

TEIL 1 Grundlagen

Nach der Klärung wichtiger Begrifflichkeiten und Prämissen, die gleichzeitig den Untersuchungsgegenstand abstecken (1. Kapitel), wird ein Blick auf die Behandlung von Fehlvorstellungen in anderen Völkerrechtsgebieten geworfen, um sich den Kontext der Fragestellung zu vergegenwärtigen (2. Kapitel). Auch das nationale Recht ist mit Fehlvorstellungen konfrontiert. Potentielle Parallelen bedürfen jedoch eines methodischen Fundaments (3. Kapitel) sowie einer Auseinandersetzung mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen nationalem Recht und Friedenssicherungsrecht (4. Kapitel).

1. Kapitel: Begriffe und Prämissen

I. Ausnahmen von Art. 2 (4) UNC

Die häufig bei Grenzzwischenfällen diskutierte Frage eines subjektiven Erfordernisses bezüglich einer „tatbestandlichen“ Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC kann in dieser Arbeit zwar nicht unberührt bleiben. Ihr eigentlicher Gegenstand aber sind nicht Fehlvorstellungen über den „Tatbestand“ des Gewaltverbots, sondern die bisher wenig beachteten Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner *Ausnahmen*. Welche Ausnahmen das Gewaltverbot in welchen Schattierungen kennt, ist nicht Untersuchungsgegenstand. Die hier für ernsthaft erwägenswert und daher relevant erachteten Ausnahmen werden deshalb nur kurz skizziert – einschließlich derer, die erst im Begriff sein mögen, sich zu Völkergewohnheitsrecht zu entwickeln. In einigen Fällen müssen dabei jedoch inhaltliche Anforderungen klargestellt werden, da die weiteren Überlegungen wesentlich davon abhängen.

1. Anerkannte Ausnahmen: Art. 42 und 51 UNC

Über die Existenz zweier Ausnahmen des in Art. 2 (4) UNC kodifizierten Gewaltverbotes, das Staaten die Anwendung oder Androhung von Gewalt gegenüber einem anderen Staat untersagt, besteht heute kein Zweifel: Der

Einsatz von Gewalt ist erstens erlaubt, wenn der SR eine Friedensbedrohung, einen Friedensbruch oder eine Angriffshandlung nach Art. 39 UNC festgestellt und die Staaten zum Einsatz aller erforderlichen Mittel iSd Art. 42 UNC ermächtigt hat.¹ Die zweite unbestrittene Ausnahme ist das reaktive Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UNC, das dem Staat, der Opfer eines bewaffneten Angriffs geworden ist, sowie anderen Staaten im Wege der kollektiven Selbstverteidigung die Gewaltanwendung gegen den Angreiferstaat gestattet. Gewalteinsätze, die wie Selbstverteidigung außerhalb eines SR-Mandates stattfinden, werden hier auch als *unilaterale* Einsätze bezeichnet, unabhängig davon, ob sie gemeinsam mit anderen Staaten stattfinden oder der Angriff auf einen Drittstaat im Wege kollektiver Selbstverteidigung abgewehrt wird. Für die Autorisierung von Gewalt durch den SR, *kollektive* Gewalt also, sind einige Prämissen festzustellen.

a) Die Existenz materiell-rechtlicher Grenzen in Art. 39 UNC

Die Frage der rechtlichen Behandlung von Fehlvorstellungen *des* SR stellt sich nur, wenn der Tatbestand des Art. 39 UNC überhaupt einen materiell-rechtlichen Gehalt besitzt, der den SR in irgendeiner – und sei es auch noch so losen – Form bindet. Hinge die Handlungsbefugnis des SR dagegen allein von der (ausdrücklichen oder gar impliziten)² *Feststellung* einer Friedensbedrohung, eines Friedensbruchs oder einer Angriffshandlung ab, wäre seine Befugnis also von dem vorliegenden Sachverhalt von vornherein entkoppelt und einer rechtlichen Bewertung damit entzogen, so könnten faktische Fehlvorstellungen nicht schädlich sein. Denn der Sachlage – unabhängig davon, ob tatsächlich oder vorgestellt – käme dann keinerlei Bedeutung zu. Wie die Bindung des SR an sonstige völkerrechtliche Normen beim Handeln nach Kapitel VII³ ist diese Frage nicht völlig ge-

1 Zum praktizierten Ermächtigungsmodell s.u. 4. Kap., III.

2 Eine implizite Feststellung genügen lassend Martenczuk, Rechtsbindung, S. 165; Arntz, Begriff der Friedensbedrohung, S. 87 (aber einen Hinweis auf die Gefährlichkeit der Situation verlangend); dagegen Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (68–70).

3 Diskutiert wird u.a. über die Bindung an die gesamte Charta, ihre Ziele und Grundsätze, das Selbstverteidigungsrecht, Konfliktvölkerrecht, die Menschenrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, wobei die Literatur zunehmend zur Bejahung dieser Grenzen tendiert, für eine weitgehende Bindung etwa de Wet, Chapter VII Powers, S. 187–191; A. Kolb, UN Security Council Members' Responsibility to Protect, S. 131–138; insb. für eine Bindung an Menschenrechte Orakhelashvili,

klärt,⁴ und gewichtige Stimmen in Rechtsprechung und Literatur stellen die materiell-rechtliche Bindungskraft von Art. 39 UNC bis heute in Abrede.⁵ Diese Auffassung überzeugt jedoch kaum.

Zwar ließe sich der Wortlaut von Art. 39 UNC („shall *determine* the existence of any threat (...)“) in der Tat so verstehen, als genüge die einfache *Feststellung* von Friedensbedrohung, Friedensbruch oder Angriffshandlung, unabhängig von der (echten oder vorgestellten) Sachlage.⁶ Auch deuten Diskussionen während der Konferenz von San Francisco über die rechtlichen Grenzen bei dem Handeln nach den späteren Kapiteln VI und VII in diese Richtung. Verbreitet war die Auffassung, dass „wide freedom of judgment is left [to the Council] as regards the moment it may choose to intervene and the means to be applied, with the sole reserve that it

Max Planck UNYB 11 (2007), S. 144 (175–190); gegen jegliche Bindungen Kelsen, *Law of the UN*, S. 294 f; gegen Bindung an allgemeines Völkerrecht Chappetz, *AFDI* 38 (1992), S. 468 (478 f); Wolfrum, in: Simma, *UN Charter*, Art. 1, Rn. 22; Martenczuk, *EJIL* 10 (1999), S. 517 (545 f) (letzterer auch bzgl. *ius cogens*); zurückhaltend auch Krisch, in: Simma: *UN Charter*, Chapter VII General Framework, Rn. 38–52; für einen umf. Überblick über die Materie s. Peters, in: Simma, *UN Charter*, Art. 25, Rn. 75–152, speziell zu Kapitel-VII-Maßnahmen ebd. Rn. 133–152.

- 4 Eing. Schilling, *Adv* 33 (1995), S. 67 (78–86); vor allem in den 1990er Jahren war die Existenz materiell-rechtlicher Grenzen bei Feststellungen nach Art. 39 UNC Gegenstand lebhafter Diskussion; allein in Deutschland erschienen innerhalb von drei Jahren fünf Dissertationen: Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats* (1996); Herbst, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des SR* (1997); Lailach, *Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgabe des SR der Vereinten Nationen* (1997); A. Stein, *SR der Vereinten Nationen und die Rule of Law* (1999); Fraas, *SR der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof* (1998); zu jüngeren Auseinandersetzungen gehören insb. de Wet, *Chapter VII Powers*; Orakhelashvili, *Irish YB Int'l L.* 1 (2006), S. 61–100.
- 5 ICJ, *Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections*, 1998, S. 79 f (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA); Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, S. 333–335; Kelsen, *Law of the UN*, S. 736 (diesen Umstand aber selbst kritisierend, s. S. 737); Österdahl, *Threat to the Peace*, S. 91, 97 f; Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (64, 109, 117); Dulles, *War or Peace*, S. 194 f; zwischen Friedensbedrohung als „eher politischem“ Konzept und der Angriffshandlung als einer rechtlichen Beurteilung „eher zugänglich“ differenzierend, wobei auch bei der Friedensbedrohung die Ziele und Grundsätze der Charta einzuhalten seien, ICTY, *Tadić*, IT-94-1, 2. Oktober 1995, Rn. 29; nicht ganz eindeutig ICTY, *Tadić*, IT-94-1, 2. Oktober 1995, *Separate Opinion Sidhwa* Rn. 20–23; nicht leicht ist die Unterscheidung dieser Meinungsgruppe von denjenigen, die Art. 39 zwar materiell-rechtliche Voraussetzungen entnehmen, ihr Vorliegen in tatsächlicher Hinsicht aber allein nach der Vorstellung des SR beurteilen, dazu s.u. 13. Kap.
- 6 Zum Begriff „determine“ auch Krisch, in: Simma, *UN Charter*, Art. 39, Rn. 4.

should act 'in accordance with the purposes of the Organization'⁷. Doch wäre bei dieser Auslegung erstens die Unterscheidung innerhalb des Art. 39 UNC zwischen den drei genannten Eingriffstatbeständen vollkommen überflüssig.⁸ Das Gleiche gälte für die unterschiedlichen Anforderungen, die die Charta an Maßnahmen nach Kapitel VI und solche nach Kapitel VII formuliert.⁹ Zweitens wurde der weite Beurteilungsspielraum des SR primär betont, um Versuche einer Aggressionsdefinition zurückzuweisen, weil man dem SR Flexibilität bewahren wollte und befürchtete, nicht sämtliche Fälle abstrakt zu erfassen.¹⁰ Daraus folgt nicht, dass er einen Freibrief erhalten sollte, losgelöst vom zugrunde liegenden Sachverhalt zu agieren, und den Tatbestandsvarianten Friedensbedrohung, Friedensbruch und Aggression keinerlei materieller Gehalt zukommen sollte.¹¹ Zumindest ist die Charta ein lebendiges Instrument¹² und eine „Weltregierung“, die ihr Handeln allein an den politischen Zielen einer geringen Zahl, ungleich ausgewählter Staaten ausrichten dürfte, wäre kaum mit der heutigen Konzeption von Rechtsstaatlichkeit vereinbar.¹³ Aus diesem Grund überzeugt drittens auch das Argument nicht, der SR sei ein politisches, kein rechtliches Organ.¹⁴ Politische Organe¹⁵ unterliegen in allen rechtsstaatlichen Systemen rechtlichen Bindungen.¹⁶ Die völlige Freistellung des SR davon fügte seiner Legitimität ebenso wie der des Völkerrechts Schaden

7 Report on Chapter VIII, Section B, UNCIO XII, S. 572; s. auch UNCIO XII, 505; ausf. zu diesem Argument ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 77–80 (Libya v. UK) bzw. S. 169–171 (Libya v. USA).

8 De Wet, Chapter VII Powers, S. 136 f.

9 Krisch, in: Simma, UN Charter, Art. 39, Rn. 6; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (542).

10 S. die Begründung in UNCIO XII, S. 505.

11 Weitergehend noch Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (541 f); krit. zum historischen Argument auch de Wet, Chapter VII Powers, S. 135 Fn. 7, S. 146 Fn. 80.

12 So selbst ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 80 (Libya v. UK) bzw. S. 171 (Libya v. USA).

13 Zur Bindung der UN an diesen Grundsatz näher s.u. 17. Kap., II. 2. a; eine solche Weltregierung wäre auch im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge problematisch, Herbst, Rechtskontrolle, S. 300 f.

14 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 256; ähnlich Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (117).

15 Man denke an nationale Regierungen und Parlamente.

16 Ebenso ICJ, Conditions of Admission, 1948, S. 64; vgl. auch ICJ, Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures, 1993, Rn. 99; ablehnend ggü. dieser political-questions-Doktrin auch ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 23–25; vorsichtiger ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 89–98; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 32–35; zu dieser Frage Kreß, EuGRZ (1996), S. 638 (640).

zu.¹⁷ Ein zentrales Gegenargument ist schließlich die Staatenpraxis: Zahlreiche Debatten über die rechtlichen Grenzen von Art. 39 UNC belegen, dass verbreitet angenommen wird, die Norm enthalte materiell-rechtliche Anforderungen.¹⁸ Insofern kann angenommen werden, dass der SR bei der Feststellung einer der Tatbestandsvarianten rechtlichen Grenzen unterliegt und der zugrunde liegende Sachverhalt nicht ohne Bedeutung ist.¹⁹

b) Negativer oder positiver Friedensbegriff

Um Fehlvorstellungen des SR richtig zu kategorisieren, sind im Hinblick auf die mit Abstand bedeutsamste Tatbestandsvariante der Friedensbedrohung weiterhin klärungsbedürftig die Begriffe des Friedens und der Bedrohung. Nach herkömmlicher Auffassung wird unter Frieden negativ die Abwesenheit militärischer Auseinandersetzungen verstanden.²⁰ Die Feststellung einer Friedensbedrohung ist danach die Prognose, dass die gegenwärtige Situation geeignet ist, in der Zukunft einen bewaffneten Konflikt hervorzurufen.²¹ Ohne Bedeutung ist die Natur des Auslösers, der zu dieser Befürchtung Anlass gibt. Es kann sich zB um militärische, sicherheitspolitische, wirtschaftliche, soziale oder ökologische Krisen handeln.²² In jüngerer Zeit wird die Forderung lauter, den Friedensbegriff positiv auszufüllen. Hintergrund ist das Bestreben, die Friedensbedrohung auf Fälle zu erstrecken, bei denen ein Einschreiten des SR geboten erscheint, obwohl

17 Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (277); vgl. auch Franck, in: R.-J. Dupuy, *Le développement du rôle du conseil de sécurité*, S. 83 (85, 110).

18 Krisch, in: Simma, *UN Charter*, Art. 39, Rn. 6, 35; Beispiele sind Diskussionen um Resolutionen zum Irak 1991, zu Haiti 1993 und 1994 und zum Kosovo 1998, vgl. Krisch, *Selbstverteidigung*, S. 150; s. auch Murphy, *Humanitarian Intervention*, S. 170 f., 240 f.; die hier untersuchte Staatenpraxis (s.u. 14. Kap.) enthält weitere Beispiele.

19 Wie hier u.a. Conforti, *Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité*, S. 56; Orakhelashvili, *Irish YB Int'l L.* 1 (2006), S. 61 (insb. 64, 68, 72–74); Schilling, *AdV* 33 (1995), S. 67 (78–86).

20 De Wet, *Chapter VII Powers*, S. 138; eing. A. Stein, *SR der Vereinten Nationen*, S. 118–122.

21 Vgl. de Wet, *Chapter VII Powers*, S. 138; Martenczuk, *Rechtsbindung*, S. 238 f.; Martenczuk, *EJIL* 10 (1999), S. 517 (543 f.); ebenso (für die Zeit bis zum Ende des Kalten Krieges) A. Stein, *SR der Vereinten Nationen*, S. 160; Cannizzaro, *Int'l Org. L. Rev.* 3 (2006), S. 189 (211) im Kontext der Bindung an Menschenrechte; Lailach, *Wahrung des Weltfriedens*, S. 205, zum Prognoseelement ebd. S. 186 f.

22 Vgl. Lailach, *Wahrung des Weltfriedens*, S. 195–197.

der Ausbruch eines militärischen Konfliktes unwahrscheinlich ist.²³ Der Frieden wird dann nicht erst durch den potentiellen militärischen Konflikt beeinträchtigt, sondern schon durch die gegenwärtige Situation, zB die stattfindenden Menschenrechtsverletzungen. Ausgelöst hat diese Debatte die Praxis des SR seit den 1990er-Jahren, Friedensbedrohungen verstärkt bei internen Krisen festzustellen.²⁴

Die dem positiven Friedensbegriff zugrunde liegende Erwägung ist berechtigt: In einer Zeit, in der Individuen den Status völkerrechtlicher Subjekte weitgehend errungen haben,²⁵ muss der SR mit dem rechtlichen Rüstzeug ausgestattet sein, um sie vor drohenden Schäden, sei es durch die eigene Regierung, zu bewahren. Ob sich dieses Ergebnis jedoch nur durch eine positive Aufladung des Friedensbegriffs erreichen lässt und damit nicht letztlich mehr Nach- als Vorteile einhergingen, erscheint fraglich. Denn da insbesondere schwere interne Menschenrechtsverletzungen stets geeignet sind, militärische Konflikte herbeizuführen, steht – solange die Anforderungen an die Gefahr nicht zu hoch angesetzt werden²⁶ – nicht zu befürchten, dass dem SR nach einem negativen Friedensbegriff in für die betroffene Zivilbevölkerung unzumutbarer Weise die Hände gebunden wären. Ein positiver Friedensbegriff hätte dagegen Schwierigkeiten zu erklären, warum der SR häufig nur eine Friedens*bedrohung* feststellt, obwohl die jeweilige interne Krisensituation bereits unzweifelhaft eingetreten ist.²⁷ Er riskierte zudem eine gewisse Erosion des Konzepts der Friedensbedrohung²⁸ und eine Ausuferung der Befugnisse des SR, würde der Inhalt des Friedensbegriffs doch austauschbar.²⁹ Wie *de Wet* darlegt, zeigt weiter ein genauer Blick auf die Staatenpraxis, dass bei den meisten der regelmäßig als Beleg für einen positiven Friedensbegriff angeführten SR-Resolutionen eine Gefahr regionaler militärischer Konflikte durchaus bestand und den

23 Eing. zur angenommenen Notwendigkeit einer Erweiterung des Friedensbegriffs A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 299–311; vgl. auch *de Wet*, Chapter VII Powers, S. 138 f.

24 S. nur A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 161–298; Krisch, Selbstverteidigung, S. 154–159; Österdahl, Threat to the Peace, S. 18–21.

25 S. nur Peters, Beyond Human Rights, insb. S. 35–59.

26 Insoweit hängen Friedens- und Bedrohungsbegriff zusammen, eing. A. Stein, SR der Vereinten Nationen, S. 301–310.

27 Der Grund kann auch nicht darin liegen, dass sich der SR davor scheut, Verantwortung zuzuschreiben, dazu Gray, Use of Force, S. 21. Denn das ist auch für den Friedensbruch nicht erforderlich. I. Ü. benennt er auch bei der Friedensbedrohung häufig einen Verantwortlichen.

28 *De Wet*, Chapter VII Powers, S. 144.

29 *De Wet*, Chapter VII Powers, S. 139; Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 240.

SR mitbeeinflusste.³⁰ Auch der amerikanische Versuch im Jahr 2017, Menschenrechtsverletzungen als solche stärker in das Themenfeld des SR zu integrieren, stieß auf viele kritische Stimmen.³¹ Indem die USA ihren Vorstoß damit begründeten, dass Menschenrechtsverletzungen oft in „real threats to international peace and security“ mündeten,³² lösten sie sich selbst nicht vollständig von dieser Verbindung. Insgesamt sprechen daher gewichtige Gründe dafür, den Nexus zum militärischen Konflikt, mag er sich auch in den wenigsten Konfliktsituationen auswirken, noch nicht vollständig aufzugeben.³³ Insofern wird hier eine Friedensbedrohung angenommen, *wenn die Situation geeignet ist, einen bewaffneten Konflikt hervorzurufen*.

Ob es bei dieser Einschätzung auf die tatsächliche oder die vorgestellte Sachlage ankommt, wie also von der Realität abweichende Feststellungen zu behandeln sind, bildet den Kern der im kollektiven Bereich untersuchten Fragestellung. Von wesentlicher Bedeutung sind dabei der Bezugspunkt und die Grenzen des Einschätzungsspielraumes, der dem Sicherheitsrat nach verbreiteter Auffassung bei der Feststellung der Friedensbedrohung zugestanden wird.³⁴

c) Anforderungen an das Störerverhalten

Nach verbreiteter Auffassung muss das Verhalten oder der Zustand, die zur Feststellung einer Friedensbedrohung oder eines Friedensbruchs führen, nicht rechtswidrig sein.³⁵ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Der

30 Vgl. de Wet, Chapter VII Powers, S. 150–174 zu den Situationen in Südrhodesien, Südafrika, Irak (1991), Jugoslawien, Albanien, Kosovo, Ruanda, Haiti, Angola, Ost-Timor, dem internationalen Terrorismus und Gefahren durch HIV. Nach de Wet hat allein in Somalia die Gefahr eines regionalen Konflikts zu Beginn keine Bedeutung gespielt, ebd. S. 155–158.

31 So Kasachstan, Ägypten, Russland, Äthiopien, Bolivien, China, UN Doc. SC/12797.

32 UN Doc. S/PV.7926, S. 4.

33 Ebenso de Wet, Chapter VII Powers, S. 174–177; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 227 f.; aA Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (78).

34 Dazu s.u. 17. Kap., II.

35 Krisch, in: Simma, UN Charter, Chapter VII, Rn. 17 und Art. 39, Rn. 10; Kelsen, Law of the UN, S. 733; Farrall, UN Sanctions and the Rule of Law, S. 16; Herbst, Rechtskontrolle, S. 356 f.; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 249; aA Menk, Gewalt für den Frieden, S. 68 f., 141; ein rechtswidriges Handeln stets für gegeben haltend Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 105 f.

Wortlaut des Art. 39 UNC verlangt keine nach Art. 2 (4) UNC verbotene Androhung oder Anwendung von *Gewalt*. Normzweck ist zudem nicht die repressive Sanktionierung früheren Verhaltens, sondern die Wahrung des Weltfriedens, sodass die Norm primär auf *Prävention* abzielt.³⁶ Die Effektivität des Handelns des SR würde beeinträchtigt, wenn seine Gefahrenabwehrmaßnahmen von der Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Verhaltens abhängen – ganz unabhängig von dem Problem, dass über diese Frage häufig Streit besteht.³⁷ Auch die Staatenpraxis deutet darauf hin, dass der SR, um einen Konflikt effektiv zu befrieden, eine Maßnahme an eine Konfliktpartei adressieren darf, die sich zuvor nicht rechtswidrig verhalten hat.³⁸

Dennoch ist der SR bei der Wahl des Adressaten seiner Maßnahmen nach der hier zugrunde gelegten Sicht nicht völlig frei.³⁹ Die Einsetzung *gezielter Sanktionen* gegen einen Staat etwa, der mit der Friedensbedrohung in keinerlei Zusammenhang steht, weil er weder für ihre Ursache verantwortlich noch in der Lage ist, sie zu beseitigen, verfehlt nicht nur den Zweck der Wahrung des internationalen Friedens. Sie verletzt auch das Willkürverbot, an das der SR, wie noch näher dargelegt wird,⁴⁰ als zentrale Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gebunden ist. Auch die souveräne Gleichheit der Staaten, die der SR gemäß Art. 2 (1), 24 (2) UNC beachten muss, könnte man als beeinträchtigt ansehen.⁴¹ Mit diesen Anforderungen erscheinen Sanktionen nur vereinbar, wenn sie sich gegen einen Staat rich-

36 Vgl. Kelsen, *Law of the UN*, S. 732–737, wobei (präventive) „enforcement measures“ für ihn zwingend mit einem politischen, also nicht-rechtlichen Charakter verbunden sind.

37 Vgl. Martenczuk, *Rechtsbindung*, S. 267.

38 So wurde etwa das Waffenembargo gegen Jugoslawien, das Bosnien-Herzegowina mitumfasste (UN Doc. S/RES/713 (1991), para. 6), primär unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts und der Förderung des Genozids an bosnischen Muslimen diskutiert und nicht, weil Bosnien-Herzegowina keine Rechtsverletzung begangen hatte, dazu Gray, *British YB Int'l L.* 67 (1996), S. 155 (190–195); de Wet, *Chapter VII Powers*, S. 191, 248–250; Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (102–105); Krisch, in: Simma, *UN Charter*, Art. 41, Rn. 25; ICJ, *Genocide, Separate Opinion Lauterpacht, Provisional Measures*, 1993, Rn. 98–104, zu diesem Aspekt s. noch unten 4. Kap., III., Fn. 427.

39 Permissiver Herbst, *Rechtskontrolle*, S. 357 (grsl. freie Störerauswahl außer gegen „Opferstaat“); völlig freie Störerauswahl zulassend Bindschedler, *RCADI 108 (1963-I)*, S. 307 (384 f., 401 f.); Dinstein, *War, Aggression, Self-Defense*, S. 334 f.; Martenczuk, *Rechtsbindung*, S. 266–275.

40 S.u. 17. Kap., II. 2. a.

41 Denn sieht man den Kern souveräner Gleichheit mit Kelsen, *Yale L. J.* 53 (1944), S. 207 (212) darin, dass kein Staat ohne seinen Willen gebunden ist, dann haben

ten, der für die Friedensbedrohung *zuständig* ist, weil er die Bedrohung verantworten muss, mag er sich auch völkerrechtskonform verhalten haben.⁴² Die Resolutionspraxis zeigt deutlich, dass die SR-Mitglieder Sanktionen nur dann gezielt gegen einen Staat richten, wenn sie ihn für die Friedensbedrohung verantwortlich machen.⁴³ Ob die bloße Fähigkeit, die Bedrohung auszuräumen, ausreicht, erscheint daher schon fragwürdiger. Unzuständige Staaten dürfen von Sanktionen allenfalls *mittelbar* betroffen werden, etwa indem sie ein Embargo umsetzen müssen.⁴⁴

Der Grundsatz, dass die Friedensbedrohung kein rechtswidriges Verhalten voraussetzt, mag zudem einzuschränken sein für SR-Resolutionen, die ungeachtet ihres präventiven Charakters eindeutig ein Unwerturteil enthalten. Dazu gehören etwa Resolutionen, die den Staat auffordern, die Unterstützung von Terrorismus zu unterlassen.⁴⁵ In diesem Fall legt wiederum das Willkürverbot nahe, dass der Staat das vorgeworfene rechtswidrige Verhalten begangen haben oder der SR dies zumindest annehmen muss (welches von beidem, gilt es zu untersuchen). Der SR darf sein Unwerturteil also nicht beliebig aussprechen. Aus dem Gesagten folgt, dass Fehlvorstellungen über den Urheber der Handlungen oder den Zustand, die die Friedensbedrohung begründen, nicht von vornherein irrelevant sind.

2. Antizipiertes Selbstverteidigungsrecht

Neben den unangefochtenen Erlaubnissätzen der SR-Autorisierung und der reaktiven Selbstverteidigung zählt zu den erwägenswerten Ausnahmen vom Gewaltverbot das *antizipierte* Selbstverteidigungsrecht. Dieser Erlaub-

Staaten dem SR die Befugnis zur Vornahme kollektiver Maßnahmen nur insoweit übertragen, als dieser nicht diskriminiert, indem er die Lasten der Friedenswahrung ohne Grund einseitig einem Mitglied aufbürdet.

42 Die Begriffe „verantwortlich“ und „zuständig“, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann, werden hier mit „objektiv zurechenbar geschaffen“ gleichgesetzt, ähnlich Gowlland-Debbas, AJIL 88 (1994), S. 643 (663) Fn. 105; Conforti, Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, S. 56 f.

43 Als Beispiel können insb. die im 14. Kap. erörterten Fälle dienen; ähnlich wie hier (jedoch in Bezug auf *rechtswidriges* Verhalten) Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 105 f; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (85).

44 Ähnlich T. Stein, AdV 31 (1993), S. 206 (223) unterscheidend zwischen Sanktionen „mit Wirkung für“ und Sanktionen „gegen“ einen Staat.

45 ZB UN. Doc. S/RES/741 (1992) (Lockerbie), Rn. 2; S/RES/1044 (1996) Rn. 4b (Mubarak).

nissatz, dessen Zulässigkeit zu den „never ending saga[s]“ gehört,⁴⁶ ist für die untersuchte Fragestellung von herausgehobener Bedeutung. Denn die erforderliche Prognose⁴⁷ über das Bevorstehen eines Angriffs macht die antizipierte Selbstverteidigung besonders irrtumsanfällig. Wenn auch die Begriffe nicht einheitlich verwendet werden,⁴⁸ besteht weitgehend Konsens darüber, dass die – teils *präventiv*,⁴⁹ teils *präemptiv*⁵⁰ genannte – Selbstverteidigung gegen *nicht unmittelbar bevorstehende* Angriffe unzulässig ist.⁵¹ Der Streit entzündet sich an der Selbstverteidigung gegen *unmittelbar bevorstehende* Angriffe („imminent attacks“), die, je nach Autor, die jeweils andere Bezeichnung (präemptiv oder präventiv)⁵² trägt.⁵³ Hier stehen eine Reihe vehementer Kritiker⁵⁴ den zahlenmäßig mittlerweile wohl überwiegenden Befürwortern⁵⁵ gegenüber, wobei ihr Verständnis vom unmittel-

46 Kreß, *British YB Int'l L.* 83 (2013), S. 160 (167).

47 Zu diesem Begriff näher s.u. 1. Kap., II. 3.

48 Zur „terminologischen Verwirrung“ (Schwehm, *AdV* 46 (2008), S. 368 (368)) ebd. S. 369–372.

49 ZB Ruys, *Armed Attack*, S. 253 f; S. Brown, *Illusion of Control*, S. 116; Kamp, *Internationale Politik* 12 (2002), S. 19 (20).

50 Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017, *The Right of Self-Defence Against Imminent Armed Attack in International Law*, verfügbar auf EJIL: Talk!, 25. Mai 2017; Chatham House Principles, *ICLQ* 55 (2006), S. 963 (968); Murphy, *Villanova L. Rev.* 50 (2005), S. 699 (704).

51 S. nur Ruys, *Armed Attack*, S. 322–324; Franck, *AJIL* 97 (2003), S. 607 (619 f); O’Connell, *Myth of Preemptive Self-Defense*; aA Bradford, *Notre Dame L. Rev.* 79 (2004), S. 1365–1492; Sofaer, *EJIL* 14 (2003), S. 209–226; Yoo, *AJIL* 97 (2003), S. 563 (571–574).

52 Für eine wieder andere Bedeutung dieser Begriffe (präemptiv bezeichne tatsächliche Gefahren, präventiv nur vorgestellte) Nolte, *Theoretical Inquiries in Law* 5 (2004), S. 111 (113). Aus etymologischer Sicht eignet sich das Begriffspaar für keine dieser Abgrenzungen: prävenire bedeutet *zuworkommen*, präemere *zuvor erwerben*. Weder unterschiedliche zeitliche Anforderungen noch eine Echtheit der Gefahr oder Vorstellung davon lassen sich damit begründen.

53 Ausgangspunkt dieser Debatte ist der berühmte Caroline-Fall aus dem Jahr 1837, der die „Webster-Formel“ prägte, nach der Gewalt zulässig ist bei „necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation“, *Diplomatic and Official Papers of D. Webster*, S. 110.

54 S. nur Brownlie, *Use of Force*, S. 275–278; Cassese, in: Cot/Pellet/Fortea, *Art. 51, Rn. 1341 f*; Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction*, S. 456–458; Kelsen, *Law of the UN*, S. 797 f; Ruys, *Armed Attack*, S. 342; Gray, *Use of Force*, S. 170–175; Kühn, *Unilaterale Präventive Gewaltanwendung*, S. 464 f.

55 S. nur Bowett, *Self-Defence*, S. 191 f; Franck, *Recourse to Force*, S. 97–197; Bothe, *EJIL* 14 (2003), S. 227 (227, 231); Tomuschat, *Vereinte Nationen* 2 (2003), S. 41 (42); Schiffbauer, *Vorbeugende Selbstverteidigung*, S. 446–450; N. A. Shah, *J*

bar bevorstehenden Angriff variiert.⁵⁶ Die Gegner stützen sich im Wesentlichen auf den englischen Wortlaut von Art. 51 UNC („if an armed attack occurs“),⁵⁷ der jegliche Formen antizipierter Selbstverteidigung ausschließt,⁵⁸ darauf, dass sich Staaten in der Vergangenheit selten ausdrücklich darauf berufen hätten, während dieses Recht häufig explizit zurückgewiesen worden sei,⁵⁹ sowie auf das Problem, dass antizipierte Selbstverteidigung stets auf einer vagen Sachlage beruhe.⁶⁰

Diese Arbeit legt hingegen die Rechtmäßigkeit antizipierter Selbstverteidigung zugrunde, soweit ein Angriff mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zeitlich unmittelbar bevorsteht.⁶¹ Entscheidend erscheint, dass der Wortlaut der französischen, spanischen und chinesischen Sprachfassung keinen Ausschluss antizipierter Selbstverteidigung formuliert, die chinesische gar umgekehrt jede Einflussnahme der Charta auf den Inhalt des Selbstverteidigungsrechts verbietet.⁶² Insoweit hat die Charta das frühere gewohnheitsrechtliche antizipierte Selbstverteidigungsrecht wohl nicht ausgeschlossen.⁶³ Die spätere Staatenpraxis bestätigt diese Auslegung: In zahlreichen Konflikten haben sich Staaten auf ein antizipiertes Selbstverteidigungsrecht berufen. Zurückweisungen dieser Begründung basierten meist primär darauf, dass man ihre Voraussetzungen nicht als erfüllt an-

Conflict & Security L. 12 (2007), S. 95 (103 f); Greenwood, San Diego Int'l L. J. 4 (2003), S. 7 (15); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (497–499).

56 Eing. zum Meinungsstand Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 148–213.

57 Hervorhebung hinzugefügt.

58 S. nur Kretzmer, EJIL 24 (2013), S. 235 (247), der sich dennoch für ein eng gefasstes antizipiertes Selbstverteidigungsrecht ausspricht, ebd. S. 250.

59 Gray, Use of Force, S. 170–175.

60 Brownlie, Use of Force, S. 276.

61 Wobei mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ kein besonders niedriger, sondern ein flexibler Standard gemeint ist, abhängig von der Schwere des drohenden Schadens und der durch die Verteidigung entstehenden Beeinträchtigung. Zeitpunkt- von wahrscheinlichkeitsorientierten Ansätzen hingegen unterscheidend Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 164–198; zu diesen Kriterien auch Akande/Liefländer, AJIL 107 (2013), S. 563 (564 f). Doch ist fraglich, ob sich beide Aspekte trennen lassen, steht ein zukünftiges Ereignis doch nie fest, s.u. 1. Kap., II. 3.

62 Eing. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 304 f, 314. Zwar kommt auch die französische Fassung nicht ohne Prädikat aus: „dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée“, diese Formulierung ist aber in zeitlicher Hinsicht offener als die aktivische Präsensform „occurs“ im Englischen. Schiffbauer ist daher i. Erg. zuzustimmen.

63 Zum Verhältnis zwischen Charta- und früherem Gewohnheitsrecht s.u. 6. Kap., II.

sah. Die Zulässigkeit antizipierter Selbstverteidigung als solche wurde im Gegenteil in vielen Fällen ausdrücklich oder zumindest konkludent,⁶⁴ in jüngster Zeit gar wiederholt abstrakt und bemerkenswert dezidiert anerkannt.⁶⁵ Insgesamt lässt sich die Charta daher mit der normativen Erwägung vereinbaren, dass einem Staat, der sich einem unmittelbar bevorstehenden Angriff gegenüber sieht, ein Abwarten dieses Angriffs nicht zugemutet werden kann.⁶⁶

Auch wenn häufig so angenommen,⁶⁷ ist damit noch nicht gesagt, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit antizipierter Selbstverteidigung auf den *Handlungszeitpunkt* ankommt und (vernünftige) Fehlvorstellungen somit in jedem Falle zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.⁶⁸ Denn antizipierte Selbstverteidigung könnte auch einen *tatsächlich* bevorstehenden Angriff verlangen. Sie könnte sogar voraussetzen, dass sich der Angriff tatsächlich *realisiert* hätte,⁶⁹ sodass ihre Voraussetzungen zu verneinen wären, sollte sich ex post herausstellen, dass der Angriff ausgeblieben wäre. Dass damit ein oft nicht mit Sicherheit festzustellender *hypothetischer* Geschehensverlauf Bedeutung erlangte, stünde dem nicht entgegen. Ob der Angriff tatsächlich stattgefunden hätte oder nicht, ließe sich anhand allgemeiner Beweisregeln ermitteln,⁷⁰ die mit Wahrscheinlichkeiten arbeiten. Auch

64 Beispiele sind die Kuba-Krise 1962, die US-amerikanische Intervention in die Dominikanische Republik 1965, der Sechstagekrieg, die Befreiungsaktion Entebbe 1976, der irakische Luftangriff im ersten Golfkrieg 1980, die Bombardierung des irakischen Atomreaktors durch Israel 1981, die israelische Bombardierung von Beirut 1981, vgl. Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 371, 374, 376, 379–382; auch die jüngst erfolgte Tötung des iranischen Generals Soleimani am 3. Januar 2020 durch die USA wurde zum Teil mit antizipierter Selbstverteidigung gerechtfertigt, s. Milanovic, EJIL: Talk!, 7. Januar 2020.

65 Rede des britischen Generalanwalts v. 11. Januar 2017, The Modern Law of Self-Defence, s. Einleitung Fn. 8; Rede des australischen Generalanwalts v. 11. April 2017, The Right of Self-Defence Against Imminent Armed Attack in International Law, s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50.

66 Vgl. McDougal, AJIL 57 (1963), S. 597 (601), der das Bild der „sitting duck“ prägte.

67 Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (719); implizit aber auch Weiner, Stanford L. Rev. 59 (2006/2007), S. 415 (437–439); Reisman/Armstrong, AJIL, 100 (2006), S. 525, (526); Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1–77 (47–57); Nolte, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), S. 111 (118); David, in: Doria/Gasser/Bassiouni, Legal Regime of the ICC, S. 757 (763) (letzterer zu Art. 31 (1) (c) IStGHSt).

68 Ebenso Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (339).

69 Zu diesem Unterschied zwischen Irrtum und Fehlprognose näher s.u. 1. Kap., II. 3.

70 Zu diesen Regeln allgemein s.u. 11. Kap., I.

andere völkerrechtliche Standards kommen nicht ohne die Betrachtung hypothetischer Geschehensverläufe aus.⁷¹ Ob es eines *tatsächlichen* oder nur *aus Sicht des Akteurs* bevorstehenden Angriffs bedarf, gilt es also erst herauszufinden.

3. (Unilaterale) humanitäre Intervention

Ist bereits die antizipierte Selbstverteidigung heftig umstritten, so wird vielleicht noch leidenschaftlicher über die (unilaterale) humanitäre Intervention debattiert. Dabei setzt ein Staat ohne SR-Mandat Gewalt gegen einen anderen Staat ein, um dessen Bevölkerung vor schwersten Menschenrechtsverletzungen zu schützen, wenn der SR handlungsunfähig ist und friedliche Lösungsversuche des Konflikts gescheitert sind.⁷² Das Dilemma liegt darin, dass in kaum einem anderen Fall ein militärisches Eingreifen gleichermaßen legitim erscheint, die UNC die humanitäre Intervention jedoch nicht als Ausnahme vom Gewaltverbot anerkennt.

Für die Überwindung dieser Schwierigkeit haben ihre Befürworter⁷³ verschiedene Wege erdacht: Die humanitäre Intervention falle bereits nicht in den Anwendungsbereich des Art. 2 (4) UNC, sei die Gewalt doch weder gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit des anderen Staates gerichtet noch mit den Zielen der UNC unvereinbar.⁷⁴ Einem anderen Ansatz zufolge greife das Gewaltverbot nur so lange ein,

71 ZB für die Verhältnismäßigkeit der militärischen Maßnahme (im *ius contra bellum* wie im *ius in bello*), für die beurteilt werden muss, ob eine andere, gleich geeignete Maßnahme geringere Schäden verursacht hätte. Dass dabei im *ius in bello* eine *ex-ante*-Sicht zugrunde gelegt wird (s.u. 2. Kap., I.), ändert nichts daran, dass – dann eben auf dieser Faktengrundlage – ein hypothetischer Kausalverlauf nachgezeichnet werden muss.

72 Zu den (im Einzelnen umstrittenen) Voraussetzungen der humanitären Intervention s. nur Taskushina, *Humanitäre Intervention*, S. 66 f.

73 S. nur Bowett, *Self-Defence*, S. 95; Doehring, in: *The Modern World of Human Rights*, S. 549–565; Fonteyne, *California W. Int'l L. J.* 4 (1974), S. 203 (insb. 255–258); Greenwood, *The World Today* 49 (1993), S. 34 (35–40); Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, S. 320; Lillich, in: Moore, *Law and Civil War*, S. 229–251; Reisman/McDougal, in: Lillich, *Humanitarian Intervention* S. 167 (178, 192 f).

74 Reisman/McDougal, in: Lillich, *Humanitarian Intervention*, S. 167 (177); im Ansatz ähnlich Tesón, *Humanitarian Intervention*, S. 149 f (der Staat verwerke die Schutzwürdigkeit seiner Souveränität durch die Menschenrechtsverletzungen).

wie die UN Menschenrechte effektiv schützten.⁷⁵ Jedenfalls sei ein etwaiger Verstoß gegen das Gewaltverbot durch den Schutz der Menschenrechte⁷⁶ bzw. durch Nothilfe zugunsten der notleidenden Bevölkerung⁷⁷ gerechtfertigt. Die Mehrheit der Befürworter will die humanitäre Intervention dagegen mit Völkergewohnheitsrecht begründen und verweist dafür auf eine Reihe von Interventionen der Vergangenheit.⁷⁸ Diese Auffassung hat zuletzt durch die militärischen Angriffe der USA im April 2017 und (gemeinsam mit Großbritannien und Frankreich) im April 2018 auf Militärstützpunkte des syrischen Machthabers Assad Aufwind erfahren.⁷⁹ Die wohl herrschende Ansicht in der Völkerrechtslehre hält hingegen keine dieser Lösungen für tragbar und verneint die Existenz dieses Erlaubnissatzes:⁸⁰ Die Charta-bezogenen Ansätze stünden im Widerspruch zu Ziel und Zweck sowie zur Entstehungsgeschichte der Charta.⁸¹ Die von der Gegenansicht benannten Präzedenzfälle begründeten weder eine hinreichende Staatenpraxis noch eine einheitliche *opinio iuris*.⁸² Schließlich drohe durch

75 Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention, S. 167 (178); Lillich, in: Moore, Law and Civil War, S. 229 (244–248).

76 Tomuschat, Friedens-Warte 74 (1999), S. 33 (34 f); Fonteyne, California W. Int'l L. J. 4 (1974), S. 203 (255, 258); ähnlich Ipsen, Friedens-Warte 74 (1999), S. 19 (21).

77 Doehring, in: The Modern World of Human Rights, S. 549 (559–565).

78 Angeführt werden etwa die Intervention der USA in die Dominikanische Republik 1965, von Tansania in Uganda 1979, von Vietnam in Kambodscha 1979, von Indien in Ostpakistan 1971, von Frankreich in Zentralafrika 1979, die Flugverbotszonen 1991 im Irak und der viel diskutierte Kosovo-Einsatz 1999, s. allg. Tesón, Humanitarian Intervention, S. 219–278; Greenwood, The World Today 49 (1993), S. 34 (35–40); Reisman/McDougal, in: Lillich, Humanitarian Intervention, S. 167 (183–187); s. auch Adam Roberts, Int'l Affairs 69 (1993), S. 429–449 (vorsichtiger); krit. auch Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55.

79 Zur Bedeutung dieser Fälle Scharf, Chicago J. Int'l L. 19 (2019), S. 586–614.

80 S. nur Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 52–57; Clark, Ga. J. Int'l & Comp. L. 13 (1983), S. 211 (212 f); Akehurst, in: Bull, Intervention in World Politics, S. 95–118; Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (456); Brownlie, Use of Force, S. 338–342; Henkin, AJIL 93 (1999), S. 824 (824); Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 126 (letzterer aber für eine „Entschuldigung“ eintretend).

81 Vgl. Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 52–54; Clark, Ga. J. Int'l & Comp. L. 13 (1983), S. 211 (212 f); Brownlie, Use of Force, S. 265–271; Henkin, AJIL 93 (1999), S. 824 (824).

82 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55, s. auch Kimminich, AdV 33 (1995), S. 430 (456); Simma, EJIL 10 (1999), S. 1 (11) zum Kosovo-Einsatz.

die Anerkennung der humanitären Intervention eine erhebliche Missbrauchsgefahr.⁸³

Hier ist nicht der Ort, um zu der Frage Stellung zu beziehen. Doch wird ein *gewohnheitsrechtlicher* Erlaubnissatz der humanitären Intervention zumindest für ernsthaft erwägenswert gehalten und schon deshalb nicht ausklammert, weil er sich in der Entstehung befinden und Gewalteinsätze in Zukunft begründen mag.

4. Rettung von Staatsangehörigen

Im Zusammenhang mit dem Selbstverteidigungsrecht oder der humanitären Intervention werden eine Reihe anderer Rechtsfiguren erörtert, von denen einzig⁸⁴ die Rettung eigener Staatsangehöriger ernsthaft erwägenswert erscheint.⁸⁵ Die vorgeschlagenen Begründungswege sind vielfältig: Wiederum wird teilweise das Vorliegen einer Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) verneint.⁸⁶ Andere halten den Gewalteinsatz als Form der Selbsthilfe⁸⁷, als Maßnahme zum Schutz der Menschenrechte⁸⁸ oder als eigenständigen gewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz für gerechtfertigt.⁸⁹ Dieser Arbeit wird hingegen die Auffassung zugrunde gelegt, dass die – erforderliche⁹⁰ – Rechtfertigung beim Selbstverteidigungsrecht ansetzt. Dabei soll an dieser Stelle offen bleiben, ob der Angriff auf die Staatsangehörigen als Angriff iSd Art. 51 UNC beurteilt werden kann⁹¹ oder ob ein gewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht, das die Rettung eigener Staatsangehöriger

83 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 55; Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 126.

84 Zur Ablehnung von Selbsthilfe, gewaltsamer Repressalie und Notstand s.u. 6. Kap., II. 2. a.

85 Für ihre Anerkennung D. Gordon, Case W. Res. J. Intl'l L 9 (1977), S. 117–134; Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 344–351); Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (466 f); Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59); dagegen Brownlie, Use of Force, S. 298–303.

86 Vgl. Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 246, 249; aA Ruys, AJIL 108 (2014), S. 159 (198–201).

87 In diesem Sinne Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 347–351).

88 Wingfield/Meyen, Lillich on the Forcible Protection, S. 247, 250.

89 Ronzitti, J. Confl. & Sec. L. 11 (2006), S. 343 (354).

90 Insb. wird hier angenommen, dass Art. 2 (4) UNC keine Erheblichkeitsschwelle voraussetzt, näher s.u. 7. Kap., III. 2. a. aa. (1).

91 Offen dafür Ruys, Armed Attack, S. 215; Schachter, Michigan L. Rev. 82 (1984), S. 1620 (1632).

einschließt, nach 1945 fortbesteht bzw. sich seitdem herausgebildet hat.⁹² Danach ist für eine zulässige Rettung eigener Staatsangehöriger erstens erforderlich, dass sich diese in unmittelbarer Gefahr für Leib oder Leben⁹³ befinden, wofür man die Caroline-Formel heranziehen mag.⁹⁴ Zweitens muss der Territorialstaat unwillig oder unfähig sein, diese zu beschützen. Drittens darf der handelnde Staat keine weiteren Zwecke als den Schutz seiner Staatsangehörigen verfolgen, und viertens müssen die negativen Folgen der Operation für den anderen Staat und ihre Ziele in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁹⁵

Ausgeklammert wird die Intervention auf Einladung, deren Anerkennung zwar unumstritten ist⁹⁶ und die manchmal zu den Ausnahmen vom Gewaltverbot gezählt wird,⁹⁷ die aber wohl bereits nicht unter den Tatbestand des Gewaltverbotes fällt.⁹⁸ Hier mögen andere Erwägungen gelten als beim rechtfertigungsbedürftigen Gewalteinsatz gegen den Willen des

92 S. dazu Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (496 f); Krefß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (347–349); Ader, Gewaltsame Rettungsaktionen, S. 97–264; Hailbronner, Berichte DGVR 26 (1986), S. 49 (102–107); Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 58–60; Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59) (jedoch nicht spezifizierend, ob am Selbstverteidigungsrecht anknüpfend); aA (wegen erhöhter Anforderungen an die spätere Praxis) Beyerlin, ZaöRV 37 (1977), S. 213 (224–239). Das Teheraner-Geiseln-Urteil des IGH kann nicht so verstanden werden, als schließe er ein solches Recht aus, s. Krefß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (594). Zu beiden Selbstverteidigungslösungen auch Krefß/Nußberger, in: Ruys/Corten/Hofer, Use of Force, S. 220 (227).

93 Vgl. Wiefelspütz, HuV 2 (2012), S. 56 (59); ähnlich auch Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (467) (threat of injury); Lillich, Iowa L. Rev. 53 (1967), S. 325 (326 ff, insb. 347 f) scheint dagegen auch andere Menschenrechtsverletzungen ausreichen zu lassen.

94 So Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (467).

95 Randelzhofer/Dörr, in: Simma, UN Charter, Art. 2 (4), Rn. 61; ähnlich Waldock, RCADI 81 (1952-II), S. 451 (467).

96 Vgl. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 46; Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 125–130; Brownlie, Use of Force, S. 317 f.

97 So de Wet, EJIL 26 (2015), S. 979 (980); Corten, Law Against War, S. 289.

98 So wohl ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 46, Wippman, Duke J. Comp. & Int'l L. 7 (1996), S. 209 (210); Le Mon, Int'l L. and Pol. 35 (2003), S. 741 (742); Bannelier/Christakis, Leiden J. Int'l L. 26 (2013), S. 855 (860); Frowein, in: Legal Aspects of International Terrorism, S. 55 (64); vgl. auch Krefß, ZaöRV 57 (1997), S. 329 (337 Fn. 28).

Opferstaates, dessen unilaterale Rechtfertigung stets auf der Auflösung einer Interessenkollision basiert.⁹⁹

II. Der Begriff des Irrtumsrisikos

Im Mittelpunkt stehen hier Fehlvorstellungen derjenigen Akteure, die die maßgebliche Entscheidung darüber treffen, dass die Voraussetzungen für den Einsatz von Gewalt erfüllt sind, und entsprechende Taten folgen lassen. Im Bereich unilateraler Gewalt sind das die *handelnden Staaten* selbst; bei kollektiver Gewalt ist das der SR, der die Anwendung militärischer Gewalt autorisiert.¹⁰⁰ Fehlvorstellungen von Staaten bei der *Umsetzung* eines SR-Mandates werden ausgeklammert – zB ein Staat, der infolge eines Irrtums über die zivile Eigenschaft eines Zieles die Grenzen eines entsprechend beschränkten Mandates überschreitet.¹⁰¹

Das *Irrtumsrisiko* beschreibt primär die Gefahr, dass ein Akteur auf Grundlage einer Vorstellung handelt, die sich im Nachhinein als unrichtig *herausstellt*. Es umfasst aber auch den Fall, dass sich das Vorliegen der vorgestellten Umstände später nicht feststellen lässt. Denn gelingt es der beweisbelasteten Partei nicht, den Beweis zu führen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahme vom Gewaltverbot vorlagen bzw. (sollte die andere Seite diese Bürde tragen) nicht vorlagen, geht auch ein *non liquet* zu ihren Lasten.

Mit *Irrtumsrisiko* sind hier ausschließlich Fehlvorstellungen über den Sachverhalt gemeint. Rechtsirrtümer werden (mit einer Ausnahme)¹⁰² nicht betrachtet.¹⁰³ So wird auch die irrige Annahme eines Staates, es existiere ein SR-Mandat, außen vor gelassen, geht sie doch regelmäßig auf die

99 Zu dieser Zwecksetzung näher s.u. 4. Kap., I., IV; zum Unterschied zwischen Fehlvorstellungen hinsichtlich des Tatbestands des Gewaltverbots und der Rechtfertigung s.u. 9. Kap., III. 5.

100 Auf welche (natürliche) Person es für die Fehlvorstellung ankommt, wird später untersucht. So lange ist vom Irrtum *enes Staates* oder *des SR* die Rede.

101 Auf den Schutz von Zivilisten beschränkt waren zB UN Doc. S/RES/1291, para. 8; S/RES/1417, Rn. 7; vgl. die Auslegung der Resolution 1973 (2011) Rn. 4 in Lehmann, J. Conflict & Sec. L. 17 (2012), S. 117 (120).

102 Gemeint ist der (im Kern rechtliche) Irrtum über die hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle beim Fehlverdacht, dazu s.u. 10. Kap., III.

103 Das nationale Strafrecht steht Rechtsirrtümern regelmäßig weniger tolerant gegenüber als Sachverhaltsirrtümern, was häufig mit der Formel „ignorantia legis non excusat“ umschrieben wird, zum Problem rechtlicher Ungewissheiten im Konfliktvölkerrecht s. Haque, Int'l L. Stud. 95 (2019), S. 118–160.

rechtliche Auslegung der Resolution zurück. Im Mittelpunkt stehen weiter Fehlvorstellungen über die Erlaubnislage, also das „ob“ des Einschreitens. Dazu gehört namentlich die Existenz der die Friedensbedrohung bildenden Umstände, des erfolgten oder bevorstehenden bewaffneten Angriffs, der humanitären Interventionslage oder der (drohenden) Verletzung eigener Staatsangehöriger. Fehlvorstellungen über das „wie“ – etwa die Verhältnismäßigkeit der Selbstverteidigungshandlung¹⁰⁴ oder des gestatteten Umfangs der Gewaltanwendung iSd Art. 42 UNC – sind nicht Untersuchungsgegenstand, auch wenn sich einige der hier angestellten Erwägungen darauf übertragen ließen. Auch die Notwendigkeit der Selbstverteidigung, mag man sie auch zur Selbstverteidigungslage zählen,¹⁰⁵ steht nicht im Vordergrund. Denn über ihre Beurteilung besteht bereits weitgehend Einigkeit.¹⁰⁶

Im Wesentlichen lassen sich drei Kategorien von Fehlvorstellungen unterscheiden: der Irrtum (im engeren Sinne), der Fehlverdacht und die – in ihrer Bedeutung jedoch nachrangige – Fehlprognose. Der Begriff der *Fehlvorstellung* wird hier als ihr Oberbegriff verwendet, wobei damit nur die positive Vorstellung rechtfertigender Umstände gemeint ist, nicht auch der Fall, dass sich ein Staat über die Umstände überhaupt keine Gedanken macht.¹⁰⁷

104 Verhältnismäßigkeit wie hier verstehend Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 58, 61; aA Franck, AJIL 102 (2008), S. 715 (721), der die Verhältnismäßigkeit im ius contra bellum auf die Frage beschränkt, ob *überhaupt* ein Recht zur Gewaltanwendung bestand und die Verhältnismäßigkeit *der gewählten Maßnahme* als Problem des ius in bello ansieht. Der IGH prüft bei Art. 51 UNC jedoch stets die Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahme, vgl. ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 76; ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 41–43; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 194, 237.

105 Das gilt dann, wenn man mit Erforderlichkeit meint, dass militärische Mittel *überhaupt* erforderlich waren, friedliche Mittel also nicht gereicht hätten, so Gardam, Necessity, Proportionality and the Use of Force, S. 5; Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96); Randelzhofer/Nolte beziehen sie dagegen auf die gewählte Maßnahme, Randelzhofer/Nolte, in: Simma, UN Charter, Art. 51, Rn. 58, 61; andere sehen beide Aspekte darin enthalten, Akande, AJIL 107 (2013), S. 563 (567); Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (967).

106 Sie wird überwiegend objektiv ex ante beurteilt, vgl. Chatham House Principles, ICLQ 55 (2006), S. 936 (966); Tams/Devaney, Israel L. Rev. 45 (2012), S. 91 (96).

107 Zu diesem Unterschied für das deutsche Strafrecht Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, § 16, Rn. 12.

1. Irrtum

Bei einem Irrtum ist der handelnde Akteur (SR oder Staat) irrig von tatsächlichen Umständen *überzeugt*, die, wenn sie vorlägen, eine Befugnis zum militärischen Eingreifen begründeten. Im unilateralen Bereich führt der Irrtum also dazu, dass – positiv formuliert – der Staat von dem tatsächlichen Vorliegen einer unilateralen Ausnahme vom Gewaltverbot ausgeht oder – negativ formuliert – ihm das Bewusstsein fehlt, in nicht gerechtfertigter Weise Gewalt anzuwenden. Irrtümer sind bei sämtlichen Ausnahmen des Gewaltverbotes denkbar: So kann der SR etwa irren über die Verantwortlichkeit eines Staates für ein friedensbedrohendes Verhalten wie einen Terrorangriff. Ein Staat mag über das Vorliegen, die Schwere oder den Urheber eines bereits erfolgten Angriffs im Irrtum sein, oder über die Umstände, die die Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs begründen. Er kann über das vermeintliche Bestehen einer humanitären Interventionslage irren – etwa nicht erkennen, dass die Menschenrechtsverletzungen in Wahrheit von einer Rebellengruppe ausgehen, die der Machthaber des Staates im Begriff ist, nicht ganz ineffektiv zu bekämpfen¹⁰⁸ – oder über eine für seine Staatsangehörigen bestehende Gefahr.

2. Fehlverdacht

Mit der zweiten Art von Fehlvorstellung, die hier als *Fehlverdacht* bezeichnet wird, ist gemeint, dass sich der handelnde Akteur bewusst ist, dass er über eine unvollständige Sachverhaltskenntnis verfügt, er das Vorliegen von Umständen, die ihn zu einer Gewaltmaßnahme berechtigen würden, aber für wahrscheinlich hält und sich daher zum Handeln entschließt. Ex post stellt sich heraus, dass die vermuteten Umstände nicht vorlagen – entweder weil das Wahrscheinlichkeitsurteil nicht richtig gebildet wurde oder weil sich derjenige Fall als richtig herausstellt, der ex ante unwahrscheinlich erschien. Auch der Fehlverdacht kann bei jeder Ausnahme vom Ge-

108 So etwa lautete die syrische Kritik an den Luftangriffen der USA auf die syrische Luftwaffe am 6. April 2017 sowie (mit Frankreich und Großbritannien) am 14. April 2018, solange die Urheberschaft der Chemiewaffeneinsätze umstritten war; der Untersuchungsbericht der Kommission des Human Rights Council bestätigte für den Einsatz 2017 jedoch die Urheberschaft Assads, vgl. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic for the Human Rights Council, thirty-sixth session, 11–29 september 2017, zu den Luftangriffen s.u. 7. Kap., III. 7.

waltverbot auftreten: So kann der SR seine Gewaltautorisierung auf einen bloßen (und sich später als falsch herausstellenden) Bedrohungsverdacht stützen, oder der sich verteidigende Staat nur (fälschlicherweise) *vermuten*, dass ein bewaffneter Angriff stattgefunden hat, dass ein bestimmter Staat sein Urheber war, oder Umstände vorliegen, die sein unmittelbares Bestehen begründen. Auch über Umstände, die eine humanitäre Interventionsslage oder die Rettung von Staatsangehörigen begründen, kann Ungewissheit bestehen. In all diesen Fällen verlässt sich der Akteur auf eine bloße Wahrscheinlichkeit, dass die seine Gewalt legitimierenden Umstände vorliegen.

Die Abgrenzung des Fehlverdachts vom Irrtum ist nicht immer einfach. Denn regelmäßig erfolgt der Entschluss zu einem Gewalteinsatz nicht völlig spontan, sondern sowohl Staaten als auch der SR ziehen, wenn Informationsdefizite wie so häufig auf der Hand liegen, angesichts der Folgen ihrer Entscheidung Sachverhaltsalternativen in Erwägung. Der Grat zwischen dem (letzten Endes falsch liegenden) Akteur, der diese ursprünglichen Zweifel sodann überwindet und eine sichere Überzeugung bildet (Irrtum), und demjenigen, der gewisse Zweifel behält und sich bewusst mit einer Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der maßgeblichen Umstände begnügt (Fehlverdacht), ist schmal. In den seltensten Fällen lässt sich dieser Entscheidungsprozess zudem im Nachhinein genau rekonstruieren, geschweige denn beweisen. Zwar wird im Folgenden aus konzeptuellen Gründen versucht, zwischen Irrtum und Fehlverdacht zu unterscheiden. Die Schwierigkeit ihrer Abgrenzung ist aber bereits ein starkes Argument dafür, sie nicht völlig unterschiedlich zu behandeln.

Nicht zum eigentlichen Untersuchungsgegenstand gehört der Fall, dass sich der Akteur trotz Zweifel zum Handeln entschließt und sich seine Vermutung *ex post* als *richtig* erweist, die den Erlaubnissatz begründenden Umstände also vorlagen.¹⁰⁹ Insbesondere bei Maßnahmen des SR und zum

109 Dieser Fall mag den erwähnten westlichen Luftangriffen auf Syrien entsprechen (Fn. 108), soweit man die humanitäre Intervention anerkennt und ihre Voraussetzungen im Fall bejaht, dazu dennoch 7. Kap., III. 7. Hielte man das Für-Möglich-Erachten eines rechtfertigenden Sachverhaltes *nicht* für ausreichend, entspräche die Konstellation der des strafrechtlichen Versuchs, den das völkerrechtliche Gewaltverbot nicht kennt. Dennoch gegen die Berücksichtigung von *ex post*-Kenntnissen auch in diesem Fall Gill, in: Schmitt/Pejic, *International Law and Armed Conflict*, S. 113 (141); ähnlich Lobel, *Yale J. Int'l L.* 24 (1999), S. 537–557; zur strafrechtlichen Behandlung der Problematik s. Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben Vor. § 32, Rn. 18.

Teil auch im unilateralen Bereich wird sich das Streifen solcher Fälle des „korrekten Bedrohungsverdachts“ jedoch nicht vermeiden lassen.

3. Fehlprognose

Von Irrtum und Fehlverdacht lässt sich konzeptuell eine dritte Art von Fehlvorstellung unterscheiden: die Fehlprognose. Sie kommt bei denjenigen Ausnahmen vom Gewaltverbot in Betracht, die ein prognostisches Element enthalten. Während sich Irrtum und Fehlverdacht auf die die Prognose *begründenden* Umstände (die Diagnose) beziehen, betrifft die Fehlprognose das ausgehend von diesen Umständen gefällte *Prognoseurteil*. Hierbei handelt es sich, da es die *zukünftige* Entwicklung betrifft, stets um ein Wahrscheinlichkeitsurteil.¹¹⁰ Die Feststellung einer Friedensbedrohung enthält nach dem hier zugrunde gelegten negativen Friedensbegriff etwa eine Prognose darüber, dass die gegenwärtige Situation potentiell einen militärischen Konflikt heraufbeschwören kann.¹¹¹ Heikler als Prognosen des SR erscheinen die Prognoseelemente der unilateralen Erlaubnissätze der antizipierten Selbstverteidigung und der Rettung von Staatsangehörigen: Hier muss der handelnde Staat prognostizieren, ob er in unmittelbarer zeitlicher Nähe angegriffen wird bzw. Leib oder Leben seiner Staatsangehörigen verletzt werden. Selbst dem reaktiven Selbstverteidigungsrecht wohnt hinsichtlich seines zeitlichen Endes ein Prognoseelement inne, der Frage also, ob bei Abgeschlossenheit eines ersten Angriffs die Gefahr weiterer Angriffe bzw. die Fortsetzung des „Gesamtangriffs“ droht.¹¹² Mit einer *Fehl*prognose wird hier bezeichnet, dass der tätig werdende SR oder Staat zwar den vorliegenden Sachverhalt zutreffend diagnostiziert, sich aber seine Prognose, dieser Sachverhalt werde sich zu dem

110 Vgl. Hoffmann-Riem, FS Wacke, S. 327 (327, 332) zu derselben Erwägung im Rahmen des polizeilichen Gefahrenbegriffs; anders offenbar Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 166; ders., in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (180 f), der antizipierte Selbstverteidigung für ausgeschlossen hält, wenn fehlende Gegenwärtigkeit mit Ungewissheit des Angriffs zusammentrifft.

111 Zu diesem Begriff und dem Nexus zum militärischen Konflikt s.o. 1. Kap., I. 1. b; zum Wahrscheinlichkeitsurteil des SR s. auch Lailach, Wahrung des Weltfriedens, S. 186 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 353; de Wet, Chapter VII Powers, S. 141; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 244.

112 Zu diesen zwei dogmatischen Lösungsmöglichkeiten des Problems s. Kreß, Eckstein mit Grauzonen, FAZ Einspruch v. 3. April 2019.

schädigenden Ereignis verdichten, als unrichtig herausstellt; der Frieden wäre also tatsächlich nicht verletzt worden, der Angriff oder die Verletzung der Staatsangehörigen wären – aus welchen Gründen auch immer – ausgeblieben oder zumindest nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe eingetreten oder die Angriffe nicht fortgesetzt worden. Dabei geht es nicht darum, die zeitlichen und wahrscheinlichkeitsspezifischen *Anforderungen an die Gefahr* des Schadensereignisses zu erörtern, sondern allein darum, wie sich der Umstand, dass sich die zum Handlungszeitpunkt *tatsächlich bestehende* Gefahrenlage letztlich nicht realisiert hätte, auf die Rechtmäßigkeit der SR-Maßnahme und der unilateralen Gewaltanwendung auswirkt.

In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird im Hinblick auf den Gefahrenbegriff des rechtfertigenden Notstandes iSd § 34 StGB verbreitet bestritten, dass zwischen Diagnose und Prognose unterschieden werden kann.¹¹³ Die Prognose entwickle sich zwangsläufig aus gegenwärtigen Umständen, nur seien diese häufig unbekannt.¹¹⁴ Die Anlage zu einer bestimmten Entwicklung könne also stets als Eigenschaft der gegenwärtigen Lage definiert werden.¹¹⁵ Die Prognose etwa, ob ein Unfallopfer an seinen Verletzungen stirbt, hänge immer von dem Körperzustand ab, der zur Zeit der Notstandshandlung bereits gegeben sei.¹¹⁶ In anderen Bereichen wird die Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose für selbstverständlich gehalten. Die deutsche Polizeirechtswissenschaft etwa differenziert konzeptuell zwischen der Anscheinsgefahr (bei der ein Amtsträger über die der Gefahr *zugrunde liegenden Umstände* irrt) und der Fehlprognose (die die *echte* Gefahr bestehen lässt, weil die Prognose, dass sich die gefährlichen Umstände zu einem Schaden entwickeln, von vornherein objektiv ex ante beurteilt wird).¹¹⁷

Der Einwand, die Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose sei willkürlich, mag häufig zutreffen. Das Völkerrecht bildet hier keine Aus-

113 Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 173 Fn. 84; H. J. Hirsch, FS Arthur Kaufmann, S. 545 (551); Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (95–97); nahezu wortgleich Dimitratos, Begriffsmerkmal der Gefahr, S. 147–149; Roxin, Strafrecht AT I § 16, Rn. 18; aA Schöne/Schröder/Perron § 34, Rn. 13; Schöne/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben Vor. §§ 32 ff. Rn. 10b; Schüler, Zweifel, S. 62; ebenso (jedoch zur Notwendigkeit der Notwehrhandlung) s. Burchard, HRRS 10 (2012), S. 421 (439); Geilen, Jura (1981), S. 308 (315).

114 Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 18; s. auch Schaffstein, FS Bruns, S. 89 (95–97).

115 Jakobs, Strafrecht AT, 13/13; Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 173 Fn. 84.

116 Roxin, Strafrecht AT I, § 16, Rn. 18.

117 Näher zu dieser Unterscheidung im deutschen Polizeirecht s.u. 16. Kap., I. 1.

nahme: Dass etwa ein bewaffneter Angriff wegen ungenügender militärischer Ausrüstung letztlich doch ausgeblieben wäre, kann als *Fehlprognose* ebenso wie als Eigenschaft der *ursprünglichen* Angriffsgefahr – es drohte von vornherein nur eine Gefahr durch einen unzureichend ausgerüsteten Staat – formuliert werden. Doch liegen die Dinge anders, wenn das Ereignis, das den Schadenseintritt verhindert, nicht in der Vergangenheit angelegt war und man es – selbst bei allumfassendem Wissen über jedes kleinste Detail der Gegenwart und alle Naturgesetze – nicht hätte voraussagen können, weil es noch nicht feststand. Wenn auch in den diversen Disziplinen hochumstritten,¹¹⁸ spricht vieles dafür, dass solche zufälligen Entwicklungen existieren.¹¹⁹ Zumindest wenn das Ausbleiben des Schadensereignisses auf einer (neuen) menschlichen Entscheidung beruht, mag diese Entwicklung nicht bereits als Eigenschaft der ursprünglichen Gefahrenumstände formuliert werden können. Zwar ist in der Neurowissenschaft noch nicht abschließend geklärt, ob der Mensch wirklich über einen freien, indeterminierten Willen verfügt.¹²⁰ Die Rechtswissenschaft muss dies aber – etwa für den strafrechtlichen Schuldgrundsatz – bislang unterstellen.¹²¹ In-

118 Dagegen etwa die These vom kausalen Determinismus, s. überblicksartig Hoefler, Causal Determinism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy.

119 Der Determinismus in der Philosophie wurde u.a. durch die Quantenmechanik ins Wanken gebracht, die davon ausgeht, dass der genaue Zeitpunkt des Zerfalls eines Atomkerns oder der Emission und Absorption eines Photons objektiv nicht feststeht und damit auch bei allumfassender Kenntnis nicht vorausgesagt, sondern nur nach bestimmten Wahrscheinlichkeiten prognostiziert werden kann, vgl. Hoefler, Causal Determinism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Abschnitt 4.4, der aber auf eine deterministische Interpretation der Quantenmechanik hinweist; vgl. auch Schweizer, Beweiswürdigung, S. 103; MüKoStGB/Erb, § 34, Rn. 79; zur Unmöglichkeit, sichere wissenschaftliche Aussagen über die Zukunft zu treffen, s. auch Trouwborst, Precautionary Rights and Duties, S. 97. Auch in anderen Disziplinen – etwa der Versicherungsmathematik – ist die Existenz des Zufalls anerkannt, s. zum Zufalls-, Irrtums- und Änderungsrisiko Bogendörfer, Dimensionen des Risikomanagements, S. 262 f.

120 S. zB Lavazza, *Frontiers in Human Neuroscience* 10 (2016), S. 262 ff; zu den Folgen für das Strafrecht vgl. das Streitgespräch zwischen Björn Burkhardt und Reinhard Merkel, *Gehirn & Geist* vom 11. April 2016, S. 56–59; die Kompatibilisten John M. Fischer und David Hume halten die Existenz eines freien Willen für mit dem Determinismus vereinbar, vgl. J. M. Fischer, in: *Deep Control*, S. 85 (86–91); Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Abschnitt 8; P. Russell, *Hume on Free Will*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

121 S. *Morissette v. US*, 342 U.S. 246, 250 (1952); *US v. Grayson*, 438 U.S. 41, 52 (1978); BGHSt 2, 194 (200 f) = NJW 1952, 593 (594); s. eing. nur Cotton, *Public Interest L. J.* 15 (2005), S. 1–48; T. A. Green, *Mich. L. Rev.* 93 (1995), S. 1915–2053.

soweit spricht vieles für eine theoretische Möglichkeit der Unterscheidung zwischen Diagnose und Prognose und einen eigenständigen Anwendungsbereich der Fehlprognose. Im Ergebnis überzeugt es daher, alle nach dem „Höchstwissen der Zeit“,¹²² das heißt theoretisch feststellbaren Umstände, dem Irrtumsbereich, die übrigen dem Prognosebereich zuzuordnen.

In der Praxis ist diese Unterscheidung freilich nicht leicht umzusetzen. Selten lässt sich mit Sicherheit beantworten, ob ein Ereignis bereits in der Vergangenheit angelegt war oder nicht – etwa ob ein Entscheidungsträger, der letztlich doch vom bewaffneten Angriff abgesehen hätte, von vornherein nie ganz dazu entschlossen war oder seinen ursprünglichen Entschluss durch einen indeterminierten Impuls geändert hat.¹²³ Die Linie zwischen Irrtum und Fehlprognose kann daher kaum mit naturwissenschaftlicher Exaktheit gezogen werden, sondern beruht letztlich auf wertenden Gesichtspunkten. Trotz dieser Schwäche wird hier versucht, die Unterscheidung aufrechtzuerhalten. Denn die Fehlprognose, bei der sich nur das *jeder Prognose innewohnende* Risiko der Ungewissheit *zukünftiger* Entwicklung realisiert und das im Begriff der Friedensbedrohung und in den antizipierenden Erlaubnissätzen der vorbeugenden Selbstverteidigung und der Rettung von Staatsangehörigen *angelegt* ist, mag normativ eine andere Behandlung verlangen als eine Fehlvorstellung über gegenwärtige Umstände.¹²⁴ Zumindest im Bereich unilateraler Gewalt ist das Risiko von Fehlprognosen empirisch aber auch nicht zu überschätzen. Der zeitliche Abstand zwischen dem Tätigwerden des Gewalt ausübenden Staates und dem prognostizierten Schadenseintritt ist per definitionem gering, müssen der bewaffnete Angriff bzw. die Verletzung der Staatsangehörigen doch unmittelbar bevorstehen. Für das Dazwischentreten nicht in der Vergangenheit angelegter Ereignisse ist daher weniger Raum als etwa bei Maßnahmen des SR, dessen Gefahrenprognose sich häufig auf einen längeren Zeitraum bezieht. So lassen sich in der unilateralen Staatenpraxis kaum Fehlprognosen im hier verstandenen Sinne identifizieren. Entsprechend liegt der Untersuchungsschwerpunkt hier eindeutig auf dem Irrtum und dem Fehlverdacht. Doch wird die Fehlprognose angesprochen, wo sie dogmatische Aufhellung verspricht.

122 Schönke/Schröder/Perron, § 34, Rn. 14.

123 Hilfskriterium könnte sein, ob der Entscheidungsträger seine jeweiligen Entscheidungen äußerlich manifestiert hat. Die Schwierigkeit, einen neuen Entschluss von einem konstant bestehenden abzugrenzen, ist zB aus der Konkurrenzlehre im Strafrecht bekannt.

124 Näher s.u. 9. Kap., I. 1., c am Ende.

4. Terminologisches

Der Ausdruck, die Voraussetzungen einer Handlungsbefugnis seien *ex post* (manchmal auch „objektiv“), *ex ante* (manchmal auch „vollständig subjektiv“) oder *objektiv ex ante* zu beurteilen, formuliert die Frage, ob Fehlvorstellungen zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen sind, nur um. Bei einer *ex-post*-Beurteilung sind sämtliche Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und unter Umständen auch Fehlprognosen¹²⁵ unabhängig von ihrer Nachvollziehbarkeit unbeachtlich, weil die Voraussetzungen der Befugnisnorm *tatsächlich* vorliegen müssen, sodass der irrig annehmende oder vermutende Akteur den Erlaubnistatbestand verfehlt. Werden die Voraussetzungen *ex ante*, also vollständig subjektiv beurteilt, werden sämtliche Fehlvorstellungen – ob nachvollziehbar oder nicht – zu seinen Gunsten berücksichtigt. Die objektive *ex-ante*-Perspektive nimmt eine vermittelnde Position ein, indem sie dem Handelnden nur solche Fehlvorstellungen zu Gute kommen lässt, die angesichts der *ex ante* erkennbaren Umstände vernünftig waren. Bei dieser Formulierung bleibt offen, ob der Akteur zum Handlungszeitpunkt von den Umständen überzeugt sein muss (also nur der *Irrtum* positiv beachtlich ist) oder ob der *Verdacht* ihres Vorliegens ausreicht. Die Fehlprognose ist wohl in jedem Fall umfasst. Der Begriff *ex ante* wird also auch nicht *rein zeitlich* verstanden, sodass nicht der Kenntnisstand der Allgemeinheit, sondern der des (vernünftigen) Akteurs in seiner *konkreten Handlungssituation* entscheidend ist.

III. Herausbildung der relevanten Konstellationen

Ergänzt man die drei Fehlvorstellungsarten um weitere geeignete Unterscheidungskriterien, lassen sich daraus Fallkonstellationen herleiten, die sich zur Untersuchung anbieten. Ob diese Kriterien für die Fragestellung

125 Der Ausschluss der Fehlprognose von dem *ex-post*-Begriff ist nicht selbstverständlich: Wer zB fordert, dass die Voraussetzungen für eine Friedensbedrohung iSd Art. 39 UNC „*ex post*“ vorliegen müssen, meint damit regelmäßig nicht, dass es ohne das Eingreifen des SR notwendigerweise auch zu einer militärischen Auseinandersetzung hätte kommen müssen. Wer hingegen das „*ex-post*-Vorliegen eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs“ verlangt, gibt sich mit einer *ex-post*-Angriffsgefahr regelmäßig nicht zufrieden. Der Grund für dieses unterschiedliche Verständnis dürfte sein, dass die Feststellung einer Friedensbedrohung einen deutlich stärkeren prognostischen Charakter besitzt als das antizipierte Selbstverteidigungsrecht.

tatsächlich entscheidend sind, ergibt sich erst aus den späteren Überlegungen.

1. Faktoren bei unilateralen Gewaltanwendungen

a) Vermeidbarkeit des Irrtums

Bei unilateralen Gewaltanwendungen kommt für den Irrtum als erstes Unterscheidungskriterium seine Vermeidbarkeit in Betracht. Sie ist potentiell bedeutsam, weil sie einen Sorgfaltsverstoß impliziert: Indem ein Staat gegen einen anderen Gewalt anwendet, begeht er zunächst ein „tatbestandliches“ Erfolgsunrecht. Hiermit lässt sich eine *duty to reflect* über die tatsächlichen Voraussetzungen des Erlaubnissatzes begründen. Denn von demjenigen, der eine prima facie verbotene Handlung vornimmt, kann erwartet werden, dass er sich über seine Rechtfertigung¹²⁶ – und das gilt auch für ihre tatsächlichen Voraussetzungen – Gedanken macht.¹²⁷ Wer das Fehlen dieser tatsächlichen Voraussetzungen nicht erkennt, obwohl er es hätte erkennen müssen, legt nicht die von ihm erwartete Sorgfalt an den Tag. Inwieweit das *ius contra bellum* der Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt Bedeutung beimisst, bleibt freilich zu untersuchen. Auch wenn der Begriff der „unvermeidbaren“ Fehlvorstellung dem natürlichen Wortsinn nach anspruchsvoller erscheinen mag als die im nationalen Kontext ebenfalls verwendeten Ausdrücke der „nachvollziehbaren“ oder „vernünftigen“ (reasonable) Fehlvorstellung, werden hier beide Begriffe der Einfachheit halber gleichgesetzt.¹²⁸

126 Die Annahme, dass das Eingreifen einer Ausnahme schon den „tatbestandlichen“ Verstoß gegen Art. 2 (4) UNC verhindere, wird hier nicht geteilt, näher s.u., 9. Kap., III. 4. Deshalb wird der Begriff der *Ausnahme* vom Gewaltverbot mit dem der *Rechtfertigung* gleichgesetzt.

127 Vgl. für das nationale Strafrecht Horder, *Ashworth's Principles*, S. 239; H. J. Hirsch, *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, S. 314 f; Paeffgen, *Vertrat in irriger Annahme*, S. 132–147, insb. S. 143 f.

128 Auch das nationale Recht verzichtet auf diese Nuance und setzt sorgfaltswidriges Verhalten mit der Vermeidbarkeit des Irrtums gleich, zB das deutsche Strafrecht, s.u. 8. Kap., I. 1.

b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit beim Fehlverdacht

Vorausgesetzt, dass nicht bereits *jeder* Zweifel an dem Vorliegen einer Eingriffserlaubnis die Handlungsbefugnis entfallen lässt, ein Fehlverdacht also nicht per se sorgfaltswidrig ist,¹²⁹ kann auch hier zwischen sorgfaltsgemäßem und sorgfaltswidrigem Verhalten unterschieden werden. Sorgfaltswidrig ist der Fehlverdacht jedenfalls dann, wenn die tatsächlichen Indizien, die dem Staat objektiv ex ante hätten bekannt sein müssen, das Vorliegen der den Erlaubnissatz begründenden Umstände nicht so wahrscheinlich machten, dass es vernünftig erschien, sich auf den Verdacht ihres Vorliegens zu verlassen. Dieses kritische Wahrscheinlichkeitsmaß, jenseits dessen das Handeln erst Sorgfaltsanforderungen genügen mag – so der Fehlverdacht nicht generell sorgfaltswidrig ist –, wird hier als „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ bezeichnet. Mit einem *hinreichend wahrscheinlichen Fehlverdacht* ist folglich ein Verdacht gemeint, der, obwohl er letztlich falsch war, hinreichend begründet erschien. Dabei bezeichnet „hinreichend wahrscheinlich“ noch kein bestimmtes Wahrscheinlichkeitsmaß; dieser Begriff ist erst auszufüllen. Auch bei der Fehlprognose, bei der sich der Akteur auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung verlassen muss, ist das wesentliche Unterscheidungskriterium, ob die prognostizierte Entwicklung hinreichend wahrscheinlich erschien.

c) Mitzuständigkeit des Opferstaates für die Fehlvorstellung

Das potentielle Kriterium, das auf Seite des Opferstaates gewissermaßen das Pendant zur Vermeidbarkeit des Irrtums und zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit beim Fehlverdacht darstellt, ist ein etwaiges (Mit-)Verschulden oder jedenfalls eine zurechenbare Mitverursachung der Fehlvorstellung durch den Opferstaat, die hier als *Mitzuständigkeit* bezeichnet wird, ohne dass der genaue Inhalt dieses Begriffs schon festgelegt werden kann. Der mitzuständige Opferstaat ist weniger schutzwürdig und es mag somit legitim erscheinen, ihm einen Teil des Irrtumsrisikos aufzubürden. Eine ähnliche Erwägung kommt im nationalen Recht beim Defensivnotstand

129 Dazu näher s.u. 9. Kap., III., 5.

zum Tragen.¹³⁰ Insbesondere mag die Mitzuständigkeit Auswirkungen auf das Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates haben.¹³¹

d) Die Fehlvorstellung über innere Tatsachen – ein Sonderfall?

Innere Tatsachen wie das Bestehen des staatlichen *Willens* zur Herbeiführung des Schadensereignisses – eines Angriffs oder massiver Menschenrechtsverletzungen – kann der andere Staat im Entscheidungsmoment selten mit Sicherheit feststellen.¹³² Selbst ein Staat, der offensiv mit den Säbeln rasselt, mag im Innern fest entschlossen sein, es nicht zum Angriff kommen zu lassen. Auch die Änderung eines früheren Entschlusses bleibt anderen Staaten regelmäßig verborgen.¹³³ Innere Tatsachen sind daher in besonderem Maße irrtumsanfällig.¹³⁴ Dennoch überzeugt es kaum, darauf bezogene Fehlvorstellungen aus diesem Grund anders zu behandeln als solche über „äußere“ Umstände wie die Angriffsfähigkeit, etwa indem man innere Tatsachen wie den Angriffswillen von vornherein außen vor ließe und einen tatsächlich bevorstehenden Angriff annähme, sobald sich der Staat aus Sicht seines Gegners objektiv so verhält, als würde er in unmittelbarer zeitlicher Nähe angreifen.¹³⁵ Denn damit entfernte man sich zu weit von der Realität: Der Angriffswille ist (unabhängig davon, ob er rechtliche Voraussetzung von Art. 51 UNC ist)¹³⁶ in *tatsächlicher* Hinsicht entscheidend dafür, ob es zum Angriff kommt oder nicht. Freilich muss das Völkerrecht innere Tatsachen¹³⁷ wie das nationale Recht¹³⁸ aus objektiven Verhaltensweisen der Staatsorgane ableiten. Doch sind dabei nicht nur das

130 Freilich geht es beim Defensivnotstand an sich nicht um die Zuständigkeit für den *Irrtum*, sondern für die *Gefahr*, s. dazu Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 304–333; näher zum Defensivnotstand s.u. 4. Kap., I.

131 Dazu s.u. 9. Kap., IV.

132 Vgl. Jervis, in: Jervis/Lebow/Stein, *Psychology and Deterrence*, S. 13 (14).

133 Vgl. Waxman, *Mich. J. Int'l L.* 31 (2009), S. 1 (68 Fn. 312).

134 Ein folgenreiches Beispiel ist der Irrtum über den vermeintlichen Willen des Iraks, US-Territorium anzugreifen, der u.a. aus dem Versuch abgeleitet wurde, US-Kartensoftware zu erwerben, vgl. WMD Commission Report, S. 132, 137 ff.

135 Entsprechend für Einschätzungen innerhalb des kollektiven Sicherheitssystems, namentlich hinsichtlich der IAEA Acton, *Survival* 51 (2009), S. 119 (126–130).

136 Dazu s.u. 9. Kap., III. 2.

137 ZB die „knowledge“ iSd Art. 16 ARSIWA oder der „intent to destroy“ iSd Art. II der UN-Völkermordkonvention v. 9. Dezember 1948.

138 ZB den Vorsatz im Strafrecht, s. nur BVerfG, NJW 2009, 1061 (1062); Hassemer, GS Armin Kaufmann, S. 289 (304 f).

ex ante erkennbare Verhalten,¹³⁹ sondern auch nachträglich ans Licht gelangte Indizien zu berücksichtigen. Die für eine staatliche Maßnahme erforderliche Kommunikation zwischen den Entscheidungsträgern und Befehle an Untergebene dokumentieren, so sie festgehalten sind, einen staatlichen Angriffswillen oder sein Fehlen sogar regelmäßig besser als etwa der spontane Tötungsentschluss eines Menschen nachgewiesen werden kann. Dass dieser dokumentierte Wille dem anderen Staat zum Zeitpunkt der Entscheidung über seine Abwehrmaßnahme selten zugänglich ist, ist kein Spezifikum innerer Tatsachen. Auch etwa die Fähigkeiten des Gegners offenbaren sich ihm häufig erst im Nachhinein. Insofern spricht vieles dafür, Fehlvorstellungen über innere Umstände nicht von vornherein anders zu behandeln als solche über äußere.

e) Schlussfolgerung: Die zu untersuchenden Konstellationen

Ausgehend von den primär maßgeblichen zwei Fehlvorstellungsarten und den erwähnten Kriterien können folgende Konstellationen unterschieden werden:

- (1) Der Irrtum war unvermeidbar und der Opferstaat unzuständig.
- (2) Der Irrtum war vermeidbar und der Opferstaat unzuständig.
- (3) Der Irrtum war unvermeidbar und der Opferstaat mitzuständig.
- (4) Der Irrtum war vermeidbar und der Opferstaat mitzuständig.
- (5) Der Fehlverdacht war hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat unzuständig.
- (6) Der Fehlverdacht war nicht hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat unzuständig.
- (7) Der Fehlverdacht war hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat mitzuständig.
- (8) Der Fehlverdacht war nicht hinreichend wahrscheinlich und der Opferstaat mitzuständig.

Wo es keiner Differenzierung bedarf, werden unvermeidbare Irrtümer und hinreichend wahrscheinliche Fehlverdachtsmomente im Folgenden unter dem Begriff der *vernünftigen* oder *sorgfaltsgemäßen* Fehlvorstellung zusammengefasst. Auf die nur am Rande betrachtete Fehlprognose sind die Unterscheidungskriterien des Fehlverdachts übertragbar.

139 Zu den relevanten Verhaltensweisen vgl. die Indikatoren für hostile intent des San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex A, Appendix 4, Rn. 4.3.

2. Faktoren bei Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem

Die genannten Unterscheidungskriterien können im Wesentlichen auf Fehlvorstellungen des SR übertragen werden. Doch muss hier der Beurteilungsspielraum des SR berücksichtigt werden, der diesem bei der Feststellung einer der Tatbestandsvarianten iSd Art. 39 UNC zusteht.¹⁴⁰ Die Vermeidbarkeit des Irrtums und die hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Fehlverdachts mögen zudem mit verfahrensrechtlichen Bedingungen zu konkretisieren und zu ergänzen sein.

IV. Bedeutung und Tragweite der Fragestellung

1. Unilaterale Gewaltanwendungen

Für Gewalteinsetze außerhalb des kollektiven Sicherheitssystems steht die Frage im Mittelpunkt, ob der handelnde Staat trotz seiner Fehlvorstellung das Gewaltverbot iSd Art. 2 (4) UNC im Ergebnis verletzt oder ob ein solcher Verstoß wegen seiner Fehlvorstellung verneint werden muss. Der hier interessierende Untersuchungsmaßstab ist also allein das *Gewaltverbot*, nicht das Verbot der Aggression als der „schwersten und gefährlichsten Form“ rechtswidriger Gewaltanwendung,¹⁴¹ nicht das Aggressionsverbrechen iSd Art. 5 (1) (d) IStGHSt oder das Konfliktvölkerrecht, an denen seine Gewaltmaßnahme ebenfalls zu messen sein mag.¹⁴² Diese Felder werden nur ergänzend herangezogen. Ob ein irrender oder fehlvermutender Staat, der Gewalt einsetzt, das Gewaltverbot verletzt oder nicht, hat eine Reihe bedeutsamer Folgen, die man sich vergegenwärtigen sollte.

a) Selbstverteidigungsrecht des Opferstaates

Ob ein Gewalt anwendender Staat, der einer Fehlvorstellung unterliegt, das Gewaltverbot verletzt, kann relevant sein für das Selbstverteidigungs-

140 Dazu näher s.u. 17. Kap., II.

141 Definition der Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Präambelabsatz 5.

142 Zur möglichen gleichzeitigen Anwendung von *ius contra bellum* und *ius in bello* Lehmann, J. Conflict & Sec. L. 17 (2012), S. 117 (129 f); zum Verhältnis auch ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 42; ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 106 ff, 205 ff.

recht des Opferstaates. Auch wenn Art. 51 UNC nicht ausdrücklich einen *rechtswidrigen* bewaffneten Angriff verlangt, besteht über dieses Erfordernis Konsens.¹⁴³ Ließe die Fehlvorstellung des Staates die Verletzung des Gewaltverbotes entfallen, weil man das Vorliegen einer Ausnahme von vornherein aus seiner Sicht, also *ex ante* bestimmte, so läge der Schluss nahe, in dem betreffenden Gewalteinsatz auch keinen bewaffneten Angriff zu sehen, sodass der Opferstaat kein Selbstverteidigungsrecht besäße und sich das Irrtumsrisiko vollständig auf ihn verlagerte. Etwas anderes mag gelten, wenn man den Irrtum nur in herabgesetzter Weise für berücksichtigungsfähig hielte – den irrenden Staat etwa nur als *entschuldigt* ansähe oder dem Fehlen eines *Unrechtsvorsatzes* rechtliche Bedeutung beimäße – und annähme, das Vorliegen eines bewaffneten Angriffs bliebe hiervon unberührt.¹⁴⁴

b) Beteiligung von Drittstaaten

Weiter ist die Fragestellung für die Rechtmäßigkeit der Beteiligung von Drittstaaten an der Gewaltanwendung relevant. Die Beteiligung an völkerrechtswidrigem Verhalten wird traditionell vornehmlich im Zusammenhang mit der *Staatenverantwortlichkeit* erörtert.¹⁴⁵ Während die ältere völkerrechtliche Literatur der Unterstützung völkerrechtswidriger Akte offenbar noch indifferent gegenüberstand¹⁴⁶ und nur aus den Neutralitätsregeln resultierende Pflichten anerkannte,¹⁴⁷ herrscht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass solche Unterstützungshandlungen eine Haftung auslösen. Allein über die Begründung scheiden sich die Geister: Manche leiten die-

143 Ausdrücklich Arnould, Völkerrecht, Rn. 1058; die meisten Autoren setzen dies stillschweigend voraus, s. nur Ruys, *Armed Attack*, S. 145.

144 Ausf. zu diesen Lösungsansätzen s.u. 9. Kap., II., III.

145 Eingehende Werke dazu sind Lanovoy, *Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility*; Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*; Felder, *Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit*; einen weiteren Blickwinkel einnehmend Jackson, *Complicity in International Law*; s. auch jüngst Pacholska, *Complicity and the Law of International Organizations*.

146 S. Ago, RCADI 68 (1939), S. 415 (433); Ago, *Second Report on State Responsibility*, S. 192 und Aust, *Complicity*, S. 13–15, 91 f zur angenommenen Reziprozität zwischen Rechten eines Staates und Pflichten eines anderen Staates, in die sich Beihilfeformen nicht einfügen ließen; s. auch Pacholska, *Complicity*, S. 79 f.

147 Aust, *Complicity*, S. 19–23; hierbei handelte es sich der Sache nach aber bereits um Primärpflichten, ebd. S. 23.

sen Grundsatz aus dem Wesensgedanken der betreffenden (durch den Hauptakteur verletzten) Völkerrechtspflicht her,¹⁴⁸ andere aus der Abwendung des Völkerrechts von der traditionellen „Bilateralität“ und seiner Hinwendung zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen,¹⁴⁹ aus der Effektivität des Völkerrechts¹⁵⁰ oder dem Verbot des Rechtsmissbrauchs.¹⁵¹ Heute ist die völkerrechtliche Verantwortlichkeit eines unterstützenden Staates, der die Umstände kennt, in Art. 16 ARSIWA verankert und vom IGH als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.¹⁵²

Die Existenz einer *allgemeinen Primärpflicht*, Völkerrechtsverletzungen anderer Staaten nicht zu unterstützen, wird zwar bis heute bezweifelt.¹⁵³ Die ILC hat sich auf diese Position jedoch ausdrücklich nicht festgelegt.¹⁵⁴ Tatsächlich lässt die explizite Kodifizierung einzelner Unterstützungsverbote auf Primärrechtsebene¹⁵⁵ keinen Umkehrschluss auf das Fehlen einer solchen allgemeinen Pflicht zu. Denn diese Verbote könnten auch bloß von ihr abweichende Anforderungen an verbotene Beihilfe stellen. Die ILC gesteht zudem ein, dass die Regeln des Kapitels IV ARSIWA die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärpflichten verschwimmen lassen.¹⁵⁶ Daher wird teilweise angenommen, dass Art. 16 ARSIWA selbst

148 Lanovoy, *Complicity and its Limits*, S. 12.

149 Epiney, *AdV* 39 (2001), S. 1 (48 f). Ähnliche Ansätze finden sich bei Simma, *RCADI* 250 (1994), S. 217 (317); Graefrath, *Rev. belge dr. int'l* 2 (1996), S. 371 (372, 378); Howard, *Melbourne J. Int'l L.* 2 (2001), Text zu den Fußnoten 91–93; krit. dazu Aust, *Complicity*, S. 25, 48, 50–52; Pacholska, *Complicity*, S. 80 f.

150 Epiney, *AdV* 39 (2001), S. 1 (49).

151 Aust, *Complicity*, S. 69–96.

152 ICJ, *Genocide*, 2007, Rn. 420; die ILC formuliert etwas vorsichtiger „State practice supports [...]“, *ARSIWA*, Art. 16 Commentary (7); in der Literatur ist die Frage noch umstritten, s. Aust, *Complicity*, S. 98 f.

153 Aust, *Complicity*, S. 51, sich auf *ARSIWA*, Art. 16 Commentary (2) berufend, s. indes Fn. 154.

154 Ausdr. offenlassend Art. 16 *ARSIWA*, Commentary (2): „Various specific rules exist, prohibiting one State from providing assistance in the commission of certain wrongful acts by other States or even requiring third States to prevent or repress such acts. Such provisions do not rely on any general principle of derived responsibility, nor do they deny the existence of such a principle, and it would be wrong to infer from them the non-existence of any general rule.“ [Fn. weggelassen].

155 Art. 3 Aggressions-Definition, UN Doc. A/RES/3314 (1974); Friendly Relations Declaration, UN Doc. A/RES/25/2625 (1970), Principle 1, para. 10, den man so lesen kann, als umfasse er auch die Unterstützung staatlicher Gewalt.

156 Chapter IV *ARSIWA*, Commentary (7).

eine entsprechende *Primärpflicht* enthalte.¹⁵⁷ Zumindest bei Art. 2 (4) UNC spricht vieles dafür, dass das Verbot, ungerechtfertigte Gewalt zu unterstützen, jedenfalls *im Verbot, selbst Gewalt anzuwenden*, mitenthalten ist.¹⁵⁸

Danach ist die Frage, ob der Gewalt einsetzende irrende oder fehlvermutende Staat Art. 2 (4) UNC verletzt, unmittelbar relevant: Wäre sein Handeln objektiv, also *vollumfänglich gerechtfertigt*, so wäre auch die Beteiligung Dritter rechtmäßig,¹⁵⁹ und zwar unabhängig von ihrem Kenntnisstand. Das gälte zumindest, soweit die Unterstützungsleistung nicht wegen ihres Umfangs oder aus anderen Gründen (etwa weil der Unterstützterstaat den Irrtum des handelnden Staates bewusst ausgenutzt hat)¹⁶⁰ als eigenständige Gewaltanwendung iSd Art. 2 (4) UNC zu beurteilen wäre. Wäre der handelnde Akteur nur *entschuldigt* oder das Fehlen seines *Unrechtsvorsatzes* relevant, lägen die Dinge anders, soweit man für rechtswidrige Unterstützung eine „objektive“ Rechtswidrigkeit der Haupttat ausreichen ließe.

c) Staatenverantwortlichkeit

Die Fragestellung kann schließlich Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit des handelnden Staates für völkerrechtswidriges Handeln haben. Lehnte man wegen der Fehlvorstellung eine Verletzung des Gewaltverbotes ab, käme diese als Primärpflichtverletzung iSd Art. 2 b ARSIWA nicht

157 Graefrath, Rev. belge dr. int'l 2 (1996), S. 371 (372); dagegen wohl nur eine Sekundärpflicht annehmend Aust, Complicity, S. 51 f und allgemein in Kapiteln 3–5.

158 Der Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden, s. aber Kelsen, AJIL 44 (1950), S. 259 (271) zu Art. 10 der Draft Declaration on Rights and Duties of States (1949), der das Verbot der Beteiligung an rechtswidrigen Maßnahmen als im „concept of international law“ enthalten sieht; Pacholska, Complicity, S. 130 ff hat jüngst die These einer (sektoriellen) „aggravated complicity rule“ aufgestellt, nach der jedenfalls die Unterstützung schwerer ius-cogens-Verstöße verboten sei. Ob sie das Gewaltverbot dazu zählt, bleibt, soweit ersichtlich, offen.

159 Art. 16 ARSIWA, Commentary (11); Sloane, AJIL 106 (2012), S. 485 zum Notstand.

160 Diese Situation entspräche einer „mittelbaren Täterschaft“, die sich möglicherweise unter die „direction and control“ des Art. 17 ARSIWA fassen ließe. Eine echte Beteiligungsdogmatik wurde für das Gewaltverbot bislang noch nicht entwickelt.

mehr in Betracht. Das gälte unabhängig davon, wie man das Fehlen eines Gewaltverbotsverstoßes begründete.¹⁶¹ Eines Rückgriffs auf die Umstände iSd Kapitels V ARSIWA, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, bedürfte es nicht erst, da diese nur für solche Primärpflichtverletzungen greifen, die anders als Art. 2 (4) UNC nicht bereits selbst eine entsprechende Ausnahme vorsehen.¹⁶² Denkbar bliebe jedoch die Verantwortlichkeit wegen einer anderen Primärpflichtverletzung, die mit dem Gewalteintritt gleichfalls einhergeht und die Fehlvorstellungen unberücksichtigt lässt.¹⁶³

Hielte man Fehlvorstellungen dagegen auch beim Gewaltverbot für unbeachtlich, träte eine Haftung jedenfalls immer dann ein, wenn die Gewaltanwendung den Kernbereich des Gewaltverbotes beeinträchtigt. Denn ob die Staatenverantwortlichkeit von einem Vorsatz oder einem Verschulden¹⁶⁴ abhängt – Anforderungen, an denen es bei bestimmten Fehlvorstellungen fehlte –, richtet sich allein nach dem Inhalt der Primärpflicht, deren Verletzung bereits feststünde. Die sekundären Regeln der Staatenverantwortlichkeit enthalten insoweit keine eigene Hürde mehr.¹⁶⁵ Auch findet sich im Kapitel V der ILC-Artikel kein allgemeiner Ausschlussgrund der „vermeintlichen Annahme rechtfertigender Umstände“.¹⁶⁶ Die existierenden Ausschlussgründe des Kapitels V könnten die Haftung ebenso wenig abwenden. Eine Gegenmaßnahme iSd Art. 22 ARSIWA käme nicht in Betracht, weil sie gemäß Art. 50 (1) (a) ARSIWA nicht von der Einhaltung des Gewaltverbotes befreit. Ein Eingreifen der Gründe der Selbstverteidigung (Art. 21), des Distress (Art. 24) und der Necessity (Art. 25 ARSIWA)

161 Für die hier erörterten Begründungsansätze s.u. 9. Kap.

162 Für das Selbstverteidigungsrecht s. Art. 21 ARSIWA, Commentary (1); Crawford, *State Responsibility*, S. 290; Paddeu, *British YB Int'l L.* 85 (2015), S. 90 (91). Etwas anders Vidmar, *Jean Monnet Work. Pap. Ser.* 8 (2015), S. 1 (6, 17), der im Selbstverteidigungsrecht zwar einen die Primärpflichtverletzung ausschließenden Umstand sieht, dabei dennoch auf Art. 21 ARSIWA zurückgreift. Dies erklärt sich daraus, dass Vidmar bei den Gründen iSd Kapitels V unterscheidet zwischen Rechtfertigungsgründen, die die Primärpflichtverletzung ausschließen, und Entschuldigungsgründen, die erst auf Sekundärebene eingreifen, vgl. ebd. S. 17; zum Verhältnis zwischen Primärpflichten und den Gründen des Kapitels V auch Sloane, *AJIL* 106 (2012), S. 447 (492).

163 S. näher unten 9. Kap., III. 3. b.

164 Häufig wird der Begriff des „fault“ verwendet, der sodann mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit bzw. mit mens rea oder culpa gleichgesetzt wird, vgl. Crawford, *State Responsibility*, S. 60 f.

165 Art. 2 ARSIWA, Commentary (3), (10); Lysén, *State Responsibility*, S. 95 f.; Brownlie, *State Responsibility*, S. 39–44; aA ICJ, *Corfu Channel*, *Dissenting Opinion Krylov*, *Merits*, 1949, S. 72.

166 Anders noch Lissitzyn, *AJIL* 47 (1953), S. 559 (588 f).

wäre zwar grundsätzlich denkbar, soweit man ihre Voraussetzungen nicht ex post sondern ex ante beurteilt.¹⁶⁷ Art. 26 ARSIWA stellt jedoch klar, dass Verstöße gegen zwingende Normen des Völkerrechts generell aus dem Anwendungsbereich des Kapitels V herausfallen.¹⁶⁸ Soweit der zwingende Kernbereich des Gewaltverbotes¹⁶⁹ betroffen ist, führte die Annahme, dass trotz Fehlvorstellung ein Verstoß gegen das Gewaltverbot zu bejahen ist, daher stets zur Haftung des Staates. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man auch bei Gewaltanwendungen, die nach Art und Umfang den Kernbereich des Gewaltverbotes grundsätzlich berührten, diesen wegen der fehlenden Aggressionsabsicht nicht als betroffen ansähe.

2. Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem

Auch bei militärischen Mandaten des SR, die auf einer Fehlvorstellung beruhen, steht letzten Endes die Frage im Raum, wie sich das Gewaltverbot zu den darauf gestützten staatlichen Gewaltanwendungen verhält. Diese Untersuchung stellt im Bereich kollektiver Fehlvorstellungen indes die vorgelagerte Frage in den Vordergrund, inwieweit der SR mit einer irrums- oder fehlverdachtsbehafteten Resolution überhaupt seine Handlungsbefugnisse nach Art. 39 UNC überschreitet, die wie festgestellt¹⁷⁰

167 Auch dazu s.u. 2. Kap., III.

168 Art. 26 ARSIWA dagegen auf solche Gründe beschränkend, die in Wahrheit Entschuldigungsgründe darstellten und allein die Sekundärhaftung betrafen, Vidmar, *Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8* (2015), S. 1 (19–26).

169 Hier wird zugrunde gelegt, dass nur der Kernbereich des Gewaltverbotes, zu dem insb. das Aggressionsverbot gehört, ius-cogens-Charakter besitzt. Ansonsten lässt sich nicht begründen, wie ein Verzicht auf den Schutz von Art. 2 (4) möglich sein soll, vgl. Ronzitti, in: Cassese, *Current Regulation*, S. 147 (153 f, 169); wie hier ARSIWA, Art. 40, *Commentary* (4); Kreß, *ZaöRV* 57 (1997), S. 329 (339); ders., *Gewaltverbot*, S. 131 Rn. 577; Hannikainen, *Peremptory Norms*, S. 323–356 (insb. S. 340, 356); überwiegend wird nicht zwischen Kern und sonstigem Inhalt des Gewaltverbot unterschieden, s. Art. 50 (1) *ILC Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*; erwähnt von ICJ, *Nicaragua, Merits*, 1986, Rn. 190 (eine eigene Positionierung hat der IGH auch ansonsten noch nicht vorgenommen, Kreß, in: Weller, *Oxford Handbook*, S. 561 (571)); Corten, *Le droit contre la guerre*, S. 342–359; Gray, *Use of Force*, S. 32; Crawford, *Brownlie's Principles*, S. 581; Henkin, *RCADI* 216 (1989), S. 9 (60); Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, S. 109 f; Ruys, *Armed Attack*, S. 27 (die letzten beiden ausdrücklich für den Einschluss des gesamten Gewaltverbotes).

170 S.o. 1. Kap., I. 1. a.

rechtlichen Grenzen unterliegen. Im Falle einer Überschreitung handelte er ohne chartarechtliche Grundlage, obwohl zwingende Maßnahmen des SR einer solchen bedürfen.¹⁷¹ Diese Vorgabe fließt aus der Charta selbst, deren „konstitutionellen“ Anforderungen die Entscheidungen des SR genügen müssen, weil er seine Existenz und Befugnisse der Charta selbst verdankt.¹⁷² Bezieht man die zweideutige Anforderung „in accordance with the present Charter“ in Art. 25 UNC¹⁷³ aus guten Gründen nicht nur auf die *Umsetzung* der SR-Entscheidungen durch die Mitglieder, sondern die *Entscheidungen* selbst,¹⁷⁴ lässt sich dieser Grundsatz auch aus Art. 25 UNC herleiten. Gleichzeitig ist denkbar, dass der SR mit fehlvorstellungsbehafteten Gewaltautorisierungen chartaimmanente Grenzen, die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen,¹⁷⁵ sowie Grundsätze und Ziele der Charta verletzt.¹⁷⁶ In Betracht kommt schließlich die Übertretung prozessualer Schranken.

Um sich auch hier die Bedeutung der untersuchten Fragestellung – die Auswirkungen von Fehlvorstellungen auf die *Rechtmäßigkeit* der Resolution – zu verdeutlichen, ist ein Blick auf die Folgen einer rechtswidrigen SR-Resolution sinnvoll. Diese Frage gehört zu den brisantesten völkerrechtlichen Fragestellungen überhaupt. Das Gleiche gilt für die damit verschränkte gerichtliche Kontrolle von SR-Resolutionen. Lösungsansätze können hier nur skizziert werden.¹⁷⁷

171 Dieser Grundsatz wird unterschiedlich bezeichnet, vgl. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 91 („principle of legality“); Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (273 f) („excess of power“); Cannizzaro/Palchetti, in: Klabbers/Wallendahl, Research Handbook on the Law of International Organizations, S. 365–397 („ultra vires“, jedoch allgemein Rechtsverletzungen dazuzählend). Nach deutscher Terminologie liegt der Begriff „Gesetzesvorbehalt“ am nächsten; rechtsvergleichend zu diesem Prinzip im nationalen Recht Fromont, Droit administratif, S. 233–235.

172 Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 88, 137.

173 Die gesamte Norm lautet: „The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.“

174 Ebenso ICJ, Namibia, 1971, Rn. 115 f; de Wet, Chapter VII Powers, S. 375 f; Herbst, Rechtskontrolle, S. 295 f; Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 56–60, 74, 88; Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (535 f); beschränkend auf die formelle Rechtmäßigkeit Delbrück, in: Simma, UN Charter, 2. Aufl., Art. 25, Rn. 18.

175 Zur Bindung daran s.u. 17. Kap., II. 2. a.

176 Zur Bindung daran s.o. 17. Kap., I. 1. a, Fn 3.

177 S. zur Rechtskontrolle nur de Wet, Chapter VII Powers, S. 69 ff; Herbst, Rechtskontrolle, S. 387 ff; Martenczuk, Rechtsbindung, S. 67 ff; A. Stein, SR der Ver-

Denkbar erschiene erstens, die infolge der Fehlvorstellung unterstellt rechtswidrige Resolution für nichtig und daher wirkungslos zu halten – entweder ex tunc oder zumindest ex nunc von dem Zeitpunkt an, zu dem sich die Sachlage aufklärt. Je nachdem handelte ein die Resolution umsetzender Staat ohne rechtliche Grundlage und der betroffene Staat müsste die angewandte Gewalt nicht erdulden oder aber Grundlage und Bindungswirkung der Resolution fielen mit ex-nunc-Wirkung weg. Zweitens könnte die rechtswidrige Resolution zwar wirksam, der SR aber verpflichtet sein, sie aufzuheben. Hierbei entstünde das Problem des *Reverse Veto*: Jedes ständige Mitglied könnte durch sein Veto die Rücknahme verhindern.¹⁷⁸ Drittens könnte man die Nichtigkeit der Resolution von einer (konstitutiven) Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs abhängig machen. Nachdem sich der Lockerbie-Streit auf diplomatischem Wege löste, musste sich der IGH zur hochumstrittenen Frage einer Kontrollbefugnis nicht festlegen.¹⁷⁹ Im Beschluss über die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen¹⁸⁰ und im Zwischenurteil¹⁸¹ bezog die Richtermehrheit zumindest nicht ausdrücklich Position.¹⁸² Während sich in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals,¹⁸³ des EuGH und des EGMR¹⁸⁴ Ansätze zur Kontrolle von SR-Resolutionen finden, lassen Passagen früherer IGH-

einten Nationen, S. 347 ff; Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 56–199, insb. Rn. 174–199; Orakhelashvili, Irish YB Int'l L. 1 (2006), S. 61 (95–98).

178 Herbst, Rechtskontrolle, S. 359; Caron, AJIL 87 (1993), S. 552 (577–588); Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (113); de Wet, Chapter VII Powers, S. 375.

179 Zum Lockerbie-Fall noch ausf. unten 14. Kap., II. 1. und 15. Kap., I.

180 ICJ, Lockerbie, Provisional Measures, 1992 (Libya v. UK und v. USA).

181 ICJ, Lockerbie, Preliminary Objections, 1998 (Libya v. UK und v. USA).

182 Das Mehrheitsvotum zu den Preliminary Objections als Bekräftigung rechtlicher und vom IGH kontrollierbarer Grenzen deutend Martenczuk, EJIL 10 (1999), S. 517 (546f); wohl auch Herbst, Rechtskontrolle, S. 78; entspr. zum Beschluss über vorsorgliche Maßnahmen Franck, AJIL 86 (1992), S. 519 (522); gegen die Möglichkeit der Überprüfung von SR-Resolutionen durch den IGH ICJ, Lockerbie, Dissenting Opinion Schwebel, Preliminary Objections, 1998, S. 73–81 (Libya v. UK) bzw. S. 164–172 (Libya v. USA); Dissenting Opinion Jennings (Libya v. UK), S. 111.

183 ICTY, Tadić, IT-94–1, 2. Oktober 1995, Rn. 20–22.

184 Sowohl der EuGH (s. Kadi I, Urteil v. 3. September 2008, insb. Rn. 293–300, 319–330; Kadi II, Urteil v. 18. Juli 2013, insb. Rn. 119, 125, 136) als auch der EGMR (Gr. Ch., Nada v. Switzerland, 10593/08, 2012, insb. Rn. 172, 175–180; Gr. Ch., Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 5809/08, 2016, Rn. 139–141) halten sich zumindest für befugt, nationale Umsetzungsakte von Entscheidungen des SR und der Sanktionskomitees an EU-GRCh bzw. EMRK zu kontrollieren. Einer Kontrolle der Resolution selbst kommen sie da-

Entscheidungen,¹⁸⁵ die die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen anderer UN-Organen streifen, keine eindeutige Aussage zu.¹⁸⁶

Eine *ex-tunc*-Nichtigkeit der Resolution kann sicherlich nur bei *flagranten* Verstößen gegen Normen von Chartarang oder *ius-cogens*-Charakter angenommen werden.¹⁸⁷ Zu groß wäre die Rechtsunsicherheit, führte bereits jeder noch so kleine Mangel die Unwirksamkeit der Resolution herbei mit der Folge, dass sämtliche darauf basierende Akte einer Grundlage entbehrten. Auch fügte dies der Verbindlichkeit der SR-Entscheidungen Schaden zu.¹⁸⁸ Eine Beschränkung auf gravierende Mängel ist in manchen Rechtsordnungen aus eben diesen Gründen auch für nationale Polizeimaßnahmen anerkannt.¹⁸⁹ Ist die Resolution aber mit einem *flagranten*, das heißt offensichtlich schweren Mangel behaftet, kann ihre Wirksamkeit kaum von der Aufhebung durch den IGH abhängen.¹⁹⁰ Unabhängig da-

mit schon sehr nahe, auch wenn sich der EGMR bisher immer bemühte, durch eine (zum Teil recht angestrenzte) Auslegung der Resolution eine Normenkollision nach Art. 103 UNC abzuwenden.

- 185 ICJ, *Certain Expenses*, 1962, S. 168; ICJ, *Namibia*, 1971, Rn. 89; ICJ, *Nicaragua*, *Jurisdiction*, Rn. 98.
- 186 Diese Passagen gegen eine Kontrollbefugnis wertend ICJ, *Lockerbie*, *Dissenting Opinion Schwebel*, *Preliminary Objections*, 1998, S. 74 f (*Libya v. UK*) bzw. S. 165 f (*Libya v. USA*); das *Namibia-Gutachten* und den *Effect of Awards case* im Gegenteil für eine Inzidentkontrollbefugnis anführend ICTY, *Tadić*, IT-94-1, 2. Oktober 1995, Rn. 21; wie hier zum *Expenses- und Namibia-Fall* *Gowlland-Debbas*, *AJIL* 88 (1994), S. 643 (669); offenlassend ICJ, *Genocide*, *Separate Opinion Lauterpacht*, *Provisional Measures*, 1993, Rn. 104; allg. zu der Frage *Alvarez*, *AJIL* 90 (1996), S. 1–39; Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (116–126); Herbst, *Rechtskontrolle*, S. 387–409; Martenczuk, *EJIL* 10 (1999), S. 517 (525–528); *Gowlland-Debbas*, *AJIL* 88 (1994), S. 643 (643–677).
- 187 Nichtigkeit annehmend bei Verstößen gegen Ziele und Grundsätze der Charta oder *ius-cogens*-Normen ICJ, *Genocide*, *Separate Opinion Lauterpacht*, *Provisional Measures*, 1993, Rn. 101, 103 f; wenn die Resolution „manifestly ultra vires“ ist oder fundamentale Normen verletzt sind Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (110, 115); wenn die Resolution *ultra vires* ist *Orakhelashvili*, *Irish YB Int'l L.* 1 (2006), S. 61 (92, 95); auf *ius-cogens*-Verstöße beschränkend Peters, in: *Simma*, *UN Charter*, Art. 25, Rn. 183; gegen eine solche Einschränkung (allerdings für *Rechtsirrtümer*) Martenczuk, *EJIL* 10 (1999), S. 517 (538).
- 188 Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (115).
- 189 § 44 (1) *VwVfG* (Deutschland); s. auch *Buisson*, *Force publique*, Rn. 79 (Frankreich); *Crim.* 5. Januar 1821, *Pradel/Varinard*, *Les grands arrêts du droit pénal général*, S. 259, 261 (letztere beiden zur Unzulässigkeit von Notwehr auch gegen eine fehlerhafte Polizeimaßnahme).
- 190 Wie hier Gill, *Netherlands YB Int'l L.* 26 (1995), S. 33 (110 f); dagegen eine Unwirksamkeitserklärung voraussetzend Peters, in: *Simma*, *UN Charter*, Art. 25, Rn. 184, 187; *Gowlland-Debbas*, *AJIL* 88 (1994), S. 643 (672).

von, dass kein passendes Verfahren für eine solche „Anfechtungsklage“ existierte,¹⁹¹ mahlten die Mühlen des IGH viel zu langsam, um die Interessen des betroffenen Staates effektiv zu schützen. Die unmittelbar fehlende Bindungswirkung lässt sich auf Art. 25 UNC stützen, soweit man seinen Zusatz „in accordance with the present Charter“, wie hier befürwortet, auf die SR-Beschlüsse selbst bezieht.¹⁹² Andernfalls entstünde auch ein Wertungswiderspruch zu Art. 2 (5) UNC, der die Mitgliedsstaaten bei (und man mag aus teleologischer Sicht hinzufügen: eindeutig) chartawidrigen Maßnahmen von ihrer Beistandspflicht befreit.¹⁹³ Freilich ist die Unterscheidung zwischen einfachen und offensichtlich schweren Mängeln eine nicht leicht zu beurteilende Wertungsfrage.¹⁹⁴ Der IGH mag im Streitfalle zu ihrer Klärung beitragen. Denn tatsächlich sprechen die besseren Gründe wohl dafür, ihm die Befugnis einer inzidenten Kontrolle (eben ohne Gestaltungswirkung) zuzugestehen.

Einfache Mängel hingegen verpflichten den SR nach hier befürworteter Sicht zur *Aufhebung* der Resolution. Diese Pflicht lässt sich aus Art. 3, 30 a), 31 des Entwurfs zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen der ILC¹⁹⁵ herleiten, entweder als Beendigung iSd Art. 30 oder als Wiedergutmachung im Wege der Restitution nach Art. 31, 35 des Entwurfs.¹⁹⁶ Freilich sind die Möglichkeiten zur Durchsetzung dieser Pflicht begrenzt, wenn sich ein oder mehrere ständige SR-Mitglieder querstellen. Daneben kommt eine weitergehende Haftung der Vereinten Nationen in Form von Wiedergutmachung nach Art. 31, 34 ff ARSIWA in Betracht.¹⁹⁷ Von einem „qualifizierten“ Rechtswidrigkeitserfordernis ist dabei wohl abzusehen.¹⁹⁸ Zum einen findet sich in den ILC-Artikeln dafür kein Anhaltspunkt. Zum anderen ermöglichte eine solche „mittlere“ Erheblichkeit – unterhalb derjenigen, die zur Nichtigkeit führt, aber oberhalb der einfachen Rechtswid-

191 Krit. ggü. einer prinzipialen Kontrolle auch ICTY, Tadić, IT-94-1, 2. Oktober 1995, Rn. 21.

192 S.o. Fn. 174.

193 Herbst, Rechtskontrolle, S. 295 f; de Wet, Chapter VII Powers, S. 376 f.

194 Zu dieser Unterscheidung s. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 182, 186.

195 UN Doc. A/66/100.

196 Vgl. Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 143 f; zur Rücknahmepflicht s. auch Herbst, Rechtskontrolle des UN-SR, S. 359; vgl. auch Gray, British YB Int'l L. 67 (1996), S. 155 (191, 193).

197 Aedeutend Tzanakopoulos, Disobeying the Security Council, S. 145.

198 So aber Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 185–187, die auch für die Widerlegung der Rechtmäßigkeitsvermutung von UN-Maßnahmen eine qualifizierte Rechtswidrigkeit fordert.

rigkeit – kaum mehr eine sichere Bestimmung der eintretenden Rechtsfolge.¹⁹⁹ Vor einer Aufhebung ist die einfach rechtswidrige Resolution jedoch für die Mitgliedsstaaten bindend.²⁰⁰

2. Kapitel: Fehlvorstellungen in anderen Völkerrechtsgebieten

Das völkerrechtliche *ius contra bellum* ist kein abgeschlossener Kosmos, sondern bildet nur einen Teil der aus verschiedenen Regelungssystemen bestehenden Völkerrechtsordnung. Sich der untersuchten Fragestellung durch eine Betrachtung dieser anderen Systeme zu nähern, ermöglicht es, angeführte Argumente besser nachzuvollziehen, Erwägungen, die bei der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen eine Rolle spielen, sichtbarer zu machen, Anregungen für die Behandlung von Fehlvorstellungen zu finden und Widersprüche zu vermeiden.

I. Fehlvorstellungen im *ius in bello*

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Rechtmäßigkeit militärischer Handlungen im Konfliktvölkerrecht weitgehend aus der objektiven *ex-ante*-Sicht des Entscheidungsträgers beurteilt wird. Das gilt jedenfalls für die Vorschriften zum Schutz der Zivilbevölkerung des vierten Teils des Zusatzprotokolls I zu den Genfer Konventionen,²⁰¹ die mit dem Unterscheidungsgebot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zentrale Regeln des Konfliktvölkerrechts enthalten.²⁰² Teilweise folgt hier bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, dass es erstens auf die Vorstellung des Befehlshabers zum Zeitpunkt der Handlung und nicht auf nachträgliche Erkenntnisse ankommt und dass zweitens die *vernünftige* Sicht entscheidend ist, die von der tatsächlichen Vorstellung des Entscheidungsträgers abweichen

199 Für Peters ist die Frage weniger virulent, weil sie die Nichtigkeit auf *ius-cogens*-Verstöße begrenzt, dies., in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 183.

200 Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn ein nationales Gericht die Resolution als rechtswidrig qualifiziert hat, vgl. Peters, in: Simma, UN Charter, Art. 25, Rn. 191.

201 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, angenommen in Genf am 8. Juni 1977, im Folgenden ZP I.

202 ICRC Commentary Rn. 1863 (zu Art. 48 ZP I), Rn. 1923 (zu Art. 51 ZP I); ebenso i.Erg. Milanovic, EJIL: Talk!, 14. Januar 2020.

kann. Das gilt etwa für den in Art. 51 (5) (b) ZP I verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Danach ist unter anderem als unterschiedslos anzusehen

„an attack *which may be expected* to cause incidental loss of civilian life [...] which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage *anticipated*.“²⁰³ [Hervorhebung hinzugefügt]

Eine entsprechende Formulierung enthält Art. 57 (2) (a) (iii) ZP I zu Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff. Dass der Handlungszeitpunkt entscheidend ist, belegt weiter die Regelung in Art. 57 (2) (b) ZP I, derzufolge ein Angriff einzustellen ist, „*if it becomes apparent* that the objective is not a military one [...].“²⁰⁴ Die Beschränkung auf die *vernünftige* Vorstellung zum Handlungszeitpunkt folgt bei Art. 57 ZP I auch aus der Pflicht iSd Art. 57 (2) (a) (i) und (ii), alles praktisch Mögliche zu tun, um zivile Opfer zu vermeiden.²⁰⁵

Diese Auslegung wird durch Interpretationserklärungen gestützt, die zahlreiche Staaten im Zuge der Unterzeichnung oder der Ratifizierung des ZP I abgegeben haben. So erklärten Belgien, Kanada und Deutschland in Bezug auf den gesamten ersten Abschnitt von Teil IV des ZP I, dass die Entscheidung des Verantwortlichen auf der Grundlage derjenigen Informationen zu bewerten sei, die im Zeitpunkt des Handelns zur Verfügung standen, nicht nach dem nachträglich erkennbaren tatsächlichen Verlauf.²⁰⁶ Italien, Irland, die Niederlande, Spanien und das Vereinigte Königreich gaben eine entsprechende Erklärung immerhin im Hinblick auf die wichtigen Regeln der Art. 51–58 ZP I ab.²⁰⁷ Die inhaltlich identischen Er-

203 Eine ganz ähnliche Regelung enthält Art. 3 (8) (c) Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996.

204 Hervorhebung hinzugefügt; zu allen dieser drei Regelungen vgl. auch das Kundus-Urteil des BGH von 2016, BGHZ 2017, 173 Rn. 53 = NJW 2016, 3656; s. auch Einstellungsvermerk des Generalbundesanwalts v. 16. April 2010, S. 64 f.

205 Vgl. Sloane, Harvard N'l. Sec. J. 6 (2015), S. 255 (313); Kalshoven, in: ASIL Proceedings 86 (1992), S. 39 (44).

206 So fast wörtlich die deutsche Interpretationserklärung, abgedruckt in Schindler/Toman, *Laws of Armed Conflicts*, S. 802 (für die deutsche Übersetzung s. BT-Drucks. 11/6770, Anlage 3 para. 4); ähnlich die belgische Erklärung para. 6, abgedruckt in Schindler/Toman, *Laws of Armed Conflicts*, S. 796; kanadische Erklärung, ebd. S. 797 f.

207 Für Italien s. Schindler/Toman, *Laws of Armed Conflict*, S. 807; für Irland ebd. S. 805; für die Niederlande ebd. S. 810; für Spanien ebd. S. 813; für das Vereinigte Königreich S. 815.

klärungen Algeriens, Australiens, Frankreichs und der Schweiz beziehen sich auf einzelne dieser Vorschriften.²⁰⁸ Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, demzufolge die Regelung des Art. 51 (5) (b) ZP I Gewohnheitsrecht entspricht,²⁰⁹ bezieht sich auf diese Erklärungen.²¹⁰ Die Maßgeblichkeit der objektiven ex-ante-Perspektive hat schließlich der ICTY in seiner Galić-Entscheidung in Bezug auf Art. 51 (5) (b) und 57 (2) ZP I ausdrücklich bestätigt. Danach sei für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheidend,

„whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack.“²¹¹

Schwieriger zu beurteilen ist, ob diese Grundsätze auch für die übrigen Vorschriften des Konfliktvölkerrechts gelten, deren Wortlaut nicht ausdrücklich auf eine ex-ante-Perspektive abstellt und für die keine entsprechende Interpretationserklärungen existieren.²¹² Dagegen spricht freilich die Beschränkung dieser Erklärungen auf bestimmte Vorschriften des ZP I. Auch aus den Regelungen zu schweren Verletzungen iSd Art. 50 GK I, 51 GK II, 130 GK III, 147 GK IV und Art. 11 (4), 85 (3) ZP I, die jeweils an *wilfulness* anknüpfen – womit *wrongful intent* oder *recklessness* gemeint ist²¹³ – ließe sich im Umkehrschluss ableiten, dass einfache Verletzungen von Konfliktvölkerrecht eine Voraussehbarkeit des Verstoßes nicht verlangen und daher die ex-post-Situation maßgeblich ist. Doch ist keines dieser Argumente zwingend. Staaten mag eine Klarstellung der maßgeblichen Sicht für Art. 51 (5) (b) und Art. 57 (2) ZP I besonders wichtig erschienen sein, ohne dass ihre Interpretationserklärungen ein entsprechendes Ver-

208 Algeriens Erklärung betrifft Art. 41 (3), 57 (2) und 58 ZP I, Schindler/Toman, *Laws of Armed Conflict*, S. 792; Australiens Erklärung betrifft Art. 57 (2) ZP I, ebd. S. 794; Frankreichs Erklärung betrifft Art. 35 (2), (3) und 55 ZPI, ebd. S. 800; die Erklärung der Schweiz betrifft Art. 57 (2) ZPI, ebd. S. 814.

209 ICRC Customary International Humanitarian Law (Study), Rule 14.

210 ICRC Customary International Humanitarian Law (Study), S. 50.

211 ICTY, Galić, IT-98-29-T, 5. Dezember 2003, Rn. 58. Das Tribunal stellt diese Erwägung noch vor Erörterung der Frage an, ob der Angeklagte über die erforderliche mens rea iSd Art. 85 (3) ZP I verfügte, vgl. ebd. Rn. 59.

212 Ein Beispiel ist Art. 18 GK IV, der Angriffe auf zivile Krankenhäuser verbietet. Auch hier sind nachvollziehbare Irrtümer möglich.

213 ICRC Commentary, Rn. 3474.

ständnis anderer Vorschriften ausschließen sollten.²¹⁴ Das Erfordernis der *wilfulness* für schwere Verletzungen lässt sich auch so verstehen, dass dies einen besonders hohen Sorgfaltsverstoß (Rücksichtslosigkeit) verlangt, während einfache Verstöße gegen Konfliktvölkerrecht schlicht ein geringeres „Verschuldenselement“ genügen lassen, die den Verstoß begründenden Umstände also immer noch *voraussehbar* gewesen sein müssen. Eben dies ist auch für Art. 51 (5) (b) und 57 (2) (a) (iii) ZP I anerkannt, die bei rücksichtsloser Begehungsweise ebenfalls unter Art. 85 (3) ZP I fallen.

Tatsächlich wird verbreitet für das Konfliktvölkerrecht als solches eine objektive ex-ante-Sicht zugrunde gelegt. Der Goldstone-Report etwa stellt an zahlreichen Stellen darauf ab, dass bestimmte Umstände den Konfliktparteien hätten bekannt sein müssen²¹⁵ – auch wenn der Bericht dafür kritisiert wird, diesen objektiven ex-ante-Standard selbst nicht konsequent durchzuhalten.²¹⁶ Die objektiv ex-ante zu beurteilenden Tatbestandsmerkmale der Regeln des ZP I haben auch in anderen Texten Niederschlag gefunden. Dazu zählen das Protokoll II zur Konvention über konventionelle Waffen²¹⁷ und das San Remo Manual zu bewaffneten Konflikten auf der See.²¹⁸ Der deutsche Bundesgerichtshof hat in seiner Kundus-Entscheidung aus dem Jahr 2016 die Möglichkeit angedeutet, dass im Konfliktvölkerrecht generell ein objektiver ex-ante-Maßstab gilt.²¹⁹ In der Literatur wie in den Handbüchern wird dieser Maßstab wegen der das Konfliktvöl-

214 Vgl. San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Explanation, Rn. 46.3.

215 Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48, 25. September 2009, insb. Rn. 586 („The Mission Considers that Israelian forces had all of the information necessary to appreciate the danger they were creating“), Rn. 590 („The Mission is not attempting to second-guess with hindsight the decisions of commanders“), s. auch Rn. 629, 778.

216 Blank, YBIHL 12 (2009), S. 347 (376 f).

217 S. Art. 3 (8) (c), (10) Protokoll über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Minen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen in der am 3. Mai 1996 geänderten Fassung (Protokoll zum Übereinkommen über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermäßige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können v. 10. Oktober 1980).

218 S. Art. 46 (2) San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea; s. auch Explanation, Rn. 46.3.

219 BGHZ 2017, 173 Rn. 53 = NJW 2016, 3656: „Bei der Beurteilung der Frage, ob ein (schuldhafter) Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht vorliegt, ist Maßstab für die einzuhaltende Sorgfalt nicht die ex post getroffene Sichtweise. Vielmehr kommt es auf die – tatsachenbasierten – Erwartungen zum Zeitpunkt der militärischen Handlung an“. Dass der Begriff *schuldhaft* in Klammern steht, legt

kerrecht prägenden militärischen Notwendigkeitserwägungen für richtig gehalten.²²⁰

Im *ius in bello* gehen demnach weder unvermeidbare Irrtümer noch ein Fehlverdacht, der auf einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit basiert, zu lasten des Angreiferstaates. Denn das humanitäre Völkerrecht unterscheidet grundsätzlich nicht dazwischen, ob der Entscheidungsträger von dem Vorliegen bestimmter Umstände *überzeugt* ist oder sie nur *für möglich hält*. Da ihm die Sachlage selten im Detail mit Sicherheit bekannt ist, ist von den Fehlvorstellungen der Fehlverdacht sogar der Regelfall. Welche genauen Anforderungen an das erforderliche Wahrscheinlichkeitsurteil gestellt werden, ist nicht völlig geklärt. Dem Chatham Report zur Proportionality in the Conduct of Hostilities zufolge haben Kommandeure bei Zweifeln darüber, ob die Maßnahme einen übermäßigen Kollateralschaden verursacht, einen „fairly broad margin of judgment“, solange sie die nötige Sachverhaltsaufklärung betreiben und die Sachlage „in good faith“ beurteilen.²²¹ Eine Ausnahme davon, dass das Risiko eines Fehlverdachts nicht auf dem Handelnden lastet, bildet Art. 50 (1) S. 2 ZP I, wonach eine Person im Zweifelsfall als Zivilist zu behandeln ist. Eine entsprechende Regelung für die Nutzung eines Objekts zu zivilen Zwecken findet sich in Art. 52 (3) ZP I.²²² Die Regeln des Konfliktvölkerrechts entlasten den Angreiferstaat schließlich auch von dem Risiko, dass sich seine vernünftigen *Prognosen ex post* als fehlerhaft herausstellen. Das ist im humanitären Völkerrecht von besonderer Bedeutung, können die genauen Auswirkungen einer Kampfhandlung nur selten mit völliger Gewissheit vorausgesagt wer-

nahe, dass das Gericht es für möglich hielt, dass ein aus objektiver ex-ante-Sicht vernünftiges Handeln bereits den objektiven Verstoß gegen Konfliktvölkerrecht und nicht erst das Verschulden entfallen lässt.

220 Aus diesem Grund sogar für eine Ausweitung des ex-ante-Standards auf Menschenrechte im bewaffneten Konflikt Steiger, in: Krieger/Willms, *Inducing Compliance*, S. 289 f, dazu näher s.u. 2. Kap., II.; für einen allgemeinen ex-ante-Maßstab auch Boutruche, in: Clapham/Gaeta/Sassòli, 1949 Geneva Conventions, A Commentary, S. 573 Rn. 33; Walker, *Cornell Int'l L. J.* 31 (1998), S. 321 (370–374); Sassòli, *Additional Protocols 40 Years Later*, S. 2; HPCR *Advanced Practitioner's Handbook*, S. 34; Milanovic, *EJIL: Talk!*, 14. Januar 2020; aA Hill-Cawthorne, *EJIL: Talk!*, 29. November 2018.

221 Gillard, *Chatham House Report on Proportionality in the Conduct of Hostilities* (2018), Rn. 81; ebenso Pictet/Pilloud, in: *ICRC Commentary on the Additional Protocols*, Art. 57, Rn. 2208, 2210; krit. Haque, *Just Security*, 29. Januar 2019, der diesen Fall wie Zweifel über die zivile Eigenschaft der von der Maßnahme betroffenen Person behandeln will, dazu sogleich.

222 Vergleichbare Zweifelsregelungen enthalten Art. 5 (2) GK III, Art. 45 (1) ZP I.

den, sodass sie meistens eine Prognoseentscheidung beinhalten. Insgesamt gehen also „vernünftige Fehlvorstellungen“²²³ im *ius in bello* im Wesentlichen nicht zulasten des Handelnden.

II. Fehlvorstellungen im Recht der Menschenrechte

Ob ein Menschenrecht verletzt wurde, richtet sich grundsätzlich nach den zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bekannten Fakten.²²⁴ Daran ändert auch der in einigen Menschenrechtssystemen existierende Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und der ausführenden Behörden²²⁵ nichts. Denn dieser betrifft die in Begriffen wie dem der Verhältnismäßigkeit beinhaltenen *Wertungen*, nicht die Faktenlage, auf der die Maßnahme basiert.²²⁶ Etwas anderes gilt jedoch im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr, das von besonderen Zweckerwägungen geprägt ist²²⁷ und das wegen seiner Ähnlichkeit mit dem Handeln des SR hier von besonderer Bedeutung ist.²²⁸ Der EGMR hatte in einer Reihe von Fällen zu entscheiden, ob ein Staat das Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK verletzt, wenn ein Polizeibeamter einen Bürger in der irrigen Annahme erschießt, von ihm

223 Zu diesem Begriff s.o. 1. Kap., III. 1. a, b.

224 Steiger, in: Krieger/Willms, *Inducing Compliance*, S. 286, 290; das Gleiche gilt für die EU-GrCh: In Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner hat der EuGH bei der Entscheidung über die Wirksamkeit einer Kommissionsentscheidung von 2000 auch später bekannt gewordene Informationen berücksichtigt, EuGH, Urteil v. 6. Oktober 2015, Rn. 11–25, vgl. auch Rn. 76; s. auch Ismer/von Hesler, *The Theory & Practice o. Legisl. 4* (2016), S. 279 (293 f); für die deutschen Grundrechte s. BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 359 (360 f) (Pflicht zur Überprüfung einer Entscheidung anhand späterer Erkenntnisse).

225 S. nur ECHR (Plenary), *Sunday Times v. UK*, 6538/74, 1979, Rn. 59; auch vor nationalen Verfassungsgerichten sind Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers anerkannt, vgl. für das deutsche Recht Maunz/Dürig/Grzeszick, „Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit“, Rn. 121–123 mwN.

226 Zu dieser Erwägung noch näher s.u. 17. Kap., II. 1.; anders als hier Steiger, in: Krieger/Willms, *Inducing Compliance*, S. 290.

227 Ebenso Steiger, in: Krieger/Willms, *Inducing Compliance*, S. 290; ähnlich Kretzmer, *EJIL* 16 (2005), S. 171 (176–183, insb. 179 f) (bei law enforcement genügt „strong evidence“ der Gefahr); weitergehend noch Stahl, *Schutzpflichten im Völkerrecht*, S. 153–163, die das Vorliegen einer Gefährdung von Menschenrechten generell wie im deutschen Gefahrenabwehrrecht beurteilen und die Begriffe der ex-ante-Gefahr, Anscheinsgefahr und Gefahrenverdachts übertragen will.

228 Dazu ausf. unten 4. Kap., III.

gehe eine Gefahr für Leib oder Leben des Polizisten oder für Dritte aus. Anders als Art. 6 (1) ICCPR, Art. 4 (1) American Convention of Human Rights und Art. 4 African Charter on Human and People's Rights nennt Art. 2 EMRK nicht das Verbot der willkürlichen Tötung,²²⁹ sondern bestimmt eine abschließende Zahl von Fällen, in denen eine Tötung zulässig ist. Dazu gehört der „use of force which is no more than absolutely necessary in defence of any person from unlawful violence.“²³⁰ Da jedoch weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass die in Art. 2 (2) EMRK aufgezählten Fälle eine willkürliche Tötung iSd übrigen Menschenrechtskonventionen ausschließen,²³¹ lassen sich die für die EMRK geltenden Grundsätze im Wesentlichen auf die anderen Konventionen übertragen.

Obwohl der Ausnahmetatbestand des Art. 2 (2) EMRK objektiv formuliert ist („is [...] necessary“), hielt der EGMR bislang die *vernünftige Sichtweise* der handelnden Beamten für entscheidend. Im Fall *McCann*, in dem der Gerichtshof diesen Grundsatz erstmals formulierte, erschossen gibraltarische Soldaten drei Männer, die die Polizei für Terroristen der Irisch-Republikanischen Armee (IRA) hielt und verdächtigte, ein Attentat auf eine Wachwechselzeremonie in Gibraltar zu planen.²³² Bei ihrer Festnahme fehlinterpretierten die Soldaten eine Handbewegung der Männer und nahmen an, diese wollten den Fernzünder einer Autobombe betätigen, obwohl, wie sich später herausstellte, weder Zünder noch Bombe existierten.²³³ Der Gerichtshof stellte fest:

„(T)he use of force by agents of the State [...] may be justified under this provision (art. 2–2) where it is *based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time* but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others.“ [Hervorhebung hinzugefügt]²³⁴

Die Richter bejahten einen „honest belief“ und gelangten erst wegen Fehler bei der Planung und Kontrolle der Gesamtoperation zu einer Verlet-

229 Art. 6 (1) ICCPR lautet: „No one shall be arbitrarily deprived of his life“.

230 Art. 2 (2) (a) EMRK.

231 Kretzmer, EJIL 16 (2005), S. 171 (177); Rodley/Pollard, Treatment of prisoners, S. 253; vgl. auch Nowak, CCPR Commentary, Art. 6, Rn. 14.

232 ECHR (Gr. Ch.), *McCann et al. v. UK*, 18984/91, 1995, Rn. 23.

233 ECHR (Gr. Ch.), *McCann et al. v. UK*, 18984/91, 1995, Rn. 59–63, 78 f, 196–198.

234 ECHR (Gr. Ch.), *McCann et al. v. UK*, 18984/91, 1995, Rn. 200.

zung von Art. 2 EMRK.²³⁵ Im Fall *Andronicou und Constantinou*,²³⁶ in dem die zyprische Polizei bei dem Befreiungsversuch einer Geisel den Täter in der irrigen Annahme erschoss, dieser bedrohe die Polizeibeamten und die Geisel noch unmittelbar mit einer Schusswaffe,²³⁷ fügte er der Passage des *McCann*-Urteils hinzu:

„(T)he Court cannot with detached reflection substitute its own assessment of the situation for that of the officers who were required to react in the heat of the moment in what was for them a unique and unprecedented operation to save life.“²³⁸

Diese Grundsätze hat der EGMR seither mehrfach bestätigt, etwa im Fall *Bubbins*,²³⁹ in dem ein Polizeibeamter auf einen vermeintlichen Wohnungseinbrecher schoss, von dem er sich bedroht glaubte, im Fall *Giuliano und Gaggio*,²⁴⁰ in dem sich ein Polizist, dessen Fahrzeug von Demonstranten umringt wurde, in Lebensgefahr wähnte und einen Warnschuss abgab, der einen Demonstranten tötete, sowie im Fall *Brady*,²⁴¹ in dem ein Polizist den Täter eines Raubüberfalles bei seiner Festnahme erschoss, weil dieser eine Handbewegung mit einer Taschenlampe machte, die der Polizist für eine Waffe hielt. Das Gericht verneinte jeweils eine Verletzung von

235 ECHR (Gr. Ch.), *McCann et al. v. UK*, 18984/91, 1995, Rn. 202–214; laut Steiger, in: Krieger/Wilms, *Inducing Compliance*, S. 290 soll dadurch letztlich doch eine ex-post-Kontrolle Eingang in die Prüfung finden. Das ist zweifelhaft. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Kontrolle und Organisation soll verhindern, dass es überhaupt erst zu unübersichtlichen Situationen kommt, in denen Irrtümer wahrscheinlich sind. Damit betrifft diese Erwägung nur die Pflicht zur Vermeidung von Irrtümern. Das Gericht bleibt dabei durchgehend in einer ex-ante-Perspektive.

236 ECHR (Chamber), *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897, 1997.

237 Er hatte bereits einmal auf den als erstes eintretenden Polizeibeamten und die Geisel geschossen, hielt aber, wie sich später herausstellte, als die beiden ihn tödlich verletzende Polizeibeamten eintraten und schossen, keine Waffe mehr in den Händen, ECHR (Chamber), *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897, 1997, Rn. 9–87, 191.

238 ECHR (Chamber), *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897, 1997, Rn. 192. Anders als die Mehrheit hielt Judge Pekkanen die Annahme, der Täter habe andere Waffen als sein Gewehr zur Verfügung gehabt, für unbegründet und meint, diese Vermutung hätte vor dem Einsatz verifiziert werden müssen (Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion, S. 56).

239 ECHR (3rd Section), *Bubbins v. UK*, 50196/99, 2005, Rn. 138 f.

240 ECHR (Gr. Ch.), *Giuliano and Gaggio v. Italy*, 23458/02, 2011, 178 f.

241 ECHR (3rd Section), *Brady v. UK*, 55151/00, 2001, S. 8.

Art. 2 EMRK, weil es die Situationseinschätzung der Polizisten für „honest“²⁴² und „derived from good reasons“²⁴³ hielt. Von dieser Rechtsprechung ausgehend lag bislang eine Beurteilung nach *objektiver ex-ante-Sicht* nahe, die auch die Inter-Amerikanische²⁴⁴ und die Afrikanische²⁴⁵ Menschenrechtskommission zugrunde legen. Auch die relevanten UN-Rechtsquellen des Art. 3 des Code of Conduct for Law Enforcement Officials der UN-Generalversammlung²⁴⁶ und des neunten Prinzips der Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials lassen sich in diesem Sinne verstehen.²⁴⁷ So stellt der offizielle Kommentar für den Ausdruck „when strictly necessary“ in Art. 3 des Code of Conduct klar, dass Gewalt nur zulässig ist „as is reasonably necessary under the circumstances for the prevention of crime [...]“.²⁴⁸ Principle 9 der Basic Principles lässt für die Berücksichtigung der subjektiven Vorstellung des Beamten Raum, indem es von vornherein als Finalsatz („to prevent“) formuliert ist. Auch für Art. 6 ICCPR kann nichts anderes gelten.²⁴⁹

242 ECHR (3rd Section), *Bubbins v. UK*, 50196/99, 2005, Rn. 140; ECHR (Gr. Ch.), *Giuliano and Gaggio v. Italy*, 23458/02, 2011, Rn. 21–24; 186–194; ECHR (3rd Section), *Brady v. UK*, 55151/00, 2001, S. 8.

243 ECHR (3rd Section), *Brady v. UK*, 55151/00, 2001, S. 8.

244 Vgl. *Corumbiara v. Brazil*, Report N°32/04 Case 11.556 (2004), Rn. 180.

245 Vgl. *Kazingachire, Chitsenga, Chemvura, Hadzisi v. Zimbabwe, Communication 295* (2004), Rn. 116; zu beiden s. Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016.

246 UN Doc. A/RES/34/169 (1979), Art. 3 lautet: „Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty“.

247 Angenommen vom 8. UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (1990), Principle 9 lautet: „Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life.“

248 Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary, Art. 3 (a); wenn der Satz auch objektiv formuliert ist, legt der Ausdruck „under the circumstances“ nahe, dass man ihn lesen muss wie „as appears reasonable“.

249 Die insoweit wenig eindeutige Aussage des Human Rights Committee in *de Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45, Rn. 13.2 („There is no evidence that the action of the police was necessary in their own defence“) mag dem Umstand geschuldet sein, dass in dem Fall jeder Anhaltspunkt für einen Angriff der Getöteten fehlte. Dass das Human Rights Committee eine ex-post-Notwendigkeit verlangt, liegt fern.

In einem Aspekt hat der EGMR jedoch dieses Bild 2016 im Fall *Armani Da Silva* getrübt, in dem britische Polizeibeamte einen Mann erschossen, den sie mit einem gesuchten Gefährder verwechselten. Offensichtlich darum bemüht, das *vollständig subjektive* englische Notwehrrecht²⁵⁰ mit Art. 2 EMRK zu vereinbaren²⁵¹ und sein Urteil dennoch in eine Linie mit seiner früheren Rechtsprechung zu stellen, führte das Gericht aus, dass mit „good reasons“ nicht eine „objective reasonableness“ gemeint sei, sondern, dass der Irrtum „subjectively reasonable“ sein müsse: „that is, it was [...] based on subjective good reasons“.²⁵² Mit dieser fragwürdigen Formulierung legten die Richter wohl eine vollständig subjektive Beurteilung zugrunde. Denn auch ein „subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab“ – die einzig sinnvolle Bedeutung des Begriffs „subjective good reasons“, da er die Beamtenvorstellung zumindest an gewissen objektiven Anforderungen mäßige²⁵³ und die Einschränkung nur so überhaupt einen Zweck erfüllte – konnte angesichts des englischen Notwehrrechts nicht gemeint sein. Dass die Richter von der Richtigkeit dieser Position selbst nicht überzeugt waren, schimmert in ihren Ausführungen zur (objektiven) Nachvollziehbarkeit des Irrtums durch.²⁵⁴ Es bleibt daher abzuwarten, ob es der EGMR mit dieser völlig versubjektivierten Sicht ernst meint oder doch zu den *McCann*-Grundsätzen zurückkehrt.²⁵⁵

Nach der Rechtsprechung des EGMR sind nicht nur *Irrtümer*, für die es „good reasons“ gibt, unschädlich. Wie sich aus dem Urteil *Andronicou und Constantinou* ergibt, kann selbst ein Fehlverdacht eine Handlungsbefugnis

250 Dazu s.u. 8. Kap., I. 4.

251 Im Ausgangspunkt hätte es dafür wohl genügt, die öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeit des Vorfalls und staatliche Verantwortlichkeit Großbritanniens, nicht die *strafrechtliche Verantwortung des handelnden Polizeibeamten* als relevanten nationalen Standard heranzuziehen (zumindest soweit kein grob fahrlässiges Polizeihandeln vorlag, da dieses eine strafrechtliche Verfolgung verlangen mag, so ECHR, *Armani Da Silva v. UK*, Joint Dissenting Opinion Karakaş, Wojtyczek, Dedov, 5878/08, 2016, Rn. 5; Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016). In England stimmen jedoch beide Standards miteinander überein, s.u. 16. Kap. 4.

252 ECHR (Gr. Ch.), *Armani Da Silva v. UK*, 5878/08, 2016, Rn. 244–248, insb. Rn. 248.

253 Denn der Beamte würde dann mit einem vernünftigen Beamten mit seinen Kenntnissen, Fähigkeiten und Defiziten verglichen, näher s.u. 10. Kap., IV. Das Urteil so deutend R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 83.

254 ECHR (Gr. Ch.), *Armani Da Silva v. UK*, 5878/08, 2016, Rn. 253 f.

255 Krit. auch ECHR, *Armani Da Silva v. UK*, Joint Dissenting Opinion Karakaş, Wojtyczek, Dedov, 5878/08, 2016, Rn. 4–6; Hessbrügge, EJIL: Talk!, 14. April 2016.

begründen, hielten die schießenden Polizeibeamten das weitere Vorhandensein einer Waffe doch nur für *möglich*, ohne vollends davon überzeugt zu sein. Eine Aussage zur erforderlichen Wahrscheinlichkeitsschwelle lässt sich der Entscheidung hingegen nicht entnehmen.²⁵⁶

III. Fehlvorstellungen im Recht der Staatenverantwortlichkeit

Auch wenn bisweilen als „objektives Haftungsprinzip“ bezeichnet,²⁵⁷ verhält sich das Recht der Staatenverantwortlichkeit wie festgestellt neutral zu der Frage, ob die Verantwortlichkeit eines Staates Vorsatz oder Verschulden voraussetzt: Dies hängt allein vom Inhalt der verletzten Primärnorm ab.²⁵⁸ Der Tatsachenirrtum als solcher lässt auch nicht die Rechtswidrigkeit entfallen.²⁵⁹ Allenfalls mag ein Irrtum einem der in Kapitel V ARSIWA genannten Ausschlussgründe wie der Force majeure iSd Art. 23 ARSIWA nur zugrunde liegen.²⁶⁰ Mit der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung als solcher und dem Fehlen einer allgemeinen Irrtumsregel ist aber noch nichts darüber gesagt, *aus welcher Perspektive* sich die tatsächlichen Voraussetzungen der die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstände beurteilen.

256 Zwar lassen sich zwei Formulierungen isoliert so lesen, als ob jedes Für-Möglich-Halten ausreiche, Rn. 192: „He (Officer no. 2) also believed that Lefteris Andronicou might have other weapons“ und Rn. 81: „He (Officer no. 1) had been told that it could not be excluded that Lefteris Andronicou might have had another weapon, for example a knife, which he could have used to kill the young woman“. Da die Gefahr eines weiteren Schusses aber objektiv hoch war – der Täter hatte bereits einmal geschossen –, ginge diese Deutung wohl zu weit.

257 Krit. zu diesem Begriff Crawford, State Responsibility, S. 61, Fn. 55.

258 S.o. 1. Kap., IV. 1. c, Fn. 165.

259 S.o. 1. Kap., IV. 1. c, Fn. 166 und begleitender Text.

260 Vgl. Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 262, zu dem Beispiel, dass ein Fehler der Steuerungstechnik zu einem Irrtum über den Standort eines Flugzeugs führt. Damit Art. 23 ARSIWA erfüllt ist, müsste der Fehler extern sein. Die aus einem unüberwindbaren oder unvorhersehbaren Ereignis folgende Unmöglichkeit der *Kenntnis* der Völkerrechtswidrigkeit des Handelns hatte Ago ursprünglich als von der force majeure zu unterscheidenden *cas fortuit* vorgesehen, vgl. Art. 31 (1) ILC Draft Articles von 1997. Crawford verzichtete auf diese Variante, weil er sie als von der force majeure umfasst ansah und die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als solche nicht für erforderlich hielt, Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 262.

Sämtliche Ausschlussgründe des Kapitels V sind vollständig objektiv formuliert. Necessity iSd Art. 25 ARSIWA setzt etwa voraus, dass „the act is the only way for the State to safeguard an essential interest [...]“.²⁶¹ Das Gleiche gilt für die Voraussetzungen der Einwilligung (Art. 20), der Force majeure (Art. 23), des Distress (Art. 24) und der Gegenmaßnahme (Art. 22 iVm 49–54 ARSIWA). Für das Selbstverteidigungsrecht lässt sich keine Aussage treffen, bezieht sich Art. 21 ARSIWA doch schlicht auf die UNC, deren Selbstverteidigungsnorm des Art. 51 noch genau untersucht wird.²⁶² Die objektiven Formulierungen sind bemerkenswert vor dem Hintergrund, dass im Common Law die inhaltlich ähnlichen Notstands- und Notwehrregelungen überwiegend subjektiv gefasst sind („when the actor believes that [force is necessary]“).²⁶³ Tatsächlich wird für einige Ausschlussgründe des Kapitels V ARSIWA – namentlich die Einwilligung, Gegenmaßnahme und Force majeure – angenommen, ihre Voraussetzungen müssten sämtlich ex post vorliegen.²⁶⁴

Doch liegen die Dinge bei anderen Gründen anders. So wird, erstens, die Bedingung des Distress, der Handelnde dürfe *keine andere vernünftige Möglichkeit* haben, um das gefährdete Leben zu retten, von Szurek (in Abgrenzung vom „material element“ der Gefahr) als „psychological element“ bezeichnet, das sich nach der *vernünftige Vorstellung* des Handelnden beurteile.²⁶⁵ Crawford, der den Artikelentwurf als Sonderberichterstatter von 1997 an bis zu seiner Annahme durch die ILC im Jahr 2001 maßgeblich prägte, teilt diese Auffassung.²⁶⁶ Soweit er betont, dass es sich nicht um einen subjektiven Test handle, geht es auch ihm darum, dass die Vorstellung (objektiv) *vernünftig* sein muss.

261 Hervorhebung hinzugefügt.

262 Art. 21 ARSIWA wird nur für andere Primärpflichten als Art. 2 (4) UNC relevant, s.o. 1. Kap., IV. 1. c; die Identität der Voraussetzungen kam noch deutlicher in Agos Entwurf von 1980 zum Ausdruck, Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 124; dazu, dass Art. 21 ARSIWA nicht genau auf Art. 51 UNC verweist s. Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 295.

263 So zB Section 3.04 (1) MPC, s. ausf. unten 8. Kap., I. 3., 4. Tatsächlich schlug Crawford für den distress eine versubjektivierte Formulierung vor, dazu sogleich Fn. 268.

264 Vgl. ARSIWA, Commentaries zu Art. 20, 22 und 23, die allgemein vom tatsächlichen Vorliegen der Voraussetzungen ausgehen; s. auch Mansour, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 441 (zur Einwilligung), Szurek, in: ebd. S. 477 (zur Force majeure).

265 Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 482 f.

266 Crawford, State Responsibility, S. 303 f; vgl. auch ebd. S. 304.

Derselbe Grundsatz sollte nach *Crawfords* zweitem ILC-Bericht beim Distress, zweitens, auch für die *Gefahr* gelten:

„Clearly, the threat to life must be apparent and have some basis in fact, but is it sufficient that the agent who acted under distress reasonably believed that the danger existed? Or does that agent act at peril, so that if a later and detailed examination shows this was not in truth the case (however it may have appeared at the time), distress will not be available to excuse the breach? In cases of genuine distress there may be neither the time nor the personnel to conduct a proper medical or other examination before acting. *In such cases, the agent should be entitled to act on the basis of a reasonable belief as to a situation of distress.* For these reasons article 32 should be framed in terms of a reasonable belief in a life-threatening situation.“²⁶⁷ [Hervorhebung hinzugefügt]

Aus *Crawfords* Formulierungsvorschlag „if the author *reasonably believed* that there was no other way, in a situation of distress, of saving that person’s own life [...]“²⁶⁸ wurde jedoch „if the author has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author’s life [...]“. Sieht man in dem Ausdruck „has no other reasonable way“ überhaupt Spielraum für eine Versubjektivierung auf eine objektive ex-ante-Sicht,²⁶⁹ scheint sich diese nur auf das Fehlen einer vernünftigen Alternative, nicht auf das Vorliegen der *situation of distress* zu beziehen. In diese Richtung weist auch der Umstand, dass sich die zitierte Passage aus *Crawfords* zweitem Bericht nicht im ILC-Kommentar niedergeschlagen hat, sondern dieser für das Merkmal der Gefahr einen ex-post-Maßstab andeutet.²⁷⁰ Auf der anderen Seite mag man *Crawfords* Appell nach einer Umformulierung mit der Einfügung des Wortes „reasonable“ berücksichtigt sehen und seine ursprüngliche Auffas-

267 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 273.

268 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 358, Hervorhebung hinzugefügt.

269 Zwar ist „has“ objektiv formuliert. Die Einfügung des Wortes *reasonable* kann aber als Anknüpfungspunkt für eine ex-ante-Sicht dienen, obwohl Crawford damit gerade eine Verobjektivierung bezweckte. Denn damit wird implizit an die Perspektive des Handelnden angeknüpft.

270 Vgl. Art. 24 ARSIWA, Commentary (4) („In fact, the danger to one of the officers [...] was real“), Zweifel weckt auch eine Passage des Rainbow Warrior Arbitral Award, 1990, RIAA XX, S. 215 (Rn. 79), die als Voraussetzung des Art. 24 ARSIWA nennt: „The existence of very exceptional circumstances [...], provided always that a prompt recognition of the existence of those exceptional circumstances is subsequently obtained from the other interested party or is clearly demonstrated“.

sung für gültig halten.²⁷¹ Hierfür lässt sich auch die häufig wiederholte These anführen, anders als bei der Force majeure handle der Akteur beim Distress zwar nicht ohne Willen,²⁷² seine Entscheidungsfreiheit sei durch die Gefahrensituation aber faktisch aufgehoben.²⁷³ Kommt es auf die Entscheidungsfreiheit an, erscheint es konsequent, die Voraussetzungen des Distress insgesamt aus der (vernünftigen) Perspektive des Akteurs zu beurteilen.

Nach dem ILC-Kommentar ist, drittens, das Merkmal der Gefahr im Rahmen der Necessity iSd Art. 25 ARSIWA objektiv ex ante zu beurteilen:

„In the Gabčíkovo-Nagymaros Project case the Court noted that the invoking State could not be the sole judge of the necessity, but a measure of uncertainty about the future does not necessarily disqualify a State from invoking necessity, if the peril is clearly established *on the basis of the evidence reasonably available at the time.*“²⁷⁴ [Hervorhebung hinzugefügt, Fn. weggelassen]

Diese nicht von allen geteilte²⁷⁵ Sichtweise begründete Crawford in seinem zweiten ILC-Bericht mit dem entsprechenden Umgang mit wissenschaftlichen Unsicherheiten im Umwelt- und im WTO-Recht.²⁷⁶ Er sprach sich

271 So i. Erg. wohl Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 483, die ebenjene Passage des Sonderberichterstatters in ihre Analyse integriert.

272 S. schon Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 1; Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 102 f; Art. 23 ARSIWA, Commentary (1), Art. 24 ARSIWA Commentary (1); mit unwillentlich („involuntarily“) meint Crawford aber nicht vorsatzlos, sondern reflexartig, Crawford, State Responsibility, S. 295 Fn. 132.

273 Art. 24 ARSIWA, Commentary (1); Crawford, State Responsibility, S. 301; Szurek, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 483; vgl. auch Lissitzyn, AJIL 47 (1953), S. 559 (588), nicht zwischen distress und force majeure unterscheidend; weniger wird dieser Aspekt betont bei Ago, der beim state of necessity (einen distress unterschied er nicht) das willentliche Handeln in den Vordergrund stellte, vgl. Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 102.

274 Art. 25 ARSIWA, Commentary (16); der Gedanke, dass sich das Vorliegen einer necessity nicht nach der subjektiven Einschätzung einer Partei bestimmt, findet sich auch in ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 222, 282 (zu Art. XXI GATT).

275 Vgl. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, Rn. 51980, demzufolge der état de nécessité jedenfalls bis zum zweiten Weltkrieg die „existence réelle de toutes les conditions qui ont été énumérées“ [Hervorhebung hinzugefügt] voraussetzte.

276 Dazu s.u. 2. Kap., IV.

nur deshalb gegen eine Änderung des Wortlautes aus, um die Einrede der Necessity eng begrenzt zu halten.²⁷⁷ Die IGH-Richter im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall verlangten für die damalige ILC-Version des state of necessity²⁷⁸ eine „peril’ duly established at the relevant point of time“ (dem Handlungszeitpunkt), an anderer Stelle eine „real, ‘grave’ and ‘imminent’ peril“.²⁷⁹ Trotz dieser für eine ex-post-Betrachtung sprechenden Wortwahl stellte das Gericht anschließend durchgängig auf die zum Handlungszeitpunkt erkennbaren Umstände ab²⁸⁰ und beurteilten das Vorliegen der Gefahr somit objektiv ex ante. Die zum Handlungszeitpunkt bestehende *Möglichkeit* eines Schadens hielt es dabei nicht für ausreichend. Es müsse eine bereits nachweisbare Gefahr vorliegen, die „sufficiently certain“ sei.²⁸¹

Diese nach den Ausschlussgründen und ihren Voraussetzungen differenzierende Sichtweise zieht der ILC-Kommentar auch nicht mit dieser Passage in Zweifel:

„A State taking countermeasures acts at its peril, if its view of the question of wrongfulness turns out not to be well founded. A State which resorts to countermeasures based on its unilateral assessment of the situation does so at its own risk and may incur responsibility for its own wrongful conduct in the event of an incorrect assessment. *In this respect there is no difference between countermeasures and other circumstances precluding wrongfulness.*“²⁸² [Hervorhebung hinzugefügt]

Denn wie der ausdrückliche Hinweis auf „[the state’s] view of the question of wrongfulness“ im ersten Satz zeigt, dürfte sich das erwähnte Beurteilungsrisiko, das beim handelnden Staat verbleiben soll, auf die *rechtliche* Beurteilung der Sachlage, und nicht auf die korrekte Wahrnehmung der Tatsachen beziehen.²⁸³

Über die für die Voraussetzungen der verschiedenen Ausschlussgründe maßgebliche Sichtweise lässt sich also kein einheitliches Urteil fällen. Während für viele Merkmale entsprechend dem Wortlaut der ILC-Artikel eine ex-post-Betrachtung zugrunde gelegt wird, werden bestimmte Bedingungen – das Fehlen einer vernünftigen Alternative bei Art. 24, die Gefahr bei Art. 25 und möglicherweise auch die Gefahr bei Art. 24 ARSIWA –

277 Crawford, Second Report on State Responsibility, Rn. 290 f.

278 Vgl. Art. 33 Draft Articles on State Responsibility with Commentaries von 1997.

279 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 54, Hervorhebung hinzugefügt.

280 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 52–57.

281 ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 54, 56.

282 Art. 49 ARSIWA, Commentary (3).

283 Anders dagegen Milanowic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020.

überwiegend aus der objektiven ex-ante-Sicht beurteilt. Hier werden also Irrtum, Fehlverdacht und Fehlprognose zugunsten des Akteurs berücksichtigt, solange sie vernünftig waren.

IV. Fehlvorstellungen im Umwelt- und Gesundheitsvölkerrecht

Wie *Crawford* im zweiten ILC-Bericht erkannte, ist der staatliche Hoheitsträger auch im Bereich des Umwelt- und Gesundheitsschutzes mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass das Bestehen von Risiken häufig nicht zweifelsfrei feststeht, ihre mögliche Realisierung aber bereits gegenwärtige Schutzmaßnahmen erforderlich macht. Da Umweltprozesse hochkomplex sind und vergleichsweise langsam ablaufen, ist die Unsicherheit, die umweltwissenschaftlichen Voraussagen anhaftet, besonders hoch.²⁸⁴ Damit umweltschützende Bestrebungen nicht gelähmt werden,²⁸⁵ hat sich in diesem Bereich das *Vorsorgeprinzip* durchgesetzt.²⁸⁶ Dieses stammt ursprünglich aus dem nationalen Recht,²⁸⁷ hat sich in Principle 15 der Rio Declaration on Environment and Development niedergeschlagen²⁸⁸ und findet sich heute in nahezu jedem multilateralen umweltrechtlichen Vertrag.²⁸⁹ Wenn sein genauer Inhalt und Umfang auch umstritten sind,²⁹⁰ so besteht

284 Vgl. McIntyre/Mosedale, J. Env'tl. L. 9 (1997), S. 221 (221); Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl L. 16 (2007), S. 185 (187); Ellis/FitzGerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779 (783).

285 McIntyre/Mosedale, J. Env'tl. L. 9 (1997), S. 221 (221).

286 Für einen Überblick über die umfangreiche Literatur zum umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip s. Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl L. 16 (2007), S. 185 (185); vgl. auch Ellis, EJIL 17 (2006), S. 445 („overexploitation of a valuable resource“).

287 Genauer gesagt aus dem deutschen Recht, vgl. Stevens, Sust. Dev. L. & Pol. 2 (2002), S. 13 (13); zum dortigen Vorsorgeprinzip sowie zur Rechtslage in Frankreich und Belgien s. de Sadeleer, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl L. 9 (2002), S. 144 (144–150).

288 Report of the UN Conference on Environment and Development, A/CONF.151/26 (Vol. I), Annex I, Principle 15: „In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation“.

289 Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl L. 16 (2007), S. 185 (185).

290 Für einen Überblick über die wichtigsten Streitfragen s. Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl L. 16 (2007), S. 185 (186–195).

über den zentralen (gewohnheitsrechtlich anerkannten)²⁹¹ Kern des Prinzips Einigkeit: Staatliche Maßnahmen zum Schutz vor schweren und irreversiblen Umweltschäden sind auch dann zulässig, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und den Schäden nicht vollständig bewiesen ist.²⁹² Ausreichend ist, dass auf Grundlage der verfügbaren Informationen hinreichende Gründe²⁹³ für die Annahme des Risikos eines solchen Schadens bestehen. Damit verlagert das Vorsorgeprinzip das Risiko vernünftiger Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und Fehlprognosen von dem Urheber der Maßnahme auf die von ihr betroffenen Akteure. Denn ob der Autor der Maßnahme von gegenwärtigen Umständen fälschlicherweise überzeugt ist, sie fälschlicherweise vermutet oder sich ein tatsächlich bestehendes Risiko schlicht nicht realisiert hätte, ist gleichgültig. Die Vernünftigkeit der Maßnahme richtet sich unter anderem nach einer Abwägung der mit einem Tätigwerden oder Untätigbleiben verbundenen Vor- und Nachteile.²⁹⁴ Die Maßnahmen sind an etwaige neue wissenschaftliche Erkenntnisse anzupassen, obwohl eine absolute zeitliche Beschränkung nicht existiert.²⁹⁵

Ob das Vorsorgeprinzip über das Umweltrecht hinaus – insbesondere im Bereich des Gesundheitsschutzes – Geltung beansprucht, wird unter-

-
- 291 Sands/Peel/Fabra/MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, S. 228; Trouwborst, *Rev. Eur. Comp. & Int'l Env't L.* 16 (2007), S. 185 (187 f.); J. Cameron, in: O'Riordan/J. Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, S. 263 (283); aA Gündling, *Int'l J. Estuarine & Coastal L.* 5 (1990), S. 23 (30).
- 292 Wie hier s. J. Cameron/Abouchar, *Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev.* 14 (1991), S. 1 (2); s. auch Ellis/FitzGerald, *McGill L. J.* 49 (2004), S. 779 (782–784); die Unsicherheit kann sich auch auf den Umfang oder die Auswirkungen des Risikos beziehen, vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 5.1.
- 293 Das Wahrscheinlichkeitsmaß wird unterschiedlich formuliert, aber im Wesentlichen wie hier verstanden, vgl. Trouwborst, *Rev. Eur. Comp. & Int'l Env't L.* 16 (2007), S. 185 (188); Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties*, S. 116; Cooney, *Precautionary Principle*, S. 7 („reasonable grounds for concern“); Lemons/Shrader-Frechette/Cramer, *Foundations of Science* 2 (1997), S. 207 (210) („good reason to expect [...] damage“); Matthee/Vermersch, *J Agr. & Env't Ethics* 12 (2000), S. 59 (60) („reasonable fear“).
- 294 S. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.4.
- 295 Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties*, S. 188–190. Weitere Anforderungen der Europäischen Kommission sind das Diskriminierungsverbot, das Kohärenzgebot und die Verfolgung der wissenschaftlichen Entwicklung vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.2, 6.3.3, 6.3.5.

schiedlich beurteilt.²⁹⁶ Jedenfalls wird auch hier das Irrtums- und Prognoserisiko ein Stück von den Staaten auf die von den Schutzmaßnahmen betroffenen Akteure verlagert. Das im Rahmen der WTO geschlossene SPS-Abkommen²⁹⁷ etwa enthält in seinem Art. 5 detaillierte Regeln für die Bewertung von Risiken im Bereich des Gesundheits- und Pflanzenschutzes. Einer Risikobewertung bedarf es, wenn ein Staat ein höheres Schutzniveau erzielen will als internationale Standards gewährleisten, Art. 3 (3) SPS-Abkommen. Art. 5 SPS-Abkommen belegt, dass es für die Rechtmäßigkeit der *Einführung* einer sanitären oder phytosanitären Maßnahme auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem sie getroffen wird. Denn eine Pflicht zur Risikobewertung vor Einführung einer SPS-Maßnahme ergibt nur einen Sinn, wenn das Ergebnis dieser Bewertung auch an den Erkenntnissen gemessen wird, die dem Mitglied zu diesem Zeitpunkt bekannt waren. Hierfür spricht auch der Bezug auf „*verfügbare* wissenschaftliche Beweise“ (Art. 5 (2)) sowie auf „*eine den Umständen entsprechende* Bewertung“ (Art. 5 (1) SPS-Abkommen).²⁹⁸ Eine Maßnahme wird also nicht rückwirkend rechtswidrig, wenn sich eine ex ante vernünftige wissenschaftliche Annahme, auf der die Maßnahme beruht, durch neue Erkenntnisse ex post als falsch herausstellt. Dabei darf sich der Staat auch auf eine wissenschaftliche Minderauffassung stützen, solange sie aus qualifizierten und anerkannten Quellen stammt.²⁹⁹ Auch hier ist die Maßnahme aber an neue Erkenntnisse anzupassen, vgl. Art. 2 (2) SPS-Abkommen.³⁰⁰ Ihre Aufrechterhaltung beurteilt sich insoweit ex post.³⁰¹

296 Dafür die europäischen Institutionen, vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 4; EuGH, Sogenannter Rinderwahnsinn, Urteil v. 5. Mai 1998, Rn. 62–64; Laowonsiri, Max Planck UNYB 14 (2010), S. 565 (577–591); dagegen Trouwborst, Rev. Eur. Comp. & Int'l Env't L. 16 (2007), S. 185 (190 f), der meint, die EU fechte mit ihrer Auffassung einen einsamen Kampf aus (ebd. S. 190).

297 Übereinkommen über die Anwendung sanitärer und phytosanitärer Maßnahmen v. 15. April 1994.

298 Hervorhebungen hinzugefügt.

299 WTO Appellate Body, *EC – Hormones*, Rn. 194.

300 Vgl. auch WTO Appellate Body, *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 708 („scientific progress may lead a WTO Member and international organizations to reconsider the risk assessment underlying an SPS measure“).

301 So erklärt sich auch die Feststellung des Panel-Berichts in *Japan – Apples*, Rn. 7.10: „[A]n assessment of the compatibility of a measure with Article 2.2 is made at the time the matter is reviewed by the Panel“; vgl. auch Gruszczynski, Ottawa L & Techn. J 6 (2009), S. 53 (75 f), der anders als hier nicht zwischen Einführung und Aufrechterhaltung der Maßnahme unterscheidet.

Für den Fehlverdacht besonders interessant ist Art. 5 (7) SPS-Abkommen, der eine spezielle Regel für den Fall enthält, dass der „wissenschaftliche Beweis unzureichend“ ist, und zwar derart, dass eine Risikobewertung nach Art. 5 (1) SPS unmöglich ist.³⁰² Dann sind nur *vorübergehende* Maßnahmen zulässig und es besteht eine Pflicht zur Beschaffung nötiger Zusatzinformationen sowie zur Überprüfung der Maßnahme. Auch hier beurteilt sich die Einführung der Maßnahme (Art. 5 (7) S. 1) objektiv ex ante, die Frage ihrer Aufrechterhaltung (Art. 5 (7) S. 2 und 3) ex post.³⁰³ Nach dem Appellate Body hat in Art. 5 (7) SPS-Abkommen das Vorsorgeprinzip Berücksichtigung gefunden.³⁰⁴ Daher sei die Pflicht, zusätzliche Informationen zu beschaffen und die Maßnahme zu überprüfen, im Lichte etwaig bestehenden Zeitdrucks zu beurteilen.³⁰⁵

Mag das Lebensmittelrecht die Vorläufigkeit der Maßnahmen auch stärker betonen als das Umweltvölkerrecht,³⁰⁶ so führt das Vorsorgeprinzip im

-
- 302 WTO Appellate Body, *Japan – Apples*, Rn. 179; *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 674. Damit umfasst Art. 5 (7) SPS-Abkommen Fälle, in denen die verfügbaren Beweise in quantitativer Hinsicht mehr als minimal sind, jedoch nicht zu verlässlichen und schlüssigen Ergebnissen führen, vgl. WTO Appellate Body, *Japan – Apples*, Rn. 185. Bestehen zwar Unsicherheiten, ist aber eine Risikobewertung möglich, greift Art. 5 (1), WTO Appellate Body, *Australia – Apples*, Rn. 244. In *Japan – Apples*, Rn. 184 hat der Appellate Body zwar begrifflich zwischen wissenschaftlicher Unsicherheit und dem Fehlen genügender Beweise iSd Art. 5 (7) SPS-Abkommen unterschieden. Der Sache nach umfasst Art. 5 (7) SPS-Abkommen aber in jedem Fall Unsicherheiten wie die Unfähigkeit, ein Phänomen zu erklären, und Kenntnisdefizite, wie hier Gruszczynski, *Ottawa L & Techn. J 6* (2009), S. 53 (68–71).
- 303 Vgl. WTO Panel Report, *EC – Biotech Products*, Rn. 7.3252–3255; vgl. auch WTO Panel Report *Japan – Apples*, Rn. 7.10, der nicht zwischen den beiden Sätzen unterscheidet; krit. zu *EC – Biotech Products* auch Gruszczynski, *Ottawa L & Techn. J 6* (2009), S. 53 (76).
- 304 WTO Appellate Body, *EC – Hormones*, Rn. 124f; Ellis und FitzGerald sehen in der gewählten Formulierung des Appellate Body Raum für Flexibilität in der Zukunft, vgl. Ellis/FitzGerald, McGill L. J. 49 (2004), S. 779 (797).
- 305 WTO Appellate Body, *US/Canada – Continued Suspension*, Rn. 680; das Vorsorgeprinzip auch bei Art. 5 (1) und (2) SPS-Abkommen für relevant haltend Laowonsiri, *Max Planck UNYB 14* (2010), S. 565 (586–590).
- 306 Vgl. Laowonsiri, *Max Planck UNYB 14* (2010), S. 565 (577); Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips v. 2. Februar 2000, unter 6.3.5: „Diese Voraussetzungen [die Einschränkungen des Art. 5 (7) SPS-Abkommen] gelten somit nur im Anwendungsbereich des SPS-Übereinkommens, aber es könnte sein, daß in Bereichen wie z. B. der Umwelt teilweise andere, den Besonderheiten des jeweiligen Sektors entsprechende Grundsätze gelten.“

Ergebnis in beiden Bereichen dazu, dass sich vernünftige Irrtümer, Fehlverdachtsmomente und Fehlprognosen zugunsten des die Maßnahme ergreifenden Staates auswirken.

V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Alle untersuchten Regelungssysteme des Völkerrechts berücksichtigen unter bestimmten Umständen vernünftige Fehlvorstellungen zugunsten des handelnden Akteurs. Es wäre vorschnell, daraus zu schließen, dass für das *ius contra bellum* nichts anderes gelten kann. Doch dass selbst als „objektiv“ bezeichnete Regelungsregime wie das Recht der Staatenverantwortlichkeit bestimmte Fehlvorstellungen nicht ignorieren, gibt jedenfalls dazu Anlass, die Haltung zu überdenken, im Friedenssicherungsrecht bestehe keinerlei Raum für ihre Berücksichtigung.

Die Betrachtung zeigt weiter, dass für die Zugrundelegung einer ex-ante-Perspektive oft spezifische Gründe existieren. Im Konfliktvölkerrecht liegt der Grund in der militärischen Notwendigkeit.³⁰⁷ Im Recht der Menschenrechte geht die ex-ante-Sicht im Bereich der Gefahrenabwehr darauf zurück, dass den Polizei- und Ordnungsbehörden eine effektive Gefahrenabwehr andernfalls unmöglich wäre.³⁰⁸ Im Umwelt- und Gesundheitsvölkerrecht soll das Vorsorgeprinzip das Problem lösen, dass die diesen Bereichen innewohnenden wissenschaftlichen Unsicherheiten die Entscheidung sonst stets zulasten der Umwelt und der Gesundheit ausfallen ließen, obwohl diese Rechtsgüter besonders schutzwürdig erscheinen.³⁰⁹

Das Friedenssicherungsrecht ist anders als das *ius in bello* nicht von militärischen Notwendigkeitsbetrachtungen geprägt. Dieses reflektiert das legitime Interesse von Staaten, im einmal ausgebrochenen Konflikt militärische Faktoren zu berücksichtigen,³¹⁰ ohne deren Berücksichtigung sich Staaten nicht an das Konfliktvölkerrecht halten würden. Im *ius contra bellum*, das primär das Ziel verfolgt, den Ausbruch militärischer Konflikte zu

307 S.o. Fn. 220.

308 Vgl. insb. die zitierte Passage aus ECHR (Gr. Ch.), *McCann et al. v. UK*, 18984/91, 1995, Rn. 200, s.o. Fn. 234.

309 Eindrücklich die frühere norwegische Premierministerin Gro Harlem Brundtland: „If we err in our decisions affecting the future of our children and our planet, let us err on the side of caution“, Keynote address, Conference on "Action for a Common Future" in Bergen am 8. Mai 1990, zit. von J. Cameron/Abouchar, *Boston Coll. Int'l & Comp. L. Rev.* 14 (1991), S. 1 (1).

310 Vgl. Schmitt, *Virginia J. Int'l L.* 50 (2010), S. 795 (799).

vermeiden, ist ein solches Interesse nicht als legitim anerkannt, obwohl auch in dieser Bereich unrealistische Vorgaben schaden können.³¹¹ Die Erwägungen der anderen beiden Regelungsregime mögen hingegen im Friedenssicherungsrecht Geltung beanspruchen: Gewaltanwendungen im kollektiven Sicherheitssystem weisen Ähnlichkeiten mit polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen auf, sodass Effektivitätserwägungen von Bedeutung sein können.³¹² Weiter handelt es sich bei den Gefahren, deren Abwendung das Friedenssicherungsrecht erlaubt, zwar nicht um wissenschaftlich schwer ergründbare Langzeitprozesse wie im Umwelt- oder Gesundheitsrecht. Auch im *ius contra bellum* besteht auf Seiten des handelnden Staates aber ein systematisches Informationsdefizit über die Motive und Pläne der Gegenseite.³¹³ Berücksichtigte man diese in keiner Weise, setzten sich stets die Interessen der einen Seite zulasten der anderen Seite durch. Dass es sich beim Umwelt- und Gesundheitsschutz anders als beim Einsatz von Gewalt um ein in seinem Grundsatz billigenwertes Ziel handle, ist ein vordergründiger Einwand: Der im Einklang mit dem Friedenssicherungsrecht ausgeführte Gewalteinsatz verfolgt ebenfalls ein legitimes Ziel, nämlich die Wahrung des internationalen Friedens (bei der autorisierten Gewaltanwendung), die staatliche Souveränität (bei Selbstverteidigung), die Beendigung massiver Menschenrechtsverletzungen (bei der humanitären Intervention) oder den Schutz von Staatsangehörigen (bei ihrer Rettung). Umgekehrt beeinträchtigen auch umwelt- und gesundheitsschützende Maßnahmen schutzwürdige Interessen, und zwar die in der Regel wirtschaftlichen Interessen der von ihnen nachteilig betroffenen Akteure.

Das Recht der Staatenverantwortlichkeit, das ähnlich wie das nationale Zivilrecht weniger auf Verhaltensnormen als auf der Funktion basiert, Rechtsgüter zu distribuieren,³¹⁴ ist das einzige der untersuchten Regelungssysteme, das Fehlvorstellungen bei bestimmten Ausschlussgründen iSd Kapitels V ARSIWA ohne spezifische Erwägungen berücksichtigt. Der zweite ILC-Bericht *Crawfords* und der ILC-Kommentar³¹⁵ legen bei den Merkmalen der Gefahr und dem Fehlen einer Alternative schlicht zugrunde, dass der handelnde Akteur seine Entscheidung unter Zeitdruck treffen muss und somit nur die ihm bekannten Tatsachen berücksichtigen kann.

311 Zu dieser Erwägung s.o. in der Einleitung.

312 Näher dazu s.u. 4. Kap., III.

313 S.o. in der Einleitung.

314 Zu dieser normtheoretischen Unterscheidung näher s.u. 9. Kap., III. 3. a.

315 S.o. Fn. 267 und Fn. 273.

Auf friedenssicherungsrechtliche Erlaubnissätze (auch wenn sie als solche einen anderen Normcharakter als die Regeln der Staatenverantwortlichkeit besitzen)³¹⁶ trifft dieser Aspekt nicht minder zu, weisen ihre Merkmale doch Ähnlichkeiten mit dem der Gefahr iSd Distress oder der Necessity auf.³¹⁷

Insgesamt lässt sich aus dem Gesagten der vorsichtige Schluss ziehen, dass es keinen Widerspruch innerhalb der Völkerrechtsordnung begründete, bestimmte Fehlvorstellungen im Friedenssicherungsrecht zugunsten des Handelnden zu berücksichtigen. Im Gegenteil bedürfte es guter Gründe, Fehlvorstellungen hier völlig anders zu behandeln als in anderen Bereichen. Für weitergehende Schlüsse unterscheiden sich die untersuchten Regelungsgebiete wohl zu stark von dem des Friedenssicherungsrechts. Es kann sich daher als fruchtbar erweisen, Regelungssysteme in den Blick zu nehmen, die ähnlichere Sachverhalte zum Gegenstand haben. Solche finden sich im nationalen Recht.

3. Kapitel: Eine methodische Besonderheit: Analogien zum Straf- und Polizeirecht

Diese Untersuchung bedient sich ganz überwiegend der klassischen methodischen Werkzeuge zur Ermittlung des geltenden Völkerrechts. Hierfür werden die in Art. 38 IGH-Statut erwähnten Rechtsquellen herangezogen. Die wichtigsten vertragsrechtlichen Normen, die es auszulegen gilt, sind Art. 2 (4), 39 und 51 UNC. Ihre Auslegung richtet sich nach den in Art. 31–33 WVK festgelegten Grundsätzen, die nach verbreiteter Auffassung Völkergewohnheitsrecht entsprechen.³¹⁸ Wie sich aus Art. 31 WVK ergibt, stellen der gewöhnliche Wortsinn, die Systematik, Ziel und Zweck

316 S.u. 4. Kap., IV. 1. b im Hinblick auf unilaterale Erlaubnissätze.

317 Zur Übertragung der IGH-Aussagen zum Notstandsrecht im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall auf das vorbeugende Selbstverteidigungsrecht s. auch Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 431–433; zur Wesensgleichheit von Selbstverteidigung und Defensivnotstand, ebd. S. 87 f.

318 S. nur ICJ, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada), Preliminary Objections, 2004, Rn. 99 (zu Art. 31 WVK); ICJ, Arbitral Award, 1991 (Guinea-Bissau v. Senegal), Rn. 48 (zu Art. 31 und 32 WVK); Ress, Berichte DG-VR 23 (1981), S. 7 (11 f.); Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung, S. 291; einschr. Villiger, Commentary VCLT, Art. 31, Rn. 37–39; aA Schwarzenberger, Virginia J. Int'l L. 9 (1968), S. 1 (19); zur Rspr. eing. Thirlway, British YB Int'l L. 77 (2007), S. 1 (25–30).

sowie die Aspekte des Art. 31 (3) WVK die primären Auslegungskriterien mit gleichrangiger Bedeutung dar.³¹⁹ Da die deutsche Sprache nicht authentische Charta-Sprache ist, werden an vielen Stellen dieser Arbeit unmitttelbar der englische sowie der Wortlaut anderer authentischer Sprachen verwendet. Genetische Aspekte sind hilfsweise heranzuziehen, wenn die primären Auslegungskriterien die Bedeutung mehrdeutig, dunkel oder sinnwidrig erscheinen lassen, vgl. Art. 32 WVK. Die wichtigste Rechtsquelle neben Völkervertragsrecht ist Völkergewohnheitsrecht,³²⁰ das ebenfalls ausgelegt werden muss.³²¹ Dieser – im Gegensatz zur induktiven Identifikation von Gewohnheitsrecht – deduktive Prozess³²² richtet sich nach ähnlichen Grundsätzen wie die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, das heißt primär nach systematischen und teleologischen Kriterien.³²³ Auch allgemeine Rechtsgrundsätze spielen für die untersuchte Fragestellung eine Rolle. Richterliche Entscheidungen und Lehrmeinungen werden als subsidiäre Rechtsquelle berücksichtigt.

Eine Besonderheit der untersuchten Fragestellung ist, dass sie auffallend an Fragen erinnert, die sich im nationalen Recht stellen. Jede Strafrechtsordnung kennt die häufig tragischen Fälle der sogenannten Putativnotwehr, bei der eine Person gegenüber einer anderen Notwehr übt, weil sie irrig annimmt, von dieser angegriffen zu werden.³²⁴ Die Nähe zu der Situation, in der sich ein Staat über die Voraussetzungen einer Selbstverteidi-

319 Villiger, Commentary VCLT, Art. 31 Rn. 29; zu diesen Kriterien in der IGH-Rechtsprechung Thirlway, British YB Int'l L. 77 (2007), S. 1.

320 Zu ihrem Verhältnis s.u. 5. Kap., II., III.

321 ICJ, North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion Tanaka, 1969 (Germany v. Netherlands), S. 181; eing. Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (134–142).

322 Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (134–136); auch die ILC sieht einen gewissen Raum für Deduktion, s. ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 2, Commentary (5).

323 Merkouris, Int'l Comm. L. Rev. 19 (2017), S. 126 (150, 152); North Sea Continental Shelf, Dissenting Opinion Tanaka, 1969 (Germany v. Netherlands), S. 181 („logical and teleological“); Bleckmann, ZaöRV 37 (1977), S. 504 (526–528). Gegen die Einbeziehung auch der *grammatikalischen* Auslegung – dh der maßgeblichen staatlichen Äußerungen und Vertragstexte (ebd. S. 526) – spricht, dass so die Auslegung der *staatlichen Äußerungen* zur Feststellung eines Gewohnheitsrechtsatzes mit der Auslegung *dieses abstrakten Rechtssatzes* nach seiner Feststellung vermischt würden – zwei Prozesse, die Bleckmann selbst voneinander trennen will, ebd. S. 520 f.

324 Als Beispiel sei dieser Fall aus Louisiana erzählt: 1992 klingelten der 16-jährige japanische Austauschschüler Yoshihiro Hattori und sein amerikanischer Gastbruder, zu einer Halloween-Party eingeladen, versehentlich an der falschen

gungslage irrt, liegt auf der Hand. Sie hat viele Stimmen veranlasst, im Friedenssicherungsrecht mit Parallelen zur nationalen strafrechtlichen Notwehr zu argumentieren³²⁵ in Anknüpfung an die Analogie zwischen Individuen und Staaten, die unter den klassischen Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts weit verbreitet war.³²⁶ Für Irrtümer im Kontext des kollektiven Sicherheitssystems lässt sich der Gedanke fortspinnen. Hier liegt die Parallele zum nationalen Polizeirecht nahe: Irrtümer des SR über das Vorliegen einer tatsächlichen Friedensbedrohung weisen starke Ähnlichkeiten mit der Situation eines Polizeibeamten auf, der eine Gefahrenlage annimmt, die ihn zum Eingriff befugte, obwohl sie tatsächlich nicht gegeben ist.³²⁷ Die Berücksichtigung dieser Ähnlichkeiten (die es im Detail noch zu untersuchen gilt)³²⁸ bei der Lösung der völkerrechtlichen Problemstellung wirft jedoch einige methodische Fragen auf.

Adresse. Die Frau des dort wohnenden Ehepaares sah die beiden Jungen in ihren Halloween-Kostümen, erschrak und bat ihren Mann, die Waffe zu holen. Dieser rannte den sich entfernenden Jugendlichen nach. Hattori drehte sich um und ging lächelnd auf den Mann zu, in seinem gebrochenen Englisch erklärend „We're here for the party“. Der Mann, der Hattori für einen „Verrückten“ hielt, rief „Freeze“, was Hattori offenbar nicht verstand und daher keine Folge leistete, und schoss dem Jungen in die Brust. Dieser verstarb noch am selben Ort, s. C. Lee, *Murder and the Reasonable Man*, S. 167 f.

- 325 Für Nachweise speziell im Zusammenhang mit Irrtümern über die Selbstverteidigungslage s.u. Teil 2 Fn. 24; Parallelen zwischen dem Selbstverteidigungsrecht und der Notwehr ziehen auch Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, S. 202 f, zu ihrer Grenze jedoch ebd. S. 199; N. A. Shah, *J Conflict & Security L.* 12 (2007), S. 95 (95); Weightman, *Virginia L. R.* 37 (1951), S. 1095 (1109, 1115); Vidmar, *Jean Monnet Work. Pap. Ser. 8* (2015), S. 1 (10 f); Kimminich, *AdV 33* (1995), S. 430 (435); Genoni, *Notwehr im Völkerrecht*, S. XXIX, Kap. 2 und 3.
- 326 Das gilt für Naturrechtler – Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), Buch II, Kap. I, Rn. III, XVI zur Notwehr und staatlichen Selbstverteidigung; von Pufendorf, *De jure naturae et gentium* (1672), Buch II, Kap. III, Rn. XXIII – ebenso wie für Positivisten, vgl. Rachel, *De jure naturae et gentium dissertationem* (1676), *Dissertatio altera, Jure Gentium*, III; Rutherford, *Institutes of Natural Law* (1754–1756), Buch II, Kap. IX, Rn. 5, 7; Textor, *Synopsis Juris Gentium* (1680), Vol. II, Ch. XXIV, Rn. 29 f; einschr. dagegen Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), Vol. II, Preface, S. 1; de Vattel, *Le droit des gens* (1758), Buch III, Kap. II, § 6; s. zum Ganzen Dickinson, *Yale L. J.* 26 (1917), S. 564 (565–575), der dieser Analogie krit. gegenübersteht, ebd. S. 564 (590 f); vgl. auch Weightman, *Virginia L. R.* 37 (1951), S. 1095 (1099–1101).
- 327 Vgl. Krefß, *ZStW* 115 (2003), S. 294 (327), der für den Fall Irak 2003 eine Parallele zum polizeirechtlichen Gefahrenverdacht zieht; Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, *Terrorist als Feind*, S. 167 (189, 191) hingegen zieht die Parallele zur polizeilichen Gefahrenprognose für unilaterale Erlaubnissätze heran.
- 328 S.u. 4. Kap.

Im Wesentlichen lassen sich zwei Einwände formulieren: Erstens könnten das Straf- und das Polizeirecht von zu spezifischen Erwägungen geprägt sein, um die dort geltende Grundsätze für das Friedenssicherungsrecht fruchtbar zu machen. Als Ordnung zwischen gleichrangigen Subjekten mag es im Ausgangspunkt gar dem Zivilrecht näherstehen.³²⁹ Zweitens geht es nicht um eine Analogie von einem Völkerrechtsgebiet zu den Regeln eines anderen,³³⁰ sondern (mit Ausnahme des Völkerstrafrechts) um eine Analogie zu Normen des *nationalen* Rechts. Die Heranziehung nationaler Regeln für die Lösung völkerrechtlicher Fragestellungen ist aber problematisch. Beide Einwände greifen ineinander.³³¹

I. Ausgangspunkt: Das Verhältnis des nationalen Rechts zum Völkerrecht

Das nationale Recht zählt als solches nicht zu den von Art. 38 (1) IGH-Statut aufgezählten Quellen des Völkerrechts. Nach dem dualistischen Modell stellen das nationale und das Völkerrecht zwei voneinander getrennte Rechtsordnungen dar.³³² Um in der Völkerrechtsordnung Geltung zu beanspruchen, müssten nationale Regeln die Grenzen derjenigen Rechtsordnung verlassen, für die sie bestimmt sind. Das wäre im Ausgangspunkt ähnlich kurios wie die Heranziehung französischer Rechtsnormen innerhalb der deutschen Rechtsordnung. Auch in monistischen Systemen bereitet die Übertragung nationaler Regeln auf das Völkerrecht grundsätzliche Schwierigkeiten: Zwar werden nationales Recht und Völkerrecht hier als Teile derselben Rechtsordnung angesehen,³³³ die sich mit *Kelsens* Worten

329 Zu den prominentesten Vertretern von Analogien zum Zivilrecht gehört sicherlich Lauterpacht, s. nur *Private Law Sources and Analogies in International Law; The Function of Law in the International Community*, S. 115–118; zur Öffnung gegenüber nationalem öffentlichem Recht durch die Generation „nach“ Lauterpacht s. Friedmann, *AJIL* 57 (1963), S. 279 (281).

330 Zur methodischen Zulässigkeit der Analogie im Völkerrecht ausf. Bleckmann, *AdV* 17 (1977), S. 161–180.

331 Zu den wenigen Autoren, die die häufig gezogene Parallelen zwischen Selbstverteidigungsrecht und Notwehr zu begründen versuchen, gehören Bakircioglu, *Self-Defence*, S. 189–193 und Rodin, *War and Self-Defence*, S. 122–162, wobei sich letzterer i. Erg. dagegen ausspricht.

332 S. nur Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, insb. S. 111; Oppenheim, in: Picciotto, *Relation of International Law to the Law of England*, S. 10.

333 Insb. Kelsen, *General Theory of Law and State*, S. 325; Kelsen, *Principles of International Law*, S. 403–447; Jones, *British YB Int'l L.* 16 (1935), S. 5 (17 f).

von derselben „Grundnorm“ ableiten lassen.³³⁴ Beide Rechtsquellen stammen aber von verschiedenen Akteuren ab und sind nicht auf dieselbe Art und Weise entstanden.³³⁵ Völkerrechtliche Rechte und Pflichten entstehen, wenn ihnen Völkerrechtssubjekte – etwa durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags – zustimmen oder durch andauernde Übung bei bestehender Rechtsüberzeugung zur gewohnheitsrechtlichen Geltung verhelfen.³³⁶ Unabhängig davon, ob man die normative Grundlage des Völkerrechts in der (gegebenenfalls stillschweigenden) Zustimmung der Staaten oder im Naturrecht sucht,³³⁷ erscheint es begründungsbedürftig, warum Staaten mit ihren nationalen Notwehr- und Gefahrenabwehrregeln ihre *völkerrechtlichen* Rechte und Pflichten beeinflussen wollen sollten oder darin ein Grundsatz zum Ausdruck kommen sollte, der – naturrechtlich gesprochen – unmittelbar aus der Idee des Rechts resultierte³³⁸ und damit auch im Völkerrecht Geltung beanspruchte.

Hinzu kommt schließlich, dass das hier betroffene völkerrechtliche Gewaltverbot, dessen Kern zugleich eine zwingende³³⁹ Norm des Völkergewohnheitsrechts³⁴⁰ ist und das eine völkervertragliche Grundlage hat, in vielen Rechtsordnungen in seinem Rang über dem einfachen nationalen Recht steht.³⁴¹ Die Heranziehung einer Regel des einfachen nationalen

334 Kelsen, *Principles of International Law*, S. 408–419.

335 Gemeint ist, dass Akteure wie nationale Parlamente nicht allein *Völkerrecht* erschaffen können. Überschneiden kann sich freilich der Regelungsgegenstand, da auch das nationale Recht das Verhalten des eigenen Staates gegenüber anderen Staaten regeln kann. Zum umgekehrten Fall völkerrechtlicher Regelung nationaler Belange Kelsen, *Principles of International Law*, S. 404 f.

336 Zu den strukturellen Unterschieden zwischen nationalem und Völkerrecht s. Hailbronner, *ZaöRV* 36 (1976), S. 190 (196–199).

337 Diese Frage ist insb. für das Völkergewohnheitsrecht sehr str.: für den staatlichen Willen als Grundlage ICJ, *Nicaragua, Merits*, 1986, Rn. 269; Henkin, *RCADI* 216 (1989), S. 9 (45–59, insb. S. 46), Ruys, *Armed Attack*, S. 12; einschr. aber ebd. S. 51–53; nuanciert Cassese, *International Law*, 2. Aufl., S. 153–155; krit. zum Willen als Grundlage (den Effektivitätsgedanken betonend) Guzman/Hsiang, *EJIL* 25 (2014), S. 553–559; Guzman, *Berk. Pro. Law & Ec, Work. Pap. Ser.* (2011); krit. auch Kelsen, *Principles of International Law*, S. 311–317; zum Ganzen s. auch Verdross, *RCADI* 52 (1935-II), S. 191 (195–203); Brownlie, *Principles of Public International Law*, S. 7–11.

338 Vgl. Verdross, *RCADI* 52 (1935-II), S. 191 (195–203).

339 S.o. Nachweise in Fn. 169.

340 S. nur Henkin, *RCADI* 216 (1989), S. 9 (60).

341 In Deutschland ist maßgebend, dass es eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“ ist (Art. 25 GG), in Frankreich genau umgekehrt, dass es sich um Völkerver-

Rechts schiefe daher zumindest dann aus, wenn sich das völkerrechtliche Gewaltverbot mit der nationalen Regel nicht in Einklang bringen ließe.

II. Die vergleichende Methode im Völkerrecht

Trotz dieser grundsätzlichen Bedenken hat in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Entwicklung eingesetzt, die nationale Rechtsordnungen in Bezug auf eine bestimmte Fragestellung vergleicht und dabei nicht die „gewöhnlichen“³⁴² Zwecke der Rechtsvergleichung – Rechtsvereinheitlichung, Suche nach Lösungen *de lege ferenda* oder schlicht dogmatische Erhellung³⁴³ – sondern die *Ermittlung bestehenden Völkerrechts* im Blick hat.³⁴⁴ Erst kürzlich hat diese Methode mit den viel rezipierten Büchern „Is International Law International?“ von *Anthea Roberts*³⁴⁵ und „Comparative International Law“ von *Anthea Roberts, Pierre-Hugues Verdier* und *Mila Versteeg* wieder viel Aufmerksamkeit erfahren.³⁴⁶ Bei der vergleichenden Methode geht es „nicht mehr um die Anwendung innerstaatlichen Rechts, sondern um die Anwendung von Völkerrecht, dessen Inhalt aber durch eine vergleichende Betrachtung mehrerer (wie auch immer auszuwählender) innerstaatlicher Rechtsordnungen vermittelt wird“.³⁴⁷ Der Begriff der *nationalen Analogie*³⁴⁸ darf daher keinesfalls in dem Sinne verstanden wer-

tragsrecht handelt (vgl. Art. 55 Constitution (1958); CE 6. Juni 1997 n° 148683 Aquarone); s. auch de Wet, EJIL 15 (2004), S. 97 (101–105, 112–114) zum Verhältnis zwischen *ius-cogens*-Normen und nationalem Recht.

342 Vgl. Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193).

343 Zu diesen Zwecken der Rechtsvergleichung Strebel, ZaöRV 1964, S. 405 (405); Bernhardt, ZaöRV 24 (1964), S. 431 (431–445, 449 f); Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193).

344 Eine eindrucksvolle Sammlung bedeutender Aufsätze zur vergleichenden Methode im Völkerrecht hat Butler 1980 in dem Band „International Law in Comparative Perspective“ veröffentlicht; lesenswert auch Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190–226.

345 Zu Roberts' Teil über die vergleichende Methode insb. Jia, EJIL: Talk!, 9. Februar 2018; Fabri, EJIL: Talk!, 8. Februar 2018.

346 Zu den Aufsätzen aus der jüngeren Zeit zählen Jain, AJIL 109 (2015), S. 486–497; Forteau, AJIL 109 (2015), S. 498–513; Roberts, Int'l & Comp. L. 60 (2011), S. 57–92.

347 Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280).

348 Vgl. Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51–53; Bakircioglu, Self-Defence, S. 193; Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (498); Walzer, Just and Unjust Wars, S. 58; Goldie, Syracuse J. Int'l L. & Com. 1 (1972), S. 39 (39 f); Rodin, War and Self-Defence, S. 107.

den, dass bei einer völkerrechtlichen Regelungslücke nationale Regeln in vorgefundener Form in das Völkerrecht importiert und dort schematisch angewendet werden.³⁴⁹ Die vergleichende Methode setzt an den drei Primärrechtsquellen iSd Art. 38 (1) (a)-(c) IGH-Statut an, über die die Erkenntnisse der Rechtsvergleichung grundsätzlich nur Eingang in das Völkerrecht finden.³⁵⁰

1. Berücksichtigung nationalen Rechts als allgemeinen Rechtsgrundsatz

Auf der Hand liegt der nationalrechtliche Einfluss auf das Völkerrecht bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die sich großenteils³⁵¹ aus dem nationalen Recht speisen.³⁵² Ob jedoch nationale Regeln zu Putativnotwehr und irrtümlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen das Potential für einen Allgemeinen Rechtsgrundsatz haben, erscheint fraglich. Denn bisher hat die Rechtsprechung letztere im Wesentlichen auf hochabstrakte Prinzipien des „common sense“³⁵³ beschränkt.³⁵⁴ Beispiele sind das Entschädigungserfordernis bei einer Pflichtverletzung,³⁵⁵ das Prinzip von Treu

349 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (289); Verdross, RCADI 52 (1935-II), S. 191 (205); Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, S. 384 § 602; Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz, S. 26.

350 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280–283); Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 59 (50–52, 58 f); Dutoit, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 67 (72, 84); Hailbronner, ZaöRV 36 (1976), S. 190 (193 f); L. C. Green, Tul. L. Rev. 42 (1967–1968), S. 52 (66) (letzterer zum Nutzen für allgemeine Rechtsgrundsätze).

351 Manche Autoren meinen gar ausschließlich, vgl. Bothe, ZaöRV 1976, S. 280 (282).

352 Lord Phillimore, Procès-verbaux des Séances du Comité, PCIJ, 16. Juni – 24. Juli 1920, avec Annexes, S. 335; vgl. Cheng, General Principles of Law, S. 25; Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 50–53, der das nationale Recht als eine von fünf Kategorien allgemeiner Rechtsgrundsätze systematisiert; Art. 21 (1) (c) IStGHSt enthält diesbezüglich eine klarere Regel.

353 Vgl. ICJ, Certain Norwegian Loans, Separate Opinion Lauterpacht, Preliminary Objections, 1957, S. 50.

354 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51; für eine Öffnung für konkretere Prinzipien in bestimmten Bereichen plädierend, ebd. S. 53.

355 PCIJ, Chorzów Factory, Ser. A, No. 17, 1928, Rn. 68.

und Glauben,³⁵⁶ Equity,³⁵⁷ Estoppel,³⁵⁸ der Vorrang der spezielleren oder späteren Norm oder der Grundsatz *pacta sunt servanda*.³⁵⁹ Konkretere Prinzipien wurden bisher nur im Bereich des Prozessrechts anerkannt³⁶⁰ und auch dort begegnen internationale Gerichte ihnen mit Skepsis.³⁶¹ Der Grund für diese Begrenzung auf abstrakte Rechtsinstitute liegt darin, dass allgemeine Rechtsprinzipien traditionell als die *Idee des Rechts* selbst reflektierend verstanden werden³⁶² und ihre eigentliche Grundlage im Naturrecht gesucht wird,³⁶³ sie sich also deshalb ohne Weiteres in die Völkerrechtsordnung einfügen, weil sie die Grenzen des nationalen Rechts ohnehin transzendieren.³⁶⁴ Die Regeln zu Fehlvorstellungen bei Notwehr und Gefahrenabwehrmaßnahmen müssten immerhin ein Stück weit verändert werden, um für die völkerrechtlichen Ausnahmen vom Gewaltverbot Sinn zu ergeben. Denn im Ausgangspunkt sind sie auf die Begründung der *Bestrafung* eines Täters und die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns ge-

356 Vgl. ICJ, Nuclear Weapons, 1996, S. 267.

357 Individual Opinion Hudson, PCIJ Diversion of the Waters from the River Meuse, Ser. A/B No. 70, 1937, Rn. 321–324.

358 Schweizerisches Bundesgericht 106 Ib 154 S. 154 (169), Nufenen-Fall. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich auch in PCIJ, Ihlen Declaration in the Status of Eastern Greenland, Urteil vom 5. April 1933, Ser. A/B No. 53, S. 69–73.

359 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 53 f; Bothe, ZaöRV 36 (1976) S. 280 (295); für eine gewisse Systematisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze s. Cheng, General Principles of Law.

360 ICJ, Effect of Awards of Compensation, Advisory Opinion, 1954, 1954, S. 53 (zum Prinzip *res judicata*); Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 53–57; zur Abstraktheit allgemeiner Rechtsgrundsätze s. auch Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (287–289); Cheng, General Principles of Law, S. 24.

361 Vgl. Parker (USA) v. United Mexican States, Arbitral Award, 1926, RIAA IV, S. 35 (39).

362 Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 51.

363 Vgl. ICJ, South West Africa, Dissenting Opinion Tanaka, Second Phase, 1966 (Liberia v. South Africa und Ethiopia v. South Africa), S. 298; ICTY, Erdemović, IT-96–22, Dissenting and Separate Opinion Stephens, 7. Oktober 1997, Rn. 26 („simple justice“); vgl. auch Jain, AJIL 106 (2015), S. 486 (487 f).

364 Zur notwendigen Eignung des Prinzips für die Völkerrechtsordnung s. Schachter, International Law in Theory and Practice, S. 52; Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (294–298); Bothe/Ress, in: Butler, International Law in Comparative Perspective, S. 49 (50, 62). Etwa lag in der Nichtübertragbarkeit des Rechts der Dienstbarkeiten wohl der Grund dafür, dass der IGH im Fall *Right of Passage over Indian Territory* allgemeine Rechtsgrundsätze als unerheblich beiseiteschob (Gutachten vom 12. April 1960, S. 43); vgl. etwa Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (295).

genüber dem Bürger zugeschnitten.³⁶⁵ Mögliche *normative* Parallelen zwischen der Notwehr und der polizeirechtlichen Gefahrenabwehrmaßnahme einerseits und den Ausnahmen vom Gewaltverbot andererseits sind damit nicht ausgeschlossen. Doch die Identifizierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne eines „das Recht selbst“ zum Ausdruck bringenden Prinzips steckte das Ziel angesichts der Spezifität der Regeln des Straf- und Polizeirechts wohl zu hoch.³⁶⁶

2. Berücksichtigung bei der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht

Inwieweit eine interne Rechtspraxis und Rechtsüberzeugung geeignet sind, die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht zu beeinflussen, ist nicht unumstritten.³⁶⁷ Erforderlich ist wohl zumindest, dass in den nationalen Regeln die Überzeugung zum Ausdruck kommt, das nach nationalem Recht gebotene oder erlaubte Verhalten gelte auch in völkerrechtlicher Hinsicht.³⁶⁸ Hierfür muss die nationale Norm einen völkerrechtlich relevanten Sachverhalt betreffen, auf das Völkerrecht Bezug nehmen, oder umgekehrt der Staat im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr auf sie verweisen.³⁶⁹ Sowohl die strafrechtlichen Notwehrregelungen als auch die poli-

365 Das ist das Hauptargument der Kritiker völkerrechtlicher Analogien zum Strafrecht Quigley, *The Six-Day War*, S. 145; Sloane, *AJIL* 106 (2012), S. 447 (473); skeptisch zum Polizeirecht Bernhardt, *ZaöRV* 24 (1964), S. 430 (450).

366 Daran ändert auch nichts, dass nationale Rechtsinstitute nie „lock, stock and barrel“ auf die Ebene des Völkerrechts gehoben werden können, *Separate Opinion Lord McNair, International Status of South West Africa*, 11. Juli 1950, S. 148, da die erforderlichen Anpassungen hier wohl zu groß wären als noch von einem allgemeinen Rechtsprinzip die Rede sein könnte.

367 Dafür Bothe/Ress, in: Butler, *International Law in Comparative Perspective*, S. 49 (50); Bothe, *ZaöRV* 36 (1976), S. 280 (281 f); Hailbronner, *ZaöRV* 36 (1976), S. 190 (201–205); Dutoit, in: Butler, *International Law in Comparative Perspective*, S. 67 (72); dagegen wohl *Dissenting Opinion Altamira, PCIJ Lotus*, Ser. A No. 10, 1927, Rn. 283–285. Dem IGH lag rechtsvergleichendes Material zB im britisch-isländischen Fischereifall vor (vgl. *Joint Separate Opinion Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh und Ruda*, 25. Juli 1974, Rn. 17 f); vgl. auch *PCIJ, Lotus*, Ser. A No. 10, 1927, Rn. 77–84; zur Relevanz nationaler Gerichtsentscheidungen s. *ILC Identification of Customary Law* (2018), *Draft Conclusion 6* (2), *Commentary* (6), *Conclusion 10* (2), *Commentary* (5), *Conclusion 13* (2), *Commentary* (6), (7).

368 Ebenso Hailbronner, *ZaöRV* 36 (1976), S. 190 (201–203).

369 Ähnlich Hailbronner, *ZaöRV* 36 (1976), S. 190 (201–203); Bothe/Ress, in: Butler, *International Law in Comparative Perspective*, S. 49 (50).

zeirechtlichen Eingriffsbefugnisse auf nationaler Ebene haben für sich genommen einen ausschließlich nationalen Sachverhalt zum Gegenstand. Auch nimmt, soweit ersichtlich, keine nationale Notwehr- und Polizeirechtsnorm auf das Völkerrecht Bezug. Der Versuch mancher Strafrechtswissenschaftler, ihr nationales Strafrecht mithilfe der Regeln des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts zu erklären,³⁷⁰ ist bemerkenswert, belegt aber keine Bezugnahme *des Staates*, die die Einflussnahme nationalen Rechts auf das Völkergewohnheitsrecht begründen könnte.³⁷¹ Auch die im Völkerrecht angestellten Vergleiche mit der strafrechtlichen Notwehr werden eher von der völkerrechtlichen Literatur gezogen³⁷² als von den staatlichen Akteuren selbst, deren Praxis und Rechtsauffassung für die Entstehung Völkergewohnheitsrechts unmittelbar relevant sind.³⁷³ Eine Ausnahme bilden Parallelen zum nationalen Recht, die die Staaten im Rahmen der Chartaentstehung herstellten. Diese lassen sich aber besser im Rahmen der Chartaauslegung als beim Völkergewohnheitsrecht selbst berücksichtigen.

3. Berücksichtigung als normatives Auslegungskriterium der UNC

Erfolgsversprechender als die Einbruchsstelle des Völkergewohnheitsrechts erscheint daher ein dritter Begründungsweg für die Analogie vom Völker zum nationalen Recht: Sollte sich herausstellen, dass die *normativen Erwägungen*, die den in Rede stehenden national-rechtlichen Eingriffstatbeständen und den völkerrechtlichen Ausnahmen vom Gewaltverbot zugrunde liegen, identisch sind, so liegt es nahe, dass die Schöpfer der UNC die völkerrechtlichen Erlaubnissätze zur Anwendung von Gewalt nicht völlig anders konzipiert haben als die entsprechenden nationalen Eingriffsbefugnisse. Das gilt zumindest, soweit wie hier die überwiegend identische Bezeichnung der nationalen und völkerrechtlichen Eingriffsbefugnisse („self-

370 S. Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, S. 20 f; Fletcher, *Fletcher's Essays*, S. 274.

371 Diese Versuche sind nur eine subsidiäre Rechtsquelle, die zur Bestimmung von Völkergewohnheitsrecht beitragen, vgl. Art. 38 (1) (d) IGH-Statut; ILC Identification of Customary International Law (2018), Draft Conclusion 14, Commentary (2).

372 Dazu s.u. 5. Kap., II.

373 Freilich sind die „Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler“ subsidiäre Rechtsquelle, Art. 38 (1) lit. d IGH-Statut. Sie können aber nicht die *opinio iuris* und Praxis eines Staates ersetzen.

defence“)³⁷⁴ und der während der Genese der betreffenden Chartanormen explizit gezogene Vergleich zum nationalen Recht (der SR als „police-man“)³⁷⁵ eine Verbindung zum nationalen Recht herstellen. Die normative Vergleichbarkeit unterstellt, wäre das nationale Recht dann – als frühere oder spätere Praxis – bei der Ermittlung des Parteiwillens zu berücksichtigen.³⁷⁶ Zugleich deutete die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen innerhalb der nationalen Erlaubnissätze, die einen ähnlichen Schutzzweck wie ihre völkerrechtlichen Entsprechungen erfüllen, darauf hin, dass teleologische Gründe für eine derartige Berücksichtigung von Fehlvorstellungen existieren. Das nationale Recht würde so zu einem historischen und normativen Auslegungskriterium und fände Eingang in das Völkerrecht, ohne dass der strafrechtliche und polizeirechtliche Charakter der nationalen Norm entgegenstünde. Denn das Erfordernis normativer Vergleichbarkeit stellte sicher, dass die nationale Norm nicht von zu spezifischen Erwägungen ihres Anwendungskontextes geprägt ist. Freilich griffe dieses Auslegungskriterium nicht isoliert, sondern im Zusammenspiel mit den übrigen Auslegungskriterien, und zwar insbesondere dann, wenn diese übrigen Kriterien wie hier – so viel sei bereits verraten – kein eindeutiges Auslegungsergebnis liefern.

4. Die Analogie als eigene Rechtsquelle

Teilweise ist das Institut der Analogie auch als eigenständige Rechtsquelle anerkannt, die auf dem Postulat der Gerechtigkeit beruhe, Gleichrangiges gleich zu behandeln.³⁷⁷ Dass dieser Gleichheitssatz im Völkerrecht gilt, hat *Bleckmann* unter Hinweis auf die Gleichheit der Staaten und das Willkür-

374 Die englische, französische und spanische Chartafassung verwendet in Art. 51 UNC denselben Begriff wie die jeweilige Sprache für die strafrechtliche Notwehr (self-defense, légitime défense, legítima defensa); im Russischen und Chinesischen ist der verwendete Begriff zumindest ganz ähnlich: самооборону („Selbstverteidigung“) in Art. 51 UNC und необходимой обороны („notwendige Verteidigung“) in Art. 37 des russischen StGB; 自卫 („Selbstverteidigung“) in Art. 51 UNC und 防卫 („Verteidigung“) in Art. 20 des chinesischen StGB.

375 UNCIO VI, S. 25 (Großbritannien), S. 28 f (Panama); S. 29 (USA), S. 33 (Uruguay).

376 Vgl. Bothe, ZaöRV 36 (1976), S. 280 (280 f); zur Beeinflussung der Auslegung von Völkervertragsrecht durch nationales Recht s. auch Lauterpacht, Private Law Sources, S. 302.

377 Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (173).

verbot überzeugend begründet.³⁷⁸ Wenn er auch Analogien von *einem* Völkerrechtsbereich zu einem *anderen* vor Augen hat, greift seine Erwägung auch für Analogien zu nationalen Regeln. So gilt es in monistischen Systemen, die durch die unterschiedlichen Regelungsbereiche entstehenden Wertungswidersprüche zu vermeiden. Doch auch in dualistischen Systemen, in denen völkerrechtliche Regeln erst in die nationale Rechtsordnung inkorporiert werden müssen, befindet sich der Inhalt beider Regelungskreise letzten Endes in ein- und derselben Rechtsordnung, die ein möglichst widerspruchsfreies System bilden sollte. Zu einem Wertungswiderspruch kommt es freilich nur, wenn der Bereich, für den keine eindeutige Regel existiert, und der Bereich, dessen Regel übertragen werden soll, miteinander vergleichbar sind. Das primäre Kriterium dafür ist dasselbe wie für die Berücksichtigung der Parallelen zum nationalen Recht als normatives Auslegungskriterium: die Vergleichbarkeit der *Zwecksetzungen* beider Rechtsinstitute.³⁷⁹

Eine These dieser Arbeit ist, dass sich diese normativen Parallelen nicht nur zwischen der strafrechtlichen Notwehr und dem Selbstverteidigungsrecht sowie zwischen der nationalen Gefahrenabwehrmaßnahme und der SR-Autorisierung aufzeigen, sondern dass sich allgemein zwei Gruppen von Eingriffsrechten gegenüberstellen lassen, die auf nationaler wie auf völkerrechtlicher Ebene existieren: die Gruppe der Amtsrechte und die der Notrechte. Um diese für Fehlvorstellungen besonders bedeutsame Unterscheidung geht es im folgenden Kapitel.

4. Kapitel: Amts- und Notrechte im nationalen und im Friedenssicherungsrecht

Die aus dem nationalen Recht bekannte Unterscheidung zwischen Amts- und Notrechten (I) ist für die untersuchte Fragestellung von Relevanz, da es legitim erscheint, Fehlvorstellungen bei Amtsrechten anders zu behandeln als bei Notrechten (II). Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob sich auch auf friedenssicherungsrechtlicher Ebene Amts- und Notrechte identifizieren lassen (III). Die dazu angestellten Erwägungen begründen gleichzeitig die normative Vergleichbarkeit dieser Rechtsinstitute und legen da-

378 Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (173–176), zum Willkürverbot s.u. 17. Kap., II. 2. a.

379 Vgl. Bleckmann, AdV 17 (1977), S. 161 (169); krit. ebd. S. 161 (175 f); vgl. auch Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 207 f.

mit die Grundlage für den an späterer Stelle³⁸⁰ unternommenen Vergleich nationaler Rechtsordnungen und die daraus gezogenen Schlüsse für die teleologische Auslegung der völkerrechtlichen Erlaubnissätze.

I. Grundlagen der Unterscheidung im nationalen Recht

In nahezu allen nationalen Rechtsordnungen verfügt der Staat über das Gewaltmonopol. Während dem Bürger die Anwendung von Gewalt grundsätzlich untersagt ist, darf der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen Gewalt einsetzen. Die polizeiliche Befugnis zum Einsatz von Gewalt zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung³⁸¹ ist als hoheitliche Eingriffsbefugnis in die Rechte des Bürgers zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ein typisches *Amtsrecht*.³⁸² Regelmäßig wird sie durch den Hoheitsträger selbst ausgeübt.³⁸³ Die Konzentration der Befugnis zur Anwendung physischer Gewalt auf den Hoheitsträger basiert auf dem Gedanken, dass nur so Frieden und Ordnung innerhalb des Staates gewährleistet sind.³⁸⁴ Der Zweck des Gewaltmonopols umfasst also regelmäßig den Schutz von Individualinteressen, geht aber noch darüber hinaus.³⁸⁵

380 8. Kap. (Rechtsvergleich für Notrechte), 16. Kap. (Rechtsvergleich für Amtsrechte).

381 Wenn auch diese beiden Rechtsbegriffe nicht in allen Rechtsordnungen existieren, so kennt doch jede Rechtsordnung die davon umfassten Schutzgüter.

382 Eigentlich handelt es sich nicht um ein *Recht*, sondern eine *Befugnis*; der Begriff „Amtsrecht“ ist als Gegenstück zum „Notrecht“ aber geläufiger; in Deutschland wird der Begriff teilweise auch mit der früheren „Sonderrechtstheorie“ verbunden. Die polizeiliche Inanspruchnahme von Nichtstörern wurde früher auch als *Staats-* oder *polizeiliches Notrecht* bezeichnet, vgl. Wolzendorff, AÖR 27 (1911), S. 220 (221–236), ist aber nicht mit den Notrechten des Bürgers zu verwechseln, s. ebd. S. 245.

383 Zur Delegation von Amtsrechten s. aber unten 4. Kap., III., Fn. 435.

384 Die Grundlage des Gewaltmonopols in der Friedensstiftung zu sehen, geht auf Hobbes zurück, s. insb. Kapitel 19 der *Elements of Law*, Kapitel 5 aus *De Cive* und Kapitel 17 des *Leviathan*, nebeneinander gestellt in Baumgold, *Three-Text Edition*, Kapitel 16; zur Friedenseinheit als Strukturmerkmal staatlicher Ordnung Böckenförde, *Staat als sittlicher Staat*, S. 12–15; zur Verbindung zwischen Gewaltmonopol und Demokratie s. Fisahn, *KritV* 94 (2011), S. 3 (8–10).

385 Für Deutschland vgl. BeckOK *Polizei- und Ordnungsrecht NRW/Gusy/Worms*, § 1, Rn. 51–55, 71; für Frankreich und Italien s. Natoli, *Rev. d. droits de l'homme* 11 (2017), S. 1 (6).

In manchen Situationen ist der Staat nicht in der Lage, der ihm übertragenen Aufgabe des Rechtsgüterschutzes effektiv nachzukommen – etwa weil eine so akute Gefahr besteht, dass jedes polizeiliche Einschreiten zu spät käme. Für diesen Fall geben die nationalen Rechtsordnungen dem Bürger *Notrechte* an die Hand – Notfallkompetenzen also, die ihn zum Eingriff in Rechte eines Dritten ermächtigen, wenn staatliche Hilfe nicht zur Verfügung steht.³⁸⁶ Diesen Zusammenhang zwischen Notrechten und Gewaltverbot beschreibt *Erb* für die Notwehr, einem zentralen Notrecht des Straf- und Zivilrechts, so:

„Kommt es zu einem gegenwärtigen Angriff, dann ist die Rechtsordnung ihrer zentralen Aufgabe, dem einzelnen Sicherheit zu vermitteln, im Einzelfall offensichtlich nicht gerecht geworden. Damit verwirkt sie den Anspruch, den Angegriffenen an den sonst üblichen Maßstäben zu messen und ihm unter Auferlegung persönlicher Nachteile genau das abzuverlangen, was sie zu seinen Gunsten nicht zu gewährleisten vermag, nämlich eine *friedliche Konfliktbewältigung*.“³⁸⁷ [Hervorhebung im Original, Fn. weggelassen]

Notrechte bilden also eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol³⁸⁸ oder das Gewaltmonopol wird unmittelbar so formuliert, dass „nur der Staat physischen Zwang ausüben und jede nichtstaatliche Gewaltanwendung nur aufgrund einer staatlichen Gewaltgestattung erfolgen darf.“³⁸⁹ Das andere zentrale Notrecht neben der Notwehr ist das Notstandsrecht. Viele Rechtsordnungen unterscheiden zwischen zwei Arten des Notstandes: Die eine löst eine echte Interessenkollision auf und erlaubt die Hand-

386 Vgl. Frister/Korte/Kreß, JZ (2010), S. 10 (12); zu dieser Erklärung der bürgerlichen Notrechte vgl. Granger, RSC (2009), S. 273 (283); Buisson, Force publique, Rn. 86; Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507 (543); Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 292–295; konzeptuell sind Notrechte daher gegenüber Amtsrechten subsidiär, vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 292–302.

387 MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 3; ganz ähnlich schreibt Vermelle, La violence en droit pénal, S. 237, zitiert bei Granger, RSC (2009), S. 273 (283): „Le droit concède au particulier menacé, ou témoin d'un péril, la prérogative de défense de son intérêt, lorsque l'on relève l'inaptitude de l'autorité publique à intervenir à ce moment“; auch in China wird die Notwehr angesehen als „ein Recht, welches der Staat dem einzelnen Bürger 'zeitweise überlässt' [...], wenn die Ausübung der (originären) öffentlichen Gewalt gestört ist“, Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 296.

388 Schulte, DVBl (1995), S. 130.

389 Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56; s. auch Schulte, DVBl (1995), S. 130.

lung des Täters, weil er damit ein höherwertiges Rechtsgut rettet.³⁹⁰ Die andere berücksichtigt primär eine psychische Zwangslage des Täters und hat häufig – so diese Unterscheidung vorgenommen wird – nur entschuldigende bzw. subjektive Wirkung.³⁹¹ Hier steht die erste dieser Notstandsformen im Vordergrund, da nur sie – soweit man die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung oder zwischen objektiven und subjektiven Strafausschließungsgründen anerkennt³⁹² – einen echten *Erlaubnissatz* zur Anwendung von Gewalt und damit ein Notrecht im eigentlichen Sinne darstellt.³⁹³

Die genaue normative Begründung dieser beiden Notrechte wird bis heute nicht einheitlich beurteilt. Die für die Notwehr in der Strafrechtsdogmatik früher diskutierten Grundlagen – der psychische Zwang,³⁹⁴ die private Bestrafung³⁹⁵ oder das rechtfertigende Motiv³⁹⁶ – haben sich nicht durchgesetzt.³⁹⁷ Vorrangig werden heute zwei Begründungsstränge vertreten, die bisweilen auch miteinander kombiniert werden.³⁹⁸ So erblicken manche in der strafrechtlichen Notwehr die Verteidigung der Rechtsord-

390 So der *état de nécessité* iSd Art. 122–7 Code pénal, die *choice-of-evils*-Einrede iSd Section 3.02 MPC, die „*extreme necessity*“ iSd Art. 39 des russischen StGB und der rechtfertigende Notstand iSd § 34 des deutschen StGB.

391 So die *contrainte morale* iSd Art. 122–2 Code pénal (eine *cause subjective d'exonération*), die *physical or mental coercion* iSd Art. 40 des russischen StGB, der *duress* iSd § 2.09 MPC und der entschuldigende Notstand iSd § 35 des deutschen StGB, obwohl letztere beiden auch eine Interessenkollision auflösen und sich daher nicht auf eine psychische Zwangslage reduzieren lassen; zur Unterscheidung dieser Notstandsformen s. auch Sloane, *AJIL* 106 (2012), S. 447 (474–478); insb. die Unterscheidung zwischen *choice-of evil* und *duress* ebenso wie ihre jeweilige Rechtsfolge ist im britischen und US-Recht str., wie hier Schwartz, *U. Chi. L. Rev.* 75 (2008), S. 1259 (1263 f).

392 Die erste Unterscheidung ist zB im deutschen, die zweite im französischen Strafrecht verbreitet, s.u. 8. Kap., I. 1., 2.

393 Die Konzeption, dass Notrechte echte *Rechte* sind und nicht nur vor Bestrafung schützen, liegt nicht nur westlichen Rechtsordnungen, sondern etwa auch dem russischen Strafrecht zugrunde, vgl. Aghayev, *Russian Criminal Law*, S. 252, 261.

394 Dana, *Essai sur la notion d'infraction*, Rn. 208 f; vgl. auch Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, S. 30 f.

395 Vgl. Geyer, *Lehre von der Notwehr*, S. 75–87 zum germanischen Tötungsrecht, das dieser aber von der Notwehr unterscheidet; vgl. auch Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, S. 27–29, 34.

396 Zu diesem Exkulpationsgrund Trousse, *RDP* (1962), S. 418–436.

397 Eing. Bernardini, *Légitime défense*, Rn. 9–18.

398 So die in Deutschland hM, s. nur BGHSt 24, 356 (359) = NJW 1972, 1821 (1822); BayOBLG NStZ-RR 1999, 9 (9); ähnlich die russische Konzeption (s. Pa-

nung, also die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch den Bürger.³⁹⁹ Insbesondere in Deutschland gewinnt dagegen die Überzeugung an Zulauf, dass die Notwehr primär dem Schutz des betroffenen Individualrechtsguts dient.⁴⁰⁰ Die mit der Notwehrausübung einhergehende Rechtsbewahrung sei aus Sicht des Handelnden allenfalls Reflex,⁴⁰¹ eine über den Individualschutz hinausgehende Begründung zudem überflüssig.⁴⁰² Tatsächlich will der Gedanke, dass der Notwehr übende Bürger eine *staatliche* Funktion wahrnimmt, zumindest in Rechtsordnungen wie der deutschen nicht recht passen, in denen der Bürger (anders als ein Hoheitsträger grundsätzlich) nicht an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden ist.⁴⁰³ Aber auch in anderen Rechtsordnungen schimmert eine individualistische Begründung überall dort durch, wo die Grundlage aller Notrechte in einer Abwägung der betroffenen Individualinteressen gesehen wird, ein Rechtsgut also beeinträchtigt wird, um ein anderes, im Einzelfall überwiegendes Interesse zu schützen⁴⁰⁴ und die Notwehr als Unterfall des Notstandes behandelt wird.⁴⁰⁵ Tatsächlich leuchtet die aus der Notwehr resultierende Pflicht des Angreifers, die Verteidigung zu dulden, insoweit unmit-

ramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, in: National Criminal Law, Vol. 5.1, S. 129 f) sowie die chinesische, Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 295–299.

- 399 Bernardini, *Légitime défense*, Rn. 19; Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 321; Schmidhäuser, GA (1991), S. 97 (112–125); Jhering, Kampf um's Recht, S. 46–67, 92–96; Sprick, Grenzen der Notwehr, S. 297–299 zum chinesischen Recht; vgl. auch die – wenn auch nicht ganz identische – „soziale“ Begründung bei Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, S. 34 f („self-defense as a measure furthering the public welfare“).
- 400 S. nur Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 16, 94–108, 117 f; Frister, GA (1988), S. 291 (295–316).
- 401 MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 17.
- 402 Zum naturrechtlichen Charakter des Notwehrrechts MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 5, 15.
- 403 So in Deutschland, vgl. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 14–18; auch für Fletcher hat die Frage der sozialen und individualistischen Begründung insb. Auswirkungen darauf, ob die Notwehr verhältnismäßig sein muss, vgl. Fletcher, *A Crime of Self-Defense*, S. 32–36; näher zur Kritik an der überindividualistischen Begründung Frister, GA (1988), S. 291–316.
- 404 Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 27–32; MüKoStGB/Schlehofer, Vor. § 32, Rn. 59; Dubber/Hörnle, *Criminal Law*, S. 389.
- 405 So ist der Notstand im MPC die erste Verteidigungseinrede und trägt den Titel „Justification Generally: Choice of Evils“, dazu Dubber/Hörnle, *Criminal Law*, S. 389, 447 f; für eine ähnliche Erwägung im Recht der Staatenverantwortlichkeit s. Heathcote, in: Crawford/Pellet/Olleson, *International Responsibility*, S. 496; die Notwehr individualistisch begründend auch Dressler, *UCLA L. Rev.* 32 (1984), S. 61 (85).

telbar ein: Er hat seinen eigenen Rechtskreis überschritten, sodass der Verteidiger die Beeinträchtigung seines Rechtskreises, für die der andere „vollständig“⁴⁰⁶ ist, nicht wehrlos hinnehmen muss.⁴⁰⁷

In dieser Zuständigkeit liegt der wesentliche Unterschied zwischen Notwehr und Defensivnotstand einerseits und Aggressivnotstand andererseits. Während das Opfer einer *Defensivnotstandshandlung* für die Gefahr immerhin *mitzuständig* ist – der Defensivnotstand daher eigentlich der Notwehr näher steht als dem Aggressivnotstand⁴⁰⁸ – ermächtigt letzterer zu Eingriffen in Rechte Dritter, die für die Gefahr überhaupt nicht zuständig sind. Aus diesem Grund ist er besonders begründungsbedürftig.⁴⁰⁹ Will man nicht mit *Kant* einen „Zwang ohne Recht“⁴¹⁰ und – wegen der fehlenden Abschreckungswirkung der (noch ungewissen) Strafe in einer Situation, in der andernfalls der *gewisse* Verlust des Lebens droht, – eine blo-

406 Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 306–308, wobei er einen rechtswidrigen und *sorgfaltswidrigen* Angriff meint; ob nur ein solcher Angriff unter § 32 StGB fällt, ist str., s.u. 8. Kap., I.

407 Der hiergegen gerichtete Einwand Cottons, *New Crim. L. Rev.* 18 (2015), S. 35 (47 f), Notwehr verlange kein Schuldurteil über den Angreifer, sondern diene nur der Abwehr einer *Gefahr* (und unterscheide sich daher letztlich nicht vom (Aggressiv-)notstand), überzeugt nicht. Denn dass Notwehr keine private Bestrafung ist, schließt nicht aus, mit der Vollzuständigkeit des Angreifers für die Konfliktlage zu begründen, dass von den beiden in Betracht kommenden Personen – Angreifer oder Angegriffener – ersterer die letztendliche Beeinträchtigung erdulden muss. Im US-Recht mag indes auch die Rechtfertigung der Notwehr Probleme bereiten, weil ihre Voraussetzungen versubjektiviert werden, also nicht notwendigerweise ein tatsächlicher rechtswidriger Angriff vorliegen muss, näher s.u. 8. Kap., I. 3.

408 Vgl. Pawlik, Rechtfertigender Notstand, S. 309, der es für eine „rein terminologische Frage“ hält, ob die unter der Kategorie des Defensivnotstands diskutierten Fälle dem rechtfertigenden Notstand oder „der („sozialethisch“ eingeschränkten) Notwehr“ zugeschlagen werden.

409 Diese Unterscheidung zwischen Aggressiv- vom Defensivnotstand hat sich vor allem in Deutschland durchgesetzt, wo sie einen unterschiedlichen Abwägungsmaßstab begründet, vgl. § 34 StGB und § 904 BGB einerseits und § 228 BGB andererseits; in Frankreich, den USA und England ist sie weniger verbreitet, beim Notstand gilt regelmäßig ein Abwägungsmaßstab wie beim deutschen Aggressivnotstand, dh das beeinträchtigte Interesse muss das geschützte überwiegen, vgl. Art. 122–7 *Dalloz Code pénal*, Rn. 44; Section 3.02 (1) (a) MPC; für England vgl. *R. v. Howe* (1987) 85 Cr. App. R. 32 zur Tötung eines unbeteiligten Dritten.

410 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, S. 28.

ße „subjektive Straflosigkeit“⁴¹¹ annehmen, so lassen sich die Begründungswege auch hier im Wesentliche auf zwei Ansätze zurückführen: In den Common-Law-Ländern, aber auch in Frankreich und Russland, ist bis heute eine primär utilitaristische Begründung herrschend. Der Täter, der ein Rechtsgut zugunsten eines höherwertigen Rechtsguts opfert, mehrt danach den Gesamtnutzen für die Gesellschaft.⁴¹² In Deutschland, das sich heute mit utilitaristischen Rechtfertigungen schwer tut, wird die Duldungspflicht des Opfers überwiegend als Ausfluss einer Pflicht zur Mindestsolidarität der Rechtsgenossen untereinander begriffen.⁴¹³

II. Relevanz für Fehlvorstellungen

Die Unterscheidung zwischen Amts- und Notrechten ist für die Behandlung von Fehlvorstellungen von besonderer Bedeutung, weil es legitim erscheint, dem Bürger bei Ausübung seiner Notrechte ein höheres Irrtumsrisiko aufzubürden als dem Amtsträger bei Ausübung seiner Amtsrechte.

Nicht begründet werden können unterschiedlich hohe Anforderungen damit, dass polizeiliches Handeln regelmäßig Prognoseentscheidungen voraussetzt, die unter hohem Zeitdruck und bei ungewisser Sachlage gefällt werden müssen. Denn das trifft auf den Notwehr übenden Bürger nicht minder zu. Entscheidend ist vielmehr, dass der Bürger, da er die notfalls gewaltsame Verteidigung seiner Interessen grundsätzlich dem Staat überantwortet hat, darauf *angewiesen* ist, dass der Staat diese Aufgabe auch

411 Kant, *Metaphysik der Sitten*, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, S. 29; dazu Küper, *Immanuel Kant*, S. 3–5, 13–19; zur Bedeutung der „subjektiven Straflosigkeit“ s. ebd. S. 55.

412 Vgl. Brandt, *Law and Phil.* 14 (1995), S. 65 (87) zu Section 3.02 MPC; Cotton, *New Crim. L. Rev.* 18 (2015), S. 35 (55–62) (sich indes auf den fehlenden Nutzen der Bestrafung eines Necessity-Täters konzentrierend); Garé, *État de nécessité et droit au logement*, *Recueil Dalloz* (2001), S. 512; Danti-Juan, *État de nécessité*, Rn. 54; die russischen Strafausschließungsgründe sollen „animierend“ wirken und das soziale Verhalten von Bürgern verbessern, vgl. Paramonova, in: Sieber/Jarvers/Silverman, *National Criminal Law*, Vol. 5.1, S. 129; für Deutschland s. nur Rudolph Merkel, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, S. 41 f.; Joerden, *GA* (1993), S. 245 (247 f.).

413 S. nur Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, S. 15, 238 f.; Kühl, *FS Lenckner*, S. 143 (156–158); jene Pflicht zur Mindestsolidarität wird von Pawlik mit der quasi-institutionellen Bürgerpflicht begründet, als Repräsentant des Staates an der Aufrechterhaltung eines Systems realer Freiheit mitzuwirken, Pawlik, *Rechtfertigender Notstand*, S. 123, 180.

effektiv erfüllt.⁴¹⁴ In vielen Rechtsordnungen ist deshalb anerkannt, dass die hoheitliche Gewalt nicht nur über entsprechende Ermächtigungsgrundlagen verfügt, sondern zum effektiven Schutz bestimmter Rechte seiner Bürger auch *verpflichtet* ist. Diese staatliche Schutzpflicht ist entweder ausdrücklich angeordnet⁴¹⁵ oder folgt aus den Grundrechten, für die sich zumindest in einigen Staaten durchgesetzt hat, dass sie neben der Funktion, staatliche Eingriffe *abzuwehren*, auch dem *Schutz* vor Verletzungen Dritter dienen.⁴¹⁶ Nur wenn der Staat die Sicherheit seiner Bürger effektiv

414 Zum Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Schutzpflicht des Staates und Gehorsamspflicht des Bürgers s. Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507 (513 f, 546), der dieses Verhältnis auf das Common Law des frühen 17. Jahrhunderts zurückführt und demzufolge es die Entstehung des Civil Rights Act von 1866 und des Fourteenth Amendment maßgeblich beeinflusste.

415 So in Frankreich, vgl. Art. 1 al. 2 de la loi n°95–73 du 21 janvier 1995 und Art. 1 al. 2 de la loi n° 2003–239 du 18 mars 2003: „L’Etat a le devoir d’assurer la sécurité“; Art. 1 al. 2 de la loi n° 2001–1062 du 15 novembre 2001: „[la sécurité] est un devoir pour l’Etat, qui veille, sur l’ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyeneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l’ordre publics“; in allen drei Gesetze heißt es in Art. 1 al. 1: „la sécurité est un droit fondamental“; ebenso Art. L111–1 Code de la sécurité publique; jedoch ist str., ob daraus ein wirkliches „droit subjectif à la sécurité“ folgt, krit. Granger, RSC (2009), S. 273 (288 f); Buisson, Force publique, Rn. 88–91.

416 So zB in Deutschland, s. nur BVerfGE 39, 1 (41 f) = NJW 1975, 573 (575) (Schwangerschaftsabbruch I); BVerfGE 46, 160 (164 f); NJW 1977, 2255 (2255) (Schleyer). Die Existenz von Schutzpflichten hängt mit der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten zusammen (s. E. Klein, NJW (1989), S. 1633 (1639)), die auch in Frankreich für die droits fondamentaux, nicht aber für die libertés publiques anerkannt ist, Granger, RSC (2009), S. 273 (274). In den USA ist die Frage heftig umstritten. Nach dem DeShaney-Urteil des Supreme Court 1989 folgt aus dem Fourteenth Amendment der Verfassung keine staatliche Pflicht zum Schutz gegen Verletzungen Privater, sondern nur ein Abwehrrecht gegen staatliches Handeln. Das Nichteinschreiten gegen die dauerhafte und behördenbekannte Misshandlung eines Kleinkindes durch seinen Vater verletze daher nicht die Verfassung (DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189 (1989)). Die Entscheidung hat massive Kritik hervorgerufen, s. nur Heyman, Duke L. J. 41 (1991), S. 507–571; Abramchayev, J. Civ. Rights & Ec. Dev. 18 (2004), S. 849 (862–868); anerkannt ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht aber gegenüber sich unfreiwillig im staatlichen Gewahrsam befindenden Bürgern, Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

gewährleistet, kann das Gewaltmonopol seine Friedens- und Ordnungsfunktion erfüllen.⁴¹⁷

Versagte man einem Polizisten im Irrtumsfall nachträglich die Eingriffsbefugnis, verlören polizeiliche Maßnahmen erheblich an Effektivität. Denn drohende Folgen für ihn oder seinen Dienstherrn führten zu einem zögerlicheren Einsatz der Befugnisse. Unklare Sachlagen hätten eine Rechtsunsicherheit zur Folge, die die Verbindlichkeit polizeilicher Maßnahmen beeinträchtigte. Zwar hat auch der in akute Not geratene Bürger ein Interesse daran, seine Rechtsgüter möglichst effektiv zu verteidigen. Anders als Polizeimaßnahmen steht bei seinen Notrechten aber nicht die gesamte Friedensfunktion des Gewaltmonopols auf dem Spiel.⁴¹⁸ Insoweit mag es legitim erscheinen, bei Irrtümern von Amtsträgern in Ausübung hoheitlicher Aufgaben großzügiger zu sein als bei den Notrechten des Bürgers.

Ob sich diese Erwägungen in nationalen Rechtsordnungen tatsächlich niedergeschlagen haben, wird noch untersucht. An dieser Stelle genügt es festzustellen, dass – unterstellt, die Dichotomie von Amts- und Notrechten findet sich im Völkerrecht wieder – Grund dazu besteht, die identifizierten unterschiedlichen Zwecksetzungen bei der Behandlung von Fehlvorstellungen zu berücksichtigen.

III. Die kollektive Gewaltbefugnis als völkerrechtliches Amtsrecht

Auch wenn völkerrechtliche Konflikte anders als im nationalen Recht nicht *systematisch* von einer Staaten übergeordneten Instanz gelöst werden, die das Völkerrecht notfalls mit Gewalt durchsetzt,⁴¹⁹ existiert ein zentrales Organ im kollektiven Sicherheitssystem, das deutliche Züge einer Exekutivgewalt trägt: Die UN-Mitglieder haben dem SR nach Art. 24 (1) UNC die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit übertragen und ihm dafür die Befugnis zur Vornahme militärischer Maßnahmen an die Hand gegeben, Art. 42 UNC. Zweck

417 Zur Erklärung der staatlichen Schutzpflicht mit dem Gewaltmonopol und dessen Friedensfunktion s. E. Klein, NJW (1989), S. 1633 (1635 f).

418 Das gilt selbst dann, wenn man die Notwehr überindividualistisch begründet (dazu oben 4. Kap., I.). Denn anders als ein Polizist, der von einer Gefahrenabwehrhandlung absieht, erschüttert der Bürger, der die Rechtsordnung im Einzelfall nicht „verteidigt“, nicht das öffentliche Vertrauen in deren Gültigkeit. Das folgt schon daraus, dass es keine *Pflicht* zur Notwehrausübung gibt.

419 Vgl. Rodin, War and Self-Defense, S. 146.

dieser Befugnis ist die möglichst *effektive* Sicherung des Friedens und der internationalen Sicherheit.⁴²⁰ Auch wenn diese kollektive Gewaltbefugnis wie die übrigen Maßnahmen des Kapitels VII in Literatur und Praxis als *Sanktionen* bezeichnet werden, verfolgen sie nicht einen repressiven, sondern einen präventiven Zweck.⁴²¹ Im Mittelpunkt steht also nicht das Zur-Verantwortung-Ziehen eines Akteurs für ein vorheriges Fehlverhalten, sondern die in die Zukunft gerichtete Wahrung oder Wiederherstellung des Friedens.⁴²² Das ergibt sich aus der von Art. 39 und 42 UNC ausdrücklich formulierten Zielsetzung seines Tätigwerdens („to maintain or restore international peace and security“), daraus, dass Art. 39 UNC kein rechtswidriges Verhalten,⁴²³ sondern nur einen „threat to the peace“ verlangt, dass Kapitel VII die Notwendigkeit schnellen Handelns anerkennt⁴²⁴ sowie aus ausdrücklichen Klarstellungen des SR.⁴²⁵ Um zwischenstaatliche Gewalt so weit wie möglich zurückzudrängen, haben sich die UN-Mitglieder verpflichtet, ohne sein Mandat grundsätzlich keine Gewalt anzuwenden, Art. 2 (4) UNC. Wie ein Hoheitsträger im nationalen Recht übt damit ein von den handelnden Rechtssubjekten verschiedenes Organ, dessen Beschlüsse verbindlich sind,⁴²⁶ das Gewaltmonopol aus. Die Ausnahme des Selbstverteidigungsrechts berührt diesen Grundsatz nicht, zumal dieses Recht unter dem Vorbehalt kollektiver Sicherheitsmaßnahmen steht, Art. 51 S. 1 a.E. und S. 2 UNC. Selbst die kontroverse Annahme, das Selbstverteidigungsrecht bestehe fort neben SR-Maßnahmen, die den angegriffenen Staat nicht effektiv schützen, stellte das Gewaltmonopol des SR nicht in Abrede.⁴²⁷ Denn auch im nationalen Recht verliert der Bürger seine Notrechte erst, wenn der Staat seine Schutzpflichten effektiv erfüllt.

420 Vgl. Art. 24 (1) UNC.

421 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

422 De Wet, Chapter VII Powers, S. 183; Lailach, Die Wahrung des Weltfriedens, S. 192; Combacau, Le pouvoir de sanction, S. 18 f; vgl. auch Gowlland-Debbas, ICLQ 43 (1994), S. 55 (59 f).

423 S.o. 1. Kap., I. 1. c.

424 Vgl. Art. 40 UNC, der den SR zu vorläufigen Maßnahmen befugt, und Art. 42 UNC, der den SR von einem vorherigen Ausschöpfen der Maßnahmen nach Art. 41 UNC befreit.

425 UN Doc. S/RES/1989 (2011), Präambelabsatz 14 (indes für Sanktionen gegen Individuen).

426 Art. 25 UNC.

427 Die Frage wurde namentlich im Zusammenhang mit SR-Resolution 713 diskutiert: dafür, dass Art. 51 UNC die Handlungsbefugnis des SR entsprechend begrenzt s. nur de Wet, Chapter VII Powers, S. 191, S. 248–250; Gill, Netherlands YB Int'l L. 26 (1995), S. 33 (103–105); Bindschedler, RCADI 108 (1963-I), S. 307

Die Zielsetzung des völkerrechtlichen Gewaltmonopols geht wie beim nationalen Gewaltmonopol über den Schutz des bedrohten Akteurs hinaus, indem der internationale Frieden als solcher geschützt wird.⁴²⁸ Dieser Zweck begründet, warum im kollektiven Sicherheitssystem mehr erlaubt ist als bei Selbstverteidigung und Interessen einzelner Staaten unter Umständen hinter dem Wohl der Völkergemeinschaft zurückstehen müssen.⁴²⁹ Zu Recht wurde der SR bei seiner Entstehung⁴³⁰ und wird bis heute mit einer „Weltpolizei“ verglichen.⁴³¹

Freilich bestehen auch Unterschiede zu nationalen Gefahrenabwehrmaßnahmen, die jedoch den Bereich des Vergleichs normativer Grundlagen verlassen. So ist der SR gegenüber der nationalen Polizei deutlich weniger zu schnellem und effektivem Handeln fähig, ist er doch insbesondere auf den Konsens aller ständigen Mitglieder angewiesen, Art. 27 (3) UNC. Diese Hürde hat ihn während seiner ersten vierzig Jahre nahezu handlungsunfähig gemacht und erschwert ihm bis heute seine Tätigkeit. Doch kennzeichnet dieses im Kern praktische Problem, das seinen Grund in den politischen Realitäten hat, keinen strukturellen Unterschied, der die amtsrechtliche Natur einer SR-Gewaltautorisierung in Frage stellt. Aus normativer Sicht soll kollektive Gewalt die Regel, unilaterale Gewalt die Ausnahme sein. Im Übrigen hat der SR nach dem Aufbruch seiner Blockade während des Kalten Krieges in den 1990er-Jahren seine Fähigkeit zu effektivem Handeln unter Beweis gestellt,⁴³² wenn er auch in den letzten Jahren wieder verstärkt Versuchen ausgesetzt ist, ihn in seinen Dornröschenschlaf zurückzusetzen. Auch dass der SR, da es zum Abschluss der

(401); weniger weitgehend Gray, *British YB Int'l L.* 67 (1996), S. 155 (194) („an arms embargo may affect the exercise of the right to self-defence but it does not actually deny the right“); Krisch, in: Simma, *UN Charter*, Art. 41, Rn. 25 (Selbstverteidigung sei kein „hard and fast limit, but a factor to be taken into account in the Council“); gegen jegliche Begrenzung Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, S. 256.

428 Vgl. Krisch, *Selbstverteidigung*, S. 145–154.

429 Vgl. Krisch, *Selbstverteidigung*, S. 160–167, demzufolge das Selbstverteidigungsrecht ggf. vollständig hinter dem System kollektiver Sicherheit zurücktritt.

430 S.o. 3. Kap., II. 3, Fn. 375.

431 Kreß, „Das ist Gesetzgebung im Hinterzimmer“, Interview, *Spiegel-Online* v. 3. April 2014; Krisch, *Selbstverteidigung*, S. 172; zur Polizeifunktion des SR auch ders., in: Simma, *UN Charter*, Chapter VII, Rn. 17–19. Auch wenn der SR seine Aufgaben zunehmend erweitert, bleibt die Polizeifunktion seine Hauptaufgabe, vgl. ebd. Rn. 25.

432 So zB nach 9/11 mit Resolutionen 1368 und 1373, von denen letztere einige konkrete Aufforderungen enthielt, auch wenn sie nach hM nicht zur Gewaltanwendung ermächtigte.

Sonderabkommen iSd Art. 43 UNC nie gekommen ist, die Gewalt nicht durch eine eigene Armee ausübt, sondern die Staaten zur Gewaltanwendung nur autorisiert,⁴³³ weckt keine Zweifel am amtsrechtlichen Charakter seiner Maßnahmen. Dieser Umstand hat allenfalls Auswirkungen auf die Natur der staatlichen militärischen Umsetzungsmaßnahme, nicht auf die hier interessierende Autorisierung, und selbst der Umsetzungsakt teilt wohl den amtsrechtlichen Charakter, weil die UN-Mitglieder aufgrund einer Delegation der SR-Befugnisse tätig werden, die diesem als implied power gestattet ist.⁴³⁴ Auch im nationalen Recht verliert eine Maßnahme durch die Delegation der Befugnis auf den Bürger nicht ihren hoheitlichen Charakter.⁴³⁵ Im Ergebnis kann das Gewalt autorisierende SR-Mandat als

433 Diese Praxis ist heute ganz überwiegend als zulässig anerkannt, vgl. Blokker, EJIL 11 (2000), S. 568; auch das Nuclear-Weapons-Gutachten, Rn. 38 kann, weil die Autorisierungspraxis bereits üblich war, so gelesen werden, dass der IGH ihr nicht abgeneigt gegenübersteht, vgl. Kreß, in: Weller, Oxford Handbook, S. 561 (578); gegen die Zulässigkeit dieser Praxis noch Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du Conseil de sécurité, S. 67 (73 f); Quigley, Mich. J. Int'l L. 17 (1996), S. 249 (insb. 273–276).

434 Vgl. ICJ, Reparation for Injuries, 1949, S. 182. Die Figur der implied powers, die ursprünglich aus dem Common Law stammt, wurde bereits anerkannt in PCIJ Competence of the International Labour Organization, Ser. B No. 13, 1926, S. 18; ausf. zu den Voraussetzungen der implied powers Blokker, EJIL 11 (2000), S. 541 (547–549); zu weiteren Begründungsversuchen Freudenschuß, EJIL 5 (1994), S. 492 (523–527); die Auffassung, die Autorisierungspraxis basiere auf dem kollektiven Selbstverteidigungsrecht (Schachter, AJIL 85 (1992), S. 452 (459 f); Rostow, AJIL 85 (1991), S. 506 (508 f); Weckel AFDI 37 (1991), S. 165 S. (191 f)), hat sich nicht durchgesetzt.

435 Beispiele für solche Delegationen sind in Deutschland die Beleihung Privater mit gefahrenabwehrrechtlichen Aufgaben (zB die Sicherung des Straßenverkehrs vor Gefahren der Allgemeinheit durch den TÜV, vgl. BGHZ 49, 108 (111 f) = NJW 1968, 443 (444)) oder ihre Heranziehung als unselbstständige Verwaltungshelfer oder Beauftragte (zB die Bergung eines Fahrzeugs durch private Abschleppunternehmer, vgl. BGHZ 121, 161 = NJW 1993, 1258); zur Übertragung von services publics auf Private in Frankreich s. CE Caisse Primaire „Aide et protection“, 13. Mai 1938; CE Magnier, 13. Januar 1961. Zwar dürfen Private keine Aufgaben der police administrative wahrnehmen, zu deren Kern der Schutz der öffentlichen Ordnung gehört (Picard, La notion de police administrative, S. 679–682). I. Erg. ergeben sich aber keine Unterschiede, weil der französische Conseil d'Etat im Abschleppen eines Autos eine mission de service public sieht, die nach deutschem Verständnis noch zur Gefahrenabwehr gehörte, CE 22. März 2000, Recueil Lebon 1. April 2001; zur Delegation von Amtsrechten gehört auch das Jedermann-Festnahmerecht in § 127 (1) StPO, Art. 73 al. 1 Code de procédure pénale, Section 3 (1) Criminal Law Act 1967, Section 24A

völkerrechtliches Amtsrecht qualifiziert werden und besteht eine starke normative Parallele zur polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahme.

IV. Unilaterale Gewaltbefugnisse als völkerrechtliche Notrechte

1. Das Selbstverteidigungsrecht, Art. 51 UNC

Die Ähnlichkeiten des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts mit der strafrechtlichen Notwehr sind unübersehbar: In beiden Fällen wehrt sich ein Rechtssubjekt gegen den Angriff eines anderen, gleichrangigen Rechtssubjekts unter Anwendung von Gewalt, die ihm nur ausnahmsweise gestattet ist, weil es sich in einer akuten Notsituation befindet und es die das Gewaltmonopol innehabende Instanz nicht rechtzeitig zu schützen vermag. Die Subsidiarität des Selbstverteidigungsrechts gegenüber dem kollektiven Sicherheitssystem tritt besonders deutlich in der Bestimmung des Art. 51 S. 1 UNC a.E. zu Tage, derzufolge das Selbstverteidigungsrecht grundsätzlich nur so lange besteht, bis sich der SR dem Konflikt annimmt.⁴³⁶ Die Bezeichnungen des Selbstverteidigungsrechts als „emergency right“⁴³⁷, als Ausprägung des „right of every State to survival“⁴³⁸ und als Maßnahme der Selbsthilfe⁴³⁹ bringen den notrechtlichen Charakter dieses Erlaubnissatzes auf den Punkt.⁴⁴⁰ Die Parallele zur strafrechtlichen Not-

(3), (4) Police and Criminal Evidence Act 198 (England) und Art. 37 (1) des russischen StGB. Im englischen Recht ist die Festnahme auch zu präventiven Zwecken, in Deutschland und Frankreich nur zu repressiven Zwecken erlaubt.

436 Bakicioglu, Self-Defence, S. 194 f; diesen Aspekt vernachlässigt Yoo, wenn er meint, anders als im nationalen Recht gelte im Völkerrecht mangels zentraler Instanz, die Staaten effektiv schütze, dass „self-help is the prevailing rule in international affairs.“, Yoo, U. Chi. L. Rev. 729 (781).

437 Schwarzenberger, International Law as applied by International Courts, Vol. II, S. 31.

438 ICJ, Nuclear Weapons, 1996, Rn. 96. Spätestens seit dieser Entscheidung ist auch anerkannt, dass es sich um ein *Recht* handelt, anders noch Ago, Eighth Report on State Responsibility, Rn. 87, s. dazu Thouvenin, in: Crawford/Pellet/Olleson, International Responsibility, S. 459 f; zur naturrechtlichen Grundlage Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1105).

439 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 202; vgl. auch Weightman, Virginia L. R. 37 (1951), S. 1095 (1103); R. Kolb, Ius contra bellum, S. 182.

440 Besonders häufig wird er im Zusammenhang mit dem Caroline-Fall von 1837 betont, zB Kearley, Wisconsin J. Int'l L. 17 (1999), S. 325 (333–335); zur historischen Bedeutung des Selbsterhaltungsgedankens für die Selbstverteidigung Genoni, Notwehr im Völkerrecht, S. 43–46.

wehr liegt somit auf der Hand. Und doch wird sie, und zwar in normativer Hinsicht, immer wieder bestritten.

a) Der Einwand der fehlenden gemeinsamen normativen Grundlage

Den wohl grundlegendsten Einwand formuliert *Rodin*: Das Selbstverteidigungsrecht habe eine andere normative Grundlage als die Notwehr,⁴⁴¹ weil es sich weder auf die Verteidigung der Summe individueller Interessen der Staatsbürger⁴⁴² noch auf eigene Rechte des Staates stützen lasse: Weder die Souveränität des Staates, die nur ein faktisches und keine normatives Konzept darstelle,⁴⁴³ noch das Gemeinschaftsleben innerhalb eines Staates⁴⁴⁴ oder das Recht auf kollektive Selbstbestimmung seien davon geschützte Rechte.⁴⁴⁵ Sicher ist die Grundlage des Selbstverteidigungsrechts nicht in der gebündelten Ausübung der Notwehrrechte der Bürger zu sehen. Es bezweckt nach dem traditionellen Verständnis des Völkerrechts als zwischenstaatliche Ordnung⁴⁴⁶ im Ausgangspunkt den Schutz der Rechte des angegriffenen *Staates*. Hier greift es zu kurz, die staatliche Souveränität als bloß faktisches Konstrukt zu betrachten, das einem Staat zugestanden wird, wenn die Staatsgewalt effektive Kontrolle über das Staatsgebiet ausübt. Selbst wenn der Inhalt des Souveränitätsbegriffs in gewissem Umfang variabel sein mag,⁴⁴⁷ verfügt er über einen festen Kern. Dazu gehört das Recht, nicht von anderen Mächten dominiert zu werden⁴⁴⁸ und innerstaatliche Angelegenheiten selbst zu bestimmen.⁴⁴⁹ In dieser Hinsicht stellt

441 Rodin, War and Self-Defense, S. 106–162.

442 Rodin, War and Self-Defense, S. 127–132; dagegen auch Yoo, U. Chi. L. Rev. 729 (779 f); dafür aber Luban, Phil. & Pub. Affairs 9 (1980), S. 160 (166).

443 Rodin, War and Self-Defense, S. 118 f; ebenso Luban, Phil. & Pub. Affairs 9 (1980), S. 160 (164).

444 Rodin, War and Self-Defense, S. 144–154.

445 Rodin, War and Self-Defense, S. 154–162, der hierin einen durchgreifenden Einwand gegen die Lehre vom gerechten Krieg sieht, die maßgeblich auf der Analogie von Staaten im Völkerrecht zu Bürgern im nationalen Recht basiert, dazu Walzer, Just and Unjust Wars, S. 58 f.

446 Das umstrittene unit self-defense einmal ausgenommen, dazu Trumbull, Duke J. Comp. & Int'l L. 23 (2012), S. 121–148.

447 Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, S. 198 („fluctuating content“).

448 Vgl. Bothe, in: R.-J. Dupuy, Le développement du rôle du Conseil de sécurité, S. 67 (81).

449 Zum Inhalt des Prinzips staatlicher Souveränität s. nur ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 26–32; ICJ, North Sea Continental Shelf, 1969 (Germany v. Nether-

auch das von *Walzer* angeführte Selbstbestimmungsrecht eine Ausprägung staatlicher Souveränität dar.⁴⁵⁰ Das gilt unabhängig davon, ob der betroffene Staat demokratisch verfasst ist oder nicht.⁴⁵¹ Eng mit der staatlichen Souveränität verknüpft ist das in Art. 2 (1) verankerte Interventionsverbot. Neben diese beiden Prinzipien tritt als Schutzzweck des Selbstverteidigungsrechts das Recht auf territoriale Unversehrtheit iSd Art. 2 (4) UNC. Indem das Selbstverteidigungsrecht der Abwehr der Rechte des sich verteidigenden Rechtssubjektes dient, entspricht seine normative Grundlage durchaus der (individualistischen)⁴⁵² Begründung der strafrechtlichen Notwehr.

Anders als – zum Teil⁴⁵³ – die strafrechtliche Notwehr, wird das Selbstverteidigungsrecht von den wenigsten mit überindividualistischen Zielen begründet.⁴⁵⁴ Zwar wäre es im Ausgangspunkt denkbar, in der Selbstverteidigung die Verteidigung des Gewaltverbotes und somit der völkerrechtlichen Rechtsordnung zu sehen. Dagegen spricht jedoch, dass das Völkerrecht ein Selbstverteidigungsrecht bereits kannte, bevor das Gewaltverbot mit Art. 2 (4) UNC in seiner allgemeinen und verbindlichen Form aus der Taufe gehoben wurde. Auch wenn das Recht zur souveränen Kriegsführung im 19. Jahrhundert zunehmend Beschränkungen unterworfen wurde,⁴⁵⁵ sah man im Selbstverteidigungsrecht nie eine Bestätigung dieser Beschränkungen, sondern nur die Ausübung des Rechts zur defensiven Kriegsführung.⁴⁵⁶ Die Formulierung des Selbstverteidigungsrechts in Art. 51 UNC als *inherent right* und die Entstehungsgeschichte legen nahe, dass die Gründer der Charta an dieser Konzeption nicht rütteln und die völkerrechtliche Notwehr nicht zum Instrument der „Verteidigung“ des Gewaltverbotes machen wollten. Diese Konzeption widerspräche auch der

lands und Germany v. Denmark), Rn. 19, 43; ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 202.

450 Vgl. *Walzer*, Just and Unjust Wars, S. 89.

451 *Rodin* meint dagegen, das kollektive Selbstbestimmungsrecht sei nur in demokratischen Staaten gewährleistet, sodass eine Argumentation, die sich auf dieses Recht stützt, autoritäre Regime vom Selbstverteidigungsrecht ausnehmen müsse, *Self-Defense*, S. 156.

452 Dazu oben 4. Kap., I.

453 S.o. 4. Kap., I.

454 Ein entsprechender Ansatz findet sich bei *Kimminich*, AdV 33 (1995), S. 430 (435), der im Selbstverteidigungsrecht eine *Bestätigung* des Gewaltverbotes sieht.

455 *Alder*, *Inherent Right of Self-Defence*, S. 26–35.

456 Schon *de Vitoria* unterscheidet in seinem *De indis et de iure belli relectiones* (1696) zwischen offensivem von defensivem Krieg, s. *Second Relectio*, *On the Law of War*, dazu *Alder*, *Inherent Right of Self-Defence*, S. 6–8.

Idee kollektiver Sicherheit, zwischenstaatliche Gewalt dem SR zu überantworten und ihre unilaterale Anwendung so weit wie möglich zu beschränken.⁴⁵⁷ Der normativen Parallele zur strafrechtlichen Notwehr steht dieser Umstand dennoch nicht entgegen. Denn deren überindividualistische Begründung steht auch in einigen nationalen Rechtsordnungen auf unsicheren Füßen.⁴⁵⁸ Zudem erkennen die meisten Rechtsordnungen zumindest *auch* eine individualistische Begründung an.

b) Der Einwand der Unvergleichbarkeit mit strafrechtlichen Erlaubnissätzen

Insbesondere *Quigley* hält die Notwehr wegen ihrer Rechtsnatur eines *strafrechtlichen* Erlaubnissatzes für unvergleichbar mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht.⁴⁵⁹ Tatsächlich erscheint es intuitiv nicht unbedenklich, ein Rechtsinstitut, das einen Täter vor *Strafe* bewahrt, mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht zu vergleichen, das die Ausnahme von einer Regel ohne einen solchen Strafanspruch darstellt. Bei näherem Hinsehen zerstreuen sich diese Bedenken jedoch.

Vielen nationalen Rechtsordnungen liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr „die Rechtswidrigkeit *schlechthin* und nicht nur die Strafrechtswidrigkeit“⁴⁶⁰ ausschließt. So finden in den USA im Bereich zivilrechtlicher Ansprüche dieselben Notrechte wie im Strafrecht Anwendung.⁴⁶¹ In Deutschland existiert mit der zivilrechtlichen Notwehr iSd § 227 BGB eine Norm, deren Wortlaut mit § 32 StGB fast vollständig übereinstimmt. Auch für den Notstand gibt es mit §§ 228, 904 BGB ein zivilrechtliches Pendant. In Frankreich entspricht es seit über 200 Jahren ständiger Rechtsprechung, dass strafrechtliche Rechtfertigungsgründe auch die zivilrechtliche Haftung ausschließen.⁴⁶²

457 Zu diesem Schutzzweck Krisch, Selbstverteidigung, S. 167–172.

458 S.o. 4. Kap., I.

459 *Quigley*, *Six-Day War*, S. 143, 145 f.; ähnlich *Sloane*, *AJIL* 106 (2012), S. 447 (473) (zu Art. 25 ARSIWA); für weitere Kritiker dieser Parallele s.u. 5. Kap., I. Fn. 8.

460 *MüKoStGB/Schlehofer*, Vor. § 32, Rn. 58, Hervorhebung hinzugefügt.

461 *Hattori v. Paeirs* 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995); *Keeton et al.*, in: *Prosser and Keeton on Torts*, S. 124–127; *Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium* (2010), S. 1402 (1415 f.).

462 *Levasseur*, *RSC* (1990), S. 783 mwN; *Burgelin*, *Recueil Dalloz* (1992), S. 353 mwN.

Hinter dieser Konzeption steht das Streben nach der Einheit der Rechtsordnung. Stellt die Notwehr den Täter aber nicht nur straflos, sondern räumt sie ihm ein *Recht* zum Eingriff in die Rechtsgüter des Angreifers ein, der seinerseits einer Duldungspflicht unterworfen wird,⁴⁶³ so kann die strafrechtliche Verankerung der Notwehr einem Vergleich mit dem Selbstverteidigungsrecht nicht entgegenstehen. Es machte überhaupt keinen Unterschied, ob das *strafrechtliche* oder das *zivilrechtliche* Notwehrrecht zum Vergleich mit dem Selbstverteidigungsrecht herangezogen wird, womit der Einwand *Quigleys* widerlegt wäre.

Diese Überlegung hat einen Haken: Der Gleichlauf von straf- und zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen wird wegen der unterschiedlichen Zweckrichtung von Straf- und Zivilrecht in bestimmten Fällen durchbrochen.⁴⁶⁴ In den USA und in Deutschland gehört der hier interessierende und noch genau zu untersuchende Fall der Putativnotwehr zwar nicht zu diesen Ausnahmefällen.⁴⁶⁵ In Frankreich hat sich die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht dazu positioniert, ob die Putativnotwehr im Deliktsrecht wie im Strafrecht zu behandeln ist.⁴⁶⁶ Die englische Rechtsprechung indes ist bei der schuldrechtlichen Behandlung dieses Problems ausdrücklich von der strafrechtlichen Lösung abgewichen:

„It is urged upon your Lordships that the criteria for self-defence in civil law should be the same as in criminal law. In my opinion, however, this plea for consistency between the criminal law and the civil law lacks cogency for the ends to be served by the two systems are very different. One of the main functions of the criminal law is to identify, and provide punitive sanctions for, behaviour that is categorised as

463 Vgl. MüKoStGB/Erb, § 32, Rn. 1, entspr. zum Selbstverteidigungsrecht s.o. Fn. 438.

464 Vgl. Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402 (1418–1420); MüKoBGB/Grothe, § 227, Rn. 1 f; Braun, NJW (1998), S. 941 (942); Rouidi, RSC 1 (2016), S. 17 Rn. 17–34.

465 Im eingangs (Fn. 324) erwähnten Fall *State v. Paeirs* bzw. *Hattori v. Paeirs* 662 So. 2d 509 (La. Ct. App. 1995) maßen sowohl Straf- als auch Zivilgericht die Voraussetzungen der Notwehr an der Vorstellung einer vernünftigen Person, auch wenn sie zu gegensätzlichen Ergebnissen gelangten, vgl. Forell, Lewis & Clark L. Rev. Symposium (2010), S. 1402 (1409–1418); zur Putativnotwehr im tort law s. auch Keeton et al., in: Prosser and Keeton on Torts, S. 124 f; auch in Deutschland wird, indem beim „entschuldbaren“ Erlaubnistatumstandsirrturn im Zivilrecht das Verschulden entfällt (BGH NJW 1976, 41 (42); BGHZ 169, 364 (366 f) = NJW-RR 2007, 310 (311)), die Putativnotwehr entsprechend der hM im Strafrecht behandelt, zu letzterem s.u. 8. Kap., I. 1.

466 Rouidi, RSC 1 (2016), S. 17 Rn. 33.

criminal because it is damaging to the good order of society. It is fundamental to criminal law and procedure that [...] no one should be punished for a crime that he or she did not intend to commit or be punished for the consequences of an honest mistake. [...] The function of the civil law of tort is different. Its main function is to identify and protect the rights that every person is entitled to assert against, and require to be respected by others.⁴⁶⁷

Man mag die unterschiedlichen Zwecke des Straf- und des Deliktsrechts hier für überbetont halten. Denn auch Strafnormen schützen neben der allgemeinen gesellschaftlichen Ordnung – zumindest in westlichen Rechtssystemen wie dem englischen – individuelle Rechtsgüter, möglicherweise sogar vorrangig letztere.⁴⁶⁸ Die Rechtsfolge von Strafnormen, die Strafe selbst, enthält zudem wie das Deliktsrecht eine *Ausgleichs*funktion, soweit man den Zweck von Strafe nicht allein in der Prävention sieht: Ausgeglichen wird, je nachdem, welche Strafzwecktheorie man zugrunde legt, die Rechtsverletzung des Opfers⁴⁶⁹ oder die eingetretene Normgeltungsfährdung.⁴⁷⁰ Umgekehrt enthält nicht nur das Strafrecht (primäre) Verhaltensnormen, an denen Bürger ihr Handeln ausrichten sollen, sondern auch dem Deliktsrecht wird neben einer Ausgleichsfunktion zunehmend auch eine Orientierungsfunktion zugeschrieben.⁴⁷¹ Wenn für das englische Recht dennoch eine Entscheidung fallen muss darüber, ob das

467 Lord Scott of Foscote in *Ashley & Anor v. Chief Constable of Sussex Police*, [2008] UKHL 25, Rn. 17 f; s. auch *R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner*, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 92; zur Lösung im englischen Strafrecht s.u. 8. Kap., I. 4.

468 S. Pawlik, *Unrecht des Bürgers*, S. 99–110 (insb. S. 106 f), der den Legitimationsgrund der „strafbewehrten Mitwirkungspflicht“ in der „Freiheit der Bürger“ sieht.

469 So insb. die Vergeltungslehre, die verbreitet in Verbindung gebracht wird mit Kants *Metaphysik der Sitten* (s. insb. *Rechtslehre*, zweiter Teil: *Das öffentliche Recht*, erster Abschnitt: *Das Staatsrecht*, § 49, *Allgemeine Anmerkungen*, E: *Vom Straf- und Begnadigungsrecht für das berühmte Inselbeispiel*) sowie mit Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (s. insb. *Erster Teil „Das abstrakte Recht“*, 3. Abschnitt *„Das Unrecht“*, § 82).

470 So insb. *Jakobs, Strafrecht AT*, 1/2–16; *Pawlik, Unrecht des Bürgers*, S. 82 ff (insb. S. 116 f), wobei *Jakobs* selbst seinen Ansatz zu den präventiven Theorien zählt; umf. zu den Strafzwecktheorien *H. J. Hirsch/Neumann/Seelmann, Strafe – Warum?*.

471 *MüKoBGB/Wagner*, Vor. § 823, Rn. 45–47; bereits von *Savigny* hielt das Deliktsrecht und das Strafrecht für eng miteinander verwandt, s. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* (1853), Bd. 2, 2. Kap., II., § 82 f. *Katzenmeier* hält in *Dauner-Lieb/Langen*, Vorb. § 823, Rn. 54 die Aus-

völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht besser mit der zivilrechtlichen oder mit der strafrechtlichen Notwehr vergleichbar ist, liegt letzteres näher.⁴⁷² Denn zwar mag die Feststellung einer Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots anders als ein strafrechtlicher Schuldspruch nicht zwingend einen *Vorwurf* im Sinne eines individuellen Unwerturteils beinhalten.⁴⁷³ Dennoch steht beim Gewaltverbot wie bei einem Straftatbestand die Verhaltensnorm im Vordergrund, an der sich Staaten orientieren müssen,⁴⁷⁴ und weniger seine bloße Haftbarmachung für die Beeinträchtigung der Rechtsgüter eines anderen Staates,⁴⁷⁵ der Zweck, den zumindest die englische Rechtsprechung als dem Schuldrecht eigen identifiziert. Letzteres ist Sache der Staatenverantwortlichkeit, dessen Ausschlussgründe iSd Kapitels V ARSIWA eher mit zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen vergleichbar erscheinen als Art. 51 UNC. Insgesamt scheidet die Vergleichbarkeit mit dem völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrecht daher nicht am strafrechtlichen Ursprung der Notwehr.

c) Der Einwand der Besonderheiten des *ius contra bellum*

Schließlich werden der Parallele zwischen Selbstverteidigungsrecht und strafrechtlicher Notwehr unterschiedlich nuancierte Einwände entgegengehalten, die sich auf geltend gemachte Besonderheiten des *ius contra bellum* stützen. Das Institut de droit international fasst diese Bedenken so zusammen:

gleichsfunktion aber noch für den „primären Zweck“. Dem ist für Deutschland insoweit zuzustimmen, als die Rechtswidrigkeit iSd § 823 (1) BGB nach überwiegender Auffassung an ein Erfolgs-, und nicht an ein Handlungsunrecht anknüpft. In England erklärt sich die Betonung der Unterschiede zwischen Straf- und Deliktsrecht für die Putativnotwehr möglicherweise damit, dass der Täter auch beim vermeidbaren Irrtum straflos bleibt (4. Kap., I. 4.), eine deliktische Haftung dagegen billig erscheint.

472 AA Milanovic, EJIL: Talk!, 15. Januar 2020.

473 Dazu näher s.u. 9. Kap., II; zu diesem Erfordernis für das nationale Strafrecht vgl. für England R v. Robert James Slater [2006] 1 Cr. App. R. (S.) 3 Rn. 14, 16; für Deutschland BVerfGE 109, 133 (167 f) = NJW 2004, 739 (744); besondere Bedeutung hat die öffentliche Missbilligung bei den expressiven Straftheorien, Brooks, Punishment, S. 101–122.

474 Zur näheren Begründung des Verhaltensnormcharakters s.u. 9. Kap., III. 3. a.

475 Zur Gegenüberstellung von Verhaltensnormen und bloßen Verursachungsnormen Rostalski, GA (2016), S. 73 (78).

„[I]t does not seem advisable to link altogether self-defence under international law with the homonymous concept existing in all national legal systems (with which indeed it presents common aspects), as the legal environments (national and international) are not the same.“⁴⁷⁶

Ein erstes Argument *Yoo*s in diese Stoßrichtung, im Völkerrecht liege anders als im nationalen Recht das erstrebenswerte Gewaltniveau nicht bei Null, weil mit der humanitären Intervention und Einsätzen zur Beseitigung eines undemokratischen Regimes oder zur Ausfüllung eines Machtvakuumms auch „wünschenswerte“ militärische Interventionen existieren,⁴⁷⁷ ist zurückzuweisen. Bereits die Prämisse, solche Gewalteinsetze seien sämtlich wünschenswert, erscheint mehr als anfechtbar. Unabhängig davon kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass das Völkerrecht, selbst wenn es bestimmte Ausnahmen zulässt, zwischenstaatliche Gewalt erst einmal *so weit wie möglich* einzudämmen sucht.⁴⁷⁸ Insoweit unterscheidet sich das völkerrechtliche nicht vom nationalen Gewaltverbot.

Der umgekehrte Einwand, das völkerrechtliche Gewaltverbot müsse im Vergleich zum nationalen Gewaltverbot *besonders weit* – seine Ausnahmen entsprechend *restriktiv* – ausgelegt werden erscheint schon erwägenswerter. Denn tatsächlich fehlt es dem Völkerrecht anders als dem nationalen Recht an einer Instanz, die Rechtsverstöße systematisch verurteilt und dadurch eingetretene Normgeltungsschäden repariert. Aus Verletzungen des Völkerrechts kann gar Gewohnheitsrecht entstehen.⁴⁷⁹ Bereits heute sind Staaten bei der Auslegung militärischer Erlaubnissätze äußerst kreativ.⁴⁸⁰ Da eine militärische Gewaltanwendung viele Opfer fordern und ganze Kriege zur Folge haben kann, mag zudem noch mehr auf dem Spiel stehen als bei der Gewaltanwendung eines Bürgers gegen einen anderen,⁴⁸¹ wobei dies von der Betrachtung abhängt.⁴⁸² Dennoch rechtfertigen diese Unterschiede kaum eine unterschiedliche Behandlung völkerrechtlicher und

476 Session de Santiago du Chili, Rapporteur Emmanuel Roucouas, *Annuaire de l'Institut de droit int'l* 72 (2007), S. 77 (83 Rn. 9).

477 Yoo, *U. Chi. L. Rev.* 71 (2004), S. 729 (781–784).

478 Vgl. Präambel und Art. 1 (1) UNC.

479 Anthea Roberts, in: Alston/Macdonald, *Human Rights*, S. 179 (198); Vidmar, *Jean Monnet Work. Pap. Ser.* 8 (2015), S. 1 (14); vgl. auch Singer, *Boston College L. R.* 28 (1987), S. 459 (498, Fn. 212).

480 Vidmar, *Jean Monnet Work. Pap. Ser.* 8 (2015), S. 1 (14).

481 Rodin, *War and Self-Defense*, S. 138 f; Dickinson, *Yale J. L.* 26 (1917), S. 564 (590).

482 Sicher ist bei einer militärischen Gewaltmaßnahme die absolute Zahl möglicher Todesopfer potentiell höher als bei der Notwehrhandlung eines Bürgers. Das

strafrechtlicher Erlaubnissätze. Denn aus effektiveren Rechtsdurchsetzungsmechanismen und geringeren Eskalationsfolgen im nationalen Kontext lässt sich nicht folgern, dass es das nationale Recht mit dem Gewaltverbot zwischen Bürgern „nicht so genau nehmen“ muss und seine Ausnahmen weniger restriktiv formulieren kann – was das vorgebrachte Argument suggeriert. Ein Staat ist auf den Respekt seines Gewaltmonopols durch die Bürger ebenfalls *absolut* angewiesen. Der Umstand, dass der Respekt des völkerrechtlichen Gewaltverbotes *noch* bedeutsamer sein mag, kann eine permissivere Behandlung nationaler Notrechte gegenüber völkerrechtlichen daher nicht legitimieren. Insgesamt stehen daher auch Besonderheiten des Völkerrechts der Parallele vom Selbstverteidigungsrecht zur Notwehr nicht entgegen.

Im Ergebnis ist das Selbstverteidigungsrecht als völkerrechtliches Notrecht durchaus in normativer Hinsicht mit der strafrechtlichen Notwehr vergleichbar.⁴⁸³

gilt erst recht, wenn man die Folgen einer Eskalation des jeweiligen Konflikts miteinander vergleicht. Nimmt man dagegen allein die Rechtsgüter des (vermeintlichen) Angreifers in den Blick, so wird das Risiko, dass dieser nicht „überlebt“, bei der nationalen Notwehr sogar größer sein als im Völkerrecht. Denn zur völligen Vernichtung eines Staates ist es glücklicherweise noch nie gekommen, während die Tötung des Angreifers durch Notwehr nicht selten ist. Auch mag man das Risiko, *dass* der Konflikt nach dem Gewalteintritt eskaliert, im nationalen Recht für höher halten als im Völkerrecht, da man in einer Konfliktsituation von staatlichen Entscheidungsträgern, die sich gravierender Folgen bewusst sind, ein rationales Handeln als von Bürgern erwarten kann.

- 483 Neben den hier betrachteten normativen Einwänden wird die Vergleichbarkeit noch aus anderen Gründen bestritten: So müsse die völkerrechtliche Selbstverteidigung nur bei der ersten Gewaltanwendung verhältnismäßig sein, nicht aber der weitere Kriegsverlauf, Notwehr müsse dagegen aufhören, wenn der Angriff abgewehrt ist, vgl. Rodin, *War and Self-Defense*, S. 111 f; Yoo, *U. Chi. L. Rev.* 729 (780). Doch wird heute überwiegend angenommen, dass das *ius contra bellum* (inklusive des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) auch nach Ausbruch des Konflikts fortgilt, vgl. Okimoto, *Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, S. 31–35. Auch dass eine Nation regelmäßig mehr Zeit hat als ein Individuum, auf einen Angriff zu reagieren, bevor die Existenz bedroht ist (Singer, *Boston College L. R.* 28 (1987), S. 459 (498, Fn. 212)) ist ohne entscheidende Bedeutung. Zu weiteren Unterschieden in den Voraussetzungen der beiden Notrechte s. auch Weightman, *Virginia L. R.* 37 (1951), S. 1095 (1109 f).

2. Die humanitäre Intervention

Die humanitäre Intervention wird verbreitet mit der strafrechtlichen Nothilfe zugunsten der Bevölkerung des anderen Staates verglichen.⁴⁸⁴ Das ist in einem Punkt begründungsbedürftig. Nach „westlicher“ Konzeption ist für die Nothilfe charakteristisch, dass ein Rechtssubjekt die Individualrechtsgüter eines anderen Rechtssubjekts derselben Ordnung gegen den Angriff eines dritten Rechtssubjekts verteidigt. Der typische Fall völkerrechtlicher Nothilfe ist danach die kollektive Selbstverteidigung, in der ein Staat einen anderen *Staat* gegen den Angriff eines Dritten verteidigt. Bei der humanitären Intervention hingegen verteidigt der eingreifende Staat die durch den Menschenrechtsverletzer bedrohte fremde *Bevölkerung*. Eine Nothilfesituation liegt darin nur, wenn man das Individuum auch für das Friedenssicherungsrecht als Völkerrechtssubjekt anerkennt, was teilweise bejaht wird.⁴⁸⁵ Auch die traditionelle Auffassung, die zumindest das *ius contra bellum* noch als Regelungsregime zwischenstaatlicher Beziehungen versteht, kann in der humanitären Intervention aber jedenfalls die Abwehr einer Gefahr für ein Rechtsgut der *Staatengemeinschaft* sehen, nämlich für den internationalen Frieden, der bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen regelmäßig bedroht ist.⁴⁸⁶ Nach russischer und chinesischer Konzeption schützt die Notwehr auch solche Allgemeinrechtsgüter.⁴⁸⁷ Für andere Rechtsordnungen liegt dann die Parallele zum Notstand näher, der anders als die Notwehr typischerweise Allgemeininteressen schützt.⁴⁸⁸ Der Schutz der fremden Bevölkerung vor einer humanitären Katastrophe wiegt dabei schwerer als die durch die Intervention beeinträchtigte staatliche

484 So etwa Taskushina, Humanitäre Intervention, S. 69.

485 S. nur Doehring, in: *The Modern World of Human Rights*, S. 549 (559–565); allg. zur Völkerrechtssubjektivität des Individuums Janis, *Cornell Int'l L. J.* 17 (1984), S. 61–78.

486 S.o. 1. Kap., I. 1. b; überwiegend wird die Friedensbedrohung sogar zur Voraussetzung der humanitären Intervention gemacht, vgl. Taskushina, *Humanitäre Intervention*, S. 67.

487 Vgl. Art. 37 (1) des russischen StGB, Art. 20 (1) des chinesischen StGB; zu diesem Merkmal insb. kommunistischer Rechtsordnungen s. Sangero, *Self-Defence*, S. 124–126.

488 S. Sangero, *Self-Defence*, S. 125 f mit Nachweisen zum israelischen Recht; ebenso das deutsche Recht, vgl. zum Notstand OLG Düsseldorf NJW 2006, 630 (630) und zur Notwehr BGH NJW 1954, 438 (438). Genauso reicht bei necessity iSd Art. 25 ARSIWA eine Gefahr für ein wesentliches Interesse der Staatengemeinschaft aus, Art. 25 ARSIWA, Commentary (17), während Notwehr iSd Art. 21 ARSIWA einen Angriff auf den Staat verlangt.

Souveränität, sodass der Vergleich trägt,⁴⁸⁹ unabhängig davon, ob die Menschenrechtsverletzungen vom eigenen Regime ausgehen (die Situation also einem Defensivnotstand entspricht) oder von privaten Akteuren stammen (und die Parallele zum Aggressivnotstand näherliegen mag, wobei das nicht einmal zwingend ist).⁴⁹⁰

Ob nun die Parallele zur Nothilfe oder die zum Notstand stärker erscheint – der notrechtliche Charakter der humanitären Intervention jedenfalls lässt sich nicht bestreiten: Der eingreifende Staat handelt, um eine akute Gefahr für ein Rechtsgut abzuwenden, dessen Schutz grundsätzlich dem Inhaber des Gewaltmonopols obliegt, wegen einer SR-Blockade aber nicht gewährleistet werden kann.⁴⁹¹ Damit handelt es sich um ein völkerrechtliches Notrecht *par excellence*.

3. Die Rettung eigener Staatsangehöriger

Ausgehend von dem Gesagten steht auch der Einordnung der Rettung eigener Staatsangehöriger als Notrecht nichts im Wege. Selbst wenn man diese nicht wie hier auf Art. 51 UNC stützte, sondern gewohnheitsrechtlich begründete,⁴⁹² läge die Parallele zu Nothilfe oder Notstand hier auf der Hand. Denn wie bei der humanitären Intervention rettet der eingreifende Staat Individuen – allein nicht fremde, sondern eigene Staatsangehörige – vor einer akuten Gefahr, deren Abwendung grundsätzlich dem SR obläge,⁴⁹³ der dieser Aufgabe aber nicht schnell genug nachkommen kann.

Nach dem Gesagten steht fest: Der Unterschied zwischen der SR-Autorisierung von Gewalt, einem *völkerrechtlichen Amtsrecht*, und den unilatera-

489 Dass über den Wert der betroffenen Rechtsgüter kein Konsens besteht (vgl. Sloane, AJIL 106 (2012), S. 447 (479 f)) ist keine Spezifikum des Völkerrechts.

490 Denn auch ein staatliches Regime, das zum Schutz seiner Bürger nicht willens oder nicht fähig ist, könnte *zuständig* sein für die Gefahr, sodass die Situation einem Defensivnotstand ähnelte; zur Abgrenzung s.o. 4. Kap., I. Bei diesen Überlegungen geht es nur um *normative Parallelen*, nicht darum, die *Rechtmäßigkeit* der humanitären Intervention mit Notwehr oder Notstand zu begründen, hiergegen überzeugend Mohamed, North Carolina L. Rev. 88 (2009), S. 1275 (1302 f).

491 Zu den Voraussetzungen der humanitären Intervention s.o. 1. Kap., I. 3.

492 S.o. 1. Kap., I. 4.

493 Weil auch hier regelmäßig eine Friedensbedrohung besteht, vgl. Zedalis, Texas Int'l L. J. 25 (1990), S. 209 (231); Jessup, A Modern Law of Nations, S. 169 f.

len Erlaubnissätzen, *völkerrechtlichen Notrechten*, ist grundsätzlich.⁴⁹⁴ Damit sind nicht nur die wesentlichen Grundlagen für den späteren Rechtsvergleich gelegt, sondern auch die Zwecksetzungen der jeweiligen Erlaubnissätze identifiziert, die es bei der nun anstehenden Rechtsermittlung zu berücksichtigen gilt.

494 Diese Formulierung stammt (in anderem Kontext) von Köhler, FS Schroeder, S. 257 (247).

