784 Title 17-A, Section 101 (3) Maine Revised Statutes.

785 Gemeint sind auch hier Regelungen der Interessenkollision, idR als „choice of evils" oder „justification generally" bezeichnet, nicht der Nötigungsnotstand (oft „duress"), vgl. zB Section 2.09 MPC; Section 40.00 New York Penal Code; Section 309 Statutes of Pennsylvania.

786 Andere Voraussetzungen wie das Überwiegen des geschützten Rechtguts gegenüber dem beeinträchtigten sind objektiv formuliert, vgl. Section 3.02 (1) New York Penal Code.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

MPC.[787] Dieser Lösung haben sich mehr Bundesstaaten als bei der Notwehr angeschlossen.[788]

Einige derjenigen Staaten, die bereits bei der Notwehr nur vernünftige Fehlvorstellungen berücksichtigen, fordern dagegen auch beim Notstand, dass der Täter *vernünftigerweise* an das Vorliegen einer Gefahr glaubte.[789] Wieder andere US-Staaten formulieren die Voraussetzungen des Notstandes vollständig objektiv.[790] Für das New Yorker Statut, das eine solche objektiv formulierte Norm enthält, hat der Court of Appeals in *People v. Craig*[791] offengelassen, was gilt, wenn objektiv ex ante eine Gefahr vorlag, nicht aber *ex post*.[792] Nach dieser Aussage liegt es zumindest nicht völlig fern, dass die Gerichte den Fall des Putativnotstandes nicht anders behandeln als den der Putativnotwehr und jedenfalls bei einem vernünftigen Irrtum die Strafbarkeit entfallen lassen.

---

787 Denn der Ausdruck „[w]hen the actor was reckless or negligent […] in appraising the necessity for his conduct" bezieht sich nicht nur auf die Verhältnismäßigkeit der Handlung, sondern auch die Notstandslage, vgl. Formulierung in Section 3.09 (2) MPC; hierzu auch Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 442; Section 3.02 (2) MPC außen vor lassend Silverman, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 508.

788 Section 703–302 (1) und (2) Hawaii Revised Statutes; Section 503–030 Kentucky Revised Statutes; Section 28–1407 Nebraska Revised Statutes; Section 627:3 New Hampshire Criminal Code; Section 503 Statutes of Pennsylvania (der Umstand, dass nach Section 501 mit „believes" „reasonable believes" gemeint ist, ändert wegen Section 503 (b) nichts am Ergebnis); vgl. auch Section 5–2–604 Arkansis Code und Section 463, 470 Delaware Criminal Code, wo die Notstandsvoraussetzungen zwar objektiv formuliert sind, sich aber aus Section 5–2–604 (c) Arkansis Code und Section 470 Delaware Criminal Code ergibt, dass die Lösung dem MPC entspricht.

789 S. etwa Section 9.22 Texas Penal Code; Section 13–417 Arizona Revised Statutes; Section 7–13 Illinois Criminal Code; Section 39–11–609 Tennessee Code.

790 S. etwa Section 35.05 (2) New York Penal Code; Section 18–1–702 Colorado Revised Statutes; Section 563.026 (1) Missouri Revised Statutes; Section 161.200 (1) Oregan Revised Statutes; vgl. auch Section 5–2–604 (a) (1) Arkansis Code und Section 463 Delaware Criminal Code, die zwar objektiv formuliert sind, in Section 5–2–604 (a) (3) Arkansis Code bzw. Section 470 Delaware Criminal Code aber die Lösung des MPC übernehmen (s. Fn. 788).

791 People v. Craig, Court of Appeals of New York, 78 N.Y.2d 616, 585 N.E.2d 783 (1991).

792 Zwar stellt das Gericht zunächst fest, dass der für Section 35.05 (2) anzulegende Standard „ausschließlich objektiv" sei. In Fn. 3 relativiert es diese Aussage aber entscheidend: „Nor need we address the situation where – under an objective/reasonable person standard – the action was necessary but necessity-in-fact did not exist."

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anders als im französischen Recht, das mit der Rechtsfigur der agression vraisemblable unmittelbar auf den objektiven Anschein abstellt, legt die Formulierung der US-amerikanischen Rechtsordnungen – „if he (reasonably) *believes*" -nahe, dass ein bloßer Fehlverdacht, bei dem der Täter gerade nicht sicher *glaubt*, sondern den Erlaubnistatbestand nur für möglich hält, für eine Rechtfertigung nicht genügt. Etwas anderes mag nach dem MPC gelten, dessen erwähnte Section 3.09 (2) MPC anordnet, dass ein „reckless belief" in notwehrbegründende Umstände (nur) zu einer Strafbarkeit wegen recklessness führt. Selbst ein Fehlverdacht, bei dem der Täter das Fehlen rechtfertigender Umstände so ernst nimmt, dass ihm „recklessness" vorgeworfen werden kann, verhindert nach dem MPC also eine Strafe wegen purpose oder knowledge. Weder Rechtsprechung noch Literatur haben sich jedoch, soweit ersichtlich, der Frage explizit angenommen.

4. Vereinigtes Königreich

Wie das US-amerikanische Recht versubjektiviert auch das englische Recht bereits die Voraussetzungen der Notwehr.[793] Es geht aber noch über ersteres hinaus, indem es selbst eine unvernünftige Tätervorstellung genügen lässt. Dieser Grundsatz gilt seit dem Urteil *R. v. Gladstone Williams*,[794] dem folgender Fall zugrunde lag: Ein Passant verfolgte einen jungen Mann, der einer Frau die Handtasche geraubt hatte, und hielt ihn fest, wobei er ihn auf den Boden stieß. Hier trat der Angeklagte hinzu, der von dem vorherigen Geschehen nichts wusste und irrtümlich annahm, der Passant – der sich fälschlicherweise als Polizist ausgab und keinen Ausweis vorzeigen konnte – sei dabei, den jungen Mann rechtswidrig zu verletzen.[795] Um ihn davon abzuhalten, griff der Angeklagte ein und es kam zu einem Gerangel, bei dem sich der Passant Verletzungen zuzog.

Die der früheren Rechtsprechung entsprechende[796] Instruktion der Jury, für die Verteidigungseinrede der Notwehr sei erforderlich, dass der Angeklagte *vernünftigerweise* annahm, sein Opfer sei zur Körperverletzung des

793 S. zum Ganzen Ormerod/Laird, Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl., S. 430 f; Dubber/Hörnle, Criminal Law, S. 413 f.
794 R. v. Gladstone Williams [1983] 78 Cr App R 276.
795 Tatsächlich handelte der Passant innerhalb der Grenzen des Festnahmerechts nach Section 3(1) Criminal Law Act 1967 und somit nicht rechtswidrig.
796 R. v. Rose (1884) 15 Cox C.C. 540; Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (960).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dritten nicht befugt, hielt der Court of Appeal für fehlerhaft, weil es auf die Vernünftigkeit der Vorstellung des Täters nicht ankomme:

> „The reasonableness or unreasonableness of the defendant's belief is material to question of whether the belief was held by the defendant at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there. It is irrelevant. […] If however the defendant's alleged belief was mistaken and if the mistake was an unreasonable one, that may be a powerful reason for coming to the conclusion that the belief was not honestly held and should be rejected."[797]

Die Feststellung im McCann-Urteil des EGMR, die Tätervorstellung werde im englischen Recht einer Vernünftigkeitskontrolle unterworfen,[798] beruhte insoweit auf einem Missverständnis.[799] Im Unterschied zu den bisher untersuchten Rechtsordnungen führen unvernünftige Irrtümer in England also auch nicht zu einer Bestrafung wegen negligence, obwohl mit (involuntary) manslaughter ein Delikt existierte, für das grobe Fahrlässigkeit (gross negligence) genügte.[800] Teile der Literatur halten eine solche Strafbarkeit zwar für möglich.[801] Britische Gerichte beschränken sich bei unvernünftigen Irrtümern jedoch bislang auf zivilrechtliche Schadensersatzansprüche.[802] Das Fehlen einer Unterscheidung zwischen vernünftigen und unvernünftigen Irrtümern im Strafrecht sei kein Einfallstor für miss-

---

797 R. v. Gladstone Williams [1984] 78 Cr App R 276 (281). Dabei stützt sich Lord Lane (ebd. S. 280 f) u.a. auf die (hochumstrittenen) Urteile R. v. Morgan [1976] AC 182 und R. v. Kimber (1983) 77 Cr App R 225, in denen entschieden wurde, dass einem Täter die nötige mens rea für Vergewaltigung bzw. sexuelle Nötigung fehlt, wenn er irrtümlich annimmt, nicht gegen den Willen der Frau zu handeln, auch wenn dieser Irrtum unvernünftig war.

798 ECHR (Gr. Ch.), McCann et al. v. UK, 18984/91, 1995, Rn. 134.

799 Zwar ist auch im englischen Recht von einem „subjektiv-objektiven Test" die Rede. Objektiv wird dabei aber nur beurteilt, ob der Gewalteinsatz, *die vom Täter tatsächlich vorgestellten Fakten ohne weiteres zugrunde gelegt,* vernünftig war, vgl. R. (Bennett) v. HM Coroner of Inner South London [2006], Rn. 13. Implizit korrigiert wurde dieses Missverständnis in ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 249–256, in dem der EGMR für Art. 2 EMRK nunmehr auf eine vollständig subjektive ex-ante-Betrachtung abstellte, s.o. 2. Kap., II.

800 Horder, Ashworth's Principles, S. 293–307.

801 Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (961); Card, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 135.

802 S. zB Ashley v. Chief Constable of Sussex [2008] UKHL 25 [2008] 1 AC 962; näher Parsons/Andoh, J. Crim. L. 76 (2012), S. 22 (23); gross negligence

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bräuchliche Behauptungen, man habe in Notwehr handeln wollen. Denn fehle es an objektiven Umständen, die eine Fehlvorstellung nahelegten, so dringe der Täter selten mit der Behauptung durch, er habe einem Irrtum unterlegen.[803]

Diese Rechtsprechung wurde, obwohl von der Literatur kritisiert,[804] seither mehrfach bestätigt[805] und im Criminal Justice and Immigration Act von 2008 kodifiziert. Dort heißt es für die „reasonable force for purposes of self-defence etc" in Section 76:

„(3) The question whether the degree of force used by D was reasonable in the circumstances *is to be decided by reference to the circumstances as D believed them to be*, and subsections (4) to (8) also apply in connection with deciding that question.

(4) If D claims to have held a particular belief as regards the existence of any circumstances—

(a) *the reasonableness or otherwise of that belief is relevant to the question whether D genuinely held it*; but

(b) *if it is determined that D did genuinely hold it, D is entitled to rely on it* for the purposes of subsection (3), *whether or not*—

(i) it was mistaken, or

(ii) (if it was mistaken) *the mistake was a reasonable one to have made*." [Hervorhebungen hinzugefügt]

Auch wenn das englische Recht die Voraussetzungen der Notwehr unmittelbar versubjektiviert, haben die Gerichte die Straflosigkeit des in Putativnotwehr handelnden Täters dogmatisch damit begründet, dass sein Irrtum den intent to act unlawfully entfallen lässt und es damit an der erforderli-

---

manslaughter immerhin ausdrücklich ablehnend ECHR (Gr. Ch.), Armani Da Silva v. UK, 5878/08, 2016, Rn. 156 (indes mit der unklaren Begründung, es sei unmöglich gewesen „to aggregate the failures of various individuals").

803 So explizit Beckford v. R. (1987) 85 Cr. App. R. 378 (387).

804 Horder, Ashworth's Principles, S. 239–241; Liverick, Crim. L. Rev. (2002), S. 347–362 (insb. S. 361), die das englische Recht für unvereinbar mit Art. 2 EMRK hält; Smith, Crim. L. Rev. (2002), S. 958 (960 f), der annimmt, die Gerichte hätten schlicht noch nicht die notwendigen Schlüsse gezogen (und der bei gross negligence wegen manslaughter bestrafen will).

805 R. v. Jackson (Kenneth) [1985] RTR 257 (258); Asbury [1986] Crim LR 258, CA; Fisher [1987] Crim LR 334, CA; Beckford v. R. (1987) 85 Cr App R 378; R. v. Owino [1996] 2 Cr App R 128 (134); Duffy v. Cleveland [2007] EWHC 3169 (Admin), Rn. 7–11.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen mens rea fehlt.[806] Damit entfällt nach der englischen Strafrechtsdogmatik die Schuld des Täters.[807] Als Konsequenz behält das Opfer der Notwehrhandlung ein Notwehrrecht wohl selbst dann, wenn es den Irrtum des sich Verteidigenden erkannt hat,[808] auch hier vorbehaltlich des Falles, dass das Opfer die Notwehrlage selbst absichtlich provoziert hat.[809]

Im Gegensatz zur Notwehr ist eine allgemeine Einrede des Notstandes nicht kodifiziert, sondern geht ausschließlich auf Rechtsprechung zurück. Diese unterscheidet drei Notstandsformen: Neben dem duress by threats[810] sind das der duress of circumstances[811] und die necessity,[812] wobei Existenz und Reichweite der necessity[813] ebenso wie ihr Verhältnis zum duress of circumstances[814] noch nicht restlos geklärt sind. Bezüglich Putativgefahren unterscheiden sich der duress of circumstances und die necessity jedenfalls nicht: Entscheidend ist, dass sich der Täter eine Gefahr vorstellte, soweit seine Vorstellung – darin liegt der Unterschied zur Notwehr – vernünftig

806 Vgl. R. v. Gladstone Williams [1983] 78 Cr App R 276 (280); Beckford v. R. (1987) 85 Cr. App. R. 378 (385); Card, in: Card/Cross/Jones, Criminal Law, S. 132–135; nach deutscher Terminologie folgt das englische Recht damit der Vorsatztheorie, die beim Erlaubnistatumstandsirrtum den dolus malus verneint, vgl. Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 365, Fn. 1947. Darin liegt eine Abkehr vom traditionell engen Verständnis, nach dem sich die mens rea nicht auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bezieht, dazu Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 39–44.

807 Horder, Ashworth's Principles, S. 238 (eine „excuse", keine „permission" annehmend, aber einschr. auf vernünftige Irrtümer); ebenso Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 99–191.

808 Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 99 f.

809 Browne [1973] NI 9 Lowry LCJ, zitiert von Ormerod/Laird, in: Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law, S. 401.

810 Gemeint ist der hier nicht interessierende Nötigungsnotstand, also die durch Drohung veranlasste Begehung einer Straftat, Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 621.

811 Hier versucht sich der Täter einer Gefahr zu entziehen, ohne dass er wie beim duress by threats zum Werkzeug eines Drohenden wird, vgl. Horder, Ashworth's Principles, S. 228; Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 621, 647.

812 Umfasst sind andere Gefahren als die Bedrohung durch eine Person, also zB Unfälle oder Naturkatastrophen, Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 136, wobei der Begriff str. ist.

813 S. Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4.224–4.230.

814 Dazu Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–213; allg. zum Verhältnis zwischen den Notstandsarten Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 651, 658 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

war.[815] Wenn von einem „objective test" die Rede ist, ist nur letztere Einschränkung gemeint, nicht eine ex-post-Beurteilung.[816] Diese Lösung entspricht der vieler US-amerikanischer Bundesstaaten, die in ihren Statuten die Formulierung „if he reasonably believes" enthalten.[817] Wie in diesen Fällen greift also ein Alles-oder-nichts-Prinzip: Der vernünftig irrende Notstandstäter wird insgesamt exkulpiert, der unvernünftig irrende Täter überhaupt nicht; er muss sich wegen vorsätzlicher Tat verantworten. Die höheren Anforderungen des Notstandes gegenüber der Notwehr werden teilweise damit begründet, dass diese eine engere zeitliche und physische Verbindung zwischen der Bedrohung und der Handlung erfordere als der Notstand.[818] Mit der Rechtsnatur der Notrechte – Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund[819] – lässt sich der Unterschied im Hinblick auf die

815 Für duress of circumstances vgl. R. v. Conway (1989), 88 Cr App R 159 (165); Horder, Ashworth's Principles, S. 229, 231; Ormerod/Laird, Smith, Hogan and Ormerod's Text, Cases and Materials, S. 651, für necessity vgl. Ashworth, Principles, 6. Aufl., S. 212 f-214, 218 (der selbst alle Defences entsprechend behandeln will, Horder, Ashworth's Principles, 8. Aufl., S. 239–241). Seinen Ausgangspunkt findet dieser Grundsatz im duress by threats, dessen tatsächliche Voraussetzungen ebenfalls objektiv ex ante beurteilt werden, s. R. v. Graham (1982) 74 Cr App R 235 (240 f); Howe (1987) 85 Cr. App. R. 32 (66); Bowen [1996] 2 Cr App R 157; Safi and others [2004] 1 Cr App R 14; vgl. auch Horder, Ashworth's Principles, S. 229, 231; Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–170.

816 Zwar heißt es in R. v. Howe, (1987) 85 Cr. App. R. 32 (32) zunächst: „The test whether a person when charged with a criminal offence was acting under duress is an objective, not subjective, one; thus the test to be applied was whether *the threat was so grave* as to cause a person of reasonable firmness, sharing the characteristics of the defendant, to act as he did." [Hervorhebung hinzugefügt]. Das House of Lords bezieht sich jedoch auf das Urteil R. v. Graham, das die Verobjektivierung auf die Vernünftigkeit der Tätervorstellung beschränkt: „We think that there should be an objective element in the requirements of the defence so that in the final event it will be for the jury to determine whether the threat was one which the defendant in question could not reasonably have been expected to resist. This will allow the jury to take into account the nature of the offence committed, its relationship to the *threats which the defendant believed to exist*, the threats themselves and the circumstances in which they were made, and the personal characteristics of the defendant." [Hervorhebung hinzugefügt], s. R. v. Graham (1982) 74 Cr App R 235 (240).

817 S.o. 8. Kap., I. 3.

818 Ashworth, Principles of Criminal Law, S. 237.

819 Allg. zu diesem Begründungsansatz Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–170; Watzek, Rechtfertigung und Entschuldigung S. 175 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

necessity jedenfalls nicht erklären, wird diese doch überwiegend wie die Notwehr als Rechtfertigungsgrund eingeordnet.[820]

Ist der Täter nicht überzeugt von den Umständen, die die Notwehr oder den Notstand begründen, sondern hält diese nur für möglich, kommt eine Bestrafung wegen recklessness in Betracht, soweit die Jury den Täter für gleichgültig im Sinne eines „couldn't care less" hält.[821] Jedenfalls ein solcher Fehlverdacht kann ihn also nicht vollständig exkulpieren.

5. China

Die Notwehr ist in Art. 20 des Strafgesetzbuchs der Volksrepublik China[822] kodifiziert:

> „为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任. […]"

> „An act that a person commits to stop an unlawful infringement in order to prevent the interests of the State and the public, or his own or other person's rights of the person, property or other rights from being infringed upon by the on-going infringement, thus harming the perpetrator, is justifiable defence, and he shall not bear criminal responsibility. […]"[823]

Die verwendete „um-zu"-Konstruktion („为了") mag zwar einen gewissen Spielraum für eine Versubjektivierung der Notwehrvoraussetzungen belassen: Auch ein irrender Täter handelt schließlich, *um einen Angriff abzuweh-*

820 Kyd/Elliott/Walters, in: Clarkson/Keating, Criminal Law, Rn. 4–213; Horder, Ashworth's Principles, S. 147–149, 227 („permission").

821 R. v. Kimber (1983) 77 Cr App R 225 (226, 228, 230).

822 Im Folgenden: chinesisches StGB.

823 Übersetzung von der Internetseite des Nationalen Volkskongresses und des chinesischen Handelsministeriums. Die Übersetzung der ständigen Vertretung Chinas bei den UN in Wien ist etwas knapper, in den hier entscheidenden Punkten aber identisch: „Criminal responsibility is not to be borne for an act of legitimate defense that is undertaken to stop present unlawful infringement of the state's and public interest or the rights of the person, property or other rights of the actor or of other people and that causes harm to the unlawful infringer."

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren.[824] Dennoch entspricht es der in China herrschenden Auffassung, dass die Notwehrlage ex post existieren muss.[825] Im Falle der Putativnotwehr wird jedoch verbreitet angenommen, dass es dem Täter für die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat an den „subjektiven Aspekten" fehle, dem vierten Element des in China traditionell zugrunde gelegten und der sowjetischen Straftheorie entlehnten[826] viergliedrigen Tatbestandsaufbaus. Diese „subjektiven Aspekte" entsprechen im Wesentlichen der *mens rea*.[827] Literaturvertreter, die den kontinentaleuropäischen dreigliedrigen Deliktsaufbau befürworten, sind sich uneinig darüber, ob die Schuld zu verneinen ist oder der Täter nur von der Strafe befreit wird.[828] Regelmäßig wird jedoch ein Fahrlässigkeitsdelikt angenommen.[829] Woraus sich bei einem unvermeidbaren Irrtum der Fahrlässigkeitsvorwurf ergibt, ist unklar. Teile der Literatur fordern zwar, den Täter nur dann wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, wenn ihm auch ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.[830] In der Rechtsprechung hat sich diese Ansicht indes noch nicht durchzusetzen vermocht. Da die Notwehrlage ex post vorliegen muss und Art. 20 des chinesischen StGB ein „*unlawful* infringement" genügen lässt, behält das Opfer des Putativverteidigers sein Notwehrrecht, unabhängig davon, ob der

824 Anderes gilt für die „um-zu"-Formulierung in § 32 (2) des deutschen StGB, da hier an die objektive Erforderlichkeit angeknüpft wird: „Notwehr ist die Verteidigung, *die erforderlich ist*, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden."

825 S. zum Ganzen Sprick, Die Grenzen der Notwehr, S. 310 f mwN.

826 Vgl. Badar, Concept of Mens Rea, S. 177.

827 Dieser Deliktsaufbau setzt sich zusammen aus (1) dem Objekt der Tat (die Tat beeinträchtigt rechtlich geschützte Interessen, ist also sozialgefährlich), (2) den objektiven Aspekten (objektive Tatbestandselemente), (3) dem Subjekt der Tat (insb. die Schuldfähigkeit des Täters) und (4) den subjektiven Aspekten (mens rea), vgl. Badar, Concept of Mens Rea, S. 177–185; Paramonova, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 93 f (letztere zum russischen Recht). Notwehr und Notstand haben keinen festen Platz in diesem Aufbau. Überwiegend wird angenommen, dass sie die Sozialgefährlichkeit des Verhaltens entfallen lassen, teilweise werden in der Folge auch die übrigen Elemente verneint, Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 127; vgl. auch Aghayev, Russian Criminal Law, S. 252 (beide für das russische Recht). Die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen wird zwar von einigen Autoren vorgenommen, ist aber nicht von der Rechtsprechung anerkannt.

828 Long Zhang von der Peking-Universität und Jiahui Shi von der Peking-Universität und der Universität zu Köln im persönlichen Gespräch.

829 Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 310 f mwN.

830 Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 311 mit Verweis auf Chen Xinglian, Über die Notwehr, Peking 2006, S. 152.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Täter einem vermeidbaren Irrtum unterlag.[831] Diese Begründung deckt sich mit der hM in Deutschland.

Dieselben Grundsätze gelten für den strukturell wie die Notwehr formulierten Notstand iSd Art. 21 des chinesischen StGB. Insgesamt sind die Gerichte jedoch sehr zurückhaltend damit, eine Tat wegen Selbstverteidigung oder Notstands als gerechtfertigt anzusehen.[832] Die Behandlung des Fehlverdachts ist ungewiss.

6. Russland

Auch Art. 37 des russischen Strafgesetzbuchs formuliert die Voraussetzungen der Notwehr („Notwendige Abwehr", Необходимая оборона)[833] insgesamt objektiv:

> „1. Не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, то есть при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия."
>
> „1. It shall not be deemed a crime when harm is inflicted in the state of justifiable defence *against an attacking person*, i.e., *in the case* of the protection of the person and the rights of defendant or other persons, law-protected interests of the society or the state against a *socially-dangerous attack* if such an attack involved violence threatening the life of the defendant or another person or an immediate threat of use of such violence."[834] [Hervorhebungen hinzugefügt]

831 Long Zhang (s.o. Fn. 828) im persönlichen Gespräch.
832 Long Zhang (s.o. Fn. 828) im persönlichen Gespräch.
833 Sofern hier deutsche Übersetzungen des Gesetzeswortlautes verwendet werden, stammen sie von Schroeder, StGB der Russischen Föderation.
834 Criminal Code of the Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), abrufbar unter http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie die Literatur betont, muss der Angriff „wirklich" sein.[835] Die Verteidigung gegen einen nur vorgestellten Angriff (meist als „мнимая оборона", *imaginäre Verteidigung*, bezeichnet) ist daher sozialgefährlich.[836] Dadurch bleibt das Notwehrrecht des Opfers, das nur sozialgefährliches Verhalten voraussetzt,[837] auch in Russland unberührt,[838] außer es hat die Notwehrhandlung provoziert.[839] Dennoch ist man sich darüber einig, dass der irrende Täter nur dann wegen vorsätzlicher Tat bestraft wird, wenn ihm die Umstände *keinerlei Anlass* zu seinem Irrtum gaben.[840] Gab es zwar einen solchen Anlass, hätte er aber seinen Irrtum gleichwohl erkennen können, muss er sich wegen Fahrlässigkeit verantworten. War sein Irrtum unvermeidbar, bleibt er ganz straffrei.[841] Das gilt freilich nur, wie russische Gerichte und Autoren immer wieder betonen, soweit der Täter unter Zugrundelegung seiner Vorstellung die Grenzen der Notwehr eingehalten

835 Aghayev, Russian Criminal Law, S. 254; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/.

836 Vgl. Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/, den Begriff „rechtswidrig" verwendend. Normalerweise ist im russischem Recht aber nicht von „Rechtswidrigkeit", sondern von „Sozialgefährlichkeit" die Rede.

837 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 135; nicht erforderlich ist, dass das Verhalten strafbar ist, vgl. Plenum des Obersten Gerichts, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 5.

838 Gleb Bogush von der Lomonosov Moscow State University im persönlichen Schriftverkehr.

839 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 136.

840 Manchmal wird auch nur dieser Fall als „imaginäre Verteidigung" und die Fälle eines beachtlichen Irrtums (dazu sogleich) werden als „putative Verteidigung" bezeichnet, so Gleb Bogush im persönlichen Schriftverkehr.

841 Plenum des Obersten Gerichts, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 16: „Wenn die Situation Anlass zu der Befürchtung gab, dass eine wirkliche Gefährdung existiere, und die Person, die Schutzmaßnahmen ergriff, das Fehlen der Gefährdung weder erkannte noch erkennen konnte, so sollte ihre Tat beurteilt werden als wäre sie eine notwendige Verteidigung. […] In den Fällen, in denen die Person das Fehlen der Gefährdung nicht erkannte, aber den Umständen nach hätte erkennen sollen und können, unterfällt ihre Tat den Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Verantwortlichkeit für fahrlässiges Handeln. Existierte die Gefährdung nicht in Wirklichkeit und gaben die Umstände der Person keinen Grund, eine solche anzunehmen, unterfällt ihre Tat den allgemeinen Vorschriften" (eigene Übersetzung); Oberstes Gericht Udmurt, Urteil v. 13. Oktober 2015; Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/; die Berücksichtigung der subjektiven Sicht zumindest für den Exzess befürwortend Aghayev, Russian Criminal Law, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hätte.[842] Anders als die bisher untersuchten Rechtsordnungen unterscheidet das russische Recht also nicht nur zwei Fälle (vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtum) sondern drei (völlig irrationalen, vermeidbaren und unvermeidbaren Irrtum). Dieses Ergebnis entsprach bereits der Rechtslage in der Sowjetunion, die das Plenum des Oberstes Gerichts in zwei Resolutionen[843] ausdrücklich klargestellt hatte.[844] Auf Grundlage des auch im russischen Strafrecht verbreiteten viergliedrigen Deliktaufbaus[845] wird diese Lösung wie im chinesischen Recht damit begründet, dass bei der Putativnotwehr die erforderliche Schuld (iSv mens rea), also die subjektiven Aspekte fehlen, weil der Täter die Sozialgefährlichkeit seiner Tat nicht erkennt,[846] würde das Bestehen eines Notrechts eben diese Sozialgefährlichkeit doch verneinen.[847] Manche Autoren halten diese Begründungsweg nur im Wege einer Analogie für gangbar.[848] Andere greifen auf den Rechtsirrtum zurück.[849]

Dieselben Grundsätze gelten für den ebenfalls objektiv formulierten Notstand iSd Art. 39 StGB („Äußerste Notwendigkeit", Крайняя необходимость).[850] Sieht man einmal von den unterschiedlichen Schuldbegriffen ab, gelangt das russische Recht zumindest für den nicht völlig ir-

842 Plenum des Oberstes Gericht, Resolution Nr. 19 v. 27. September 2012, Rn. 16; Kommentar zu Art. 37 StGB, Rn. 4, https://www.zakonrf.info/uk/37/; Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

843 Solche Resolutionen binden die unteren Instanzen und werden daher überwiegend zu den Rechtsquellen gezählt, vgl. Butler, in: Butler/Maggs/Quigley, Law After Revolution, S. 99 (113 f); Butler, Russian Law, S. 94.

844 Butler, in: Butler/Maggs/Quigley, Law after Resolution, S. 99 (116, 122); Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

845 Dazu s.o. Fn. 827; Badar, Concept of Mens Rea, S. 178–185; Aghayev, Russian Criminal Law, S. 78, ausf. zu den vier Elementen S. 91–194; Marchuk, Fundamental Concept of Crime, S. 54–60; Paramonova, in: Sieber/Forster/Silverman, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 92–95.

846 Dieses Erfordernis folgt aus Art. 5 (1), 28 (1) des russischen StGB (auch wenn die Definition der Fahrlässigkeit in Art. 26 (2) auf Art. 28 (1) nicht richtig abgestimmt ist, Schroeder, StGB der Russischen Föderation, Einführung, S. 20 f); vgl. auch Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132.

847 S.o. Fn. 836.

848 Gleb Bogush im persönlichen Schriftverkehr.

849 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132, 136.

850 Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 132, 140.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rationalen Irrtum zum selben Ergebnis wie China und die Rechtsprechung in Deutschland.

Da Art. 25 des russischen StGB für Vorsatzdelikte grundsätzlich indirekten Vorsatz genügen lässt, mag ein Fehlverdacht schädlich sein, wenn die angenommene Wahrscheinlichkeit der das Notrecht begründenden Umstände das für bedingten Vorsatz erforderliche Maß übersteigt.[851] Dafür reicht aus, dass der Täter „foresaw the possibility of the onset of socially dangerous consequences, did not wish, but consciously allowed these consequences or treated them with indifference" (Art. 25 (3) russisches StGB).[852] Erörtert wird dieser Fall indes, soweit ersichtlich, nicht.

7. Völkerstrafrecht

Der die Notwehr und den Notstand kodifizierende Art. 31 (1) IStGHSt befreit den Täter von der strafrechtlichen Verantwortung, wenn

> „(c) The person acts reasonably *to defend himself* or herself or another person or, […] property […] *against an imminent and unlawful use of force* in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. […]
> (d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court *has been caused by duress resulting from a threat* of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided."

Während die objektiv gefasste Formulierung der Notstandsvoraussetzungen eindeutig für ein ex-post-Vorliegen streitet, belässt die bei der Notwehr gewählte „um-zu"-Konstruktion wie die chinesische Norm einen gewissen Spielraum. Dennoch ist sich die Literatur einig: Notwehr-[853] wie Not-

851 Romanow, Notwendige Verteidigung, Rn. 2.3.

852 Zu diesen Anforderungen Aghayev, Russian Criminal Law, S. 140–142; Paramonova, in: Sieber/Forster/Jarvers, National Criminal Law, Vol. 3.1, S. 440.

853 Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 45; Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, Art. 31, Rn. 1032; Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349); Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 88; Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 57; dies bei seiner Kritik am imminence-Kriterium außen vor lassend David, in: Doria/Gasser/Bassiouni, Legal Regime of the ICC, S. 757 (763).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

standslage[854] beurteilen sich ex post. Verschiedene Entwürfe, die nach dem Vorbild des Common Law das Vorliegen einer Gewaltanwendung versubjektivierten, wurden abgelehnt.[855] Das Problem von Putativnotwehr und Putativnotstand[856] kann daher nur über die Irrtumsregeln gelöst werden. Doch liegt die Antwort konstruktiv nicht auf der Hand.

Die einzige Irrtumsregel des Art. 32 IStGHSt führte in direkter Anwendung zur Unbeachtlichkeit des hier relevanten „Straffreistellungstatsachenirrtums", und zwar unabhängig davon, ob man ihn als Tatirrtum (Absatz 1) oder als Rechtsirrtum (Absatz 2) einordnete. Qualifizierte man ihn seiner Natur als Sachverhaltsirrtum entsprechend als *Tatirrtum*, schlösse er nach Art. 32 (1) IStGHSt die Täterverantwortlichkeit nur aus, wenn der Irrtum den „für den Verbrechenstatbestand erforderlichen subjektiven Tatbestand aufhebt". Jener subjektive Tatbestand (*mental elements*) setzt gemäß Art. 30 (1) IStGHSt voraus, dass der Täter bezüglich der *material elements* vorsätzlich oder wissentlich handelt. Bei diesem Begriff hatten die Schöpfer des IStGHSt jedoch ausschließlich (positiv) die objektiven Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes, nicht auch (negativ) die Abwesenheit von Straffreistellungsgründen vor Augen.[857] So definiert Art. VI (2) des Draft International Criminal Code das *material element* als *„any voluntary act or omission which constitutes part of a crime"*.[858] Auch der amerikanische Model Penal Code, der dem IStGHSt unter anderem als Vorbild diente[859] und sich in Section 1.13 (10) MPC lesen mag als umfasse das *material element* auch das Fehlen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, hält dieses Verständnis nicht konsequent durch[860] und löst das Problem der Putativnotrechte auf andere Weise.[861] Der in anderen authenti-

854 Vgl. Ambos, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, Art. 31, Rn. 1036; Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 62; hingegen ist die Frage für die Notwendigkeit und Angemessenheit der Handlung umstritten, dazu ebd. Art. 31, Rn. 58–62.

855 Eser, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 31, Rn. 45.

856 Die Kommentatoren beziehen sich vorwiegend auf die Putativnotwehr. Für den Putativnotstand kann aber nichts anderes gelten.

857 Ebenso Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 52, 56; Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (908–910, 935, 939); Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349) (jedoch diese Lösung als zu streng kritisierend, ebd. S. 350 f); vgl. auch Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (420); Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 55.

858 Bassiouni, Draft International Criminal Code, S. 115.

859 Bassiouni, Draft International Criminal Code, S. 39.

860 Vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (909).

861 S.o. 8. Kap., I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Sprachfassungen verwendete Begriff für material elements (zB éléments matériels, elementos materiales) erstreckt sich nach verbreitetem Verständnis gleichfalls nicht auf „negative Tatbestandsmerkmale".[862] In direkter Anwendung des Art. 32 (1) IStGHSt wäre der „Straffreistellungstatsachenirrtum" daher wohl unbeachtlich.[863] Die Annahme eines *Rechtsirrtums* iSd Art. 31 (2) IStGHSt – den der hier relevante Irrtum zumindest regelmäßig nach sich zieht[864] – führte zu demselben Ergebnis, da nach dem dann anwendbaren Art. 32 (2) S. 2 IStGHSt der Irrtum auch hier die Strafbarkeit nur ausschlösse, wenn er den subjektiven Tatbestand aufhebt.[865]

Es bestehen jedoch Zweifel daran, dass Art. 32 IStGHSt den „Straffreistellungstatsachenirrtum" überhaupt erfasst.[866] Zwar erlangte diese Norm nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn man sie ihrem Wortlaut entsprechend („only if") als abschließende Regelung sämtlicher Sachverhaltsirrtümer begriffe.[867] Doch sollte Art. 32 (1) IStGHSt entsprechend der Tradition im Common Law[868] tatsächlich nur klarstellen, was sich bereits aus Art. 30 (1) IStGHSt ergibt, nämlich dass bei einem Sachverhaltsirrtum über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals die strafrechtliche Verantwortlichkeit entfällt.[869] Normzweck war es daher nicht, Sachverhaltsirrtümer abschließend zu regeln. Art. 32 (2) IStGHSt wiederum erscheint nicht

862 Ausf. zu dieser Frage s. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (908–910).

863 Sadat Wexler, Model Draft Statute, S. 57 nimmt einen beachtlichen Tatirrtum noch unter Zugrundelegung einer zuvor diskutierten, später aber verworfene Version des Art. 32 (vorher Art. 30) IStGHSt an, vgl. ebd. S. 55.

864 Vgl. Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32 Rn. 14 (die den Irrtum dennoch wie einen Tatirrtum behandeln wollen, s.u. Fn. 871).

865 Wie hier Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421 f); Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941 f); hingegen verzichten Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 38 f im Falle der Unvermeidbarkeit des Irrtums auf diese Voraussetzung; sie wird nur ausnahmsweise bejaht, vgl. Ambos, Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1 (29); Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941) und Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (423 f); str. ist auch, ob die Berücksichtigung des Irrtums im Ermessen des Gerichts steht, dazu Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (941 f); dagegen etwa Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421 f).

866 Vgl. Kreß, HuV 1 (1999), S. 4 (8).

867 Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 56.

868 Eine entsprechende Regel existiert etwa in Section 2.04 (1) (a) MPC.

869 S. etwa Preparatory Committee Draft, Art. 30, Fn. 21; zur entsprechenden Regel im Common Law s. LaFave, Substantive Criminal Law, S. 395 f; Ormerod/Laird, Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl., S. 374; daher wird die Norm auch als redundant kritisiert, vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute,

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf den „Straffreistellungstatsachenirrtum“ zugeschnitten, weil dieser einen Sachverhaltsirrtum darstellt. Die unmittelbare Gegenüberstellung von Tat- und Rechtsirrtum in zwei Absätzen derselben Norm und deren strukturell ähnliche Formulierung legen auch nahe, dass der zweite Absatz originäre Rechtsirrtümer erfassen und nicht als Auffangtatbestand für sämtliche Irrtümer fungieren sollte, die nicht unter Absatz 1 fallen.[870] In diese Richtung weist auch der explizit erwähnte Rechtsirrtum in Satz 1 des Art. 32 (2) darüber, ob ein Verhalten den Tatbestand eines der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegenden Verbrechens erfüllt.

Zu Recht hat sich daher die Auffassung durchgesetzt, dass es im IStGHSt an einer abschließenden Regelung von „Straffreistellungstatsachenirrtümern“ fehlt und diese Lücke im Wege einer Analogie zu Art. 32 (1) IStGHSt geschlossen werden muss, sodass die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat entfällt.[871] Denn der Straffreistellungstatsachenirrtum entspricht strukturell dem Tatirrtum. Es wäre wertungswidersprüchlich, beide unterschiedlich zu behandeln, zumal die Qualifikation eines Umstandes als Tatbestandsmerkmal oder Straffreistellungsgrund (wie etwa bei dem Einverständnis des Opfers) bisweilen zufällig erfolgt ist.[872] Hätten sich die Gründer des IStGH bewusst dafür entschieden, Straffreistellungstatsachenirrtümer unberücksichtigt zu lassen, müsste es dafür Anhaltspunkte geben angesichts dessen, dass dieses Verständnis den Rechtsordnungen des Civil Law, des Common Law und sogar dem russischen und chinesischen Recht fremd wäre.[873] Auch die Rechtsprechung der Nürnber-

---

S. 889 (934); Schabas, Eur. J. Crime Crim. L. Crim. Jus. 4 (1998), S. 84 (110); Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 11.

870 Anders Korte, ZIS 9 (2008), S. 419 (421), der offenbar annimmt, Art. 32 umfasse sämtliche Irrtümer, und der die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum für verzichtbar hält.

871 Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (945); ähnlich Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 14 (einen Rechtsirrtum annehmend, ihn aber wie einen Tatirrtum behandelnd); Ambos, AT des Völkerstrafrechts, S. 808–810 (unmittelbar einen Tatirrtum annehmend und sich der Analogie nur im Hinblick darauf bedienend, dass der Irrtum das *mental element* ausschließt), ähnlich ders., Criminal Law Forum 10 (1999), S. 1 (30) (die error-iuris-non-nocet-Regel dürfe nicht ausnahmslos angewendet werden); neben einer fehlenden abschließenden Regelung durch Art. 32 IStGHSt auch die Lösung über die Einbeziehung negativer Tatbestandsmerkmale in Art. 30 IStGHSt für möglich haltend Kreß, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor III 26, Rn. 56; aA van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility, S. 282 f; Yeo, Curr. Iss. Crim. Jus. 19 (2003), S. 345 (349–351).

872 Vgl. Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (945).

873 Für die hier untersuchten Rechtsordnungen s.o. 8. Kap., I. 1.-6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ger Nachfolgeprozesse brachte zum Ausdruck, dass die tatsächlichen Voraussetzungen von Notwehr und Notstand „from the standpoint of the honest belief of the particular accused" zu beurteilen seien.[874] Insgesamt erscheint es daher überzeugend, dass ein in Putativnotwehr oder -notstand handelnder Völkerstraftäter nicht wegen vorsätzlicher Tat zu bestrafen ist. Die genaue dogmatische Begründung bleibt dabei jedoch offen. War der Irrtum vermeidbar, kommt eine Fahrlässigkeitstat in Betracht.[875] Angesichts der geringen Zahl vollständiger Fahrlässigkeitsdelikte im IStGHSt[876] ist dies kaum von praktischer Relevanz. Da der „unlawful use of force" iSd Art. 31 (3) IStGHSt, gegen den sich das Opfer verteidigen darf, nicht schuldhaft sein muss,[877] darf sich das Opfer auch gegen den unvermeidbar irrenden Täter zur Wehr setzen.

Ob diese Lösung auf den falschen Verdacht der Existenz tatsächlicher Voraussetzungen eines Straffreistellungsgrundes ausgedehnt werden kann, ist fraglich. Selbst der (ohnehin anfechtbare) Rückgriff auf die allgemeinen Vorsatzregeln hilft nur bedingt weiter, ist doch bis heute umstritten, ob bedingter Vorsatz bzw. recklessness die Anforderungen des *intent* iSd Art. 30 IStGHSt erfüllt, den die meisten Verbrechen des Statuts voraussetzen.[878] Die Rechtsprechung des ICC legt die Hürde relativ hoch an,[879] was dafür spräche, dass auch das bloße Für-Möglich-Halten des Fehlens der tat-

874 US v. Alfried Krupp, Law Reports of Trials of War Criminals, S. 148; dazu Jescheck, Verantwortlichkeit der Staatsorgane, S. 380; ähnlich das Urteil des US General Military Government Court in Ludwigsburg vom 9.-10. November 1945 im Fall Erich Weiss and Wilhelm Mundo, das zwei deutsche Polizisten freisprach, die einen US-Fallschirmspringer nach seiner Landung auf deutschem Boden töteten, als dieser nach seiner Festnahme seine Hand plötzlich zu seiner Tasche bewegte, obwohl sich später keine Anhaltspunkte dafür finden ließen, dass er die Polizisten tatsächlich hatte angreifen wollen, s. Cassese/Gaeta, Cassese's International Criminal Law, S. 211 f.

875 Denn auch wenn Art. 32 (1) IStGHSt für den vermeidbaren Tatirrtum keine Regelung trifft, soll die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt bleiben, Triffterer/Ohlin, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute, Art. 32, Rn. 27.

876 So etwa Art. 28 (a) und (b) IStGHSt. Andere Normen lassen nur für einzelne Tatbestandsmerkmale Fahrlässigkeit genügen, zB Art. 8 (2) (b) (xxvi) IStGHSt, Element (3).

877 Cassese, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 951 (952).

878 Gegen die Einbeziehung van Sliedregt, Individual Criminal Responsibility, S. 47; differenzierend Eser, in: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute, S. 889 (933); offener demgegenüber Piragoff/Robinson, in: Triffterer/Ambos, Rome Statute on the Rome Statute, Art. 30 Rn. 22.

879 PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Bemba, 15 June 2009, Rn. 360–369 und TC II, Katanga, 7. März 2014, Rn. 775–777 (bloße Möglichkeit

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sächlichen Voraussetzungen des Straffreistellungsgrundes nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit wegen *intent* zu begründen. Andererseits darf die hier befürwortete Analogie auch nicht überstrapaziert werden. Auch in den nationalen Rechtsordnungen ist dieses Problem noch weitgehend ungeklärt.[880] Auf Grundlage des positiven Rechts kann daher noch keine abschließende Antwort gegeben werden.

8. Zwischenergebnis

In der Zusammenschau können auf der Basis der jeweils herrschenden Ansicht folgende Zwischenergebnisse festgehalten werden.

(1) Sämtliche untersuchte Rechtsordnungen berücksichtigen unvermeidbare Irrtümer bei der Notwehr zugunsten des Täters. Sie führen zur Straflosigkeit des Täters – mit Ausnahme des chinesischen Rechts, in dem regelmäßig eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bleibt.

(2) Vermeidbare Irrtümer bei der Notwehr führen überwiegend (so in Deutschland, Frankreich, dem Model Penal Code und einigen US-Bundesstaaten, China und dem Völkerstrafrecht) nur zu einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit. In vielen US-Bundesstaaten wird eine vorsätzliche Tat angenommen; in Russland nur dann, wenn für den Irrtum überhaupt kein Anlass bestand, ansonsten handelt der vermeidbar irrende Täter fahrlässig. Im Vereinigten Königreich entfällt die Strafbarkeit auch hier komplett.

(3) Die Begründung, mit der unvermeidbare Irrtümer berücksichtigt werden, ist uneinheitlich. Dies geht zum Teil auf die unterschiedlichen Verbrechensaufbauten, zum Teil aber auch auf die konzeptuell verschiedene Behandlung der Putativnotwehr zurück. In Frankreich, den USA und England wird diese behandelt wie die echte Notwehr, wobei in England die Straflosigkeit letztlich mit dem Entfallen der mens rea begründet wird. In Deutschland entfällt nach der Rechtsprechung die Schuld, während Teile der Literatur annehmen, dass es am Unrechtsvorsatz fehle. In China und Russland wird angenommen, dass der Vorsatz in Bezug auf die Sozialgefährlichkeit des Verhaltens und damit die Schuld iSd „subjektiven Aspekte" zu verneinen seien. Offen bleibt die genaue Begründung für das Entfallen der Vorsatzstrafbarkeit im Völkerstrafrecht.

---

genügt nicht, „virtual certainty" ist erforderlich); PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, Lubanga, 29. Januar 2007, Rn. 352 (Täter muss sich mit Risiken abgefunden haben).

880 S.o. 8. Kap., I. 1.-6.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Trotz dieser unterschiedlichen Begründungen und obwohl dies nicht überall gleichermaßen einleuchtet, bleibt in allen untersuchten Rechtsordnungen das Notwehrrecht des Opfers unberührt. Hat das Opfer die Gewaltanwendung des anderen absichtlich provoziert, wird ihm das Notwehrrecht überwiegend verwehrt.

(5) In Deutschland, vielen US-Bundesstaaten, China, Russland und im Völkerstrafrecht wird der Putativnotstand behandelt wie die Putativnotwehr. In Frankreich ändert sich nur die Begründung für die Straflosigkeit wegen eines Vorsatzdeliktes: Während die (vernünftige) Putativnotwehr einen objektiven Strafausschließungsgrund darstellt, führt der Putativnotstand nur zu einem Irrtum, einem subjektiven Strafausschließungsgrund. Im Vereinigten Königreich werden anders als bei der Notwehr beim Notstand nur vernünftige Irrtümer berücksichtigt.

(6) Beim Fehlverdacht zeichnet sich keine Tendenz ab. In vielen Rechtsordnungen wird diese Frage überhaupt nicht diskutiert und es kann nur ausgehend von den jeweils geltenden Grundsätzen vermutet werden, wie die Lösung lauten müsste. In den Rechtsordnungen, in denen eine Debatte existiert, wird der Fehlverdacht nur in relativ engen Grenzen berücksichtigt: So bleibt er in Deutschland nach hM unberücksichtigt, sobald der Täter das Fehlen einer Rechtfertigungslage ernsthaft für möglich gehalten hat. Im Vereinigten Königreich und in den USA kommt in diesem Fall zumindest eine Strafbarkeit wegen recklessness in Betracht.

II. Schlussfolgerungen für die Fragestellung

Die erste wichtige Erkenntnis aus der Betrachtung nationalen Rechts ist, dass sich in sämtlichen untersuchten Rechtsordnungen bestimmte Fehlvorstellungen bei Notrechten zugunsten des Täters auswirken. Angesichts der aufgezeigten normativen Parallelen zwischen den völkerrechtlichen und den strafrechtlichen Notrechten[881] stützt dieser Umstand konzeptuell die These, dass auch Fehlvorstellungen von Staaten in irgendeiner Form berücksichtigt werden sollten. Das stärkt die identifizierte leichte Tendenz der Staatenpraxis in diese Richtung. Keiner der angeführten Unterschiede zwischen diesen Regimen begründet überzeugend, dass bei völkerrechtlichen Notrechten *grundsätzlich* andere Zweckerwägungen gelten als bei ihren strafrechtlichen Pendants.[882] Ebenso wenig stichhaltig ist das er-

881 S.o. 4. Kap., IV.
882 S.o. 4. Kap., IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wähnte Argument, der Grund für die Straflosigkeit des in Putativnotwehr handelnden Täters – die Strafe könne hier nicht ihre Funktion erfüllen – sei ein spezifisch strafrechtlicher, der nicht auf das Völkerrecht übertragbar sei.[883] Die Straflosigkeit des Täters begründet sich nicht erst mit der Sinnlosigkeit der Strafe, sondern damit, dass es an der Rechtswidrigkeit, dem erforderlichen Vorsatz, Unrechtsvorsatz oder der Schuld fehlt.[884] Soweit sich ein entsprechendes Element bei Art. 2 (4) UNC nachweisen lässt, ist die Berücksichtigungsfähigkeit von Fehlvorstellungen nicht auf das Strafrecht beschränkt.

Die zweite Einsicht lautet, dass – zumindest wenn man die gänzliche Straflosigkeit als Maßstab heranzieht – bei nationalen Notrechten allein unvermeidbare Irrtümer zugunsten des Handelnden berücksichtigt werden. Vermeidbare Irrtümer werden in den meisten Rechtsordnungen mindestens wegen Fahrlässigkeit bestraft. Die britische Rechtslage, die bei der Notwehr auch diese Irrtümer vollständig straflos stellt, ist ein Ausreißer aus dieser ansonsten deutlichen Tendenz. Diese Erkenntnis stützt die in der Staatenpraxis eindeutig identifizierte Einschränkung, dass nur *unvermeidbare* Irrtümer und *hinreichend wahrscheinliche* Fehlverdachtsmomente beim völkerrechtlichen Gewaltverbot berücksichtigt werden. Denn ein dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdelikt entsprechender „Auffangtatbestand" existiert im Völkerrecht nicht. Sollen sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen nicht folgenlos bleiben, muss man sie von vornherein von der Berücksichtigung bei Art. 2 (4) UNC ausklammern.

Die dritte bedeutsame Erkenntnis ist, dass vernünftige Fehlvorstellungen bei strafrechtlichen Notrechten in einigen Rechtsordnungen nur zum Entfallen der mens rea (China, Russland, Großbritannien) oder der Schuld iSv Vorwerfbarkeit (Deutschland) führen oder zumindest die vorsätzliche Strafbarkeit ausschließen (Völkerstrafrecht). Auch in denjenigen Rechtsordnungen, die nicht zwischen tatsächlicher und Putativnotwehr unterscheiden (Frankreich und USA)[885], hat das Opfer der Gewaltanwendung keine Pflicht, den Angriff zu dulden, sondern darf sich zur Wehr setzen.

883 S.o. 5. Kap., I. Fn. 10.

884 Freilich mögen diese Voraussetzungen *auch* aus strafzwecktheoretischen Erwägungen folgen, jedoch nicht allein. Schließlich ist ein Handlungsunrecht in den meisten Rechtsordnungen auch Voraussetzung der schuldrechtlichen Haftung, vgl. §§ 280 (1) S. 2, 823 (1) BGB, für die deliktische Haftung Art. 1240 Code civil (Art. 1382 a.F.); Hoffman v. Jones 280 So. 2d 431 (1973) (Fla. 1973), zur US-Rechtslage s. etwa Abraham, DePaul L. Rev. 61 (2012), S. 271–302.

885 Großbritannien bildet insoweit einen Sonderfall, weil dort die mens rea entfallen soll.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser Umstand mag die Idee begründen, dass auch im Völkerrecht Fehlvorstellungen zu keiner „objektiven", also *vollen* Rechtfertigung führen müssen, die dem anderen Staat eine Duldungspflicht auferlegt. Jedoch liegt die dogmatische Konstruktion einer solchen Lösung hier weniger deutlich auf der Hand.

9. Kapitel: *Lösungsansätze nach textorientierter Auslegung unter Berücksichtigung der IGH-Rechtsprechung und vorheriger Erkenntnisse*

Bisher wurde im Wesentlichen danach unterschieden, *ob* eine bestimmte Fehlvorstellung zugunsten des handelnden Staates zu berücksichtigen ist oder nicht. Die Fragestellung muss für die textorientierte Auslegung von Art. 2 (4) und 51 UNC[886] präzisiert werden: *In welcher Weise* können sich die verschiedenen Fehlvorstellungsarten potentiell auswirken? Fünf Lösungsmöglichkeiten erscheinen erwägenswert.[887] Sie haben unterschiedliche Auswirkungen auf die bereits erwähnten[888] Folgeaspekte des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates, der Drittstaatenbeteiligung und der Staatenverantwortlichkeit des handelnden Staates.

Die Lösung am einen Ende des Spektrums bestünde darin, die Voraussetzungen der jeweiligen Ausnahme vom Gewaltverbot ex post zu beurteilen und die betreffende Fehlvorstellung auch in keiner anderen Weise zu berücksichtigen, sodass der irrende bzw. fehlvermutende Staat das Gewaltverbot verletzte, weil die Bedingungen des Erlaubnissatzes fehlten. Bei dieser Konzeption, die die Bezeichnung *Unbeachtlichkeitslösung* verdient, trüge er das vollständige Irrtumsrisiko. Soweit die Angriffsschwelle überschritten wäre, begründete sein rechtswidriger Gewalteinsatz ein Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates.[889] Die Beteiligung eines die Umstände kennenden Drittstaates an dem Einsatz wäre ebenfalls rechtswidrig.[890] Der Art. 2 (4) UNC-Verstoß des irrenden Staates hätte seine Staatenverantwort-

886 Zum Begriff „textorientiert" s.o. 6. Kap., II. 2. a.
887 Nicht erörtert werden Ansätze, den Irrtum als eigenständigen Rechtfertigungsgrund oder als Unterfall der Force Majeure zu berücksichtigen, vgl. Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (350). Beides ist mit dem geltenden Recht zum Gewaltverbot unvereinbar.
888 S.o. 1. Kap., IV. 1.
889 S.o. 1. Kap., IV. 1. a.
890 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeit zur Folge, soweit nicht ausnahmsweise ein Ausschlussgrund iSd Kapitels V ARSIWA eingriffe.[891]

Von dieser Lösung am weitesten entfernt läge die Annahme, dass die Voraussetzungen der jeweiligen Ausnahme vom Gewaltverbot ähnlich wie im US-amerikanischen und französischen Notwehrrecht zu versubjektivieren sind. Selbstverteidigungslage, humanitäre Interventionslage und Notlage eigener Staatsangehöriger wären danach zu bejahen, wenn ein Staat (uU vernünftigerweise) *annimmt*, dass er von einem anderen Staat angegriffen wird, es zu massiven Menschenrechtsverletzungen oder der Verletzung von Leib oder Leben seiner Staatsangehörigen kommt. Ob die Annahme vernünftig sein muss oder nicht, würde darüber entscheiden, ob diese Lösung auf sorgfaltsgemäße Fehlvorstellungen beschränkt ist. Trotz der Fehlvorstellung wäre der handelnde Staat *vollumfänglich* – das heißt auch in objektiver Hinsicht – gerechtfertigt, weshalb dieser Ansatz im Folgenden als *volle Rechtfertigungslösung*[892] bezeichnet wird. Die Zugrundelegung dieses Ansatzes hätte zur Folge, dass dem Opfer der Gewaltanwendung mangels *rechtswidrigen* Angriffs kein Selbstverteidigungsrecht zustünde[893] und sich Drittstaaten grundsätzlich daran beteiligen könnten, ohne gegen Völkerrecht zu verstoßen.[894] Der handelnde Staat würde zumindest nicht wegen einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC für sein Handeln haften.[895] Das Irrtumsrisiko verlagerte sich damit vollständig auf den Opferstaat. Weil dieser Ansatz eine ex-ante-Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubnissätze voraussetzt, steht bei ihm die Auslegung der Ausnahmevorschrift – also insbesondere Art. 51 UNC – gegenüber der Auslegung von Art. 2 (4) UNC im Vordergrund.

Inspiriert von der Betrachtung nationaler Notrechte lassen sich zwischen diesen beiden Extremen zwei weitere mögliche Lösungen formulieren. Beiden liegt einerseits die Prämisse des Unbeachtlichkeitsansatzes zugrunde, dass die Voraussetzungen der Ausnahmen vom Gewaltverbot ex post vorliegen müssen, ein irrender oder fehlvermutender Staat also nicht voll gerechtfertigt ist. Dennoch verneinen sie andererseits – im Ergebnis wie der volle Rechtfertigungsansatz – eine Verletzung des Gewaltverbotes, und zwar, indem sie den Blick primär auf diese Norm richten. Die erste

891 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.
892 Zur Gleichsetzung der *Ausnahmen* vom Gewaltverbot mit *Rechtfertigung* s.u. 9. Kap., III. 4.
893 S.o. 1. Kap., IV. 1. a.
894 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.
895 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieser Kompromisslösungen führt dafür eine Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung ein und hält den handelnden Staat für *entschuldigt*, ähnlich wie die deutsche und englische Rechtsprechung den Putativnotwehrtäter. Für sie wird hier der Begriff *Entschuldigungslösung* verwendet. Die andere Lösung setzt – wie die in Deutschland vertretene Lehre vom Unrechtsvorsatz – an dem Merkmal an, das dem irrenden Staat fehlt: dem Bewusstsein, ungerechtfertigte Gewalt einzusetzen. Sollte dieses Bewusstsein (oder zumindest ein Kennenmüssen der die Rechtswidrigkeit begründenden Tatumstände) Voraussetzung für eine Verletzung des Gewaltverbotes sein, würde ein (sorgfaltsgemäß) irrender bzw. fehlvermutender Staat diese Grundnorm nicht verletzen, obgleich er objektiv ungerechtfertigt handelt. Da er nur „in subjektiver Hinsicht" gerechtfertigt wäre, wird diese Option hier als *eingeschränkte Rechtfertigungslösung* bezeichnet. Beide Ansätze hängen also maßgeblich von der Auslegung des Art. 2 (4) UNC ab. Art. 51 UNC ist indes nicht ohne Bedeutung: Denn nur soweit sich herausstellte, dass auch ein entschuldigtes oder eingeschränkt gerechtfertigtes Handeln einen Angriff im Sinne dieser Norm darstellen kann, ließen diese beiden Ansätze das Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates bestehen.[896] Die Beteiligung eines Drittstaates an dem Handeln wäre grundsätzlich rechtswidrig. Eine Haftung des handelnden Staates käme auch hier nur wegen anderer Primärpflichtverletzungen in Betracht.

Eine fünfte Möglichkeit, die auf der Skala zwischen Unbeachtlichkeitslösung und voller Rechtfertigungslösung der erstgenannten am nächsten kommt, bestünde darin, dem Opferstaat in bestimmten Fällen schlicht zu verwehren, sich auf den Gewaltverbotsverstoß des irrenden Staates zu *berufen*. Als möglicher völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt eignet sich dafür die Clean-Hands-Doktrin. Diese *Clean-Hands-Lösung* knüpft weniger an die textorientierte Auslegung als an ein allgemeines Rechtsprinzip an. Mit ihrer Hilfe ließe sich potentiell begründen, dass ein mitzuständiger Opferstaat gegen den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat keine Selbstverteidigung üben darf und sich nicht auf dessen Staatenverantwortlichkeit berufen kann. Die Beteiligung eines Drittstaates an der Gewaltmaßnahme wäre zwar rechtswidrig, dem Opferstaat aber unter Umständen wiederum verwehrt, die daraus entstehenden Rechte geltend zu machen.

Art. 2 (4) und 51 UNC werden im Folgenden auf die genannten Ansätze hin untersucht, wobei der Schwerpunkt auf der textorientierten Auslegung liegt. Die dritte Primärrechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die IGH-Rechtsprechung finden aber ebenfalls Berücksichtigung. Be-

896 S.o. 1. Kap., IV. 1. a, näher s.u. 9. Kap., III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gonnen wird an dem für den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat günstigsten Ende des Spektrums, der vollen Rechtfertigungslösung. Ließe sich keiner der anderen für ihn vorteilhaften Lösungsansätze mit der textorientierten Auslegung vereinbaren, bliebe die Unbeachtlichkeitslösung übrig.

I. Volle Rechtfertigungslösung

Sollten die Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes von vornherein (objektiv) ex ante zu beurteilen sein, würde ein Irrtum oder Fehlverdacht über die Existenz eines bewaffneten Angriffs, einer Verletzung von Staatsangehörigen oder einer humanitären Interventionslage den Einsatz von Gewalt *in objektiver Hinsicht* rechtfertigen. Diese Konzeption erscheint konzeptuell möglich. Der Einwand, dadurch finde die Verteilung des Irrtumsrisikos, die erst Sache der nachträglichen Beurteilung eines Verhaltens sei, systemwidrig Eingang in die Verhaltensnorm selbst, an der der Akteur sein Handeln ausrichtet,[897] geht fehl. Denn eine versubjektivierte Verhaltensregel ergibt durchaus Sinn: „Übe nur Selbstverteidigung, wenn du hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen oder Bevorstehen eines Angriffs hast" oder – vollkommen subjektiviert – „wenn du an das Vorliegen oder Bevorstehen eines Angriffs glaubst." Verhält sich der Handelnde entsprechend, bedarf es keiner nachträglichen Beurteilung mehr, bei der sich die Frage stellt, ob etwaige Irrtümer zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind.

Da die volle Rechtfertigungslösung von der Auslegung des jeweiligen Erlaubnissatzes abhängt, müssen diese eigenständig untersucht werden.

1. Selbstverteidigung, Art. 51 UNC

a) Wortlaut

Da der in Art. 51 UNC erwähnte Begriff „inherent right" bereits berücksichtigt wurde,[898] steht bei der Wortlautauslegung die Formulierung der

---

897 Robinson et al., J. of Legal Analysis (2015), S. 1 (38); Robinson, in: Robinson/Garvey/Ferzan, Criminal Law Conversations, S. 343 (345 f) für strafrechtliche Notrechte.

898 S.o. 6. Kap., II. 2. b.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Selbstverteidigungs*lage* im Vordergrund. In allen verbindlichen Sprachen (Art. 111 UNC) ist diese eindeutig objektiv gefasst:

Tabelle 1: Die Sprachfassungen der Selbstverteidigungslage iSd Art. 51 UNC

Chinesisch	联合国任何会员国受武力攻击时 *wortwörtlich:*[899] *wenn ein Mitglied der Vereinten Nationen mit Gewalt militärisch angegriffen wird*[900]
Englisch	if an armed attack occurs against a Member of the United Nations
Französisch	dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée
Russisch	если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации *wortwörtlich: wenn sich ein bewaffneter Angriff auf das Mitglied der Organisation ereignet haben wird*[901]
Spanisch	en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas

In keiner Sprachfassung wurde eine Formulierung gewählt wie „if the state *believes* that an armed attack occurs". Die spanische Fassung mag mit dem Ausdruck „*en caso* de ataque armado" etwas offener formuliert sein als die übrigen fünf Sprachfassungen, weil sie kein Prädikat wie „occurs", „est l'objet" usw. enthält, das einen *tatsächlich* bevorstehenden oder begonnenen Angriff nahelegt. Auch der Ausdruck „en caso" ist aber für sich genommen objektiv.

Grundsätzlich muss mit einer objektiv gefassten Formulierung nicht zwingend gemeint sein – und sie auch nicht unbedingt so *verstanden* werden –,[902] dass der maßgebliche Umstand ex post vorliegen muss. In vielen strafrechtlichen Lehrbüchern oder Kommentaren etwa werden die Voraus-

899 Da bei wörtlichen Übersetzungen aus Synonymfeldern ausgewählt werden muss, steckt darin freilich bereits eine Interpretation, Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 300.

900 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 299, 305 schlägt vor: „*wenn ein Mitglied der Vereinten Nationen einem militärischen Angriff ausgesetzt ist*". Auch hierbei handelt es sich um eine objektive Formulierung.

901 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 298 unter näherer Auseinandersetzung mit der perfektiven Futurform von „sich ereignen" (произойдет).

902 Sowohl die *vom Normschöpfer gemeinte* als auch die *vom Leser verstandene* Bedeutung sind für die Bestimmung der gewöhnlichen Bedeutung eines Begriffs relevant, s. näher T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (817 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzungen der Notwehr zunächst in objektiven Begriffen dargelegt und erst im Anschluss erörtert, aus welcher Sicht sich das Vorliegen dieser Voraussetzungen beurteilt, ohne dass sich darin ein Widerspruch offenbart.[903] Es ist dann offenkundig, dass die objektive Formulierung zunächst schlicht deshalb gewählt wurde, weil sie die kürzeste ist und das Augenmerk des Autors an dieser Stelle noch nicht auf der Perspektive lag.[904] Auch staatliche Akteure verwenden oft objektive Formulierungen, wenn die maßgebliche Sichtweise im konkreten Fall nicht von Bedeutung ist.[905] Freilich müssen an die Formulierung einer *rechtlichen Vorschrift* andere Anforderungen gestellt werden als an einen wissenschaftlichen Text oder die fallbezogene, mündliche Äußerung eines Akteurs, zumal sich in Art. 51 UNC, anders als in Lehrbüchern oder Kommentaren üblich, *keine* weitere Aussage zur Perspektive anschließt:[906] Eine Norm muss die Tatbestandsmerkmale abstrakt und möglichst prägnant definieren. Wie gesehen, werden zwar auch die tatsächlichen Voraussetzungen von Ausschlussgründen iSd Kapitel V ARSIWA,[907] Eingriffsbefugnissen in Menschenrechte[908] sowie Notwehr- und Notstandsnormen des nationalen Strafrechts[909] bisweilen ex ante beurteilt, ohne dass im objektiv formulierten Wortlaut eine unüberwindbare Hürde gesehen wird. Prima facie ist ein gewisser Widerspruch zum objektiven Wortlaut aber nicht bestreitbar. Hinzu kommt, dass die strafrechtliche Notwehr im US-amerikanischen Recht[910] bereits

903 Einen solchen empirischen Ansatz befürworten auch T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (828–836); vgl. für die Linguistik Baker/Hardie/McEnery, A Glossary of Corpus Linguistics, S. 65; McEnery/Hardie, Corpus Linguistics, S. 49.

904 Man kann einen Vergleich zum generischen Maskulinum ziehen: Kritiker wenden dagegen ein, dass der Begriff „die Bürger" nur auf natürlich männliche Personen bezogen sei. Dabei ist das generische Maskulinum für sich genommen geschlechtsneutral. Sein Verwender setzt sich in dem Moment nicht mit natürlichen Geschlechtern auseinander, weil es ihm um etwas anderes geht, Eisenberg, Wenn das Genus mit dem Sexus, FAZ v. 28. Februar 2018. Zu pragmatischen Erwägungen bei der Wortlautauslegung T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (823).

905 S.o. 7. Kap. I.

906 Zur Berücksichtigung der jeweiligen „speech community" T. Lee/Mouritsen, Yale L. J. 127 (2018), S. 788 (827 f).

907 S.o. 2. Kap., III.

908 S.o. 2. Kap., II.

909 S.o. 8. Kap., I. 3. (USA), 4. (Großbritannien).

910 MPC and Commentaries, § 3.04, S. 35; vgl. Nelson v. State 42 Ohio App. 252 (1932); Marts v. State 26 Ohio St. 162 (1875): „Homicide is justifiable on the

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1945 subjektiv formuliert wurde,[911] eine entsprechende Formulierung also im Grundsatz bekannt war, sodass man sie für Art. 51 UNC hätten wählen können, hätte man eine ex-ante-Beurteilung zugrunde legen wollen. Auch belegt dieser Umstand, dass sich Normsetzer der Bedeutung der Formulierung von Erlaubnissätzen für die maßgebliche Perspektive durchaus bewusst sind. Insgesamt ist der Wortlaut daher ein Indiz gegen die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage.

Der Wortlaut enthält auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die maßgebliche Perspektive für *reaktive* Selbstverteidigung eine andere sein soll als für *antizipierte*. Selbst wenn dem Gewohnheitsrecht bei letzterer eine besondere Bedeutung zukommt – weil insbesondere die chinesische, französische und spanische Sprachfassung der Charta nur *Raum* für diese Ausprägung des Selbstverteidigungsrechts lassen[912] – erscheint die objektive Formulierung von Art. 51 UNC mit einem objektiv ex ante zu beurteilenden antizipierten Selbstverteidigungsrecht kaum vereinbar.[913] Etwas anderes mag allenfalls für die bloße Fehlprognose gelten: Denn steht der Wortlaut antizipierter Selbstverteidigung als solcher nicht entgegen, muss das objektive Vorliegen einer Selbstverteidigungslage wohl nicht allein deshalb verneint werden, weil sich eine tatsächlich bestehende Angriffsgefahr letztlich nicht *realisiert* hätte. Denn damit verwirklicht sich nur das prognostische Risiko, das antizipierter Selbstverteidigung inhärent ist.

b) Systematik

Art. 51 ist im siebten Kapitel der Charta, und damit in demselben Kapitel wie Art. 39, 42, den Grundlagen kollektiver Gewaltanwendungen, verortet. Die gemeinsame Kapitelüberschrift „Action with respect to Threats to the

---

ground of self-defense, where the slayer, in the careful and proper use of his faculties, *bona fide believes, and has reasonable ground to believe*, that he is in imminent danger of death or great bodily harm, and that his only means of escape from such danger will be by taking the life of his assailant, although in fact he is mistaken as to the existence or imminence of the danger. The fact of the existence of such danger is not an indispensable requirement." [Hervorhebung hinzugefügt], zur heutigen Rechtslage s.o. 8. Kap., I. 3. und 4. Der maßgebliche britische Präzdenzfall Gladstone Williams stammt erst aus 1983.

911 Auch Art. 51 (5) (b) und Art. 57 (2) (a) (iii) ZP I zu den Genfer Abkommen von 1977 sind ausdrücklich subjektiv formuliert, s.o. 2. Kap., I.

912 S.o. 1. Kap., I. 2 und 6. Kap., II. 1.

913 Für den Vorrang der Charta bei Unvereinbarkeit s.o. 6. Kap., II. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression" legt es auf den ersten Blick nahe, dass die im siebten Kapitel aufgeführten Bedrohungen, Friedensbrüche und Angriffshandlungen nach einer einheitlichen Perspektive zu beurteilen sind. Sollte die Gefahrenlage iSd Art. 39, 42 UNC (objektiv) ex ante zu beurteilen sein,[914] wäre es daher zumindest begründungsbedürftig, für Art. 51 UNC von etwas anderem auszugehen. Mit den Zweckrichtungen kollektiver und unilateraler Erlaubnissätze, die unterschiedlicher nicht sein könnten, wurde ein solcher Grund jedoch bereits identifiziert: Der amtsrechtliche Charakter[915] kollektiver Gewalt lässt es legitim erscheinen, mit Fehlvorstellungen hier großzügiger zu verfahren als bei unilateralen Gewalteinsätzen, die der Ausübung eines Notrechtes gleichstehen.[916] Dass sich Art. 39–42 und 51 im selben Kapitel befinden, wird ihrer unterschiedlichen Rechtsnatur nicht gerecht. Ein stichhaltiges Argument für die volle Rechtfertigungslösung lässt sich daher nicht daraus herleiten.

Umgekehrt überzeugt aber auch die systematische Erwägung nicht, dass für die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen kein Raum bestehe, weil Art. 51 UNC als Ausnahme von Art. 2 (4) UNC per se restriktiv auszulegen sei. Zwar wird im Völkerrecht verbreitet allgemein von der restriktiven Auslegung von Ausnahmen ausgegangen.[917] Von diesem pauschalen Prinzip lassen sich für die konkrete Auslegungsfrage indes selten verlässliche Schlüsse ableiten. Denn zum einen lässt sich dieser Regel regelmäßig mit gegensätzlichen pauschalen Prinzipien begegnen. Für die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen spräche etwa der notwendige effet utile[918] des Selbstverteidigungsrechts. Zum anderen können sachliche Gründe stets eine weite Auslegung der Ausnahme erforderlich machen, ohne dass dadurch der Grundsatz in Abrede gestellt wird.[919] Die Regel von der restriktiven Auslegung von Ausnahmen mag sich dafür eignen, die literarische Gruppierung der „Restriktivisten" von den „Nicht-Restriktivisten" abzu-

914 S.u. Teil 4.
915 S.o. 4. Kap., III.
916 S.o. 4. Kap., IV.
917 S. Crema, EJIL 21 (2010), S. 681 (692 f); Anwendungsbeispiele sind ECHR (Plenary), Klass et al. v. Germany, 5029/71, 1978, Rn. 42; GATT Panel, Canada – Import Restrictions on Ice Cream and Yoghurt, Entscheidung v. 5. Dezember 1989, Rn. 59; NAFTA Tribunal, Canfor v. USA und Terminal Forest v. USA, Entscheidung v. (2006) Rn. 185, 187.
918 Dazu Crema, EJIL 21 (2010), S. 681 (689 f).
919 Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grenzen.[920] Doch ein überzeugendes systematisches Argument lässt sich daraus kaum ableiten.[921] Insgesamt ist die Systematik daher unergiebig.

c) Telos

Ein starkes Argument für die volle Rechtfertigungslösung ist der (später noch näher begründete)[922] Verhaltenspflichtcharakter des sich aus dem Zusammenspiel von Selbstverteidigungsrecht und Gewaltverbot ergebenden Verbotes, *keine unilaterale Gewalt anzuwenden außer in Selbstverteidigung*.[923] Dass das Selbstverteidigungsrecht Gewalt nur erlaubt und nicht dazu verpflichtet, stellt den Verhaltenspflichtcharakter jenes Verbotes nicht in Abrede, da es die Umrisse des verbotenen Verhaltens zweifellos mitdefiniert.[924] Ein Staat aber kann sein Verhalten nur an der objektiven ex-ante-Sicht auf die Tatbestandsmerkmale des Erlaubnissatzes ausrichten[925] und Unmögliches von ihm nicht verlangt werden (ultra posse nemo obligatur).[926] Eine Norm, die die Erlaubnis nicht endgültig im Handlungsmoment erteilt, sondern nachträglich wieder entfallen lassen kann, eignet sich nicht zur Verhaltenssteuerung, weil ihr Normbefehl unklar ist.[927] Dem würde durch die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage Rechnung getragen. Auch das Risiko von Missbrauch dieses Ansatzes – indem ein Staat die Behauptung vorschöbe, an einen Angriff geglaubt zu haben – ließe sich eindämmen, indem man auf die *objektive* ex-ante-Sicht ab-

920 S. 6. Kap., II. 2.
921 Ähnlich Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 307–309.
922 S.u. 9. Kap., III. 3. a.
923 Alternativ ließe sich das Selbstverteidigungsrecht als selbstständige Rechtsnorm verstehen, die den vom Gewaltverbot ausgehenden Normbefehl aufhebt, Gössel, FS Triffterer, S. 93 (96) für strafrechtliche Rechtfertigungsgründe. I. Erg. ergäben sich daraus keine Unterschiede.
924 Für strafrechtliche Verbote und Erlaubnissätze Rudolphi, GS Schröder, S. 73 (80); Wolter, Objektive und personale Zurechnung, S. 39; diesem Umstand dennoch Bedeutung beimessend Gössel, FS Triffterer, S. 93 (98–102).
925 Für das Notwehrrecht Rudolphi, GS Schröder, S. 73 (S. 81), der damit die ex-ante-Beurteilung von Geeignetheit und Erforderlichkeit begründet; weitergehend noch (für alle Erlaubnissätze) Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371 (378, 381); ebenso Freund, GA (1991), S. 347 (406 f); Wolter, Objektive und personale Zurechnung, S. 38; Armin Kaufmann, FS Welzel, S. 393 (400 f) beurteilt zwar auch die Notwehrlage ex ante, führt diesen Gedanken aber nicht an; zu dieser Überlegung für Verhaltensnormen allgemein Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
926 Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
927 Für das Notwehrrecht Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellte. Anforderungen an die vom Handelnden zu erbringenden Beweise könnten diese Hürde prozessual flankieren.

Die entscheidenden teleologischen Argumente gegen die volle Rechtfertigungslösung sind andere. Sie entsprechen den Gründen dafür, dass Fehlvorstellungen auch bei strafrechtlichen Notrechten nicht *objektiv*, also vollständig rechtfertigen (Deutschland, China, Russland, das Völkerstrafrecht und – in der Begründung – England) bzw. zumindest keine Pflicht des Opferstaates begründen, die irrtumsbehaftete Gewalt zu dulden (Frankreich, USA): Denn eine unmittelbare Versubjektivierung der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts reduzierte dieses *vollständig* auf eine Verhaltensnorm und blendete objektive Wertaspekte wie die Rechte des Opferstaates völlig aus.[928]

Zunächst würde durch die Versubjektivierung der Selbstverteidigungslage der eigentliche Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts verfehlt. Das völkerrechtliche Notrecht des Art. 51 UNC dient der Auflösung einer *echten* Interessenkollision zwischen Souveränität und territorialer Integrität des Angreiferstaates und der des Verteidigerstaates, die mit dem bewaffneten Angriffs entsteht.[929] Diese Norm verpflichtet den Angreifer zur Duldung der Verteidigungsmaßnahme, weil er diese Interessenkollision selbst heraufbeschworen hat. Würde die Selbstverteidigungslage ex ante beurteilt, wäre Selbstverteidigung im Irrtumsfalle *objektiv erlaubt*, obwohl es an einer echten Interessenkollision fehlte und die Rechtsgüter des vermeintlich Angegriffenen auch dann unversehrt geblieben wären, wenn er nicht gehandelt hätte.

War der Opferstaat für die Fehlvorstellung *unzuständig*, würde darüber hinaus ein deutlicher normativer Widerspruch sichtbar: Der Opferstaat müsste den Gewalteinsatz ohne eigenes Selbstverteidigungsrecht dulden und damit das vollständige Irrtumsrisiko schultern, obwohl er Unbeteiligter ist und der Gewalt anwendende Staat auf die Dauer gesehen die Vorteile aus der Subjektivierung zöge: Da das Risiko einer Fehlentscheidung nicht auf ihm lastete, könnte er insgesamt weniger zögerlich zur Selbstverteidigung greifen und seine Souveränität und territoriale Unversehrtheit effektiver sichern. Dieser Wertungswiderspruch bestünde, wenn auch in geringerer Schärfe, selbst dann, wenn die Fehlvorstellung für den Handelnden unvermeidbar war, sie also weder in der einen noch in der anderen Sphäre ihren Ursprung hat. Anders als im Strafrecht, in dem die eine

928 Dazu bereits oben 8. Kap., I. 1.; zu den Strafrechtsordnungen s.o. 8. Kap., I. 1.-7.

929 Entsprechend zu strafrechtlichen Notrechten Schroth, FS Arthur Kaufmann, S. 595 (606), zu diesem Schutzzweck s.o. 4. Kap., I., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Versubjektivierung der Notwehrlage befürwortenden Stimmen dem Opfer einer Putativnotwehrhandlung mangels *objektiv rechtswidrigen Angriffs* zwar kein Notwehrrecht, jedoch ein Notstandsrecht zugestehen können,[930] stünde dem Opfer im Völkerrecht kein anderes Notrecht zur Verfügung.[931] Das dadurch entstehende Ergebnis könnte auch eine Parallele zur Rechtsfigur des Aggressivnotstandes nicht legitimieren. Denn beim Aggressivnotstand wird eine für die drohende Gefahr unzuständige Partei zur Duldung der Beeinträchtigung ihrer Interessen verpflichtet, weil das geschützte Interesse das beeinträchtigte *tatsächlich* überwiegt. Ansonsten ist die Handlung weder objektiv nützlich, noch kann sie eine „Mindestsolidaritätspflicht" begründen und so den Eingriff in Rechte eines Unbeteiligten legitimieren.[932] Wie festgestellt, steigerte die Befugnis, auch auf vorgestellte Gefahrenlagen zu reagieren, zwar die Effektivität des Selbstverteidigungsrechts insgesamt und schützte damit auch ein tatsächliches Interesse. Doch würde diese nur *mittelbare* Erhöhung des Schutzniveaus die unmittelbare Beeinträchtigung der Souveränität und territorialen Unversehrtheit des unbeteiligten Staates nie in ihrer Schwere überwiegen. Im Übrigen sind Effektivitätsgesichtspunkte bei völkerrechtlichen Notrechten allgemein von geringerer Bedeutung als bei völkerrechtlichen Amtsrechten, bei denen das Vertrauen in den wirksamen Schutz durch das Gewaltmonopol des SR auf dem Spiel steht.[933]

War der Opferstaat für die Fehlvorstellung *mitzuständig*, träte unter Zugrundelegung der vollen Rechtfertigungslösung kein so deutlicher normativer Widerspruch zu Tage. Auch hier ist aber fraglich, ob die Parallele zum Defensivnotstand als Legitimation für den Verlust des Selbstverteidigungsrechts trägt, da der Opferstaat zwar die Fehlvorstellung, auch hier aber keine *echte* Interessenkollision heraufbeschworen hat, die erforderlich scheint, um eine objektive, also *volle* Rechtfertigungswirkung zu begründen.

Eine volle Rechtfertigung führte schließlich dazu, dass Drittstaaten den irrenden bzw. fehlvermutenden Staat in rechtmäßiger Weise unterstützen könnten, selbst wenn sie keiner Fehlvorstellung unterlägen – solange ihr Verhalten nicht eine eigenständige Gewalthandlung iSd Art. 2 (4) UNC

930 So Stimmen in Deutschland, s.o. 8. Kap., I. 1. Fn. 735; zur Frage, ob der rechtswidrige Angriff zumindest ein Handlungsunrecht voraussetzt, s.u. 9. Kap., III. 2.

931 Zu einem ähnlichen Argument dagegen, dass der bewaffnete Angriff vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen muss, s.u. 9. Kap., III. 2. Fn.1073.

932 Zu diesen Begründungen des Aggressivnotstandes im nationalen Strafrecht s.o. 4. Kap., I.

933 S.o. 4. Kap., II.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darstellte.[934] Korrigieren ließe sich dieses unbillige Ergebnis allenfalls mit Gesichtspunkten von Treu und Glauben. Konzeptuell überzeugte das kaum. Auch führte dieser Ansatz konsequenterweise dazu, dass der Staat, der aufgrund einer tatsächlich bestehenden Selbstverteidigungslage Gewalt anwendet, davon aber nichts weiß oder wissen kann, das Gewaltverbot verletzte, obwohl seine Maßnahme vom Schutzzweck des Art. 51 UNC gedeckt wäre.[935]

Insgesamt sprechen Ziel und Zweck von Art. 51 UNC daher dagegen, dass ein Irrtum oder Fehlverdacht eine vollständig rechtfertigende Wirkung haben kann, und zwar eindeutig, wenn der Opferstaat unzuständig, etwas weniger eindeutig, wenn er mitzuständig war. Es erschiene wenig plausibel, das Angriffserfordernis unterschiedlich auszulegen – versubjektiviert oder objektiv –, je nachdem ob der andere Staat für die Fehlvorstellung mitzuständig ist oder nicht. Die Mitzuständigkeit lässt sich auch auf andere Weise berücksichtigen.[936] Das Gleiche gilt für den Verhaltenspflichtcharakter von Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht.[937]

Die angestellten Erwägungen gelten auch für das antizipierte Selbstverteidigungsrecht. Obwohl von den meisten Befürwortern antizipierter Selbstverteidigung so angenommen,[938] ist nicht ersichtlich, warum hier hinsichtlich der Prognosegrundlage stattdessen auf die objektiv ex ante erkennbaren Tatsachen abgestellt werden sollte. Der Kenntnishorizont eines Staates, der annimmt, er werde in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen, ist in Bezug auf *gegenwärtige* Umstände nicht zwingend begrenzter als der eines Staates, der sich bereits angegriffen glaubt. Auch beim vermeintlich erfolgten Angriff kann etwa die Vorstellung vom Urheber, von der Rechtswidrigkeit oder vom Gewicht eines geschehenen Angriffs irrtumsanfällig sein – Faktoren, die für das Bestehen einer Selbstverteidigungslage entscheidend sind. Wer es bei reaktiver Selbstverteidigung für anfechtbar hält, für die volle Rechtfertigung auf den Handlungszeitpunkt abzustellen, kann dies also auch für antizipierte Selbstverteidigung nicht überzeugend begründen. Etwas anderes gilt wieder allein für die Fehlprognose: Zukünftige Geschehensverläufe sind *per se* ungewiss, prognostische Unsicherheiten also antizipierten Erlaubnissätzen inhärent. Wird antizipierte Selbst-

934 S.o. 1. Kap., IV. 1. b.
935 Diese Konsequenz anerkennend und befürwortend Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 212 Fn. 1258. Ein Rechtsinstitut wie den Versuch – der im Strafrecht der Sache nach vorläge – kennt das Friedenssicherungsrecht nicht.
936 S.u. 9. Kap., IV. zur Clean-Hands-Lösung.
937 Nämlich durch eine nur „subjektive" Rechtfertigung, s.u. 9. Kap., III. 3. a.
938 S.o. 1. Kap., I. 2, Fn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verteidigung teleologisch damit begründet, dass das Untätigbleiben bei einem bevorstehenden Angriff keinem Staat zumutbar ist,[939] so ist das Risiko von Fehlprognosen darin schon „eingepreist", weil es untrennbar mit diesem Erlaubnissatz verbunden ist. Bei einer vernünftigen Fehlprognose kann die objektive Selbstverteidigungslage also nicht deshalb verneint werden, weil sich eine echte Angriffsgefahr letztlich nicht realisiert hätte. Weil die Gefahr eines bevorstehenden Angriffs zum Handlungszeitpunkt *tatsächlich* bestand, liegt zu diesem Zeitpunkt auch eine *tatsächliche* Interessenkollision vor, die die Anwendung des Art. 51 UNC rechtfertigt. Dabei ist der vermeintlich Angreifende für die ursprünglich bestehende Gefahr *stets zuständig*. Die Schaffung dieser Gefahr, die regelmäßig mit einer verbotenen Androhung von Gewalt (Art. 2 (4) UNC) einhergeht, erklärt, warum der Angreifer das Risiko einer Abweichung der ex-ante-Prognose von dem ex post festgestellten (hypothetischen) Geschehensverlauf zu tragen hat[940] und ihm selbst kein Selbstverteidigungsrecht zusteht.

Nach dem Zweck des Art. 51 UNC, führen also allein vernünftige Fehlprognosen zu einer vollen Rechtfertigung des Gewalt einsetzenden Staates.

d) Genetik

Selbst wenn man annähme, die Wortlaut- und Telosargumente gegen die volle Rechtfertigungslösung führten noch zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis,[941] schlüge das Pendel durch die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte von Art. 51 UNC nicht um, auch wenn diese das bisherige Bild in einem Aspekt eintrübt. Von Beginn der Chartaverhandlungen an waren sich die Staaten darüber einig, dass das individuelle Selbstverteidigungsrecht durch Art. 2 (4) UNC nicht angetastet werde.[942] Zur Einfügung von Art. 51 UNC kam es nur, weil die amerikanischen Staaten die Vereinbarkeit der Charta mit ihrer im Akt von Chapultepec vorgesehenen Beistandspflicht gegen Angriffe von Drittstaaten festgestellt wissen wollten, nachdem die Sowjetunion die Feindstaatenklausel in den heutigen Art. 53 (1) UNC verhandelt hatte. Letztere hatte damit das Fortbestehen ihrer Verteidigungsbündnisse gegen zukünftige deutsche Bedrohungen

939 S.o. 1. Kap., I. 2, Fn. 66.
940 Ähnlich für das prognostische Element der Gegenwärtigkeit des Angriffs im Rahmen der Notwehr Rückert, Effektive Selbstverteidigung, S. 85.
941 Zur Subsidiarität der genetischen Auslegung s.o. 3. Kap.
942 S. UNCIO VI, S. 459; R. Russell, History of the UN Charter, S. 599.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unabhängig von einem SR-Mandat absichern wollen.[943] Der ursprünglich von den USA angestrebte ausdrückliche Verweis in Art. 51 auf den Akt von Chapultepec wurde nach einem britischen Kompromissvorschlag durch den allgemeinen Ausdruck „self-defense […], either individual or collective"[944] ersetzt.[945] Auch wenn in der Folge einige Staaten deutlich machten, dass Art. 51 UNC auch andere Bündnisse als den Akt von Chapultepec umfasse,[946] hoben die lateinamerikanischen Staaten[947] ebenso wie die USA[948] in ihren Erklärungen zu Art. 51 UNC maßgeblich auf dieses Abkommen ab. Zumindest bestand Einigkeit darüber, dass Verteidigungsmaßnahmen, die der Chapultepec-Akt erlaubte, von Art. 51 UNC gedeckt waren.[949] Vor diesem Hintergrund kann dieses Bündnis für die Auslegung des Art. 51 UNC eine Orientierungshilfe bieten.

Wie festgestellt, legt der zwischen verschiedenen Perspektiven unterscheidende Art. IV des Akts von Chapultepec nahe, dass die Umstände reaktiver Selbstverteidigung ex post, die antizipierter Selbstverteidigung objektiv ex ante beurteilt wurden.[950] Überträgt man diese Anforderung auf Art. 51 UNC, gelangt die genetische Auslegung im Bereich reaktiver Selbstverteidigung zu demselben Ergebnis wie die Wortlaut- und teleologischen Kriterien, die ebenfalls für eine ex-post-Beurteilung streiten. Im Bereich antizipierter Selbstverteidigung stellt sich hingegen die Frage, ob sich die ex-ante-Beurteilung des Chapultepec-Aktes auf die *Prognose* beschränkt oder ob sie das Vorliegen der *gefahrbegründenden Umstände* mitumschließt. Die Formulierung „there *may* be reasons to believe" lässt letztere Auslegung zu. Zwingend erscheint dies aber nicht. Insbesondere die ex-post-Be-

943 R. Russell, History of the UN Charter, S. 690–698; zur Relevanz des Akts von Chapultepec auch Kreß, Gewaltverbot, S. 180–182; Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (872–874).

944 Die Umformulierung zum heutigen Ausdruck „right of individual or collective self-defense" war dann nur noch „Politur", R. Russell, History of the UN Charter, S. 702.

945 R. Russell, History of the UN Charter, S. 699.

946 UNCIO XI, S. 56 f (Ägypten), S. 57–59 (Frankreich); UNCIO XII, S. 681 (Frankreich), S. 682 (Ägypten, Australien).

947 S. die Erklärung Kolumbiens, UNCIO XII, S. 680 f, der sich Mexiko, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Chile, Ecuador, Bolivien, Panama, Uruguay, Peru, Guatemala, El Salvador, Brasilien, Honduras, Kuba und Argentinien anschlossen; s. auch UNCIO XI, S. 54 f (Mexiko), S. 55 f (Venezuela) sowie R. Russell, History of the UN Charter, S. 700.

948 UNCIO XI, S. 52.

949 So ausdrücklich die (insoweit unwidersprochene) Erklärung der lateinamerikanischen Staaten, Fn. 947.

950 S.o. 7. Kap., II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wertung der reaktiven Selbstverteidigungslage machte es begründungsbedürftig, dass die vernünftige Vorstellung gefahrbegründender Tatsachen für antizipierte Verteidigung genügen soll, die vernünftige Vorstellung eines bereits erfolgten Angriffs für reaktive Verteidigung hingegen nicht. Insgesamt lässt sich daher feststellen: Im Bereich reaktiver Selbstverteidigung stützt die genetische Auslegung das bisherige Auslegungsergebnis, dass die Selbstverteidigungslage ex post beurteilt wird. Das Gleiche gilt für die ex-ante-Bewertung des Prognoseelementes bei antizipierter Selbstverteidigung. Auch hinsichtlich der gefahrbegründenden Umstände der Prognose enthält die Genese Anhaltspunkte für eine ex-ante-Beurteilung. Doch ist fraglich, ob sie stark genug sind, um das teleologische Argument zu entkräften, dass kein Grund ersichtlich ist, antizipierte Selbstverteidigung insoweit anders als reaktive Selbstverteidigung zu behandeln.[951]

e) IGH-Rechtsprechung

Zu einer Entscheidung des IGH über einen Irrtum oder Fehlverdacht ist es bisher nicht gekommen. Das einzige Verfahren dieser Art – der Abschuss von Iran Air Flight 655 – wurde einvernehmlich beendet. Es muss daher auf Fälle zum Gewaltverbot und seinen Ausnahmen zurückgegriffen werden, die nicht unmittelbar eine Fehlvorstellung zum Gegenstand hatten. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Nicaragua- und der Ölplattformen-Fall.[952] Wegen der von der Fragestellung abweichenden Sachverhalte ist jedoch Vorsicht vor zu weitreichenden Schlüssen geboten.[953]

Wenig aussagekräftig für die maßgebliche Perspektive auf die Selbstverteidigungslage ist die Passage im Ölplattformenurteil, die die Würdigung der Voraussetzungen von necessity iSd Art. XX des US-iranischen Freundschaftsvertrag von 1955, an dem das Gericht die Gewaltanwendung – im Lichte des Gewaltverbotes der Charta – maß, als „not purely a question for the subjective judgment of the party" bezeichnet.[954] Denn hier ging es

951 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

952 S. zudem ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, S. 42 zu Art. 25 ARSIWA, s.o. 2. Kap., III.

953 Insoweit gilt dasselbe wie das zur Staatenpraxis Gesagte, s.o. 7. Kap., I am Anfang.

954 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 43, ähnlich Rn. 73, für die necessity iSd Art. XX des US-Iran-Freundschaftsabkommen von 1955, die sich mit der necessity und proportionality iSd Art. 51 UNC überschneidet; ähnlich bereits ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 282.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Gericht nicht um faktische Irrtümer, sondern darum, dass die *rechtliche* Würdigung des Sachverhalts gerichtlich überprüfbar ist.[955] Auch der Satz aus dem Nicaragua-Urteil „[t]here is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation"[956] bezieht sich nicht auf faktische Fehlvorstellungen, sondern darauf, dass kollektive Selbstverteidigung voraussetzt, dass der *Opferstaat* die Situation als bewaffneten Angriff würdigen und eine entsprechende Feststellung treffen muss. Umgekehrt kann aus der Aussage, dass das Gericht das tatsächliche Verhalten des Opferstaates als „indicative of a belief by the State in question that it was the victim of an armed attack" berücksichtige,[957] nicht geschlossen werden, dass bei kollektiver Selbstverteidigung die subjektive Vorstellung des *Opferstaates* vom Vorliegen eines Angriffs ausreiche. Denn auch diese Passage steht im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Hilfeersuchens und beruht darauf, dass der Opferstaat am besten darüber Bescheid weiß, ob sich ein bewaffneter Angriff ereignet hat.[958] Ein anderes Verständnis würde auch einen kaum zu rechtfertigenden Unterschied zwischen kollektiver und individueller Selbstverteidigung schaffen.

Schwieriger zu beurteilen ist die Bedeutung zahlreicher objektiver Formulierungen, nach denen Selbstverteidigung voraussetzt, dass „an armed attack has occurred".[959] Bei einigen dieser Passagen ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass sie nur verdeutlichen sollten, dass kollektive wie individuelle Selbstverteidigung überhaupt von einem bewaffneten Angriff abhängen.[960] Hier sagt die objektive Formulierung nichts über die entscheidende Perspektive aus. Dort, wo der Gerichtshof die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts hingegen als abstrakte Formel beschrieb,[961] erscheint die Überlegung berechtigt, ob er sie nicht versubjektiviert hätte, wäre er von einer ex-ante-Beurteilung ausgegangen.

---

955 Das übersieht Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020, der aus IJC, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 73 eine ex-post-Beurteilung herleiten will.
956 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195.
957 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232.
958 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232.
959 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 232; objektiv formuliert auch ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 38, 41.
960 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195, 211.
961 So etwa ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 229, 232; Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Noch deutlicher in diese Richtung weisen Passagen zu Tatsachen, die die sich auf Selbstverteidigung berufende Partei beweisen muss. So heißt es im Ölplattformen-Fall:

> „The Court has simply to determine whether the United States has demonstrated that it was the victim of an 'armed attack' by Iran […]; and the burden of proof of the facts showing the *existence* of such an attack rests on the United States. […] [I]f at the end of the day the evidence available is insufficient to establish that the missile *was* fired by Iran, then the necessary burden of proof has not been discharged."[962] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Wäre der Gerichtshof der Überzeugung gewesen, die USA hätten nur beweisen müssen, dass sie von iranischen Angriffen *ausgingen* oder davon vernünftigerweise ausgehen durften, hätte er die Passage wohl anders formuliert. Das gilt umso mehr, als der dem Ölplattformen-Fall zugrunde liegende Sachverhalt Anlass zu der Überlegung gab, dass die USA jedenfalls dem Verdacht unterlagen, dass die beiden untersuchten Gewaltanwendungen auf den Iran zurückgingen. So beriefen sich die USA darauf, dass der iranische Präsident drei Monate zuvor damit gedroht hatte, die USA anzugreifen, sollten sie die Region nicht verlassen,[963] und dass die Mine, auf die die *USS Samuel B. Roberts* gelaufen war, eine iranische Seriennummer trug.[964] Dennoch setzte sich der IGH allein damit auseinander, ob die vorgebrachten Anhaltspunkte zum Beweis dafür geeignet waren, dass die Angriffe dem Iran *tatsächlich* zurechenbar waren, was er verneinte.[965] Auch im Nicaragua-Fall hätte es Anhaltspunkte dafür gegeben, angesichts der wenigen verfügbaren Informationen über die Einfälle in das Gebiet von Honduras und Costa Rica – ein Umstand, den das Gericht zweimal betonte[966] – nicht auf die tatsächliche, sondern die von den USA vermutete Sachlage abzustellen, hätte das Gericht sie für entscheidend gehalten. Stattdessen hoben die Richter darauf ab, „what actually happened".[967] Im Armed-Activities-Fall legte der IGH ebenfalls einen ex-post-Prüfungsmaßstab an die Voraus-

962 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57, ähnlich Rn. 61, 71, 119.
963 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 60.
964 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 67; zum entsprechenden Verdacht für den Gewalteinsatz gegen die Sea Isle City, vgl. ebd. Rn. 53.
965 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 57–61, 71 f.
966 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 164, 231.
967 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 57, s. auch ebd. Rn. 150–153.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzungen des Selbstverteidigungsrechts an.[968] Diese Rechtsprechung spricht gegen die volle Rechtfertigungslösung.

Eine Aussage des Nicaragua-Urteils zieht diesen Schluss jedoch in Zweifel. So heißt es im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der amerikanischen Unterstützungsmaßnahmen:

> „[T]he Court must also observe that the reaction of the United States in the context of what it regarded as self-defence was continued long after the period in which any presumed armed attack by Nicaragua could *reasonably be contemplated*."[969] [Hervorhebung hinzugefügt]

Diese Passage, die eine objektive-ex-ante-Beurteilung impliziert, lässt es fraglich erscheinen, ob sich das Gericht in den erwähnten Fällen zur maßgeblichen Perspektive positionieren wollte. Für einen eindeutigen Schluss bedürfte es wohl eines Falles, in dem der handelnde Akteur tatsächlich einer (bestenfalls unvermeidbaren) Fehlvorstellung unterliegt und sich darauf beruft. Bis dahin vermag die Rechtsprechung die Auslegung nicht wesentlich zu erhellen.

f) Zwischenergebnis

Während weder die systematische Auslegung noch die Rechtsprechung des IGH sichere Schlüsse zulassen, sprechen im Hinblick auf Irrtum und Fehlverdacht sowohl Wortlaut als auch Ziel und Zweck gegen die volle Rechtfertigungslösung, letztere sogar eindeutig. Das gilt unabhängig davon, ob die Fehlvorstellung vermeidbar war und der andere Staat zuständig dafür ist. Nur bei der vernünftigen Fehlprognose lässt sich eine volle Rechtfertigung nach Wortlaut und Telos gut begründen. Die Entstehungsgeschichte zieht dieses Ergebnis jedenfalls nicht in Zweifel. Insoweit liegen die Dinge im Friedenssicherungsrecht ganz ähnlich wie bei den strafrechtlichen Notrechten – und zwar selbst wie in den USA und Frankreich, soweit man nicht auf die formale Versubjektivierung der Notwehrlage, sondern auf das Fortbestehen des Notwehrrechts des Opfers abstellt.

968 ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 142–147.
969 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 237.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Rettung von Staatsangehörigen

Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis stellt die Rettung von Staatsangehörigen eine Ausformung des Selbstverteidigungsrechts dar, wobei offengelassen wurde, ob sie unmittelbar unter Art. 51 UNC fällt – weil die Verletzung der Staatsangehörigen einem Angriff iSd Norm gleichsteht – oder ob es sich um eine völkergewohnheitsrechtliche Ausprägung des Selbstverteidigungsrechts handelt, die das Inkrafttreten der Charta überdauert hat.[970] Im ersten Fall kann für Fehlvorstellungen bei der Rettung Staatsangehöriger nichts anderes gelten als beim Selbstverteidigungsrecht: Die textorientierte Auslegung spricht (außer bei der Fehlprognose) eindeutig gegen die volle Rechtfertigungslösung. Im zweiten Fall richtet sich die maßgebliche Perspektive primär nach dem vor und nach 1945 geltenden Gewohnheitsrecht, das nach systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ebenfalls *auszulegen* ist.[971] Die textorientierte Auslegung von Art. 51 UNC bildet nach Gewichtungsregel (1) die äußerste Grenze, wenn nicht eine einheitliche Praxis, getragen von einvernehmlicher Überzeugung entgegensteht.[972]

Über die maßgebliche Perspektive bei der Rettung eigener Staatsangehöriger nach Völkergewohnheitsrecht konnte keine sichere Aussage getroffen werden.[973] Muss man den gewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz aus diesem Grund auslegen, sprechen in teleologischer Hinsicht gegen die volle Rechtfertigungslösung dieselben Gründe wie im Rahmen der Selbstverteidigung: Der Opferstaat verlöre sein Selbstverteidigungsrecht zumindest bei Unzuständigkeit für die Fehlvorstellung zu Unrecht. Bei einer tatsächlich fehlenden Notlage erfüllte auch die Rettung von Staatsangehörigen nicht ihren Schutzzweck, einen echten Interessenkonflikt aufzulösen. Auch ist kein sonstiger Grund dafür ersichtlich, die Notlage bei der Rettung von Staatsangehörigen anders als bei der Selbstverteidigung zu versubjektivieren: Weder besteht ein systematisch größeres Informationsdefizit – hier wie dort finden die Vorbereitungen für das schädigende Ereignis regelmäßig außerhalb des eigenen Einflussbereichs statt –, noch werden durch die Rettung von Staatsangehörigen per se höherrangige Rechtsgüter geschützt. Leben und körperliche Integrität der eigenen Staatsangehörigen werden

970 S.o. 1. Kap., I. 4.
971 S.o. 3. Kap., Fn. 321.
972 S.o. 6. Kap., III. 3.
973 Zur Praxis nach 1945 s.o. 7. Kap., I. 6. Vor 1945 ließen sich keine relevanten Irrtums- oder Fehlverdachtsfälle identifizieren.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom geltenden Völkerrecht (noch) nicht zwingend als schutzwürdiger beurteilt als die staatliche Souveränität und territoriale Unversehrtheit. Das zeigt bereits die Kontroverse um die Zulässigkeit der Rettung eigener Staatsangehöriger,[974] während das klassische Selbstverteidigungsrecht unbestritten ist. Selbst wenn man die erwähnten Individualrechtsgüter aufgrund des vordringenden Menschenrechtsschutzes für höherwertig hielte, genügte die mittelbare Erhöhung des Schutzniveaus, die mit der Versubjektivierung des Erlaubnissatzes erreicht würde, wohl nicht, um die vollständige Abwälzung des Irrtumsrisikos auf einen unzuständigen Opferstaat zu rechtfertigen. Daher greift die Analogie zum Aggressivnotstand auch hier zu kurz.[975] Eine so starke Betonung von Effektivitätserwägungen wäre auch schwer mit dem notrechtlichen Charakter der Rettung von Staatsangehörigen zu vereinbaren. Im Ergebnis sind daher auch die Voraussetzungen einer etwaigen *gewohnheitsrechtlichen* Ausprägung der Rettung eigener Staatsangehöriger nicht (objektiv) ex ante, sondern ex post zu beurteilen. Wie beim Selbstverteidigungsrecht gilt etwas anderes allein für das prognostische Element der Rettung eigener Staatsangehöriger, das diesem Erlaubnissatz inhärent ist. Einzig für die vernünftige Fehlprognose lässt sich eine volle Rechtfertigung daher begründen.

3. Humanitäre Intervention

Die humanitäre Intervention wird hier als völkergewohnheitsrechtlicher Erlaubnissatz angesehen, der sich im Entstehungsprozess befinden mag.[976] Gegen die Auslegung dieser gewohnheitsrechtlichen Ausnahme im Sinne eines (objektiv) ex ante zu beurteilenden Erlaubnissatzes sprechen dieselben systematischen und teleologischen Argumente wie bei der gewohnheitsrechtlichen Befugnis zur Rettung von Staatsangehörigen. Das Argument, dass das Schutzgut der humanitären Intervention nicht abstrakt höherrangig ist als die vom Selbstverteidigungsrecht geschützte Souveränität und territoriale Unversehrtheit, mag hier zwar an seine Grenzen stoßen. Denn in Rede stehen *massivste* Menschenrechtsverletzungen an einer fremden Bevölkerung durch die eigene Regierung. Auch hier spricht aber jedenfalls der notrechtliche Charakter des Erlaubnissatzes dagegen, seine Voraussetzungen zu versubjektivieren, um dieses hochrangige Rechtsgut

974 S.o. 1. Kap., I. 4.
975 S.o. 9. Kap., I. 1. c.
976 S.o. 1. Kap., I. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglichst effektiv zu schützen. Denn dies räumte Effektivitätsgesichtspunkten einen für ein Notrecht kaum zu legitimierenden Stellenwert ein. Daher sprechen im Ergebnis auch bei der humanitären Intervention durchgreifende Argumente gegen eine volle Rechtfertigungslösung.

II. Entschuldigungslösung

1. Bedeutung

Mit Entschuldigungslösung ist hier nicht gemeint, dass außerrechtliches Terrain betreten und eine Ebene eingeführt wird, die sich Legitimitäts- oder quasi-rechtlichen Gesichtspunkten widmet. Diese Idee völkerrechtswidriger, aber ethisch legitimer Gewalteinsätze wurde in vielen verschiedenen Facetten nach der Kosovo-Intervention von 1999 vorgeschlagen und kontrovers diskutiert.[977] Selbst wenn man den Gewalteinsatz eines sorgfaltsgemäß irrenden oder fehlvermutenden Staates für ethisch legitim hielte,[978] begegnete dieser Ansatz durchgreifenden Einwänden. Zu den wichtigsten Aspekten gehört, dass mit der Akzeptanz außerrechtlicher Erwägungen das Gewaltverbot[979] und das Völkerrecht insgesamt geschwächt würden. Es bestünde zudem das Risiko, dass sich über die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts letztlich doch die *rechtlichen* Verpflichtungen änderten.[980] Entsprechende Überlegungen suggerierten schließlich fälschlicherweise, dass sich Legalität und Legitimität ausschließen.[981]

Ebenso wenig geht es darum, einen die Primärnorm des Gewaltverbotes verletzenden Staat erst auf Ebene der *Staatenverantwortlichkeit* zu entschul-

977 Befürwortend Franck, Recourse to Force, S. 174–191; Simma, EJIL 10 (1999), S. 1 (6–14, 22); Cassese, EJIL 10 (1999), S. 23 (25); Lobel/Ratner, AJIL 93 (1999), S. 124 (136 f); Independent International Commission on Kosovo, Report (2000), S. 164.

978 Klare Kriterien fehlen. Stellt man auf Zumutbarkeitserwägungen ab, erscheint ein solcher Gewalteinsatz legitim. Vergleicht man dagegen utilitaristisch das Handlungsergebnis mit dem hypothetischen Resultat des Untätigbleibens (so Franck, Recourse to Force, S. 188), gilt das Gegenteil, krit. dazu Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (202 f).

979 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (188, 190).

980 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (197 f, 211 f).

981 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, Human Rights, S. 179 (207); Stromseth, in: Holzgrefe/Keohane, Humanitarian Intervention, S. 232 (244); krit. auch Tams/Tzanakopoulos, in: d'Aspremont/Kammerhofer, International Legal Positivism, S. 498 (517 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

digen. Dieser Gedanke wurde unter anderem von *Vidmar* formuliert, der die nicht zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung differenzierenden[982] Ausschlussgründe des Kapitels V ARSIWA aufteilen will: Selbstverteidigung und Einwilligung seien Rechtfertigungsgründe, die die Primärpflichtverletzung ausschlössen; Necessity und Distress seien Entschuldigungsgründe, die die Sekundärhaftung entfallen ließen.[983] Dieser Vorschlag mag einige Schwächen der ILC-Artikel zu überwinden helfen.[984] Soweit man das Werk der ILC aber nicht vollständig in Frage stellen will, ist dieser Ansatz zumindest für die Berücksichtigung von *Fehlvorstellungen* ungeeignet: Um den Irrtum oder Fehlverdacht eines Staates, der eine Primärnorm verletzt hat, auf Sekundärebene zu entschuldigen, müsste entweder der Irrtum als eigenständiger Exkulpationsgrund anerkannt oder die Haftung eines Staates generell verschuldensabhängig sein. Keines von beidem ist der Fall.[985] Soweit der Kernbereich des Gewaltverbotes betroffen ist, kommt wegen Art. 26 ARSIWA regelmäßig auch nicht in Betracht, dass einer der in Kapitel V vorgesehenen Gründe – versubjektiviert ausgelegt – eingreift.[986]

Hier steht vielmehr die These im Mittelpunkt, dass bereits eine Verletzung von *Art. 2 (4) UNC* neben einer „tatbestandlichen" und nicht gerechtfertigten Gewalthandlung auch ein *schuldhaftes* Verhalten voraussetze,[987]

---

982 Crawford, State Responsibility, S. 279 f; Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (483).

983 Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (17); krit. zur fehlenden Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung der ILC-Artikel auch Lowe, EJIL 10 (1999), S. 405–411; Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (483–486); eing. zur Möglichkeit der Unterscheidung im Recht der Staatenverantwortlichkeit Paddeu, Justification and Excuse, Chapter 1.

984 Zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen zu unterscheiden würde konzeptuell begründen, wann das Verhalten des Staates von der Völkerrechtsordnung *erlaubt* ist und wann es zwar im Widerspruch dazu steht, dem Staat aber kein *Vorwurf* zu machen ist. Vidmars Kritik daran, dass sich die ILC-Artikel *überhaupt* Rechtfertigungsgründen widmen, obwohl es dort um Sekundär-, nicht um Primärpflichten geht (ders., Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (6)), ist berechtigt. Denn ein Rechtfertigungsgrund iSd ARSIWA hebt nicht nur die Sekundärhaftung des Staates, sondern auch das durch die Primärpflicht eingetretene Unrecht auf und verändert damit letztlich auch ihren Inhalt. Für das Gewaltverbot ist die Frage weniger bedeutsam, weil es insb. Art. 21 ARSIWA wegen Art. 51 UNC nicht erst bedarf, s.o. 1. Kap., IV. 1. c.

985 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

986 S.o. 1. Kap., IV. 1. c.

987 So Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 127 f, 172 f, die den irrenden Staat für *entschuldigt* halten; vgl. auch Ferzan, Arizona L. R. 46 (2004), S. 213 (220, Fn. 32).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diese Vorschrift mit *Fletchers* Worten also „structured" und nicht „flat" zu verstehen sei.[988] Mit schuldhaft ist an dieser Stelle nicht vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln im Sinne eines Handlungsunrechts gemeint,[989] sondern dem Staat *individuell vorwerfbares* Verhalten. Diese Unterscheidung ist im Völkerrecht zwar nicht ganz unbekannt,[990] aber wenig verbreitet. Auch die meisten nationalen Straf- und Schuldrechtssysteme nehmen sie nicht vor, wenn sie mit mens rea bzw. faute – den verschiedenen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsformen also – gleichzeitig die strafrechtliche Schuld bzw. das zivilrechtliche Verschulden begründen.[991] Bekannt ist die Unterscheidung zwischen Handlungsunrecht und Vorwerfbarkeit hingegen unter anderem im deutschen Strafrecht, in dem sich ein dreigliedriger Deliktsaufbau (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) durchgesetzt hat, Vorsatz und Fahrlässigkeit heute verbreitet dem Tatbestand zugeordnet werden und sich auf Schuldebene die Frage der individuellen Vorwerfbarkeit stellt.[992] Existierte ein solches Vorwerfbarkeitserfordernis im Rahmen von Art. 2 (4) UNC, wäre der Staat bei einem unvermeidbaren Irrtum oder hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht exkulpiert. Denn er hätte keine freie Entscheidung gegen die Einhaltung des Gewaltverbotes getroffen und ihm wäre kein Vorwurf zu machen.[993]

988 Fletcher, Harvard L. Rev. 98 (1985), S. 949 (951, 958, 962.

989 Dazu s.u. die eingeschränkte Rechtfertigungslösung 9. Kap., III.

990 Art. 2 ARSIWA, Commentary (3) unterscheidet dazwischen, ob das Regime der Staatenverantwortlichkeit „intention or knowledge" oder einen „degree of fault, culpability, negligence or a want of due diligence" voraussetzt. Wenn negligence dabei zwar auf einer Ebene mit fault und culpability steht, wird zumindest der Vorsatz klar davon abgegrenzt.

991 Für das Strafrecht s. Section 2.02 (1) MPC; für Frankreich s. Merle/Vitu, Traité de droit criminel, S. 719, Rn. 572; für das Vereinigte Königreich s. Badar, Concept of Mens Rea, S. 33; Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 342–344; für China und Russland Badar, Concept of Mens Rea, S. 182 f; ebenso das deutsche Zivilrecht, § 823 (1) BGB, sowie Art. 1240 al. 1 Code civil.

992 Diese Konzeption hängt mit dem finalen und sozialen Handlungsbegriff zusammen, eing. Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 68–80; MüKoStG/Duttge, § 15, Rn. 88–92.

993 Zum Inhalt des Schuldvorwurfs vgl. Kremnitzer/Hörnle, Israel L. Rev. 44 (2011), S. 114 (115); Bakircioglu, Self-Defence, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Wortlaut, Systematik und Telos

Die Existenz eines Schulderfordernisses bei einer völkerrechtlichen Verpflichtung soll hier nicht bereits deshalb zurückgewiesen werden, weil Staaten juristische Personen sind. Gegen das Argument, eine juristische Person besitze keinen freien Willen und die Zurechnung der Willensfreiheit der für sie handelnden Personen verstoße gegen den Grundsatz, dass jedem nur für eigenes Handeln ein Unrechtsvorwurf gemacht werden könne,[994] sind bedenkenswerte Einwände formuliert worden.[995] Die nachstehenden Überlegungen beruhen daher auf der Prämisse, dass Staaten ein Verhaltensvorwurf gemacht werden kann.[996]

Indem der irrende Staat nicht vollständig gerechtfertigt, sondern nur entschuldigt wäre, würden die bei der vollen Rechtfertigungslösung entstehenden normativen Probleme vermieden. Zum einen könnten Drittstaaten den Gewalteinsatz nicht mehr unabhängig von ihrem eigenen Kenntnishorizont unterstützen.[997] Zum anderen behielte zumindest der für die Fehlvorstellung unzuständige Opferstaat sein Selbstverteidigungsrecht gegen den schuldlos irrenden oder fehlvermutenden Akteur. Denn Wortlaut und Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts legen nahe, dass ein bewaffneter Angriff *nicht schuldhaft* iSv individuell vorwerfbar sein muss:[998] Die aus Art. 51 UNC entstehende Duldungspflicht des Angreifers enthält keinen Schuldvorwurf. Das notrechtliche Selbstverteidigungsrecht

---

994 So bereits von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Vol. II, S. 312; Engisch auf dem 40. Deutscher Juristentag, zusammengefasst in JZ (1953), S. 609 (613).

995 Grundlegend s. nur Busch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Verbände; für einen Überblick über jüngere Darstellungen s. J. Vogel, StV 7 (2012), S. 427 (427 Fn. 2).

996 Es geht nur darum, ob Staaten *schuldhaft handeln können*, nicht darum, ob der *Schuldgrundsatz gelten muss*. Daher ist irrelevant, dass der Schuldgrundsatz unter anderem aus der Menschenwürde hergeleitet wird, die Staaten nicht besitzen, vgl. Kremnitzer/Hörnle, Israel L. Rev. 44 (2011), S. 114 (122 f). Zur Entschuldigung der Gesellschaft als Ganzer s. auch Alexander, Notre Dame L. Rev. 74 (1999), S. 1475 (1498). Auch diejenigen, die auf Ebene der Staatenverantwortlichkeit Entschuldigungsgründe einführen wollen (s.o. Fn. 983), legen implizit zugrunde, dass Staaten schuldhaft handeln können.

997 Das Unterstützungsverbot ist nur eine *Folge* der Entschuldigungslösung; dazu, ob es auch zum *Kriterium* für die Abgrenzung von Rechtfertigung und Entschuldigung taugt, Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1984), S. 1897 (1900, 1919–1927).

998 So i. Erg. auch Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 108, 172; vgl. auch Bakircioglu, Self-Defence, S. 22 zur „doctrine of self-defence" im Strafrecht;

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soll schlicht die territoriale Unversehrtheit und Souveränität des Angegriffenen schützen.[999] Es erscheint immer noch plausibler, die aus einem schuldlosen Angriff entstehende Interessenkollision zu Lasten des Angreifers aufzulösen, der die Kollision immerhin verursacht hat, als zu Lasten des Opfers. Insoweit gilt das zum Wertungswiderspruch Gesagte, der entstünde, wenn man den sorgfaltsgemäß irrenden oder fehlvermutenden Staat objektiv rechtfertigte.[1000] Allenfalls mag man in diesem Fall an die *Verhältnismäßigkeit* der Selbstverteidigungshandlung des Opferstaates erhöhte Anforderungen stellen.[1001] Ein *Entfallen* seines Selbstverteidigungsrechts ließe sich allenfalls dann begründen, wenn er für die Fehlvorstellung zuständig ist.[1002] Insgesamt gelangte die Entschuldigungslösung damit zu einem normativ überzeugenden Ergebnis.

Da schuldlose Gewalt *unerlaubt* bliebe, gefährdete ein Schulderfordernis auch nicht den Zweck des Gewaltverbotes und des Chartasystems, internationalen Frieden zu schaffen und Gewalt aus den Mitteln zur Lösung zwischenstaatlicher Konflikte zu verbannen.[1003] Eine Zunahme von Gewalteinsätzen stünde bereits deshalb nicht zu befürchten, da der schuldlos handelnde Akteur ohnehin keine freie Entscheidung über sein Tun trifft und das Verbot zur Gewaltanwendung insoweit keine Abschreckungswirkung entfalten kann.

Diesen in teleologischer Hinsicht erwägenswerten Argumenten für die Entschuldigungslösung stehen jedoch durchgreifende Wortlaut-, systematische und andere teleologische Gesichtspunkte entgegen. Der Text von Art. 2 (4) UNC enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Verletzung des Gewaltverbotes von ihrer *Vorwerfbarkeit* abhängen sollte. Die Norm ist als einfache Verhaltensregel formuliert, ohne daran wie eine Strafnorm ein

---

999 S.o. 4. Kap., IV. 1. a.
darüber hinaus setzt ein bewaffneter Angriff auch kein Handlungsunrecht voraus (das ebenfalls fehlte), s.u. 9. Kap., III. 2.

1000 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

1001 Zu Angriffen Schuldloser im amerikanischen Strafrecht J. Hall, General Principles, S. 234; in Frankreich Bernardini, Légitime défense, Rn. 72; aus philosophischer Sicht Otsuka, Phil. & Publ. Affairs 23 (1994), S. 74–94; in Deutschland ist der Täter bei Angriffen Schuldloser *ausnahmsweise* auf verhältnismäßige Gegenwehr beschränkt, Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32, Rn. 52. Denkbar wäre für Art. 51 UNC auch, bei schuldlosen Angriffen die *Notwendigkeit* einzuschränken, dem Staat also größere Beeinträchtigungen zuzumuten als sonst, bevor er sich wehren darf.

1002 Zu diesem Gedanken näher beim Clean-Hands-Prinzip s.u. 9. Kap., IV.

1003 Vgl. Art. 1 (1), (2) UNC; Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 1 f, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unwerturteil zu knüpfen,[1004] das schuldhaftes Handeln erfordern würde. Dieses Verständnis legt auch die Einleitung des Art. 2 UNC „Members […] shall act in accordance with the following principles" nahe. Primärer Zweck dieser Bestimmungen zu Beginn der Charta ist es, die Grundsätze festzulegen, nach denen die Staaten und die UNO ihr Handeln auszurichten haben, um die Ziele iSd Art. 1 UNC zu erreichen,[1005] und nicht, die Missbilligung über ein bestimmtes Verhalten auszudrücken, welches die Feststellung einer Schuld erfordern würde. Dieser Aspekt ist erst bei den Sanktionen des SR nach Kapitel VII von Bedeutung.[1006] Auch dem Zusammenhang von Art. 2 (4) mit Art. 42 und 51 UNC kann nichts anderes entnommen werden. Letztere Normen stellen eine Ausnahme von Art. 2 (4) UNC dar und kompensieren dessen „tatbestandliches" Erfülltsein. Der Sache nach handelt es sich um Rechtfertigungsgründe, die das durch die Gewaltanwendung begangene Unrecht aufheben.[1007] Nichts in der Systematik der Charta deutet darauf hin, dass die Verletzung von Art. 2 (4) UNC von einer weiteren Hürde – einer *Schuld* – abhängt und es neben Rechtfertigungsgründen einen Raum für Entschuldigungsgründe gibt.

Die von der Charta vorgenommene Unterscheidung zwischen „use of force" (Art. 2 (4)) und „act of aggression" (Art. 1 (1), 39) legt vielmehr das Gegenteil nahe. Denn auch wenn die Aggressionsdefinition der Generalversammlung[1008] diesbezüglich keinen eindeutigen Anhaltspunkt enthält,[1009] spricht manches dafür, dass die Aggression schuldhaftes Handeln voraussetzt,[1010] sodass dieses Erfordernis neben anderen Kriterien[1011] ein taugliches Abgrenzungskriterium zur einfachen Gewalt darstellte. Die Gründe für eine solche Auslegung können hier nur angedeutet werden:

1004 Anders Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 326 („die einem Unwerturteil gleichkommende Völkerrechtswidrigkeit staatlicher Gewaltanwendung"); zum Verhaltensnormcharakter näher 9. Kap., III. 3. a.

1005 Vgl. Wolfrum, in: Simma, UN Charter, Art. 1, Rn. 4, Art. 2, Rn. 1.

1006 Näher dazu sogleich; freilich erwähnt Art. 1 (1) UNC bereits den act of aggression.

1007 Näher s.u. 9. Kap., III. 4.

1008 GA Resolution 3314 (XXIX), Annex I.

1009 Einzig Präambelabsatz 5 („aggression is the most serious and dangerous form of the illegal use of force") weist in diese Richtung.

1010 So auch Schmitt, Essays on Law and War, S. 36; ders., Columbia J. Transnt'l L. 37 (1999), S. 885 (926); offenlassend Bonafè, Relationship, S. 142–145, wobei er „state fault" anders als hier mit Vorsatz gleichsetzt.

1011 Dazu gehört insb. die Erheblichkeit der Handlungen und Folgen, Art. 2 Aggressionsdefinition.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bereits der Begriff der *Aggression*[1012] impliziert einen Vorwurf. In der Praxis werden Staaten häufig als „*guilty* of an act of aggression" bezeichnet.[1013] Legt man zugrunde, dass die Trias in Art. 39 UNC „threat to the peace, breach of the peace and act of aggression" eine Steigerung enthält,[1014] lässt sich im Schulderfordernis auch ein geeignetes Kriterium sehen, um die Aggression vom Friedensbruch abzugrenzen.[1015] Denn der Feststellung einer Aggression durch den SR haftet, anders als dem Friedensbruch (und der Friedensbedrohung), wohl ein Unwerturteil an. Das Aggressionsverbot rückt damit näher an das Aggressionsverbrechen heran, das zweifellos eine Schuld des handelnden Akteurs voraussetzt.[1016] Auch während der Verhandlungen der Aggressionsdefinition der Generalversammlung wurde auf die erforderliche „culpability" und „fault" des Aggressors abgehoben.[1017] Einem Schulderfordernis bei der Aggression steht auch nicht entgegen, dass der bewaffnete Angriff nach hier befürworteter Sicht ein solches nicht voraussetzt. Auch wenn beide Begriffe häufig gleichgestellt werden,[1018] dienen sie völlig unterschiedlichen Zwecken: Während beim Aggressionsverbot das *Verhaltensverbot* und der *Verhaltensvorwurf* im Vordergrund stehen,[1019] bezweckt das Selbstverteidigungsrecht ausschließlich den *Schutz* des Angegriffenen, nicht eine irgendwie geartete Repression gegen-

1012 In der deutschen Charta-Übersetzung eigentlich „Angriffshandlung"; heute hat sich auch im Deutschen überwiegend der Begriff „Aggression" durchgesetzt.

1013 Vgl. nur Kelsen, Collective Security, S. 68; Verdross, Int'l Affairs 30 (1954), S. 342 (348); Piper, Georgia J. Int'l Comp. L. 2 (1972), S. 1 (2).

1014 So R. Kolb, Ius contra bellum, S. 90; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 330; dafür spricht insb. Art. 1 (1) UNC („acts of aggression or other breaches of peace") sowie der amerikanische Einwand in Dumbarton Oaks gegen die Einfügung der „Aggression" in Art. 39 UNC, diese sei bereits im „Friedensbruch" enthalten. Die Sowjetunion beharrte darauf, weil der Begriff „Aggression" geläufig sei, R. Russell, History of the UN Charter, S. 465. Auch in UNCIO VI, S. 703 heißt es: „there may be breaches of the peace other than those qualified by present connotation as aggression".

1015 Vgl. Schmitt, Essays on Law and War, S. 36.

1016 Bonafè, Relationship, S. 142 f.

1017 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 29 f (Sowjetunion); A/AC.134/SR.69, S. 37 (Italien).

1018 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195; Roscini, Cyber Operations, S. 77; Jacobsson, in: Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (42); im Ausgangspunkt auch Ruys, Armed Attack, S. 138 f mwN, jedoch Raum für das Gegenteil lassend; ebenso implizit ders, AJIL 108 (2014), S. 159 (172 f).

1019 Vgl. GA Resolution 3314 (XXIX), Annex I, Präambelabsatz 9, der als Ziele einer Aggressionsdefinition zunächst die abschreckende Wirkung und Verein-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über dem Angreifer. Die gelegentlich verwendete Formel von der „prohibition of armed attack“[1020] geht insoweit an der Sache vorbei. Insbesondere wurde mit der Aggressionsdefinition der Generalversammlung, wie sich aus ihrem Art. 6 ergibt, keine Regelung zum Selbstverteidigungsrecht getroffen.[1021] Liegt es daher im Ergebnis nahe, dass die Aggression von schuldhaftem Verhalten abhängt, so kann dieses Kriterium zumindest dazu beitragen, die Unterscheidung der Charta zwischen einfacher Gewalt und Aggression plausibel zu erklären.

Obwohl sie zu vernünftigen Ergebnissen gelangte, spricht die Auslegung von Art. 2 (4) UNC daher insgesamt deutlich gegen die Entschuldigungslösung.[1022]

III. Eingeschränkte Rechtfertigungslösung

Anders als bei der Entschuldigungslösung geht es bei der eingeschränkten – da ausschließlich „subjektiv“ wirkenden – Rechtfertigungslösung nicht darum, ob Art. 2 (4) UNC *vorwerfbares* Handeln voraussetzt, sondern darum, ob diese Norm das *Bewusstsein* oder zumindest das *Kennenmüssen* der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände verlangt. Der unvermeidbar irrende und sorgfaltsgemäß verdächtigende Staat würde dann zwar ein (objektives) Erfolgsunrecht begehen, mangels (subjektiven) Handlungsunrechts das Gewaltverbot dennoch nicht verletzen. Nicht zu verwechseln ist dieses mögliche subjektive Handlungsunrechtserfordernis mit den vom Handelnden letzten Endes verfolgten Zwecken und Motiven

---

fachung der Feststellung der Aggression iSd Kapitels VII nennt und erst an dritter Stelle und nur implizit mit dem „Schutz der Rechte […] des Angegriffenen“ auf das Selbstverteidigungsrecht anspielt.

1020 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 195; ICJ, Construction of a Wall, Separate Opinion Higgins, 2004, Rn. 34.

1021 Die blockfreien Staaten hatten eine solche simultane Regelung angestrebt, scheiterten aber am Widerstand der westlichen Staaten, Bruha, Definition der Aggression, S. 138 f, 142, 164–203; etwas enger Kreß, Gewaltverbot, S. 113 f, demzufolge die Staaten in der Definition nur keine *abschließende* Regelung zum bewaffneten Angriff getroffen haben; zumindest seien also Verhaltensweisen iSd Art. 3 der Definition bei fehlender Rechtfertigung bewaffnete Angriffe; auch das Tallinn Manual 2.0, Rule 71, Commentary (2) unterscheidet beide Begriffe, hält den des armed attack aber für enger; zum Verhältnis zwischen Angriffsbegriff und Aggressionsdefinition s. auch Ruys, Armed Attack, S. 136–139.

1022 Ebenso Bakircioglu, Self-Defence, S. 220.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seiner Maßnahme, die freilich irrelevant sind.[1023] Die hier interessierende These, dass Art. 2 (4) UNC einen „Unrechtsvorsatz" oder eine „Unrechtsfahrlässigkeit" der beschriebenen Art verlangt,[1024] lässt sich nicht ohne einen Blick auf den animus aggressionis beim Aggressionsverbot (1) und auf den beim bewaffneten Angriff diskutierten Angriffswillen (2) überprüfen. Die anschließende Untersuchung, ob Art. 2 (4) UNC ein subjektives Element in Bezug auf die „tatbestandliche" Anwendung von Gewalt gegen einen anderen Staat voraussetzt (3), bereitet sodann unmittelbar den Weg für die Frage, wie es um dieses Element im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Gewaltanwendung steht (4).

1. Animus aggressionis beim Aggressionsverbot

Seit langem ist hochumstritten, ob die Aggression, verstanden als schwerste Form der Gewaltanwendung,[1025] einen animus aggressionis voraussetzt.[1026] Damit sind heute überwiegend nicht die (unbeachtlichen) *Motive* des Staates gemeint,[1027] sondern die „intenion d'imposer sa volonté à un autre Etat par la force [et] d'atteindre un but illicite" verstanden.[1028] Bezugspunkt dieses „Aggressionsvorsatzes" sind also sowohl Tatsachen, die die „tatbestandliche" Gewaltanwendung bilden, als auch solche, die das

1023 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

1024 Diese Begriffe sind freilich nicht mit denen des nationalen Rechts identisch und werden erst später mit Inhalt gefüllt (zum Unrechtsvorsatz s.u. 9. Kap., III. 5; zur Unrechtsfahrlässigkeit 10. Kap.). Bis dahin genügt die Feststellung, dass Wissen und Wollen beim „Vorsatz" stärker ausgeprägt sind als bei der „Fahrlässigkeit".

1025 Vgl. Definition der Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Präambelabsatz 5.

1026 Dafür Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221–223; Corten, Le droit contre la guerre S. 108 f; Fitzmaurice, ICLQ 1 (1952), S. 137 (140) (obwohl auf „motives" abstellend, wohl Vorsatz meinend); Glaser, RCADI 99 (1960), S. 467 (504 f); van Steenberghe, Légitime défense, S. 231–235; Ruys, Armed Attack, S. 160 f; dagegen Žourek, RCADI 92 (1957-II), S. 755 (843 f).

1027 Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 222; Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (172); Ruys, Armed Attack, S. 160; hingegen auf Motive bzw. Zielsetzungen abstellend Žourek, AFDI 20 (1974), S. 9 (26), Bruha, Definition der Aggression, S. 146–163.

1028 Aroneaunu, La définition de l'agression, S. 221 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fehlen einer Rechtfertigung begründen,[1029] wobei die *Kenntnis* dieser Tatsachen nicht genügt, sondern eine *Zielrichtung* im Sinne einer „Absicht" oder eines „direct intent" erforderlich ist.[1030] Auch wenn es für die untersuchte Fragestellung allein auf die Kenntnis ankommt, würde es einem Staat, der sich rechtfertigende Tatsachen vorstellt, auch an der verlangten Absicht fehlen, sodass ihn das Erfordernis eines animus aggressionis vor der Verletzung des Aggressionsverbotes jedenfalls bewahrte.

Wie die 1945 in San Francisco vorgeschlagenen Aggressionsdefinitionen[1031] enthält die Aggressionsdefinition der Generalversammlung von 1974 keinen ausdrücklichen Hinweis auf das Erfordernis eines animus aggressionis. Die explizite Nennung der „purposes of the States involved" in Art. 2 der Definition, die der SR zu berücksichtigen habe, wenn er die sogenannte „Priority Rule" widerlege, wurde auf Drängen der blockfreien Staaten gestrichen.[1032] Nach dieser Regel ist die erste Gewaltanwendung ein Anscheinsbeweis für eine Aggression.[1033] Dennoch deutet nach der über das animus-Kriterium geführten Debatte während der Ausarbeitung der Definition[1034] einiges darauf hin, dass von dieser Streichung nicht auf den Verzicht dieses Kriteriums geschlossen werden kann. Zum einen sprachen sich zahlreiche Staaten ausdrücklich für das Erfordernis eines animus aggressionis aus.[1035] Viele der kritischen Stimmen wandten sich primär ge-

---

1029 Den Begriff dagegen primär auf die „tatbestandliche" Gewaltanwendung beziehend Ruys, Armed Attack, S. 160: „The concept of *animus aggressionis* is therefore best construed as requiring the *deliberate* use of armed force against another State or its external manifestations, or, in other words, in a *hostile intent*." [Hervorhebung im Original].

1030 So explizit die Sowjetunion während der Verhandlungen der Generalversammlungsdefinition, UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 29; ebenso wohl die zitierte Definition Aroneaunus, Fn. 1028.

1031 So zB die Vorschläge Boliviens, UNCIO III, S. 579 und der Tschechoslowakei, UNCIO III, S. 469.

1032 UN Doc. A/9019 (1973), S. 19; eing. zur Entstehung des Texts Bruha, Definition der Aggression, S. 146–163.

1033 Art. 2 Aggressionsdefinition; zum Entwurf von 1973 s. Special Comite Report (1973), UN Doc. A/9019, S. 16.

1034 In sechs der sieben Berichte des Special Comites zwischen 1968 und 1974 wurde die Frage des aggressive intent diskutiert, vgl. UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 36–38; A/8019 (1970), Rn. 35–40; A/8419 (1971), S. 19 f, 32 f; A/8719 (1972), S. 15 f; A/9019 (1973), S. 19; A/9619 (1974), S. 16, 20 f, 23, 30, 35, 38 f.

1035 S. den Entwurf der sechs westlichen Mächte, vgl. UN Doc. A/8419 (1971), S. 27, para. IV A; die Äußerung der Sowjetunion, A/9619 (1974), S. 36; im Bericht von 1971 heißt es gar „There was agreement in the Working Group that there was no aggression without aggressive intent", A/8419 (1971), S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen die unter anderem vorgeschlagene abschließende Aufzählung von Absichten[1036] oder monierten Probleme bei der Beweislast,[1037] nicht aber ein Vorsatzerfordernis als solches. Obwohl man wiederholt versuchte, dieses von den Motiven eines Staates abzugrenzen,[1038] bezogen sich ablehnende (wie auch einige befürwortende)[1039] Äußerungen primär auf die Unbeachtlichkeit der *Zielsetzung* der Gewalt, nicht einen Tatsachenvorsatz.[1040] Mehrfach wurde betont, dass man sich über die Ausklammerung von „acts committed by mistake" aus der Aggressionsdefinition einig sei.[1041] Einige Staaten hielten die Nennung eines Vorsatzelementes schlicht für entbehrlich, da es inhärenter Bestandteil einer Aggressionsdefinition sei.[1042] Zahlreiche Vertreter stellten nach Streichung der Passage in Art. 2 klar, dass sie ihre Zustimmung nicht als Verzicht auf das animus-Kriterium verstanden wissen wollten.[1043] Die Staaten, die die gegenteilige Auffassung zum Ausdruck brachten,[1044] waren zumindest zahlenmäßig in der Minderheit.[1045]

Wenn die Aggressionsdefinition von 1974 das animus-Erfordernis daher zumindest nicht auszuschließen scheint, sprechen entscheidende Gründe für dieses Kriterium. Der Wortlaut von Art. 39 UNC, der auf die Aggressi-

---

1036 S. die Entwürfe in UN Doc A/8419 (1971), S. 29; krit. dazu A/8719 (1972), S. 21 (Sowjetunion); A/8019 (1970), S. 38. Dass die Sowjetunion den Vorsatz als solchen nicht in Abrede stellte, ergibt sich eindeutig aus ihrer Stellungnahme 1974, A/9619 (1974), S. 36.

1037 UN Doc. A/8019 (1970), Rn. 36.

1038 Berichte des Special Committees, UN Doc. A/8019 (1970), Rn. 39, A/8419 (1971), Rn. 35 und den Bericht des Generalsekretärs A/2211 (1952), Rn. 361 f; Bruha, Definition der Aggression, S. 149.

1039 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 22 (USA), S. 29 f (Sowjetunion).

1040 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 24 (Zypern), S. 25 f (Polen), S. 27 (Kolumbien); ähnlich A/9619 (1974), S. 18 (Rumänien) im Zusammenhang mit Art. 5 der Definition. Die Gleichsetzung des animus-Begriffs mit „Zielen" (so Bruha, Definition der Aggression, 146–163, s.o. Fn. 1027) erscheint deshalb nicht ganz unberechtigt.

1041 UN Doc. A/AC.134/SR.68, S. 20 (Kanada), S. 21 (USA), S. 28 (Jugoslawien), S. 30 (Sowjetunion); A/AC.134/SR/77, S. 144 (Sowjetunion).

1042 UN Doc. A/8419 (1971), S. 32; A/9619 (1974), S. 23 (USA); vgl. auch A/CN.4/44 (1951), S. 65.

1043 UN Doc. A/9619 (1974), S. 16 (Japan), S. 23 (USA), S. 30 (Türkei), S. 31 (Vereinigtes Königreich), S. 35 (Kanada), S. 36 (Sowjetunion), vgl. auch S. 17 (Rumänien), das Art. 2 der Definition als grundsätzlich geeignet versteht, Vorsatz zu berücksichtigen.

1044 UN Doc. A/9619 (1974), S. 20 (Syrien), S. 21 (Zypern), S. 38 f (Mexiko), S. 36 (Jugoslawien).

1045 Stärker den fehlenden Konsens betonend Stone, AJIL 71 (1977), S. 224 (228–230).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

on Bezug nimmt, beinhaltet zwar keinen expliziten Hinweis darauf. Der Begriff *act of aggression* legt aber als solcher nahe, dass der Akteur nicht nur schuldhaft iSv individuell vorwerfbar gehandelt,[1046] sondern auch die Umstände erkannt haben muss, die die rechtswidrige Gewalthandlung begründen. Der Begriff der „versehentlichen Aggression" wirkt semantisch widersprüchlich. Das spricht dafür, dass auch Kennenmüssen nicht ausreicht, sondern ein animus iSv Vorsatz zu verlangen ist. In systematischer Hinsicht kann dieses Erfordernis das Kriterium schuldhaften Handelns ergänzen, um die Aggression vom Friedensbruch iSd Art. 39 UNC abzugrenzen. Da ein vorsätzlicher Völkerrechtsbruch die Vorwerfbarkeit des Verhaltens gegenüber dem unvorsätzlich handelnden Akteur erhöht, erscheint dieses Kriterium auch aus teleologischer Sicht plausibel. Der geringere Verhaltensvorwurf fahrlässigen Handelns oder gar ausschließlich kausalen Verhaltens – so sich ein Verhaltensvorwurf hier überhaupt begründen ließe[1047] – würde dem Schutzzweck von Art. 39 UNC kaum gerecht, der in der Sanktionierung schwersten vorwerfbaren Verhaltens liegt. Das gegen das animus-Erfordernis vorgebrachte Missbrauchsargument[1048] und die eingewandten Beweisschwierigkeiten[1049] betreffen primär Probleme der praktischen Umsetzung, die das gegenteilige Ergebnis nicht überzeugend begründen können. Im Übrigen führen sie auch in anderen Bereichen nicht dazu, dass auf subjektive Elemente verzichtet wird.[1050]

Nach der hier befürworteten Auslegung verletzt also ein irrender Staat, der die eine rechtswidrige Aggression begründenden Umstände nicht erkennt, das Aggressionsverbot nicht. Das gilt selbst dann, wenn die subjektive Vorstellung sorgfaltswidrig war, weil Kennenmüssen für eine Aggression nicht genügt. Ob auch ein Fehlverdacht, bei dem der Staat das Vorliegen solcher Umstände ernstlich für möglich hält, eine Verletzung des Aggressionsverbots ausschließt, hängt davon ab, ob auch ein „bedingter Vor-

1046 Dazu bereits oben 9. Kap., II. 2.

1047 Selbst bei der hier zugrunde gelegten Trennung zwischen Handlungsunrecht und Schuldvorwurf ist diese Möglichkeit nicht selbstverständlich und wird von der deutschen Strafrechtswissenschaft überwiegend verneint, Lang-Hinrichsen, GA (1957), S. 1 (11); aA Schweikert, ZStW 70 (1958), S. 394 (397–399) der mit der Haftung für *riskantes Verhalten* einen Schuldvorwurf ohne fahrlässiges Handeln für möglich hält.

1048 UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 37; A/8019 (1970), Rn. 37.

1049 UN Doc. A/7620 (1969), Rn. 39.

1050 ZB beim Genozidverbot, Art. II Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide („intent to destroy").

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

satz“ bzw. eine „recklessness“[1051] für den animus aggressionis ausreicht. Zumindest in Bezug auf die die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände erscheint das zweifelhaft.[1052]

2. Handlungsunrecht beim bewaffneten Angriff

Ob der *bewaffnete Angriff* iSd Art. 51 UNC ein Handlungsunrecht, also einen Unrechtsvorsatz oder zumindest eine Unrechtsfahrlässigkeit voraussetzt, entscheidet darüber, ob sich der Adressat einer „eingeschränkt gerechtfertigten“ Gewaltanwendung erwehren dürfte. Diese Frage ist schwieriger zu beantworten als die bereits verneinte Frage, ob der Angriff schuldhaft iSv vorwerfbar sein muss.[1053] Auch die Entbehrlichkeit des Handlungsunrechts beim Angriff kommt nur in Betracht, wenn man entgegen manchen Literaturstimmen[1054] bereit ist, den Aggressionsbegriff, der Vorsatz verlangt, in dieser Hinsicht enger zu verstehen als den des bewaffneten Angriffs. Angesichts der unterschiedlichen Zwecksetzungen[1055] erscheint das möglich. Die Aggressionsdefinition der Generalversammlung und die vorausgehenden Debatten lassen, wie festgestellt, Raum dafür.[1056]

Die Literatur diskutiert kontrovers darüber, ob ein Angriff vorsätzlich[1057] oder zumindest sorgfaltswidrig[1058] erfolgen muss, um das Selbstverteidigungsrecht auszulösen, oder ob ein Erfolgsunrecht genügt. Anders als bei dem für das Aggressionsverbot verwendeten Begriff des animus aggressionis[1059] ist nicht immer eindeutig, wer allein zum Handlungsunrecht in Bezug auf eine *(tatbestandliche) Gewaltanwendung gegen einen anderen*

1051 Diese Begriffe sind freilich hochumstritten, dazu und zu ihrem Verhältnis Ohlin, Mich. J. Int'l L. 35 (2013), S. 79 (104–106); Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 360–368; Finnin, ICLQ 1 (2012), S. 325 (333–336); s. auch PTC II, Bemba, Urteil v. 15. Juni 2009, Rn. 363.

1052 Denn die Interessenlage ist eine andere als auf „Tatbestandsebene“, s.o. 8. Kap. für das deutsche Strafrecht sowie s.u. 9. Kap., III. 5. für das Gewaltverbot.

1053 S.o. 9. Kap., II. 2.

1054 S.o. 9. Kap., II. 2., Fn. 1018.

1055 S.o. 9. Kap., II. 2.

1056 S.o. 9. Kap., II. 2., Fn. 1021.

1057 Wieder ist die Terminologie ein Problem: Im Englischen wird idR von „intent“ gesprochen.

1058 S.o. 5. Kap., I., Fn. 6.

1059 Vereinzelt ist auch in diesem Kontext von *animus aggressionis* die Rede, vgl. Constaninou, The Right of Self-Defence, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Staat Stellung bezieht[1060] und wer auch das hier interessierende Bewusstsein des *Fehlens rechtfertigender Umstände* in den Blick nimmt.[1061] Aufgegriffen wurde die Frage des Handlungsunrechtserfordernisses auch im Zusammenhang mit Selbstverteidigung gegen Angriffe nicht-staatlicher Akteure, die vom Territorium eines Staates aus operieren, der unfähig ist, die Angriffe zu verhindern,[1062] sowie im Cyberkontext.[1063]

Der IGH hat sich zu der Frage bislang nicht explizit positioniert. In der Ölplattformen-Entscheidung lehnte das Gericht den bewaffneten Angriff eines iranischen Schiffs zwar mangels spezifischen Vorsatzes, die US-Schiffe zu treffen, ab:

> „The Court notes first that the *Sea Isle City* was in Kuwaiti waters at the time of the attack on it, and that a Silkworm missile fired from (it is alleged) more than 100 km away *could not have been aimed at the specific vessel*, but simply programmed to hit some target in Kuwaiti waters. […] There is no evidence that the mine laying alleged to have been carried out by the *Iran Ajr*, at a time when Iran was at war with Iraq, was *aimed specifically at the United States*; and similarly it has not

1060 Für ein so verstandenes Vorsatzerfordernis Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (965 f); Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (172–175); Roscini, Cyber Operations, S. 77; dagegen Constantinou, Right of Self-Defence, S. 62 (obwohl letztere beiden von *animus aggressionis* sprechen, stellen sie nur auf Vorsatz bezüglich der Gewalt ab); Feder, N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 19 (1987), S. 395 (412); J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (201–206); Akande, in: Kommentar zu Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011.

1061 Diesen Aspekt mitumfassend und ein Vorsatzerfordernis ablehnend Henderson, Use of Force, S. 75 Fn. 154, 215 f; anders Corten, Law Against War, S. 83, der im Irrtumsfall nicht nur eine Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4), sondern auch einen Angriff iSd Art. 51 UNC ablehnt und das Opfer eines irrenden Staates über Polizeibefugnisse schützen will; ebenfalls Vorsatz verlangend van Steenberghe, Légitime défense, S. 230 f.

1062 S. nur Kreß, Gewaltverbot, S. 274–282 (Erfolgsunrecht insoweit ausreichen lassend); Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (792–797) (Handlungsunrecht verlangend, weil der Verzicht darauf den Standard des Gewaltverbots senkte und „a fortiori" den des Selbstverteidigungsrechts, ebd. S. 793); freilich macht das fehlende Handlungsunrechtserfordernis Selbstverteidigung gegen Private in der Unfähigkeitskonstellation nicht automatisch zulässig. Insb. muss begründet werden, warum der Territorialstaat, obwohl nicht selbst Angreifer, die Verteidigungsmaßnahme dulden muss, dazu näher Starski, ZaöRV 75 (2015), S. 455 (471–496).

1063 Die Mehrheit der internationalen Expertengruppe des Tallinn Manuals 2.0 hält den Vorsatz für das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs für irrelevant, Rule 71, Commentary (14).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> been established that the mine struck by the *Bridgeton* was laid *with the specific intention of harming that ship, or other United States vessels.* Even taken cumulatively and reserving […] the question of Iranian responsibility, these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, qualified as a "most grave" form of the use of force."[1064] [Hervorhebung hinzugefügt]

Doch ergibt sich daraus nicht zwingend, dass der IGH den Angriffsvorsatz für eine notwendige Bedingung hält. Der letzte Satz des Ausschnitts aus dem Ölplattformen-Fall deutet vielmehr darauf hin, dass es sich nur um ein relevantes Kriterium für die Frage handelt, ob der bewaffnete Angriff die Erheblichkeitsschwelle überschreitet.[1065] Im Übrigen bezieht sich das Gericht auf die Absicht bezüglich der Beeinträchtigung eines *spezifischen* Opferstaates, nicht auf die hier interessierende einfache Kenntnis oder das Kennenmüssen der die Ausnahme bildenden Tatsachen.[1066] Eine andere Passage, stammend aus dem Nicaragua-Urteil, ist insgesamt zu vage, um davon auf ein solches Erfordernis zu schließen:[1067]

> „Very little information is however available to the Court as to the circumstances of these incursions *or their possible motivations*, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an armed attack by Nicaragua on either or both States."[1068] [Hervorhebung hinzugefügt]

An einer anderen Stelle des Nicaragua-Urteils verneint der IGH zwar einen Angriff Nicaraguas, weil es den Strom von Waffen nach El Salvador nicht habe aufhalten können und somit nicht „responsible" dafür sei.[1069] Indes ist nicht sicher, ob das Gericht damit allgemein zum Ausdruck bringen wollte, dass jeder Angriff zumindest *sorgfaltswidrig* sein müsse, oder ob die

---

1064 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 64.
1065 Vgl. J. A. Green, Netherlands Int'l L. Rev. 55 (2008), S. 181 (203 f).
1066 S. van Steenberghe, Légitime défense, S. 240 f; dennoch ein weitergehendes Verständnis erwägend Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (583).
1067 Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (583); zu beiden Passagen vgl. auch Ruys, Armed Attack, S. 162 f; Gray, Use of Force, S. 152, 155; Corten, Le droit contre la guerre, S. 106.
1068 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 231.
1069 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157–160.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Passage nur deshalb auf eine „diligence" abstellt,[1070] weil ein Unterlassen Nicaraguas in Rede stand.

Tatsächlich spricht die Chartaauslegung gegen das Erfordernis eines Handlungsunrechts beim bewaffneten Angriff, und zwar sowohl in Bezug auf Umstände, die den „Tatbestand" des Angriffs begründen, als auch bezüglich derer, die ihn rechtswidrig machen. Anders als der Begriff des *act of aggression* iSd Art. 39 UNC impliziert der Ausdruck *armed attack* iSd Art. 51 UNC wohl nicht zwingend ein Bewusstsein der „tatbestandlichen" und der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände. Entsprechend unterschiedliche Begriffe wurden auch in den übrigen authentischen Sprachfassungen gewählt.[1071] Einzig die französische Fassung gleicht beide Begriffe an, indem in Art. 39 vom „acte d'agression", in Art. 51 von der „agression armée" die Rede ist, obwohl auch im Französischen der Begriff „attaque" zur Verfügung gestanden hätte. Maßgeblicher noch sind teleologische Erwägungen. Denn die Gründe, die gegen gegen die volle Rechtfertigungslösung und die Notwendigkeit eines schuldhaften iSv individuell vorwerfbaren Angriffs sprachen, lassen sich auch gegen das Erfordernis eines Handlungsunrechts beim Angriff anführen: Der Schutzzweck des notrechtlichen Selbstverteidigungsrechts ist auch dann betroffen, wenn der Angriff ohne Unrechtsvorsatz oder Unrechtsfahrlässigkeit erfolgt, der Angreifer also einer unvermeidbaren Fehlvorstellung unterliegt. Verwehrte man dem Opfer dieses Gewalteinsatzes hier sein Selbstverteidigungsrecht, würde ihm das vollständige Irrtumsrisiko aufgebürdet. Denn anders als im deutschen Strafrecht, in dem für einen *rechtswidrigen* Angriff iSd § 32 StGB zunehmend ein Handlungsunrecht verlangt wird,[1072] stünde dem Opfer im Völkerrecht wie festgestellt kein subsidiäres Notrecht wie ein Notstandsrecht zur Verfügung.[1073] Soweit der Opferstaat für die Fehlvorstellung unzuständig ist, lässt sich diese Risikoverlagerung nicht begrün-

1070 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157.

1071 Die chinesische verwendet für Art. 39 den Ausdruck „侵略行为" (aggressives Verhalten), für Art. 51 den Ausdruck „受武力攻击时" (mit Gewalt angegriffen); die russische benutzt in Art. 39 „акта агрессии" (Akt der Aggression) und in Art. 51 „вооруженное нападение" (bewaffneter Angriff); die spanische in Art. 39 „acto de agresion", in Art. 51 „ataque armado".

1072 S.o. 8. Kap., I. 1.

1073 S.o. 6. Kap., II. 2. a. Zu diesem Argument eing. Kreß, Gewaltverbot, S. 278 f. Tatsächlich stammt auch in Deutschland die Erfolgsunrechtskonzeption aus einer Zeit, in der der rechtfertigende Notstand noch nicht anerkannt war, ebd. S. 278; ein ähnliches Argument griff bereits bei der vollen Rechtfertigungslösung, s.o. 9. Kap., I. c.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den.[1074] Die Staatenpraxis mag darauf hindeuten, dass der „Angriffstatbestandsvorsatz" die Geringfügigkeit einer Gewaltanwendung kompensieren und diese über die erforderliche Schwelle heben kann.[1075] Auch dann sind Tatbestands-, Unrechtsvorsatz und -fahrlässigkeit aber keine *notwendigen* Voraussetzungen des bewaffneten Angriffs. Diese These wird dadurch gestützt, dass das Selbstverteidigungsrecht gegen Private, die vom Territorium eines unfähigen Staates aus operieren, in der Staatenpraxis gewichtige Befürworter besitzt.[1076] Denn ein unfähiger Staat handelt nicht fahrlässig.

Im Ergebnis spricht also vieles dafür, dass dem Opferstaat das Selbstverteidigungsrecht grundsätzlich auch bei einer unvermeidbaren Fehlvorstellung erhalten bleibt. Die Fehlvorstellung ist deshalb nicht ohne Bedeutung für das Selbstverteidigungsrecht: Soweit der Opferstaat sie erkennt, beeinflusst sie die Notwendigkeit der Selbstverteidigung, da zumindest nach Aufklärung des Irrtums normalerweise keine Gefahr der Fortsetzung des Angriffs besteht.[1077]

3. Das subjektive Element bezüglich des „Tatbestands" des Gewaltverbots

Nachdem die Betrachtung der Begriffe der Aggression und des bewaffneten Angriffs die notwendigen Grundlagen geschaffen hat, kann sich der Blick auf das Gewaltverbot selbst richten, beginnend bei der Frage, ob es eines Vorsatz- oder Fahrlässigkeitselementes hinsichtlich der „tatbestandlichen" Umstände bedarf, die eine *Anwendung von Gewalt gegen einen anderen Staat* begründen. Weder die Literatur[1078] noch der IGH weisen einen

---

1074 Näher dazu der Clean-Hands-Gedanke s.u. 9. Kap., IV.

1075 Ausf. Ruys, Armed Attack, S. 163–167, der diesen Vorsatz bei geringfügiger Gewalt für „particularly important" (S. 166 f.), aber auch außerhalb davon für notwendig hält (S. 167).

1076 Die Praxis und Rechtsüberzeugungen bereits früh in diese Richtung deutend Kreß, Gewaltverbot, S. 134 f; aus der jüngeren Zeit Wilmshurst/Wood, AJIL 107 (2013), S. 390 (393); Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (969); aA Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (798); für eine ständig aktualisierte Auflistung der Staaten s. Chachko/Deeks, Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test?, Lawfare v. 10. Oktober 2016.

1077 Akande, in: Kommentar zu Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011.

1078 Für ein Vorsatzerfordernis van Steenberghe, Légitime défense, S. 229 f (hier auch auf das Gewaltverbot bezogen); Corten, Law Against War, S. 76–83; Henderson, Use of Force, S. 75–78; nicht für erforderlich haltend, außer bei „essentially harmless incursions" Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (191); indes an anderer Stelle generell einen „deliberate use of force" fordernd, Armed Attack,

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eindeutigen Weg. Eine in diesem Kontext oft zitierte Passage des Atomwaffen-Gutachtens erwähnt die „intention" und Zielgerichtetheit von Gewalt zwar mehrfach:

> „[T]he policy of deterrence, […] necessitates that the *intention to use nuclear weapons* be credible. Whether this is a "threat" contrary to Article 2, paragraph 4, depends upon whether the particular use of force envisaged would be *directed* against the territorial integrity or political independence of a State, or against the Purposes of the United Nations or whether, in the event that it were *intended* as a means of defence, it would necessarily violate the principles of necessity and proportionality."[1079] [Hervorhebungen hinzugefügt]

Bei genauem Hinsehen ist die Aussagekraft dieser Erwähnungen aber beschränkt: Die erste Nennung der „intention" ist nur auf die Politik der Abschreckung bezogen, die zweite Erwähnung „intended" auf den Willen zur Selbstverteidigung, nicht auf die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 2 (4) UNC. Einzig die Einfügung des Wortes „directed" vor den von der Charta verwendeten Begriff „against the territorial integrity […]" deutet auf ein Vorsatzerfordernis hin. Doch ob die Richter diesem einzelnen Wort eine solche Bedeutung beimessen wollten, ist zweifelhaft, zumal sich die Frage des Vorsatzerfordernisses in dem Kontext, den sie vor Augen hatten, nicht stellte.

Auch die ausgebliebene Feststellung einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC im Korfu-Kanal-Fall[1080] lässt sich nicht mit dem Fehlen eines Tatsachenvorsatzes erklären,[1081] hatte Großbritannien doch von sämtlichen tatsächlichen Umständen Kenntnis. Im Gebietsstreit zwischen Kamerun und Nigeria vermied der IGH eine Stellungnahme zu dem von Nigeria hilfsweise angeführten Argument, es habe einem „reasonable mistake" oder „honest belief" in Bezug darauf unterlegen, dass das Gebiet, auf dem sich nigerianische Kräfte befanden, zu Kamerun gehöre.[1082] Allein eine Aussage

---

S. 185 f; die meisten Autoren beschränken sich darauf, die Irrelevanz der Motive des Staates zu betonen, s. nur Brownlie, Use of Force, S. 265–268; Gray, Use of Force, S. 37–40.

1079 ICJ, Atomwaffengutachten, Rn. 48, vgl. Corten, Le droit contre la guerre, S. 105; Session de Santiago, Emmanuel Roucounas, Annuaire de l'Institut de droit int'l 72 (2007), S. 77 (115).

1080 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 32–35.

1081 So aber Corten, Law Against War, S. 77.

1082 ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Urteil v. 10. Oktober 2002, Rn. 311–324.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Armed-Activities-Falles deutet auf das Erfordernis eines Handlungsunrechts hin. Auf sie wird gleich eingegangen.

a) Das Gewaltverbot als Verhaltensnorm: Auslegung und Konsequenz

Zwar knüpft der Wortlaut von Art. 2 (4) UNC das Verbot von Gewalt nicht ausdrücklich an eine entsprechende Intention oder Sorgfaltswidrigkeit.[1083] Auch impliziert der Begriff „use of force", „emploi de la force", „применения силы"[1084] usw. anders als die „Aggression" nicht als solcher vorsätzliches Handeln. Man mag darin das Erfordernis eines *willensgesteuerten* Verhaltens erblicken, sodass etwa das *versehentliche* Drücken eines Knopfes, der zum Abwurf einer Bombe führt, nicht in den Anwendungsbereich des Gewaltverbotes fiele. Der Begriff sagt aber nichts darüber aus, ob dem willensgesteuert handelnden Staat auch bewusst sein muss (oder zumindest hätte bewusst sein müssen), dass er gegen einen anderen Staat Gewalt anwendet, oder ob umgekehrt etwa auch der unbewusste und sorgfaltsgemäße Übertritt einer Grenze erfasst wird. Jedoch leitet Art. 2 (4) UNC das Gewaltverbot ein mit den Worten „All Members *shall refrain from*", „воздерживаются от",[1085] und knüpft dann an den „use of force" an. In der französischen und spanischen Fassung heißt es sogar „s'abstiennent […] de *recourir* à la menace ou à l'emploi de la force" bzw. „se abstendrán de *recurrir* a la amenaza o al uso de la fuerza". Wie Art. 2 (4) UNC ist auch die zu seiner Auslegung regelmäßig herangezogene[1086] Friendly Relations Declaration formuliert.[1087] Diese Wortwahl macht deutlich, dass die Charta den UN-Mitgliedern, wie zuvor erwähnt,[1088] eine (negative) *Verhaltenspflicht* auferlegt, keine Gewalt anzuwenden,[1089] indem sie an den *Willensentschluss* der Mitglieder anknüpft. Den Eintritt eines Erfolgs – die

1083 Bei anderen völkerrechtlichen Pflichten lässt sich dieses Erfordernis dem Text entnehmen, vgl. etwa die due-diligence-Regel im Umweltvölkerrecht, Art. 194 (1), (2) UNCLOS; Art. 2 Ozone Convention (1985), Art. 2 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution.

1084 Wortwörtlich *Gewaltanwendung*.

1085 Wortwörtlich *sich enthalten*, *unterlassen*, *Abstand nehmen*.

1086 Vgl. etwa ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 191.

1087 UN Doc. A/RES/2625, Principle 1: „Every State has the duty to refrain […] from the threat or use of force".

1088 S.o. 4. Kap., IV. 1. b; 9. Kap., I. 1. c.

1089 Henkin, AJIL 65 (1971), S. 544 (544) („norm of behaviour"); Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (792 f).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beeinträchtigung territorialer Unversehrtheit – lässt Art. 2 (4) UNC gerade nicht genügen. Der Telos stützt diese Auslegung:[1090] Dem Gewaltverbot geht es nicht darum, einen Staat für die von ihm kausal herbeigeführte Beeinträchtigung staatlicher Souveränität und territorialer Unversehrtheit eines anderen Staates haftbar zu machen.[1091] Es legt den Staaten die Pflicht auf, Gewaltanwendungen zu unterlassen, womit der von Verhaltensnormen ausgehende *präventive* Schutz dieser Interessen im Vordergrund steht.[1092]

Auch Art. 23 des Artikelentwurfs *Agos* zur Staatenverantwortlichkeit von 1996 stellte diese Konzeption nicht in Frage. Er lautete:

> „When the result required of a State by an international obligation is the prevention, by means of its own choice, of the occurrence of a given event, there is a breach of that obligation only if, by the conduct adopted, the State does not achieve that result."[1093]

Selbst wenn man das Gewaltverbot entgegen seinem Wortlaut an den „negativen" Erfolg der Beeinträchtigung territorialer Integrität[1094] knüpfte und so für eine „obligation to prevent" im Sinne dieser Entwurfsnorm hielte, würde es hierdurch nicht zwingend zu einer ausschließlich erfolgs- und nicht verhaltensbezogenen Pflicht. Denn man kann Art. 23 des Entwurfs auch so lesen, dass der Eintritt des zu verhindernden Erfolgs nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung für die Verletzung der Pflicht darstellt.[1095] *Crawford* verstand Verhinderungspflichten im Sinne dieser Norm zwar als „'negative' obligations of result".[1096] Diesem Ver-

1090 Ebenso auf den Zweck abstellend (wenn auch ohne nähere Begründung) Corten, Le droit contre la guerre, S. 105.

1091 Zu dieser Abgrenzung Rostalski, GA (2016), S. 73 (78) für Verhaltensnormen im Strafrecht.

1092 Vgl. Rostalski, GA (2016), S. 73 (74) für Verhaltensnormen im Strafrecht.

1093 ILM 37 (1998), S. 440 (449); s. zu dieser Norm im Kontext des Gewaltverbotes auch Kreß, Gewaltverbot, S. 276.

1094 Gemeint sind freilich nicht nur die Annexion, sondern auch einfache Beeinträchtigungen durch Waffengewalt, da die „against"-Zusätze Art. 2 (4) nicht einschränken, s.o. 6. Kap., II. 2. a.

1095 So auch die Kommentierung zu Art. 23 Artikelentwurf (1996), wiedergegeben bei Wolf, ZaöRV 45 (1985), S. 232 (257), wonach neben dem Erfolgseintritt auch eine besondere Verhaltensweise und ein „certain causal link – indirect, of course, not direct" erforderlich sei.

1096 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 85; Art. 2 (4) UNC als solche qualifizierend Wolfrum, in: Arsanjani, Looking to the Future, S. 33 (364 Fn. 4).

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ständnis traten aber ebenso gewichtige Stimmen entgegen: *P.-M. Dupuy*, mit der primär kontinentaleuropäischen Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Verhaltenspflichten vertraut, legte überzeugend dar, dass Verhinderungspflichten ihrer Natur nach keine Erfolgs-, sondern Verhaltenspflichten sind, weil sie an ein sorgfaltswidriges Verhalten anknüpfen.[1097] Auch der ILC-Kommentar erkennt dies heute an.[1098] Im Ergebnis wurde *Agos* Pflichtenklassifizierung insgesamt nicht übernommen.[1099]

Die Konsequenz des Verhaltensnormcharakters des Gewaltverbotes ist nach dem im Rahmen der vollen Rechtfertigungslösung Gesagten bereits vorgezeichnet: Ein Staat *kann* sein Verhalten, wie festgestellt, nur an den Umständen ausrichten, die ihm zum Handlungszeitpunkt erkennbar sind.[1100] Will man die tatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubnissätze nicht unmittelbar versubjektivieren, so muss zumindest die *Verletzung* des Gewaltverbots ein Handlungsunrecht in Bezug auf die Umstände der „Tatbestandsebene" voraussetzen. Denn müsste die Gewaltanwendung nicht vorsätzlich oder wenigstens[1101] sorgfaltswidrig verursacht sein, wäre der Staat nicht in der Lage, diese zu unterlassen,[1102] und Unmögliches kann von ihm nicht verlangt werden. Anders als dem vollen Rechtfertigungsansatz gelingt es der eingeschränkten Rechtfertigungslösung so (auf der hier zunächst interessierenden *Tatbestands*ebene müsste sie eigentlich „eingeschränkte Tatbestandsausschlusslösung" heißen), den Verhaltensnormcharakter der Erlaubnissätze mit objektiven Wertaspekten zu vereinen. Das Fundament dafür liefert eine unter anderem von *Armin Kaufmann* auf Grundlage von *Bindings* Normentheorie[1103] vollzogene Unterscheidung: Auf einer ersten Ebene legt eine Norm durch positives Werturteil nur fest, wie Güter zu distribuieren sind, was also „recht" ist, wobei die handelnden Akteure unabhängig von ihrer Handlungsfähigkeit nur Objekt der Distri-

1097 P.-M. Dupuy, EJIL 10 (1999), S. 371 (379 f).
1098 Art. 14 ARSIWA, Commentary (14); s. auch Pacholska, Complicity, S. 177 f.
1099 Zur sonstigen „Über-Klassifizierung" Agos Entwurfs s. P.-M. Dupuy, EJIL 10 (1999), S. 371 (382).
1100 S.o. 9. Kap., I. 1. c.
1101 Auf das Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Minus-Plus- oder aliud-Verhältnis) kommt es hier nicht an, s. dazu für das Strafrecht MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 101–104; Rostalski, GA (2016), S. 73 (82 f).
1102 Zum Zusammenhang zwischen Verhaltenspflicht und Handlungsunrecht s. Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 128 f; Duttge, Bestimmtheit des Handlungsunwerts, S. 250; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 133; Rostalski, GA (2016), S. 73 (76).
1103 Binding, Normen I, S. 104 f, wonach einem Recht nicht zwingend eine Pflicht entspricht.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bution sind. Auf einer zweiten Ebene konkretisiert sich die Norm zu einer Verhaltenspflicht, um den erstrebten Zustand der ersten Ebene herzustellen.[1104] Letztere Verhaltenspflicht richtet sich nur an den „Handlungsfähigen", der „den Entschluss zur verbotenen Handlung fassen und realisieren kann".[1105] Das Erfassen oder Erfassenkönnen der Tatumstände ist dafür unverzichtbar.[1106] Wer also weder weiß noch wissen kann, dass er gegen einen anderen Staat Gewalt anwendet, ist kein tauglicher Adressat für eine negative Verhaltenspflicht.[1107] Folgt aus dem Gewaltverbot (im Zusammenspiel mit dem Selbstverteidigungsrecht) eine solche negative Verhaltenspflicht, kann diese also nur *verletzt* sein, wenn der Staat erkannte oder erkennen konnte, dass die sein Verhalten verbietenden Umstände vorlagen. Ob er mit seiner Handlungsweise (objektives) Erfolgsunrecht begeht, ist dagegen eine auf der „Distributivebene" anzusiedelnde Frage, die nicht von einem Erkennen oder Erkennenmüssen der „Tatumstände" durch den Handelnden abhängt. Das erklärt, warum der Gewalt einsetzende Staat trotz Fehlvorstellung einen *rechtswidrigen Angriff* iSd Art. 51 tätigt: Er schafft ein Erfolgsunrecht, auf das der andere Staat in Ausübung seiner

1104 Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes, S. 127–129; Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 270 f; vgl. (wenn auch mit einem leicht abweichenden Verständnis, weil zwei Normarten unterscheidend) Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 219 Fn. 39; S. 235 f; krit. ebd. S. 237–239; ähnlich Rostalski, GA (2016), S. 73 (77); rechtsvergleichend Eser, FS Lenckner, S. 25 (36–46, 50–52).

1105 Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes, S. 140; s. auch Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, S. 219.

1106 Insoweit unterscheidet sich Armin Kaufmann nicht von Binding. Kaufmann (Lebendiges und Totes, S. 139–141) verzichtet nur anders als Binding (Normen II, S. 132 ff) auf die Kenntnis von der Pflicht; so i. Erg. auch Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 78–84, der das „Kriterium des Verbotenseins eines Verhaltens" in dem *spezifischen Risikobezug* eines Verhaltens zum Erfolg – also in einem Fahrlässigkeitskriterium – erblickt.

1107 Im Strafrecht muss der Täter daher normalerweise vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Dass das Strafrecht an Verhaltenspflichten anknüpft, folgt nicht nur aus dem Schuldprinzip, sondern auch daraus, dass eine objektive strafrechtliche Verantwortung iSe strict liability mit general- und spezialpräventiven Strafzwecken kaum vereinbar wäre. Nicht unproblematisch sind daher vollständig objektive Delikte zB im kanadischen Ordnungswidrigkeitenrecht oder australischen Strafrecht (vgl. Section 6.1 und 6.2 Commonwealth Criminal Code), dazu Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, S. 314; auch Rostalski, GA (2016), S. 73 (75) hält den Verhaltensnormverstoß für die „Grundbedingung einer jeden Straftat"; vgl. für das russische Strafrecht Aghayev, Russian Criminal Law, S. 151–153.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

notrechtlichen Selbstverteidigung reagieren können muss.[1108] Weil seine Fehlvorstellung nur das Handlungs- und nicht auch das Erfolgsunrecht verhindert, musste eine volle Rechtfertigungslösung scheitern.[1109]

Auch der IGH hat in zahlreichen Entscheidungen – besonders deutlich im Völkermord-Fall,[1110] im Teheraner-Geiseln-Fall[1111] und im Armed-Activities-Fall[1112] – die Verletzung einer Verhaltenspflicht von einem Sorgfaltsverstoß abhängig gemacht. Auf die darin zum Ausdruck kommende „due-diligence-Pflicht", Schädigungen anderer Staaten zu verhindern,[1113] ist zurückzukommen.

b) Weitere Indizien für ein Handlungsunrechtserfordernis

Dass Art. 2 (4) UNC nur bei einem „tatbestandlichen" Handlungsunrecht verletzt ist, lässt sich mit weiteren Indizien belegen. So schränkt der Zusatz „against the territorial integrity […]" das Gewaltverbot als solcher zwar nicht ein.[1114] Doch legt der Begriff „against" nahe, dass die Redakteure bei Art. 2 (4) UNC ein Bewusstsein der Umstände für erforderlich hielten.[1115] Darauf deutet auch die Alternative der Gewalt*androhung* hin, die ihrerseits

---

1108 Auch die aus rechtmäßiger Selbstverteidigung entstehende Duldungspflicht des anderen Staates ist keine echte Verhaltenspflicht, sondern Teil der Distributivebene. Daher ist auch der irrende Staat objektiv verpflichtet, die Selbstverteidigungshandlung des Opferstaates zu dulden.

1109 Zu einer unterschiedlichen Behandlung von Art. 2 (4) und Art. 51 UNC in Bezug auf das Vorsatzelement gelangt auch Henderson, Use of Force, S. 75–78 (insb. Fn. 154), 215 f.

1110 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430 f („it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible").

1111 ICJ, Tehran Hostage, 1980, Rn. 68.

1112 ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 300 f, 303; Corten, Leiden J. Int'l L. 29 (2016), S. 777 (793) knüpft diese Passage unmittelbar an das Gewaltverbot an.

1113 Dennoch wird die im Völkermord-Fall entscheidende „duty to prevent genocide" nicht den allgemeinen due-diligence-Pflichten zugeordnet, sondern stellt eine eigenständige Primärpflicht dar, s. Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (6).

1114 S.o. 6. Kap., II. 2. a.

1115 Ähnlich Corten, Law Against War, S. 77.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– ähnlich wie die Aggression – gar ein Vorsatzelement impliziert.[1116] Dass die Androhung in allen Sprachfassungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewaltanwendung genannt wird,[1117] ist ein Anhaltspunkt dafür, dass auch letztere von einem Handlungsunrecht abhängt.[1118]

Die im Rahmen der Entschuldigungslösung betonte Unterscheidung zwischen Gewalt- und Aggressionsverbot steht einem solchen Erfordernis nicht entgegen: Sieht man wie hier den wesentlichen Unterschied zwischen diesen beiden Verhaltenspflichten darin, dass die Feststellung einer Aggression (neben dem verwirklichten Unrecht) einen Verhaltens*vorwurf* statuiert, das Gewaltverbot hingegen zu seiner Verletzung allein unrechtes Handeln fordert, so ist ihr Abgrenzungskriterium nicht das Handlungsunrecht, sondern die Schuldhaftigkeit des Handelns.[1119] Es liegt daher kein Widerspruch darin, ein *Handlungsunrecht* für beide Verbote zu verlangen, *schuldhaftes* Handeln nur für die Aggression.[1120] Auch die während der Entstehung der Aggressionsdefinition gemachten Aussagen, eine Aggression könne nicht „by mistake or negligence"[1121] geschehen, schließen nicht aus, dass auch für eine einfache Gewaltverbotsverletzung zumindest ein Sorgfaltsverstoß erforderlich ist.

Schließlich zwingt auch der Umstand, dass die eingeschränkte (da nur subjektive) Rechtfertigung eines irrenden oder fehlvermutenden Staates seine Staatenverantwortlichkeit wegen einer Verletzung von Art. 2 (4)

1116 Vgl. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 47, der *intention* vorauszusetzen scheint.

1117 Zu diesem Zusammenhang mit der Folge, dass die Androhung von Gewalt rechtswidrig ist, wenn es ihre Anwendung wäre s. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 47.

1118 Die Entstehungsgeschichte von Art. 2 (4) UNC ist für die interessierende Auslegungsfrage unergiebig. Insb. enthält keiner der in San Francisco gemachten Änderungsvorschläge (UNCIO VI, S. 557–568) ein Indiz für oder gegen ein Handlungsunrechtserfordernis.

1119 Wenig aussagekräftig insoweit die Äußerung der USA in UN Doc. A/AC.134/SR.68 (1970), S. 23, die im „intent" zwar ein Abgrenzungskriterium zwischen Aggression und „less serious forms of the use of force" sahen, jedoch darunter nicht nur Handlungsunrecht, sondern Schuldhaftigkeit verstanden, vgl. ebd. S. 22 („guilty intent").

1120 Auch die Staatenpraxis steht diesem Ergebnis nicht entgegen: Wie Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (189–191) und Corten, Le droit contre la guerre, S. 109 f darlegen, sehen Staaten bei Gewaltanwendungen ohne Tatbestandsvorsatz regelmäßig davon ab, sich auf Art. 2 (4) und 51 UNC zu berufen. Zwar lässt dies keinen sicheren Schluss auf ein Vorsatzerfordernis zu (Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (190)), jedenfalls aber keinen Schluss auf das Gegenteil.

1121 UN Doc. A/AC.134/SR.77, S. 144 (Sowjetunion), ebenso zum „mistake" die Nachweise s.o. 9. Kap., III. 1., Fn. 1041.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

UNC verhinderte,[1122] nicht zu einem anderen Ergebnis. Erstens zeigt die Praxis, dass Entschädigungszahlungen häufig ex gratia gewährt werden und sich insoweit tatsächlich keine klare Tendenz zu einer *rechtlichen* Verantwortlichkeit des sorgfaltsgemäß Irrenden oder Fehlvermutenden identifizieren lässt.[1123] Zum anderen mag die Verletzung des *Respekts territorialer Unversehrtheit*, einer Ausprägung des unter anderem in Art. 2 (1) UNC zum Ausdruck kommenden Souveränitätsprinzips,[1124] anders als das Gewaltverbot kein Handlungsunrecht voraussetzen und damit als taugliche Primärpflichtverletzung dienen, um eine Haftung auch bei unvermeidbaren Fehlvorstellungen zu begründen.[1125] Zwar ist das Prinzip territorialer Unversehrtheit mit dem Gewaltverbot eng verbunden[1126] und Art. 2 (1) und Art. 2 (4) UNC teilen denselben Chapeau, der ebenfalls einen Anhaltspunkt für eine Verhaltenspflicht enthält: „The Organization and its Members […] *shall act* in accordance with the following Principles".[1127] Doch greift Art. 2 (1) UNC selbst („the Organization is based on the principle of sovereign equality of all its Members") diese Formulierung, anders als die übrigen Absätze von Art. 2, nicht auf, sondern beschränkt sich auf die Statuierung eines objektiven Wertes. Dieses für sich genommen noch nicht ausreichende Indiz gegen einen Verhaltensnormcharakter des Souveränitätsprinzips wird gestützt durch die Materialien der Konferenz von San Francisco, die offenlegen, dass Art. 2 (1) UNC mit dem Begriff der souveränen Gleichheit ganz verschiedene Elemente objektiv gewährleisten sollte, nämlich die rechtliche Gleichheit, Souveränität, Rechtspersönlichkeit, territoriale Integrität, politische Unabhängigkeit. Allein der souveräne Staat selbst „should […] comply faithfully with its international duties and obli-

1122 S.o. 1. Kap., IV. 1. c. Denn Art. 2 b ARSIWA benötigt einen *vollständigen* Verstoß gegen eine Primärpflicht; ein bloßes Erfolgsunrecht iSd Art. 2 (4) UNC genügt nicht.

1123 S.o. 7. Kap., III. 7.

1124 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 212; zu diesem Prinzip bereits ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 26–37; manchmal wird diese Ausprägung auch als „territorial sovereignty" bezeichnet, ebd. S. 35; Marxsen, ZaöRV 75 (2015), S. 7 (7–19); verankert ist es u.a. auch in der Friendly Relations Declaration, A//RES/2625 (XXV) und der Aggressionsdefinition der Generalversammlung, A/RES/3314 (XXIX).

1125 Denken ließe sich auch an das zwischenstaatliche Interventionsverbot iSd Art. 2 (1) oder (4) UNC. Doch hält man das Interventionsverbot gegenüber dem Gewaltverbot für die *allgemeinere* Vorschrift (näher s.u. Fn. 1134), teilt es wohl dessen Rechtsnatur als Verhaltensnorm.

1126 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 212.

1127 Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gations".[1128] Versteht man das Souveränitätsprinzip in seiner Ausprägung als Prinzip des Respekts territorialer Unversehrtheit aus diesen Gründen nicht als Verhaltenspflicht, sondern als bloße „Verursachungsnorm", so geht daraus hervor, dass ein Staat, der die Beeinträchtigung der Souveränität eines anderen Staates kausal herbeiführt, (objektives) Erfolgsunrecht begeht. Insoweit kommt bei einer sorgfaltsgemäßen Fehlvorstellung für die Staatenverantwortlichkeit das Souveränitätsprinzip als verletzte Primärpflicht statt des Gewaltverbotes in Betracht.[1129]

Insgesamt spricht daher vieles dafür, dass eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC ein Handlungsunrecht bezüglich des „Tatbestands" dieser Norm verlangt. Art. 2 (4) UNC ist insoweit enger auszulegen als der Begriff des bewaffneten Angriffs iSd Art. 51 UNC.

c) Art des verlangten Handlungsunrechts: Vorsatz oder Sorgfaltswidrigkeit?

Über die Art dieses Handlungsunrechts ist damit noch nichts gesagt. Bedürfte es positiver Kenntnis, verhinderten jegliche Irrtümer und Fehlverdachtsmomente die Verletzung von Art. 2 (4) UNC. Selbst die bloße ignorantia facti, bei der sich ein Staat über die den Gewaltverbotstatbestand begründenden Umstände keine Gedanken macht,[1130] würde den Verstoß möglicherweise abwenden. Ließe diese Norm dagegen bereits sorgfaltswidriges Verhalten[1131] bzw. einen „normativen Vorsatz" genügen, dem geringere Formen der subjektiven Zurechnung als Wissen und Wollen ausreichten,[1132] so blieben *vermeidbare* Irrtümer und jedenfalls der *nicht hinreichend*

1128 UNCIO VI, S. 457, 717 f, Hervorhebung hinzugefügt.

1129 Wie hier i. Erg. Corten, Law Against War, S. 83; Henderson, Use of Force, S. 78; Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339 f) zufolge lässt der Irrtum einen *Angriffskrieg* entfallen, nicht jedoch die Staatenverantwortlichkeit (ohne zu erläutern, woraus sie dann folgt); vgl. auch ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, S. 243–246.

1130 Zum Begriff s. MüKoStGB/Hefendehl, § 263, Rn. 250–252 sowie oben 1. Kap., II Fn. 107.

1131 Zur genauen Bedeutung dieses Begriffs s.u. 10. Kap.

1132 Zu dieser Idee eines stufenlosen subjektiven Zurechnungskonzepts für das Strafrecht Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 340 f, 367, 444; der Haupteinwand, dass dadurch Fahrlässigkeitsdelikte ihren Zweck verlören (s. ebd. S. 444; ähnlich Fletcher, Basic Concepts, S. 117), greift im Völkerrecht nicht, da kein eigenes „Verbot fahrlässiger Gewalt" existiert.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wahrscheinliche Fehlverdacht unberücksichtigt, weil mit ihnen ein Sorgfaltsverstoß einhergeht.[1133] Das Gleiche gälte für die ignorantia facti.

Um der Rechtsnatur als Verhaltenspflicht Rechnung zu tragen, reichte das Erfordernis sorgfaltswidrigen Handelns aus. Die Begriffe „against" und „threat" mögen eher für ein Vorsatzerfordernis im klassischen Sinne sprechen, zwingend erscheint das aber nicht. Zu einem Vorsatzerfordernis zwingen würde hingegen, so es zuträfe, das Argument, dass das Gewaltverbot als Spezialfall des allgemeinen Interventionsverbotes[1134] die Intervention in souveräne Rechte eines anderen Staates mittels der Anwendung physischen *Zwangs* untersage, Zwang aber stets vorsätzliches Handeln erfordere.[1135] Doch erscheint diese Überlegung anfechtbar: Das *Aufzwingen des eigenen politischen Willens* mag Vorsatz voraussetzen. Doch enthält Art. 2 (4), anders als noch Art. I des Briand-Kellogg-Paktes, keinen Anhaltspunkt dafür, dass er allein Gewalt „als Werkzeug nationaler Politik" aus den internationalen Beziehungen verbannt. Die These, dass Art. 2 (4) UNC ein *Zwingen* und nicht nur einen Zwang voraussetzt, sich der Willensentschluss, den das Gewaltverbot wie festgestellt verlangt, also notwendigerweise auch auf die Zwangs*wirkung* beziehen muss, ist daher schwer zu halten.[1136]

Fehlt es daher an einem unumgänglichen Grund für ein Vorsatzerfordernis, schlägt die zentrale Erwägung durch, dass Ziel und Zweck des Art. 2 (4) UNC entscheidend für ein bloßes Sorgfaltswidrigkeitserfordernis sprechen: Der Schutz des internationalen Friedens erfordert es nicht nur, vorsätzliche Gewaltanwendungen zu unterlassen, sondern auch die not-

---

1133 S.o. 1. Kap., III. 1. a, b; für den *tatbestandlichen* Verstoß gegen das Gewaltverbot lässt sich die duty to reflect zwar nicht mit dem tatbestandlichen Erfolgsunrecht begründen, jedoch mit dem allgemeinen Prinzip, dass jeder Akteur zumutbare Maßnahmen ergreifen muss, um von ihm kausal verursachte Schädigungen anderer zu vermeiden, vgl. Rostalski, GA (2016), S. 73 (77, 86).

1134 Vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 205; Henderson, Use of Force, S. 52; besonders deutlich wurde dieses Verhältnis in dem Entwurf Brasiliens, UNCIO VI, S. 558: „All members of the Organization shall refrain in their international relations from any intervention in the foreign or domestic affairs of any other member of the Organization, and from resorting to threats or use of force […]", ähnlich der Vorschlag Irans, UNCIO VI, S. 563.

1135 So Henderson, Use of Force, S. 52, 76.

1136 Auch der Satz des zuständigen Komitees in San Francisco „The Committee wishes to state […] that the unilateral use of force *or similar coercive measure* is not authorized or admitted" (UNCIO VI, S. 459) zwingt wohl nicht zu einem anderen Ergebnis, kann das „coercive" doch auch auf die Zwangswirkung bezogen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wendigen Vorkehrungen dafür zu treffen, dass es nicht aus Achtlosigkeit dazu kommt. Dem Schutzzweck von Art. 2 (4) UNC würde nicht gerecht, wenn auch sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen die Verletzung dieser Norm verhinderten. Dadurch würde das Irrtumsrisiko zu weit auf den Opferstaat verlagert. Denn auch wenn ihm das Selbstverteidigungsrecht unabhängig davon erhalten bleibt, ob der Handelnde Art. 2 (4) verletzt, muss es dem Opfer nicht auch gelingen, die Gewalt erfolgreich abzuwehren. Hinzu kommt, dass die ILC für das Erfordernis einer „intention" einen spezifischen Hinweis in der Primärnorm verlangt,[1137] an dem es in Art. 2 (4) UNC fehlt. Auch die erwähnten Aussagen während der Genese der Aggressionsdefinition, „acts committed by mistake or negligence" fielen nicht unter die Definition,[1138] mag man so lesen, auch wenn sie nicht explizit in Abgrenzung vom Gewaltverbot gemacht wurden, als stellten diese Maßnahmen durchaus verbotene Gewalt, nur eben keine Aggression dar. Der Nachweis einer *positiven* Vorstellung von den maßgeblichen Umständen wäre in der Praxis zudem nur mit großen Schwierigkeiten zu führen.

Dieser Auslegung steht auch das im Korfu-Kanal-Fall bekräftigte Prinzip nicht entgegen, dass ein Staat nicht wissentlich oder sorgfaltswidrig die Nutzung seines Territorium für Handlungen zulassen darf, die Rechte anderer Staaten verletzen.[1139] Dieses Verbot der von dem eigenen Territorium ausgehenden Schädigung (im Folgenden: Schädigungsverbot)[1140] wird teilweise bereits als Kern einer übergeordneten due-diligence-Pflicht im Völkerrecht verstanden,[1141] die in spezifischen Bereichen wie dem Umwelt-, Investitions,- Konflikt- und Cybervölkerrecht sowie in den Men-

1137 ARSIWA, Art. 16 Commentary (7).

1138 S.o. 9. Kap., III. 3. b, Fn. 1121 und 9. Kap., III. 1., Fn. 1041.

1139 Corfu Channel, Merits, 1949, S. 22, der Einschluss der Sorgfaltswidrigkeit ergibt sich aus dem Kontext, s. ebd. S. 18 („ought to have known"); so bereits PCIJ, Lotus, Urteil v. 7. September 1927, Rn. 269; United States v. Arjona 120 U.S. 479 (1887); das Tallinn Manual 2.0. erfasst Sorgfaltswidrigkeiten durch ein weites Verständnis des Begriffs „knowledge", Rule 6, Commentary (39); bestätigt wurde das Korfu-Kanal-Prinzip in ICJ, Pulp Mills, Rn. 101; ICJ, Costa Rica v. Nicaragua, Nicaragua v. Costa Rica, Merit, Rn. 104.

1140 S. dazu nur P.-M. Dupuy, in: Bothe, Trends in Environmental Policy and Law, S. 363 (367); ein allgemeines Schädigungsverbot daraus ableitend Bäumler, Schädigungsverbot, S. 60; zur Herleitung eing. Pacholska, Complicity, S. 172–177.

1141 ILA, Due Diligence, Second Report, S. 5; zur Existenz eines solchen due-diligence-Prinzips eing. Kulesza, Due Diligence, insb. S. 262–270; Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (1)-(6); untersucht wird die Fragestellung derzeit im Rahmen des MPI-Projekts „Due Diligence in International Law"; zentral für due-diligence-Pflichten sind die ILC Draft Articles on Prevention of Trans-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schenrechten spezielle Ausprägungen erfahren hat.[1142] In den erwähnten due-diligence-Pflichten, die etwa im Teheraner Geiseln- und im Armed-Activities-Fall relevant wurden,[1143] mag man Ausformungen einer solchen allgemeinen due-diligence-Pflicht für den Kontext von Gewaltanwendungen erkennen.[1144] Dass die Rechtsprechung für die Verletzung des Gewaltverbotes durch eine (unmittelbare) Gewaltanwendung eines Staates das Erfordernis eines due-diligence-Verstoßes bislang nicht formuliert hat, bedeutet nicht, dass es hier nicht existiert. Im Gegenteil mag man in der Anknüpfung des erwähnten Schädigungsverbotes an einen Sorgfaltsverstoß ein Indiz dafür sehen, dass die Verletzung des Gewaltverbotes erst recht von dieser Anforderung abhängt. Denn auch wenn Art. 2 (4) UNC, anders als das Schädigungsverbot, an eine eigene Gewaltanwendung des Staates anknüpft[1145] – insoweit erst einmal mehr verlangt als das Schädigungsverbot –, muss das nicht heißen, dass das Gewaltverbot im Gegenzug auf einen Sorgfaltsverstoß verzichtet. Zu schwer wiegt im Vergleich zum Schädigungsverbot der Völkerrechtsverstoß, der mit einer Verletzung von Art. 2 (4) UNC einhergeht.

Im Ergebnis legt die Auslegung damit nahe, dass ein Staat das Gewaltverbot nur verletzt, wenn er die Umstände, die einen Gewalteinsatz gegen einen anderen Staat begründen, bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt wenigstens hätte erkennen können.

---

boundary Harm from Hazardous Activities (2001) („ILC Draft Articles on Prevention"); krit. zu einer von spezifischen Primärpflichten losgelösten due-diligence-Pflicht Pacholska, Complicity, S. 178.

1142 Zu diesen Bereichen s. insb. ILA, Due Diligence, First Report, S. 6–31; Kulesza, Due Diligence, S. 224–252; für die Umwelt s. insb. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 29; ICJ, Pulp Mills, Rn. 101, 193–197; ICJ, Costa Rica v. Nicaragua, Nicaragua v. Costa Rica, Merits, Rn. 104; zur Unterscheidung dieser Ausprägungen vom Schädigungsverbot Pacholska, Complicity, S. 179.

1143 S.o. 9. Kap., III. 3. a, Fn. 1110-1112.

1144 Ähnlich Koivurova, MPEPIL 1034 (2010), Rn. 36 f; weitergehend Kulesza, Due Diligence, S. 278 f, die den Teheraner-Geiseln-Fall unmittelbar an Art. 2 (4) UNC anknüpft.

1145 Ob ein Staat durch die Unterstützung fremder Gewalt auch das Gewaltverbot (und nicht nur das Schädigungsverbot) verletzen kann, kann hier nicht näher untersucht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Das subjektive Element bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände

Ausgehend von dem Gesagten muss nur noch beantwortet werden, ob sich das Erfordernis eines Sorgfaltspflichtverstoßes auf die tatbestandliche Ebene von Art. 2 (4) UNC beschränkt oder auch das Fehlen einer Ausnahme umfasst.[1146] Um dies zu beantworten, ist es hilfreich, den Blick für einen Moment auf das Erfolgsunrecht der Norm zu lenken, das „objektive" Unrecht also,[1147] auf das sich das Handlungsunrecht normalerweise bezieht.

Das Gewaltverbot verletzt in objektiver Hinsicht, wer Gewalt anwendet, ohne sich auf eine Ausnahme berufen zu können. Das Verhältnis zwischen dem „Tatbestand" des Gewaltverbots und seinen Ausnahmen wird häufig als Regel-Ausnahme-Verhältnis beschrieben, ohne die genaue Rechtsfolge der Ausnahmen darzulegen.[1148] Angesichts der Formulierung in Art. 51 UNC „[n]othing in the present Charter shall impair" mag man geneigt sein, das Gewaltverbot und seine Ausnahmen als einheitliche Regel zu verstehen und im Falle einer Ausnahme bereits den tatbestandlichen Verstoß gegen Art. 2 (4) UNC auszuschließen.[1149] Gegen diese Konzeption spricht jedoch der Wortlaut von Art. 2 (4) UNC, der selbst keinen Raum für Ausnahmen wie das Selbstverteidigungsrecht oder das SR-Mandat lässt.[1150] Auch die Systematik der Charta – das Gewaltverbot wird prominent zu Beginn unter den Zielen und Grundsätzen statuiert, während Art. 42 und 51 UNC mit großem Abstand zu Art. 2 (4) folgen – ist ein Indiz dafür, dass es

---

1146 Für letzteres implizit (jedoch auf Vorsatz bezogen) Corten, Le droit contre la guerre, S. 111 f; Henderson, Use of Force, S. 77 f.

1147 Dieses entspricht dem Werturteil der Distributivebene, s.o. 9. Kap., III. 3. a.

1148 Gill, in: Schmitt/Pejic, International Law and Armed Conflict, S. 113 (116, 118); Bothe, EJIL 14 (2003), S. 227 (228 f); R. Kolb, Ius contra bellum, S. 178; Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 44; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 197, jedoch uU einen Tatbestandsausschluss andeutend: „exception *to the application* of Article 2 (4)" [Hervorhebung hinzugefügt]; Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 92 ordnet diese Autoren teils als einen Tatbestandsausschluss befürwortend ein, doch verwenden viele die Begriffe „exception" und „justification" möglicherweise auch als Synonyme.

1149 D'Asprement, U. Pa. J. Int'l L. 31 (2010), S. 1089 (1106); D'Argent, AFDI 49 (2003), S. 266 (276 f), beide unter Berufung auf ICJ, Ölplattformen, Rn. 43; ähnlich Kundes Verhältnis der „praktischen Konkordanz", Kunde, Präventivkrieg, S. 197.

1150 Anderes mag für die Intervention auf Einladung gelten, deren Ausklammerung Art. 2 (4) wohl inhärent ist, zur Einordnung als tatbestandsausschließend s.o. 1. Kap., I. 4., Fn. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich bei den Ausnahmen um Rechtfertigungsgründe handelt, die das aus der tatbestandlichen Verletzung des Gewaltverbotes folgende Unrecht erst *aufheben*.[1151] Der erwähnten Formulierung „nothing […] shall impair" lässt sich insoweit Rechnung tragen, als zwischen dem „Tatbestand" und der „Rechtfertigung" kein Wertungsunterschied bestehen muss, eine gerechtfertigte Gewaltanwendung also ebenso wenig Unrecht beinhaltet wie eine Gewaltanwendung, die bereits den Tatbestand von Art. 2 (4) UNC nicht erfüllt.[1152] Wenn die Rechtfertigungskonzeption daher auch als die überzeugendere erscheint, ist es letztlich ohne Bedeutung, welche Konzeption man zugrunde legt: Nach beiden ist das Fehlen einer Ausnahme vom Gewaltverbot notwendiger Bestandteil des Erfolgsunrechts von Art. 2 (4).[1153]

Hiervon ausgehend stellt sich die entscheidende Frage, ob sich das Handlungsunrecht, das Art. 2 (4) UNC voraussetzt, auf *alle* Elemente des Erfolgsunrechts beziehen muss, oder ob es ausreicht, dass der Staat in Bezug auf den *tatbestandlichen* Verstoß von Art. 2 (4) UNC wenigstens sorgfaltswidrig handelt. Letzteres würde bedingen, dass sich der von Art. 2 (4) UNC ausgehende Normbefehl auf das *Unterlassen tatbestandlicher Gewalt* beschränkte und Art. 51 UNC allein die Funktion zukäme, das Erfolgsunrecht aufzuheben, ohne dass ein diesbezügliches Handlungsunrecht erforderlich wäre. Mit einer solchen „überschießenden Tendenz" des Erfolgsunrechts ließe sich das Fehlen eines Wertungsunterschiedes zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene in der Konzeption von Art. 2 (4) UNC und seinen Ausnahmen schwer vereinbaren: Macht es für das von einem Staat verwirklichte Erfolgsunrecht keinen Unterschied, ob sein Verhalten bereits aus dem Tatbestand des Art. 2 (4) UNC herausfällt oder erst von einer Ausnahme erfasst wird, erscheint es nur konsequent, den vom Gewaltverbot und seinen Ausnahmen ausgehenden Normbefehl identisch zu formulieren: Staaten haben nicht *jegliche*, sondern nur *ungerechtfertigte* Ge-

1151 So die verbreitete Auffassung, ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 228 f; Vidmar, Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8 (2015), S. 1 (6, 17); Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (876); ähnlich Kreß, Gewaltverbot, S. 170; Bowett, Self-Defence, S. 117.

1152 Vgl. Lowe EJIL 10 (1999), S. 405 (406), Rechtfertigungsgründe als „right behaviour" bezeichnend (zur Staatenverantwortlichkeit); Corten, Le droit contre la guerre, S. 654: „La légitime défense sera envisagée comme un droit d'exception. Un droit, d'abord, et non une simple situation ou circonstance susceptible d'exclure l'illicéité d'un comportement. Une action en légitime défense est donc *parfaitement licite*" [Hervorhebung hinzugefügt]; ähnlich Kunz, AJIL 41 (1947), S. 872 (876); Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 200.

1153 Vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

walt zu unterlassen.[1154] Um geeignete Adressaten dieses Normbefehls zu sein, müssen sie wenigstens erkennen können, dass rechtfertigende Umstände nicht eingreifen.[1155] Aus diesem Grund geht auch die Erwägung fehl, dass der Staat, der „immerhin" tatbestandliche Gewalt anwendet, über größere Handlungssteuerungsmöglichkeiten verfüge als ein Staat, der bereits den Tatbestand von Art. 2 (4) UNC nicht verletzt.[1156]

Die textorientierte Auslegung lässt somit den Schluss zu, dass eine Verletzung von Art. 2 (4) UNC neben dem objektiven Fehlen einer Rechtfertigung ein diesbezügliches Handlungsunrecht voraussetzt. Wie auf Ebene des „Tatbestandes" genügt angesichts des Schutzzwecks von Art. 2 (4) UNC dafür eine Sorgfaltswidrigkeit. In dieser Ausprägung scheint die eingeschränkte Rechtfertigungslösung daher insgesamt mit der textorientierten Auslegung vereinbar.

5. Der Sonderfall des hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdachts

Bisher wurde offengelassen, ob ein Fehlverdacht, also ein Gewalteinsatz aufgrund einer bloßen Wahrscheinlichkeit rechtfertigender Umstände, überhaupt eingeschränkte Rechtfertigungswirkung haben kann oder nicht generell ein Handlungsunrecht begründet. Denn immerhin hatte der Staat hier selbst Zweifel an der vermuteten Sachlage (die sich dann als falsch herausstellt) und war sich des Risikos einer Fehleinschätzung bewusst. Er erscheint weniger schutzwürdig als ein irrender Akteur, dessen Blickfeld noch weiter eingeschränkt ist, weil er von dem Vorliegen eines Erlaubnistatbestands überzeugt ist und somit keine Risikoabwägung treffen kann. Bei näherem Hinsehen verfängt dieser Gedanke jedoch nicht.

Ein erstes vordergründiges Problem läge darin, dass bei einer Andersbehandlung von Irrtum und Fehlverdacht die schwierige Abgrenzung dieser Kategorien[1157] hohe Bedeutung erlangte. Weiter würde auf diese Weise gerade ein Staat mit wenigen Skrupeln gegenüber demjenigen bevorzugt, der mehr Skepsis an den Tag legt, Sachverhaltsalternativen in Erwägung zieht

---

1154 Zum Inhalt dieser Verhaltensnorm bereits oben 9. Kap., I. 1. c.

1155 Denjenigen, die nicht zwischen „tatbestandlichen" und „Rechtfertigungsirrtümern" unterscheiden, ist daher i. Erg. zuzustimmen, so Henderson, Use of Force, S. 77 (für Berücksichtigung); Brownlie, Use of Force, S. 377 f (wohl dagegen, indes nicht eindeutig s.o. 5. Kap., I., Fn. 1).

1156 So aber zum deutschen Strafrecht MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 45, s.o. 8. Kap., I. 1, Fn. 734.

1157 S.o. 1. Kap., II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und anfängliche Zweifel nicht leichtfertig beiseiteschiebt.[1158] Gewichtiger ist aber ein konzeptueller Grund. Wie festgestellt muss der Staat bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände vorsätzlich oder sorgfaltswidrig handeln. Auch bei einem Fehlverdacht ist nicht zwingend von *vorsätzlichem* Handeln auszugehen. Denn selbst wenn man an den Unrechtsvorsatz geringe Anforderungen stellte und auf ein sicheres Wissen der Umstände verzichtete, wäre nicht jeder noch so geringfügige Zweifel an den erlaubenden Umständen ausreichend, um zumindest einen „Eventualvorsatz" bzw. eine „recklessness" in Bezug auf ihre Fehlen zu begründen. Jedenfalls müsste der Staat das Fehlen dieser Umstände wohl für ernstlich möglich oder nicht unwahrscheinlich halten.[1159] Darüber hinaus erscheint ein solcher Eventualvorsatz für die Annahme vorsätzlichen Handlungsunrechts auf *Rechtfertigungsebene* zu gering. Denn auch wenn der Staat die Möglichkeit ernst nimmt, dass die rechtfertigenden Umstände fehlen, kann es angesichts der vermuteten Bedrohung eigener Interessen unangemessen erscheinen, ihm das Eingehen des Fehlverdachtsrisikos zu verwehren. Die Interessenlage ist insoweit eine andere als bei Umständen, die zum „Tatbestand" des Gewaltverbotes gehören: Hält der Staat letztere Umstände für möglich, kann er von der Gewaltanwendung regelmäßig Abstand nehmen, ohne eigene Einbußen befürchten zu müssen. Die niedrige Schwelle des „bedingten Vorsatzes" erscheint in ihrer Starrheit insgesamt ungeeignet, um ein auf Rechtswidrigkeitsebene relevantes Handlungsunrecht zu begründen.[1160] Vieles spricht daher dafür, dass vorsätzliches Handlungsunrecht hier sicheres Wissen voraussetzt, an dem es beim Fehlverdacht fehlt. Wie beim Irrtum (der Vorsatz schon begrifflich ausschließt) wird damit auch beim Fehlverdacht die *Sorgfaltswidrigkeit* des Verhaltens zum entscheidenden Kriterium. Doch nicht jedes Eingehen eines Risikos, dass die objektiv ex ante zu vermutenden Umstände fehlen, ist als unvernünftig und damit als sorgfaltswidrig zu bewerten. Denn das in der Realität kaum zu erfüllende Erfordernis absoluter Gewissheit nähme dem Staat faktisch jede Möglichkeit, schnell zu reagieren. Friedenssicherungsrechtliche Erlaubnissätze liefen dadurch leer und die Interessen des Handelnden würden unzumutbar beeinträchtigt. Im Ergebnis muss es auch in diesem Bereich erlaubte Risiken und also einen *hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht* geben, der nicht als sorgfaltswidrig zu beurteilen ist und einge-

1158 Ähnlich zum nationalen Polizeirecht Poscher, NVwZ 2001, 143.

1159 Zu den Begriffen des dolus eventualis und der recklessness s.o. 9. Kap., III. 1., Fn .

1160 S.o. 8. Kap., I. 1. zur entsprechenden Diskussion im deutschen Strafrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schränkte Rechtfertigungswirkung besitzt. Die genauen Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeitsschwelle werden noch bestimmt.[1161]

Anders liegen die Dinge freilich, wenn der handelnde Staat, obwohl rechtfertigende Umstände (die in Wahrheit fehlen) objektiv ex ante hinreichend wahrscheinlich erscheinen, dies nicht erkennt und von ihrem *Fehlen* überzeugt ist. Bei einem solchen „doppelten Irrtum" (oder Nicht-Irrtum) ist der Umstand, dass die ex-ante-Sachlage auf einen Erlaubnissatz hindeutete, ohne Bedeutung. Denn es lässt sich ein Unrechtsvorsatz bejahen.[1162]

IV. Clean-Hands-Lösung

Der letzte untersuchte Ansatz knüpft an die Clean-Hands-Doktrin an. Nach dieser Doktrin soll sich ein Staat auf die Verletzung seiner Rechte durch einen anderen Staat nicht berufen können, wenn er selbst „schmutzige Hände" hat.[1163] Damit ließe sich begründen, dass ein Opferstaat, der für die Fehlvorstellung mitzuständig ist, den Gewaltverbotsverstoß des anderen und die daraus resultierenden Rechte sowie sein eigenes Selbstverteidigungsrecht *nicht geltend machen* kann.[1164] Diese Erwägung kommt nicht nur als eigenständiger Ansatz zur Berücksichtigung bestimmter Fehlvorstellungen in Betracht. Sie kann auch *neben* dem hier für mit der Charta vereinbar gehaltenen eingeschränkten Rechtfertigungsansatz eingreifen: Erstens mag die Clean-Hands-Doktrin bei sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen, die den Handelnden *nicht* subjektiv rechtfertigen, dem mitzuständigen Opferstaat verwehren, sich auf die aus der Gewaltverbotsverletzung ergebenden Rechte zu berufen. Zweitens könnte das mitzuständige Opfer sein Selbstverteidigungsrecht einbüßen, das nach der eingeschränkten Rechtfertigungslösung bei sorgfaltsgemäßen wie sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen grundsätzlich fortbestünde. Bei sorgfaltswidrigen Fehlvorstellungen erscheint ein Ausschluss der Rechte des Opferstaates indes besonders rechtfertigungsbedürftig, weil seine etwaige Mitzuständigkeit für die Fehlvorstellung hier mit einem Sorgfaltsverstoß des Handelnden zusammentrifft.

1161 S.u. 10. Kap., III.

1162 Diese Konstellation weckt Zweifel daran, dass Vorsatz tatsächlich ein „Plus" und kein Aliud zur Fahrlässigkeit ist, dazu s.o. Fn. 1101.

1163 Darin eine Ausprägung des good-faith-Prinzips sehend R. Kolb, Good Faith, S. 190–192.

1164 Ähnlich Trapp, EJIL: Talk!, 28. Juni 2011, Kommentar v. 11. Juli 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Primär ins Auge gefasst wird hier die Situation, in der der Opferstaat die Fehlvorstellung absichtlich provoziert, zB durch eine in Wahrheit leere Drohung mit einem bewaffneten Angriff, die der Handelnde wie erhofft ernst nimmt und die ihn zu einer Selbstverteidigungshandlung veranlasst. Zu klären sind aber auch die Auswirkungen einer bloß sorgfaltswidrig mitverursachten Fehlvorstellung. Immerhin versagt Art. 25 (1) (b) ARSIWA einem Staat das Notstandsrecht bereits dann, wenn er zur Notstandslage beigetragen, also substantiell durch Tun oder Unterlassen an ihrer Entstehung mitgewirkt hat.[1165] Ähnliche Ausschlussgründe enthalten Art. 23 (2) (a) und 24 (2) (a) für die Force majeure und den Distress. Der dem Art. 51 UNC ähnlichste Rechtswidrigkeitsausschlussgrund der ILC-Artikel – die Selbstverteidigung iSd Art. 21 ARSIWA – enthält zwar keine solche Einschränkung. Doch verzichtet diese Norm insgesamt auf inhaltlichen Vorgaben. Auch im nationalen Strafrecht wird in den genannten Fällen ein Ausschluss oder zumindest eine Einschränkung des Notwehrrechts erwogen.[1166]

Gegen die rechtliche Berücksichtigung des Opferbeitrags zur Entstehung der Selbstverteidigungslage wird bisweilen eingewandt, dass mangels klarer Kriterien der politische Kontext so mit der rechtlichen Bewertung der Selbstverteidigungshandlung vermischt werde.[1167] Soweit sich jedoch konkrete Anwendungsvoraussetzungen des hier erwogenen Clean-Hands-Gedanken herleiten lassen, bietet dieser gerade die Chance eines rechtlichen Maßstabs, der politische Erwägungen außen vor lässt. Er erfasst die Mitzuständigkeit des Opferstaates potentiell auch besser als andere Ausprägungen des Grundsatzes von Treu und Glauben bzw. good faith.[1168] Vor einer Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und der Anwendung

1165 ARSIWA, Art. 25, Commentary (20); ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 57, 52, Bezug nehmend auf Art. 33 des ILC-Artikelentwurfs von 1980, der in Ziff. (2) (c) bereits den Wortlaut des heutigen Art. 25 (2) (b) enthielt.

1166 S.o. 8. Kap., I.

1167 Ruys, Armed Attack, S. 508 f zum Selbstverteidigungsrecht gegen nicht-staatliche Akteure; krit. Kreß, British YB Int'l L. 83 (2013), S. 160 (170).

1168 Besser als zB das Estoppel-Prinzip, das einem Staat, der durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, versagt, sein Verhalten zu ändern, ohne den Vertrauensschaden zu ersetzen, dazu nur R. Kolb, Good Faith, S. 101 f. Um diese „Pflicht zu konsequentem Handeln" (Brown, Univ. Miami L. Rev. 50 (1996), S. 369 (384)) geht es hier freilich nicht. Dem Opferstaat wird nicht vorgeworfen, dass er seine Drohungen nicht umgesetzt hat, sondern dass er sich auf Rechtsverletzungen beruft, die er durch eigenes Fehlverhalten verursacht hat.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Clean-Hands-Prinzips auf Fehlvorstellungen (2), muss jedoch ein Blick darauf geworfen werden, ob dieses im Völkerrecht überhaupt gilt (1).

1. Geltung des Clean-Hands-Prinzips

Die völkerrechtliche Geltung des Clean-Hands-Prinzips, das mit dem Grundsatz *ex iniuria ius non oritur* wohl gleichgestellt werden kann,[1169] ist umstritten. Obwohl vom IGH bisher nicht als solches anerkannt, sehen viele Stimmen in dem Prinzip, das in der UNC keine Erwähnung findet, als Ausprägung des Equity-Grundsatzes einen allgemeinen Rechtsgrundsatz.[1170] Nachdem der Clean-Hands-Gedanke in zwei StIGH-Fällen angedeutet worden war,[1171] kam er im Maas-Fall zur Anwendung. Hier versagte der ständige Gerichtshof den Niederlanden, sich auf eine aus einem Schleusenbau resultierende Vertragsverletzung Belgiens zu berufen, da die Niederlande kurz zuvor eine ähnliche Schleuse konstruiert hatten.[1172] In seinem Einzelvotum präzisierte Richter *Hudson*:

> „It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of the Anglo-American law. […] It is in line with such maxims that 'a court of equity refuses relief

1169 Vgl. Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 2, 5 (e).

1170 Fitzmaurice, RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119); Cheng, General Principles of Law, S. 155; krit. s. nur Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 18; s. dazu auch White, QUT L. & Justice J. 4 (2004), S. 103–116; Schwebel, MPEPIL 18 (2005); Zoller, Peacetime Unilateral Remedies, S. 16 f (letztere zum Vertragsrecht).

1171 PCIJ, Legal Status of Eastern Greenland, Dissenting Opinion Anzilotti, S. 95 („an unlawful act cannot serve as the basis of an action at law"); PCIJ, Mavrommatis Palestine Concessions, Urteil v. 30. August 1924, S. 50 („M. Mavrommatis was bound to perform the acts which he actually did perform in order to preserve his contracts from lapsing as they would otherwise have done").

1172 PCIJ, The Diversion of Water from the Meuse, Urteil v. 28. Juni 1937, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper'."[1173]

Equity-Gesichtspunkte seien als Teil des Völkerrechts zu berücksichtigen.[1174] Auch Richter *Anzilotti* hielt dieses Prinzip in seinem abweichenden Votum für universell anerkannt und sah darin ein allgemeines Rechtsprinzip.[1175]

Nach dem Maas-Fall gab es Ansätze verschiedener Richter, die Clean-Hands-Doktrin zur Anwendung zu bringen. So vertrat Richter *Morozov* im Teheran-Geisel-Fall die Auffassung, dass sich die USA wegen ihres militärischen Rettungsversuchs und der Sanktionen nicht auf die iranische Verletzung des Freundschaftsvertrags berufen könnten.[1176] Im Nicaragua-Fall machte Richter *Schwebel* geltend, dass Nicaragua wegen der Intervention in El Salvador und seiner Versuche, den IGH darüber in die Irre zu führen, nicht mit „clean hands" vor dem Gericht erschienen und ihm die Berufung auf Völkerrechtsverletzungen seitens der USA daher verwehrt sei.[1177] Ähnlich argumentierte im Arrest-Warrent-Fall Richter *van den Wyngaert*, demzufolge Kongos Klage gegen den belgischen Haftbefehl daran hätte scheitern müssen, dass der Kongo keine „clean hands" besitze, weil er sich nicht ausreichend um ein Strafverfahren bemüht hatte.[1178] Gegen die jeweilige Richtermehrheit setzten sich diese Versuche nicht durch, weil diese die Tatsachen in anderer Form würdigte[1179] oder sie nicht für ausreichend hielt, um dem klagenden Staat das Geltendmachen seiner Rechte zu verwehren.[1180] In seinem Grundsatz wies der Gerichtshof den clean-hands-Gedanken aber nicht zurück. Im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall kam er sogar

---

1173 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson v. 28. Juni 1937, S. 77.

1174 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson v. 28. Juni 1937, S. 76 f.

1175 PCIJ, Meuse, Dissenting Opinion Anzilotti v. 28. Juni 1937, S. 50.

1176 ICJ, Tehran Hostages, Dissenting Opinion Morozov, 1980, S. 52; vgl. auch Dissenting Opinion Tarazi, 1980, S. 65.

1177 ICJ, Nicaragua, Dissenting Opinion Schwebel, Merits, 1986, S. 271 f, 392–394.

1178 ICJ, Arrest Warrant, Dissenting opinion Van den Wyngaert, Rn. 35.

1179 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 230. Zwar fügt das Gericht an, dass, selbst wenn die Waffenbelieferung der Opposition in El Salvador der nicaraguanischen Regierung zurechenbar wäre, diese keinen bewaffneten Angriff darstellte, und bejaht (ohne das Clean-Hands-Prinzip zu erwähnen) eine Gewaltverbotsverletzung durch die USA. Doch auch darin muss keine abstrakte Zurückweisung des Prinzips liegen, ebenso Schwebel, MPEPIL 18 (2005), Rn. 5.

1180 ICJ, Teheran-Geisel-Fall, Urteil v. 24. Mai 1980, S. 43 f, demzufolge die US-Intervention erst sechs Monate nach dem in Rede stehenden iranischen Verhalten stattgefunden habe und daher keinen Einfluss auf die Beurteilung dieses Verhaltens haben könne. Im Arrest-Warrant-Mehrheitsurteil blieb der Clean-

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Anerkennung nahe, indem er feststellte, dass „the principle *ex injuria us non oritur* is sustained by the Court's finding […]",[1181] auch wenn eingewandt wird, dass der IGH diesem Prinzip letztlich doch keine Bedeutung beimaß.[1182]

Auch Staaten beriefen sich auf das Clean-Hands-Argument, so etwa die USA im LaGrand-Fall[1183] und im Ölplattformen-Fall[1184] sowie Israel im Mauer-Gutachten-Fall.[1185] Der Gerichtshof griff diese Argumentation nicht auf, weil er die vorgetragenen Tatsachen wieder für nicht erwiesen hielt,[1186] er die Frage mangels Relevanz offenlassen konnte[1187] oder – so beim Mauer-Gutachten – die Entscheidung von der Generalversammlung beantragt worden war und nicht von dem Staat, der mit „unclean hands" agiert haben sollte.[1188] Aus normativer Sicht kann der Clean-Hands-Gedanke aus der Völkerrechtsordnung kaum weggedacht werden, ist er doch ein wesentlicher Aspekt des Equity-Prinzips und des Rechtsmissbrauchsverbotes. Auch die erwähnte Einschränkung des Art. 25 (2) (b) ARSIWA[1189] mag letztlich darauf beruhen.[1190] Formuliert man den Clean-Hands-Grundsatz ausreichend eng, ist auch das Risiko gering, dass Staaten ihn missbrauchen, um eigene Pflichtverletzungen zu legitimieren. Insgesamt sprechen

---

Hands-Gedanke unerwähnt. Da Belgien nicht darauf eingegangen war, können daraus keine soliden Rückschlüsse gezogen werden.

1181 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 133.

1182 Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/546, Rn. 5 (e), der nur den Abschnitt davor zitiert und meint, der IGH habe die Anwendung des Prinzips zurückgewiesen.

1183 ICJ, LaGrand, Urteil v. 27. Juni 2001, Rn. 61.

1184 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 27; auch der Iran selbst bestritt nicht die Relevanz des Prinzips als solches, sondern machte geltend, dass es in zwischenstaatlichen Verfahren erst bei der Haftungsausfüllung zu berücksichtigen sei, ebd. Rn. 28.

1185 ICJ, Construction of a Wall, 2004, Rn. 63.

1186 ICJ, LaGrand, Rn. 63.

1187 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 27–30, 100.

1188 ICJ, Construction of a Wall, Rn. 64.

1189 S.o. Fn. 1165.

1190 Die ILC hielt sie offenbar nicht für näher begründungsbedürftig. Im Commentary (34) zu Art. 33 des Artikelentwurfs von 1980 (A/35/10), von dem der heutige Art. 25 (2) (b) abstammt, heißt es schlicht: „Thirdly, the Commission pointed to the condition that the State claiming the benefit of the existence of a state of necessity must not itself have provoked, either deliberately or by negligence, the occurrence of the state of necessity.", ILC YB 2 (1980-II), S. 50, s. auch Commentary (41), ebd. S. 52. Bei der selbst verursachten Force majeure (heutiger Art. 23 (2) (a)) wird auf den Begriff der Force majeure selbst verwiesen, Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 263.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

daher gute Gründe dafür, dass dieses Prinzip im Völkerrecht Berücksichtigung findet.

2. Inhalt und Anwendung des Clean-Hands-Prinzips auf Fehlvorstellungen

Das Clean-Hands-Prinzip kommt zur Anwendung, wenn derjenige Staat, der sich auf die Pflichtverletzung eines anderen berufen will, selbst eine entsprechende Pflicht verletzt und den Verstoß des anderen damit letztlich erst herbeigeführt hat.[1191] Welcher genaue Zusammenhang zwischen beiden Pflichten bestehen muss, ist unklar. Bei Richter *Hudson* ist von „identical or reciprocal obligations"[1192] die Rede, bei *Fitzmaurice* etwas allgemeiner von „corresponding illegalities".[1193] Tatsächlich kann nicht *jeder* für die Gewaltanwendung des irrenden oder fehlvermutenden Staates kausale Sorgfaltsverstoß des Opferstaates ausreichen, um den Verlust seiner aus dem Gewaltverbotsverstoß resultierenden Rechte zu rechtfertigen. Denn knüpfte man diese harte Konsequenz an jede actio illicita in causa, würde dem Umstand nicht ausreichend Rechnung getragen, dass es immer noch der andere Staat ist, der das Herzstück des ius contra bellum, das Gewaltverbot, in objektiver Hinsicht verletzt. Aus diesem Grund wird auch im nationalen Strafrecht ein vollständiger Ausschluss des Notwehrrechts nicht leichtfertig angenommen.[1194] Auch der Inhalt der weitergehenden Einschränkung des Art. 25 (2) (b) ARSIWA[1195] lässt sich mangels entsprechender Regelung in Art. 21 ARSIWA und Art. 51 UNC nicht einfach auf die Erlaubnissätze des Friedenssicherungsrechts übertragen. Ein Ausschluss des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates erfordert wohl zumindest,

---

1191 Vgl. Fitzmaurice in seiner häufig zitierten Passage aus RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119): „He who comes to equity for relief must come with clean hands. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it."

1192 PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson, S. 77.

1193 S.o. Fn. 1191.

1194 S. zB Ormerod/Laird, in: Smith, Hogan, and Ormerod's Criminal Law, S. 401 sowie oben 8. Kap., I. 1., Fn. 736 für das deutsche Recht und I. 3., Fn. 769 für das US-Recht.

1195 Jeder substantielle Beitrag zur Notstandslage genügt (s. Fn. 1165), wobei nicht einmal sicher ist, ob (wie ursprünglich vorgesehen, s. Fn. 1190) eine Sorgfaltswidrigkeit verlangt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass dieser eine Pflicht verletzt, die dem Gewaltanwendungsverbot der Art nach entspricht und einen ähnlichen Schutzzweck besitzt. Die Mitzuständigkeit des Opferstaates für die letztlich gegen ihn eingesetzte Gewalt muss ein Maß erreichen, das dem eigentlichen Einsatz dieser Gewalt vergleichbar erscheint.[1196] Zu den relevanten Pflichtverletzungen des Opferstaates zählt sicherlich die Verletzung des Gewaltanwendungsverbotes selbst, wohl aber auch die des Gewalt*androhungs*verbotes, das gleichsam vor der Eskalation schützen soll. In dem Szenario, in dem der Opferstaat die Fehlvorstellung durch die vorgespiegelte Androhung eines unmittelbaren Angriffs hervorruft, kommt die Anwendung der Clean-Hands-Doktrin daher in Betracht. Das gilt umso mehr, wenn die Drohung von Gewaltanwendungen unterhalb der Angriffsschwelle begleitet wird. Die Verletzung anderer Pflichten des Opferstaates hingegen, etwa des Interventionsverbots, der territorialen Souveränität[1197] oder allgemeiner Sorgfaltspflichten, die zur Fehlvorstellung beigetragen haben, mögen allenfalls bei der *Verhältnismäßigkeit* der Selbstverteidigungshandlung des Opfers und als Mitverschulden im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit (Art. 39 ARSIWA) zu berücksichtigen sein.[1198] Schließlich bedarf es einer weiteren Einschränkung: War die Fehlvorstellung auch für den Handelnden vermeidbar – trifft also seine Sorgfaltswidrigkeit auf die Mitzuständigkeit des Opferstaates –, so muss die Pflichtwidrigkeit des Opfers den Sorgfaltsverstoß des Handelnden in ihrer Schwere wohl *überwiegen*, um einen vollständigen Verlust der Opferrechte zu rechtfertigen, da ansonsten kein ausreichender Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Opfers und der vom anderen Staat eingesetzten Gewalt besteht. Zu einer gänzlichen Verlagerung des Irrtumsrisikos kommt es danach nur, wenn der Opferstaat der *Hauptzuständige* für die Fehlvorstellung und den darauf basierenden Gewalteinsatz ist. Ist das angesichts des Gewichts des Sorgfaltsverstoßes des Irrenden/Fehlvermutenden nicht der Fall, kommt auch hier nur eine Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts des Opferstaates und ein Mitverschulden bei der Staatenverantwortlichkeit in Betracht.

Doch selbst wenn die Opferstaatprovokation diese Anforderungen erfüllt – sie also das Stadium einer Gewaltandrohung oder -anwendung erreicht und schwerer wiegt als eine etwaig hinzutretende Sorgfaltswidrigkeit des Handelnden – lassen sich gegen die Anwendung des Clean-Hands-

1196 Vgl. insoweit Fitzmaurices „corresponding illegalities".
1197 Gemeint ist der Respekt territorialer Unversehrtheit als Ausprägung des Souveränitätsprinzips, s.o. 9. Kap., III. 3. b.
1198 Ähnlich zum nationalen Strafrecht BeckOK StGB/Momsen/Savić, § 32, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Prinzips potentielle Einwände formulieren. Dass es sich beim Gewaltanwendungs- und -androhungsverbot um eine erga-omnes-Pflicht handelt, steht seiner Anwendung nicht entgegen. Zwar greift der Clean-Hands-Gedanke nur bei der Nichterfüllung von Pflichten, die ein Staat dem jeweils anderen Staat schuldet.[1199] Denn die maßgebliche Unbilligkeit ergibt sich gerade daraus, dass ein Staat einen anderen für eine Rechtsverletzung verantwortlich machen will, für die er wegen der Verletzung einer eigenen, *gegenüber dem anderen Staat* bestehenden Pflicht selbst zuständig ist. Ohne dieses Reziprozitätserfordernis wäre das Clean-Hands-Prinzip auch kaum zu begrenzen. Erga-omnes-Pflichten mögen diese Begrenzungsfunktion insoweit schmälern, als sie nicht zwingend einem konkreten anderen Staat, sondern der internationalen Gemeinschaft als Ganzer geschuldet werden.[1200] Zumindest wenn aber wie bei der Anwendung oder Androhung von Gewalt nicht nur Rechtspositionen der internationalen Gemeinschaft, sondern auch *ausschließliche* Rechte des bedrohten Staates (hier die Souveränität und territoriale Integrität) verletzt werden, mag man das Gegenseitigkeitserfordernis als erfüllt ansehen.

Auch dass sich die in Rede stehenden Rechtsverletzungen nicht aus einem bilateralen Vertrag, sondern aus der UNC – einem multilateralen Vertrag – und dem Gewohnheitsrecht ergeben, begründet kein Hindernis. Zwar stammt der Clean-Hands-Grundsatz ursprünglich aus dem Bereich nicht erfüllter bilateraler Verträge. Staatliche Versuche, sich darauf auch in Fällen wie dem Arrest-Warrant-Fall und dem Mauergutachten zu berufen, deuten aber auf eine Erweiterung des Anwendungsbereichs hin.[1201] Sieht man den Ursprung des Clean-Hands-Gedanken im Equity-Prinzip, besteht auch kein sachlicher Grund für eine solche Beschränkung. Denn dabei handelt sich um ein autonomes Konzept, das nicht auf die Auslegung bilateraler Verträge begrenzt ist.[1202]

Die größte Schwierigkeit liegt darin, dass die Anwendung des Clean-Hands-Gedanken *im Bereich des Gewaltverbotes* das Risiko birgt, dessen

---

1199 S.o. die Aussage in PCIJ, Meuse, Individual Opinion Hudson, S. 77 („reciprocal“).

1200 Nicht unproblematisch daher die Einwendung des Clean-Hands-Prinzips im Arrest-Warrant-Fall durch Richter Van den Wyngaert (s.o. Fn. 1178), da die Strafverfolgungspflicht des Kongos allenfalls gegenüber der Völkergemeinschaft als solcher bestand.

1201 Die im Arrest-Warrant-Fall angeführte Pflichtverletzung war nicht vertraglicher Natur; die von Israel angeführten Rechtsverletzungen der Palästinenser folgten zumindest nicht aus einem bilateralen Vertrag.

1202 Vgl. Francioni, MPEPIL 1399 (2007), Rn. 11–16.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grenzen aufzulösen. Das Argument *Schwebels* im Nicaragua-Fall, Nicaragua sei der eigentliche Aggressor und könne sich nicht auf die Gewaltverbotsverletzung der USA berufen, könnte, so mag der Einwand lauten, am Grundsatz rütteln, dass Selbstverteidigung einen bewaffneten Angriff voraussetzt und Provokationen unterhalb dieser Schwelle gewaltsame Reaktionen nicht rechtfertigen.[1203] Doch steht eine Erosion des Gewaltverbotes durch die Clean-Hands-Doktrin nicht zu befürchten. Denn ihre Anwendung macht den Gewalteinsatz des handelnden Staates nicht *rechtmäßig*. Sie führt allein dazu, dass ihr Opfer keine daraus resultierenden Rechte geltend machen,[1204] sich insbesondere nicht auf die Staatenverantwortlichkeit des anderen oder auf Selbstverteidigung berufen kann. Hinzu kommt, dass die angewandte geringfügige Gewalt oder die Gewaltandrohung des Opfers im hier interessierenden Kontext nicht einen *bewussten* Gewalteinsatz des anderen Staates provoziert, sondern diesem die Sicht auf die wahre Sachlage verstellt. Der Beitrag des Opferstaates zum letztendlich erfolgten Angriff ist daher höher als in dem Szenario *Schwebels*, in dem der provozierte Staat die Situation überblickt. Zumindest in diesem Zusammenhang überwiegen die Gründe für die Anwendung der Clean-Hands-Doktrin.

Im Ergebnis kann sich also ein Opferstaat, der die Fehlvorstellung durch die eigene Gewaltanwendung oder -androhung hervorgerufen hat, wegen des Clean-Hands-Gedankens nicht auf die Verletzung des Gewaltverbotes, sein Entschädigungs- und sein Selbstverteidigungsrecht berufen, soweit sein Fehler schwerer wiegt als der etwaige Sorgfaltsverstoß des irrenden/fehlvermutenden Staates.

V. Gesamtauslegungsergebnis

Die volle Rechtfertigungs- und die Entschuldigungslösung sind (erstere bis auf die Fehlprognose) kaum mit der textorientierten Auslegung in Einklang zu bringen. Nach Gewichtungsregel (1)[1205] bedürfte es insoweit einer entsprechenden einheitlichen Praxis getragen von einvernehmlicher

1203 Ähnlich MüKoStGB/Erb, § 32 StGB, Rn. 227 für die Absichtsprovokation bei der Notwehr.

1204 Die genaue Rechtsnatur dieser Rechtsfolge ist unklar: eine materiell-rechtlichen Einwendung annehmend (allerdings wegen des Parteivortrags) ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 29; anders (Verlust des locus standi) ICJ, Nicaragua, Dissenting Opinion Schwebel, Merits, 1986, S. 394; Fitzmaurice, RCADI 92 (1957-II), S. 1 (119).

1205 S.o. 6. Kap., III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Überzeugung, um diese beiden Ansätze mittels Gewohnheitsrechts zu begründen. Für das reaktive Selbstverteidigungsrecht ließ sich jedoch allenfalls eine leichte Tendenz in Richtung der Berücksichtigung sorgfaltsgemäßer Fehlvorstellungen ausmachen. Auch beim antizipierten Selbstverteidigungsrecht, für das die Staatenpraxis deutlich zu einer objektiven ex-ante-Perspektive tendiert, kann angesichts der beharrlichen Stimmen, die diesen Erlaubnissatz insgesamt bestreiten, noch nicht von einer *einheitlichen* Praxis gesprochen werden.

Mit der textorientierten Auslegung vereinbar erscheint hingegen die eingeschränkte Rechtfertigungslösung, nach der der irrende oder fehlvermutende Staat zwar objektiv rechtswidrig handelt, das Gewaltverbot aber nur verletzt, wenn er das Fehlen rechtfertigender Umstände erkennen musste, weil es ansonsten an der erforderlichen „Unrechtsfahrlässigkeit" fehlt. Nicht nur der Rechtsvergleich, sondern auch die festgestellte leichte Tendenz der Staatenpraxis hin zur Berücksichtigung *sorgfaltsgemäßer* Fehlvorstellungen stützen dieses Auslegungsergebnis – auch wenn sich die Praxis kaum darauf festlegen lässt, ob diese Fehlvorstellungen voll rechtfertigend, entschuldigend, eingeschränkt rechtfertigend oder Opferrechte präkludierend wirken. Sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen bleiben grundsätzlich unberücksichtigt. Selbst wenn man das hier für weniger naheliegend erachtete Auslegungsergebnis, dass Art. 2 (4) UNC ein *vorsätzliches* Handlungsunrecht verlangt (wodurch auch sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen einen Normverstoß abwendeten), für ebenso gut vertretbar hielte wie die befürwortete Auslegung, dass eine Sorgfaltswidrigkeit genügt, so gäbe die (sogar deutlich) überwiegende Staatenpraxis, die sorgfaltswidrige Fehlvorstellungen unberücksichtigt lässt, nach Gewichtungsregel (3)[1206] den Ausschlag.

Die eingeschränkte Rechtfertigungslösung lässt sich durch den Clean-Hands-Gedanken ergänzen. Danach kann sich der Opferstaat, der die Fehlvorstellung durch eine geringfügige Gewaltanwendung oder eine Gewaltandrohung provoziert hat, weder auf die aus der etwaigen Gewaltverbotsverletzung resultierenden Rechte noch auf sein Selbstverteidigungsrecht berufen, soweit sein Pflichtverstoß schwerer wiegt als ein etwaiger Pflichtverstoß des Handelnden. Für die Unbeachtlichkeitslösung ist nach alldem kein Raum.

1206 S.o. 6. Kap., III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Danach ergibt sich für die zu Beginn[1207] unterschiedenen Konstellationen folgendes Bild:

Tabelle 2: Die Beachtlichkeit von Irrtum und Fehlverdacht in Abhängigkeit von der Vermeidbarkeit bzw. hinreichenden Wahrscheinlichkeit und der Mitzuständigkeit des Opferstaates

	Irrtum war unvermeidbar bzw. Fehlverdacht hinreichend wahrscheinlich	**Irrtum war vermeidbar bzw. Fehlverdacht nicht hinreichend wahrscheinlich**
Opferstaat war unzuständig	*Konstellationen (1) und (5)* Der handelnde Staat ist eingeschränkt (weil subjektiv) gerechtfertigt und verletzt daher nicht das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann Entschädigung allenfalls wegen der Verletzung seiner Souveränität verlangen. Jedoch darf er sich gegen den Gewalteinsatz verteidigen.	*Konstellationen (2) und (6)* Der handelnde Staat verletzt das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann sich auf die Verletzung berufen, sich verteidigen und auch wegen der Gewaltverbotsverletzung Entschädigung verlangen.
Opferstaat war mitzuständig[1208]	*Konstellationen (3) und (7)* Der handelnde Staat ist eingeschränkt (weil subjektiv) gerechtfertigt und verletzt daher nicht das Gewaltverbot. Der Opferstaat kann sich wegen des Clean-Hands-Prinzips nicht auf sein Selbstverteidigungsrecht oder ein etwaiges Entschädigungsrecht wegen der Verletzung seiner Souveränität berufen.	*Konstellationen (4) und (8)* Der handelnde Staat verletzt das Gewaltverbot. Doch kann sich der Opferstaat wegen des Clean-Hands-Prinzips auf diese Verletzung, auf sein Selbstverteidigungsrecht und auf sein Entschädigungsrecht wegen der Gewaltverbotsverletzung nur berufen, wenn sein Fehler von geringerem Gewicht ist als der Fehler des irrenden Staates. Entschädigungsansprüche mindern sich jedenfalls wegen seines Mitverschuldens.

In keinem der Fälle dürfen sich Drittstaaten an der ursprünglichen Gewaltanwendung beteiligen.

1207 S.o. 1. Kap., III. 1. e.

1208 In dem Sinne, dass er das Gewaltandrohungs- oder -anwendungsverbot verletzt hat.

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748922544-125, am 12.08.2024, 23:05:46
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb