

# HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

## AUS DEM INHALT

### AUFSATZ

**Manuela Niehaus**  
Staatsnotstand

**Olga Alles /  
Maureen Macoun**  
Friedensmissionen der  
Vereinten Nationen

**Antonio Martins**  
DNA-  
Reihenuntersuchung

### STUDIUM

**Anisja Porschke**  
US-amerikanische  
Sammelklager

**Philip I. Lee**  
Windkraftanlagen und  
Tötungsverbot

2  
2016



# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

Wiss. Mit. Manuela Niehaus Necessitas non habet legem – Der Staatsnotstand . . . . .	85
Stud iur. Olga Alles, Stud iur. Maureen Macoun Erfolg von Friedensmissionen der Vereinten Nationen . . . . .	91
Wiss. Mit. Antonio Martins DNA-Reihenuntersuchung – Verwandtschaftsabweichung von „Beinahetreffern“ . . . . .	97
Mag. phil. Andreas Raffener Italiens Verfassungsreform: Zurück zum Zentralismus . . . . .	100

## Klausuren

Stud. iur. Jonas Sievert Klausur Strafrechtsgeschichte . . . . .	103
Stud. iur. Torge Humsi Klausur Staatsorganisationsrecht/Grundrechte I. . . . .	106

## Hausarbeiten

Stud. iur. Anisja Porschke Die US-amerikanische Sammelklage zur kollektiven Rechtsdurchsetzung von Streuschäden . . . . .	110
Stud. iur. Christoph M. Sielmann Die Rolle der Generalsekretäre der Vereinten Nationen – das personelle Substrat eines institutionellen Akteurs . . . . .	115
Stud. iur. Philip I. Lee Hausarbeit im Umweltrecht: Windkraftanlagen und naturschutzrechtliches Tötungsverbot. . . . .	125
Stud. iur. Franziska Niehaus Examenshausarbeit: Drohneneinsatz in Pakistan und das Völkerstrafrecht . . . . .	141

## Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 20.07.2016 – keine Mietsicherheit für verjährte Betriebskosten . . . . .	151
Wiss. Mit. Jannek Piorr IGH vom 01.04.2011 (Georgien ./ Russland) – Russland vor dem Internationalen Gerichtshof – technisches K.O. vor der ersten Runde . . . . .	153

## Rezensionen

Mag. Phil. Andreas Raffener  
Verfassungsgerichtshof (Hrsg.): Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa. . . . . 157

## Veranstaltungen

Wiss. Mit. Benjamin Dzatkowski  
2. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler . . . . . 158  
Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive

Stud. iur. Kristina Hadzhieva  
Erfahrungsbericht Seminar „Studying and Experiencing US Law in Chicago“ . . . . . 159

Stud. iur. Tjorven Hamdorf, Stud. iur. Laura Jacobs, Stud. iur. Alina Crome  
300 Feministische Juristinnen\* in Wien! . . . . . 161

Stud. iur. Kira Vormann, Stud. iur. Jonathan Buchweitz, Stud. iur. Jonas Benedikt Böhme  
Summer School: Rechtliche Herausforderungen der Arktis . . . . . 162

Stud. iur. Katharina Leithoff  
Refugee Law Clinic Hamburg. . . . . 166

Impressum . . . . . 168

Manuela Niehaus\*

## Necessitas non habet legem – Der Staatsnotstand

*Die Verfasserin setzt sich mit der Geschichte und Entwicklung des Notstandsrechts im Völkerrecht auseinander. Auf Basis dieser Untersuchung erläutert sie in einem zweiten Schritt die aktuelle Relevanz dieses Rechtsinstituts am Beispiel Frankreichs.*

Lange Zeit war es um das Notstandsrecht, gerade in Deutschland, ruhig geworden. In der Nachkriegszeit war das noch anders: Pläne für die Aufnahme von Notstandsgesetzen in die Verfassung gab es schon länger, doch erst die Große Koalition (1966–1969) verfügte über die notwendige 2/3-Mehrheit, um dieses Vorhaben 1968 auch in die Tat umzusetzen. Begleitet wurde die Gesetzgebung von massiven Protesten in der Bevölkerung aufgrund der Befürchtung, dass sich ein Machtmissbrauch wie in der Weimarer Republik, als der Reichskanzler mittels Notverordnungen regierte, wiederholen könnte. Diese Ängste stellten sich im Laufe der Zeit als unbegründet heraus und bis heute wurde von den Notstandsregelungen in Deutschland kein Gebrauch gemacht. In Zeiten der (terroristischen) Bedrohung wird das Notstandsrecht für andere europäische Staaten aber wieder interessant. So haben sowohl Frankreich nach den Anschlägen im November 2015 als auch die Türkei nach dem gescheiterten Putschversuch im Juli 2016 den Staatsnotstand ausgerufen. Damit rückt auch das Notstandsrecht wieder in den rechtlichen Fokus.

### Historische Entwicklung des Notstandsrechts

Den Notstand als Recht, sich gegen äußere Bedrohungen zu wehren und zu bewahren, kannten schon die römischen und jüdischen Rechtsordnungen auf kommunaler Ebene. *Hugo Grotius* untersuchte dieses Prinzip, welches sich in dem Rechtsspruchwort „necessitas non habet legem“ (Not kennt kein Gebot) verdichtet, in seinem bedeutsamen Werk „*De jure belli ac pacis*“ und hob es auf internationale Ebene.<sup>1</sup> Der Notstand sei keine Entschul-

digung des Staates, bestimmte Verpflichtungen nicht eingehalten zu haben, sondern vielmehr ganz im naturrechtlichen Sinne ein primäres Recht, welches sogar gegen Unschuldige (insbesondere neutrale Dritte) wirken könne. Gleichzeitig warnte er aber auch schon vor dem Missbrauch eines solchen Rechts und plädierte für strenge Regulationen.<sup>2</sup> Dabei sollte man nicht vergessen, dass es in den frühen Grundsatzdebatten nicht um die Rechtfertigung von Verstößen gegen die Menschenrechte ging, wie in der heutigen Diskussion um das Notstandsrecht, sondern um „richtiges und falsches“ Verhalten insbesondere im Krieg, so z. B. das Recht auf den präventiven Erstschatz oder die Besetzung von neutralem Territorium.<sup>3</sup>

Erstmals 1873 berief sich ein Staat auf Notstand. Im Fall *Caroline* ging es um ein von britischen Behörden versenktes US-amerikanisches Schiff, das von kanadischen Rebellen gekapert worden war, um Vorräte und Munition zu Navy Island zu bringen, welche im Besitz der Engländer war. Dieses Stück Land war von kanadischen Rebellen und sie unterstützenden Amerikanern nach der Niederschlagung eines Aufstandes in Kanada besetzt worden. Nachdem auch zwei Amerikaner bei der Versenkung der *Caroline* den Tod gefunden hatten, entwickelte sich zwischen Großbritannien und den USA ein diplomatischer Disput. US-Staatssekretär *Webster* wollte das Recht zu einem präventiven Erstschatz, das Großbritannien für sich in Anspruch nahm, jedoch nur im Falle einer Situation anzuerkennen die er als „instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation“<sup>4</sup> beschrieb. Des Weiteren war Großbritannien verpflichtet zu beweisen, dass es keine unvernünftigen oder unnötigen Maßnahmen ergriffen habe und andere Möglichkeiten entweder unpraktisch oder nicht verfügbar gewesen seien. Dies gelang Lord

<sup>2</sup> *Grotius, Hugo, De Jure Belli Ac Pacis Liberi Tres*, Buch III, Kap. I, 2; zitiert auch von *Weidenbaum*, 118.

<sup>3</sup> *Boed, Roman, State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2000, 1–45 (5), im Folgenden *Boed*.

<sup>4</sup> Sog. *Webster-Formel*, siehe *Krefß, Claus*, Erst versenkt, dann zu Völkerrecht erhoben. Wie ein Dampfschiff namens *Caroline* das Völkerrecht heute noch bewegt, *JA* 2009, 611, im Folgenden *Krefß*.

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht von Herrn Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.) an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> *Weidenbaum, Paul*, Necessity in International Law, *Transactions of the Grotius Society*, 1938, 105–132 (118), im Folgenden *Weidenbaum*.

Ashburton und der Konflikt konnte beigelegt werden.<sup>5</sup> Bis heute wird die Rechtmäßigkeit einer antizipierten Selbstverteidigung eines Staates nach den Kriterien des Caroline-Tests beurteilt. Besondere Bedeutung erlangte er während der Nürnberger Prozesse, um die Rechtmäßigkeit der Invasion Dänemarks und Norwegens durch Deutschland (sog. Operation Weserübung) 1942 zu überprüfen.<sup>6</sup>

Nach dem Ersten Weltkrieg flaute die internationale Notstandsbegeisterung jedoch zunächst ab. Deutschland hatte das neutrale Belgien 1914 überrannt, um einem französischen Militärschlag zuvorzukommen und berief sich auf Notstand. Reichskanzler *Bethmann-Hollweg* rechtfertigte sich: „Wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot.“ Diese deutsche „Kriegsräson geht vor Kriegsmanier“-Maxime, wonach die internationalen Kriegsgebräuche und -gewohnheiten dann keine Rolle mehr spielen, wenn es dem Kriegsziel nicht dienlich ist, stieß im anglo-amerikanischen Rechtskreis auf Befremden und wurde unter französischen und italienischen RechtswissenschaftlerInnen fast einhellig abgelehnt. Nach Ratifizierung der Haager Konventionen wurde diese Doktrin auch von meisten deutschen RechtswissenschaftlerInnen verworfen.<sup>7</sup>

Im Jahr 1923 verweigerte Deutschland dem englisch-französischen Kriegsschiff *S. S. Wimbledon*, das Kriegsmaterial geladen hatte, die Durchfahrt des Kiel-Kanals (heute Nordsee-Ostsee-Kanal). Die französische Regierung wollte Polen in seinem Krieg gegen die Sowjetunion unterstützen, das neutrale Deutschland fürchtete jedoch um seine Sicherheit. Frankreich berief sich vor dem IGH auf Art. 380 des Versailler Friedensvertrages, wonach die Durchfahrt eines jeden Kriegs- und Handelsschiffes jener Nationen, die mit Deutschland im Frieden stünden, geduldet werden musste. Der IGH bejahte einen Vertragsbruch Deutschlands. In zwei Sondervoten vertraten die Richter *Huber* und *Anzilotti* jedoch die Meinung, dass ein Staat dann von der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen absehen könne, wenn dieser seine Neutralität oder die nationale Sicherheit schützen wolle. Diese sei, ebenso wie die Integrität des Staates, so essentiell, dass keine Vertragsbestimmung sie einschränken könne. Im Gegensatz zum *Caroline-Fall* lag hier erstmals eine Vertragsbestimmung vor, gegen deren Erfüllung die Rechtfertigung des Notstandes hervorgebracht wurde.<sup>8</sup>

Im Fall *Lawless*<sup>9</sup> ging es 1961 bereits um eine konkrete Norm, auf die der Notstand gestützt wurde: Art. 15 EMRK erlaubt es den Signarstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, die von den Konventionsverpflichtungen abweichen, wenn das Leben der Nation durch Krieg oder öffentlichen Notstand bedroht ist. Irland hatte den *Offences Against the State Act* von 1939/1940, mit dem die IRA-Gewalt eingedämmt werden sollte, 1954 nach erneuten Ausschreitungen wieder aktiviert. Dieser sah u. a. vor, dass Verdächtige ohne gerichtliche Anordnung interniert werden konnten. *Lawless*, ein berühmtes IRA-Mitglied, wurde für fünf Monate ohne gerichtliche Anordnung oder Verfahren festgehalten. Er erhob Beschwerde vor dem EGMR. Dieser stellte die Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 EMRK fest, betonte aber, dass die Maßnahme Irlands unter Art. 15 EMRK gerechtfertigt war: Die IRA stelle eine Bedrohung für den Fortbestand Irlands dar und alternative Maßnahmen wie gewöhnliche Gerichtsverfahren wären ineffektiv gewesen oder hätten – wie z. B. die Schließung der Grenze zu Nordengland – eine übermäßige Härte für andere BewohnerInnen Irlands dargestellt. Besonders am *Fall Lawless* ist nicht nur, dass im Unterschied zu *Caroline* und *S. S. Wimbledon* eine explizite Vertragsnorm bestand, auf die der Staat die Rechtfertigung des Notstandes stützen konnte und somit kein Völkergewohnheitsrecht herangezogen werden musste. Vielmehr war dies auch der erste Fall, in dem ein Staat in einem gerichtlichen Verfahren seinen Vertragsbruch aufgrund von Notstand erfolgreich rechtfertigen konnte.<sup>10</sup> Über die Zeit entwickelte sich die Notstandsdoktrin somit von einem losen naturrechtlichen (Ur-)Recht der Staaten auf Selbsterhaltung zu einem festen und essentiellen Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. Heutzutage ermöglicht sich den Staaten der Zugriff auf diese sowohl über die positiven Bestimmungen in regionalen und internationalen Verträgen als auch über die ungeschriebenen Normen des Gewohnheitsrechtes.<sup>11</sup> Dabei wurde das Konzept des Notstands als *Recht* eines Staates im Laufe der Zeit von einer Doktrin abgelöst, die diesen nur als *Rechtfertigung* des Vertragsbruchs anerkennt. Damit sollte dem Dilemma Rechnung getragen werden, dass dem essentiellen Recht des einen Staates auf Selbsterhaltung das Recht eines anderen gegenüber steht, der seine Ansprüche auf Einhaltung der Obligationen erfüllt se-

<sup>9</sup> EGMR, Urteil v. 14.11.1960, App Nr. 332/57 – *Lawless* ./ Irland.

<sup>10</sup> *Bellish*, 131.

<sup>11</sup> Ob ein solches Gewohnheitsrecht tatsächlich anerkannt ist, ist Gegenstand vieler „akademischer“ Debatten. Überzeugend bejahend Reinisch, August, Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens und der Wirkung des völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes „Staatsnotstand“, ZaÖRV, 2008, 3–43; Bellish 134. Kritisch Sloane, Robert D., On the Use and Abuse on Necessity in the Law of State Responsibility, *American Journal of International Law*, 447–508. Der IGH ausdrücklich in seinem Urteil *Gabčíkovo-Nagymaros* über Art. 33 ILC Draft Articles on State Responsibility: „Those conditions reflect customary international law“, siehe IGH, Urteil vom 25.09.1997 – *Gabčíkovo-Nagymaros*, Rn. 52.

<sup>5</sup> *Bellish*, Jonathan, In Principle but not in Practice: The Expansion of Essential State Interests in the Doctrine of Necessity under Customary International Law, *Denver Journal of International Law and Policy*, 2012, 127–148 (128 f.), im Folgenden *Bellish*.

<sup>6</sup> *Krefß*, 616.

<sup>7</sup> Weidenbaum, 110, er verweist u. a. auf die IV., V. und X. Haager Konvention von 1899 und 1907.

<sup>8</sup> Vgl. *Bellish*, 131.

hen möchte.<sup>12</sup> In diesem Sinne muss der Staat den Notstand auch als Einrede geltend machen. Ob eine Derogation der Vertragsverpflichtungen erst ab Abgabe einer Erklärung, wie z. B. nach Art. 15 Abs. 3 EMRK erforderlich, oder schon ab Vorliegen der Derogationsvoraussetzungen rechtmäßig ist, bleibt freilich eine andere Frage.<sup>13</sup>

### Modell des überpositiven Notstands / Ausnahmestadiummodell

Versuche, den Notstand normativ einzugrenzen und ihn justiziabel zu machen, sind nicht bei allen JuristInnen auf Begeisterung gestoßen. Die KritikerInnen der Positivierung eines Notstandsrechts – der berühmteste unter ihnen ist wohl *Carl Schmitt* – verweisen darauf, dass nicht jede Notstandssituation vorher durchdacht sein könne, was schon in der Natur der Sache liege. Dennoch, und gerade dann, müsse die Exekutive handlungsfähig sein, um die Integrität des Staates schützen zu können. Sie berufen sich auf *Locke*, der umfangreiche Handlungsbefugnisse für die Exekutive zum Wohle der Gesellschaft für notwendig erachtet hatte.<sup>14</sup> Entscheidend für die AnhängerInnen des Modells des überpositiven Notstandes<sup>15</sup> ist also, dass ein durchsetzungsfähiger Souverän<sup>16</sup> vorhanden ist, der den Ausnahmezustand zeitnah erfolgreich zu bewältigen vermag.<sup>17</sup> Die Integrität des Staates sei aufgrund der nicht möglichen Vorhersehbarkeit der destabilisierenden Situation nicht innerhalb, sondern außerhalb der Rechtsordnung zu schützen, um eine Vermischung und Verwirrung der „normalen“ Rechtsordnung in Friedenszeiten mit der des Ausnahmezustandes zu vermeiden. Erstere könne gerade nicht die Zerstörung der von ihr geschützten Werte und Güter befehlen, da eine solche nicht durch sie gedeckt sein kann.<sup>18</sup> Das vorpositive Ur-Recht des Staates auf Selbsterhaltung (*ius eminentis*) stünde ganz im naturrechtlichen Sinne nicht nur neben, sondern auch über dem positiven Recht und wirke gegen dieses, da die normale – positive – Rechtsordnung in Notstandssituationen nicht gelten kann.<sup>19</sup> Dazu *Schmitt*: „Die Norm braucht ein homogenes Medium. [...] Denn es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ord-

nung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.“<sup>20</sup> Maßnahmen, die der betroffene Staat trifft, um zurück zur Ordnung und damit zur „normalen“ Rechtsordnung zu gelangen, unterliegen damit allein der politischen, nicht der juristischen Beurteilung. Die Gefahr eines solch unüberprüfbar Rechts liegt auf der Hand. Gerade durch die fehlende Positivierung eines entsprechenden Notstandsrechts bleibt dieses vage und konturlos. Als besonders scharfes Schwert, welches Staaten in Notsituationen erlaubt, bestimmte Menschenrechtsgarantien außer Acht zu lassen, würde es dem Missbrauch gerade in destabilisierten Staaten durch autoritäre Regierungschefs Tür und Tor öffnen. Zudem muss sich das Argument des naturrechtlichen vor-positiven Selbsterhaltungsrechts der Konfrontation mit den ebenfalls naturrechtlich begründeten Menschenrechten stellen. Heutzutage würden bei einer solchen Normenkollision die Menschenrechte wohl mehr Gewicht in die Waagschale werfen können. Kritisch hinterfragt auch *Kelsen* das Recht auf die Ur-Existenz des Staates: dahinter verberge sich oft nur der Wille der Mächtigen, dass der Staat „so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich zur Rechtfertigung des ‚Staatsnotrechts‘ bedienen.“<sup>21</sup>

### Völkerrecht und Notstand heute

Das Konzept des überpositiven Ausnahmezustandes konnte sich folgerichtig nicht durchsetzen. Das Völkerrecht, als Friedensordnung konzipiert, kann den Staaten einen solch großen unüberprüfbar rechtlichen Freiraum nicht überlassen. Insofern verwundert es auch nicht, dass die meisten Menschenrechtsverträge (strenge) Notstandsklauseln vorsehen. Auch Art. 25 ILC Draft Articles on State Responsibility von 2001, der als sog. Sekundärrechtsnorm im Wege der Spezialität nur Anwendung findet, wenn keine der Notstandsklauseln des Primärrechts (z. B. Art. 4 IPbPR, Art. 15 EMRK, Art. 27 AMRK) einschlägig sind, sieht die Möglichkeit eines Staatsnotstands grundsätzlich vor. Um den Ausnahmecharakter der Norm zu betonen, wurde Art. 25 negativ verfasst („Necessity may not be invoked...“) und seine Anwendbarkeit streng eingeschränkt. So kann sich ein Staat nicht auf Notstand berufen, wenn nicht ein essentielles Interesse betroffen ist. Welches Interesse essentiell genug ist, um den Anforderungen von Art. 25 zu genügen, definiert die ILC in ihrem Kommentar nicht. Einen Hinweis gibt allerdings der UN-Sonderberichterstatter *Roberto Ago*, der maßgeblich am Entwurf der ILC Draft Articles beteiligt war: „The alleged situation of extreme peril does not take the form of a threat to the life of individuals whose conduct is attributed to the State, but represents a grave danger to the existence of the State itself

<sup>12</sup> *Boed*, 6.

<sup>13</sup> Letzteres bejahend *Ashauer*, 410, eher verneinend *Karl, Wolfram*, Terrorismus, Krieg, Menschenrechte – zwei beiläufige Gedanken zum europäischen Notstandsrecht, in: *Biaggini/Diggelmann/Kaufmann* (Hrsg.), *Polis und Kosmopolis*. Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, S. 359–373 (360, Fn. 5).

<sup>14</sup> *Ashauer*, 405 f.

<sup>15</sup> Der Ausdruck stammt von *Ashauer*, andere Ausdrücke sind übergesetzlicher Notstand, ungeschriebener Notstand oder Notrecht (*Ashauer*, 405).

<sup>16</sup> Nach *Schmitts* berühmtem Idiom „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“ (*Schmitt, Carl, Politische Theologie*, 1922, S. 9).

<sup>17</sup> *Kotzur, Markus*, Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?, *AdV*, 2004, 353–388 (355).

<sup>18</sup> *Ashauer*, 405.

<sup>19</sup> *Ashauer* 406.

<sup>20</sup> *Schmitt, Carl*, *Politische Theologie*, S. 13; zitiert nach *Ashauer* 406.

<sup>21</sup> *Kelsen, Hans*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925 (unveränderter Nachdruck 1966), S. 157, zitiert nach *Ashauer* 407.

its political or economic survival, the continued functioning of its essential services, the maintenance of internal peace, the survival of a sector of its population, the preservation of the environment of its territory or a part thereof, etc.<sup>22</sup> Ein essentielles Interesse stellen namentlich die Menschenrechte dar.<sup>23</sup> Daneben muss die Gefahr für dieses aber auch schwer und unmittelbar bevorstehend sein. Das war insbesondere im *Gabčíkovo-Nagymaros Fall* nicht der Fall (dazu gleich). Zudem darf die Ausrufung des Notstandes die einzige Möglichkeit der Bewältigung der Krise sein: jedwede Alternative, auch wenn sie mit der Entstehung von immensen Kosten verbunden ist, berechtigt nicht zum Ausruf eines Staatsnotstandes.<sup>24</sup> Auch darf die Maßnahme des Staates nicht das Interesse des Staates oder mehrerer sie betreffender Staaten oder aber die gesamte internationale Gemeinschaft („international community as a whole“) verletzen. Ob damit nur die internationale Staatengemeinschaft oder auch alle Individuen als solche gemeint sind, ist nicht ganz klar. Der Wortlaut weicht von dem des Art. 53 der Wiener Vertragsrechtsübereinkommen („international community of States as a whole“) ab und könnte damit in einem weiteren Sinne verstanden werden. Auf der anderen Seite nutzt der IGH die verkürzte Formulierung jedoch im gleichen Sinne wie in Art. 53 des Übereinkommens.<sup>25</sup> In keinem Fall kann sich gemäß Art. 25 Abs. 2 ILC Draft Articles on State Responsibility ein Staat auf Notstand berufen, wenn die zu derogierende Verpflichtung die Berufung auf Notstand ausschließt. Ein solcher Ausschluss kommt nicht nur ausdrücklich in Frage – wie oftmals in Verträgen des humanitären Rechts –, sondern auch, wenn sich aus dem Sinn und Zweck ergibt, dass dieser Vertrag gerade in anormalen Gefahrensituationen gelten soll und somit die Interessen des Staates vollständig abdeckt.<sup>26</sup> In den Menschenrechtsverträgen berücksichtigen die Notstandsklauseln auch solche Rechte, die absolut nicht derogierbar sind; sie sind notstandsfest. In der EMRK gehören dazu das Verbot der Tötung, Art. 2 EMRK, mit Ausnahme von Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen, das Verbot der Folter (Art. 3), das Verbot der Sklaverei, mit Ausnahme der Zwangs- und Pflichtarbeit (Art. 4) sowie das Gebot nulla poena

22 ILC, Addendum - Eighth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1), S.14, § 2.

23 *Ryngaert, Cedric*, State Responsibility, Necessity and Human Rights, in: *Dekker/Hey* (Hrsg.), *Netherlands Yearbook of International Law*, 2010, S. 79–98 (83f.), im Folgenden *Ryngaert*.

24 *Boed*, 17f.; ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Bd. II, Part 2, S. 83, § 15.

25 IGH, Urteil v. 05.02.1970 – *Barcelona Traction*, in I.J.C. Reports 1970, S. 33, § 32: „In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection“.

26 ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Bd. II, Part 2.

sine lege (keine Strafe ohne Gesetz, Art. 7). Aus Art. 26 ILC Draft Articles, der übergreifend auch für andere Ausschlussgründe staatlicher Verantwortung wie Höhere Gewalt (Art. 23) und Notlage (Art. 24) gilt, ergibt sich, dass die Handlung eines Staates, der gegen internationale Verpflichtungen verstößt, auch dann nicht gerechtfertigt werden kann, wenn es sich dabei um zwingende Normen des Völkerrechts (ius cogens) handelt.

### Neuere Entwicklungen des Notstandsrechts

Dass nicht nur das Selbsterhaltungsrecht des Staates einen Notstand begründen kann, zeigt vor allem der *Gabčíkovo-Nagymaros Fall*. Im Jahr 1977 schlossen Ungarn und die damalige Tschechoslowakei einen Vertrag über den Bau eines Staudamms an der Donau ab. Ziel dieses Baus waren die Energieerzeugung, die Kontrolle und die Verbesserung der Schiffbarkeit des Flusses. Nachdem jedoch vermehrt Zweifel an der Umweltverträglichkeit des Projekts, insbesondere auch an der Gefährdung der Wasserversorgung Budapests laut wurden, beschloss Ungarn, den Vertrag einseitig aufzukündigen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Bauarbeiten bereits in vollem Gange und die Slowakei – als Rechtsnachfolgerin der Tschechoslowakei – pochte auf die Erfüllung des Vertrages, während Ungarn sich aufgrund der o.g. Gründe auf Notstand berief. Der IGH entschied schließlich, dass die Kündigung unrechtmäßig gewesen sei. Zwar seien schwere Umweltschädigungen grundsätzlich geeignet, einen Notstand zu begründen. Damit befand er sich auf derselben Linie wie die ILC, die in ihrem Kommentar zu ex-Art. 33 von 1975<sup>27</sup> (heute Art. 25) Draft Articles on State Responsibility die Bombardierung eines havarierten und von der Mannschaft verlassenen libyschen Öltankers durch Großbritannien als durch Notstand gerechtfertigt ansah. Obwohl nicht in britischen Hoheitsgewässern, so drohte durch das austretende Öl doch eine Verschmutzung der Küstenregion und somit eine schwerwiegende Bedrohung eines britischen Interesses. Aber im *Gabčíkovo-Nagymaros Fall* lag dem IGH zufolge keine schwere und unmittelbare Gefahr einer Umweltschädigung vor, da noch keine Folgen des Projekts für die Umwelt eingetreten waren.<sup>28</sup> Kritisch wird dazu angemerkt, dass Umweltschäden selten sofort auftreten, sondern sich negative Veränderungen, wie bei Staudämmen beispielsweise die Reduktion von Fischbeständen oder andere Störungen in der Biodiversität, Strömungsänderungen oder Schlammablagerungen erst im Laufe der Zeit abzeichnen würden. Zudem würden Staaten gezwungen, ein Projekt, das sie für umweltschädlich halten, entgegen ihrem Willen zu vollenden, um dann einen eintretenden Schaden abzuwarten, statt aufgrund berechtigter Zweifel ein solches aufzuge-

27 Vgl. *Boed*, 11.

28 IGH, Urteil v. 25.09.1997 – *Gabčíkovo-Nagymaros*, Rn. 54.



ben. Dies würde zu immensen zusätzlichen Kosten führen, sowohl für die Vollendung des nicht mehr gewollten Projekts als auch für die Beseitigung der Schäden, soweit dies überhaupt noch möglich ist.<sup>29</sup>

Zu den neueren Entwicklungen gehört auch die Frage, ob ökonomische Interessen einen Notstand auslösen und die Aussetzung von vertraglichen Verpflichtungen rechtfertigen können. Argentinien hatte während der Rezession in den 1980er Jahren einen Großteil seiner Staatskonzerne privatisiert, darunter das Erdgasunternehmen Gas del Estado. Mittels bilateraler Investitionsverträge hatten zwei US-amerikanische Unternehmen (CMS und LG&E) in Argentinien nunmehr privaten Gasmarkt investiert, indem sie Anteile an argentinischen Unternehmen hielten. Diesen Unternehmen war eine halbjährliche Anpassung der Preise an den US-amerikanischen Gasmarkt gestattet. Aufgrund einer weiteren, noch schwereren Wirtschaftskrise im Jahre 2002 rief Argentinien den Staatsnotstand aus und widerrief das Recht zu einer solchen Preisberechnung. Obwohl die Fälle ähnlich sind, entschied das der Weltbankgruppe angehörende Internationale Schiedsgericht (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) im Falle CMS gegen eine Rechtfertigung des Vertragsbruches aufgrund von Notstand, während Argentinien sich im Fall LG&E erfolgreich darauf berufen konnte. Ob ökonomische Krisen damit wirklich einen Staatsnotstand auslösen können, bleibt abzuwarten. In weiteren Fällen lehnte das ICSID eine Rechtfertigung der Vertragsbrüche aufgrund ökonomisch begründeter Notstände ab.<sup>30</sup> *Bellish* kritisiert daran, dass extreme Finanzkrisen durchaus das Potential einer dergestalt schweren und unmittelbaren Gefahr besäßen, die Vertragsbrüche nach Art. 25 ILC Draft Articles on State Responsibility rechtfertigen würde: dann nämlich, wenn ein Großteil der Bevölkerung unterhalb der Armutslinie lebt, es nur einen sehr eingeschränkten Zugang zu Arzneien und bezahlbarer Nahrung gibt und in den Straßen (tödliche) Aufstände herrschen.<sup>31</sup>

Die Notstandsrechtsproblematiken sind spätestens mit den Terroranschlägen im Westen wieder akut geworden. Wie hoch die Missbrauchsgefahr eines solchen Notstandsrechts indes ist, obwohl das überpositive Notstandsmodell sich nicht durchsetzen konnte, zeigt ein Blick nach Frankreich.

### Situation in Frankreich

Die Terroranschläge in Paris haben die französische Regierung am 13.11.2015 dazu bewogen, den Notstand

auszurufen und die Notstandsgesetze zu aktivieren. Am 24.11.2015 teilte Frankreich dem Europarat mit, bestimmte Vorgaben der Konvention nicht mehr einzuhalten. Der Ausnahmezustand dauert gemäß französischem Gesetz maximal drei Monate. Er wurde aufgrund der erfolglosen Suche nach den Attentätern von Paris und im Hinblick auf die Fußball-EM zweimal, anschließend ein drittes Mal nach dem Anschlag in Nizza am 14.07.2016 verlängert und gilt nunmehr bis Ende Januar 2017. Nebenbei wurde das Notstandsgesetz von 1955 verschärft. Passend dazu sollte der Ausnahmezustand in der Verfassung verankert werden, wozu es schlussendlich aufgrund der Uneinigkeit zwischen Nationalversammlung und Senat hinsichtlich des Verfassungstextes nicht kam.<sup>32</sup> Aber auch das nunmehr revidierte Notstandsgesetz von 1955 sieht deutliche Änderungen vor: So kann eine Hausdurchsuchung nicht mehr nur dann angeordnet werden, wenn – wie bisher – der Person eine die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedrohende Aktivität nachgewiesen werden kann, sondern bereits dann, wenn „ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass ein Ort von Personen besucht wird, deren Verhalten eine Gefahr für die Sicherheit und öffentliche Ordnung darstellt“ (Art. 4). Versammlungen und Demonstrationen können ebenfalls auf Grundlage des Notstandsgesetzes verboten werden. Das betrifft allerdings freilich auch solche Veranstaltungen, die für die französische Regierung unbehaglich sind, wie z. B. die Proteste gegen die Reform des Arbeitsmarktes, und deren Verbot mit dem Kampf gegen den Terror höchstens vordergründig begründet werden kann.<sup>33</sup>

Statistiken des Radiosenders „Inter France“ zufolge sind insgesamt 3549 Hausdurchsuchungen ohne vorherige richterliche Anordnung durchgeführt worden, davon 3189 während des ersten Ausnahmezustandes (Stand 21.07.2016). Dabei kam es in 592 Fällen zu einer Anklage, in 67 Fällen zu einer Verurteilung. Ganz nebenbei wurde die von der Regierung am 03.02.2016 vorgelegte Strafrechtsreform durch das Parlament gepeitscht. Bereits am 26.05.2016 konnten die Änderungen aufgrund des beschleunigten Gesetzgebungsverfahrens in Kraft treten. Diese Änderungen sehen vor allem eine Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden vor: So kann die Staatsanwaltschaft in Zukunft nächtliche Hausdurchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen lassen. Ebenfalls ohne richterliche Anordnung können Telefone abgehört, Internetdaten abgefangen und

<sup>29</sup> *Bellish*, 138.

<sup>30</sup> ICSID v. 29.09.2007 – ARB/02/16 – *Sempra Energy International vs. Argentinien*; ICSID vom 22.05.2007 – ARB/01/3 – *Enron Corp. and Ponderosa Assests L.P. vs. Argentinien*.

<sup>31</sup> *Bellish*, 142.

<sup>32</sup> AFP, Hollande begräbt Pläne für Verfassungsänderung, in: FAZ vom 30. März 2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/francois-hollande-begraebt-plaene-fuer-verfassungsaenderung-14151630.html> (25.10.2016).

<sup>33</sup> *Humanrights.ch/MERS*, „Ausnahmezustand in Frankreich – auf Kosten der Menschenrechte?“, (Update) v. 21.07.2016, abrufbar unter <http://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/nachrichten/terrorbekaempfung/ausnahmezustand-frankreich-auf-weichung-menschenrechte> (25.10.2016).

Videüberwachungen vorgenommen werden. Personen, auch minderjährige, können bis zu vier Stunden ohne Anwalt auf der Polizeiwache festgehalten werden.<sup>34</sup> Auf die Aufnahme eines Passus, der den Entzug der französischen Staatsbürgerschaft bei verurteilten Straftätern zur Folge hätte, verzichtete Hollande nach scharfer Kritik.

Dabei standen von den o.g. über 3000 Hausdurchsuchungen im Juli 2016 gerade einmal sechs im Zusammenhang mit Terrorismus. Bei den übrigen erleichterten Durchsuchungen ging es hingegen um Verstöße gegen das Waffengesetz, Drogenbesitz oder illegalen Aufenthalt.<sup>35</sup> Damit stellt sich nicht nur die Frage, wie effektiv dieses verschärfte Notstandsgesetz ist, sondern auch, was es eigentlich wirklich bekämpfen will. So wurden z. B. auch UmweltaktivistInnen im Vorfeld der UN-Klimakonferenz unter Hausarrest gestellt, ebenfalls unter Berufung auf den Ausnahmezustand.<sup>36</sup> Daneben treffen die neuen Regelungen vor allem MuslimInnen: Gläubige der Moscheevereinigung „La Fraternité“ berichteten, dass Polizeibeamte die Türen der Moschee aufbrachen, diese mit Schuhen betraten und den Koran auf den Boden warfen. Viele andere Opfer sprechen von körperlicher Gewalt, die gegen sie angewandt wurde, von zerstörten Hauseinrichtungen und traumatisierten Kindern.<sup>37</sup> Auch andere Stätten, die von MuslimInnen betrieben werden, wie z. B. Restaurants, wurden immer wieder Ziel von Hausdurchsuchungen.<sup>38</sup> Viele der vermeintlichen Verdächtigen wurden mit Hausarrest belegt, so dass sie Gefahr liefen, ihre Arbeit und ihr Einkommen zu verlieren, wie beispielsweise der 25-jährige Halim A., der eine Motorradwerkstatt führte und sich für zwei Monate viermal täglich bei der Polizei melden musste, sein Haus von 20.30 Uhr bis 07.30 Uhr sowie seine Heimatstadt nicht verlassen durfte. Grund dafür war eine angebliche Mitgliedschaft in einer nicht benannten islamistischen Terrororganisation. Die Vorwürfe stellten sich als unbegründet heraus, der Hausarrest wurde aufgehoben und der französische Staat musste Halim A. eine Kompensation in Höhe von 1500 € zahlen. Für Halim A. bedeutete das nicht nur das Ende seines Gewerbes und seiner Kreditwürdigkeit, sondern auch den Verlust seiner sozialen Reputation.<sup>39</sup>

34 Taylor, Letta. France's Emergency Powers: the new Normal, Human Rights Watch v. 02.08.2016, abrufbar unter <https://www.hrw.org/news/2016/08/02/frances-emergency-powers-new-normal> (25.10.2016).

35 Bericht der französischen *Assemblée Nationale*, Rapport relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, v. 05.07.2016, abrufbar unter <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-enq/r3922-t1.asp> (25.10.2016).

36 *Humanrights.ch/MERS*, a. a. O.

37 *Amnesty International*, Upturned Lives. The Disproportionate Impact of France's State of Emergency, London 2016, S. 11.

38 Ebd.

39 *Human Rights Watch*, France: Abuses under State of Emergency. Halt Warrantless Search and House Arrest, v. 03.02.2016, abrufbar unter <https://www.hrw.org/news/2016/02/03/france-abuses-under-state-emergency> (25.10.2016).

Die vermehrten Repressionen gegenüber MuslimInnen und die damit verbundene Stigmatisierung könnten damit (langfristig) zu dem führen, was Frankreich zu bekämpfen versucht: Nährboden für weiteren (islamischen) Radikalismus und damit eine erhöhte Gefahr für die nationale Sicherheit.

Eine weitere Gefahr, die vom Gebrauch des Notstandsrechts ausgeht, zeigt sich auch darin, dass Nachahmungseffekte groß sind. So berief sich die Türkei in ihrer Mitteilung an den Europarat, sich nach dem Putsch gemäß Art. 15 EMRK an Vorgaben der Konvention nicht mehr halten zu können, auf die Argumentation Frankreichs.<sup>40</sup> Damit spielt das Notstandsrecht auch solchen StaatslenkerInnen in die Hände, die den Ausnahmezustand als dankbare Rechtfertigung von Menschenrechtsverletzungen annehmen und sich in ihren autoritären Regierungsstilen bestätigt fühlen.<sup>41</sup> Der türkische Präsident *Recep Tayyip Erdoğan* verhängte den Ausnahmezustand zunächst für drei Monate und ließ „Säuberungen“ in (Hoch-)Schulen, Krankenhäusern und im Militär durchführen, um „alle Elemente entfernen zu können“, die seines Erachtens in den Putschversuch verstrickt sind – also insbesondere AnhängerInnen der Gülen-Bewegung.<sup>42</sup> Des Weiteren dachte Erdoğan bereits öffentlich laut über eine Wiedereinführung der erst 2002 abgeschafften Todesstrafe nach,<sup>43</sup> obschon die Türkei das 13. Zusatzprotokoll zur EMRK über die Abschaffung der Todesstrafe ratifiziert hat. Trotz scharfer Kritik aus der EU will Erdoğan ein Gesetz zur Wiedereinführung der Todesstrafe ratifizieren, wenn ein solches das türkische Parlament passieren sollte. Das Notstandsdekret sorgt weiterhin dafür, dass Verdächtige nunmehr 30 statt wie bisher vier Tage in Polizeigewahrsam festgehalten dürfen, bevor sie einem Haftrichter vorgeführt werden müssen und ihnen bis zu fünf Tage der Kontakt zu ihren AnwaltInnen verwehrt werden darf. Zudem würden viele der Verdächtigen in Haft durch die BeamtInnen misshandelt. Die Menschenrechtsorganisation Human Rights Watch spricht bereits von Folter.<sup>44</sup>

40 Siehe etwa „Türkei setzt Menschenrechtskonvention teilweise aus“, Tagesspiegel v. 21.07.2016, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/nach-dem-putschversuch-tuerkei-setzt-menschenrechtskonvention-teilweise-aus/13905528.html> (25.10.2016).

41 So etwa auch *Meier, Iren*, „Erdoğan wird vom Putsch profitieren“, SRF, 16.07.2016, abrufbar unter <http://www.srf.ch/news/international/erdogan-wird-vom-putsch-profitieren> (25.10.2016).

42 SZ, Was der Ausnahmezustand für die Türkei bedeutet, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/nach-putschversuch-was-der-ausnahmezustand-fuer-die-tuerkei-bedeutet-1.3088177> (25.10.2016).

43 *Zeit Online*, Erdoğan spricht wieder Todesstrafe, v. 07.08.2016, abrufbar unter <http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-08/tuerkei-demonstration-istanbul-recep-tayyip-erdo-an-putschversuch> (25.10.2016).

44 Human Rights Watch, A blank check. Turkey's Post-Coup Suspension of Safeguards against Torture, v. 24.10.2016, abrufbar unter <https://www.hrw.org/report/2016/10/24/blank-check/turkeys-post-coup-suspension-safeguards-against-torture#page> (25.10.2016).

## Fazit

Wenn bereits in „alten“ Demokratien wie der französischen Republik dergestalt tiefe Eingriffe in die fundamentalen Grundrechte und Freiheiten stattfinden, dann bleibt das schale Gefühl, dass die großen Verliererinnen

in diesem Antiterrorkampf die Rechtsstaatlichkeit und die Menschenrechte sind. Das Notstandsrecht sollte von der staatlichen Exekutive äußerst vorsichtig gehandhabt werden, damit die Werte der öffentlichen Sicherheit und Freiheit, die es zu verteidigen gilt, nicht zur Farce werden.

Olga Alles / Maureen Macoun\*

## Erfolg von Friedensmissionen der Vereinten Nationen

*Dieser Aufsatz setzt sich kritisch auseinander mit den Thesen von Herrn Dr. Wolfgang Weisbrod-Weber, einem langjährigen Mitarbeiter der Vereinten Nationen (VN), zuletzt Sondergesandter des Generalsekretärs für die VN-Mission in Westsahara, zu Faktoren für den Erfolg der Friedensmission in Sierra Leone.<sup>1</sup> Dazu erfolgt zunächst eine kurze Darstellung von Konflikt und VN-Mission in Sierra Leone. Anschließend werden die Thesen mit Blick auf den rechtlichen Rahmen und die tatsächliche Entwicklung in Sierra Leone überprüft, beginnend mit dem Mandat und der Rechtsgrundlage für Interventionen, der Bedeutung nichtstaatlicher Gewaltakteure und abschließend mit dem Übergang der militärischen Intervention in die Phase des Wiederaufbaus (jus post bellum).*

### I. Einleitung

Seit Ende des Kalten Krieges hat die Zahl der Friedensmissionen stetig zugenommen. Gleichzeitig scheint die Welt mehr und mehr von Gewalt, Terrorismus und Konflikten geprägt zu sein. Anlass für diesen Aufsatz ist eine Aussage von Herrn Dr. Weisbrod-Weber im Rahmen einer DGVN-Veranstaltung zur Arbeit bei den Vereinten am 14.04.2016 in Hamburg. Dabei warf er ein, dass viele Missionen durchaus erfolgreich seien. Zwar führten sie nicht unmittelbar zu Demokratie, wirtschaftlichen Wachstum und einer effektiven Verwaltung, dennoch trügen die Missionen zu einer wesentlichen Verbesserung der Situation bei.

Woran der Erfolg einer Mission gemessen werden kann, wird von vielen Autor\*Innen unterschiedlich bewertet. Eine perfekte Formel für eine erfolgreiche Mission scheint es jedenfalls nicht zu geben, denn vieles hängt von den unterschiedlichen Gegebenheiten der Mission und des Konflikts ab. Die VN benennen mehrere Faktoren, die auf Erfahrungswerten aus ehemaligen Missio-

nen beruhen. Was also Erfolg ausmachen kann und woran dieser zu messen ist, wird im Folgenden anhand von den VN-Missionen in Sierra Leone beleuchtet. Der VNEinsatz in Sierra Leone wird nach einer schwierigen Anfangsphase als erfolgreich bewertet, sodass sich die Autorinnen für dieses Beispiel entschieden.

Der Bürgerkrieg in Sierra Leone begann 1991, als Kämpfer\*innen der RUF (Revolutionary United Front), die aus dem Nachbarland Liberia operierten, nach Sierra Leone eindrangen, um die Regierung zu stürzen.<sup>2</sup> Die RUF fand leicht Unterstützung in weiten Teilen des Landes, da sich die Bevölkerung von der Regierung im Stich gelassen fühlte.<sup>3</sup> Die Gesellschaft war arm und entlang der verschiedenen Ethnien gespalten. Die Regierungsführung wurde als ineffektiv und korrupt bezeichnet.<sup>4</sup> Ein erstes Friedensabkommen im November 1996 scheiterte, als Armee und RUF sich zusammenschlossen. Der neu gewählte Präsident Kabbah floh sodann ins Exil.

Die erste ausländische Intervention ging von Nigeria aus. Im August 1997 beschloss ECOWAS (Economic Community of West African States) die Unterstützung Nigerias durch ECOWAS Monitoring Group (ECOMOG). Die Beobachtermission von 1998 United Nations Observer Mission in Sierra Leone (UNOMSIL) stellte schwerste Menschenrechtsverletzungen fest. Verhandlungen zwischen Regierung und Rebellen begannen im Mai 1999 und am 07.07.1999 unterzeichneten alle Parteien das Friedensabkommen von Lomé und forderten eine Erweiterung der Beobachtermission. Am 22.10.1999 beschloss der Sicherheitsrat UNAMSIL (United Nations Mission in Sierra Leone) um in Kooperation mit der Regierung und den anderen Parteien des Konflikts das Friedensabkommen von Lomé umzusetzen.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Dobbins u. a., The UN's rule in Nation Building (RAND), 2005, S. 129.

<sup>3</sup> Dobbins u. a., Overcoming Obstacles to Peace (RAND), 2013, S. 155.

<sup>4</sup> Janssen, Menschenrechtsschutz in Krisengebieten, 2008, S. 205.

<sup>5</sup> Olonisakin, Peacekeeping in Sierra Leone, The Story of UNAMSIL, 2008, S. 141.

\* Die Autoren sind stud. iur. an der Universität Hamburg

<sup>1</sup> Gespräch mit Dr. Weisbrod-Weber und den Autorinnen am 09.08.2016.

Die Kämpfe brachen jedoch immer wieder aus. Im Mai 2000 stand die Mission, nachdem UN-Peacekeeper entführt wurden und VN-Soldaten ihre Waffen auf Verlangen an die Rebellen aushändigten, kurz vor dem Scheitern. Die Mission war zu diesem Zeitpunkt weit davon entfernt, das Mandat zu erfüllen. Die Wendung kam mit dem Einsatz der ehemaligen Kolonialmacht Großbritannien. Britische Streitkräfte befreiten die Geiseln, schüchterten die Rebellen ein und bildeten das lokale Militär aus.<sup>6</sup> Außerdem sorgte die Zusicherung von Großbritannien, im Falle einer erneuten Bedrohung der Regierung militärisch einzuschreiten für Sicherheit.<sup>7</sup> Ferner wurde das Regime im Nachbarland Liberia, das in den Krieg in Sierra Leone stark involviert war, entmachtet. Die VN Mission wurde u. a. personell aufgestockt. So waren die VN in der Lage, den Prozess der Entwaffnung und Demobilisierung zu überwachen und freie Wahlen abzuhalten<sup>8</sup>.

## II. Erste These: Erfolg ist, wenn der Auftrag des Mandats erfüllt wird

Eines der Erfolgskriterien war die Mandatserfüllung in Sierra Leone. Jede VN-Mission hat bestimmte Ziele abhängig vom Land und dessen Konflikt.

### 1. Rechtlicher Rahmen: Die VN-Charta

Im Völkerrecht gilt grundsätzlich das Gewalt- und Interventionsverbot sowie die Achtung der Staatssouveränität, Art. 2 VN-Charta. Dies betrifft auch Friedensmissionen. Eine Mission, deren Mandat auf einer Kapitel VII VN-Charta Resolution des Sicherheitsrates beruht, kann auch gegen den Willen des betroffenen Mitgliedstaates aus humanitären Gründen stattfinden.<sup>9</sup> Gerechtfertigt wird der Eingriff in die Souveränität, welcher eine Ausnahme vom Gewaltverbot nach Art. 2 IV VN-Charta darstellt, mit der Bedrohung des Weltfriedens oder der internationalen Sicherheit. Seit den 1990ern findet eine weite Anwendung des Begriffs statt, sodass auch interne Konflikte genügen.<sup>10</sup> Weiterhin besteht die Möglichkeit der Intervention auf Einladung, wobei der Souverän die VN oder einen Staat ums Einschreiten bittet, sodass keine Verletzung des Interventionsverbots stattfindet.<sup>11</sup> Diese völkerrechtlichen Grundsätze wurden in Sierra Leone im Wesentlichen eingehalten. Während die Intervention Nigerias auf Einladung von Präsident Kabbah erfolgte, wurden spätere Missionen durch den Sicherheitsrat auf Grundlage von Kapitel VII VN-Charta legitimiert.<sup>12</sup>

6 Dobbins u. a., Fn. 2, S. 222.

7 Dobbins u. a., Fn. 3, S. 161.

8 Dobbins u. a., Fn. 2 S. 222.

9 Lowe, Humanitarian Intervention, EPIL 2011, Rn. 7.

10 Lowe, a. a. O., Rn. 15.

11 Rezac, Militärische Intervention als Problem des Völkerrechts, 2002, S. 22.

12 Olonisakin, Fn. 5, S. 168.

### 2. UNAMSIL vom 22.10.1999

Das UNAMSIL-Mandat umfasste u. a. die Unterstützung der Regierung von Sierra Leone bei der Umsetzung des Plans zur Entwaffnung, Demobilisierung und Wiedereingliederung in die Gesellschaft sowie bei der Bereitstellung von humanitärer Hilfe.<sup>13</sup> Weiterhin sollten Wahlen in Übereinstimmung mit der vorliegenden Verfassung von Sierra Leone organisiert werden.<sup>14</sup> Außerdem hatte UNAMSIL die Aufgabe, die Bürger- und Menschenrechte zum Schutz der Bevölkerung wieder herzustellen.<sup>15</sup>

Mit der Mission wurde erreicht, dass über 75.000 Kämpfer\*Innen entwaffnet wurden, sodass es keine weiteren illegalen bewaffneten Gruppen mehr gab.<sup>16</sup> Über 42.000 Waffen und ca. 1,2 Millionen Patronen wurden eingesammelt und zerstört.<sup>17</sup> Fast 55.000 der ehemaligen Kämpfer\*Innen erhielten Wiedereingliederungsmaßnahmen in die Gesellschaft durch Weiterbildung.<sup>18</sup> Allerdings wurde kritisiert, dass den ehemaligen Kämpfer\*Innen oft Ausbildungen zu Berufen ermöglicht wurden, die in einem armen Land wie Sierra Leone keine Perspektiven boten. Weiter wurden die Bedürfnisse weiblicher Kombattanten weitgehend übersehen.<sup>19</sup> Die im Mai 2002 und 2007 stattgefundenen Präsidentschafts- und Parlamentswahlen sowie Wahlen lokaler Regierungen im Jahre 2004 stellten einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung nicht nur im Hinblick auf die Demokratie sondern auch im Hinblick auf die verwaltungsorganisatorischen Strukturen des Landes dar.<sup>20</sup> Die RUF, die die Regierung seit Jahrzehnten bekämpfte, stellte sogar eigene Kandidat\*Innen zur Wahl. Die Wahlbeteiligung betrug dabei 81%.<sup>21</sup> Durch die Einrichtung von Menschenrechtskomitees und pro-demokratischen Organisationen wurden Bürger- und Menschenrechte der Zivilbevölkerung gestärkt und die Einhaltung kontrolliert.<sup>22</sup>

Auch nach mehreren Jahren der Missionsbeendigung hatte die Erfüllung dieser und anderer Missionsaufgaben zur positiven Entwicklung von Sierra Leone beigetragen. Durch die wachsende Einflussnahme der Regie-

13 VN, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/mandate.html> (19.09.2016).

14 ebd.

15 VN, Human Rights and Rule of Law, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet3\\_HRRL.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet3_HRRL.pdf) (19.09.2016).

16 VN, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/mandate.html> (19.09.2016).

17 ebd.

18 VN, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/press\\_kit.htm](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/press_kit.htm) (19.09.2016).

19 Tätzsch, Die Truth and Reconciliation Commission (TRC) in Sierra Leone, 2011, S. 233 (249); Dobbins, Fn. 3, S. 162 f.

20 UN Peacebuilding Commission, Sierra Leone configuration 2007, S. 6.

21 VN, Elections, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet2\\_elections.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet2_elections.pdf) (19.09.2016).

22 VN, Human Rights and Rule of Law, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet3\\_HRRL.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet3_HRRL.pdf) (19.09.16).

rung im ganzen Land und die verbesserte Sicherheitslage kehrten viele der vor dem Bürgerkrieg Geflüchteten wieder zurück.<sup>23</sup> Weiterhin trugen freie, transparente und gewaltfreie Parlamentswahlen zur Demokratisierung des Landes bei.<sup>24</sup> Jedoch sind weitere Anstrengungen erforderlich, um lokale Regierungsinstitutionen zu stärken, insbesondere zur Einbindung traditioneller Autoritäten.<sup>25</sup>

### 3. Fazit

Die Mission in Sierra Leone zeichnete sich durch die Erfüllung des Mandats aus. Die von den VN gesetzten Ziele für Sierra Leone wurden erfolgreich umgesetzt. Die großflächige Entwaffnung, die Wiedereingliederung der ehemaligen Kombattant\*Innen und die Organisation von Wahlen waren Grundvoraussetzungen für die Demokratisierung und Weiterentwicklung von Sierra Leone. Jedoch konnte die Erfüllung des Mandats allein keine Garantie dafür sein, dass die Mission Jahrzehnte lang Früchte tragen würde. Vielmehr musste Sierra Leone unter Beobachtung und mit Hilfe der VN weiter am Ausbau des Erreichten mitwirken, damit der ursprüngliche Konflikt nicht wieder auflebte.

### III. Zweite These: Die Mission war erfolgreich, weil es in dem Land gutwillige und fähige Kräfte gab, die als Partner der internationalen Gemeinschaft zur Verfügung standen. Dies trifft sowohl auf die Phase der Beendigung des Bürgerkriegs als auch auf die des Wiederaufbaus zu.

Zu den Hauptakteuren in Sierra Leone zählen die Sierra Leone People's Party (SLPP) von Präsident Ahmad Tejan Kabbah, die All People's Congress (APC) von Ernest Bai Koroma und die RUF von Anführer Foday Sankoh.<sup>26</sup> Im Folgenden soll die RUF aufgrund ihrer Rolle während der Friedensverhandlungen genauer betrachtet werden, um die Aussage von Herrn Dr. Weißbrod-Weber in Bezug auf die RUF rechtlich zu überprüfen.

#### 1. Rechtlicher Rahmen: Bindung nichtstaatlicher Gewaltakteure

Seit dem Ende des Kalten Krieges finden bewaffnete Konflikte oft nicht mehr zwischen Staaten sondern asymmetrisch zwischen nichtstaatlichen Gewaltakteuren und Staaten innerhalb eines Staates statt.<sup>27</sup> Die Trennung zwischen staatlichen und privaten Kräften wird

<sup>23</sup> VN, Economic Recovery and Development, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet4\\_ERD.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet4_ERD.pdf) (20.09.2016).

<sup>24</sup> VN, Elections, [http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet2\\_elections.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/factsheet2_elections.pdf) (20.09.2016).

<sup>25</sup> Sierra Leone Peacebuilding Cooperation Framework, review of Progress, 2008, S. 4.

<sup>26</sup> Dobbins u. a. Fn. 3, S. 164.

<sup>27</sup> Labuda, Peacekeeping and Peace Enforcement, EPIL 2015, Rn. 11; Bell, Peace settlements and international law: from lex pacificatoria to jus post bellum, Reseach Handbooks in International Law 2013, S. 499.

schwieriger, wenn beide Parteien Legitimation für sich beanspruchen.<sup>28</sup> Das humanitäre Völkerrecht, welches bewaffnete Konflikte reguliert, richtet sich damit zunehmend auch an nichtstaatliche Gewaltakteure. Dass diese Subjekte von völkerrechtlichen Bestimmungen sein können, findet heute allgemeine Anerkennung. So gilt der Mindeststandard des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen (GK) für jede am Konflikt beteiligte Partei, unabhängig vom Staatscharakter. Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz nennt verschiedene Kriterien, um Konflikt und Partei zu konkretisieren, während der Wortlaut des Art. 3 GK keine Vorgaben macht. Gemäß des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz muss der Konflikt ein Minimum an Gewaltintensität aufweisen, eine bestimmte Zeit andauern und die Parteien müssen zum Einsatz militärischer Gruppen gezwungen sein.<sup>29</sup> Von den Parteien wird Identifizierbarkeit und eine gewisse Organisationsstruktur verlangt, damit sie Verpflichtungen auch erfüllen können. Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und der Sicherheitsrat legen den Begriff weit aus, um eine große Adressatenzahl zu erreichen.

Für mehr Klarheit wurde 1977 das 2. Zusatzprotokoll angenommen, welches die Achtung der Menschenrechte erweitern soll. Von den Parteien wird ein hohes Maß an Organisation verlangt. Allerdings ist der Anwendungsbereich des zweiten Zusatzprotokolls eng.<sup>30</sup> Dennoch ist zu erkennen, dass die Verpflichtungen nichtstaatlicher Akteure zunehmen. Menschenrechte gelten auch in innerstaatlichen Konflikten und Abkommen richten sich an „each party of the conflict“<sup>31</sup>.

#### 2. Einbeziehung der RUF in den Friedensprozess

Um Adressat völkerrechtlicher Verpflichtungen sein zu können, müsste die RUF die Kriterien des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz erfüllt haben. Die RUF verfügte über mehr als 30.000 Kämpfer\*Innen und kontrollierte mehr als die Hälfte des Landes. Viele ehemalige Soldaten\*Innen hatten sich nach der Flucht von Präsident Kabbah der Bewegung armutsbedingt angeschlossen, insbesondere Jugendliche. Eine entscheidende Geldquelle stellte die Kontrolle über die Diamantenminen dar. Um Widerstand zu unterbinden, terrorisierten die Rebellen die Zivilbevölkerung und begingen dabei schwerste Menschenrechtsverletzungen.<sup>32</sup> Dieses koordinierte und gezielte Vorgehen der RUF ist ohne Befehlsstruktur und ein hohes Maß an Organisation nicht

<sup>28</sup> Bell, a. a. O. S. 499 (503).

<sup>29</sup> Internationales Komitee vom Roten Kreuz, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict, International Review of the Red Cross 2007, S. 43.

<sup>30</sup> Herr, Nichtstaatliche Gewaltakteure und das Humanitäre Völkerrecht, 2015, S. 44 f.

<sup>31</sup> Herr, a. a. O., S. 46 f.

<sup>32</sup> Dobbins u. a., Fn. 2, S. 131 f.; Amnesty International, 1999, Annual Report on Sierra Leone.

denkbar. Außerdem hatte die RUF de facto Staatsgewalt über weite Teile des Hoheitsgebiets und die Bevölkerung Sierra Leones. Daher kann die RUF als nichtstaatlicher Gewaltakteur, der Subjekt des Humanitären Völkerrechts ist, angesehen werden. Ferner wies der Konflikt über einen langen Zeitraum (1991–2002) eine hohe Gewaltintensität auf. RUF und Regierung setzten Waffengewalt gegeneinander ein.<sup>33</sup> Mithin lag ein bewaffneter Konflikt vor und das HVR ist anwendbar.

Unklar bleibt damit weiter, ob die RUF eine gutwillige und fähige Kraft war, welche den Friedensprozess förderte. Als entscheidendes Kriterium für erfolgreiche Verhandlungen und Einbindung der nichtstaatlichen Gewaltakteure wird u. a. deren Streben nach Anerkennung durch die Staatengemeinschaft bewertet. Dieser Wunsch kann zu Normakzeptanz und Einhaltung von Abkommen führen. Nach der These des sozialen Einflusses dienen Statusgewinne als Anreize, öffentliche Ächtung als Strafe. Einbindung wird nur erfolgen, wenn sich der Akteur mit der sog. In-group, hier der internationalen Gemeinschaft, identifiziert und eine Mitgliedschaft favorisiert.<sup>34</sup>

Der Anreiz für die RUF zur Integration war in den Friedensverhandlungen in Sierra Leone ein kritischer Punkt. Ein erstes Friedensabkommen beruhte auf der Annahme, die RUF würde sich zur politischen Partei entwickeln.<sup>35</sup> Mangels Rückhalt in der Bevölkerung war der Anreiz zur Integration in das politische System gering.<sup>36</sup> Präsident Kabbah war vor seiner Flucht ins Exil nicht bereit, politischen Einfluss an die Rebellen abzugeben. Erst als die internationalen Geldgeber nach erneuten Angriffen der RUF Präsident Kabbah zwangen, Macht abzugeben, kam der Friedensprozess in Bewegung.<sup>37</sup> Am 07.07.1999 trafen sich Präsident Kabbah und RUF-Anführer Sankoh in Lomé (Togo) und schlossen das Lomé-Abkommen.<sup>38</sup>

Doch schon kurz nach dem Abschluss des Abkommens stand die Mission vor dem Scheitern. Die RUF hielt sich nicht an das Abkommen, welches u. a. vorsah, dass die RUF die Hoheit über die Diamantenminen abgeben würde, die ihnen Einkünfte und Macht sicherten.<sup>39</sup> Erst auf Druck von Nichtregierungsorganisationen, den Handel mit sog. Blutdiamanten durch Herkunftskontrollen einzuschränken, wurde ein internationales System zur Zertifizierung von Diamanten eingeführt.<sup>40</sup> Wie bereits beschrieben, setzte eine erfolgreiche Entwicklung erst mit

dem Engagement Großbritanniens und einer Vergrößerung der Mission ein.

### 3. Konsens der Konfliktparteien als Erfolgsfaktor

Die Bedeutung der lokalen Akteure kann auch unter dem Gesichtspunkt der Einigkeit der Konfliktparteien untersucht werden. In einer RAND (Nichtprofit Recherche Organisation) Studie, welche den Erfolg von 20 Friedensmissionen Missionen vergleicht, zeigte sich ein deutlicher Zusammenhang zwischen dem Konsens und der erfolgreichen Etablierung von Frieden. Kriterien für den Erfolg sind die Wahrscheinlichkeit eines erneuten Krieges innerhalb der ersten fünf Jahre nach Kriegsende, die Effektivität der Regierungsführung, Grad der Demokratie und Freiheit, die Veränderung des Brutto Inlandproduktes pro Kopf und des Ranges im Index der Menschlichen Entwicklung.<sup>41</sup> Alle bis auf eine auf Konsens basierende Peace Keeping Mission waren „erfolgreich“. Von den Peace Enforcement Missionen gegen den Willen des Landes wird dagegen keine als erfolgreich bezeichnet.<sup>42</sup> Dass die RUF ebenso wie die (Exil-) Regierung in die Friedensverhandlungen einbezogen wurde, spricht für einen hohen Grad an Übereinstimmung. Sogar als die Mission in einem kritischen Stadium war, hielten die Militärbeobachter engen Kontakt zu allen Parteien des Konflikts.<sup>43</sup> Jedenfalls lässt sich sagen, dass UNAMSIL und Folgemaßnahmen auf einem Konsens der Konfliktparteien beruhten.

### 4. Fazit

Die Bereitschaft der Konfliktparteien, an einer friedlichen Lösung mitzuwirken, ist essentiell für einen nachhaltigen Frieden. Allerdings lässt sich die positive Entwicklung in Sierra Leone schwer auf einzelne Faktoren zurückführen. Sicherlich erhielt die RUF durch Teilhabe einen Anreiz zur Mitwirkung. Andererseits erhöhte sich insbesondere durch das Einschreiten Großbritanniens der militärische Druck und die Einnahmen aus dem Diamantenhandel fielen weg. Auf die Kabbah Regierung wurde durch internationale Geber (finanzieller) Druck ausgeübt, mit der RUF zu verhandeln. Letztlich führte eine Kombination aus Einigungsbereitschaft aber auch Taktik und Druck zur friedlichen Wendung.

### IV. Dritte These: Die Mission war auch nachhaltig erfolgreich, weil der Übergang in die Entwicklungszusammenarbeit gut gelang

Diese Aussage bezieht sich vor allem auf die Zeit nach dem Konflikt, sodass hier der Wiederaufbau als Peacebuilding im Fokus der Betrachtung steht.

<sup>33</sup> Dobbins u. a., a. a. O. S. 222.

<sup>34</sup> Herr, Nichtstaatliche Gewaltakteure und das Humanitäre Völkerrecht, 2015, S. 82 f.

<sup>35</sup> Janssen, Fn. 4, S. 203; VN, UNAMSIL, Background, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/background.html> (19.09.2016).

<sup>36</sup> Janssen, a. a. O., S. 203.

<sup>37</sup> Janssen, a. a. O., S. 206.

<sup>38</sup> Dobbins u. a., Fn. 2, S. 129.

<sup>39</sup> Janssen, a. a. O., S. 208.

<sup>40</sup> Janssen, a. a. O., S. 209.

<sup>41</sup> Dobbins u. a., Fn. 3, Tabelle 1.

<sup>42</sup> Dobbins u. a., a. a. O., Summary S. xxiv.

<sup>43</sup> VN, UNAMSIL, Background, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamsil/background.html> (19.09.2016).

Hierbei handelt es sich um Peacebuilding (Friedenskonsolidierung), welches die Nachsorge nach einem bewaffneten Konflikt und den Wiederaufbau einer nachhaltigen Friedensordnung umfasst.<sup>44</sup> Eine Hauptaufgabe der internationalen Gemeinschaft ist es, den Wiederausbruch der formal beendeten Konflikte zu verhindern.<sup>45</sup>

### 1. Rechtlicher Rahmen: jus post bellum

In Erweiterung zum jus ad bellum (Recht zum Krieg) und jus in bello (Recht im Krieg) wird das Regelungsregime nach der Beendigung eines Krieges jus post bellum (Recht nach dem Krieg) genannt und soll Lücken im rechtlichen Rahmen der Nation Building-Phase schließen.<sup>46</sup> Die Struktur von Auseinandersetzungen hat sich seit dem Ende des Kalten Krieges verändert und die Abgrenzung zwischen Krieg und Frieden, die entscheidend für die Frage ist, welches Recht anzuwenden ist, verwischt.<sup>47</sup> Während das jus in bellum durch die Genfer Abkommen detailliert geregelt wird, ist das Nachkriegsrecht davon nicht gedeckt.<sup>48</sup> Das Humanitäre Völkerrecht kann in der Post-Konflikt-Phase mit anderen Rechtsregimen wie den Menschenrechten kollidieren.<sup>49</sup> Die Ermächtigungsgrundlage für ein Einschreiten im Rahmen von Peacebuilding kann dabei nicht ohne weiteres aus der Rechtsgrundlage einer vorangegangenen militärischen Intervention abgeleitet werden, sodass weitergehende Maßnahmen eines eigenständigen Eingriffstitels bedürfen.<sup>50</sup>

Obwohl es grundsätzlich für die Peacebuilding-Maßnahmen der Zustimmung des betroffenen Staates und der Kooperationsbereitschaft der Bevölkerung bedarf, kann es im Einzelfall notwendig sein, mit Zwang in völkerrechtlich geschützten Rechtsgüter einzugreifen.<sup>51</sup> Rechtliche Anknüpfungspunkte sind die Kompetenzen des Sicherheitsrats unter Kapitel VII VN-Charta, dem Gewaltverbot, dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten, dem Interventionsverbot und dem Selbstbestimmungsrecht der Völker sowie den Menschenrechten.<sup>52</sup> Dieser Ansatz lässt sich auch auf moralische Argumente stützen. Ein weitreichender Vorschlag der Internationalen Kommission zur Intervention und Staatensouveränität regt ein neues Konzept von Verantwortung nach Interventionen an: die „responsibility to rebuild“.<sup>53</sup> Die moderne internationale Praxis bewegt

sich hin zu gezielter individueller Verantwortung, die auch Amnestien für weniger schwere Verbrechen erlaubt und Strafverfolgung mit Wahrheits- und Versöhnungsmechanismen kombiniert.<sup>54</sup>

### 2. Friedensstabilisierung in Sierra Leone

Zentrales Element der Friedensstabilisierung in Sierra Leone war die Konfliktaufarbeitung. Diese erfolgte parallel durch den Special Court for Sierra Leone (Sondergerichtshof) und die Truth and Reconciliation Commission (Wahrheits- und Versöhnungskommission). Während der Gerichtshof auf eine strafrechtliche Aufarbeitung und individuelle Verantwortung zielt, gilt bei den Kommissionen das Prinzip der Freiwilligkeit für Zeugen. Täter\*Innen sind eher bereit, Auskunft über den Verbleib von Opfern zu geben, wenn keine Sanktionen drohen.<sup>55</sup>

Der Gerichtshof war der erste, der auf einem Vertrag zwischen den VN und einem Mitgliedsstaat beruhte. Offizieller Tätigkeitsbeginn war im März 2004 und der Gerichtshof agierte auf Basis der Rechtsgrundsätze „nullum crimen sine lege“ und des Rückwirkungsverbots. Das Mandat des ad hoc Tribunals eröffnete die Strafverfolgung für die Hauptverantwortlichen von Völkerrechtsverbrechen, ab dem 30.11.2006.<sup>56</sup> Insgesamt fehlte es an finanzieller und logistischer Ausstattung. Dennoch ergingen zahlreiche Entscheidungen unter Beachtung von Menschen- und Verfahrensrechten.<sup>57</sup> Problematisch war, dass viele Opfer aus Angst vor Vergeltung durch Täter\*Innen in ihrem direkten Umfeld nicht aussagten.<sup>58</sup>

Im Juli 2000 wurde die Kommission eingesetzt. Gesetzliche Grundlage war der Truth and Reconciliation Act von 2000, der im Abkommen von Lomé vorgesehen wurde.<sup>59</sup> In Sierra Leone waren unbeschreibliche Gräueltaten, wie das Abhacken von Gliedmaßen und Massenvergewaltigungen alltäglich. 70 % der minderjährigen Täter\*Innen sehen sich selbst als Opfer, da sie zwangsrekrutiert wurden. Insbesondere Frauen und Mädchen wurden Opfer sexualisierter Gewalt durch alle Konfliktparteien.<sup>60</sup> Die Stabilität des Friedens wurde erreicht durch die Reintegration der Ex-Kombattanten, die ein großes Potential für den Wiederaufbau darstellten, gleichzeitig aber auch ein Risiko für Destabilisierung sein konnten.<sup>61</sup>

44 Schaller u. a., Das Peacebuilding-System der Vereinten Nationen, S. 5, [http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2009\\_S06\\_slr\\_skr\\_ks.pdf](http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2009_S06_slr_skr_ks.pdf) (17.09.16).

45 Schaller, Fn. 44.

46 Bell, Fn. 27 S. 499.

47 Bell, a. a. O. S. 499 (501 f.).

48 Schaller u. a., Fn. 44.

49 Stahn, „Jus ad bellum“, „jus in bello“, „jus post bellum“? – rethinking the conception of the law of armed force, EJIL 2006, S. 4. f.

50 Schaller u. a., Fn. 44.

51 ebd.

52 ebd.

53 Vgl. Report of the International Commission on Intervention and

State Sovereignty, The Responsibility to Protect, 2001, Rn. 5.1; Stahn, Fn. 49, S. 5.

54 Stahn, a. a. O. S. 8.

55 Tätzsch, Fn. 19 S. 233 (238 f.).

56 Tätzsch, Fn. 19 S. 233 (252 f.).

57 Winter, Der Special Court for Sierra Leone. Ein Erfahrungsbericht, Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts 2006, S. 229 (233).

58 Tätzsch, Fn. 19 S. 233 (251).

59 Tätzsch, a. a. O., S. 233 (242).

60 Amnesty International, 1999, Annual Report on Sierra Leone.

61 Tätzsch, Fn. 19 S. 233 (246).

### 3. Übergang in die Entwicklungszusammenarbeit

Der wirtschaftliche Wiederaufbau umfasst u. a. die Instandsetzung zerstörter physischer Infrastrukturen wie Verkehrswege, Energie- und Wasserversorgung sowie Telekommunikation.<sup>62</sup> Je schwächer die Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge vor Ausbruch des bewaffneten Konflikts ausgeprägt waren und je stärker sie durch den Konflikt in Mitleidenschaft gezogen wurden, desto intensiver müssen sich externe Akteure im Rahmen der Friedenskonsolidierung um ihre Rekonstruktion bemühen.<sup>63</sup>

Nichtregierungsorganisationen nahmen in Sierra Leone eine herausragende Rolle in der Stärkung des Friedens- und Demokratisierungsprozesses ein und bildeten eine gesellschaftliche Widerstandskraft, die vor einem Rückfall in Gewalt schützte. Sie hatten eine Beobachterrolle inne und erhöhten die Bereitschaft der Bevölkerung zur Beteiligung an der Konfliktbeendigung. Weiter stützten sie den Friedensprozess durch Kooperation mit ehemaligen Konfliktparteien.<sup>64</sup> Ergänzend leisteten VN-Flüchtlingshilfswerk und Kinderhilfswerk humanitäre Soforthilfe und Rehabilitationsprojekte. Internationale Geldgeber förderten die Bildung und reparierten zahlreiche Schulen.<sup>65</sup>

### 4. Fazit

Die gelungene Konfliktnachsorge ist ein entscheidender Erfolgsfaktor für die Mission in Sierra Leone. Der Übergang von Demobilisierung und Entwaffnung hin zu Wiedereingliederung und Aufarbeitung gelang im Wesentlichen. Hierbei war das Zusammenspiel von Gerichtshof und Kommission sowie von verschiedenen Maßnahmen der Entwicklungszusammenarbeit durch VN-Agenturen und Nichtregierungsorganisationen förderlich. Dieses Bild fügt sich ein in die wachsende Aufmerksamkeit, die das *jus post bellum* in den letzten Jahren erfährt; vor allem die Ansätze von Wahrheits- und Versöhnungsmechanismen und individueller Verantwortung.

### V. Schlusswort

Die Erfüllung des Mandats ist vor allem aus praktischer Sicht ein Erfolg der Mission. Dies darf allerdings nicht mit nachhaltigem Frieden gleichgesetzt werden. Was das Ergebnis einer Mission ist, hängt von dem Inhalt des Mandats ab. Ist nur ein Waffenstillstand vorgegeben, so ist die Mission erfolgreich, sobald dieses Ziel erreicht wurde, auch wenn Frieden noch in weiter Ferne ist. Zu hohe öffentliche Erwartungen führen zu einem teils negativen Bild über die VN-Missionen. Allerdings

muss bedacht werden, dass für das betroffene Land nicht selten schon ein Waffenstillstand eine Verbesserung ist.

Dass die Mission in Sierra Leone von vielen Autor\*Innen als so erfolgreich bezeichnet wird, beruht nicht nur auf der Erfüllung des umfangreichen Mandats, sondern auch auf der Mitwirkung anderer Akteure z. B. aus der Entwicklungszusammenarbeit. In seiner zweiten These betont Herr Dr. Weisbrod-Weber die Bedeutung williger und fähiger Kräfte für den Erfolg. Natürlich bedarf es williger Kräfte zur Einigung in einer Auseinandersetzung und Konsens der Konfliktparteien konnte im hiesigen Aufsatz bestätigt werden. Aber die Gutwilligkeit beruht zumindest im Falle der RUF auch auf taktischen Erwägungen und internationalem Druck. Das Streben nach Anerkennung ist allerdings ein entscheidender Faktor zur Einbindung in den Friedensprozess. Dies zeigt sich bei der Betrachtung von Terrorgruppen wie dem Islamischen Staat, der nicht nach Anerkennung durch die Staatengemeinschaft strebt, sodass Verhandlungen erst gar nicht möglich sind. Die Konfliktnachsorge und die Entwicklungszusammenarbeit finden sich wieder in der aktuellen Diskussion über ein *jus post bellum*. Die Nichtregierungsorganisationen, VN-Agenturen und Gerichtshof und Kommission waren wichtige Akteure bei der Aufarbeitung des Konflikts sowie dem Wiederaufbau des durch den Konflikt geschwächten Sierra Leone. Hervorzuheben ist, dass die Einrichtung von Kommission bereits im Friedensabkommen vorgesehen war, sodass der Übergang vom militärischen Einsatz zur zivilen Aufarbeitung so nahtlos erfolgte und damit erfolgreich war.

Nicht zuletzt ist für den Erfolg von Bedeutung, dass die Verknüpfung von rechtlichen Aspekten und Praxis funktioniert. Diese Wechselwirkungen sollten in die Rechtsdogmatik Eingang finden. Es muss bereits Einigkeit im Sicherheitsrat herrschen und der Wille und Interesse eines Einsatzes bestehen bevor die Umsetzung einer Mission folgt. Zu erwähnen ist aber auch, dass Erfolg nicht planbar ist, sondern vielmehr auf der Summe von günstigen und eher zufälligen Faktoren beruht. In Sierra Leone war dies zum Beispiel das Einschreiten der Schutzmacht Großbritannien.

Bei all der kritischen Auseinandersetzung mit dem Erfolg und Sinn von VN-Missionen darf die Ausgangsfrage nicht vergessen werden: Was wäre, wenn es VN-Missionen nicht gäbe?

<sup>62</sup> Schaller u. a., Fn. 44.

<sup>63</sup> Schaller u. a., Fn. 44.

<sup>64</sup> Tätzsch, Fn. 19 S. 233 (249 f).

<sup>65</sup> Tätzsch, a.aO. 233 (249); Dobbins u. a., Fn. 3, S. 162f.



Antonio Martins\*

## DNA-Reihenuntersuchung – Verwandtschaftsabgleichung von „Beinahetreffern“

BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3. StR 117/12 (BGHSt 58, 84) – § 81 h StPO – Zur Verwendbarkeit der im Zusammenhang mit einer molekulargenetischen Reihenuntersuchung gewonnenen Erkenntnis, dass der Verursacher der bei der Tat gelegten DNA-Spur wahrscheinlich mit einem der Teilnehmer der Untersuchung verwandt ist (sog. Beinahetreffer).

### A. Sachverhalt

Aufgrund des Verdachts einer schweren Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung ordnete der Ermittlungsrichter die Durchführung einer freiwilligen DNA-Reihenuntersuchung gemäß § 81h StPO an. Obwohl diese Untersuchung keinen Treffer ergab, konnte bei zwei abgegebenen Proben zumindest eine hohe Übereinstimmung mit dem Spurenmaterial festgestellt werden. Ein solcher Beinahetreffer kann auf eine Verwandtschaft des Probengebers mit dem Täter hindeuten. Nachdem die betreffenden Proben von der Polizei entanonymisiert wurden, stellt sich heraus, dass sie zwei Brüdern stammten, von denen einer einen Sohn hatte. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft ordnete der Ermittlungsrichter eine Entnahme von Körperzellen dieses Sohns nach § 81a StPO an. Da sich diese Maßnahme nur gegen den Beschuldigten richten kann, hatte der BGH zu entscheiden, die beiden Beinahetreffer aus der Reihenuntersuchung einen Tatverdacht gegen den Sohn begründeten. Zu entscheiden war also, ob die Verwendung der ursprünglichen (freiwillig abgegebenen) Proben zur Feststellung einer möglichen Verwandtschaftsbeziehung mit dem Täter noch der Reichweite von § 81h StPO entspricht oder dessen Grenzen überschreitet. Es geht also vor allem um die Frage, ob diese weitere Benutzung der Ergebnisse der Untersuchung außerhalb der Einwilligung der Probanden liegt bzw. gegen die im § 81h IV Nr. 1 StPO enthaltene Norm verstößt.

### B. Entscheidung

Der 3. Senat des BGH entschied, dass die weitere Verwendung der Proben für die Feststellung des Täters die engen Grenzen von § 81h StPO sprengt: § 81h I und § 81g II 2 StPO verbieten es danach, das erlangte Identifizierungsmuster für die Gewinnung weiterer Erkenntnisse als die Feststellung, ob es mit dem Spurenmaterial übereinstimmt, zu verwenden.<sup>1</sup> Die Durchführung

der Maßnahme von § 81a StPO motivierende Erkenntnis (über die Verwandtschaftsbeziehung zwischen Probengeber und Täter) wurde aus diesem Grund rechtswidrig gewonnen.

Dies führte aus Sicht des BGH allerdings nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Basis dafür ist die so genannte Abwägungslehre des BGH: Es muss „nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und widerstreitenden Interessen“<sup>2</sup> entschieden werden, ob ein Rechtsverstoß bei der Beweisgewinnung zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Ausschlaggebend in diesem Zusammenhang ist die Pflicht zur Wahrheitserforschung, so dass ein Beweisverwertungsverbot stets eine Ausnahme darstellt.<sup>3</sup> Als entscheidend wurde die Tatsache angehen, dass die Rechtslage für die Ermittlungsbehörden unklar gewesen sei: Der Gesetzgeber habe keine klaren Regeln für den Umgang mit den Beinahetreffern formuliert<sup>4</sup> – eine Ansicht, die im Hinblick auf den Wortlaut des § 81h StPO als durchaus diskutabel erscheint.<sup>5</sup> Mit dieser BGH-Entscheidung, die von BVerfG bestätigt wurde<sup>6</sup>, wurde jene Unklarheit jedoch höchstrichterlich behoben.

### C. Aktuelle Rechtslage

§ 81h StPO regelt die DNA-Reihenuntersuchung im deutschen Strafverfahren. Nach dieser Regelung ist es erlaubt, Personen (mit ihrer Einwilligung) Körperzellen zu entnehmen, molekulargenetisch zu untersuchen und das erlangte DNA-Identifizierungsmuster mit den Spuren der Tat abzugleichen.<sup>7</sup> Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass es hierbei nicht um Eingriffe in Rechte eines Beschuldigten geht (wie etwa bei §§ 81a und 81b StPO), sondern um Eingriffe in Rechte von potentiellen Verdächtigen – besser gesagt: um Eingriffe in Rechte von einer Vielzahl von Personen, die aufgrund allgemeiner Eigenschaften als mögliche Täter erscheinen könnten. Man spricht in diesem Zusammenhang von

von Löffelmann, JR 2013, 270 und Jahn, JuS 2013, 470, sowie die Besprechung von Kanz, ZJS 5/2013, 518.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2013 – 3 StR 117/12, Rn 31.

<sup>3</sup> Es ist nicht das Ziel des vorliegenden Textes, eine Analyse bzw. eine Kritik dieser Lehre vorzunehmen. Dazu vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., 2012, 24/30 ff. (S. 172 ff.).

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3. StR 117/12, Rn 38.

<sup>5</sup> Vgl. die Kritik in Jahn, JuS 2013 (Fn. 1), 472.

<sup>6</sup> BVerfG, 2 BvR 616/13 – Beschluss vom 13. Mai 2015 (= HRRS 2015, Nr. 824); vgl. Jahn, JuS 2013 (Fn. 1), 472.

<sup>7</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 2), 33/33 (S. 274); KK-StPO/Senge, 7. Aufl., 2013, § 81h Rn. 1.

\* Habilitand und Wiss. Mitarbeiter an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3. StR 117/12, Rn 21. Vgl. dazu die Anm.

einem „Täterprofil“.<sup>8</sup> Die Maßnahme nach § 81h StPO setzt eine Reihe von Bedingungen voraus:

– Verdacht eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung: Die Tat muss eine bestimmte Schwere kennzeichnen, die die Durchführung der Maßnahme nicht unverhältnismäßig erscheinen lässt (§ 81h I StPO).

– Schriftliche Einwilligung des Betroffenen (§ 81h I StPO): Eine solche impliziert die Vermeidung jeden psychischen Zwangs oder Drucks,<sup>9</sup> was in bestimmten (vielleicht sogar den meisten) Fällen fraglich ist<sup>10</sup> – man denke etwa an kleine Städte, in denen die Anzahl der Probanden übersichtlich ist.

– Schriftliche Belehrung über die Einwilligung (§ 81h IV StPO): Dabei sollen sie auch darüber belehrt werden, „dass die entnommenen Körperzellen ausschließlich für die Untersuchung nach Absatz 1 verwendet und unverzüglich vernichtet werden, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind“ (§ 81h IV Nr. 1 StPO, Hervorhebung A.M.). Dies entspricht der Regelung von § 81g II 1 StPO, in der es um DNA-Tests bei einem Beschuldigten geht und die von § 81h III StPO in Bezug genommen wird. § 81g II 2 normiert, dass bei der DNA-Untersuchung weitere als die zur Ermittlung des Identifizierungsmusters und des Geschlechts erforderlichen Feststellungen ausgeschlossen sind.

– Schriftliche gerichtliche Anordnung (§ 81h II StPO).

#### D. Stellungnahmen in der Literatur

Inzwischen hat sich die wissenschaftliche Literatur, die diese Entscheidung kommentiert, analysiert und kritisiert, wesentlich vermehrt. Die Positionen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Entweder wird der Entscheidung in ihrem ganzen Umfang zugestimmt<sup>11</sup> oder sie wird für ihre Auslegung des § 81h StPO kritisiert<sup>12</sup> oder aber dafür gelobt, die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots aufgrund der Abwägungslehre jedoch für unrichtig erklärt.<sup>13</sup> Konzentrieren wir uns auf die beiden letzten Tendenzen, die hier in ihren Hauptargumenten grob zusammengefasst werden:

#### I. Kritik der Auslegung von § 81h StPO durch den BGH

Der Kritik liegt vor allem die Annahme zugrunde, dass § 81h I StPO keine Zweckbindungsklausel enthalte.<sup>14</sup> Es handele sich lediglich um eine Erforderlichkeitsklausel, deren Sinn darin besteht, erstens den Reihengentest auf das Anlassverfahren zu beschränken, zweitens die Sammlung des DNA-Musters in einer Datenbank auf Vorrat zu vermeiden, drittens zu verhindern, dass die entnommenen Körperzellen der Forschung zugänglich gemacht werden.<sup>15</sup> Das heißt: Ziel der Vorschrift soll es sein, mögliche Ängste der Probanden bezüglich der Verwertung der Daten zu beseitigen bzw. sie zu einer Teilnahme am Test zu motivieren, die Maßnahme unter richterlichen Kontrolle zu halten<sup>16</sup> und zuletzt den Massentest auf die Aufklärung einer spezifischen Straftat zu beschränken.<sup>17</sup>

Weiterhin wird die Bezugnahme auf die Regelung des § 81g II 2 StPO als Argument für eine restriktive Interpretation kritisiert.<sup>18</sup> Diese Norm begründe kein Verbot der Verwertung des Beinahetreffers: „Dieses Untersuchungs- und Feststellungsverbot soll [...] nur gewährleisten, dass allein eine Gewinnung von DNA-Identifizierungsmustern unter Einschluss der Bestimmung des Geschlechts erfolgt und Untersuchungen, die etwa auf die Erstellung eines ‚Persönlichkeitsprofils‘ gerichtet wären, unterbleiben.“<sup>19</sup> Da die Vorschrift kein ausdrückliches Verbot der Verwertung des Beinahetreffers enthält, empfiehlt Rogall eine teleologische Auslegung des § 81h StPO in dem Sinne, dass diese Verwertung erlaubt ist. Nach Magnus spricht ein Vergleich mit anderen Ermittlungsmethoden der StPO (nämlich der Beschlagnahme nach § 108 I 1 StPO, der Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäß § 477 II 1, der Rasterfahndung gemäß §§ 98a, 98b StPO und der Telekommunikationsüberwachung gemäß §§ 100a, 100b StPO) für eine Verwertung des Beinahetreffers.<sup>20</sup>

#### II. Argumente für eine restriktive Auslegung des § 81h StPO bezüglich des Beinahetreffers und die Frage nach dem Beweisverwertungsverbot

Das Hauptargument für die vom BGH begründete restriktive Auslegung des § 81h StPO geht vom Wortlaut des Gesetzes und von der Anerkennung einer Zweckbindungsklausel aus:<sup>21</sup> Die Durchführung des Massengentests

<sup>8</sup> KK-StPO/Senge (Fn. 7), § 81h Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., 2015, § 81h Rn. 6.

<sup>10</sup> Kretschmer, HRRS 2012, 183, 185 differenziert zwischen dem verbotenen rechtlichen Druck und einem sozialen oder moralischen Druck. Von einem sozialen Druck – der allerdings nicht der Regelfall sein sollte – spricht auch Rogall, JZ 18/2013, 874, 878.

<sup>11</sup> Vgl. etwa Busch, NJW 2013, 1771.

<sup>12</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 874; Magnus, ZRP 2015, 13; dies., ZStW 126 (2014), 695; MüKo-StPO/Trück, 1. Aufl. 2014, § 81h Rn. 17.

<sup>13</sup> Jahn, JuS 2013, 470 (Fn. 1); Swoboda, StV 2013, 461.

<sup>14</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 879f.; Magnus, ZRP 2015 (Fn. 12), 14f.; dies., ZStW 126 (2014) (Fn. 12), 714.

<sup>15</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 879f.; MüKo-StPO/Trück (Fn. 14), § 81h, Rn. 17.

<sup>16</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 877f.

<sup>17</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 879.

<sup>18</sup> Magnus, ZRP 2015 (Fn. 12), 14f.

<sup>19</sup> Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 10), 880.

<sup>20</sup> Magnus, ZRP 2015 (Fn. 12), 14; näher zu einer „systematischen Auslegung“ dies., ZStW 126 (2014) (Fn. 12), 703.

<sup>21</sup> Vgl. Löffelmann, JR 2013 (Fn. 1), 277.

ziele nämlich ausschließlich auf einen Vergleich des DNA-Identifizierungsmusters des Probanden mit dem Spurenmaterial, nicht jedoch auf eine Suche von Verwandten des Täters.<sup>22</sup> Auch die Regelung zur Belehrung des Probengebers im § 81h IV StPO führe zu demselben Ergebnis; anderenfalls müsste diese Belehrung auf den Hinweis erweitert werden, dass die Maßnahme möglicherweise zu einer Identifizierung eines Verwandten des Probanden benutzt werden kann.<sup>23</sup> Für diese Interpretation spreche sowohl eine systematische Auslegung im Hinblick auf §§ 81a I, 81e I 1, 81c I, 2 StPO<sup>24</sup> als auch die Regelung von § 81g II 1 StPO.<sup>25</sup> Kritik verdiene das BGH-Urteil jedoch insofern, als es auf die Abwägungslehre zurückgreife, um die Entscheidung der Vorinstanz praktisch zu bestätigen.<sup>26</sup> Diese „gefährliche Bresche in Bastion des grundgesetzlichen Freiheitsschutzes“<sup>27</sup> führe dazu, dass der Einzelne die Last für einen Irrtum des Staates tragen müsse.

### III. Bewertung

Der dargelegte Meinungsstreit hat exemplarischen Charakter. Konfrontiert werden zwei Verständnisse des Strafprozesses: Das erste verleiht der Effizienz des Strafverfahrens und der Suche nach der materiellen Wahrheit einen deutlichen Vorrang, während das zweite dem Grundrechtsschutz Priorität zuerkennt. Vor allem geht es darum, Auslegung des Strafverfahrenssystems als eine positive, affirmative oder aber eine negative, kritische Aufgabe zu verstehen.<sup>28</sup> Der Rückgriff auf die Intention des Gesetzgebers hilft hier nicht weiter – dass beide Positionen sich auf die Intention des Gesetzgebers berufen, stellt dies mit jeder Deutlichkeit dar. Eine kritische Auslegung des Strafverfahrens ist jedoch dann nicht möglich, wenn man all das strafprozessual für erlaubt hält, was nicht ausdrücklich verboten ist – demgegenüber wäre die entgegenstehende Sichtweise (wonach all das strafprozessual verboten ist, was nicht ausdrücklich gesetzlich erlaubt wird) für ein affirmatives Modell kontraproduktiv.

Es handelt sich freilich nicht um eine Alternative, für die man sich beliebig entscheiden kann. Es geht vielmehr um die grundsätzliche Frage, ob persönliche Rechte, die durch die Verfassung und durch Menschenrechtsnormen geschützt werden, kriminalpolitischen Absichten (in Form einer teleologischen Auslegung) weichen müssen. Mit ihrer Formulierung ist die Frage bereits beantwortet: In einem System der verfassungsmäßigen und

menschenrechtsfreundlichen Interpretation des Strafverfahrens hat der Schutz der Rechtssphäre der Person Vorrang. Jeder fernere Eingriff muss nicht nur rational gerechtfertigt werden, sondern einen deutlichen, unmissverständlichen Anhaltspunkt im Gesetz finden. Menschenrechtseingriffe im Rahmen des Strafverfahrens sind bereits Ausnahmen im System des Menschenrechtsschutzes. Massengentests sind, wie allgemein anerkannt, eine besondere, das heißt: noch rechtfertigungsbedürftigere Ausnahme. Eine nicht ausdrücklich im Gesetz erlaubte Erweiterung dieser Ausnahme – sei es in der Art ihrer Durchführung, sei es in der Finalität, die ihr verliehen wird – sollte gar nicht in Frage kommen. Was übrigens vermieden werden sollte, ist eine (opportunistische) Kombination beider Modelle – denn im Ergebnis wird das eingriffseinschränkende typischerweise dem effizienzprivilegierenden Modell weichen. So ist die Anerkennung des rechtswidrigen Charakters einer Maßnahme wehrlos gegenüber der Überlegung, ein kriminalpolitisch unerwünschtes Ergebnis zu vermeiden. Der Menschenrechtsschutz und ein restriktives System der Strafverfahrenslegung müssen ernst genommen werden. Im hiesigen Fall bedeutet dies: Die Anerkennung des rechtswidrigen Charakters der Verwertung des Beinahetreffers sollte unmissverständlich zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

### E. De lege ferenda-Vorschläge und der „Entwurf eines Gesetzes zu einer effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“

Die Rechtslage wird jedoch überwiegend als problematisch betrachtet. De lege ferenda bedürfe es einer neuen Regelung – so die Schlussfolgerung eines erheblichen Teils der Literatur. Dies betrifft vor allem die ausdrückliche Anerkennung der Möglichkeit der Verwertung von sogenannten Beinahetreffern für das Strafverfahren – nicht zuletzt, um jeden Zweifel diesbezüglich zu beseitigen.<sup>29</sup> Den Hintergrund solcher Vorschläge bildet freilich die Idee, dass „zentrales Anliegen des Strafprozesses [...] die bestmögliche Ermittlung des Sachverhalts sein [muss].“<sup>30</sup> Zum Teil wird sogar radikaler argumentiert und für eine Abschaffung der Erforderlichkeit einer freiwilligen Mitwirkung plädiert.<sup>31</sup> Diese Argumentation basiert auf der Idee, dass jeder – als Teil einer Rechtsgemeinschaft – zur Solidarität gegenüber dem Opfer verpflichtet sei, wozu auch die Mitwirkung an einer Reihenuntersuchung gehöre.<sup>32</sup> Dass ein solches kollektivistisches Verständnis von rechtlicher Solidarität und ihre

<sup>22</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 463; Jahn, JuS 2013 (Fn. 1), 471.

<sup>23</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 464.

<sup>24</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 464 f.

<sup>25</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 463.

<sup>26</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 469; Jahn, JuS 2013 (Fn. 1), 472.

<sup>27</sup> Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 469.

<sup>28</sup> Vgl. Martins, Strafrechtsauslegung als Strafrechtsbegrenzung, in: Asholt/Kuhli (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, S. 41 ff. (im Erscheinen). Zu einer ähnlichen Konzeption von zwei Modellen des Strafrechts vgl. Naucke, Negatives Strafrecht, 2015, passim.

<sup>29</sup> Vgl. Busch, NJW 2013 (Fn. 11), 1774; Magnus, ZRP 2015 (Fn. 12), 15; Löffelmann, JR 2013 (Fn. 1), 280; für eine allgemeine Überprüfung der gesamten Vorschriften, die die DNA-Analyse im Strafverfahren regeln, plädiert Rogall, JZ 18/2013 (Fn. 12), 880.

<sup>30</sup> Busch, NJW 2013 (Fn. 11), 1774.

<sup>31</sup> MüKo-StPO/Trück (Fn. 12), § 81h, Rn. 20.

<sup>32</sup> MüKo-StPO/Trück (Fn. 12), § 81h, Rn. 20.

absolute Priorisierung vor der individuellen Rechtssphäre rechtsstaatlich höchst problematisch, für ein liberales Verständnis des Strafverfahrens dysfunktional ist, muss hier nicht betont werden.

Im Sinne einer solchen vermeintlichen Neuregelungsbedarfs ist ein Gesetzentwurf entstanden, durch den eine Änderung der Rechtslage bezüglich der DNA-Reihenuntersuchungen vorgenommen werden soll:<sup>33</sup> Explizit vorgesehen wird die Möglichkeit, dass das im Rahmen einer Reihenuntersuchung erlangte Ergebnis auch für die Identifizierung von Verwandten verwertet wird – auch die Belehrungspflichten nach § 81h IV 2 StPO sollen entsprechend geändert werden.

## F. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, inwieweit dieser Gesetzesvorschlag umgesetzt wird. Jedoch kann bereits jetzt zweierlei festgehalten werden:

Erstens wäre die Einführung einer erweiterten Belehrung über die mögliche Verwertung des erlangten Materials zur Identifizierung von nahen Verwandten in jedem Fall zu begrüßen. Selbst wenn die Interpretation zuträfe, wonach die Verwertung von Beinahetreffern bereits nach aktueller Rechtslage erlaubt ist, so wäre die aktuelle strafprozessuale Regelung jedenfalls aufgrund der gegenwärtig eingeschränkten Belehrungspflicht mangelhaft. Letztlich erweist sich der hier diskutierte Fall damit

<sup>33</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.

auch als ein Problem der Freiwilligkeit der Teilnahme an DNA-Reihenuntersuchungen.

Zweitens bedeuten die gesetzgeberischen Vorschläge einen weiteren Schritt in Richtung einer sogenannten Effektivierung des Strafverfahrens. Dies geschieht unter grober Vernachlässigung der individuellen Rechtssphäre. Auch wenn verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Vorgaben zum Persönlichkeitsrecht<sup>34</sup> und zum Schutz der Privat- und Familiensphäre gegen diese Stoßrichtung sprechen,<sup>35</sup> genießen sie keine besondere Wertschätzung vor der kriminalpolitischen Tendenz einer Erweiterung von Ermittlungsmethoden zuungunsten der individuellen Freiheit. Die Befürworter solcher Tendenzen lassen sich nicht von der Tatsache beeindrucken, dass es in diesen Fällen nicht einmal um Beschuldigte geht. Wissenschaftliche Reflexion kann kriminalpolitischen Tendenzen allenfalls begrenzt entgegenwirken. Es gehört aber zu ihrer Aufgabe, solche Tendenzen und ihre reale Bedeutung in aller Deutlichkeit darzustellen.

<sup>34</sup> Vgl. zum Art. 2 I GG in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 466 f.

<sup>35</sup> Zur „Nähe des Eingriffs zum Kernbereich privater Lebensgestaltung durch das familial searching“ vgl. Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 469; spezifisch zum Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG) vgl. Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 466 f.; zum Schutz der Privat- und Familiensphäre im Art. 8 EMRK vgl. Swoboda, StV 2013 (Fn. 13), 467 f., 469. Dass es letztendlich mit der Aufopferung von Grundrechten zugunsten kriminalpolitischer Interesse zumindest gerechnet wird, konzediert auch der Entwurf: „Selbst wenn man deshalb von einem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung ausgehen würde, wäre dieser jedenfalls durch das hoch zu gewichtende staatliche Interesse an der Aufklärung und Verfolgung von (schweren) Straftaten gerechtfertigt.“ (Entwurf eines Gesetzes zu einer effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, S. 28).

Andreas Raffener\*

## Italiens Verfassungsreform: Zurück zum Zentralismus

*Am 4. Dezember 2016 ist es soweit. Italien schreitet im Rahmen einer Volksabstimmung zu den Urnen. Dabei geht es um die Verfassungsreform. Gewinnt das Ja, wird Italien zentralisiert, die Regionen weitgehend entmachtet und der Senat in eine unwichtige Regionalkammer umgewandelt. Und nebenbei droht der angeblich weltbesten Autonomie Südtirols ein irreparabler Schaden. Nicht nur*

*der Verfasser dieser Abhandlung, selbst ein Südtiroler, blickt sehr besorgt in die Zukunft. Aufgrund der besseren Lesbarkeit hat der Verfasser außerdem der vorliegenden Abhandlung auf Fußnoten verzichtet. Dennoch hat er eine interessante, weiterführende Literaturliste zusammengestellt, welche am Ende des Beitrags zu finden ist.*

### Der Wind aus Rom wird rauer

In Südtirol tagt derzeit ein eigens ins Leben gerufener Konvent an der Überarbeitung des Autonomiestatuts aus dem Jahr 1972. Rom hat nichts Besseres zu tun, als der „eigensinnigen Provinz Bozen“ den Wind aus den

\* Der Autor ist Doktorant der Geschichte am Institut für Geschichtswissenschaften und Europäische Ethnologie an der Universität Innsbruck, außerdem Buch- und Gastautor, freiberuflicher Redakteur, Referent und Rezensent. Neben der österreichischen Geschichte, Zeitgeschichte und der Geschichte der Neuzeit umfasst sein Interessengebiet auch die Rechtsgeschichte, das Völker- und Europarecht, sowie die Politikwissenschaften und die Verfassungsgeschichte.

Segeln zu nehmen. Der italienische Ministerpräsident Matteo Renzi schlug eine Verfassungsreform vor. Der Senat genehmigte in einer Sitzung vom 20. Januar 2016, die Abgeordnetenkammer am 12. April 2016, das dazu verfassungsrechtlich notwendige Referendum.

Es ist in der Tat egal, wie diese Volksabstimmung ausgehen wird, denn es kommt zu einer radikalen Wende in der römischen Politik. Während Parlament und Regierung Italien bis zur Verfassungsreform von 2001 Italien moderner und föderaler machen wollten, will man mit der neuen Reform mehrere Schritte zurücksetzen und zentralistischer werden. Wenn das Ja gewinnt, kommt es zur Reform des Aufbaus der Republik. Der Senat wird in eine hybride „Vertretung der lokalen Autonomie“ umgewandelt, welche weder eine echte Länderkammer noch eine gleichrangige Parlamentskammer ist und kaum über ein politisches Gewicht verfügt.

Das Italicum, ein neues Wahlsystem, wird eingeführt, das bei einer Wahl der siegreichen Partei 54 Prozent der Sitze beschert. Die Einführung des neuen Wahlrechts für die Wahl der Kammer (und nur der Abgeordnetenkammer, weil der Senat gemäß Verfassungsreform nicht mehr direkt gewählt wird) ist zwar Gesetz (Staatsgesetz vom 6. Mai 2015, Nr. 52), doch damit noch nicht abgeschlossen. Denn es laufen beim Verfassungsgerichtshof zwei Klagen gegen das Gesetz wegen seiner Verfassungswidrigkeit, über die das Höchstgericht Anfang 2017 entscheiden wird.

Man kann sich die Frage stellen, ob das überhaupt demokratisch ist, zumal es keine Koalitionsgespräche mehr braucht.

### Südtirol, quo vadis?

Südtirol befindet sich in der Zwickmühle. Für das Land von Etsch, Eisack und Rienz wurde eine Übergangsklausel vorgesehen, die etwas pathetisch als „Schutzklausel“ definiert wird. Die Fragestellung, ob sie die Sonderautonomien vor der Reform schützt oder in eine zentralistisch-autoritäre Zwangsjacke steckt, kann ohne Zweifel ad absurdum geführt werden. Die Südtiroler Abgeordneten ließen sich von Ministerpräsident Matteo Renzi blenden und haben der Reform zugestimmt, um eine mögliche Klausel des Übergangs zu erwirken. Von Interesse ist auch der Umstand, dass ein Übereinkommen mit den Regionen und autonomen Regionen erfolgen soll. Auch die Rolle des Verfassungsgerichtshofs muss in die Überlegungen entsprechend einbezogen werden.

### Historische Prämissen

Wenn man in das Jahr 1948 blickt und die zu jener Zeit in Kraft getretene Nachkriegsverfassung Italiens betrachtet, erkennt man, dass die Gründungsväter des Ge-

setzes bemüht waren, eine demokratische, freiheitliche und soziale Verfassung auf den Weg zu bringen, obwohl der Aufbau des Staates einen zentralistischen Charakter aufwies. Nur die fünf Regionen mit Sonderstatut, und folglich auch Südtirol, genossen weitgehende Autonomien; die anderen Regionen blieben lange ohne autonome Befugnisse.

In weiterer Folge bemühte man sich um mehr Föderalismus und um weniger Zentralismus. 2001 trat in Italien eine neue fortschrittliche Verfassungsordnung in Kraft, wobei die Reform u. a. Klauseln zugunsten der Regionen und vieles mehr betraf. Für die Autonome Provinz Bozen-Südtirol gab es eine Besserstellungsklausel, die Zuständigkeiten, die nicht im Autonomiestatut enthalten waren, betraf. Dazu zählte etwa die Möglichkeit, internationale Abkommen abzuschließen, den Außenhandel zu regeln und in Fragen des Zivilschutzes und der Schulpolitik selbstständig Entscheidungen zu treffen. Selbst die Legislative wurde vereinfacht.

### Und jetzt ist alles aus?

Wie vorstellend erwähnt, bläst Südtirol nunmehr von Rom aus ein rauer Wind entgegen. Die Verfassungsreform, über die in Kürze abgestimmt wird, ist keineswegs bloß ein autoritärer Schachzug, sondern auch eine sehr große Gefahrenquelle für die Südtiroler Autonomie und für alle Minderheiten, die in dem fremdnationalen Staat leben müssen. So wird die Neugestaltung von 2001 über Bord geworfen, 20 und mehr Zuständigkeiten der Regionen an Rom zurückgegeben und andere antiföderale Punkte unter Hinweis auf das vorherrschende „nationale Interesse“ im wahrsten Sinn des Wortes ausgehebelt.

Die römische Regierung kann daher immer dann in die regionale gesetzgebende Gewalt eingreifen, wenn es die juristische und ökonomische Einheit der Republik oder das nationale Interesse erfordern. Ein Schelm, der Böses denkt? Im Umkehrschluss kann man diesen Paragraphen einengend auslegen und mit dem Plädoyer des Verfassungsgerichtshofes abschließen. Hat einmal Rom gesprochen, ist der Fall beendet; eine Aussicht auf einen Rekurs gibt es nicht.

### Gibt sich Südtirol geschlagen?

Wenn man noch einmal die italienische Verfassung betrachtet, erkennt man, dass die Statuten der autonomen Regionen Verfassungsrang haben. Damit sind sie von der politischen Willkür des Staates befreit, würde man meinen. Aber der Schein trügt. Im neuen Verfassungsentwurf könnte eine Übergangsklausel für die Sonderautonomien eingebaut werden, die diese gegen einseitige Veränderungen der Autonomiestatuten schützen soll. Diese Übergangsklausel sieht vor, dass die Kompetenzverteilung auf die Regionen mit Sonderstatut und die au-

tonomen Provinzen Trient und Bozen bis zur entsprechenden Überarbeitung ihrer Statuten – die auf Grund von Übereinkommen mit den Regionen und autonomen Provinzen zu erfolgen hat – keineswegs angewandt werden. Diese Schutzklausel hat aber nur Übergangscharakter, d. h. sie gilt suspensiv, bis zum In-Kraft-Treten der Revision des Statuts.

Der Teufel steckt im Detail, zumal sich auch die Sonderregionen und somit auch Südtirol anpassen müssen, allerdings auf Grund von Übereinkommen. Tatsächlich war in der anfänglichen Formulierung von „Anpassung“ der Statuten die Rede, während es jetzt „Überarbeitung“ heißt. Auf den ersten Blick scheint das tatsächlich einen Schutz darzustellen, da die Anwendung temporär verzögert und durch die Übereinkommen mit den Sonderautonomien abgesichert wird. Dessen ungeachtet kann Revision eine technische Anpassung, vorbehaltlich inhaltlicher Abweichungen, aber auch eine Anpassung an die Inhalte, oder zumindest an die Grundsätze bedeuten. Tatsächlich beinhaltet diese Formulierung folgeschwere Risiken politischer Auslegung und Anwendung, so auch im Lichte der negativen Stimmung im Parlament gegenüber den Sonderautonomien.

Die Erwartung einer Anpassung bleibt und könnte auch den römischen Verfassungsgerichtshof in seiner Auslegung zu Gunsten einer Anwendung der Prinzipien bestärken. Aber unabhängig von der Übergangsklausel werden die Sonderautonomien auch indirekt gefährdet, weil sie in ein zentralistisches Gefüge gepresst werden und eine noch stärkere Ausnahme vom System darstellen, die für noch mehr Neid und Anfeindungen sorgen wird. Eine Autonomie entfaltet sich in einem föderalen System naturgemäß besser als in den Zwängen eines Zentralstaates. Das Fanal der Besserstellungsklausel wird wohl oder übel erlöschen. Und Südtirol wird sich geschlagen geben, zumal die Meinung der Abgeordneten nichts mehr zählen wird.

### Ist Italien als minderheitenfreundlicher Staat anzusehen?

Am 10. Oktober 2020 jährt sich die Annexion Südtirols durch Italien zum 100. Mal. Wenn man die Zeit der faschistischen Willkürherrschaft in den Jahren zwischen 1922 und 1943 ausklammert, haben sich die deutschen und ladinischen Einwohner des Landes zwischen dem Brennerpass und der Salurner Klause verhältnismäßig gut über Wasser gehalten. Ein Schicksal wie den anderen Minderheiten in Mitteleuropa ist den Südtirolern Gott sei Dank erspart geblieben. Trotzdem musste man um jedes Komma der Autonomie, deren Fundament der Pariser Vertrag von 1946 ist, feilschen. Der Schritt in Richtung Föderalismus 2001 war ein richtiger, ein notwendiger. Die Minderheiten und auch Südtirol konnten aufatmen. Doch die Verfassungsreform, über die das

Volk am 4. Dezember 2016 abstimmt, scheint das Gegenteil zu wollen und auf diese Weise auch einzuzementieren. Nun ist die geplante Zentralisierung eine Zäsur für die italienische Politik, die Verfassung wird bei einem Ja geändert, und es ist am Ende egal, wer die Regierung leitet oder nicht. Somit ist eine Zentralisierung Gift für das Fortbestehen einer Minderheit, die dabei Gefahr läuft, dem Einheitsbrei untergeordnet zu werden. Das Motto der Europäischen Union, „Einheit durch Vielfalt“, wird damit aber mit Füßen getreten.

### Literatur

- Alber, Elisabeth, Italien im Sog der Re-Zentralisierung: Einsichten zum Wechselverhältnis von Verfassungspolitik und Verfassungstheorie, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2014, Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa, Baden-Baden 2014, 319–332.
- Baroncelli, Stefania, *Profili costituzionali del Trentino Alto Adige*, Torino 2015.
- Bassanini, Franco/Bellocci, Mario [et al], *Cambiare la Costituzione?*, a cura di Fondazione Astrid, Santarcangelo di Romagna 2016.
- Benedikter, Thomas/Dezini, Katharina, *Die Verfassungsreform kurz und bündig. Sechs Schwerpunkte*, hrsg. von POLITiS – Politische Bildung und Studien in Südtirol (= POLITiS Dossier 12/2016), Frangart 2016.
- Bonell, Lukas/Winkler, Ivo, *Südtirols Autonomie*, hrsg. v. der Autonomen Provinz Bozen, 10. Aufl. Bozen 2010.
- Costanzo, Pasquale [et al] (a cura di), *Forum sul D.D.L. Costituzionale Renzi-Boschi – Dieci studiosi a confronto*, Torino 2015.
- Costanzo, Pasquale (a cura di), *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi*, Milano 2016.
- Grasse, Alexander, *Modernisierungsfaktor Region. Subnationale Politik und Föderalisierung in Italien*, Wiesbaden 2005.
- Guzzetta, Giovanni, *Italia, si cambia. Identikit della riforma costituzionale*, Soveria Mannelli 2016.
- Happacher, Esther/Obwexer, Walter (Hrsg.), *40 Jahre Autonomiestatut. Südtirols Sonderautonomie im Kontext der europäischen Integration*, Wien 2013.
- Happacher, Esther/Riz, Roland, *Grundzüge des italienischen Verfassungsrechts unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte der Südtiroler Autonomie*, Innsbruck 2013.
- Marko, Joseph/Ortino, Sergio [u. a.] (Hrsg.), *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie. Die Sonderrechtsordnung der Autonomen Provinz Bozen*, Baden-Baden 2003.
- Migliano, Arnaldo/Grandi, Alfiero [et al], *No allo sfregio della Costituzione*, Ogliastrro Cilento 2016.
- Panizza, Saule/Romboli, Roberto, *Aspettando il referendum (con il fiato sospeso) – Limiti e contenuti della riforma costituzionali Renzi-Boschi*, Torino 2016.
- Payr, Julian von, *Die Auswirkungen der 2014 geplanten Verfassungsreform auf die Südtirol-Autonomie*, Bakk. Arb. Univ. Bozen 2015.

- Peterlini, Oskar, Südtirols Autonomie im neuen Zentralismus, in: Andreas Raffener (Hrsg.), 70 Jahre Pariser Vertrag 1946 – 2016. Vorgeschichte – Vertragswerk – Zukunftsaussichten (= Studien zum Völker- und Europarecht, Bd. 143), Hamburg 2016, S. 195–209.
- Peterlini, Oskar, Südtirols Autonomie und die Verfassungsreformen Italiens. Vom Zentralstaat zu föderalen Ansätzen: Die Auswirkungen und ungeschriebenen Änderungen im Südtiroler Autonomiestatut, Wien 2012.
- Peterlini, Oskar, Verfassungsreformen in Italien – eine Kehrtwende? Ein langer Weg im Spannungsfeld zwischen Zen-

tralstaat und Föderalisierung, in: Journal für Rechtspolitik 3 (2016), 252–271.

- Pertici, Andrea, La Costituzione spezzata, Torino 2016.
- Rossi, Emanuele, Una costituzione migliore? – Contenuti e limiti della riforma costituzionale, Pisa 2016.
- Settis, Salvatore, Costituzione! – Perché attuarla è meglio che cambiarla, Milano 2016.
- Zagrebelsky, Gustavo/Pallante, Francesco, Loro diranno, noi diciamo – Vademecum sulle riforme istituzionali, Bari 2016.

Jonas Sievert\*

## Klausur Strafrechtsgeschichte

*Die Klausur behandelt unter anderem den Diskurs um die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe zur Zeit der Aufklärung, die Entwicklung der Rechtsgutverletzungslehre sowie eine Frage zur Lehre von der Spezialprävention. Von den fünf zur Wahl stehenden Fragen hat der Verfasser Nr. 1 sowie Nr. 3–5 bearbeitet.*

### Aufgabenstellung

Bearbeiten sie nur vier der folgenden fünf Fragen:

1. Wie argumentieren Cesare Beccaria und Immanuel Kant zur Todesstrafe? Inwieweit ist Beccarias Auffassung typisch für seinen zeitlichen Hintergrund?
2. Erläutern Sie, ob bzw. inwieweit das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip im Allgemeinen Preußischen Landrecht (1794) umgesetzt wurde. Setzen Sie sich kritisch hiermit auseinander.
3. Erläutern Sie die sogenannte Rechtsverletzungslehre bei P.J.A. Feuerbach und die Frage ihrer Umsetzung in der zeitgenössischen Praxis. Wie lässt sich diese Lehre bewerten?
4. Erläutern Sie anhand der Straftheorie Franz von Liszts die Lehre von der Spezialprävention. Setzen Sie sich kritisch hiermit auseinander.
5. Welche Bedeutung hat die Radbruchsche Formel für das strafrechtliche Rückwirkungsverbot? Nehmen Sie hierzu Stellung.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2015/16 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli zu der Vorlesung Strafrechtsgeschichte als Grundlagenschein an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit vollbefriedigend bewertet.

### Klausurlösung

#### 1. Frage

Cesare Beccaria argumentiert strikt gegen die Todesstrafe. Dabei beruft er sich auf die Vertragstheorie von Thomas Hobbes und sieht dessen Gesellschaftsvertrag als Legitimation des Strafrechts. In diesem Gesellschaftsvertrag geben die Menschen ihr, aus dem Naturrecht, hervorgehendes, „Recht auf alles“ auf um dem Naturzustand, welcher Chaos hervorruft, zu entfliehen.

Cesare Beccaria modifiziert die Vertragstheorie Hobbes dann, indem er auf den zweiten, laut Hobbes für eine sichere Gesellschaft notwendigen Herrschaftsvertrag, nachdem die Menschen auf ihr „Recht auf alles“ zugunsten eines Dritten, der sein „Recht auf alles“ uneingeschränkt ausüben darf (Leviathan), verzichtet.

Auch stellt Beccaria den Willen, aus dem heraus die Menschen den Gesellschaftsvertrag schließen, in den Vordergrund indem er fragt, ob im Gesellschaftsvertrag, der aus freiem Willen geschlossen wird, die Befugnis bzw. die Abtretung der Entscheidung, über das eigene Leben zu entscheiden, enthalten ist. Dies beantwortet er ablehnend, denn wer würde, so Beccaria, wollen, dass andere über sein wertvollstes Gut, das Leben, richten und dieses Recht freiwillig aufgeben. Somit kommt Cesare Beccaria zu dem Ergebnis, dass es prinzipiell keine legitime Basis für die Todesstrafe gäbe und diese somit unrecht sei.

Immanuel Kant widerspricht dieser These Beccarias hingegen vehement und bezeichnet sie unschmeichelhaft mit den Worten „alles Sophisterei und Rechtsverdrehung“. Für Kant ist das Wesentliche des Menschen

die Vernunft und diese sieht er, auch bei der Diskussion über die Todesstrafe, als elementar an. Für ihn ist die Todesstrafe eine reine Frage der Vernunft, nicht des Willens. Laut Kant gebiete die Vernunft, etwa im Falle eines Tötungsdelikts, die Todesstrafe walten zu lassen. Denn nach Kant ist die Strafe die Chance des Verbrechers auf echte Sühne und die einzige Möglichkeit, seine durch die Tat verlorene, ethische Freiheit wiederzuerlangen. Denn auch die Freiheit ist nach Kant nichts anderes, als die menschliche Selbstbindung an die eigene Vernunft und die Aufgabe des staatlichen Zwangs sei es, die individuelle Freiheit zu verteidigen.

Während Kants Forderungen bzw. seine Position zur Todesstrafe eher rückwärtsgewandt ist, was sich auch in seiner eher kritischen Gesamtbetrachtung der Aufklärung widerspiegelt, trifft Beccaria hier den Kern der Zeit. In fortschrittlichen Ländern, wie dem philosophisch angehauchten Preußen, Friedrich des Großen, wird die Todesstrafe arg begrenzt und überall in Europa werden in der Zeit der Aufklärung Stimmen gegen die Todesstrafe erhoben, die sich schließlich, in den nächsten Jahrhunderten, im Zuge der Industrialisierung, durchzusetzen vermögen. Die Todesstrafe wird als Relikt des Mittelalters gesehen und als unvereinbar mit den neuen Erkenntnissen innerhalb der Naturwissenschaften und eines neuen Selbstverständnisses des Menschen gesehen.

### 3. Frage

Im Jahre 1813, mit der Veröffentlichung des bayerischen StGB schaffte dessen Hauptverfasser, Paul J. A. Von Feuerbach, ein revolutionäres Strafgesetz. Besonders zwei Grundsatzideen waren ihrer Zeit weit voraus. Das Nulla poena sine lege-Prinzip, allerdings nicht zum Schutze vor richterlicher Willkür, sondern im Sinne der von Feuerbach entwickelten Lehre vom psychologischen Zwang, nach welcher das Gesetz abschreckend auf potentielle Täter wirkt und die Rechtsgutverletzungslehre.

Nach dieser sollte das Strafgesetz einzig und allein dem Schutz von Rechtsgütern dienen und eine Strafe somit nur fällig werden, wenn dem eine Rechtsgutverletzung vorausgegangen ist. Strafwürdig sollte somit nur die Verletzung der Rechte einer anderen Person sein. Dies schloss Gesetze, welche auf rein moralisch-sittlicher Basis entstanden aus. Somit war im Bayern des 19. Jahrhunderts Homosexualität nicht nach dem BayStGB strafbar, trotzdem es damals auch dort als moralwidrig angesehen wurde und im gesamtdeutschen Raum erst im späten 20. Jh. entkriminalisiert wurde.

Doch trotz dieser fortschrittlichen Lehre gab es in der Praxis Schlupflöcher und Grauzonen. So konnte etwa die Polizei, aufgrund der im Gesetz normierten „Poli-

zyübertretungen“, sämtliches Verhalten, was als Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit gesehen wurde unter Strafe stellen. Auch wurde der Ehebruch, aufgrund der Verletzung des Ehevertrags unter Strafe gestellt. Rückblickend auch ein Gesetz beruhend auf moralisch-sittlichen Vorstellungen der damaligen Zeit. Dennoch scheint die Lehre der Rechtsgutverletzungen, konsequent durchgesetzt, ein gerechtes Strafrecht schaffen zu können, in welchem sich nicht moralische Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft oder herrschender Gesetzesgeber widerspiegeln, sondern einzig und allein die Sicherheit gewährleistet wird. Andererseits scheint durch diese Lehre keine stabile Gesellschaft gewährleistet, basieren diese doch immer auch auf moralisch-sittlichen Vorstellungen, welche eine Zivilgesellschaft aus unterschiedlichsten Individuen schaffen. Das Strafrecht wiederum ist Ausdruck der Gesellschaft und hat dieser zu dienen. Ein Strafrecht was diesen Aspekt vollständig ausklammert und moralisch-sittlichen Vorstellungen der Gesellschaft unberücksichtigt lässt, könnte einen Bruch mit dieser herbeiführen. So stellen sich auch in der heutigen Zeit Fragen wie etwa welche konkreten Rechtsgüter verletzt Drogenkonsum, Inzest oder auch der ledigliche Versuch einer Straftat. Müssten alle diese aufgrund fehlender Rechtsgutverletzungen legalisiert werden. Vorbeugung von Rechtsgutverletzung scheint durch diese Lehre ebenfalls nicht möglich, ist doch vor konkreter Tatbegehung kein Rechtsgut verletzt. Ein Strafrecht, allein beruhend auf dieser Lehre ist somit nicht zu empfehlen. Jedoch könnte die Lehre der Rechtsgutverletzung einen guten Indikator, für die Gerechtigkeit eines Gesetzes, darstellen.

### 4. Frage

Franz von Liszts gilt als Begründer der Spezialprävention, welche als eine relative Strafrechtstheorie vom Zweckgedanken geleitet ist und im Gegensatz zu reinen Vergeltungslehre steht.

Somit ist für Liszts der Zweck der Strafe auch nicht die staatlich organisierte Rache, sondern allein die Durchsetzung staatlicher Autorität aufgrund der Verletzung eines Gesetzes.

Anhand dieses Grundsatzes entwickelte Liszts drei Strafansätze, die Besserung, die Abschreckung und die Unschädlichmachung. Darüber hinaus teilte Liszt Verbrecher in drei Typen ein, so dass die Strafansätze je nach Tätertypus Anwendung finden sollten. Der besserungsfähige Verbrecher sollte durch das positive Element der Besserung zu einem aufrechten Mitglied der Gesellschaft erzogen, der Gelegenheitsverbrecher durch das negative Element der Abschreckung von vorneherein vom Verbrechen abgeschreckt und der nicht Besserungsfähige



sollte unschädlich gemacht und endgültig aus der Gesellschaft entfernt werden.

Die Spezialprävention nach Liszts zielt somit individuell auf den jeweiligen Täter ab, welcher von der weiteren künftigen Begehung von Straftaten abgehalten werden muss. Die Strafe ist nicht Vergeltung, sondern Instrument eines gesellschaftlichen Zwecks. Strafe ist Prävention durch Repression zum Schutze der staatlich geschützten Rechtsgüterwelt.

Den Ansatz der Zwecklehre verfolgten auch schon Hobbes, Beccaria und Feuerbach in Form der Generalprävention, welche dafür unter anderem von Kant und Hegel heftig kritisiert wurden. Als Hauptargument wurde dabei aufgeführt, dass durch die Verletzung eines Rechts Unrecht zu sühnen sei und die Strafe allein diesem Zweck zu dienen habe. In Folge der Veröffentlichung von Liszts Theorie kam noch ein weiteres Gegenargument von Karl Binding hinzu. Dieser schloss sich der Vergeltungstheorie an und sah die von Liszts propagierte Prävention durch Repression als hinfällig an, da ein Verbrecher eine Tat nur begeht, wenn er davon überzeugt sei, nicht gefasst zu werden und die Folgen in Form der Strafe somit nie zu spüren.

Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass die reine Strafvergeltung in einer zivilisierten Gesellschaft immer mehr zum Problem wird, da sie keine Lösung für die zukünftige Verbrechensverhinderung bietet. Somit verdient Liszts Ansatz an sich näherer Begutachtung, da es zweifellos kategorische Unterschiede innerhalb der Verbrechenswelt gibt. Jedoch scheint Liszts 3. Tätertypen Theorie aus der Zeit gefallen, da die Unterteilung von tausenden individuellen Menschen in nur drei Kategorien einfach zu schlicht erscheint. Auch ist für den Täter selbst nicht zweifelsfrei absehbar, in welche der drei Kategorien er eingeteilt wird und welche Art der Strafe ihn damit erwartet.

Auch ist besonders der dritte Strafansatz von Liszts, die Unschädlichmachung, problematisch. So öffnet sie doch der Willkür die Tore, denn wer schätzt ab, wann die Strafe hier endet. Nach Liszts soll sie der endgültigen Unschädlichmachung des Straftäters dienen, heißt das, dass nicht nur der Mörder, sondern auch der chronische Taschendieb lebenslang eingesperrt werden kann.

Auch die generelle Abstellung auf Tätertypen, unabhängig von der konkreten Umsetzung ist kritisch zu betrachten.

So würde sich die Normierung von Straftatbeständen erübrigen, da einzig und allein auf die Gefährlichkeit eines Menschen abgestellt wird. Damit würde nicht die Straftat, sondern der Mensch, in den Fokus des Strafrechts rücken. Ein schon dem Wortlaut nach zweifelhafter Ansatz, wür-

de sich das Strafmaß doch nicht mehr nach der begangenen Tat, sondern nach dem begehenden Täter richten.

Die Lehre der Spezialprävention, mit ihren positiven und negativen Elementen der Besserung und Abschreckung, ist nichtdestotrotz eine recht liberale Lehre, deren Grundgedanke in vielen heutigen Rechtsordnungen mehr Beachtung finden sollte, da sie die Strafe nicht allein als Vergeltung, sondern auch als Chance für die Besserung versteht.

## 5. Frage

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip hervorgehende „Nulla poena sine lege“, keine Strafe ohne Gesetz, ist die Basis für immanente Gerechtigkeitsindikatoren innerhalb unserer Rechtsordnung. Als einer dieser Indikatoren gilt das Rückwirkungsverbot, welches eine rückwirkende Verurteilung für bei Begehung straffreie Taten untersagt.

Problematisch wurde dies jedoch nach dem Ende des Zweiten Weltkrieg, als die noch junge Bundesrepublik mit der Frage, wie sie mit den straflos gebliebenen Unrechtstaten begangen innerhalb der NS-Herrschaft umzugehen hätte, konfrontiert wurde.

Taten welche, aus heutiger beziehungsweise der Sicht der damaligen BRD, Verbrechen darstellten, waren zur Tatzeit, innerhalb des dritten Reiches legitim und somit straffrei.

Nach dem Rückwirkungsverbot durfte hier nicht rückwirkend eingegriffen werden.

Das dort begangene Unrecht durfte somit nicht durch Strafe gesühnt werden. Eine höchst ungerechte Vorstellung, welche weder rechtlich noch moralisch tragbar erschien. Die Lösung bot sich in der von Radbruch entwickelten Radbruchschen Formel. Nach dieser setzt sich das Gesetz aus drei Faktoren zusammen: Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und der zweitrangigen Zweckmäßigkeit. Prinzipiell sei jedes Gesetz positiv, da es Rechtssicherheit gewährleiste. Ein Gesetz ist besser als kein Gesetz, eine Verurteilung auf Basis eines Gesetzes auch besser als eine Verurteilung ohne Gesetz. Somit beinhaltet Rechtssicherheit für Radbruch gleichzeitig auch Gerechtigkeit. Das Gesetz ist damit rechtens. Es sei denn, zwischen der durch das Gesetz vermittelten der Gerechtigkeit und der tatsächlichen Gerechtigkeit besteht ein unüberwindbarer Graben, in diesen Fällen sei das Gesetz nach Radbruch illegitim.

Dies treffe laut Radbruch auf viele Gesetze der Nationalsozialisten, wie etwa die rassistisch motivierten Einzelfallgesetze, zu. In diesen Fällen sei das Rückwirkungs-

verbot zu umgehen, um nachträglich Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu gewährleisten.

Radbruch finde für das Problem, dass das eigentlich für Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sorgende Rückwirkungsverbot auch vergangenes ungesühntes, schreiendes Unrecht schützen kann, eine elegante Lösung. Diese Lösung wurde neben der Aufarbeitung des NS-Unrechts auch erfolgreich bei den Mauerschützenprozessen in der DDR-Folgezeit angewandt. Aufgrund der sehr weiten Auslegungsmöglichkeiten der Formel, ist durch ihre Ein-

gliederung in die Deutsche Rechtsprechung jedoch auch ein gefährliches Werkzeug mit Missbrauchspotential entstanden. So könnte die Radbruchsche-Formel extensiv genutzt mit großflächig definiertem Unrechtsbegriff zur vollständigen Unterhöhnung des Rückwirkungsverbots führen. Ihrer Anwendungen sollte somit eine Unrechtsprüfung vorausgehen, so dass sie nur bei extremen Unrecht beziehungsweise extremen ungesühnten Verbrechen, begangen außerhalb eines funktionierenden demokratischen Rechtsstaates, zur Anwendung kommt.

Torge Humsi\*

## Klausur Staatsorganisationsrecht/Grundrechte I

*Es handelt sich bei der Klausur um eine Fallklausur, die sich im ersten Teil mit den Rechten der Abgeordneten im Bundestag, insbesondere mit dem Ausschluss aus der Fraktion befasst. Im Zweiten Teil der Klausur sollte eine Prüfung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit Art. 5 I 1 GG vorgenommen werden.*

### Sachverhalt

#### Teil 1

Jurist M ist Mitglied der P-Partei, für die er als Abgeordneter und Mitglied der P-Fraktion im Bundestag sitzt. Zum Tag der Deutschen Einheit am 3. Oktober 2015 hält er in seiner Heimatgemeinde eine Rede, in der er sich gegen die „Opferrolle“ der Juden wendet. Sie instrumentalisierten ein „Übermaß der Wahrheiten“ über die NS-Zeit, was bei den Deutschen zu „psychischen Schäden“ führe, wie man aus der Resozialisierungspsychologie wisse. Der Vorwurf an die Deutschen, sie seien ein Tätervolk, gehe an der Sache vorbei und sei unberechtigt. In Wahrheit seien die Juden Täter, so habe ein Jude den russischen Zaren ermordet; auch die bolschewistische Revolution sei im Wesentlichen das Werk von Juden, denen so etwa 10 Millionen Tote (v. a. Hungertote) vorzuwerfen seien. Zwar hätten die meisten von ihnen ihr Judentum „geleugnet“ und sich als Atheisten verstanden, aber das tue nichts zur Sache.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2016 am von Prof. Dr. Nora Markard und Prof. Dr. Markus Kotzur zu den Vorlesungen Staatsorganisationsrecht und Grundrechte I an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit 14 Punkten (gut) bewertet.

Die Partei ist entsetzt über die Verquickung von Judentum und Bolschewismus, die schon die Nazis als „Rechtfertigung“ für die Verfolgung und industriemäßige Tötung von Millionen europäischer Juden missbraucht hätten. Zudem gehe M von einem völkisch-rassistischen Begriff aus, wenn er Distanzierung oder Religionswechsel unbeachtlich nenne. Zur Stützung seiner Aussagen habe M überdies unkritisch einseitige und antisemitische Literatur verwendet.

Der Fraktionsvorsitzende F beantragt daher den Ausschluss von M aus der Bundestagsfraktion. Die P-Fraktion lädt zu ihrer nächsten Sitzung in zehn Tagen mit einer Tagesordnung, die den Tagesordnungspunkt „Abstimmung über den Fall M“ enthält. Auch M wird geladen, erklärt aber, er sei krank. Auch als die Abstimmung auf die nächste Sitzung verschoben wird, bleibt er fern, um eine „Erholungsreise“ aus der arabischen Halbinsel zu unternehmen. Die Fraktion, von deren 150 Mitgliedern 100 anwesend sind, berät daher ohne M. F argumentiert, M vertrete Positionen, die mit den Werten und Grundsätzen der Fraktion unvereinbar seien. Seine Äußerungen hätten das Vertrauensverhältnis in der Fraktion nachhaltig gestört, eine weitere Zusammenarbeit mit ihm sei unzumutbar. Die Fraktion beschließt daraufhin mit 2/3-Mehrheit den Ausschluss von M. Das Abstimmungsergebnis wird M unmittelbar danach mitgeteilt.

M protestiert, es gebe weder im Grundgesetz noch im einfachen Recht eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für den Fraktionsausschluss. Die Fraktion entgegnet, eine ausdrückliche Norm sei auch gar nicht erforderlich, es handele sich hier schließlich nicht um das Staat-Bürger-Verhältnis; zudem müssten die Rechte der Fraktion als ganze gewahrt werden.

Außerdem bemängelt M, sein Ausschluss sei auch formell nicht rechtmäßig gewesen. Das Verfahren sei nicht fair gewesen, da er aufgrund der viel zu kurzen Frist bei der Entscheidung ja nicht einmal habe anwesend sein können, um seinen Standpunkt zu erläutern. Auch sonst hätten viele Fraktionsmitglieder gefehlt, zudem sei der Beschluss nicht einstimmig ergangen, was darauf hindeute, dass viele Fraktionsmitglieder weiterhin mit ihm zusammenarbeiten wollten.

Es sei typisch für die heutige Situation, dass niemand unbequeme Wahrheiten hören wolle, die sonst die Lügenpresse unterdrücke. Dass gegen ihn noch kein Parteiausschlussverfahren laufe, bewiese jedoch, dass der Fraktionsausschluss nicht berechtigt sei. Außerdem verliere M durch den Fraktionsausschluss seinen Sitz im NSA-Untersuchungsausschuss, was nicht rechtens sei.

## Teil 2

Der Ausschluss des M ist auch in den Medien *das* Thema. Von der Tageszeitung „*Stets im Bilde*“ wird M daher zu den Vorfällen interviewt. M ist überzeugt, dass sein „Rausschmiss“ gar nichts mit seinen Äußerungen oder gar der Qualität seiner Arbeit zu tun habe. Vielmehr sei dies ein persönlicher „Racheakt“ des F gewesen. M habe – was zutrifft – mit dessen Frau geschlafen, wovon E erfahren habe: der Rausschmiss sei jetzt die „Quittung“ dafür. M sei aber eigentlich ganz froh über den Abschied, denn ohne die Parteiarbeit habe er nun endlich mehr Zeit, sich seiner Affäre zu widmen. Im Ergebnis habe F sich mit dem Ausschluss also nur selbst geschädigt. Die Schlagzeile auf der Titelseite am nächsten Tag lautet: „Doch kein Nazi? Ausschluss des M als rein privater Racheakt des F“.

## Aufgabenstellung

1. Fallfrage (zu Teil 1): M zieht vor der Bundesverfassungsgericht. Hat er Aussicht auf Erfolg? Auf Art. 5 GG ist nicht einzugehen.
2. Fallfrage( zu Teil 2): Fallen die Äußerungen des M in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit?

## Gutachten

### A. 1. Teil

Der Antrag des M vor dem BVerfG hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

### I. Zulässigkeit

Der Antrag müsste zulässig sein-. Er ist es, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

#### 1. Zuständigkeit des BVerfG, Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG

Das BVerfG müsste zuständig sein. Nach dem Enumerationsprinzip ist es nur für die im Grundgesetz genannten Verfahren zuständig. Hier kommt ein Organstreitverfahren i. S. d. Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG infrage. Das BVerfG ist somit zuständig.

#### 2. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 I Nr. 1 GG i. V. m. § 63 BVerfGG

Das Organstreitverfahren ist ein kontradiktorisches Verfahren. Sowohl Antragssteller als auch Antragsgegner müssen beteiligtenfähig sein.

##### a) Antragsteller

Antragsteller ist hier der Abgeordnete M. Fraglich ist, ob er ein tauglicher Antragssteller ist. Nach § 63 BVerfGG sind nur oberste Bundesorgane und deren Teile beteiligtenfähig im Organstreitverfahren. Da der einzelne Abgeordnete nicht als Teil des Organs „Bundestag“ gilt, wäre der M – folgt man dieser Auffassung – nicht beteiligtenfähig.

Jedoch sind gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG auch andere Beteiligte, die im Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind, antragsberechtigt. Dann würde auch M zählen, der Rechte aus den Art. 38, 39, 46, 47, 48 GG hat. Weil das BVerfGG verfassungswidrig wäre, wenn es den Kreis der Antragsberechtigten aus dem höherrangigen Grundgesetz einschränken würde, ist § 63 BVerfGG als unvollständige Aufzählung zu betrachten oder muss verfassungskonform so ausgelegt werden, dass auch andere Beteiligte i. S. d. Art. 93 I Nr. 1 antragsberechtigt sind. Somit ist der M beteiligtenfähig.

##### b) Antragsgegner

Auch die P-Fraktion müsste ein tauglicher Antragsgegner sein. Taugliche Antragsgegner sind u. a. Teile des Bundestags, die in seiner GO mit eigenen Rechten ausgestattet sind, § 63 BVerfGG. Die Fraktionen sind in den §§ 10ff. GOBT mit eigenen Rechten ausgestattet. Somit ist die P-Fraktion ein tauglicher Antragsgegner. Beide Parteien des Verfahrens sind beteiligtenfähig.

### 3. Antragsgegenstand

Zudem müsste ein tauglicher Antragsgegenstand vorliegen. Nach § 64 I BVerfGG ist dies eine rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassen des Antragsgegners. Vorliegend hat die P-Fraktion den M aus der Fraktion ausgeschlossen, wodurch er Vorteile und Rechte, z. B. den Sitz

im NSA-Untersuchungsausschuss verlor. Somit liegt ein tauglicher Antragsgegenstand vor.

#### 4. Antragsgrund

Fraglich ist, ob ein tauglicher Antragsgrund vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Antragssteller geltend macht, dass er in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt wurde oder diese unmittelbar gefährdet sind. M macht geltend, dass die Fraktion weder berechtigt sei, ihn auszuschließen, noch ein formell korrektes Verfahren durchgeführt wurde. Durch den Fraktionsausschluss könnte er in seinem freien Mandat und seinem Gleichstellungsrecht verletzt sein. Folglich liegt ein tauglicher Antragsgrund vor.

#### 5. Rechtsschutzbedürfnis

M müsste zudem ein Rechtsschutzbedürfnis vorweisen. Dieses ist gegeben, sofern der Antragssteller die Verletzung seiner Rechte nicht durch eigenes Handeln hätte verhindern können. M hätte möglicherweise das Abstimmungsergebnis in der Fraktionssitzung zu seinen Gunsten beeinflussen können, wenn er seinen Urlaub abgesagt und daran teilgenommen hätte. Dass er dadurch jedoch sicher den Fraktionsausschluss hätte verhindern können, kann nicht behauptet werden. Somit hat M ein Rechtsschutzbedürfnis.

#### 6. Form und Frist, §§ 23, 64 II, III BVerfGG

Der Antrag des M müsste zudem form- und fristgerecht, d. h. maximal sechs Monate nach der Rechtsverletzung, schriftlich und begründet eingereicht werden, §§ 623, 64 II, III BVerfGG.

#### 7. Zwischenergebnis

Der Antrag des M ist zulässig.

### II. Begründetheit

Der Anspruch des M ist begründet, wenn in sein Recht als Abgeordneter eingegriffen wurde und dieser Eingriff verfassungsmäßig nicht gerechtfertigt ist.

#### 1. Eingriff

Es könnte ein Eingriff in das freie Mandat aus Art. 38 I 2 GG sowie in Rechte aus Art. 46 I 1 GG vorliegen.

Das freie Mandat der Bundestagsabgeordneten besagt, dass diese nicht an Aufträge und Weisungen gebunden sind, sondern nur ihrem Gewissen folgen müssen. Aus dem freien Mandat ergeben sich Teilnahmerechte des einzelnen Abgeordneten, wie z. B. Stimm-, Rede-, Antrags-, Frage- und Auskunftsrechte, sowie das Recht, sich zu Fraktionen zusammenzuschließen und das Recht auf einen Sitz in einem Ausschuss. Durch den Ausschluss aus der Fraktion verliert der M Vorteile, die ihm aus der Fraktionszugehörigkeit erwachsen, zum Beispiel den Sitz im NSA-Untersuchungsausschuss und die zusätzli-

chen Mitarbeiter und materiellen Ressourcen der Fraktion. Somit liegt ein Eingriff in seine Rechte aus Art. 38 I 2 GG vor.

Zudem könnte der M in seiner Indemnität als Abgeordneter verletzt worden sein. Gemäß Art. 46 I 1 GG können Abgeordnete nicht für Äußerungen gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst wie außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Fraglich ist, ob M die Äußerungen in seiner Rolle als MdB abgegeben hat. M hat diese bei einer Rede in seiner Heimatgemeinde abgegeben. Das zeigt, dass M die Äußerung im Rahmen seiner Rolle als politischer Repräsentant der dortigen Bevölkerung tätigte. Somit hat er sich als Abgeordneter geäußert und genießt Indemnität. M könnte jedoch durch seine Indemnität nicht vor einem Fraktionsausschluss geschützt sein. Durch den Ausschluss wird er lediglich im Bundestag zur Verantwortung gezogen und auch nicht gerichtlich oder dienstlich verfolgt. Somit liegt kein Eingriff in die Indemnität des M vor.

#### 2. Rechtfertigung des Eingriffs

Fraglich ist, ob der Eingriff in das freie Mandat des M verfassungsmäßig gerechtfertigt ist. Der Ausschluss aus der Fraktion müsste formell und auch materiell verfassungsmäßig sein, wobei letztere Anforderung umstritten ist.

##### a) Formelle Ausschlusslage/-voraussetzungen

Der Ausschluss des M aus der P-Fraktion müsste formell verfassungsmäßig abgelaufen sein. Das Ausschlussverfahren müsste nach demokratischen Grundsätzen ablaufen. Das folgt aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 I GG), der Gleichheit der Abgeordneten (Art. 38 I 1 GG) und der innerparteilichen demokratischen Ordnung (Art. 21 III GG), welche auch für Fraktionen gilt. Fraglich ist, ob vorliegend die nötige Mehrheit für einen Ausschluss gestimmt hat. 2/3 von 100 anwesenden Abgeordneten entsprechen nicht der Hälfte der Fraktionsmitglieder. Jedoch folgt aus dem Grundgesetz nicht, dass eine Mitglieder Mehrheit notwendig ist. Somit ist die Abstimmung verfassungsgemäß verlaufen.

Fraglich ist jedoch, ob die mangelnde Anhörung des M vor dem Ausschluss verfassungswidrig war. Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) folgt, dass auch für Fraktionsausschlüsse ein faires Verfahren durchgeführt werden muss. Schließlich hat man auch vor Gericht nach Art. 103 GG Anspruch auf Gehör. Vorliegend hat die P-Fraktion zwar ohne vorherige Ansprache des M abgestimmt, aber sie hatte ihm die Ansprache nicht verweigert. Es war die Entscheidung des M, in den Urlaub zu fahren, statt der Abstimmung beizuwohnen. Somit ist das Ausschlussverfahren nicht formell verfassungswidrig abgelaufen.

**b) Materielle Ausschlusslage**

Fraglich ist, ob es für den Ausschluss aus einer Fraktion auch gewisse materielle Voraussetzungen gibt. Wäre das nicht der Fall, könnte die Fraktion jedoch immer mit einem Ausschluss drohen und so unzulässig starken Zwang ausüben. Deswegen muss ein Ausschluss einen legitimen Grund haben. Dazu zählen ein gestörtes Vertrauensverhältnis oder eine Unvereinbarkeit der Ansichten des Abgeordneten mit denen der Fraktion. Die Fraktion besteht schließlich selbst aus Abgeordneten, die aufgrund ihres freien Mandats nicht gezwungen werden können, mit jemandem zusammenzuarbeiten, dessen Ansichten sie nicht teilen. Die Rechte des einzelnen Abgeordneten finden ihre Schranke in den Rechten der anderen Abgeordneten. Die anderen Abgeordneten sind nur ihrem Gewissen unterworfen. Wenn es mit ihrem Gewissen nicht vereinbar ist, mit Abgeordneten mit anderen Ansichten in einer Fraktion zusammenzuarbeiten, dann haben sie das Recht, dies auch nicht zu tun.

Zudem schadet ein abweichender Abgeordneter der Fraktion in ihrer Handlungsfähigkeit, weil er sie möglicherweise im Ausschuss nicht richtig vertritt.

Vorliegend zeigen die Äußerungen des M, dass seine Ansichten von denen der Fraktion abweichen. Auch das Vertrauensverhältnis ist zerstört. Ein materieller Grund für einen Ausschluss liegt somit auch vor.

**c) Zwischenergebnis**

Der Ausschluss aus der Fraktion ist somit gerechtfertigt.

**3. Zwischenergebnis**

Der Antrag des M ist nicht begründet.

**B. Ergebnis**

Der Antrag des B hat keine Aussicht auf Erfolg.

**C. 2. Teil**

Die Meinungsäußerungen des M könnten unter den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG fallen. Dies ist der Fall, wenn die Äußerung unter den persönlichen und sachlichen Schutzbereich fällt.

**I. Persönlicher Schutzbereich**

Die Meinungsfreiheit ist ein Jedermannsrecht. M ist ein Mensch und somit vom persönlichen Schutzbereich umschlossen.

**II. Sachlicher Schutzbereich**

Die Äußerung müsste zudem unter den sachlichen Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG fallen. Art. 5 I 1 GG schützt die Äußerung und Verbreitung von Meinungen. M hat sich im Interview geäußert, fraglich ist jedoch, ob seine Äußerung unter den Begriff der Meinung i. S. d. Art. 5 I 1 GG fällt. Eine Meinung i. S. d. Art. 5 I 1 GG ist jedes Werturteil sowie nicht erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen, soweit diese friedlich kommuniziert werden. Schmähkritik ist vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeschlossen.

**1. Werturteil**

Bei den Äußerungen des M im Interview könnte es sich um Werturteile handeln. Diese sind durch subjektiven Bezug des Einzelnen zum Inhalt der Aussage geprägt und enthalten Elemente des Dafürhaltens oder der Stellungnahme. Die Unterstellung eines Racheaktes enthält jedoch kein Element der Stellungnahme oder des Dafürhaltens. Somit handelt es sich nicht um ein Werturteil.

**2. Nicht erwiesene unwahre Tatsachenbehauptung**

Bei der Äußerung des M handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung. Damit eine solche von der Meinungsfreiheit geschützt ist, darf sie nicht erwiesen unwahr sein. Die Tatsache, dass M mit der Frau des F geschlafen hat, ist erwiesen wahr. Ob der Ausschluss des M ein persönlicher Racheakt war, ist zwar nicht erwiesen wahr, jedoch kann nicht nachgewiesen werden, ob es unwahr ist. Die Äußerungen des M fallen somit unter den Begriff der Meinung i. S. d. Art. 5 I 1 GG.

**3. Keine Schmähkritik**

Es könnte sich jedoch bei den Äußerungen um Schmähkritik des M gegen den F handeln. Diese wird von der Meinungsfreiheit nicht geschützt. Schmähkritik ist eine Äußerung, die nicht inhaltlich zu einer Auseinandersetzung beiträgt, sondern die Diffamierung der Person zum Ziel hat. Vorliegend hat M mit seinen Äußerungen auf den Ausschluss aus der Fraktion reagiert und einen möglichen alternativen Grund für diesen genannt. Die Behauptung, er habe mit Fs Frau geschlafen, ist dieser Grund. Sie ist Teil einer inhaltlichen Auseinandersetzung und somit keine Schmähkritik.

**II. Zwischenergebnis**

Die Äußerungen des M fallen in den sachlichen Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG.

**D. Ergebnis**

Die Äußerungen des M im Interview fallen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

Anisja Porschke\*

## Die US-amerikanische Sammelklage zur kollektiven Rechtsdurchsetzung von Streuschäden

Dieser Auszug einer Seminararbeit behandelt die Thematik der Sammelklage im US-amerikanischen Prozessrecht.

### A. Einleitung

Im September 2015 wurde bekannt, dass der Autohersteller Volkswagen die Software seiner Diesel-Motoren manipuliert hat, um die normierten Abgaswerte einzuhalten. Seitdem die amerikanische Umweltbehörde EPA den *Dieseldgate*-Skandal aufgedeckt hat, sind Nachrichten, welche über die US-amerikanische Sammelklage und einen erfolgreichen Vergleich zu Gunsten der Verbraucher berichteten, kaum wieder abgebrochen. Dies hat in Deutschland erneut zu einer Diskussion über den ausreichenden Rechtsschutz von Verbrauchern und der Notwendigkeit einer Sammelklage hierzulande geführt.

Dieser Aufsatz ist ein Auszug einer Arbeit, welche sich mit den kollektiven Rechtsdurchsetzungsmitteln in Deutschland und den USA befasst.<sup>1</sup> Die folgenden Seiten sollen einen vertieften Einblick in das Modell und die Hintergründe der Sammelklage im US-amerikanischen Prozessrecht bieten.

### B. Sachproblem

Der Anwendung der Sammelklage im US-amerikanischen Zivilprozess liegt ein allgemeines Sachproblem zugrunde, welches unabhängig vom Rechtssystem besteht.

Grundsätzlich handelt es sich um einen Sachverhalt, in welchem viele Menschen durch dieselbe Gefahrenquelle geschädigt wurden, doch der Schaden für den Einzelnen sehr niedrig ausfällt.<sup>2</sup> Diese Gefahr kann sich in einem einmaligen oder in vielen ähnlichen Ereignissen verwirklichen. Dies ist beispielsweise bei Produktionsfehlern, Trickbetrügereien im Internet oder bei der

Nichteinhaltung von Füllgewichten der Fall.<sup>3</sup> Für die geschädigten Verbraucher wird sich eine individuelle Klageerhebung deshalb so gut wie nie lohnen. Denn der Schaden des Einzelnen ist so gering, dass es teurer wäre, einen Prozess zu beginnen, als den erlittenen Vermögensschaden einfach hinzunehmen.<sup>4</sup> Dieses rationale Desinteresse<sup>5</sup> führt dazu, dass die Rechtsdurchsetzung häufig schon im Kern scheitert. Ein effektiver Rechtsschutz zum Schadensausgleich wäre somit nicht gewährleistet.<sup>6</sup> Scheitert die Rechtsdurchsetzung an der rationalen Apathie so muss der Beschädigte keinen großen Vermögensverlust befürchten. Da die Gesamtsumme der Streuschäden sich regelmäßig auf einen hohen Wert beläuft, macht der Schädiger trotz des Fehlverhaltens einen großen Gewinn, wenn kein Verbraucher seinen Streuschadensanspruch durchsetzt.<sup>7</sup> Der Schädiger profitiert somit sogar von seinem Fehlverhalten wodurch die Kontrollfunktion des Haftungsrechts gefährdet wird.<sup>8</sup>

### C. Die kollektive Rechtsdurchsetzung

Der Verlust effektiver Rechtsdurchsetzung und die Gefahr des rechtspolitischen Ungleichgewichts können durch die gebündelte Geltendmachung individueller Interessen vor Gericht vermieden werden. Durch eine kollektive Rechtsdurchsetzung, entstehen dem einzelnen Verbraucher weniger Kosten, da das Verfahren von vielen Schultern getragen wird. Zusätzlich minimieren sich auch Risiko und Zeitaufwand.<sup>9</sup>

#### I. Der kollektive Rechtsschutz im US-amerikanischen Zivilprozessrecht

<sup>3</sup> Weber, Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 322ff.; Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2015, S. 22f.; Casper u. a., Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 52.

<sup>4</sup> Casper u. a., Weg zur europäischen Sammelklage, 2009, S. 20f.

<sup>5</sup> Schäfer u. a., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2012, S. 413f.; Casper u. a., Weg zur europäischen Sammelklage, 2009, S. 20ff.; Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002, S. 11ff.

<sup>6</sup> Schaub, Streuschäden im deutschen und europäischen Recht, JZ 2011, 13f.; Buchner, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, 2015, S. 38.

<sup>7</sup> Casper u. a., Weg zur europäischen Sammelklage, 2009, S. 5; Micklitz, in: MüKo, LautR, 2. Aufl. 2014, § 10 UWG Rn. 52; Mertens, Kollektiver Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 1975, 438 (453).

<sup>8</sup> Buchner, Kollektiver Rechtsschutz, 2015, S. 38.

<sup>9</sup> Geiger, Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2015, S. 18; Stadler, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in: Brönneke (Hg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2001, S. 12; Buchner, Kollektiver Rechtsschutz, 2015, S. 47.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit der Verfasserin aus dem Sommersemester 2016 in dem von Juniorprofessorin Dr. Mareike Schmidt, LL.M., (Juniorprofessur für Zivilrecht und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg) veranstalteten Seminar „Studying and Experiencing US Law in Chicago“, die mit „gut“ bewertet wurde.

<sup>1</sup> „Die Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung für US-amerikanische und deutsche Verbraucher“, wurde als Seminararbeit im Sommersemester 2016 im Seminar „Studying and Experiencing US-Law in Chicago“ eingereicht.

<sup>2</sup> Ebbing, Class Action, ZVglRWiss 2004, 31 (37).

Im US-amerikanischen Zivilprozess ist die Sammelklage, die sog. *Class Action*, als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes fest im Rechtssystem verankert. Das Zivilprozessrecht in den USA funktioniert in vielerlei Hinsicht anders, als das bekannte deutsche System, sodass zunächst ein kurzer Einblick in die Grundlagen gegeben werden soll, bevor anschließend die Rechtsdurchsetzung gebündelter Interessen analysiert wird.

## 1. Gerichte und ihre Rechtsquellen

Der Gerichtsaufbau der Vereinigten Staaten von Amerika umfasst zwei Gerichtswege, die parallel zueinander existieren. Dies sind die Staatengerichte (*State courts*) und die Bundesgerichte (*Federal courts*). Sie arbeiten in jedem Bundesstaat selbstständig nebeneinander und haben jeweils einen eigenen Instanzenzug.<sup>10</sup> Die folgende Untersuchung beschränkt sich dabei auf die Bundesgerichte, welche in allen US-Staaten richten können.

### a. Rechtsquellen der Bundesgerichte

Die Rechtsquellen basieren zu einem Großteil auf dem *Common Law*, der richterlichen Rechtsfortbildung. Für bestimmte Rechtsgebiete bestehen jedoch kodifizierte Gesetze, die im *United States Code* zusammen aufgeführt werden. Besteht solch kodifiziertes Recht, so hat der Bundes Supreme Court entschieden, dass die Bundesgerichte stets kodifiziertes Recht anzuwenden haben. Für das Zivilverfahren wurde die *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* kodifiziert, sodass die FRCP von den Bundesgerichten im Zivilprozess angewendet werden müssen.<sup>11</sup>

### b. Prozessuale Grundsätze

Zu den wichtigsten prozessualen Grundsätzen, die auch für die kollektive Rechtsdurchsetzung relevant sind, zählen das *adversary system*, die Verfahrensökonomie, das Geschworenverfahren (*trial by jury*) sowie das Rechtsstaatsprinzip (*due process*).

Das Rechtsstaatsprinzip ist für die Bundesgerichte im 5. Zusatzartikel der US-Bundesverfassung verankert. Der *due process*-Grundsatz gewährt jedem Menschen einen fairen Gerichtsprozess. Dieses Prinzip wird beispielsweise dann verletzt, wenn die Verfassungsrechte missachtet werden.<sup>12</sup>

Ein weiterer Grundsatz ist die Verfahrenseffizienz, welches unter anderem in FRCP Rule 1 verankert ist.<sup>13</sup> Durch das Ziel der Verfahrensökonomie soll gewährleis-

tet werden, dass die Vielzahl von Klagen möglichst kostengünstig und effektiv entschieden werden.<sup>14</sup>

Aus diesem Ziel ergibt sich auch eine weitere Grundlage des amerikanischen Zivilverfahrens, das sogenannte *adversary system*. Nach diesem System wird ein Verfahren vor einem amerikanischen Gericht grundsätzlich von den Parteien gestaltet.<sup>15</sup> Deshalb steht es im Aufgabenkreis der Parteien Beweiserhebung, -ermittlung und die Zustellung von Schriftsätzen vorzunehmen, während der Richter eher eine passive Rolle einnimmt. Diese passive Rolle wird durch das *trial by jury* noch bestärkt. Die Entscheidung über Streitfragen und die Bemessung der Schadenshöhe wird von einer Geschworenenjury vorgenommen, während der Richter nur eine beratende und kontrollierende Funktion einnimmt, 7th Amendment der USC.<sup>16</sup>

## 2. Die Class Action, FRCP Rule 23

Ausgehend von diesem kurzen Überblick über die Grundsätze des US-amerikanischen Zivilverfahrens, kann eine Auseinandersetzung mit der Class Action, welche in FRCP Rule 23 verankert ist, vorgenommen werden.

Ziel der Sammelklage ist es, ein möglichst effizientes, günstiges Verfahren zu gestalten und Rechtsschutz auch für Streuschäden (*negative value claims*) zu gewährleisten.<sup>17</sup> Damit die Ziele der Sammelklage erreicht werden können, ist der Ausgang des Verfahrens für alle Gruppenmitglieder in materiellrechtlicher Hinsicht bindend. Hierbei ist es gerade nicht notwendig, dass alle Parteien des Verfahrens bekannt sind, sondern es wird davon ausgegangen, dass alle betroffenen (auch abwesende) Personen Teil der Gruppe sind.<sup>18</sup> Nur unter bestimmten Voraussetzungen ist es diesen Gruppenmitgliedern möglich, aus der Sammelklage auszuschneiden.<sup>19</sup>

Ob eine Sammelklage als Rechtsmittel zulässig ist, bestimmt sich nach einer Vielzahl von Voraussetzungen, die in FRCP Rule 23 normiert sind. Dabei unterscheidet das US-amerikanische Recht zunächst zwischen den Zulassungsvoraussetzungen FRCP Rule 23 (a) und den Zulassungskategorien FRCP Rule 23 (b).

### a. Zulassungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen der FRCP Rule 23 (a) lassen sich in solche unterteilen, die für das Bestehen einer Gruppe an

<sup>10</sup> Schaack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 4.

<sup>11</sup> *Hannah v. Plumer*, 380 U. S. 460 (463); *Miller*, in: *Federal Prac. & Proc.*, 3. Aufl. 1998, § 4508.

<sup>12</sup> *Noah v. McDonald*, 28 Vet. App., 120 (129); *Jordan v. Fisher*, 813 F.3d, 216 (221).

<sup>13</sup> *Indiana State Dist. Council of Laborers v. Omnicare, Inc.*, 719 F.3d 498 (511); *Nelson v. Adams USA, Inc.*, 529 U. S. 460 (465); *Steinmann*, in: *Federal Prac. & Proc.*, 3. Aufl. 1998, § 1029.

<sup>14</sup> Advisory Committee's Note 1993.

<sup>15</sup> *Pizzi*, *The American adversary system*, W. Va. L. Rev. 100, 847 (848); *Freedman*, *Our constitutionalized adversary system*, Chap. L. Rev. 157, 57 ff.

<sup>16</sup> *Hay*, *Law of the United States*, 4. Aufl. 2016, Rn. 199f.; *Böhm*, *Amerikanisches Zivilprozessrecht*, 2005, Rn. 547f.; *Schack*, *Einführung US-Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 152.

<sup>17</sup> Advisory Committee's Note 1966; *Gensler*, *FRCP, Rules and Commentary*, 2016, Rule 23.

<sup>18</sup> *Smith v. Bayer Corp.*, 564 U. S. 299 (314); *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U. S. 867 (880); *Gensler*, *FRCP, Rules and Commentary*, Rule 23.

<sup>19</sup> Siehe dazu sogleich, D.II.3. Schutz der Verbraucher.

sich vorliegen müssen, und solchen die für das Verhältnis zwischen Gruppenrepräsentant und Gruppe erfüllt sein müssen.<sup>20</sup>

#### aa. Definierbare Gruppe

Obwohl es sich um eine ungeschriebene Voraussetzung handelt, muss zunächst eine definierbare Gruppe vorhanden sein.<sup>21</sup> Dafür ist es notwendig, dass sich die Gruppe klar abgrenzen lässt. Mit einem angemessenen Aufwand muss sich ermitteln lassen können, wer die Mitglieder der Gruppe sind.<sup>22</sup> Die Bestimmung der Gruppe ergibt sich jedoch ohnehin aus den weiteren Voraussetzungen.<sup>23</sup>

#### bb. Numerosity

Die erste geschriebene Voraussetzung betrifft die Gruppe als solche und verlangt, dass sie so groß ist, dass eine andere Klageart nur äußerst aufwendig oder nicht mehr möglich ist.<sup>24</sup> Der entscheidendste Faktor hierfür ist grundsätzlich die Anzahl der Gruppenmitglieder, woraus sich häufig ergibt, dass eine Klageverbindung impraktikabel ist.<sup>25</sup> Daneben müssen immer noch Faktoren beachtet werden, die Einfluss darauf nehmen, ob eine Rechtsdurchsetzung auch individuell angestrebt werden würde (Höhe des Schadens, Aufwand).<sup>26</sup>

#### cc. Commonality

Auch diese Voraussetzung bezieht sich auf die Gruppe als solche. Demnach muss die Gruppe eine gemeinsame Streitfrage haben, welche durch das Verfahren beantwortet werden soll. Mitglieder der Gruppe können dementsprechend nur solche Parteien sein, die von derselben (rechtlichen oder faktischen) Streitfrage betroffen sind.<sup>27</sup> Diese kann beispielsweise das schadhafte Verhalten oder eine Pflichtverletzung des Beklagten betreffen.

Die Voraussetzung ist vor allem bei Streuschäden relativ leicht zu erfüllen, da hier meist durch ein Massenprodukt ein Massenfehler verursacht wurde, der für jeden Verbraucher die gleiche Streitfrage begründet.

#### dd. Typicality

FRCP Rule 23 (a) (3) fordert außerdem, dass der Anspruch des Repräsentanten typisch für die ganze Gruppe ist. Damit bezieht sich die Zulassungsvoraussetzung erstmals auf die Beziehung von Repräsentant und Gruppe. Ob ein Anspruch typisch ist, wird danach beurteilt,

ob sich die Ansprüche der Mitglieder aus demselben Sachverhalt<sup>28</sup> und derselben Anspruchsgrundlage<sup>29</sup> ergeben, sie müssen also nicht vollkommen identisch sein.<sup>30</sup>

#### ee. Faire und adäquate Vertretung

Auch die letzte Zulassungsvoraussetzung der FRCP Rule 23 (a) bezieht sich auf das Verhältnis von Repräsentant und Gruppenmitgliedern. Da das Urteil einer Sammelklage für jedes Gruppenmitglied bindend ist, muss die Vertretung an strengen Voraussetzungen gemessen werden. Der Vertreter muss die Gruppe fair und angemessen repräsentieren. Dies bedeutet grundsätzlich, dass kein gravierender Interessenkonflikt mit der Gruppe bestehen darf. Außerdem muss sich der Vertreter dazu eignen, den Prozess zu führen.<sup>31</sup>

Doch auch der Rechtsanwalt des Klägers muss die Gruppe fair und angemessen vertreten können, da er in dem Verfahren auf Klägerseite die stärkste Position einnimmt. Dabei kommt es vor allem darauf an, dass er die nötige Expertise hat, ein komplexes Verfahren vorzubereiten und durchzuführen.<sup>32</sup>

#### b. Kategorien der Sammelklage

Sind die Voraussetzungen der FRCP Rule 23 (a) erfüllt, muss die Klage auch unter eine der Kategorien der FRCP Rule 23 (b) fallen, um als Sammelklage zugelassen zu werden. Für die Geltendmachung von Streuschäden kommt dabei nur die dritte Kategorie der Class Action in Betracht.

Eine Sammelklage gem. FRCP Rule 23 (b) (3) besteht, wenn die gemeinsame Streitfrage über den individuellen Anspruch steht (*predominance*) und die gemeinsame Klage allen anderen Klageformen überlegen ist (*superiority*). Sie ist in der Regel auf Schadensersatz gerichtet. Da die Rechte der Gemeinschaft hier durch das Ermessen der Gerichte über die Interessen des Einzelnen gestellt werden, ist diese Art der Sammelklage freiwillig.<sup>33</sup>

Ob eine gemeinsame Streitfrage den individuellen überwiegt, kann nicht anhand einer einheitlichen Formel bestimmt werden. Grundsätzlich kommt es dabei auf den Bezugspunkt der gemeinsamen Streitfrage an. Sind alle Gruppenmitglieder von derselben Streitfrage in derselben Weise betroffen, wird anzunehmen sein, dass diese Frage für alle relevanter ist, als eine individuelle Gel-

<sup>20</sup> Eichholtz, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 81.

<sup>21</sup> Shelton v. Bledsoe, 775 F.3d 554 (561); Kane, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1760 A; Eichholtz, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 77.

<sup>22</sup> Lewis v. National Football League, 146 F.R.D. 5 (8).

<sup>23</sup> Gensler, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>24</sup> FRCP Rule 23 (a) (1) geht grundsätzlich nur von „impractical“ und nicht von „impossible“ aus.

<sup>25</sup> Kane, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1762.

<sup>26</sup> Eichholtz, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 82; Kane, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1762.

<sup>27</sup> Kane, in: Fed. Prac & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1763.

<sup>28</sup> Busby v. JRHBW Realty, Inc., 513 F.3d 1314 (1323).

<sup>29</sup> Wolin v. Jaguar Land Rover North America, LLC 617 F.3d 1168 (1172).

<sup>30</sup> Gensler, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23; Kane, in: Federal Prac & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1764.

<sup>31</sup> Gensler, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23; Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in: Basedow/Hopt (Hg.), Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S. 307 ff.

<sup>32</sup> Woolley, Rethinking the adequacy of adequate representation, 75 Tex. L. Rev. 1997, 571 (591); Kane, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1769.

<sup>33</sup> Advisory Committee's Notes 1966; Gensler, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Ruler 23.



tendmachung.<sup>34</sup> Außerdem wird sich das Gericht damit befassen, ob ein gemeinsames Verfahren die Effizienz steigern kann.<sup>35</sup>

Bei einer Sammelklage wegen Streuschäden überwiegt die gemeinsame Streitfrage stets die individuellen Interessen, da die Gruppenmitglieder aus derselben Streitfrage (Fehlverhalten des Schädigers) auf dieselbe Weise (Vermögensschaden) betroffen sind.

*Überwiegt die gemeinsame Streitfrage, so muss das Verfahren nach FRCP Rule 23 auch noch anderen Verfahrensmöglichkeiten überlegen sein.*<sup>36</sup> Um das richtige Verfahrensmittel bestimmen zu können, hat der Gesetzgeber in der FRCP Rule 23 (b) (3) (A, B, C, D) eine Richtlinie erstellt, an der sich die Gerichte orientieren sollen.<sup>37</sup> Der Richtlinie folgend, wird eine Abwägung der Interessen der Gruppenmitglieder an einem individuellen Verfahren vorgenommen. Die Abwägung wird für die von Streuschäden Betroffenen stets zugunsten des gemeinsamen Verfahrens ausfallen wird.

### c. Schutz der Verbraucher

Hat das Gericht die Klage als Sammelklage im Sinne der FRCP Rule 23 (b) (3) *anerkannt, so bedeutet dies zunächst, dass eine unbekannte Anzahl von Geschädigten durch den Ausgang des Verfahrens betroffen sein wird.* Es ist zwar der Reiz einer Sammelklage, durch nur einen Kläger eine Masse an Betroffenen vertreten zu können. Die Sammelklage schränkt jedoch auch die Rechte aus dem *due-process* Grundsatz ein.<sup>38</sup> Denn die Verbraucher werden in der Regel kein rechtliches Gehör erhalten, können keinen Einfluss auf den Verlauf des Verfahrens nehmen und werden von einem Kläger vertreten, den sie persönlich nie getroffen haben. Dennoch ist das Urteil für sie bindend. Dies ist vor allem bei der Sammelklage der FRCP Rule 23 (b) (3) *kritisch, da die Gruppe hier eher lose durch eine gemeinsame Rechtsfrage zusammengehalten wird. Daraus ergibt sich ein „Spannungsverhältnis von Effizienz und Einzelfallgerechtigkeit“*<sup>39</sup>, welches durch Schutzvorschriften ausgeglichen werden muss.

#### aa. Das Opt-Out Modell

Für die freiwillige Sammelklage der FRCP Rule 23 (b) (3) gibt es deshalb die Möglichkeit, aus der Sammelklage auszuschneiden (*opt-out*).<sup>40</sup> Anders als im Volkswagen

Fall, wissen häufig nicht alle Mitglieder der Sammelklage, dass sie von einer gemeinsamen Streitfrage betroffen sind. Deshalb müssen sie zunächst über die Sammelklage und ihr Recht, aus dieser auszuschneiden, informiert werden. Diese Aufgabe fällt dem Kläger zu und kann unter Umständen sehr aufwendig sein, da jedes einzelne Gruppenmitglied ermittelt und informiert werden muss.<sup>41</sup> Grundsätzlich gilt dies unabhängig davon, wie kostspielig die Ermittlung auch sein mag.<sup>42</sup> Ausnahmsweise kann dieser Informationspflicht auch durch Veröffentlichung in Zeitung oder Radio nachgekommen werden.<sup>43</sup>

#### bb. Stellung des Richters

Die Stellung des Richters im Verfahren der Class Action entspricht nicht dem typischen Richterbild im Rahmen des *adversary systems*.<sup>44</sup> FRCP Rule 23 (d, e und f) bieten dem Richter die Möglichkeit, das Verfahren aktiv zu gestalten. Dabei kann er den Ablauf des Verfahrens strukturieren und die Gruppenmitglieder über den Verfahrensstand informieren.<sup>45</sup> Zusätzlich muss das Gericht einen Vergleich genehmigen, um die Verbraucher vor unlauteren Absprachen zu schützen.<sup>46</sup>

#### cc. Anwaltskosten

Der unwissende Verbraucher soll auch davor geschützt werden, die hohen Anwaltskosten zu tragen. Siegt der Anwalt, wird die Vergütung bei der Sammelklage regelmäßig anhand des Erfolgshonorars vorgenommen<sup>47</sup>, sodass sich der Lohn prozentual an dem Gesamtgewinn bemisst.<sup>48</sup> Der angemessene Prozentsatz wird bei der Sammelklage zum Schutz der Verbraucher von den Gerichten bestimmt, FRCP Rule 23 (h). Dennoch steht die Summe häufig in einem krassen Missverhältnis zu dem geringen Schadensersatzbetrag, der einzelnen Gruppenmitglieder.<sup>49</sup>

## II. Hintergründe

Die Entwicklung der Class Action und ihre Bedeutung für das US-amerikanische Zivilverfahren werden in dieser Arbeit anhand rechtsvergleichender Ansätze betrachtet, welche keine abschließende Analyse der FRCP Rule 23 bieten können.

<sup>41</sup> *Larson v. AT & T Mobility LLC*, 687 F.3d 109 (123); *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U. S. 156 (167).

<sup>42</sup> *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23; *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1786; *Klonoff* u. a., Multi-party litigation, 2. Aufl. 2006, S. 438.

<sup>43</sup> *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U. S. 156 (167); *State of W. Va. v. Chas. Pfizer & Co.*, 440 F.2s 1079 (1083); *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1786.

<sup>44</sup> *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 153 f.

<sup>45</sup> *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1793; *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>46</sup> *Eubank v. Pella Corp.*, 753 F.3d 718 (727); *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>47</sup> *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>48</sup> *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U. S. 472, 1980; *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1803.

<sup>49</sup> Zum Prinzipal-Agent-Konflikt, siehe E.

<sup>34</sup> *Brown v. Cameron-Brown Co.*, 92 F. R. D. 32 (37); *Klonoff* u. a., Class actions and other multi-party litigation: cases and materials, 2. Aufl. 2006, S. 249; *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>35</sup> *Klonoff* u. a., Multi-party litigation, 2. Aufl. 2006, S. 248.

<sup>36</sup> *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, 2016, Rule 23.

<sup>37</sup> *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1780; *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 108.

<sup>38</sup> *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 399 U. S. 306 (313); *Kane*, in: Federal Prac. & Proc., 3. Aufl. 1998, § 1786.

<sup>39</sup> *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 135.

<sup>40</sup> *Kincade v. General Tire and Rubber Co.*, 635 F.2d 501 (507); *Gensler*, FRCP, Rules and Commentary, Rule 23.

## 1. Prozessuale Grundsätze

Der Zweck des Zivilverfahrens ergibt sich aus FRCP Rule 1. Demnach ist es das Ziel, ein Verfahren gerecht, schnell und günstig zu beenden. Um ein Verfahren effizient zu gestalten, muss dies möglichst schnell beendet werden, keine Streitfragen mehrfach entschieden werden und Urteile Bindungswirkung haben.

Aus FRCP Rule 1 ergibt sich jedoch ebenfalls der Anspruch auf rechtliche Gehör, als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Im US-amerikanischen Zivilverfahren müssen die Verfahrensgrundsätze allerdings nur in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen.<sup>50</sup> Im Rahmen der Class Action kann auf das rechtliche Gehör der Gruppenmitglieder verzichtet werden, wenn sie angemessen durch den Repräsentanten vertreten werden.<sup>51</sup> Diese wird an der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen bemessen. Je schmaler das gemeinsame Interesse ist, desto mehr wird der Stellvertreter durch das Gericht kontrolliert.<sup>52</sup> Bei der dritten Kategorie FRCP Rule 23 (b) (3) ist das Interesse der Gruppe nur auf einen Vermögensausgleich gerichtet und kann daher schnell auseinanderfallen. Die Gruppenmitglieder sind dennoch angemessen geschützt, da hier eine verstärkte Kontrolle durch den Richter und die Möglichkeit des Ausscheidens vorgesehen sind.<sup>53</sup> Die Class Action als Klageinstrument verhilft den Gerichten somit zu einer erheblichen Effizienzsteigerung ohne die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips zu missachten.

## 2. Historische Entwicklung

Die Class Action ist tief in dem Rechtssystem verwurzelt. Sie basiert auf der englischen *bills of peace*, aus dem 18. Jhd. welche eine Sammelklage vorsahen.<sup>54</sup> 1938 wurde die Vorschrift in die FRCP Rules übernommen, sie war jedoch so unklar formuliert, dass sie kaum genutzt wurde. Mit der Reform von 1966 erfuhr die Class Action einen Aufschwung, da die Geltendmachung von Streuschäden in die Class Action miteinbezogen und die Bindungswirkung auf alle abwesenden Gruppenmitglieder erstreckt wurde.<sup>55</sup> Dieser Wandel begründet sich vor allem aus dem wachsenden Bewusstsein für Verbraucherschutz, welches zu Beginn der 1960er stark durch Präsident Kennedy<sup>56</sup> und die allgemeine gesellschaftspolitische Entwicklung gefördert wurden.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> *Mathews v. Elridge*, 424 U. S. 319 (335); *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, S. 56.

<sup>51</sup> *Hansberry v. Lee*, 311 U. S. 32 (34), kritisch hingegen *Woolley*, 75 Tex. L. Rev. 571 (590).

<sup>52</sup> *Hohl*, Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel, Diss., Univ. Regensburg 2008, S. 82.

<sup>53</sup> *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, S. 58.

<sup>54</sup> *Hohl*, Die Sammelklage im Wandel, 2008, S. 36; *Chafee*, Bills of peace with multiple parties, 45 Harv. L. Rev. 1932, 1297 (1307); *Smith v. Earl Brown*, L. R. 9 Eq. 241 (256).

<sup>55</sup> *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 45 f.

<sup>56</sup> Mit seiner Rede *Special message to congress on protecting consumer interest* sprach Kennedy erstmals die Notwendigkeit an, die Rechte der Verbraucher besser zu schützen, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108> (17.09.2016).

<sup>57</sup> *Schmidt-Salzer*, Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaf-

## 3. Klagekultur

Die Freiheit des Individuums steht in der US-amerikanischen Kultur an höchster Stelle. Diese Wertung spiegelt sich auch in dem Rechtssystem wieder. Deshalb wird jede Art des staatlichen Handelns als Eingriff in diese Freiheit angesehen. Aus diesem Freiheitsgedanken ist das Misstrauen erwachsen, dass die amerikanischen Kriminalbehörden die Bürger nicht ausreichend vor Straftaten und Missständen schützen kann. In den USA ist es deshalb anerkannt, dass Bürger als „private Staatsanwälte“ (*private attorney general*) ihre Rechte selbstständig schützen sollen.<sup>58</sup> Die private Kontrolle soll jedem zugänglich sein, ohne dass er dafür viel Geld haben muss. Dieses Anliegen kommt bei der Sammelklage besonders gut zur Geltung, da hier für den Einzelnen kein Kostenaufwand entsteht. Außerdem besteht für die Kläger kein hohes Prozessrisiko, da auch bei einem verlorenen Prozess nicht die Kosten der Gegenseite getragen werden müssen, sog. *american rule*.<sup>59</sup>

Aus dem höchsten Stellenwert des Individuums ergibt sich auch, dass kaum staatliche Fürsorgemechanismen bestehen. 15,3 % der amerikanischen Bürger haben keinerlei Krankenversicherung.<sup>60</sup> Deshalb ist die Klage häufig der einzige Weg, einen erlittenen Schaden wieder auszugleichen.<sup>61</sup> Zuletzt ist es auch besonders reizvoll und leicht in den USA einen Klageantrag zu stellen. Der Antrag auf Eröffnung des Zivilverfahrens muss nur grob formuliert sein und keinerlei Beweise etc. enthalten, da diese erst im ausführlichen Vorverfahren (*pre trial discovery*) ermittelt werden.<sup>62</sup> Ein großer Klageanreiz wird auch durch das Geschworenenverfahren gesetzt, welche sehr subjektiv und emotional urteilen können, sodass auch Ansprüche mit sehr geringen Erfolgsaussichten vor Gericht gewinnen können.<sup>63</sup>

## 4. Schadensrecht

Die materiellrechtlichen Regelungen zum Schadensrecht spielen in den USA eine leitende Rolle im Verfahren. Der Strafschadensersatz, *punitive damages*, zielt darauf ab,

tung, Unternehmensverantwortung, NJW 1994, 1305 (1306); *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, Diss., Univ. Freiburg 2009, S. 8.

<sup>58</sup> *Cheng*, Important rights and the private attorney general doctrine, 73 Cal. L. Rev., 1929 ff.

<sup>59</sup> *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U. S. 240, 1612 (1616); *Eisenberg*, The English versus the American rule on attorney fees, 98 Corn. L. Rev., 327 (328); *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 54; *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz, 2015, S. 53.

<sup>60</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Gesundheitssystem\\_der\\_Vereinigten\\_Staaten](https://de.wikipedia.org/wiki/Gesundheitssystem_der_Vereinigten_Staaten), (11.07.2016).

<sup>61</sup> *Hohl*, Die Sammelklage im Wandel, 2008, S. 62 f.

<sup>62</sup> *Ebbing*, ZVerglRWiss 2004, 31 (40); *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 60; *Lenenbach*, Reformen des US-amerikanischen Kapitalanlagerechts: Abwehr missbräuchlicher Schadensersatzklagen und ein „safe harbor“ für Unternehmensprognosen, WM 1999, 1393 (1395).

<sup>63</sup> *Owen*, Punitive damages in products liability litigation, 74 Mich. L. Rev., 1258 (1288); *Müller*, Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht, Diss., Univ. Augsburg 2000, S. 12; *Eichholtz*, US-amerikanische Class Action, 2002, S. 54.

den Täter zu bestrafen und den Vermögensschaden auszugleichen. Zweck der *punitive damages* ist es, eine Abschreckungsfunktion zu erzielen.<sup>64</sup> Um diese effektive Abschreckung zu bewirken, setzt sich die Summe aus dem Vermögensschaden und einem hohen Sanktionsgeld zusammen. Unternehmen, denen eine Klage vor einem US-amerikanischen Gericht droht, müssen deshalb stets mit einem hohen Strafschadensersatz rechnen. Um diesen zu entgehen, ist die Bereitschaft vieler Unternehmen sehr hoch, zügig einen Vergleich einzugehen.

### 5. Zwischenergebnis

All diese Aspekte prägen nicht nur das Zivilverfahren als solches, sondern zeigen, dass die Class Action ein lang etabliertes Verfahrensinstrument ist, welches sich in das Gefüge des Rechtssystems eingeordnet hat und nicht ohne weiteres wegzudenken ist.

### D. Fazit und Ausblick

Die *Class Action* bietet den US-amerikanischen Verbrauchern die notwendige Möglichkeit, Streuschäden durchzusetzen und Unternehmen (begrenzt) zu kontrollieren. Allerdings darf bei dieser Betrachtung nicht außer Acht gelassen werden, dass die Sammelklage auch Gefahren für Verbraucher, Wirtschaft und Rechtsordnung bietet.

<sup>64</sup> *Wagen v. Ford Motor Co.*, 97 Wis. 2d 260 (459); *Kircher/Wiseman*, *Punitive Damages: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 2.2.; *Müller*, *Punitive damages und Schadensersatzrecht*, S. 11; *Buchner*, *Kollektiver Rechtsschutz*, 2015, S. 56.

Für die Verbraucher besteht dabei ein besonders großer Prinzipal-Agent-Konflikt, da Anwälte mit vergleichsweise wenig Aufwand ein hohes Erfolgshonorar erzielen können. Auch für die Wirtschaft stellt die Class Action im Rahmen der US-amerikanischen Rechtsordnung eine große Gefahr dar, da sie Unternehmen zu übereilten Vergleichen zwingt und sogar in die Insolvenz treiben kann. Zuletzt ist auch die Rechtsordnung von ihrer eigenen Waffe bedroht, da die Sammelklage inzwischen zu einer Überforderung der Gerichte führt und aus effizienten Prozessen aufwendige Verfahren gemacht hat.

Die Sammelklage ist kein Rechtsdurchsetzungsmittel, welches nur im US-amerikanischen Zivilprozess besteht. Dennoch ist die Class Action von besonderer Bedeutung, da sie jedes Unternehmen, welches in den USA agiert treffen kann und neue Standards im Verbraucherschutz setzt. Bisher fehlt es an einer effektiven Funktionsäquivalente im deutschen Zivilprozess. Es wird spannend sein, zu beobachten, ob und wie sich die kollektive Rechtsdurchsetzung in Deutschland entwickeln wird. Viele Mitgliedstaaten der EU sowie die Kommission, haben bereits eigene Rechtsinstrumente zur kollektiven Rechtsdurchsetzung entwickelt oder sind an einem Ausbau der gebündelten Schadensersatzklage interessiert.<sup>65</sup> Ob die US-amerikanische Sammelklage hierfür ein konkretes Vorbild sein wird, bleibt jedoch abzuwarten.

<sup>65</sup> *Keßler*, *Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?*, ZRP 2016, 2 (4); „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“, KOM (2013) 401 vom 11.06.2013.

Christoph M. Sielmann\*

## Die Rolle der Generalsekretäre der Vereinten Nationen – das personelle Substrat eines institutionellen Akteurs

*Mit dem Jahr 2016 endet auch die Amtszeit Ban Ki-moons als Generalsekretär der Vereinten Nationen. Sein Nachfolger soll der Portugiese António Guterres werden. Die Seminararbeit stellt das Amt sowie seine bisherigen Amtsträger vor und liefert einen Ausblick auf den kommenden Generalsekretär.*

### A. Einleitung

Als im Sommer 1945 der zweite Weltkrieg in Europa zu Ende ging, im Pazifik noch etwas andauerte, trafen sich

in San Francisco Vertreter 50 alliierter Staaten, um vor dem Hintergrund der gerade niedergedrungenen Bedrohungen ein neues System kollektiver Sicherheit zu schaffen. Die League of Nations existierte zu diesem Zeitpunkt zwar noch, war aber, wie die vorigen Jahre gezeigt hatten, gescheitert. Nun sollte eine neue, überlegene Organisation ins Leben gerufen werden, um einen höheren

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit des Verfassers aus dem Sommersemester 2015 im von Prof. Dr. Markus Kotzur LL.M (Duke) an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar „Die Vereinten Nationen als institutioneller Akteur“, die mit „gut“ bewertet wurde.

und effektiveren Schutz des Weltfriedens zu realisieren: die Vereinten Nationen wurden gegründet.<sup>1</sup>

Intensiv wurde damals über die Struktur, Stellung und Kompetenzen von Sicherheitsrat und Generalversammlung diskutiert. Weitgehende Einigkeit herrschte dagegen über das Amt des/der Generalsekretärs/in, sowohl hinsichtlich der Schaffung dieses Postens als auch seiner Funktionen und Befugnisse. Ihm sollte eine Macht verliehen werden, wie sie kein Oberhaupt einer internationalen Organisation zuvor innehatte.<sup>2</sup> Den Regelungen über den Generalsekretär, Art. 97 bis 102 der „Charter of the United Nations“ (UNCh), wurde mit deutlicher Mehrheit zugestimmt.<sup>3</sup>

Allerdings schaffen die fünf Artikel allein noch kein klares Bild von den Funktionen des Generalsekretärs. Eine Analyse seiner Rolle muss daher zusätzlich die Absichten der Gründer der Charta, die „Rules of Procedure“ der UN-Organe, das *Procedere* im Umfeld der Ernennungen der Generalsekretäre sowie, mit größter Bedeutung, die tatsächliche Amtsausübung der bisherigen acht Amtsträger berücksichtigen.

Zum ersten Generalsekretär der Vereinten Nationen wurde am 1. Februar 1946 der Norweger Trygve Lie ernannt. Auf ihn folgte 1952 Dag Hammarskjöld aus Schweden. Danach war Sithu U Thant aus Birma, heute Myanmar, von 1961 bis 1971 im Amt. Mit Kurt Waldheim aus Österreich wurde dann wieder ein Europäer Generalsekretär, ehe von 1982 bis 1991 Javier Pérez de Cuéllar aus Peru erster südamerikanischer Amtsträger war. Ihm folgte mit Boutros Boutros-Ghali aus Ägypten danach erstmals ein Afrikaner. Von 1997 an war Kofi Annan aus Ghana im Amt. Achter und amtierender Generalsekretär ist seit 2007 Ban Ki-moon aus Südkorea.

Sieben Jahrzehnte und unzählige internationale Krisen und Konflikte sind seit der Konferenz von San Francisco vergangen. Die Vereinten Nationen mussten sich immer wieder ganz neuen Herausforderungen stellen. Wie hat sich die Funktion des Generalsekretärs in dieser Zeit entwickelt? Welche Rolle haben die einzelnen Amtsträger dabei gespielt? Wie kann das Amt heute umschrieben werden?

Die Generalsekretäre mussten ihre Funktionen im großen Umfang selbst finden und definieren. Die Offenheit der Charta macht es auch heute noch schwierig, ein klares Bild der Rolle des Generalsekretärs zu zeichnen. Wie

eine nähere Betrachtung aber zeigt, ist dies nicht unbedingt ein Makel.

## B. Das Amt des Generalsekretärs: Vorschlag, Ernennung und Amtszeit

Der Generalsekretär bildet nach Art. 97 S. 1 UNCh zusammen mit den sonstigen Bediensteten der Organisation das Sekretariat, das nach Art. 7 I ein Hauptorgan der Vereinten Nationen ist. Er wird nach Art. 97 S. 2 in einem Zwei-Phasen-Prozess auf Vorschlag des Sicherheitsrates von der Generalversammlung gewählt und ernannt.

### I. Der Vorschlag des Sicherheitsrates

Zunächst wählt der Sicherheitsrat in nichtöffentlicher Sitzung einen Kandidaten, den er der Generalversammlung dann vorschlägt. Nach dem Wortlaut von Art. 97 S. 2 UNCh wäre dem Sicherheitsrat auch die Empfehlung mehrerer Kandidaten möglich. Für einen Vorschlag von drei Kandidaten, aus deren Reihe die Generalversammlung dann wählt, hatten sich auf der San Francisco Conference 1945 etwa Uruguay und einige andere lateinamerikanische Staaten ausgesprochen.<sup>4</sup> Letztlich konnte sich das Vorbringen jedoch nicht durchsetzen. Für die Ernennung des ersten Generalsekretärs erbat die Generalversammlung ausdrücklich den Vorschlag von nur einem Kandidaten.<sup>5</sup> So ist es seitdem durchgehend geübt worden.

Entsprechend Art. 27 III UNCh sind die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats befugt, hinsichtlich eines Vorschlags ihr Veto einzulegen. Daher halten sie vor der Sitzung des gesamten Sicherheitsrats interne Konsultationen über den Vorschlag ab. Bedingt durch die Vetomacht der permanenten Mitglieder des Sicherheitsrats ist unter den bisherigen Generalsekretären eine Tendenz zu Kandidaten aus (mehr oder weniger) neutralen europäischen und Entwicklungsländern zu erkennen.<sup>6</sup> Dass ein Staatsangehöriger einer Vetomacht Generalsekretär wird, ist praktisch undenkbar.

Die Empfehlung der ersten drei Generalsekretäre ging noch vom Sicherheitsrat beziehungsweise dessen ständigen Mitgliedern selbst aus und war für die Öffentlichkeit wie auch für die betroffenen Kandidaten selbst zuweilen überraschend.<sup>7</sup> So stammt etwa von Trygve Lie, der vor seiner Ernennung auf internationaler Ebene nicht allzu

<sup>1</sup> United Nations Conference on International Organization, 1945; vgl. Volger, A Concise Encyclopedia of the United Nations, 2010, S. 216 ff.

<sup>2</sup> Report of the Preparatory Commission of the United Nations (PC/20), Chapter VIII, sect. 2, Rn. 16.

<sup>3</sup> Schwebel, The Secretary-General of the United Nations, 1952, S. 18 f.

<sup>4</sup> Russell, History of The United Nations Charter, 1958, S. 856.

<sup>5</sup> General Assembly (GA), Res. 11, 24.01.1946, Rn. 4d.

<sup>6</sup> v. Murr, in: Wolfrum (Hg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 4.

<sup>7</sup> Lie, In the Cause of Peace, 1954, S. 17; bzgl. Hammarskjöld: Urquhart, The evolution of the Secretary-General, in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 15 (19).

bekannt war,<sup>8</sup> die Aussage, „why had this awesome task fallen to a labor lawyer from Norway?“<sup>9</sup> Mit Ende der Amtszeit des dritten Generalsekretärs U Thant erhielt die Praxis Einzug, dass Amtsanwärter ihre Kandidatur von sich aus bekannt geben und international um ihre Wahl werben.<sup>10</sup>

Eine regionale Rotation des Postens des Generalsekretärs ist vertraglich nicht vorgesehen. Die bisherige Besetzung des Amtes lässt grundsätzlich auch keine tatsächliche Verteilung nach einem solchen Muster erkennen. In jüngerer Vergangenheit sind allerdings derartige Tendenzen sichtbar geworden. Nach einer 1997 von der Generalversammlung verabschiedeten Resolution soll die regionale Verteilung bei der Auswahl des Kandidaten zumindest berücksichtigt werden.<sup>11</sup> Vor der Wahl Ban Ki-moon's (2007) fand die Forderung nach einem Generalsekretär aus dem asiatischen Raum breite, wenn auch nicht uneingeschränkte Zustimmung.<sup>12</sup> Auch Forderungen nach einem osteuropäischen Amtsträger kamen auf, da die Region noch keinen Generalsekretär gestellt hat.<sup>13</sup> Ob sich künftig ein gefestigtes regionales Verteilungsprinzip entwickeln wird, bleibt abzuwarten.

Eine regional ausgewogene Verteilung mag auf Ebene der internationalen Politik und im immer noch von Nationalstaaten geprägten Völkerrechtssystem einen gewissen Wert haben. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob das Verfahren zur Suche eines Kandidaten, der alle ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates sowie eine Mehrheit der Staaten der Welt überzeugen und (dafür) erhebliche individuelle Fähigkeiten und Kompetenzen mitbringen muss, noch durch Kriterien erweitert werden sollte, die nichts über die persönlichen Qualitäten des Kandidaten aussagen und vorrangig oberflächlichen nationalen Interessen dienen. Die Zustimmung aller permanenten Mitglieder des Sicherheitsrates erscheint insofern als ausreichender Beweis der Unabhängigkeit des Kandidaten, die Forderung einer bestimmten regionalen Herkunft eher engstirnig und reaktionär.

## II. Die Wahl der Generalversammlung

Die Generalversammlung wählt und ernennt den vom Sicherheitsrat vorgeschlagenen Kandidaten, wobei die

<sup>8</sup> *Schwebel*, Secretary-General, 1952, S. 49.

<sup>9</sup> *Lie*, In the Cause of Peace, 1954, S. 17.

<sup>10</sup> *Urquhart*, in: *Chesterman* (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 15 (25).

<sup>11</sup> GA, Res. 51/241, 22.08.1997, Rn. 59; ähnlich in GA, Res. 60/286, 09.10.2006.

<sup>12</sup> Brief des ständigen Vertreters Malaysias als Vorsitzender des „Coordinating Bureau of the Non-Aligned Movement“, Security Council (SC), S/2006/252, 21.04.2006; China und Russland unterstützten diese Forderung, während die USA ihre Wahl unabhängig von der Herkunft des Kandidaten treffen wollten (*Keating*, Selecting the world's diplomat, in: *Chesterman* (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 47 (58)).

<sup>13</sup> *Fullilove*, Angels and Dragons: Asia, the UN, Reform, and the Next Secretary-General, Lowy Institute Issues Brief, Juli 2005, S. 14.

einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich ist.

Die Ernennung der Generalversammlung muss in personeller und auch zeitlicher Hinsicht vollständig mit dem Vorschlag des Sicherheitsrats übereinstimmen.<sup>14</sup> Eine Regelung zur Amtsdauer wie auch die Möglichkeit einer Wiederwahl findet sich in der Charta nicht. Beides liegt im Ermessen der zuständigen Organe. In der Praxis ist die einmalige Wiederwahl die Regel.<sup>15</sup>

Hinsichtlich der Amtszeit hat sich in der Praxis eine Dauer von fünf Jahren etabliert, die von der Generalversammlung bereits für den ersten Generalsekretär bestimmt worden war.<sup>16</sup> In der Regel gibt der Sicherheitsrat in seinem Vorschlag die Amtszeit vor,<sup>17</sup> die dann von der Generalversammlung bestätigt wird.<sup>18</sup> In früheren Vorschlägen hatte der Sicherheitsrat teilweise keinen zeitlichen Rahmen gesetzt.<sup>19</sup> Die Amtszeit wurde in diesen Fällen erst von der Generalversammlung festgelegt.<sup>20</sup>

Problematisch war diese Konstellation im Jahr 1950, als die Sowjetunion einen erneuten Vorschlag von Trygve Lie im Sicherheitsrat blockierte, nachdem dieser den militärischen Widerstand gegen die nordkoreanische Invasion in Südkorea unter Führung der USA unterstützt hatte,<sup>21</sup> und auch keine Einigung auf einen anderen Kandidaten erzielt werden konnte.<sup>22</sup> In der Folge verlängerte die Generalversammlung die auslaufende Amtszeit Lie's eigenmächtig um drei Jahre.<sup>23</sup> Einige Staaten, insbesondere die Sowjetunion, sahen die Generalversammlung nicht zu dieser Verlängerung ermächtigt und erkannten Lie nicht weiter als Generalsekretär an.<sup>24</sup> Denn Si-

<sup>14</sup> *Conforti*, Law and Practice of the United Nations, 2000, S. 100.

<sup>15</sup> Bislang wurden alle Generalsekretäre mit Ausnahme von Boutros-Ghali und Lie für eine zweite Amtszeit wiedergewählt, wobei Lie's Amtszeit von der Generalversammlung um 3 Jahre verlängert wurde. Bestrebungen, die Amtszeit eines Generalsekretärs auf insgesamt 7 Jahre zu beschränken, waren Mitte der 1990-Jahre nahe an einem Konsens, werden derzeit aber nicht mehr konkret verfolgt (GA, Res. 51/241, Rn. 58; *Keating*, in: *Chesterman* (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 47 (56)).

<sup>16</sup> GA, Res. 11, 24.01.1946.

<sup>17</sup> So etwa SC, S/4972, 03.11.1961 (U Thant); SC, S/RES/1090, 13.12.1996 (Annan); SC, S/RES/1715, 09.10.2006 (Ki-moon).

<sup>18</sup> Etwa GA, Res. 1640, 03.11.1961; GA, Res. 51/200, 17.12.1996; GA, Res. 61/3, 13.10.2006.

<sup>19</sup> Etwa: UNYB 1946-7, 409 (Lie); UNYB 1953, 44 (Hammarskjöld).

<sup>20</sup> So etwa: GA, Res. 492, 01.11.1950 (Lie); GA Res. 1229, 14.12.1957 (Hammarskjöld).

<sup>21</sup> Der Sicherheitsrat hatte eine militärische Intervention gegen Nordkorea unter US-Führung beschließen können, weil die Sowjetunion das Organ zu dieser Zeit aus Protest gegen die Vertretung Chinas durch Taiwan boykottierte; *Cockayne/Malone*, Relations with the Security Council, in: *Chesterman* (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 69 (72).

<sup>22</sup> *Rovine*, The first fifty years: The Secretary-General in World Politics 1920-1970, 1970, S. 264 ff.; *Conforti*, Law and Practice of the UN, 2000, S. 100 f.; *Fiedler*, in *Simma* (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 97 Rn. 31 ff.

<sup>23</sup> GA, Res. 492, 01.11.1950.

<sup>24</sup> *Conforti*, Law and Practice of the UN, 2000, S. 101.

cherheitsrat und Generalversammlung waren bei der ursprünglichen Ernennung Lie's von einer fünfjährigen Amtszeit ausgegangen. Dagegen bedurfte es nach Ansicht der Mehrheit der UN-Mitglieder keines erneuten Vorschlags des Sicherheitsrates, da es sich nicht um eine Wiederwahl, sondern lediglich um eine Verlängerung einer noch laufenden Amtszeit handelte. Zwar sollte die Amtszeit eines einmal vom Sicherheitsrat empfohlenen Generalsekretärs nicht nach Belieben von der Generalversammlung verlängert werden dürfen. Dies würde der Systematik des UN-Systems und der Machtverteilung zwischen den Organen widersprechen. Allerdings sollte man der Generalversammlung zumindest das Recht zur provisorischen Verlängerung zugestehen, solange der Sicherheitsrat aufgrund einer Blockade handlungsunfähig ist, da das Amt des Generalsekretärs nach Ende einer laufenden Amtszeit ansonsten unbesetzt bleiben würde.

Unabhängig von ihrer rechtlichen Bewertung stärkte die Maßnahme der Generalversammlung das Amt des Generalsekretärs. Lie wollte sein Amt ursprünglich nach der ersten Amtszeit abgeben.<sup>25</sup> Im Zuge der sowjetischen Kritik an seinem Auftreten im Rahmen des Korea-Kriegs befürchtete er jedoch, dass ein Ausscheiden als Niederlage des Amtes angesehen werden und die Stellung des Generalsekretärs als zentraler Akteur der internationalen Politik eine dauerhafte Schwächung erfahren würde.<sup>26</sup> Lie wollte zeigen, dass der Generalsekretär seine Positionen auch gegen den Widerstand eines ständigen Mitglieds des Sicherheitsrates vertreten kann.<sup>27</sup>

Dies brachte auf längere Sicht einige Schwierigkeiten mit sich. Als zu dem sowjetischen Protest noch Anschuldigungen aus den USA hinzukamen, Lie würde die Vereinten Nationen gezielt mit kommunistischen US-Bürgern „infiltrieren“, erklärte dieser im November 1952 seinen Rücktritt.<sup>28</sup> Das Rücktrittsgesuch wurde allerdings erst fünf Monate später mit der Ernennung seines Nachfolgers Hammarskjöld im April 1953 angenommen.<sup>29</sup> Da zu dem Zeitpunkt auch die von der Generalversammlung verlängerte Amtszeit ausgelaufen war, bekleidete Lie das Amt zwei Monate ohne jede Rechtsgrundlage.

Die Geschichte um Lie's Wiederwahl bestätigte zwar, dass die Amtsausübung gegen den Protest einer Vetomacht auf Dauer problematisch ist. Trotzdem konnte Lie ein erstes deutliches Zeichen für die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des Amtes setzen. Sein Nachfolger Dag Hammarskjöld setzte diesen Weg mit seiner aktiven Art entschieden fort und verlieh dem Amt durch

sein Wirken die Attribute, die es bis heute charakterisieren: Er war ein diplomatischer, politischer, moderierender und verhandelnder Generalsekretär.<sup>30</sup>

## C. Die Rolle des Generalsekretärs

Die Rolle des Generalsekretärs ist in der UN-Charta nur knapp normiert. Das Spektrum seiner Tätigkeit hat sich überwiegend erst durch die tatsächliche Amtsausübung der Amtsträger und die damit korrespondierenden Reaktionen der internationalen Gemeinschaft ergeben. Im Grundsatz lassen sich administrative, repräsentative und politische Funktionen unterscheiden, wobei eine klare Trennung vielfach nicht möglich ist.

### I. Administrative Funktionen

Der Generalsekretär ist nach Art. 97 S. 3 UNCh „chief administrative officer“ der Vereinten Nationen. In dieser Eigenschaft nimmt er nach Art. 98 S. 1 an allen Sitzungen der anderen Hauptorgane (mit Ausnahme des IGHs) teil und bereitet deren Agenda vor. Diese Aufgaben sind durch das Wachstum der Organisationstätigkeit zunehmend komplexer geworden, was 1997 zur Schaffung eines Vize-Generalsekretärs beitrug.<sup>31</sup>

Auch hat der Generalsekretär dokumentarische Funktionen. Darunter fallen zum einen die Vorbereitung und Veröffentlichung unterschiedlicher Reports im Rahmen seiner Tätigkeitsbereiche oder im Auftrag eines anderen Organs.<sup>32</sup> Hier sind insbesondere die „annual reports“ relevant, die der Generalsekretär nach Art. 98 S. 3 UNCh jährlich der Generalversammlung vorlegt.<sup>33</sup> Diese haben sich mit der Zeit zunehmend zu einer Bühne für politische Statements und Reformankündigungen entwickelt.<sup>34</sup> Zum anderen ist nach Art. 102 I das Sekretariat und damit der Generalsekretär für die Registrierung und die Veröffentlichung von den Mitgliedsstaaten hinterlegter völkerrechtlicher Verträge verantwortlich.

### II. Repräsentative Funktionen

Der Generalsekretär vertritt als Sprecher der Vereinten Nationen sowie der Gesamtheit ihrer Mitgliedsstaaten die Organisation nach außen.<sup>35</sup> Dazu gehört, dass er die Verträge der UN verhandelt und (gegebenenfalls) ab-

<sup>25</sup> Lie, In the Cause of Peace, 1954, S. 369.

<sup>26</sup> Lie, In the Cause of Peace, 1954, S. 370.

<sup>27</sup> Rovine, The first fifty years, 1970, S. 267.

<sup>28</sup> SC, S/2846, 13.11.1952; Fiedler, in: Simma (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 97 Rn. 33.

<sup>29</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 97, Rn. 33.

<sup>30</sup> Urquhart, in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 15 (23).

<sup>31</sup> GA, Res. 52/12 B, 09.01.1998, Rn. 1–2; GA, A/51/950/Add.1, 07.10.1997, Rn. 2; derzeit im Amt ist der Schwede Jan Eliasson.

<sup>32</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 98, Rn. 62.

<sup>33</sup> Vgl. auch Rule 13 RoPGA.

<sup>34</sup> Volger, Encyclopedia, 2010, S. 638; Conrady, Wandel der Funktionen des UN-Generalsekretärs, 2009, S. 288.

<sup>35</sup> Conrady, Wandel der Funktionen, 2009, S. 55.

schließt.<sup>36</sup> Dies kann im Auftrag anderer UN-Organe<sup>37</sup> oder im Rahmen seiner implied powers<sup>38</sup> geschehen. Zudem vertritt der Generalsekretär die Organisation in allen gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Streitigkeiten.

### III. Politische Funktionen

Dem Generalsekretär kommt eine entscheidende Verantwortung für den Weltfrieden zu.<sup>39</sup> Dafür besitzt er auch Befugnisse politischer Art. Dabei lassen sich grundsätzlich drei Arten von Kompetenzen unterscheiden:<sup>40</sup> Zunächst können dem Generalsekretär nach Art. 98 S. 1 HS 2 UNCh Aufgaben von den Hauptorganen der Organisation übertragen werden. Weiterhin besteht nach Art. 99 das Recht, den Sicherheitsrat einzuberufen. Zuletzt üben die Generalsekretäre seit jeher eigenständig politische Tätigkeiten aus, die über den Wortlaut von Art. 99 hinausgehen.

#### 1. Von anderen Organen übertragene politische Aufgaben, Art. 98 S. 1 HS. 2 UNCh

Nach Art. 98 S. 1 HS 2 UNCh nimmt der Generalsekretär politische Aufgaben wahr, mit denen er von anderen UN-Organen betraut wird.

Vielfach sind dem Generalsekretär Aufgaben der friedlichen Streitschlichtung übertragen worden.<sup>41</sup> Darunter fallen vor allem „good offices“, also die Schaffung von Voraussetzungen, um Streitparteien überhaupt erst „an einen Tisch zu bringen“, etwa das Herstellen eines Kontakts oder die Bereitstellung technischer Rahmenbedingungen,<sup>42</sup> aber auch „mediations“, also das Eingreifen in einen Streit durch die Unterbreitung eigener Lösungsvorschläge.<sup>43</sup>

Die UN-Hauptorgane, insbesondere der Sicherheitsrat, haben den Generalsekretär darüber hinaus mit zahlreichen politischen Aufgaben betraut. Dazu zählt etwa die Überwachung der Durchführung von Wahlen in Kambodscha 1993<sup>44</sup> und des (seit 1991 ausstehenden) Referendums in der West-Sahara, durch das die Bevölkerung

zwischen der Unabhängigkeit und der Integration in Marokko entscheiden soll.<sup>45</sup> Im Kosovo-Konflikt wurde dem Generalsekretär sogar die Etablierung und Sicherung einer Interims-Zivilregierung anvertraut.<sup>46</sup>

#### 2. Das Anrufungsrecht und seine Nebenrechte, Art. 99 UNCh

Nach Art. 99 UNCh kann der Generalsekretär den Sicherheitsrat auf jede Angelegenheit aufmerksam machen, die seiner Einschätzung nach eine Bedrohung des Weltfriedens oder der Weltsicherheit darstellt.<sup>47</sup> Unmittelbar angewandt wurde die Norm in ihrer 70-jährigen Geschichte lediglich in zwei Fällen.

Damit der Generalsekretär die für die Anwendung von Art. 99 relevante Einschätzung einer Angelegenheit auf angemessener Grundlage treffen kann, stellt die Norm auch eine Ermächtigung zu eigenständigen Informations- und Ermittlungstätigkeiten, insbesondere „fact-finding missions“, dar.<sup>48</sup> Von dem Recht ist vielfach Gebrauch gemacht worden, erstmals bereits 1946 durch Generalsekretär Lie im Rahmen der „griechischen Frage“.<sup>49</sup> Zwar sind solche Missionen regelmäßig von Staaten kritisiert worden, heute besteht aber überwiegend Einigkeit über ihre Notwendigkeit für eine fundierte Ausübung von Art. 99.<sup>50</sup>

Erstmals wurde 1960 im Zuge der Kongo-Krise von Art. 99 Gebrauch gemacht. Nach der abrupten Unabhängigkeit von der belgischen Kolonialmacht meuterten kongolesische Soldaten der „force publique“ gegen noch im Land stationierte belgische Offiziere. Übergriffe fanden auch auf die weiße Zivilbevölkerung statt, was zu einer Massenflucht der noch im Kongo befindlichen Europäer führte.<sup>51</sup> In der Folge kam es zum weitgehenden Zusammenbruch von Wirtschaft und Verwaltung.<sup>52</sup> Belgien ersuchte eine Erlaubnis zur „Wiederherstellung der Ordnung“ durch eigene Streitkräfte, was vom kongolesischen

<sup>36</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 98, Rn. 56.

<sup>37</sup> Bsp.: SC, S/RES/308, 19.01.1972 (Auftrag des Sicherheitsrates); GA, Res. 208, 21.12.1977 (Auftrag der Generalversammlung).

<sup>38</sup> Repertory of Practice, Art. 99 Vol. 5 Supplement 5, S. 120 (Rn. 737).

<sup>39</sup> v. Morr in: Wolfrum (Hg.), Handbuch UN, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 4.

<sup>40</sup> Vgl. *Chesterman*, in: Simma u. a. (Hg.), Charter of The United Nations, Commentary, Vol. 2, 3. Aufl. 2012, Art. 99 Rn. 1 ff.

<sup>41</sup> v. Morr in: Wolfrum (Hg.), Handbuch UN, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 10.

<sup>42</sup> *Chesterman*, in: Simma u. a. (Hg.), Charter of The United Nations, Commentary, Vol. 2, 3. Aufl. 2012, Art. 98 Rn. 15; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 437; Bsp.: GA, A/RES/43/51, 05.12.1988.

<sup>43</sup> v. *Arnauld*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 437; *Wege*, Streitschlichtende Aktivitäten des UN-Generalsekretärs, 19 German Yearbook of International Law 1976, 367 f.

<sup>44</sup> SC, S/RES/745, 28.02.1992, im Rahmen von „United Nations Transitional Authority in Cambodia“

<sup>45</sup> SC, S/RES/690, 29.04.1991, das Referendum im Rahmen der „Mission des Nations Unies pour l'Organisation d'un Référendum au Sahara Occidental“ (MINURSO) ist bis heute ausgeblieben, die Mission wurde kürzlich bis zum 30. April 2017 verlängert (SC, S/RES/2285, 29.04.2016).

<sup>46</sup> SC, S/RES/1244, 10.06.1999, im Rahmen von „United Nations Interim Administration Mission in Kosovo“ (UNMIK).

<sup>47</sup> Vgl. Art. 1, 3 PrRoPSC.

<sup>48</sup> GA, A/RES/46/59, 09.12.1991; *Schwebel*, Secretary-General, 1952, S. 89 f.; *Volger*, Encyclopedia, 2010, S. 642.

<sup>49</sup> *Franck*, The Good Offices Function of the UN Secretary-General, in: Roberts/Kingsbury (Hg.), United Nations, Divided World – The UN's Role in International Relations, 1988, S. 79 (87).

<sup>50</sup> *Volger*, Encyclopedia, 2010, S. 642 f.

<sup>51</sup> *Lash*, Dag Hammarskjöld, 1961, S. 226 f.; *Lefever*, Crisis in the Congo – A United Nations Force in Action, 1965, vii, S. 10 f.; *Rikhye* u. a., The Thin Blue Line – International Peacekeeping and its Future, 1974, S. 72 f.

<sup>52</sup> *Martelli*, Experiment in World Government – An Account of the United Nations Operation in the Congo 1960–1964, 1966, S. 45 f.; *Nolte/Fitschen*, in: Wolfrum (Hg.), Handbuch UN, 2. Aufl. 1991, § 62, Rn. 4.

sischen Premierminister Lumumba jedoch abgelehnt wurde.<sup>53</sup> Wenige Tage später entsandte man dennoch Truppen in den Kongo, um die europäische Bevölkerung zu schützen, und verletzte damit den im Zuge der Unabhängigkeit geschlossenen belgisch-kongolesischen Freundschaftsvertrag. Im ganzen Land brachen Kämpfe aus.<sup>54</sup> Die kongolesische Regierung bat Generalsekretär Hammarskjöld in einem Schreiben um sofortige militärische Hilfe der Vereinten Nationen gegen den belgischen „Akt der Aggression“.<sup>55</sup>

Hammarskjöld entschied, von seinem Recht nach Art. 99 Gebrauch zu machen und die Angelegenheit selbst dem Sicherheitsrat vorzulegen. Sein entschiedenes Auftreten setzte sich in der einberufenen Sitzung fort, indem Hammarskjöld bekannt gab, die vom Kongo erbetene „technical assistance aiming in the field of administration“ zu leisten<sup>56</sup> und dem Sicherheitsrat außerdem „strongly“ zur militärischen Unterstützung des Staates riet.<sup>57</sup> Dazu stellte er ein konkretes organisatorisches Konzept vor, das unter seiner Führung umgesetzt werden sollte.<sup>58</sup> Der Sicherheitsrat nahm das Konzept weitgehend an und autorisierte den Generalsekretär in seiner Resolution, dem Kongo die notwendige technische und militärische Hilfe bereitzustellen.<sup>59</sup> Dadurch sollte die Ordnung im Land wiederhergestellt und den belgischen Truppen ein sicherer Rückzug ermöglicht werden.<sup>60</sup>

Das Kommando sowohl der militärischen als auch der zivilen Operation erhielt ein vom Generalsekretär eingesetzter Sonderbeauftragter.<sup>61</sup> Eine solche Kumulierung der Kompetenzen war ein Novum in der Geschichte der Vereinten Nationen und sollte nach Hammarskjölds Vorstellung einer neuen Form der internationalen Konfliktlösung den Weg ebnen.<sup>62</sup> Die belgischen Truppen verließen das Land innerhalb weniger Wochen. Es blieben die inneren politischen Konflikte, die immens geschwächte Wirtschaft und Verwaltung sowie die damit verbundene Gefahr eines Bürgerkriegs.<sup>63</sup> Obwohl Hammarskjöld eine Einmischung in die inneren Streitigkeiten mied

und im engen Austausch mit dem Sicherheitsrat stand,<sup>64</sup> konnte er nicht verhindern, von der Sowjetunion als „Handlanger des Westens“ beschuldigt zu werden.<sup>65</sup> Die Resolution des Sicherheitsrates war ihrer Ansicht nach nur auf den sicheren Rückzug der belgischen Truppen gerichtet gewesen und hätte darüber hinaus keine Geltung gehabt.<sup>66</sup> Der Streit eskalierte, als der kongolesische Premierminister Lumumba, den die Sowjetunion unterstützte, im September 1960 vom Präsidenten Kasavubu abgesetzt und einige Wochen später von Einheiten eines Kontrahenten festgenommen wurde.<sup>67</sup> Die Sowjetunion forderte den Generalsekretär auf, die Freilassung Lumumbas sicherzustellen.<sup>68</sup> Lumumba wurde wenig später unter ungeklärten Umständen ermordet.<sup>69</sup> In der Folge betrachtete die Sowjetunion Hammarskjöld nicht weiter als Generalsekretär und forderte seine Absetzung.<sup>70</sup> Weil es „zwar neutrale Staaten, jedoch keine neutralen Männer gebe“, sollte an seine Stelle eine Troika, bestehend aus einem Vertreter der westlichen Staaten, einem Vertreter des Ostblocks sowie einem Vertreter neutraler Staaten treten.<sup>71</sup> Der Vorschlag stellte den bis dahin schwersten Angriff auf Amt und Stellung des Generalsekretärs dar.<sup>72</sup> Eine dynamische Vermittlung und Streitbeilegung wäre in einem statischen Kollegialorgan mit einer derartigen Besetzung nicht mehr möglich gewesen.<sup>73</sup> Die Änderung hätte zudem ein Ende der eigenständigen und unabhängigen Tätigkeit des Generalsekretärs bedeutet.<sup>74</sup>

Letztlich wurde das Konzept einer Troika nicht verwirklicht, da es außerhalb des Ostblocks kaum Unterstützung fand.<sup>75</sup> Folgenlos blieb der sowjetische Vorstoß indes nicht: Nachdem Hammarskjöld im Zuge der Verhandlungen in der Kongo-Krise im September 1961 bei einem Flugzeugabsturz im heutigen Sambia ums Leben kam,<sup>76</sup> wurde U Thant zu seinem Nachfolger ernannt.<sup>77</sup>

53 Hoskyns, *The Congo since Independence*, 1965, S. 98f.; *Lefever*, *Crisis in the Congo*, 1965, S. 11.

54 Vgl. *Hoskyns*, *The Congo since Independence*, S. 96ff.; *Lefever*, *Crisis in the Congo*, S. 11.

55 SC, S/4382, 13.07.1960.

56 SCOR, 873th Meeting, Rn. 21, 24.

57 *Rikhye* u. a., *The Thin Blue Line*, 1974, S. 73.

58 SCOR, 873th Meeting, Rn. 28ff.; *Gordenker*, *The UN Secretary-General and the Maintenance of Peace*, 1967, S. 142f.

59 SC, S/RES/143, 14.07.1960; *Krys*, *The Secretary-General's Political Role of Peacemaker*, 23 *Mil. L. & L. War Rev.* 1984, 325 (352); „Opération des Nations Unies au Congo“ (ONUC); weil der Sicherheitsrat keinen Friedensbruch oder Angriffshandlung durch Belgien feststellte, ist problematisch, worin die Rechtsgrundlage für das Eingreifen der UN-Truppen zu sehen ist.

60 *Rikhye* u. a., *The Thin Blue Line*, 1974, S. 74.

61 *Lash*, *Dag Hammarskjöld*, 1961, S. 229.

62 *Rikhye* u. a., *The Thin Blue Line*, S. 74.

63 *Nolte/Fitschen*, in: *Wolfrum* (Hg.), *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 62, Rn. 8ff.

64 *Cockayne/Malone* in: *Chesterman*, (Hg.), *Secretary or General?*, 2007, S. 69 (74); *Nolte/Fitschen*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 62 Rn. 10.

65 GAOR, 869th Meeting, 23.09.1960.

66 *Lash*, *Dag Hammarskjöld*, 1961, S. 242.

67 *Rikhye* u. a., *The Thin Blue Line*, 1974, S. 76f.; *Nolte/Fitschen*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 62 Rn. 11ff.

68 SC, S/4579, 07.12.1960.

69 *Nolte/Fitschen*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 62 Rn. 13.

70 *Fiedler* in: *Simma* (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99, Rn. 19.

71 GAOR, 869th Meeting, 23.09.1960, Rn. 283f.; *v. Morri*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 18.

72 *v. Morri*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 18.

73 *Fiedler*, in: *Simma* (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 19; *v. Morri*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 18.

74 *v. Morri*, in: *Wolfrum*, *Handbuch UN*, 2. Aufl. 1991, § 29 Rn. 18.

75 *Goodrich*, *The Political Role of the Secretary-General*, 16 *International Organization* 1962, 720 (732).

76 *Abi-Saab*, *The United Nations Operation in the Congo 1960–1964*, 1978, S. 154; *Fiedler*, in: *Simma* (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 97 Rn. 36; die genauen Umstände und die Ursache des Flugzeugabsturzes sind bis heute ungeklärt, siehe dazu GA, A/68/800, 21.03.2014.

77 GA, Res. 1640, 03.11.1961; SC, S/4972, 03.11.1961.



Obwohl etwa der Vietnamkrieg sowie der Sechs-Tage-Krieg in seine Amtszeit fielen, übte U Thant seine politischen Kompetenzen bewusst wesentlich zurückhaltender als sein Vorgänger aus.<sup>78</sup>

Zum zweiten Mal unmittelbar angewendet wurde Art. 99 UNCh im Rahmen des Teheraner Geiselfalls. Im November 1979 hatten iranische Studenten die US-Botschaft in Teheran besetzt und diplomatisches Personal als Geiseln genommen. Die iranische Regierung schritt nicht ein, solidarisierte sich sogar mit den Geiselnahmern.<sup>79</sup> Die USA baten den Präsidenten des Sicherheitsrates um eine sofortige Sitzung des Organs.<sup>80</sup> Auch der Iran, der den USA die Herbeiführung einer Kriegspsychose vorwarf, um einen Angriff auf den Iran rechtfertigen zu können, bat um eine Sitzung des Sicherheitsrates.<sup>81</sup> Dazu kam es jedoch erst, als Generalsekretär Waldheim von seinem Recht nach Art. 99 Gebrauch machte und den Sicherheitsrat formal zu einer Sitzung einberief.<sup>82</sup>

Auf der San Francisco Conference wurden hohe Erwartungen an Art. 99 gehegt. Das Recht, den Sicherheitsrat in jeder Angelegenheit anzurufen, die nach Einschätzung des Generalsekretärs den internationalen Frieden oder die internationale Sicherheit gefährdet, sollte diesem eine in der Geschichte internationaler Organisationen einmalige Macht und Verantwortung verleihen.<sup>83</sup> Mit der bloß zweimaligen unmittelbaren Anwendung von Art. 99 ist die Norm in dieser Hinsicht deutlich hinter ihren Erwartungen zurückgeblieben.<sup>84</sup> Bedeutsam ist sie aber als Grundlage für Tätigkeiten geworden, die von ihrem Wortlaut eigentlich nicht erfasst sind.

### 3. Eigenständige politische Tätigkeiten

In den vergangenen 70 Jahren haben die Generalsekretäre der Vereinten Nationen in einer Vielzahl von Fällen auf eigene Initiative politisch agiert, ohne nach Art. 98 UNCh beauftragt worden zu sein oder unmittelbar nach Art. 99 vorzugehen.

Unklar ist, auf welche Rechtsgrundlage solche Maßnahmen gestützt werden können. Vielfach wird vertreten, Art. 99 könne für alle politischen Tätigkeiten, die nicht von Art. 98 umfasst sind, herangezogen werden.<sup>85</sup> Aller-

dings ist Art. 99 auf die Wahrung von Weltfrieden und –sicherheit beschränkt und gilt zudem im Verhältnis zum Sicherheitsrat. In der Praxis sind die Generalsekretäre aber häufig auch gegenüber anderen Adressaten sowie in solchen Bereichen tätig gewesen, die jedenfalls nicht im engeren Sinne Weltfrieden und –sicherheit betrafen. Deswegen stellen andere auf die implied powers des Generalsekretärs ab.<sup>86</sup>

Art. 99 statuiert eindeutig, dass der Generalsekretär zu politischen Initiativen berechtigt ist.<sup>87</sup> Seit jeher ist anerkannt, dass seine politischen Befugnisse nicht nur im eigentlichen Rahmen der Norm liegen können. Schon beim Entwurf der Charta auf der San Francisco Conference war eine ausgeprägte politische Rolle vorgesehen.<sup>88</sup> Insofern ergibt sich die Rechtsgrundlage jedenfalls aus einem Zusammenspiel von Art. 7 und Art. 99 sowie der vorgesehenen Stellung und Rolle des Generalsekretärs insgesamt.

Letztlich hat die konkrete Rechtsgrundlage auch keine Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr die Rechtmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen, die in einigen Fällen umstritten ist.

#### a. „Informelle“ Anrufung des Sicherheitsrats

Heute anerkannt ist das Recht zur „informellen“ Anrufung des Sicherheitsrates als Minus zu Art. 99.<sup>89</sup> Dabei fordert der Generalsekretär den Sicherheitsrat nicht direkt zu einer Sitzung auf, sondern versucht, eine solche indirekt herbeizuführen, indem er an den Präsidenten oder die einzelnen Mitglieder des Organs appelliert. Eine solche Vorgehensweise kommt in Betracht, solange der Generalsekretär noch nicht von einer bedrohlichen Situation nach Art. 99 überzeugt ist oder wenn bei ausdrücklicher Anwendung des Rechts die Gefahr einer Krisenverschärfung besteht.<sup>90</sup>

#### b. „good offices“

Zu den wichtigsten Tätigkeiten des Generalsekretärs gehört die Leistung von good offices.<sup>91</sup> Vielfach haben Generalsekretäre solche Dienste in eigener Initiative angeboten und geleistet, was heute als zulässig anerkannt ist.<sup>92</sup>

<sup>78</sup> Hazzard, *Defeat of an Ideal – A Study of the Self-Destruction of the United Nations*, 1964, S. 197 ff.; Fiedler, in: Simma (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 20.

<sup>79</sup> Vgl. v. Arnould, *Völkerrecht*, 2014, Rn. 544.

<sup>80</sup> SC, S/13615, 09.11.1979.

<sup>81</sup> SC, S/13626, 13.11.1979.

<sup>82</sup> SC, S/13646, 25.11.1979.

<sup>83</sup> Report of the Preparatory Commission of the United Nations (PC/20), Chapter VIII, sect. 2, Rn. 16.

<sup>84</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 27; Wege, 19 GYIL 1976, 352 (354); ähnlich bzgl. der Kongo-Krise: Goodrich, *The Political Role*, S. 724.

<sup>85</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 3; Schwebel, *Secretary-General*, S. 24 f.; Zacher, *Dag Hammarskjöld's United Nations*, 1970, S. 36; Wege, 19 GYIL 1976, 352 (357); *Hammarskjöld, The International Civil Servant in Law and in*

*Fact*, in: Kay, *The United Nations Political System*, 1967, S. 142 (147 f.).

<sup>86</sup> Krysz, 23 *Mil. L. & L. War Rev.* 1984, S. 325 (327); Johnstone, *The Secretary-General as norm entrepreneur*, in: Chesterman (Hg.), *Secretary or General?*, 2007, S. 123 (131).

<sup>87</sup> Fiedler, in: Simma (Hg.), *UN Charter, Commentary*, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 1.

<sup>88</sup> Report of the Preparatory Commission of the United Nations (PC/20), Chapter VIII, sect. 2, Rn. 16.

<sup>89</sup> Wege, 19 GYIL 1976, 352 (354).

<sup>90</sup> v. Morf, in: Wolfrum, *Handbuch UN*, 1991, § 29 Rn. 14.

<sup>91</sup> Franck, in: Roberts/Kingsbury (Hg.), *United Nations, Divided World*, 1988, S. 79 (86); Chesterman, *Secretary or General?*, 2007, S. 1 (3).

<sup>92</sup> SC, S/2009/189, 08.04.2009, Rn. 3; Chesterman, in: Simma u. a. (Hg.), *Charter of The United Nations, Commentary*, Vol. 2, 3. Aufl. 2012, Art. 99 Rn. 13.

Erstmals wurden good offices im Rahmen der sowjetischen Blockade West-Berlins 1948 angeboten. Generalsekretär Lie versuchte, Verhandlungen zwischen der Sowjetunion und den USA zu ermöglichen. Weil die USA erst bei einem Ende der Blockade Gespräche aufnehmen wollten und sich durch den Erfolg und die Strahlkraft der „Luftbrücke“ darin bestätigt sahen, musste Lie sich überwiegend auf persönliche Apelle beschränken.<sup>93</sup> Er erarbeitete zwar auch konkrete Lösungsvorschläge – diese wurden aber allesamt abgelehnt.<sup>94</sup> In der finalen Lösung des Konflikts spielte der Generalsekretär schließlich, wie die Vereinten Nationen insgesamt, keine unmittelbare Rolle.<sup>95</sup> Trotzdem ist weithin anerkannt, dass Lie durch sein Handeln immens zur Entspannung des Konflikts und zur grundsätzlichen Ermöglichung einer Lösung beigetragen hat.<sup>96</sup> Lie's Tätigkeiten waren zudem bedeutsam, weil sie in diesen frühen Jahren der Vereinten Nationen die Rolle des Generalsekretärs innerhalb der Organisation und in internationalen Krisen insgesamt vorgaben.<sup>97</sup> Zwar waren seine Vermittlungsversuche nicht von allen Seiten begrüßt worden, das Recht dazu wurde ihm indes kaum abgesprochen. Insofern hatten sie wegweisende Wirkung für Lie's Nachfolger, die in zahlreichen Fällen good offices leisteten.<sup>98</sup>

Besondere Bedeutung hatten dabei die Vermittlungstätigkeiten von Generalsekretär Hammarskjöld ab 1954 im Streit zwischen den USA und der Volksrepublik China, die damals nicht in die Vereinten Nationen eingebunden war, da China dort bis 1971 durch die Republik China (Taiwan) vertreten wurde. Die Volksrepublik China hatte zwei US-amerikanische Militärflugzeuge abgeschossen, die auf Grundlage einer Sicherheitsratsresolution<sup>99</sup> auf südkoreanischer Seite im Korea-Krieg gekämpft hatten. Elf US-Soldaten und zwei Zivilisten wurden gefangen genommen und wegen vermeintlicher Spionage zu langen Haftstrafen verurteilt.<sup>100</sup> Die USA kritisierten die Ereignisse scharf, weigerten sich allerdings, direkt mit der Volksrepublik China in Verhandlungen zu treten, zu der damals keine diplomatische Beziehungen bestan-

den.<sup>101</sup> Der Sicherheitsrat war aufgrund des Vetos der Sowjetunion handlungsunfähig.

In der Folge erließ die Generalversammlung eine Resolution, in der die Gefangennahme verurteilt wurde und der Generalsekretär aufgerufen wurde, sich um die Freilassung der Soldaten zu bemühen.<sup>102</sup> Zur damaligen Zeit war eine Anfrage in einer solch delikatsten politischen Angelegenheit beispiellos.<sup>103</sup> Generalsekretär Hammarskjöld nahm Kontakt zur Regierung der Volksrepublik auf. Diese lehnte Verhandlungen auf Basis der Resolution jedoch ab, da es sich ihrer Ansicht nach um eine innere Angelegenheit handelte.<sup>104</sup> Hammarskjöld betonte daraufhin ausdrücklich, eigenhändig in seinem Amt als Generalsekretär, nicht als Beauftragter der Generalversammlung und unabhängig von deren Resolution zu handeln.<sup>105</sup> Über das pragmatische Motiv aufgrund des chinesischen Standpunkts hinaus hielt Hammarskjöld die Resolution auch selbst für zu wertend und wollte zudem demonstrieren, dass der Generalsekretär unabhängig von Sicherheitsrat und Generalversammlung handeln kann.<sup>106</sup>

Die Gespräche dauerten mehr als sechs Monate, doch durch das Vorgehen Hammarskjölds konnte China sich nach zusätzlichen Verhandlungen mit den USA auf Botschafterebene schließlich ohne Gesichtsverlust zur Freilassung der US-Soldaten bereiterklären.<sup>107</sup>

Hammarskjölds Erfolg hatte in mehrfacher Hinsicht immense Bedeutung. Er brach die Isolation Chinas und verhinderte eine mögliche militärische Eskalation.<sup>108</sup> Bekannt sind die Geschehnisse vor allem wegen der sogenannten „Peking Formula“, mit der das Vorgehen Hammarskjölds später umschrieben wurde und derer sich Hammarskjöld wie auch seine Nachfolger mehrfach bedienten.<sup>109</sup> Danach hat der Generalsekretär bei der Umsetzung von Sicherheits- und Friedensmandaten von Generalversammlung oder Sicherheitsrat freie Hand, sobald ein solches Mandat einmal erteilt wurde.<sup>110</sup>

<sup>93</sup> Truman, Memoirs, Vol. 2, 1956, S. 130; Lie, In the Cause of Peace, 1954, S. 203 ff.

<sup>94</sup> Franck, in: Roberts/Kingsbury (Hg.), United Nations, Divided World, 1988, S. 79 (87); Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 160 f.

<sup>95</sup> Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 162, 228 f.; Schwebel, The Secretary-General, 1952, S. 143 f.

<sup>96</sup> Schwebel, The Secretary-General, 1967, S. 144; Rovine, The first fifty years, 1970, S. 229; so auch Lie selbst, In the Cause of Peace, 1954, S. 218.

<sup>97</sup> Rovine, The first fifty years, S. 229.

<sup>98</sup> Bsp. U Thant im Bahrain-Konflikt, UNYB 1970, S. 284 ff.; Annan im Konflikt zwischen dem Irak und den USA um den Einlass der Waffeninspektoren von UNSCOM, Fiedler, in: Simma (Hg.), UN Charter, Commentary, Vol. 2, 2. Aufl. 2002, Art. 99 Rn. 56.

<sup>99</sup> SC, S/1511, 27.06.1950.

<sup>100</sup> Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 179; Urquhart, in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 15 (19).

<sup>101</sup> Die USA unterstützten die Republik China; Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 179.

<sup>102</sup> GA, Res. 906, 10.12.1954.

<sup>103</sup> Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 180.

<sup>104</sup> GA, A/2888, 17.12.1954.

<sup>105</sup> Traub, The Secretary-General's political space in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 185 (187); Lash, Dag Hammarskjöld, 1961, S. 61.

<sup>106</sup> Rovine, The first fifty years, 1970, S. 280 f.; Franck, in: Roberts/Kingsbury (Hg.), United Nations, Divided World, 1988, S. 79 (87).

<sup>107</sup> GA, A/2954, 09.11.1955; Gordenker, The UN Secretary-General, 1967, S. 179; S. 280 f.; Zacher, Dag Hammarskjöld's United Nations, 1970, S. 131; zwei US-Amerikaner blieben in Gefangenschaft, bei denen es sich vermutlich aber tatsächlich um CIA-Agenten handelte.

<sup>108</sup> Rovine, The first fifty years, 1970, S. 281 f.

<sup>109</sup> Franck/Nolte, in: Roberts/Kingsbury (Hg.), United Nations, Divided World, 2. Aufl. 1993, S. 143 (149); Traub, in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 185.

<sup>110</sup> Cockayne/Malone, in: Chesterman (Hg.), Secretary or General?, 2007, S. 69 (72); Rovine, The first fifty years, 1970, S. 279 ff.; Lash, Dag

Außerdem machte das Verhalten Hammarskjölds zum ersten Mal in der Geschichte der Vereinten Nationen deutlich, dass die Organisation über ein Exekutivorgan verfügt, welches in internationalen Krisen zu effektiven und unabhängigen Handlungen fähig ist.<sup>111</sup> Hammarskjöld setzte diesen Weg fort und wurde so zu einem herausragenden globalen Akteur und zum bemerkenswertesten Generalsekretär in der Geschichte der Vereinten Nationen.<sup>112</sup>

### c. Tätigkeit als „norm entrepreneur“

Der Generalsekretär kann auch als „norm entrepreneur“ tätig sein. Dabei geht es um das Wirken des Generalsekretärs bei der Weiterentwicklung des Völkerrechts<sup>113</sup> – etwa die Schaffung, Institutionalisierung oder Auslegung von Normen.

Erfasst sind zunächst juristisch relevante Aussagen des Generalsekretärs, etwa über die Rechtmäßigkeit der Handlung eines Akteurs, insbesondere eines Staates. Als Beispiel kann die Äußerung von Generalsekretär Annan, die US-Invasion im Irak 2003 sei völkerrechtswidrig, angeführt werden.<sup>114</sup>

Die Tätigkeit als norm entrepreneur kann aber weit darüber hinaus gehen, wie Generalsekretär Annans Wirken zur Etablierung der „responsibility to protect“ zeigt. Annan wollte den Schutz von Zivilisten voranbringen und stellte 2000 die Frage, wie auf systematische und gravierende Menschenrechtsverletzungen wie die in Ruanda oder Srebrenica reagiert werden soll, wenn humanitäre Interventionen stets Eingriffe in die Souveränität eines Staates darstellen.<sup>115</sup>

Als Antwort auf dieses Dilemma entwarf die „International Commission on Intervention and State Sovereignty“ (ICISS), eine von der kanadischen Regierung eingesetzte Expertenkommission, 2001 die Theorie der responsibility to protect.<sup>116</sup> Eine humanitäre Intervention durch einen ausländischen Staat soll dabei gerechtfertigt werden können, wenn die heimische Staatsgewalt dazu nicht willens oder nicht fähig ist.<sup>117</sup>

In der Folgezeit mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 und den US-Militäreinsätzen in Afghanis-

tan und im Irak erhielt das Konzept zunächst nur wenig Aufmerksamkeit.<sup>118</sup> Generalsekretär Annan warb jedoch weiter dafür.<sup>119</sup> 2004 fand das Konzept Eingang in den Report des von Annan eingesetzten „High Level Panel on Threats, Challenges and Change“ und wurde als „developing norm“ bezeichnet.<sup>120</sup> Ein Jahr später wurde die responsibility to protect dann als Kernstück seines Reformprogramms auf dem UN World Summit angenommen.<sup>121</sup> In den folgenden Jahren nahmen einige Resolutionen des Sicherheitsrats die responsibility to protect auf.<sup>122</sup> Auch Kofi Annan's Nachfolger Ban Ki-moon bestätigte die Arbeit an dem Konzept und führte sie fort.<sup>123</sup> Allerdings ist sie bis heute soft law geblieben.

## D. Konklusion

71 Jahre nach Gründung der Vereinten Nationen hat sich das Amt des Generalsekretärs etabliert, seine Funktionsfähigkeit und auch Notwendigkeit in etlichen internationalen Krisen nachgewiesen. Ein klar umgrenzter Funktionsbereich kann aber auch heute nicht gezeichnet werden.

Der Generalsekretär ist Administrativ- und Repräsentationsorgan der Vereinten Nationen sowie Architekt von UN-Reformen. Er führt unterschiedliche Aufträge der anderen Organe aus und ist selbst politischer Akteur. Viele seiner Funktionen sind nicht ausdrücklich geregelt. Der konkrete Umfang hängt von der weltpolitischen Lage, der Akzeptanz der Vetomächte, seinen persönlichen Fähigkeiten sowie seinem eigenen Amtsverständnis ab. Insofern spiegelt die Offenheit der Charta hinsichtlich der Funktionen und Aufgaben des Generalsekretärs die Historie wider. Sie ist keinesfalls als Schwäche zu sehen. Eine nähere Betrachtung zeigt vielmehr, dass das Aufgabenfeld so vielfältig und wandelbar sein muss; dass eine genaue, abschließende Auflistung der Befugnisse im Einzelnen gar nicht möglich wäre.

Dies wird auch an der Entwicklung der Rolle des Generalsekretärs deutlich. Anders als teilweise behauptet, ist eine stringente Stärkung der Stellung des Amtes nicht zu erkennen.<sup>124</sup> Vielmehr ist der Tätigkeitsbereich des Generalsekretärs schon immer Ergebnis persönlicher und globalpolitischer Umstände gewesen. So war der zweite

Hammarskjöld, 1961, S. 61.

111 Urquhart, in: Chesterman, Secretary or General, 2007, S. 15 (23).

112 Rovine, The first fifty years, 1970, S. 283; Volger, Encyclopedia, 2010, S. 644.

113 Johnstone, in: Chesterman, Secretary or General, 2007, S. 123 (124).

114 MacAskill/Borger, Iraq war was illegal and breached UN charter, says Annan <http://www.theguardian.com/world/2004/sep/16/iraq.iraq>, (20.07.2016).

115 GA, A/54/2000, 27.03.2000, Rn. 217; Rausch, Responsibility to Protect, 2001, S. 11 f.

116 ICISS, The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, December 2001.

117 v. Arnould, Völkerrecht, 2014, Rn. 1104 ff.

118 Weiss, R2P after 9/11 and the World Summit, 24 Wis. Int'l L. J. 2006–2007, 741 (747); Rausch, Responsibility to Protect, 2001, S. 29.

119 Johnstone, in: Chesterman, Secretary or General, 2007, S. 123 (133).

120 UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A more secure world: our shared responsibility, A/59/565, 2004, Rn. 199 ff.

121 GA, A/RES/60/1, 24.10.2005, Rn. 138 ff.; Bellamy, Responsibility to Protect, 2009, S. 66.

122 SC, S/RES/1706, 31.08.2006; SC, S/RES/1973, 21.03.2011.

123 GA, A/63/677, 12.01.2009, Rausch, Responsibility to Protect, 2001, S. 35.

124 So aber Conrady, Wandel der Funktionen, 2009, S. 288.

Generalsekretär Dag Hammarskjöld der selbstbewussteste und insgesamt bemerkenswerteste Amtsträger – die Weiterentwicklung des Amtes nahm nach ihm zunächst deutlich ab.

Sein Nachfolger U Thant war aufgrund der gesamtpolitischen Lage gezwungen, sich gegenüber dem Sicherheitsrat und den Großmächten zurückzuhalten. Kurt Waldheim hatte eine solide Amtszeit, die heute jedoch durch seine mittlerweile enthüllte Vergangenheit in der Wehrmacht überschattet wird. Pérez de Cuéllar unternahm keinerlei Versuche, über die diplomatische Sphäre hinaus eine bekannte öffentliche Figur zu werden und gilt als „vergessener“ Generalsekretär.<sup>125</sup> Sein Nachfolger Boutros-Ghali machte vielfach eine ungeschickte Figur und fiel durch einige taktlose und arrogante Handlungen auf.<sup>126</sup> In seine Amtszeit fällt zudem das Versagen der Vereinten Nationen während des Genozids in Ruanda.

Erst Kofi Annan konnte das Ansehen des Amtes durch sein charismatisches aber auch kritisches Auftreten wieder deutlich verbessern und ist, auch wenn er mitnichten fehlerlos war,<sup>127</sup> unter den „modernen“ Generalsekretären sicher der populärste und erfolgreichste Amtsträger. Im Kontrast dazu ist Ban Ki-moon durch seine bürokratische und wenig öffentlichkeitswirksame Art eher „unsichtbar“ geblieben und konnte keine größeren Akzente setzen.<sup>128</sup> Insbesondere im syrischen Bürgerkrieg wäre ein entschiedeneres Auftreten wünschenswert. Andererseits stellt sich die Frage, ob dadurch tatsächlich größere Erfolge hätten erzielt werden können.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> *Urquhart*, in: *Chesterman: Secretary or General*, 2007, S. 15 (26).

<sup>126</sup> *Urquhart*, in: *Chesterman: Secretary or General*, 2007, S. 15 (26f.).

<sup>127</sup> Hier ist insbesondere der Oil-for-Food-Skandal zu nennen.

<sup>128</sup> *Traub*, *Good Night, Ban Ki-Moon: The UN Secretary-General Must Go*, <http://foreignpolicy.com/2010/07/22/good-night-ban-ki-moon/>, (20.07.2016); *MacAskill*, *Disquiet grows over performance of Ban Ki-moon, UN's 'invisible man'*, <http://www.theguardian.com/world/2010/jul/22/ban-ki-moon-secretary-general-un>, (20.07.2016); *Paul*, *Ban Ki-Moon has Failed at the United Nations*, <http://www.newsweek.com/ban-ki-moon-has-failed-united-nations-79363> (20.07.2016).

<sup>129</sup> *Tepperman*, *Where Are You, Ban Ki-Moon?*, <http://www.nytimes.com/2013/09/25/opinion/tepperman-where-are-you-ban-ki-moon.html> (20.07.2016).

Mit dem Jahr 2016 endet die Amtszeit Ban Ki-moons. Das Auswahlverfahren für seinen Nachfolger war deutlich stärker als noch in der Vergangenheit von den Grundsätzen der Transparenz und Inklusivität geprägt.<sup>130</sup> So sind die Kandidaten etwa frühzeitig öffentlich von der Generalversammlung befragt worden.

Lange Zeit galt es als wahrscheinlich, dass 2017 die erste Frau zur Generalsekretärin ernannt werden würde. Unter den Mitgliedstaaten herrscht mittlerweile ein recht breiter Konsens, dass eine solche Besetzung des Amtes überfällig wäre. Daneben wurde erwartet, dass insbesondere Russland auf einen Kandidaten osteuropäischer Herkunft bestehen würde, da diese regionale Gruppe bisher noch keinen Generalsekretär gestellt hat.

Letztlich hat sich der Sicherheitsrat mit der überraschend frühen und zudem einstimmigen Nominierung des ehemaligen portugiesischen Premierministers und UN-Flüchtlingskommissars António Guterres aber für einen Kandidaten entschieden, der keines dieser beiden Kriterien erfüllt und damit einmal mehr bewiesen, wie wenig vorhersehbar diplomatische Entscheidungen insbesondere aus diesem Gremium sind.

Guterres bringt langjährige Erfahrung auf internationaler Bühne mit und agierte als UN-Flüchtlingskommissar durchaus selbstbewusst. Ob er dies auch in seinem neuen Amt fortsetzen können und so ein stärker auftretender Generalsekretär als noch sein Vorgänger sein wird, bleibt genauso abzuwarten wie die Frage, ob die Vereinten Nationen in der „Flüchtlingskrise“ und insbesondere in der Bekämpfung ihrer Quellenkonflikte fortan einen bedeutenderen Part spielen werden.

Denn welche Rolle António Guterres als Generalsekretär tatsächlich einnehmen und inwiefern er das Wirken der Vereinten Nationen prägen wird, hängt am Ende, wie die Geschichte gezeigt hat, von ihm selbst, aber auch von diversen äußeren, kaum berechenbaren Faktoren ab.

<sup>130</sup> Vgl. GA, A/RES/69/321, 22.09.2015.

Philip I. Lee\*

## Hausarbeit im Umweltrecht: Windkraftanlagen und naturschutzrechtliches Tötungsverbot

*Der Fall (Teil I) kombiniert die klassischen Probleme der reformatio in peius und der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen. Prozessual handelt es sich um Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz, die der Genehmigungsadressat zur Erweiterung seiner Rechtsposition stellt. Notwendig war eine sorgfältig getrennte rechtliche Beurteilung der jeweils angegriffenen Nebenbestimmungen. Offene Fragen (Teil II) bieten Gelegenheit zu wissenschaftlichem Arbeiten und führen an das Format einer Themenhausarbeit im Schwerpunktbereichsstudium heran.*

### Sachverhalt

#### Teil I

Die Wind-AG (W-AG) betreibt im Außenbereich der Freien und Hansestadt Hamburg zwei genehmigte Windkraftanlagen (WKA) mit einer jeweiligen Nabenhöhe von 75 m. Aufgrund des wirtschaftlichen Erfolgs beantragt sie die Erteilung einer weiteren, dritten Windkraftanlage, die ebenfalls eine Nabenhöhe von 75 m aufweisen soll; bereits am 22.01.2015 erhält sie von der zuständigen Behörde eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung einer Windkraftanlage. Der Bescheid ist durch Verweis auf „§ 36 HmbVwVfG“ mit der „Nebenbestimmung“ versehen, dass mit Blick auf naturschutzrechtliche Vorgaben die Windkraftanlage im Zeitraum zwischen der dritten Juli- und vierten Augustdekade jeweils von 19.00–05.00 Uhr abzuschalten sei, sofern die Lufttemperatur auf Nabenhöhe 9° Grad Celsius überschreite und die Windgeschwindigkeit auf dieser Höhe 7 m/s unterschreite. Hintergrund der Auflage sei, wie es in der beigelegten Begründung heißt, dass die Fledermausfauna am Standort und in der näheren Umgebung der beantragten Windkraftanlage erheblich beeinträchtigt werde. Insbesondere für bestimmte, besonders geschützte Tierarten wie die Zweifarbfledermäuse könne darüber hinaus eine Populationsgefährdung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, sofern man die Genehmigung ohne den Zusatz erteilen würde. Der Zusatz bezwecke, Kollisionsverluste während der Dämmerungs- und Nachtaktivitäten der Fledermäuse zu vermeiden. Deren Brutplätze und regelmäßig frequen-

tierte Nahrungshabitats sind von der geplanten Windkraftanlage 375 m entfernt.

Die W-AG erhebt hiergegen form- und fristgerecht Widerspruch. Der von der zuständigen Widerspruchsbehörde am 01.03.2015 erlassene Widerspruchsbescheid hilft dem Widerspruch dergestalt ab, dass die Abschaltzeiten aufgrund neuer Erkenntnisse neu festgesetzt werden und zudem eine Monitoring-Pflicht eingeführt wird. Die Windkraftanlage sei nunmehr jedes Jahr jeweils vom 10.03. bis zum 10.05. sowie vom 20.08. bis zum 20.10. jeweils eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang abzuschalten, sofern die Lufttemperatur auf Nabenhöhe 9 Grad Celsius überschreite und die Windgeschwindigkeit auf dieser Höhe 7,0 m/s unterschreite. Neben die Anordnung der Abschaltzeiten ist in den „Nebenbestimmungen“ zudem die Möglichkeit vorgesehen, dass die Abschaltzeiten reduziert bzw. aufgehoben werden können, wenn das von der W-AG durchzuführende Monitoring ergebe, dass potenziell weniger als zwei Tiere der Zweifarbfledermäuse pro Jahr getötet werden.

Zur Begründung wird angemerkt, dass dem Widerspruchsbegehren der W-AG, nur gegen die Abschaltzeiten vorzugehen, nicht entsprochen werden könne. Die Neuerungen fußen insbesondere auf der zwischen dem Ausgangs- und dem Widerspruchsbescheid von der Behörde für Umwelt und Energie (BUE) der Freien und Hansestadt Hamburg erlassenen „Handlungsempfehlung zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in der Freien und Hansestadt Hamburg“. Die in Form einer Verwaltungsvorschrift erlassene „Handlungsempfehlung“ beruht auf naturschutzfachlichen Einschätzungen verschiedener, behördlicher und externer Experten und nimmt mehrere standortspezifische Untersuchungen für das Gebiet der Freien und Hansestadt vor. In Abschnitt 3 der „Handlungsempfehlung“ heißt es, dass die besonders geschützten Zweifarbfledermäuse am Standort „Grünwerder“ in besonderer Weise „kollisionsgefährdet“ seien. Angesichts der zeitnahen Beendigung des Winterschlafs und des zu erwartenden Durchflugs der Fledermäuse werde die Durchsetzung der Abschaltzeiten sowie die damit untrennbar verbundene Monitoring-Verpflichtung zur sofortigen Vollziehung angeordnet. Insoweit wird auch auf ein Gutachten des ortsansässigen Verbandes für Fledermausforschung und -schutz e. V. (F-Verein) verwiesen, das die Beendigung des Winterschlafs

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 15/16 von Herrn Prof. Dr. Ivo Appel für Studierende des Hauptstudiums angeboten. Die abgedruckte Arbeit wurde mit 17 Punkten (sehr gut) bewertet.

anhand der Daten der letzten Jahre darlegt. Im Übrigen führt die Widerspruchsbehörde noch an, dass die Abschaltzeiten mit Blick auf den erzielbaren Gesamtjahresertrag der W-AG zu keinen unzumutbaren wirtschaftlichen Einbußen führen würden, da nur die windärmsten Monate des Jahres betroffen seien und zudem bestimmte Witterungsbedingungen vorliegen müssten.

Die Rechtsabteilung der W-AG hält den Widerspruchsbescheid für unzutreffend. Die Zweifarbfledermäuse seien von den Risiken der Windkraftanlagen nicht besonders betroffen. Es sei nicht bekannt, dass durch die beiden bereits betriebenen Windkraftanlagen vermehrt Zweifarbfledermäuse getötet worden seien; zwar sei bisher noch kein Monitoring durchgeführt worden, bloß negative Vermutungen könnten aber wohl kaum genügen. Auch die „Handlungsempfehlung“ ändere hieran nichts. Zum einen handle es sich – wie bereits die Bezeichnung suggeriere – um eine bloße „Handlungsempfehlung“ und zum anderen könne ihr auch inhaltlich nicht zugestimmt werden. Die Zweifarbfledermäuse bildeten gerade keine Tierart, die aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweisen überdurchschnittlich stark von den Risiken des Betriebs von Windkraftanlagen betroffen sei. In einem Bericht von anerkannten Naturschutzvereinigungen sei festgestellt worden, dass Zweifarbfledermäuse in der Tendenz „scheu“ und „störungsempfindlich“ seien. Es könne deshalb von einer Neigung zur Meidung von Windkraftanlagen ausgegangen werden. Zudem werde der einzuhaltende Abstand von Windkraftanlagen zu den Brutstätten von Zweifarbfledermäusen, den der Bericht nach allgemeiner Einschätzung bei 350 m ermittelt, eingehalten. Die W-AG hätte auch Minde- und Vermeidungsmaßnahmen vornehmen können, um das von der Behörde angenommene signifikante Tötungsrisiko auf ein angemessenes Maß zu reduzieren. Der Vorschlag der WAG, ca. 600 Meter entfernt von der Windkraftanlage eine künstliche Brutstätte für die Zweifarbfledermäuse zu errichten, sei von der Behörde jedoch zu Unrecht aufgrund „unvorhersehbarer Folgen für Flora und Fauna“ abgelehnt worden. Die W-AG weist auch noch darauf hin, dass sie angesichts der „Energiewende“ von einer Ausnahmebedeutung von Windkraftanlagen ausgegangen sei und zudem auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen hingenommen hätte.

Die W-AG entschließt sich am 08. März 2015, schnellstmöglich gerichtliche Schritte beim Verwaltungsgericht Hamburg einzulegen, um die Windkraftanlage ohne Abschaltzeiten und Monitoring-Verpflichtung betreiben zu können, und beauftragt hierfür Rechtsanwältin R.

Aufgabenstellung zu Teil I: Prüfen Sie unter Berücksichtigung der aufgeworfenen Rechtsfragen in einem Gutachten – notfalls hilfsgutachtlich – die Erfolgsaussichten des gerichtlichen Vorgehens der W-AG.

## Teil II

Bei der Planung von Windenergieanlagen spielen Belange des Naturschutzes eine große und zunehmend ausdifferenzierte Rolle. Untersuchen Sie die Thematik „Naturschutzrechtliche Probleme von Windenergieanlagen“ hinsichtlich der folgenden Fragen:

1. In welchem Verhältnis stehen planerische Abwägung, FFH-Verträglichkeitsprüfung und Umweltverträglichkeitsprüfung (nach dem UVPG) bei der Planung von Windenergieanlagen?
2. Welche Bedeutung hat die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Gebiets- und Artenschutz für die Verwirklichung von Windenergieanlagen in Deutschland?
3. Gab und gibt es in diesem Bereich relevante Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und dem Bundesverwaltungsgericht?

Aufgabenstellung zu Teil II: Alle drei Fragen sind in der vorgegebenen Reihenfolge zu bearbeiten.

## Gutachten

### Teil I

Die W-AG möchte schnellstmöglichen Rechtsschutz erlangen. Um diesem Begehren Rechnung zu tragen, kommt ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht.

Die Anträge der W-AG haben Erfolg, wenn die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet sind.

### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. In Ermangelung einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 I VwGO. Danach muss eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind.<sup>1</sup> Im vorliegenden Fall sind die Normen der §§ 12 BImSchG, 36 HmbVwVfG streitentscheidend. Diese sind dann öffentlich-rechtlich, wenn sie einen Träger hoheitlicher Gewalt in seiner Funktion als Hoheitsträger einseitig

<sup>1</sup> Reimer, in: BeckOK, VwGO, 36. Ed. 2016, § 40 Rn. 40.

berechtigten oder verpflichten.<sup>2</sup> § 12 BImSchG und § 36 HmbVwVfG berechtigen die für das Immissionsschutzrecht zuständige Landesbehörde, einen Hoheitsträger, gegenüber dem Anlagenbetreiber Nebenbestimmungen zu erlassen. Die Genehmigung von Anlagen nach dem BImSchG ist eine hoheitliche Aufgabe.<sup>3</sup> Somit sind die Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Danach ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben.

Eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit in dem Sinne, dass Beteiligte des Verfassungslebens um materielles Verfassungsrecht streiten,<sup>4</sup> ist nicht gegeben.

Weiterhin ist eine abdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist damit eröffnet.

## II. Beteiligte

Der Antrag ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO gegen die Rechtsträgerin der Anordnungsbehörde,<sup>5</sup> hier die Freie und Hansestadt Hamburg, zu richten. Beteiligt sind somit die W-AG und die Freie und Hansestadt Hamburg, die gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO prozessfähig sind.

## III. Statthafte Antragsart

Zu klären ist die statthafte Antragsart. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kommen grds. ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO und ein Antrag nach § 80 V VwGO in Betracht.<sup>6</sup> Dabei ist, wie aus § 123 V VwGO folgt, ein Antrag nach § 80 V VwGO, sofern einschlägig, vorrangig. Ein Verfahren nach § 80 V VwGO ist dann statthaft, wenn die Antragstellerin die erstmalige Anordnung oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Verwaltungsakts (VAs) begehrt. Dies ist in der Regel der Fall, wenn im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage statthaft ist. Als solcher durch Anfechtung zu suspendierender VA kommt die der W-AG erteilte Genehmigung für die Windkraftanlage (WKA) in Betracht. Jedoch handelt es sich insoweit um einen die Antragstellerin begünstigenden VA. Gegen die Genehmigung an sich möchte sich die W-AG auch im Hauptsacheverfahren nicht wenden. Sie möchte vielmehr isoliert gegen die Abschaltzeitregelung und die Monitoringverpflichtung vorgehen. Dazu müssten die Abschaltzeitregelung und die Monitoringverpflichtung VAe oder zumindest Teile von VAen sein, gegen die isoliert vorgegangen werden kann, während der begünstigende Teil des Rest-VAs bestehen bleibt. Nur dann ist es möglich, dass der Suspendierungseffekt des § 80 I 1 VwGO nur für den belastenden Regelungsanteil eintritt.<sup>7</sup>

Damit ist zu klären, ob eine isolierte Anfechtung der Abschaltzeitregelung und der Monitoringverpflichtung im Hauptsacheverfahren möglich ist. Dies hängt in einem ersten Schritt davon ab, ob es sich bei den Zusatzregelungen um Inhaltsbestimmungen der Genehmigung handelt oder um Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 HmbVwVfG bzw. selbstständige VAe. Sofern es sich nämlich um Inhaltsbestimmungen handelt, ist ein isoliertes Vorgehen gegen diese nicht möglich.<sup>8</sup> Vielmehr müsste die W-AG dann im Hauptsacheverfahren die Verpflichtung zum Erlass einer anderen Genehmigung beantragen (Verpflichtungsklage, § 42 I Alt. 2 VwGO) und im vorläufigen Rechtsschutz wäre ein Antrag nach § 123 I VwGO statthaft.

Eine Inhaltsbestimmung liegt dann vor, wenn die Genehmigung mit den Zusatzregelungen ein „Aliud“ oder ein „Minus“ gegenüber der beantragten Genehmigung darstellt.<sup>9</sup> Ob dies der Fall ist, ist jeweils getrennt für die beiden Zusätze zu bestimmen.

1. Abschaltzeitregelung  
Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert.<sup>10</sup> Die Abschaltzeitregelung soll nach ihrem objektiven Erklärungswert dazu führen, dass die W-AG während der festgelegten Abschaltzeiten die WKA nicht betreiben darf. Dies könnte dafür sprechen, dass es sich um ein „Minus“ gegenüber der beantragten Vollzeitzugenehmigung handelt. Dem Erklärungswert der Abschaltzeitregelung könnte zu entnehmen sein, dass während der Abschaltzeiten eine Genehmigung gar nicht besteht.<sup>11</sup> Es wird durch die Bestimmung also der Umfang der Genehmigung festgelegt.<sup>12</sup> Damit wären die Abschaltzeiten integraler Bestandteil der Genehmigungsentscheidung und nicht von dieser zu unterscheiden.

### 1. Abschaltzeitregelung

Ein weiteres Unterscheidungskriterium können die intendierten Folgen bei einem Verstoß gegen die Bestimmung sein.<sup>13</sup> Ein Betrieb während der vorgeschriebenen Abschaltzeiten wäre dann ein Betrieb ohne Genehmi-

7 Gegen diese wohl allgemeine Meinung: *Schachel*, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1977, S. 167.  
8 BVerwG vom 17.02.1984 – 7 C 8/82, Rn. 10; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 14 Rn. 48; *Schachel*, Nebenbestimmungen, 1977, S. 460; *Störmer*, Rechtsschutz gegen Inhalts, in: BeckOK, VwGO, 36. Ed. 2016, § 40 Rn. 40. und Nebenbestimmungen, DVBl 1996, 81 (85).  
9 *Hufen/Bickenbach*, Der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, JuS 2004, 867.  
10 OVG Weimar vom 10.02.2015 – 1 EO 356/14, Rn. 41.  
11 Vgl. OVG Berlin vom 15.03.2012 – OVG 11 S 72.10, Rn. 8.  
12 Vgl. zu Betriebszeitenbeschränkungen von Rettungsfahrzeugen BVerwG vom 17.06.1999 – 3 C 20/98, Rn. 24.  
13 *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 36 Rn. 94.

2 *Württemberg*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 131.

3 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn. 22.

4 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn. 49.

5 Vgl. *Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 67.

6 *Württemberg*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 500.

gung und somit formell illegal.<sup>14</sup> Dies würde die Behörde bei einem Verstoß dazu berechtigen, mit einer Stilllegungsverfügung gem. § 20 II BImSchG gegen die Anlage vorzugehen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Behörde bei einem für den sicheren Anlagenbetrieb eher unerheblichen Verstoß mit einer so gravierenden Maßnahme gegen den Betreiber vorgehen wollte. Die Abschaltzeitregelung dient „lediglich“ dem Schutz der Tiere und ist für die Anlagensicherheit irrelevant. Dies spricht gegen die Annahme einer Inhaltsbestimmung.

Für die Annahme einer Inhaltsbestimmung könnte aber sprechen, dass die Einhaltung der Abschaltzeiten nach dem erkennbaren Willen der Behörde wesentlich dafür ist, dass die Genehmigungsvoraussetzungen eingehalten werden.<sup>15</sup> Dagegen spricht jedoch, dass auch bei echten Nebenbestimmungen im Sinne des § 12 I 1 BImSchG oder des § 36 I HmbVwVfG es gerade eine materielle Zulässigkeitsvoraussetzung von Nebenbestimmungen sein kann, dass durch diese die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sichergestellt wird.<sup>16</sup>

Andererseits könnte man zwischen wesentlichen und unwesentlichen Genehmigungsvoraussetzungen unterscheiden. Die Voraussetzungen, die § 6 I Nr. 1 BImSchG statuiert, könnten als Kerninhalte der Genehmigung anzusehen sein. Bestimmungen, die die Einhaltung dieser zentralen Betreiberpflichten sicherstellen, wären danach Inhaltsbestimmungen, während die Einhaltung der übrigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften nach Nr. 2 durch Nebenbestimmungen sicherzustellen wäre.<sup>17</sup> Die Abschaltzeitenregelung betrifft jedoch nicht die Betreiberpflichten aus § 5 BImSchG. Damit wäre die Abschaltzeitregelung nicht als Kerninhalt der Genehmigung und somit als echte Nebenbestimmung zu qualifizieren.<sup>18</sup>

Welche Genehmigungsvoraussetzungen über diejenigen der Betreiberpflichten hinausgehend wesentlich sind, kann in gewissem Umfang auch die Behörde bestimmen.<sup>19</sup> Die Behörde selbst hat in ihrem Bescheid den Rechtsterminus „Nebenbestimmung“ verwendet und auf § 36 HmbVwVfG Bezug genommen. Die behördliche Bezeichnung als solche allein ist zwar nicht entscheidend für die Einordnung.<sup>20</sup> Die Bezeichnung der Behörde kann jedoch in Zweifelsfällen für die Bestimmung

herangezogen werden.<sup>21</sup> Indem die Behörde selbst die Bezeichnung „Nebenbestimmung“ verwendete, brachte sie damit jedenfalls nicht *expressis verbis* zum Ausdruck, dass sie die Bestimmung als integralen Bestandteil der Genehmigung und somit als Inhaltsbestimmung verstanden wissen will. Vielmehr hat die Behörde ausgeführt, dass sie die Abschaltzeiten anpassen werde, wenn das Monitoring ergebe, dass die behördliche Einschätzung über die Kollisionsgefährdung unzutreffend sei. Aus dieser behördlichen Ausgestaltung folgt, dass die Bestimmung als veränderliche Größe kein untrennbarer Bestandteil der Genehmigung sein kann.<sup>22</sup> Weiterhin hat die Behörde hinsichtlich der Abschaltzeiten die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet. Daraus folgt, dass nach ihrer eigenen Einschätzung die Regelung keinen untrennbaren Bestandteil der Genehmigung darstellt.<sup>23</sup> Somit sprechen die überwiegenden Gründe für die Qualifizierung der Abschaltzeitregelung als Nebenbestimmung.<sup>24</sup>

## 2. Monitoringverpflichtung

Zu klären ist noch, ob die Monitoringverpflichtung eine echte Nebenbestimmung darstellt. Die Monitoringverpflichtung betrifft nicht den zeitlichen oder räumlichen Umfang des genehmigten Anlagenbetriebs. Sie stellt vielmehr eine eigenständige Verpflichtung dar und steht neben der Genehmigung. Die Monitoringverpflichtung dient auch nicht unmittelbar der Erfüllung der Betreiberpflichten oder auch nur sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Somit handelt es sich dabei unter allen Gesichtspunkten um eine echte Nebenbestimmung.<sup>25</sup> Jedenfalls handelt es sich nicht um eine Inhaltsbestimmung. Weiterhin erscheint es nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der Monitoringverpflichtung um einen selbständigen VA handelt, der neben der Genehmigung steht. Bei Annahme eines solchen selbstständigen VAs ist unproblematisch das Verfahren nach § 80 V VwGO statthaft, weshalb eine weitere Abgrenzung zunächst dahinstehen kann.

## 3. Zwischenergebnis

Somit sind beide Bestimmungen, gegen die sich die Antragstellerin wendet, echte Nebenbestimmungen bzw. (bzgl. Monitoringpflicht) ein selbstständiger VA.

## 4. Zulässigkeit eines isolierten Vorgehens

Jedoch ist weiterhin umstritten, inwieweit ein isoliertes Vorgehen gegen echte Nebenbestimmungen zulässig ist.

14 Vgl. OVG Berlin vom 15.03.2012 – OVG 11 S 72.10, Rn. 8; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 36 Rn. 94.

15 Vgl. OVG Berlin vom 15.03.2012 – OVG 11 S 72.10, Rn. 8.

16 OVG Weimar vom 10.02.2015 – 1 EO 356/14, Rn. 43.

17 *Wasielowski*, in: *Gemeinschaftskommentar zum BImSchG*, § 12 Rn. 19, Stand: Jun. 2014.

18 Vgl. VG Koblenz vom 05.11.2015 – 4 K 1106/14.KO, Rn. 55.

19 *Mann*, in: *Landmann/Rohmer, Umweltrecht*, § 12 BImSchG Rn. 130, Stand: Aug. 2015.

20 VG Koblenz vom 05.11.2015 – 4 K 1106/14.KO, Rn. 54; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 5a.

21 OVG Weimar vom 10.02.2015 – 1 EO 356/14, Rn. 44; *Fluck*, „Genehmigungszusätze“, nachträgliche Anordnungen und Aufhebung der Genehmigung im Immissionsschutzrecht, DVBl 1992, 862 (867).

22 Vgl. OVG Weimar vom 10.02.2015 – 1 EO 356/14, Rn. 45.

23 Vgl. OVG Weimar vom 10.02.2015 – 1 EO 356/14, Rn. 45.

24 Vgl. zu diesem Ergebnis auch OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, Rn. 26; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, Rn. 20; VG Koblenz vom 05.11.2015 – 4 K 1106/14.KO, Rn. 53; VG Berlin vom 08.10.2015 – 10 K 477.13, Rn. 21; VG Halle (Saale) vom 15.05.2014 – 4 A 36/11, Rn. 19.

25 Vgl. zu diesem Ergebnis OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 215/11, Rn. 33; OVG Münster vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, Rn. 45.



**a) Keine isolierte Anfechtbarkeit**

Nach einer Ansicht ist eine isolierte Anfechtung stets ausgeschlossen, weil damit eine unzulässige Erweiterung der Rechtsposition verbunden sei.<sup>26</sup> Danach wäre auch ein entsprechender Antrag nach § 80 V VwGO unzulässig.

**b) Unterscheidung nach Ermessenseinräumung**

Andererseits ließe sich argumentieren, dass bei Ermessens-VAen ein isoliertes Vorgehen gegen eine Nebenbestimmung nicht möglich ist, weil sonst der Behörde die Grundlage für ihre Ermessenserwägungen entzogen und ihr eine Entscheidung aufgedrängt würde.<sup>27</sup> Bei dem in Frage stehenden Genehmigungstatbestand des § 6 I BImSchG handelt es sich jedoch um eine gebundene Entscheidung, weshalb nach dieser Ansicht einer isolierten Anfechtung jedenfalls nicht die Einräumung eines Ermessens entgegensteht.

**c) Unterscheidung nach Art der Nebenbestimmung**

Weiterhin wird vertreten, selbstständige Nebenbestimmungen seien isoliert anfechtbar, während unselbstständige nicht isoliert anfechtbar seien.<sup>28</sup> Dabei werden als selbstständige Nebenbestimmungen die Auflage und der Aufgabenvorbehalt verstanden, während die anderen in § 36 II HmbVwVfG aufgeführten Nebenbestimmungsarten unselbstständig seien.<sup>29</sup> Nach dieser Ansicht wäre ein isoliertes Vorgehen nur möglich, sofern es sich bei den streitgegenständlichen Nebenbestimmungen um Auflagen handelt. Eine Auflage ist nach § 36 II Nr. 4 HmbVwVfG eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Hinsichtlich der Monitoringverpflichtung, durch die der W-AG vorgeschrieben wird, die Schlagopferzahlen zu dokumentieren, wird ihr ein Tun vorgeschrieben, weshalb eine Auflage vorliegt. Hinsichtlich der Betriebszeitregelung ist dies jedoch weniger eindeutig: Zwar hat die Behörde die Bestimmung als „Auflage“ bezeichnet, die Bezeichnung allein ist jedoch nicht allein entscheidend.<sup>30</sup> Diese Bestimmung könnte einerseits eine Auflage sein, da sie der W-AG vorschreibt, während bestimmten Zeiten den Betrieb zu unterlassen. Andererseits könnte auch eine Befristung oder eine aufschiebende Bedingung nach § 36 II Nr. 1, 2 HmbVwVfG gegeben sein, wenn die Vergünstigung in Form der Genehmigung nur für einen bestimmten Zeitraum oder unter bestimmten Umständen

den gilt. Jedoch ist die Abschaltzeitregelung nicht lediglich von bestimmten Zeiten abhängig, sondern auch von ungewissen Ereignissen wie der aktuellen Wetterlage. Damit scheidet eine Befristung aus. Denkbar wäre noch eine auflösende Bedingung nach § 36 II Nr. 2 HmbVwVfG in der Gestalt, dass während der Abschaltzeiten die Genehmigung nicht gelten soll, wenn die Lufttemperatur 9 °C überschreitet und die Windgeschwindigkeit 7 m/s unterschreitet. Insoweit wäre die Anlage dann formell illegal. Die Annahme, dass nach der Abschaltzeitregelung die Genehmigung je nach Vorliegen der nicht ohne eingehende Messungen erkennbaren Umstände ganz entfallen soll, ist eher fernliegend. Unter Rückgriff auf den plastischen Merkspruch, dass eine Bedingung suspendiert, aber nicht zwingt, während eine Auflage zwingt, aber nicht suspendiert,<sup>31</sup> ist vielmehr davon auszugehen, dass die Behörde mit der Abschaltzeitregelung eine selbstständig durchsetzbare Verpflichtung des Anlagenbetreibers begründen wollte und bei einem Verstoß nicht mit den Ordnungsmaßnahmen gegen formell illegale Anlagen vorgehen wollte. Somit liegt auch bei der Abschaltzeitregelung eine Auflage vor.<sup>32</sup> Nach der Ansicht, die nur ein isoliertes Vorgehen gegen selbstständige Nebenbestimmungen für zulässig hält, wäre dies vorliegend gegen beide Nebenbestimmungen möglich.

**d) Generelle Statthaftigkeit**

Nach einer weiteren Ansicht ist ein isoliertes Vorgehen gegen alle Nebenbestimmungen grundsätzlich möglich, sofern eine isolierte Aufhebung nicht offenkundig von vornherein ausscheidet.<sup>33</sup> Vorliegend scheidet eine isolierte Aufhebung nicht offenkundig aus, weshalb ein isoliertes Vorgehen statthaft wäre.

**e) Zwischenergebnis**

Somit kommt lediglich die Meinung, nach der eine Anfechtung von Nebenbestimmungen generell ausscheidet, zu einem anderen Ergebnis. Jedoch folgt aus § 113 I 1 VwGO ausdrücklich, dass eine teilweise Aufhebung eines VAs möglich ist.<sup>34</sup> Für den einstweiligen Rechtsschutz sieht § 80 V 1 VwGO eine teilweise Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor. Dann aber muss auch eine teilweise Anfechtung möglich sein, weil das entsprechende Rechtsschutzziel sonst nicht zu erreichen wäre, ohne eine teilweise Klageabweisung zu erhalten.<sup>35</sup> Zudem wäre es für den Begünstigten einer Genehmigung kein effektiver Rechtsschutz, wenn

<sup>26</sup> Fehn, Die isolierte Auflagenanfechtung – unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Planfeststellung, DÖV 1988, 202 (210).

<sup>27</sup> Brenner, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen, JuS 1996, 281 (287); Karl, Der Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen begünstigender Verwaltungsakte, 1973, S. 93; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 12 Rn. 27.

<sup>28</sup> Tiedemann, in: BeckOK, VwVfG, 30. Ed. 2016, § 36 Rn. 91; Pietzker, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – unlösbar?, NVwZ 1995, 15 (20); Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 63; Störmer, DVBl 1996, 81 (85).

<sup>29</sup> Hufen/Bickenbach, JuS 2004, 867 (870).

<sup>30</sup> Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 20.

<sup>31</sup> Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 34.

<sup>32</sup> Vgl. zu diesem Ergebnis auch OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, Rn. 26; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, Rn. 20; VG Koblenz vom 05.11.2015 – 4 K 1106/14.KO, Rn. 53; VG Berlin vom 08.10.2015 – 10 K 477.13, Rn. 21; VG Halle (Saale) vom 15.05.2014 – 4 A 36/11, Rn. 19.

<sup>33</sup> BVerwG vom 22.11.2000 – 11 C 2/00.

<sup>34</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2015, § 10 Rn. 665; Schenke, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen, JuS 1983, 182 (183).

<sup>35</sup> Vgl. Schenke, JuS 1983, 182 (184).

er die schon erhaltene Begünstigung aufgeben müsste, um gegen die allein missliebige Nebenbestimmung vorzugehen.<sup>36</sup> Damit ist die Ansicht, die gegen jedwedes isoliertes Vorgehen ist, abzulehnen.

#### 5. Ergebnis statthafte Antragsart

Nach allen übrigen Ansichten ist aber ein isoliertes Vorgehen gegen die streitgegenständlichen Nebenbestimmungen (im Wege der Anfechtung) möglich. Damit einhergehend ist auch der Eintritt des Suspensionseffekts nach § 80 I 1 VwGO nur für diesen Teil möglich. Jedoch hat die Behörde faktisch die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet, weshalb der Eintritt der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ausgeschlossen ist. Die Antragstellerin begehrt aber den Eintritt der aufschiebenden Wirkung. Damit ist ihrem Rechtsschutzziel mit einer gerichtlichen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO gedient, §§ 88, 122 I VwGO. Dies ist die statthafte Antragsart.

#### IV. Antragsbefugnis

Da der vorläufige Rechtsschutz subjektivrechtlich ausgeprägt ist und dieser nicht über den Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren hinausgehen kann, ist analog § 42 II VwGO eine Antragsbefugnis zu fordern.<sup>37</sup> Diese ist gegeben, wenn eine Verletzung der Antragstellerin durch die streitgegenständlichen Nebenbestimmungen zumindest möglich erscheint.<sup>38</sup> Dabei ist das möglicherweise verletzte subjektive Recht primär aus öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehungen oder den einfachen Gesetzen zu gewinnen, subsidiär aus den Grundrechten.<sup>39</sup> Hinsichtlich der Abschaltzeitauflage handelt es sich um einen belastenden Zusatz, welcher die unbeschränkte Nutzung der Genehmigung verhindert.<sup>40</sup> Da es sich gerade nicht um eine Inhaltsbestimmung handelt,<sup>41</sup> ist die Auflage als Zusatz zu einer unbeschränkten Genehmigung zu sehen. Insoweit besteht also ein verwaltungsrechtliches Sonderrechtsverhältnis, welches der W-AG den Anlagenbetrieb gestattet. Daraus ergibt sich ein subjektives Recht der Antragstellerin, welches durch die möglicherweise rechtswidrige Auflage möglicherweise verletzt wird. Jedenfalls erscheint subsidiär eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 I und 14 I GG nicht ausgeschlossen. Im Hinblick auf die Monitoringauflage begründet diese eine von dem Anlagenbetrieb unabhängige, eigenständige Verpflichtung. Insoweit ist die Antragstellerin Adressatin einer belastenden Regelung, welche ihr ein Tätigwerden vorschreibt. Somit ist sie bei

Rechtswidrigkeit der Auflage möglicherweise in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt.

#### V. Zuständigkeit des Gerichts

Zuständig ist gem. § 80 V 1 VwGO das Gericht der Hauptsache. Im Hauptsacheverfahren ist nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO das VG Hamburg.

#### VI. Rechtsschutzbedürfnis

Die Einschaltung des Gerichts müsste erforderlich sein.

Fraglich ist, ob vor dem gerichtlichen Eilrechtsschutz ein Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung nach § 80 IV VwGO zu stellen ist. Einen solchen Antrag hat die W-AG bei der Behörde nicht gestellt. Jedoch folgt aus § 80 VI 1 VwGO, dass ein solches Vorverfahren in Fällen des Abs. 2 Nr. 1 eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Arg. e. contr. folgt daraus, dass für alle übrigen Fälle des Abs. 2, hier der Nr. 4, ein solches Zulässigkeitskriterium nicht gilt.<sup>42</sup> Somit war ein solcher Antrag entbehrlich.

Umstritten ist weiterhin, ob vor Einlegung des Eilrechtsbehelfs der entsprechende Rechtsbehelf im Hauptsacheverfahren einzulegen ist.<sup>43</sup> Da das Widerspruchsverfahren bereits abgeschlossen ist, ist der Hauptsacherechtsbehelf vorliegend eine Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO. Jedoch ist nach § 80 V 2 VwGO der Antrag schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig, was mit der Fortwirkung einer aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchsbescheids bis zu seiner Bestandskraft (§ 80 b I 1 VwGO) korrespondiert.<sup>44</sup> Somit ist das einstweilige Rechtsschutzverfahren schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig.

Weiterhin dürfte der Hauptsacherechtsbehelf nicht offensichtlich unzulässig sein, was insbesondere bei Verfristung der Fall ist. Sonst kann die aufschiebende Wirkung gar nicht eintreten.<sup>45</sup> Der Hauptsacherechtsbehelf ist die Anfechtungsklage, welche nach § 74 I 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden muss. Der Widerspruchsbescheid erging am 01.03.2015. Am 08.03.2015 war die Monatsfrist somit jedenfalls noch nicht abgelaufen. Der Hauptsacherechtsbehelf ist damit nicht offensichtlich unzulässig.

Nach alledem ist ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin zu bejahen.

<sup>36</sup> Hufen/Bickenbach, JuS 2004, 867 (871).

<sup>37</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 462, Stand: Okt. 2015.

<sup>38</sup> Vgl. Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 274.

<sup>39</sup> BVerwG vom 26.09.1991 – 4 C 5/87, Rn. 39f.; Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 276, 278.

<sup>40</sup> Vgl. oben.

<sup>41</sup> Vgl. oben.

<sup>42</sup> Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 62.

<sup>43</sup> Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 65; Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 460, Stand: Okt. 2015.

<sup>44</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 119, 461, Stand: Okt. 2015.

<sup>45</sup> Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 529c.

## VII. Antragsverbindung

Da sich die Anträge gegen denselben Beklagten richten, dasselbe Gericht zuständig ist und sie in sachlichem Zusammenhang (Betrieb der WKA) stehen, können sie nach § 44 VwGO analog gemeinsam verfolgt werden.<sup>46</sup>

## VIII. Ergebnis Zulässigkeit

Die Anträge der W-AG sind zulässig.

### B. Begründetheit des Antrags gegen Abschaltzeitaufgabe

Soweit sich der Antrag der W-AG gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Abschaltzeitaufgabe richtet, ist dieser begründet, wenn die Anordnung formell rechtswidrig ist und/oder das Gericht in einer eigenen, originären Interessenabwägung zu dem Schluss kommt, dass das Suspensionsinteresse der Antragstellerin das öffentliche Sofortvollzugsinteresse überwiegt.<sup>47</sup>

#### I. formelle Rechtmäßigkeit

##### 1. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung des Sofortvollzugs ist gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die für den Erlass des VA bzw. der Nebenbestimmung zuständige Behörde. Laut Sachverhalt hat die zuständige Widerspruchsbehörde gehandelt.

##### 2. Begründung

Die Anordnung müsste mit einer Begründung versehen sein, die den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO genügt. Dabei prüft das Gericht nicht, ob die Begründung zutrifft oder das Sofortvollzugsinteresse trägt.<sup>48</sup> Vielmehr beschränkt sich die Prüfung darauf, ob eine Begründung vorhanden ist, die sich in der Sache mit den widerstreitenden Interessen auseinandersetzt.<sup>49</sup> Die Behörde hat die Anordnung der Sofortvollziehung damit begründet, dass das Ende des Winterschlafs der Fledermäuse und deswegen ein erhöhtes Schlagrisiko bevorstehe. Dies ist keine nur floskelhafte Begründung und lässt erkennen, dass sich die Behörde mit dem Ausnahmecharakter der Sofortvollziehung auseinandergesetzt hat. Somit ist eine formell ordnungsgemäße Begründung vorhanden.

##### 3. Ergebnis formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

## II. Interessenabwägung

Für die Interessenabwägung des Gerichts, ob das Sofortvollzugsinteresse oder das Suspensionsinteresse überwiegt, haben die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (hier: einer Anfechtungsklage), wie sie sich nach einer summarischen Prüfung darstellen, Indizwirkung.<sup>50</sup> Sofern der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich erfolgreich sein sollte, also die Nebenbestimmung rechtswidrig wäre, die W-AG in ihren Rechten verletzen würde und der Rest-VA auch ohne Nebenbestimmung rechtmäßig fortbestehen könnte, kann kein öffentliches Interesse an einer sofortigen Vollziehung bestehen. Ergibt die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten hingegen, dass eine Anfechtungsklage erfolglos bleiben wird, weil die Abschaltzeitaufgabe offensichtlich rechtmäßig ist, so überwiegt deshalb noch nicht stets das Sofortvollzugsinteresse. Vielmehr ergibt sich aus der Grundregel des § 80 II 1 Nr. 4 i. V. m. I 1 VwGO, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs der Normalfall ist.<sup>51</sup> Um ein Abweichen hiervon zu begründen, muss dann ein besonderes Vollzugsinteresse vorliegen.<sup>52</sup>

#### 1. Rechtmäßigkeit der Abschaltzeitaufgabe

##### a) Ermächtigungsgrundlage

Zu klären ist, ob eine bzw. welche Ermächtigungsgrundlage für die Abschaltzeitaufgabe besteht. Als solche Ermächtigungsgrundlage für eine Nebenbestimmung kommt § 12 I 1 BImSchG in Verbindung mit § 36 I HmbVwVfG in Betracht. Dazu müsste die WKA eine genehmigungsbedürftige Anlage im Sinne des BImSchG sein. Nach § 4 I 3 BImSchG in Verbindung mit § 1 I 1 BImSch-VO 4 in Verbindung mit Ziff. 1.6.2 Anhang 1 zur BImSch-VO 4 sind Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern und weniger als 20 WKA genehmigungsbedürftig. Die W-AG möchte eine WKA mit einer Höhe von 75 m errichten. Damit besteht für die Anlage eine Genehmigungspflicht. Das Recht der genehmigungsbedürftigen Anlagen ist anwendbar.

##### b) Verbot der Verböserung

Es könnte jedoch sein, dass die Abschaltzeitenregelung, soweit sie im Widerspruchsverfahren abgeändert wurde, bereits deswegen rechtswidrig ist, weil eine Verböserung (*reformatio in peius*) im Widerspruchsverfahren verboten ist.

##### aa) Vorliegen einer Verböserung

Die Abschaltzeitaufgabe hat ihre jetzige Gestalt erst im Widerspruchsverfahren gefunden. Zu klären ist, ob in-

<sup>46</sup> Vgl. Wolff, in: BeckOK, VwGO, 36. Ed. 2016, § 44 Rn. 3.

<sup>47</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 32 Rn. 37 ff.; Württemberg, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 531.

<sup>48</sup> Württemberg, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 531.

<sup>49</sup> OVG Münster vom 16.10.2002 – 15 B 1355/02, Rn. 4; Schmidt, in: Eyer mann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 43; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 248, Stand: Okt. 2015.

<sup>50</sup> Schmidt, in: Eyer mann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 73; Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 372, Stand: Okt. 2015.

<sup>51</sup> BVerfG vom 10.10.2003 – 1 BvR 2025/03, Rn. 21.

<sup>52</sup> OVG Schleswig vom 08.10.2003 – 3 MB 18/03, Rn. 4; Schenke, Der vorläufige Rechtsschutz zwischen Rechtsbewahrung und Flexibilitätsanforderungen, VBIBW 2000, 56 (57).

soweit eine *reformatio in peius* vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Widerspruchsbehörde einen durch den Widerspruch angegriffenen Regelungsteil negativ abändert.<sup>53</sup> Zunächst bestand die Abschaltzeitaufgabe im Zeitraum vom 21.06.–31.08. jedes Jahres. Nach dem Widerspruchsbescheid besteht die jedes Jahr vom 10.03.–10.05. sowie vom 20.08.–20.10. Damit sind zusätzliche Abschaltzeiten verfügt worden. Die W-AG hatte allerdings „hiergegen“, also die Abschaltauflage, Widerspruch eingelegt. Die Abschaltzeiten waren somit Gegenstand des Widerspruchsverfahrens und wurden zum Nachteil der Antragstellerin abgeändert. Eine Verböserung der ursprünglichen Auflage liegt also vor.

#### bb) Generelle Zulässigkeit der Verböserung

Einerseits wird vertreten, eine Verböserung im Widerspruchsverfahren sei generell unzulässig, solange keine spezialgesetzliche Ermächtigung dazu besteht.<sup>54</sup> Eine Verböserung im Widerspruchsverfahren verbiete die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG. Das Widerspruchsverfahren solle dem Rechtsschutz des Bürgers dienen, der damit eine Verbesserung der Rechtsposition erstrebe.<sup>55</sup> Auch gebe eine normale Rechtsbehelfsbelehrung keinen Hinweis darauf, dass die Position des Widerspruchsführers sich verschlechtern könne.<sup>56</sup> Zwar geben die §§ 68 I 2 Nr. 2, 71, 78 II, 79 II VwGO einen Hinweis darauf, dass eine zusätzliche Belastung im Widerspruchsverfahren erfolgen kann, jedoch sagt das Prozessrecht nichts darüber aus, ob dies auch zulässig ist. Folgt man dieser Ansicht, so wäre die Abschaltzeitregelung, jedenfalls soweit (§ 113 I 1 VwGO) sie durch die Widerspruchsbehörde bestimmt wurde, rechtswidrig und somit im Hauptsacheverfahren aufzuheben.

Gegen ein generelles Verbot der *reformatio in peius* spricht jedoch, dass das Widerspruchsverfahren auch der Selbstkontrolle der Verwaltung dient.<sup>57</sup> Die Widerspruchsbehörde ist „Herrin des Vorverfahrens“.<sup>58</sup> Der Widerspruchsführer stellt den angegriffenen Teil seiner Regelung zur Disposition und kann sich dann auch nicht auf diesbezüglichen Vertrauensschutz berufen.<sup>59</sup> Zudem zeigen die §§ 48 f. VwVfG, dass niemand generell in den Bestand eines begünstigenden VAs vertrauen kann.<sup>60</sup> Es ist auch kein Wesensmerkmal des Individualrechtsschutzes, dass keine Verschlechterung eintreten kann: Selbst im gerichtlichen Verfahren kann dies etwa bei Einlegung eines Anschlussrechtsmittels des Gegners

passieren.<sup>61</sup> Somit sprechen die überwiegenden Argumente für die generelle Zulässigkeit einer *reformatio in peius*.

#### cc) Ergebnis Verböserung

Die Abschaltzeitregelung ist nicht schon deshalb (teilweise) rechtswidrig, weil sie im Widerspruchsverfahren verbösert wurde.

#### c) Modifikation der Ermächtigungsgrundlage

Es könnte jedoch sein, dass die Ermächtigungsgrundlage um weitere Vertrauensschutzgesichtspunkte anzureichern ist.

#### aa) Keine Modifikation

Nach einer Ansicht ist dies nicht der Fall. Vielmehr sei im Rahmen eines etwaigen Ermessens in Ausnahmefällen das Vertrauen des Widerspruchsführers in den Bestand der Regelung zu berücksichtigen.<sup>62</sup>

#### bb) Maßstäbe der § 48 f. HmbVwVfG

Weiterhin wird vertreten, dass die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes sich an den Maßstäben der §§ 48 f. HmbVwVfG bzw. den fachgesetzlichen Spezialregelungen, hier also § 21 BImSchG für den Widerruf<sup>63</sup> orientieren sollte.<sup>64</sup> Bei diesem Ansatz ist jedoch unklar, wie eine solche Orientierung an den „Grundsätzen“ der Vorschriften über die Aufhebung von VAen aussehen soll.<sup>65</sup> Konkretisierend wird zwar gesagt, dass das Ergebnis der Verböserung nicht für den Betroffenen unzumutbar sein dürfe.<sup>66</sup> Dies läuft jedoch nur auf eine allgemeine Berücksichtigung des Vertrauensschutzes hinaus, weshalb die Bezugnahme auf §§ 48 f. HmbVwVfG dann irreführend ist. Zudem wird die Zulässigkeit der *reformatio in peius* gerade damit begründet, dass die Widerspruchsbehörde als „Herrin des Vorverfahrens“ die volle Überprüfungs-kompetenz der Recht- und Zweckmäßigkeit hat. Dann aber darf diese Kompetenz auch nicht durch die Maßgaben der Aufhebungsvorschriften unterminiert werden.<sup>67</sup>

#### cc) Analogie zu Aufhebungs- und nachträglichen Anordnungsvorschriften

Aus demselben Grund ist die Ansicht, welche eine direkte oder analoge Anwendung der Aufhebungsvorschriften fordert,<sup>68</sup> abzulehnen. Zusätzlich spricht gegen diese Ansicht, dass sich der Widerspruchsführer, was sein schutzwürdiges Vertrauen angeht, in einer weniger

53 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 79 Rn. 52.

54 Von Mutius, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, 1969, S. 220.

55 Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht: ein Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Aufl. 1995, § 61 Rn. 7.

56 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 9 Rn. 17.

57 Kahl/Hilbert, Die *reformatio in peius*, Jura 2011, 660 (662).

58 Württemberg, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 371.

59 BVerwG vom 17.06.1996 – 1 B 100/96, Rn. 5.

60 Kahl/Hilbert, Jura 2011, 660 (662).

61 BVerwG vom 12.11.1976 – IV C 34.75, Rn. 28.

62 OVG Koblenz vom 02.10.1991 – 2 A 10038/91, Rn. 42.

63 Die Rücknahme richtet sich weiterhin nach § 48 HmbVwVfG, vgl. Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 6.

64 BVerwG vom 18.05.1982 – 7 C 42/80, Rn. 19.

65 Vgl. Formulierung bei Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 71.

66 BVerwG vom 15.04.1983 – 8 C 170/81, Rn. 25.

67 OVG Koblenz vom 02.10.1991 – 2 A 10038/91, Rn. 34.

68 Detterbeck, Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, § 31 Rn. 1374.

schutzwürdigen Position befindet als ein Adressat eines VAs, welcher diesen nicht angefochten hat.<sup>69</sup> Zudem folgt aus den Aufhebungsvorschriften allein keine Kompetenz zur inhaltlichen Neugestaltung.<sup>70</sup> Weiterhin wird vorgeschlagen, im Falle einer zusätzlichen Beschwerde, welche ohne Aufhebung der ursprünglichen Regelung ergehen kann, im Recht der genehmigungsbedürftigen Anlagen auf § 17 BImSchG abzustellen.<sup>71</sup> Auch diese Ansicht verkennt jedoch, dass sich der Widerspruchsführer seine Vertrauensgrundlage selbst entzogen hat. Zudem läuft bei dieser Ansicht die Zulässigkeit der *reformatio in peius* leer, da die Behörde dann auch ohne Widerspruchseinlegung handeln könnte. Einen „Mehrwert“ der *reformatio in peius* gibt es dann nicht. Zudem kann im Rahmen des § 17 I BImSchG nur wegen Verstößen gegen die Pflichten aus dem BImSchG selbst vorgegangen werden, nicht aber wegen anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 6 I Nr. 2 BImSchG.<sup>72</sup> Dies würde bedeuten, dass hinsichtlich solcher Bestimmungen, die die Einhaltung der sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften betreffen, eine *reformatio in peius* von vornherein ausgeschlossen wäre, was im Widerspruch zur grundsätzlichen Zulässigkeit derselben steht.

#### dd) Ergebnis Modifikation

Damit ist die Ermächtigungsgrundlage des § 12 I 1 BImSchG in Verbindung mit § 36 I HmbVwVfG nicht zu modifizieren, sondern der Vertrauensschutz der Antragstellerin lediglich im Rahmen eines etwaigen Ermessens zu berücksichtigen.

#### d) Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt hat die zuständige Widerspruchsbehörde gehandelt.

Da der Widerspruchsbescheid eine zusätzliche, selbstständige Beschwerde für die Widerspruchsführerin enthält, gilt das Anhörungserfordernis, § 71 VwGO.<sup>73</sup> Da im Sachverhalt insoweit nichts Gegenteiliges verlautbart ist, ist von einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf auszugehen.

#### e) Materielle Rechtmäßigkeit

##### aa) Voraussetzungen

Nach § 12 I 1 BImSchG kann die Genehmigung mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Nach § 6 I Nr. 2 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, sofern andere Vorschriften als die des BImSchG der Errichtung

und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Als solche andere Vorschrift kommt das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 I Nr. 1 BNatSchG in Betracht. Danach ist es insbesondere verboten, wild lebende Tiere besonders geschützter Arten zu töten.

#### (1) Besonders geschützte Art

Also solches Tier besonders geschützter Art kommt die Zweifarbfledermaus in Betracht. Besonders geschützte Arten sind nach der Begriffsbestimmung des § 7 II Nr. 13 lit. a) BNatSchG diejenigen Tier- und Pflanzenarten, die in Anhang A oder Anhang B der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (ABl. L 61 vom 3.3.1997, S. 1), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 709/2010 (ABl. L 212 vom 12.8.2010, S. 1), aufgeführt sind. Dort ist die Zweifarbfledermaus (*Vespertilio murinus*) nicht aufgeführt. Weiterhin fallen darunter die Tier- und Pflanzenarten, die in Anhang IV der Richtlinie 92/43/EWG vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206, 22.7.1992, S. 7), zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/17/EU des Rates (ABl. L 158 vom 10.06.2013, S. 193), aufgeführt sind. Danach gehören alle Arten der Untergruppe Microchiroptera, zu denen auch die Zweifarbfledermaus gehört, zu den streng geschützten Arten. Danach liegt eine besonders geschützte Art nach § 7 II Nr. 13 BNatSchG vor.

#### (2) Verstoß gegen Tötungsverbot

Weiterhin müsste die Einhaltung des Tötungsverbots in Zweifel stehen.<sup>74</sup> Dies ist grds. der Fall, wenn durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage Tiere der geschützten Art getötet werden.

#### (a) Signifikanztheorem

Dabei gilt grds. ein individuenbezogenes Tötungsverbot, d. h. eine negative Auswirkung auf den Bestand der Art ist nicht erforderlich.<sup>75</sup> Jedoch ist es bei lebensnaher Betrachtung nie ganz auszuschließen, dass einzelne Exemplare einer geschützten Art anlagenbedingt umkommen.<sup>76</sup> Dies würde aber dazu führen, dass sämtliche Vorhaben, bei denen eine Kollision nicht von vornherein ausscheidet, nur noch im Wege einer Befreiung nach § 67 BNatSchG genehmigt werden könnten. Dadurch würde der Ausnahmecharakter einer Befreiung ins Gegenteil verkehrt, was der Bedeutung der Vorschrift nicht gerecht würde.<sup>77</sup> Daher ist nach der Rechtsprechung der Tötungstatbestand nur dann erfüllt, wenn es durch die Er-

69 Dölde/Porsch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 68 Rn. 49, Stand: Okt. 2015.

70 Kahl/Hilbert, Jura 2011, 660 (665).

71 Kahl/Hilbert, Jura 2011, 660 (665).

72 Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 17 Rn. 20.

73 Hüttenbrink, in: BeckOK, VwGO, 36. Ed. 2016, § 71 Rn. 2; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 9 Rn. 20.

74 Vgl. Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 6 Rn. 23.

75 BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; Gellermann, in: Land-

mann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 9, Stand: Aug. 2015.

76 BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 106/10, Rn. 19; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, Rn. 21.

77 BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91.

richtung und den Betrieb der Anlage zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos kommt.<sup>78</sup> Dies ist dann der Fall, wenn das Tötungsrisiko unterhalb der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit einer Vorhabenrealisierung im Naturbereich stets einhergeht, also nicht über das Tötungsrisiko hinausgeht, welches für jedes Exemplar, das sich im Naturraum aufhält, aufgrund des allgemeinen Naturgeschehens besteht.<sup>79</sup>

#### (b) Kritik gegen Signifikanztheorem

Gegen diesen Bewertungsmaßstab der Rechtsprechung ist Kritik geäußert worden. Einerseits widerspricht es dem auch von der Rechtsprechung vertretenen individuellenbezogenen Ansatz, wenn die anlagenbedingte Tötung auch nur eines Tieres nicht ausreichen soll.<sup>80</sup> Weiterhin ist rechtsdogmatisch nicht geklärt, wann die Signifikanzschwelle des Tötungsrisikos überschritten sein soll.<sup>81</sup> Das Signifikanztheorem findet im Wortlaut keinen Anhaltspunkt.<sup>82</sup> Gegen diese Kritik ist jedoch anzubringen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe, gerade im Umweltrecht, keine Seltenheit sind. Diese – auch im Wege der Rechtsfortbildung – handhabbar zu machen, ist eine Aufgabe der Gerichte. Zudem dürfen die artenschutzrechtlichen Verbote nicht zu einem völligen Planungshindernis erstarken.<sup>83</sup> Damit ist dem Bewertungsmaßstab der Rechtsprechung grds. zu folgen.

#### (c) Subsumtion

Zu klären ist, ob in Bezug auf die Zweifarbfledermaus ein signifikantes Tötungsrisiko gegeben ist. Die Behörde ist aufgrund der „Handlungsempfehlungen“ in Form von Verwaltungsvorschriften davon ausgegangen, dass am Standort „Grünwerder“ eine besondere Kollisionsgefährdung für die Zweifarbfledermaus bestehe. Die Brutplätze und Nahrungshabitate befänden sich in einer Entfernung von 375 Meter. Aufgrund der behördlichen Annahmen sei nicht nur von einer Kollisionsgefährdung einzelner Exemplare auszugehen. Auch eine Populationsgefährdung sei nicht auszuschließen. Gegen die behördliche Einschätzung bringt die W-AG hingegen vor, dass nach einem ihr vorliegenden Gutachten die Zweifarbfledermaus scheu und störungsempfindlich sei. Zu-

dem sei nach Einschätzung dieses Gutachtens eine einzuhaltende Distanz von 350 Meter ausreichend.

#### (d) Bedeutung der „Handlungsempfehlungen“

Zu klären ist, inwieweit die „Handlungsempfehlungen“ in Form von Verwaltungsvorschriften für die gerichtliche Prüfung Bindungswirkung entfalten. Verwaltungsvorschriften sind im Grundsatz Binnenrecht der Verwaltung und nicht Maßstab, sondern Gegenstand richterlicher Kontrolle.<sup>84</sup> Eine Ausnahme gilt jedoch für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften. Dies sind Verwaltungsvorschriften, welche aufgrund eines der Exekutive eingeräumten Beurteilungsspielraums ergehen, bei deren Erlass der wesentliche Erkenntnis- und Erfahrungsstand unter Durchführung eines umfangreichen fachspezifischen Beteiligungsverfahrens berücksichtigt wurde und welche nicht durch aktuelle Erkenntnisse überholt sind, sofern kein atypischer Fall vorliegt.<sup>85</sup> Diese entfalten auch gegenüber den Gerichten unmittelbare Bindungswirkung.<sup>86</sup> Vereinzelt Stimmen gegen das Konzept der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften gelangen im Ergebnis – da sie insoweit eine „exekutive Auslegungsofferte“ annehmen,<sup>87</sup> bei Tatbestandsmerkmalen mit Beurteilungsspielraum zu keinem anderen Ergebnis, da sich die gerichtliche Prüfung auch dann ohnehin nur auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.<sup>88</sup>

Bezogen auf den zu entscheidenden Fall bedeutet dies, dass der Behörde bei der Einschätzung, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt, ein Beurteilungsspielraum zustehen müsste, damit die „Handlungsempfehlungen“ Bindungswirkung für die Gerichte entfalten. Dafür spricht, dass für eine Einschätzung prognostische Annahmen notwendig sind und es vielfach keine gesicherten naturschutzfachlichen Erkenntnisse zu den entscheidungserheblichen Fragen gibt.<sup>89</sup> Es handelt sich dabei um außerrechtliche Fragen, zu denen in Fachkreisen unterschiedliche, divergierende Meinungen vertreten werden.<sup>90</sup> In diesem Fall kann auch ein Gericht zu keiner besseren Einschätzung als die Behörde gelangen, wel-

<sup>78</sup> BVerwG vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, Rn. 11; BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; BVerwG vom 12.03.2008 – 9 A 3/06, Rn. 219; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 106/10, Rn. 19; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, Rn. 21.

<sup>79</sup> OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 106/10, Rn. 19; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, Rn. 21.

<sup>80</sup> Brandt, Zum Tötungsverbot als Versagungsgrund im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, ER 2013, 192 (193).

<sup>81</sup> Brandt, ER 2013, 192 (195); Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 44 Rn. 9; Willmann, Artenschutz und Windenergie – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Brandt (Hg.), Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren, 2. Aufl. 2015, S. 29 (55).

<sup>82</sup> Brandt, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11, ZNER 2014, 114.

<sup>83</sup> BVerwG vom 12.03.2008 – 9 A 3/06, Rn. 219.

<sup>84</sup> BVerfG vom 31.05.1988 – 1 BvR 520/83, Rn. 37; Wemdzio, Stellenwert von Abstandskriterien für Bürger, Behörden und Gerichte, AUR 2011, 421 (422).

<sup>85</sup> Von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung – Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, 2000, S. 466ff.; Detterbeck, Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, § 14 Rn. 880; Remmert, Rechtsprobleme von Verwaltungsvorschriften, Jura 2004, 728 (731).

<sup>86</sup> BVerwG vom 29.08.2007 – 4 C 2/07, Rn. 12.

<sup>87</sup> Koch, Immissionsschutzrecht, in: ders. (Hg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 98 ff.

<sup>88</sup> Vgl. zu der insoweit bestehenden Parallele zwischen den Konzepten der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift und einem behördlichen Beurteilungsspielraum: Aschke, in: BeckOK, VwVfG, 30. Ed. 2016, § 40 Rn. 135.

<sup>89</sup> BVerwG vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, Rn. 15; OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, Rn. 29.

<sup>90</sup> BVerwG vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, Rn. 14; BVerwG vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, Rn. 15.

che eine volle Prüfungsbefugnis rechtfertigen würde.<sup>91</sup> Dementsprechend besteht der Beurteilungsspielraum auch nur insoweit, wie gesicherte naturschutzfachliche Erkenntnisse fehlen.<sup>92</sup>

Gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraums spricht hingegen, dass bei der Annahme von Beurteilungsspielräumen vor dem Hintergrund des Schutzgehalts des Art. 19 IV 1 GG Zurückhaltung geboten ist.<sup>93</sup> Prognostische Elemente sind keine hinreichende Bedingung für die Annahme eines Beurteilungsspielraums.<sup>94</sup> Vielmehr muss die Prognose so komplex sein und weit in die Zukunft reichen, dass sie von einem Gericht nicht zu leisten ist.<sup>95</sup> Beim artenschutzrechtlichen Tötungsverbot sei dieser Grad an Komplexität nicht erreicht.<sup>96</sup> Die Sachverhaltsermittlung sei vom Gericht zu leisten.<sup>97</sup> Auch bei den zuständigen Behörden sei keine weitergehende Fachkenntnis vorhanden.<sup>98</sup> Zudem gebe es ausreichend gesicherte fachwissenschaftliche Erkenntnisse, v. a. im Bereich der Fledermauskunde.<sup>99</sup> Ein Verstoß sei sanktionsbewährt (§§ 69 II Nr. 1, 71 I BNatSchG), sodass das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG gelte.<sup>100</sup>

Gegen die vorgebrachte Kritik sprechen jedoch Praktikabilitätserwägungen. Sofern divergierende naturschutzfachliche Einschätzungen existieren, die alle noch vertretbar sind – und nur innerhalb dieser Grenzen besteht überhaupt ein Einschätzungsspielraum – fehlt es dem Gericht an einer ausschlaggebenden Entscheidungskompetenz. Soweit unterschiedliche außerrechtliche Auffassungen vertretbar sind, muss es der zuständigen Behörde, die die Vorschriften durchzusetzen hat, für die Sicherung des Rechtsfriedens gestattet sein, einer Ansicht zu folgen. Es bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken in Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz: Die Gerichte überprüfen nämlich, ob die Behörde die Grenzen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative eingehalten haben.<sup>101</sup> Die Behörde muss aufgrund vertretbarer Annahmen und anhand von geeigneten Methoden zu ihrer Einschätzung gelangt sein.<sup>102</sup> Art. 19 IV 1 GG verbietet es nicht, dass bei einem Beurteilungsspielraum die gerichtliche Kontrolldichte

zurückgefahren ist.<sup>103</sup> Somit sprechen die überwiegenden Gründe für die Annahme eines Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Einschätzung eines signifikanten Schlagopferisikos.<sup>104</sup>

Weiterhin sind die „Handlungsempfehlungen“ neuesten Datums und unter Einbeziehung von Sachverständigen und Experten des Fachgebiets erstellt worden. Ein atypischer Fall liegt bei der WKA der W-AG nicht vor. Somit handelt es sich um normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, welche die Gerichte bei der Auslegung, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt, binden. Demnach ist bei Errichtung und Betrieb der Anlage objektiv ein Verstoß gegen das Tötungsverbot gegeben.

#### (e) subjektive Komponente

Weiterhin ist umstritten, inwieweit das „Töten“ vom Vorsatz getragen sein muss. Hierzu wird vertreten, dass eine systematische Auslegung eine lediglich billigende Inkaufnahme der Tötung nicht ausreichen lasse.<sup>105</sup> Da § 44 I 1 BNatSchG der Umsetzung der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL) dient,<sup>106</sup> ist er richtlinienkonform auszulegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für eine absichtliche Tötung im Sinne von Art. 12 I lit. a) der Richtlinie ausreichend, wenn Eventualvorsatz vorliegt.<sup>107</sup> Somit ist es für den Verstoß gegen das Tötungsverbot ausreichend, wenn der Tod des Tieres sich als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Handelns darstellt.<sup>108</sup> Für diese Auslegung spricht auch, dass sonst bei Anlagen aller Art nie das Tötungsverbot eingreifen würde, wenn diese nicht auf die Tötung von Tieren ausgerichtet ist. Dies würde dem Sinn der naturschützenden Regelungen widersprechen. Somit ist bei der WKA auch die subjektive Komponente erfüllt.

#### (f) Ergebnis Tötungsverbot

Somit ist die Einhaltung des Tötungsverbots bei nebenbestimmungsfreier Genehmigung nicht sichergestellt.

#### bb) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht § 12 I BImSchG vor, dass die Behörde eine Auflage erteilen kann. Aus dem Wortlaut könnte zu schlussfolgern sein, dass der Behörde insoweit ein Ermessen zusteht. Jedoch gewährt § 6 I BImSchG einen gebundenen Anspruch auf die Genehmigung. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn für die Nebenbestimmungen

91 BVerwG vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, Rn. 14; BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 65.

92 BVerwG vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, Rn. 19; OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, Rn. 29.

93 Brandt, ER 2013, 192 (195); Wemdzio, AUR 2011, 421 (427).

94 Wemdzio, AUR 2011, 421 (427).

95 Wemdzio, AUR 2011, 421 (427).

96 Wemdzio, AUR 2011, 421 (427).

97 Wemdzio, AUR 2011, 421 (427).

98 Brandt, ER 2013, 192 (196).

99 Brandt, ER 2013, 192 (196).

100 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 24, Stand: Aug. 2015.

101 BVerwG vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, Rn. 16; BVerwG vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, Rn. 15, 19.

102 BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 65; OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, Rn. 29.

103 BVerfG vom 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 105.

104 So auch im Ergebnis *Nebel*, Anmerkung zu OVG Magdeburg 2. Senat, Urteil vom 16.05.2013 – 2 L 106/10, Abschaltzeiten für Windenergieanlagen, jurisPR-UmwR 1/2013 Anm. 5, Abschnitt D.

105 Brandt, ER 2013, 192 (194).

106 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 3, Stand: Aug. 2015.

107 EuGH vom 20.10.2005 – C-6/04, Rn. 113 – Kommission / Vereinigtes Königreich; EuGH vom 30.01.2002 – C-103/00, Rn. 36 – Kommission / Griechenland.

108 BVerwG vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; OVG Magdeburg vom 16.05.2013 – 2 L 106/10, Rn. 19.

volles Ermessen eingeräumt würde.<sup>109</sup> Vielmehr muss die Genehmigung dann, wenn die Einhaltung der Voraussetzungen durch Nebenbestimmungen sichergestellt werden kann, mit entsprechenden Nebenbestimmungen erlassen werden.<sup>110</sup> Das Ermessen ist dann reduziert auf das Auswahlermessen.<sup>111</sup>

Vorliegend können die Genehmigungsvoraussetzungen ohne Nebenbestimmungen nicht eingehalten werden. Somit war die Genehmigung mit einer Nebenbestimmung zu erteilen. Was die Ausübung des Auswahlermessens angeht, sind keine Ermessensfehler ersichtlich. Weiterhin muss die Nebenbestimmung verhältnismäßig sein.<sup>112</sup> Die Abschaltzeiten verhindern eine Kollision während der Flugzeiten und sind somit geeignet. Weiterhin muss die Auflage unter anderen gleich geeigneten das mildeste Mittel, mithin erforderlich sein. Dabei ist die Auflage grds. milder als eine Bedingung.<sup>113</sup> Weiterhin hat die W-AG vorgeschlagen, eine künstliche Brutstätte in weiterer Entfernung zu errichten. Damit ist eine vorgezogene Ausgleichsmaßnahme im Sinne des § 44 V 2, 3 BNatSchG angesprochen. Eine solche Ausgleichsmaßnahme als Auflage oder Bedingung wäre nach dem Vortrag der W-AG für sie eine mildere Maßnahme. Jedoch müsste eine solche Nebenbestimmung gleichfalls geeignet sein, die Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Jedoch gilt § 44 V 2 BNatSchG nach S. 1 nur für nach § 15 BNatSchG zulässige Eingriffe. § 15 I 1 BNatSchG enthält jedoch ein Vermeidungsgebot.<sup>114</sup> Vermeidbare Beeinträchtigungen sind danach zu unterlassen. Nach S. 2 ist die Vermeidbarkeit gegeben, wenn zumutbare, weniger beeinträchtigende Alternativen vorhanden sind. Als solche Alternative kommt die Beschränkung der Betriebszeiten in Betracht. Diese führen mit Blick auf den erzielbaren Jahresertrag zu keinen unzumutbaren wirtschaftlichen Einbußen. Somit ist eine zumutbare Alternative vorhanden. Eine Zulässigkeit des Eingriffs ist nicht gegeben. Somit ist der Anwendungsbereich des § 44 V BNatSchG nicht eröffnet und eine Ausgleichsmaßnahme wäre ungeeignet, die Geneh-

<sup>109</sup> Giesberts, in: BeckOK Umweltrecht, 37. Ed. 2015, § 12 BImSchG Rn. 14; Wasielewski, in: Gemeinschaftskommentar zum BImSchG, § 12 Rn. 27, Stand: Jun. 2014.

<sup>110</sup> Giesberts, in: BeckOK Umweltrecht, 37. Ed. 2015, § 12 BImSchG Rn. 14; Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 12 Rn. 26.

<sup>111</sup> Giesberts, in: BeckOK Umweltrecht, 37. Ed. 2015, § 12 BImSchG Rn. 14; Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 12 Rn. 26.

<sup>112</sup> Wasielewski, in: Gemeinschaftskommentar zum BImSchG, § 12 Rn. 23, Stand: Jun. 2014; Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 12 BImSchG Rn. 235, Stand: Aug. 2015.

<sup>113</sup> Wasielewski, in: Gemeinschaftskommentar zum BImSchG, § 12 Rn. 24, Stand: Jun. 2014.

<sup>114</sup> Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 15 BNatSchG Rn. 4, Stand: Aug. 2015. Anmerkung des Verf.: Die Ausführungen zu § 44 V BNatSchG sind ungenau. Zum einen wäre Rechtsfolge des § 44 V BNatSchG, sofern überhaupt einschlägig, dass schon ein Verstoß gegen das Tötungsverbot zu verneinen wäre. Insofern ist der Prüfungsstandort problematisch. Doch auch inhaltlich trifft die Norm in S. 2 lediglich Aussagen zu Tötungen, die mit einem Verstoß gegen Abs. 1 Nr. 3 unvermeidbar verbunden sind, was hier nicht in Rede steht.

migungsfähigkeit herbeizuführen. Damit stellt sie keine gleich geeignete Maßnahme dar. Da sich die Abschaltzeiten auch im Übrigen auf Zeiträume beschränken, während denen mit Fledermausverkehr zu rechnen ist, ist die Erforderlichkeit insgesamt zu bejahen. Hinsichtlich der Angemessenheit bestehen keine Bedenken.

#### f) Ergebnis Rechtmäßigkeit

Die Abschaltauflage ist somit nach summarischer Prüfung rechtmäßig.

#### 2. Besonderes Vollzugsinteresse

Zwar ist strittig, ob bei einem rechtmäßigen VA ein besonderes Vollzugsinteresse dargetan werden muss,<sup>115</sup> dies ist jedoch im Ergebnis unerheblich, wenn jedenfalls ein solches Interesse besteht. Ein besonderes Vollzugsinteresse ergibt sich aus dem bevorstehenden Ende des Winterschlafs. Es ist zeitnah mit einem Durchflug zu rechnen. Weiterhin führt der sofortige Vollzug für die W-AG zu keinen vollendeten Tatsachen, welche zu tragen für sie unzumutbar sind. Es sind lediglich unerhebliche wirtschaftliche Einbußen. Somit ist ein besonderes Vollzugsinteresse gegeben.

#### 3. Ergebnis Interessenabwägung

Somit ergibt die Interessenabwägung des Gerichts, dass das Sofortvollzugsinteresse das Suspensionsinteresse überwiegt.

### III. Ergebnis Begründetheit Abschaltzeitauflage

Der Antrag ist, soweit er die Abschaltzeitauflage betrifft, unbegründet.

#### C. Begründetheit des Antrags gegen Monitoringauflage

Die Begründetheit des Antrags gegen die Monitoringauflage folgt dem Prüfungsmaßstab der vorangegangenen Begründetheitsprüfung.

#### I. formelle Rechtmäßigkeit

Was die formelle Rechtmäßigkeit angeht, ist wegen Einhaltung der Zuständigkeit laut Sachverhalt und Vorhandensein einer Begründung nichts zu beanstanden.

#### II. Interessenabwägung

Für die gerichtliche Interessenabwägung haben die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung maßgebliche Indizwirkung.<sup>116</sup>

#### 1. Rechtmäßigkeit der Monitoringpflicht

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 12 I 1 BImSchG i. V. m. § 36 I HmbVwVfG in Betracht. Auch die Mo-

<sup>115</sup> Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 74.

<sup>116</sup> Vgl. obige Ausführungen.



onitoringpflicht wurde erst im Widerspruchsverfahren der Genehmigungsentscheidung hinzugefügt. Fraglich ist, ob deshalb auch diese nach den Grundsätzen über die *reformatio in peius* zu behandeln ist. Dazu müsste überhaupt eine Verböserung in diesem Sinne vorliegen. Der Devolutiveffekt des Widerspruchs, der die Widerspruchsbehörde zu einer erneuten Sachentscheidung ermächtigt, reicht jedoch nur so weit, wie der Verfahrensgegenstand des Widerspruchs reicht.<sup>117</sup> Die W-AG hatte nur die Abschaltzeitregelung angegriffen (laut Sachverhalt „hiergegen“). Nur die Abschaltzeitaufgabe war somit Gegenstand des Verfahrens. Eine *reformatio in peius* im engeren Sinne liegt somit nicht vor, weshalb die hierzu entwickelten Grundsätze nicht anwendbar sind.

Es könnte aber auch sein, dass es sich bei der Monitoringpflicht um gar keine Nebenbestimmung handelt, sondern um einen eigenständigen VA, den die Behörde aus Anlass des Widerspruchs erlassen hat. Dafür spricht entscheidend, dass die nachträgliche Anordnung einer Nebenbestimmung, soweit diese den Gegenstand des Widerspruchsverfahrens verlässt, generell nicht mehr auf § 12 I 1 BImSchG gestützt werden kann.<sup>118</sup> Dafür bedarf es vielmehr einer gesonderten Ermächtigung im Fachrecht.<sup>119</sup>

Als solche Ermächtigung kommt zwar grds. § 17 I 1 BImSchG in Betracht, jedoch können damit nur Pflichten, die sich aus § 6 I Nr. 1 BImSchG ergeben, durchgesetzt werden.<sup>120</sup> Insoweit sind keine Vorschriften ersichtlich, welche dem Anlagenbetreiber andauernde Aufklärungspflichten über die artenschutzspezifische Gefährdungssituation aufbürden.<sup>121</sup> Somit scheidet auch § 17 I 1 BImSchG aus.

Somit kommt noch § 3 II BNatSchG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.<sup>122</sup> Danach sind Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung des BNatSchG zulässig. Als einzuhaltende Vorschrift kommt § 44 I Nr. 1 BNatSchG in Betracht. Jedoch lässt sich durch die Totfundzählung keine Tötung verhindern.<sup>123</sup> Das Monitoring

ist nicht geeignet, die Tötung zu verhindern.<sup>124</sup> Nach anderer Ansicht ist ein Monitoring zur Überwachung von Schutzmaßnahmen bei Unsicherheit über deren Wirksamkeit zulässig, solange dadurch nicht lediglich behördlichen Ermittlungsdefiziten begegnet werden soll.<sup>125</sup> Jedoch finden sich für diese Ansicht keine Anhaltspunkte im Gesetz. Grundsätzlich hat die Behörde den Sachverhalt auf ihre Kosten aufzuklären, sofern keine abweichenden fachrechtlichen Bestimmungen bestehen.<sup>126</sup> Damit scheidet auch § 3 II BNatSchG als Ermächtigungsgrundlage aus.

Mangels Bestehens einer Befugnisnorm ist der Monitoring-VA rechtswidrig.

## 2. Rechtsverletzung

Daraus resultiert eine Verletzung der Rechte der W-AG jedenfalls in Art. 2 I GG.

## 3. Ergebnis Interessenabwägung

Der Monitoring-VA ist rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten. An dem Sofortvollzug eines solchen VAs kann kein öffentliches Interesse bestehen. Somit überwiegt das Suspensionsinteresse.

## III. Ergebnis Begründetheit

Der Antrag hat in Hinblick auf die behördlich verfügte Monitoringpflicht Erfolg.

## D. Gesamtergebnis

Der Antrag gegen die Abschaltaufgabe ist zulässig, aber unbegründet. Das Gericht wird den Antrag ablehnen. Der Antrag gegen die Monitoringpflicht ist zulässig und begründet und hat Erfolg. Das Gericht wird insoweit die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherstellen.

## Teil II

### Frage 1

Die planerische Abwägung, FFH-Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP) und die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) stellen vorhabenbezogene Instrumente des staatlichen Naturschutzes dar, die teilweise Schnittstellen aufweisen.

117 BVerwG vom 18.05.1982 – 7 C 42/80, Rn. 19; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 79 Rn. 53a; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 36 Rn. 157.

118 OVG Münster vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, Rn. 9; Wasielewski, in: Gemeinschaftskommentar zum BImSchG, § 12 Rn. 29, Stand: Jun. 2014; Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 12 Rn. 8. Insoweit ist zwar streitig, ob § 12 BImSchG schon ab Erlass der Genehmigung oder erst ab deren Unanfechtbarkeit verdrängt wird (vgl. zum Streitstand Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 17 BImSchG Rn. 29, Stand: Aug. 2015), hier ist die Genehmigung vom 22.01.2015 selbst am 01.03.2015 bereits bestandskräftig geworden, weshalb es auf eine Entscheidung nicht ankommt.

119 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 9c.

120 Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 17 BImSchG Rn. 73, Stand: Aug. 2015; Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 17 Rn. 15 ff.

121 Vgl. VG Augsburg vom 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343, Rn. 34.

122 Keine Verdrängung des Naturschutzfachrechts durch § 17 BImSchG; Jarass, in: ders., BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 17 Rn. 3.

123 VG Halle (Saale) vom 23.11.2010 – 4 A 34/10, Rn. 30.

124 OVG Magdeburg vom 13.03.2014 – 2 L 215/11, Rn. 39; Rolshoven, Anmerkung zu OVG Magdeburg, Urt. v. 14. 03.2014 – 2 L 215/11, ZNER 2014, 302 (303).

125 BVerwG vom 14. 07.2011 – 9 A 12/10, Rn. 105; BVerwG vom 12.08.2009 – 9 A 64/07, Rn. 91; BVerwG vom 17. 01.2007 – 9 A 20/05, Rn. 55; OVG Münster vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, Rn. 43.

126 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 24 Rn. 10e.

In Bezug auf WKA findet eine planerische Abwägung vor allem bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen sowie von Flächennutzungsplänen statt. Auf Ebene der Raumordnungspläne steuern diese die Standorte für WKA, soweit es sich um raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen im Sinne des § 3 I Nr. 6 ROG handelt.<sup>127</sup> Dies ist regelmäßig der Fall, wenn es sich um Windparks handelt.<sup>128</sup> Nach § 7 II 1 ROG sind bei der planerischen Abwägung die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. Nach § 9 ROG hat eine Umweltprüfung zu erfolgen, welche die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Umwelt in den Blick nimmt. Das Ergebnis dieser Umweltprüfung ist nach § 7 II 2 ROG zu berücksichtigen. Somit stellt der Naturschutz schon auf dieser Ebene einen abwägungsrelevanten Belang dar, wenn auch nur eine grobe Steuerung erfolgt. Sofern ein Ziel der Raumordnung festgelegt ist, welches gem. § 7 II 1 ROG endabgewogen ist, entfaltet dieses bei der Zulassung von Einzelvorhaben direkte Wirkung über § 35 III 3 BauGB. Die nach § 35 I Nr. 5 BauGB grds. privilegierten WKA sind nämlich dann, wenn sie an anderer Stelle als Ziel der Raumordnung ausgewiesen wurden, unzulässig. Dies muss, um auch den Zielcharakter der außergebietlichen Ausschlusswirkung herzustellen, durch eine Ausweisung als Vorranggebiet mit der Wirkung eines Eignungsgebiets (§ 8 VII 2 ROG) geschehen.<sup>129</sup> Analog gilt dies für Darstellungen des Flächennutzungsplans, bei dessen Aufstellung nach § 1 VII BauGB ebenfalls die öffentlichen Belange des Naturschutzes bereits abzuwägen sind. Damit die Wirkung des § 35 III 3 BauGB eintritt, ist bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans durch die Gemeinde ein schlüssiges Gesamtkonzept zu erstellen, welches den gesamten Außenbereich in den Blick nimmt.<sup>130</sup> Dabei muss, damit die Wirkungen des § 35 III 3 BauGB eintreten, in substantieller Weise Raum für WKA geschaffen werden.<sup>131</sup> Dabei stellen FFH-Gebiete „harte Tabuzonen“ dar, welche als Potenzialflächen ausscheiden.<sup>132</sup>

Eine FFH-VP ist nach Maßgabe des § 34 I 1 BNatSchG für bestimmte Projekte durchzuführen, wobei die Definition von „Projekt“ sich am Vorhabenbegriff des UVP-

Rechts orientiert.<sup>133</sup> WKA fallen regelmäßig darunter.<sup>134</sup> Sofern WKA innerhalb der natürlichen Lebensräume und Habitate eines FFH-Gebiets oder eines europäischen Vogelschutzgebiets errichtet werden oder sonst geeignet sind, Auswirkungen auf diese zu haben, besteht FFH-VP-Pflicht. Dabei ist der Prüfungsmaßstab nach § 34 II BNatSchG, ob das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets führt. Eine negative Prüfung führt zur Unzulässigkeit.<sup>135</sup>

Schließlich sind bei WKA, sofern UVP-Pflicht nach der Anlage 1 des UVPG, Ziffer 1.6 besteht, im Rahmen der UVP nach § 2 I 2 UVPG die Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten. Die UVP ist ein unselbstständiger Teil des Genehmigungsverfahrens und dient lediglich der Informationssammlung; führt aber im Gegensatz zur FFH-VP an sich nicht zur Unzulässigkeit des Vorhabens.<sup>136</sup> Nach § 12 UVPG ist das Ergebnis bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens zu berücksichtigen. Anders als die FFH-VP knüpft die UVP-Pflicht nicht an vorhandene Schutzgebiete an.

Somit haben alle drei Steuerungsinstrumente des Naturschutzes unterschiedliche Wirkungsweisen und setzen auf verschiedenen Ebenen an.

## Frage 2

Zum einen ist die Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal der Absichtlichkeit der Tötung und Störung nach Art. 12 I der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen zu beachten. Nach jenem Artikel sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein strenges Artenschutzregime zu implementieren, welches die absichtliche Tötung und Störung von streng geschützten Tieren verbietet. Dieses unionsrechtliche Erfordernis wird in Deutschland unter anderem durch § 44 BNatSchG umgesetzt.<sup>137</sup> § 44 BNatSchG ist als sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift nach § 6 I Nr. 2 BImSchG bzw. als Belang des Naturschutzes nach § 35 III Nr. 5 BauGB<sup>138</sup> bei der Genehmigung von WKA beachtlich. Dabei statuiert § 44 I BNatSchG kein Erfordernis der Absichtlichkeit, weshalb das Schutzni-

<sup>127</sup> Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl 2009, 737 (740).

<sup>128</sup> Lüers, Windkraftanlagen im Außenbereich – zur Änderung des § 35 BauGB, ZfBR 1996, 296 (299).

<sup>129</sup> Instruktiv Scheidler, Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen aus öffentlich-rechtlicher Sicht, WiVerw 2011, 113 (124); Anmerkung des Verf.: Diese Frage ist umstritten. Nach anderer Ansicht kommt auch die Ausweisung als Eignungsgebiet oder als „einfaches“ Vorranggebiet in Betracht, vgl. etwa Söfker, in: BeckOK, BauGB, 34. Ed. 2016, § 35 Rn. 115 f. m. w. N. Gegen Eignungsgebiete: OVG Schleswig vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13, Rn. 57 f.

<sup>130</sup> Vgl. nur BVerwG vom 17.12.2002 – 4 C 15/01; Anmerkung des Verf.: Dies und Folgendes gilt nicht nur für Flächennutzungspläne, sondern ebenso bei der Ausweisung von entsprechenden Zielen der Raumordnung, vgl. nur BVerwG vom 13.03.2003 – 4 C 3/02.

<sup>131</sup> Gatz, DVBl 2009, 737 (739) mit weiteren Nachweisen.

<sup>132</sup> Gatz, DVBl 2009, 737 (738).

<sup>133</sup> Frenz, FFH-relevante Projekte im Spiegel aktueller Judikatur, NVwZ 2011, 275 (276).

<sup>134</sup> Gatz, DVBl 2009, 737 (743).

<sup>135</sup> Vgl. Bundesamt für Naturschutz (Hg.), Bestimmung des Verhältnisses von Eingriffsregelung, FFH-VP, UVP und SUP im Vorhabensbereich, 2007, S. 14, abrufbar unter <https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/service/skript216.pdf> (09.09.2016).

<sup>136</sup> Bundesamt für Naturschutz (Hg.), Eingriffsregelung, FFH-VP, UVP und SUP im Vorhabensbereich, 2007, S. 14.

<sup>137</sup> Siehe dazu bereits oben; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 3, Stand: Aug. 2015.

<sup>138</sup> Kröniger, Aktuelle Entscheidungen in der Rechtsprechung zur Windenergie, LKRZ 2014, 227, (228 f.).

veau über das nach Europarecht geforderte hinauszugehen scheint. Relevant wird das subjektive Merkmal aber dann, wenn man die in Abs. 4–6 geregelten Ausnahmen mit in Betracht zieht, welche das Schutzniveau auf das unionsrechtlich gebotene Maß zurückstutzen.<sup>139</sup> Dann wird das Merkmal der Absichtlichkeit wieder relevant, weil das nach der Richtlinie gebotene Schutzniveau ermittelt werden muss.

Der EuGH hat sich zu dieser Frage unter anderem im „Caretta“-Urteil geäußert.<sup>140</sup> Gegenstand des Urteils war unter anderem die Frage, ob der Verkehr von Mopeds auf dem Strand, den die Caretta-Schildkröte zur Fortpflanzung nutzt, sowie das Vorhandensein von Tretbooten im davorliegenden Meeresgebiet eine absichtliche Störung der Schildkröte darstellt. Dazu hat der EuGH ausgeführt, dass dies bereits eine absichtliche Störung der Schildkröte darstelle.<sup>141</sup> Dies folge aus dem Umstand, dass dort Schilder aufgestellt worden waren, welche auf das Vorhandensein der Schildkröte hinweisen.<sup>142</sup> Zu diesem Urteil ist bereits kritisch angemerkt worden, dass sich ein solches Verständnis der Absicht weit vom Wortlaut entferne.<sup>143</sup> Jedenfalls ist generalisierend aus dem europäischen Verdikt zu schließen, dass Absicht im Sinne der Richtlinie keinen *dolus directus* ersten Grades meint, sondern schon *dolus eventualis* ausreichen lässt. Die Störung von Schildkröten stellt bei lebensnaher Betrachtung nämlich lediglich eine unbeabsichtigte, in Kauf genommene Nebenfolge des Mopedfahrens auf dem Strand dar.

Für die Genehmigung von WKA impliziert dies, dass ein Verstoß gegen das Tötungs- oder Störungsverbot des § 44 I BNatSchG schon dann anzunehmen ist, wenn er eine unbeabsichtigte Nebenfolge des Betriebs darstellt. Das Wissen um die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Verbotstatbestände reicht also aus. Daraus folgt ein hohes Schutzregime für streng geschützte Tierarten sowie tendenziell ein Hindernis für die Errichtung und den Betrieb von WKA.

Weiterhin ist die Rechtsprechung des EuGH zur FFH-VP-Pflicht für die Errichtung von WKA relevant. Nach § 34 I 1 BNatSchG gilt die Prüfungspflicht für Projekte, die geeignet sind, Auswirkungen auf ein Natura 2000-Gebiet zu haben. Der Rechtsbegriff des „Projekts“ ist nicht legaldefiniert. Somit ist dem Begriff im Wege richtlinienkonformer Auslegung Kontur zu verleihen.<sup>144</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH orientiert sich der Projektbegriff wegen der ähnlichen Schutzrichtung der Regime an demjenigen der UVP-Richtlinie.<sup>145</sup> WKA sind als bauliche Anlagen Projekte im Sinne des Art. 1 II lit. a) der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-RL). Soweit also die FFH-Vorprüfung ergibt, dass Auswirkungen auf ein Natura 2000-Gebiet zu erwarten sind, besteht nach der Judikatur des EuGH eine FFH-VP-Pflicht.

Weitere relevante Rechtsprechung findet sich zur Auswirkung einer fehlerhaft durchgeführten UVP, sofern eine UVP-Pflicht für die Anlagengenehmigung besteht. Die UVP als unselbstständiger Teil des Verfahrens führt bei fehlerhafter Durchführung im Grundsatz zu einem Verfahrensfehler, für den allgemein § 46 VwVfG gilt. Danach kann ein in der Sache nicht entscheidungserheblicher Verfahrensfehler nicht zur Aufhebung eines VAs führen. Für die UVP gilt die Spezialregelung des § 4 UmwRG. Nach § 4 I 1 UmwRG in der Fassung vom 08.04.2013 war eine Aufhebung einer Entscheidung wegen fehlerhaft durchgeführter UVP jedoch nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst. Nach dem vielbeachteten Urteil des EuGH vom 07.11.2013 (Altrip) ist geklärt, dass Verfahrensfehler bei der Zulassung UVP-pflichtiger Vorhaben nur dann nicht relevant sind, wenn die Behörde nachweisen kann, dass sie sich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hat.<sup>146</sup> Bei der Genehmigung von Vorhaben mit mitunter gravierenden Umweltauswirkungen habe das Verfahren eine herausgehobene Rolle, auch um die Beteiligung der Öffentlichkeit zu gewährleisten.<sup>147</sup> Daraus folge, dass die betroffene Öffentlichkeit bei Verfahrensfehlern diese selbstständig vor Gericht geltend machen können müssten.<sup>148</sup> Dies gelte jedoch nicht für solche Verfahrensfehler, die sich nicht auf die Entscheidung ausgewirkt haben.<sup>149</sup> Insoweit stehe dem nationalen Gesetzgeber zwar ein gewisser Einschätzungsspielraum dazu zu, ab wann eine Rechtsverletzung anzunehmen sei.<sup>150</sup> Nicht hinnehmbar sei es jedoch, dem Rechtsbehelfsführer die Beweislast für die Möglichkeit einer anderen Entscheidung in der Sache bei ordnungsgemäßem Verfahren aufzubürden.<sup>151</sup> Dies sei in Anbetracht der Komplexität und Technikorientierung der UVP eine übermäßige Erschwerung der Geltendma-

SchG Rn. 6, Stand: Aug. 2015.

<sup>145</sup> EuGH vom 14.01.2010 – C-226/08, Rn. 38 – Papenburg; EuGH, vom 07.09.2004 – C-127/02, Rn. 24–27 – Waddenvereinigung und Vogelbeschermungsvereinigung; vgl. dazu auch Frenz, NVwZ 2011, 275 (276).

<sup>146</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12 – Altrip.

<sup>147</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12 – Altrip, Rn. 48; vgl. auch Gärditz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 (2).

<sup>148</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 48 – Altrip.

<sup>149</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 49 – Altrip.

<sup>150</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 50 – Altrip.

<sup>151</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 52 – Altrip.

<sup>139</sup> Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 3, Stand: Aug. 2015.

<sup>140</sup> EuGH vom 30.01.2002 – C-103/00 – Kommission / Griechenland.

<sup>141</sup> EuGH vom 30.01.2002 – C-103/00, Rn. 36 – Kommission / Griechenland.

<sup>142</sup> EuGH vom 30.01.2002 – C-103/00, Rn. 35 – Kommission / Griechenland.

<sup>143</sup> Brandt, ER 2013, 192 (195).

<sup>144</sup> Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 34 BNat-

chung der durch die Richtlinie 85/337/EWG (mittlerweile abgelöst durch die Richtlinie 2011/92/EU) eingeräumten Rechte.<sup>152</sup> Insoweit sei es Sache der Behörde oder des Vorhabenträgers, die Unerheblichkeit in der Sache nachzuweisen.<sup>153</sup> Der EuGH lässt jedoch offen, inwieweit die Verletzung der Verfahrensvorschriften zu einer Klagebefugnis führt.<sup>154</sup> Dies zu bestimmen ist nach Art. 11 III der Richtlinie 2011/92/EU Sache der Mitgliedsstaaten.

Insoweit konsequent ist die Antwort des EuGH auf die Frage des BVerwG, ob das nationale Recht auch für fehlerhaft durchgeführte UVPen ein gerichtliches Überprüfungsverfahren zur Verfügung stellen muss. Da Art. 10a I der Richtlinie 85/337/EWG in keiner Weise die Gründe beschränkt, die zur Stützung eines entsprechenden Rechtsbehelfs vorgebracht werden können, müsse das nationale Recht selbstverständlich auch für fehlerhaft durchgeführte UVPen Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen.<sup>155</sup>

Bestätigt hat der EuGH seine Sichtweise in seinem jüngsten Urteil vom 15.10.2015, in dem er unter Bezugnahme auf das Altrip-Urteil nochmals betont hat, dass auch die fehlerhafte Durchführung einer UVP, wenn der Fehler nicht nachweislich in der Sache unerheblich war, zu einer Aufhebung der Entscheidung führen muss.<sup>156</sup> Die Frage der Klagebefugnis hat der EuGH wieder offen gelassen.

Diese Rechtsprechung ist für WKA-Betreiber äußerst relevant. Sie führt nämlich dazu, dass Genehmigungsentscheidungen, die unter wesentlicher Verletzung von UVP-Verfahrensvorschriften ergehen, von jedem Bürger der betroffenen Öffentlichkeit jedenfalls im Rahmen der Begründetheit erfolgreich angefochten werden können. Den Beweis, dass sich der Verfahrensfehler in der Sache nicht ausgewirkt hat, muss jedenfalls nicht der Rechtsbehelfsführer führen. Damit liegt die ordnungs-

gemäße Durchführung der UVP im Risikobereich des WKA-Betreibers.

### Frage 3

Hinsichtlich der Beachtlichkeit einer fehlerhaft durchgeführten UVP gab es Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG. Das BVerwG vertrat die Ansicht, dass eine unterbliebene UVP bei bestehender UVP-Pflicht ein Verfahrensfehler sei, welcher im Rahmen des § 46 VwVfG unbeachtlich sein könne.<sup>157</sup> Das BVerwG forderte weiterhin, dass der Rechtsbehelfsführer, welcher einen Verfahrensfehler gerichtlich rügen will, die konkrete Möglichkeit einer anderen Sachentscheidung bei fehlerfreiem Verfahren nachweist (Kausalitätsrechtsprechung).<sup>158</sup> Diese Beweislastregelung ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht haltbar. Es ist Sache der Behörde oder des Anlagenbetreibers, zu beweisen, dass die Sachentscheidung nicht anders ausgefallen wäre.

Das BVerwG nahm zudem in ständiger Rechtsprechung an, dass Verfahrensfehler, auch der UVP, zu keiner Rechtsverletzung des Klägers aus dem Kreise der betroffenen Öffentlichkeit führt, solange der Kausalitätsnachweis für eine Verletzung sonstigen materiellen Rechts mit subjektivrechtlicher Qualität nicht erbracht ist.<sup>159</sup> Dies war hinsichtlich der gänzlich unterbliebenen UVP wegen der Bestimmung des § 4 I, III UmwRG in der Fassung vom 08.04.2013 ohnehin überholt. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Aufhebung jedoch auch bei fehlerhaft durchgeführten UVPen erfolgen. Darauf hat der Gesetzgeber nunmehr reagiert und hat den Anwendungsbereich des § 4 I UmwRG in der Fassung vom 20.11.2015 auch auf bestimmte Verfahrensfehler erweitert. Insofern bestehen die Divergenzen heute nicht mehr.

<sup>152</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 52 – Altrip.

<sup>153</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 53 – Altrip.

<sup>154</sup> *Schlacke*, Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-) Rechtsschutzes, NVwZ 2014, 11 (15).

<sup>155</sup> EuGH vom 07.11.2013 – C-72/12, Rn. 36 ff. – Altrip; *Schlacke*, NVwZ 2014, 11 (14).

<sup>156</sup> EuGH vom 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 47 ff; vgl. auch *Ludwigs*, Bausteine des Verwaltungsrechts auf dem Prüfstand des EuGH, NJW 2015, 3484 (3486).

<sup>157</sup> BVerwG vom 13.12.2007 – 4 C 9/06, Rn. 43; BVerwG vom 10.04.1997 – 4 C 5/96, Rn. 21 ff.

<sup>158</sup> *Scheidler*, WiVerw 2011, 113 (166); *Schlacke*, NVwZ 2014, 11 (14); Vgl. zu Kausalitätsrechtsprechung bei (formellen) Abwägungsfehlern: BVerwG vom 21.03.1996 – 4 C 19/94, Rn. 28.

<sup>159</sup> BVerwG vom 08.06.1995 – 4 C 4/94, Rn. 56 f.; *Scheidler*, WiVerw 2011, 113 (166).

Franziska Niehaus\*

## Drohneneinsatz in Pakistan und das Völkerstrafrecht

*In recent years, concerns about transparency in international investment arbitration have been ever-increasing and have been answered, to different degrees, in all major international investment arbitration frameworks as well as in arbitration practice. The following paper will provide a brief introduction into the international investment arbitration system and examine transparency aspects of international investment agreements, focussing on ICSID, NAFTA and UNCITRAL. The paper concludes that, given most recent developments especially in the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency, the overall level of transparency in investment arbitration has risen to an all-time high, yet still leaving room for institutionalized improvements.*

### Abstract

Der Einsatz von Drohnen ist in den heutigen Zeiten nichts Ungewöhnliches mehr, insbesondere nicht in der Kriegsführung. Dennoch bleibt die Vereinbarkeit ihres Einsatzes mit völkerrechtlichen Grundsätzen in vielen Fällen offen. Anhand der Einstellungsverfügung vom deutschen Generalbundesanwalt aus dem Jahr 2013, die sich auf die Tötung eines Deutschen durch eine Drohne in Pakistan bezog, lassen sich einige dieser Problemstellungen erörtern. Insbesondere in den Fokus rücken dabei zwei Fragenkomplexe. Zum einen wird eine mögliche Strafbarkeit nach dem noch relativ neuen VStGB und damit das Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes diskutiert. Zum anderen kommt auch eine Strafbarkeit nach dem StGB in Betracht, mithin die Prüfung eines Rechtfertigungsgrundes der völkerrechtskonformen Handlung.

### A. Einleitung

Auch noch 70 Jahre nach dem Ende des zweiten Weltkrieges ist die internationale Gemeinschaft mit einer Vielzahl von bewaffneten Konflikten konfrontiert. Die Bedingungen, unter denen diese Kämpfe ausgefochten werden, haben sich seit 1945 jedoch fundamental verändert. Mittels modernster Technologien ist es heutzutage möglich, feindliche Kämpfer aus tausenden Kilometern Entfernung mithilfe von Kampfdrohnen<sup>1</sup> zu eliminieren.

\* Die Autorin ist stud. iur. im 9. Semester an der Universität Hamburg. Die vorliegende Arbeit verfasste sie im Rahmen des Seminars „Aktuelle Rechtsprechung internationaler Strafgerichte“ bei Prof. Dr. Jeßberger. Die Arbeit wurde mit gut bewertet.

<sup>1</sup> Die Bezeichnung „Drohne“ wird im Folgenden ausschließlich im Sinne einer Kampfdrohne („Unmanned Combat Aerial Vehicle“) verwendet.

Dies birgt neue Herausforderungen für die Anwendung strafrechtlicher Normen und stellt elementare völkerrechtliche Grundsätze auf den Prüfstand.

Der Einsatz von unbemannten Drohnen ist dabei insbesondere nach der Tötung eines Deutschen in Pakistan im Jahre 2010 in den Fokus der deutschen Öffentlichkeit getreten. Das daraufhin vom Generalbundesanwalt [GBA] Range eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen des Verdachts auf Kriegsverbrechen<sup>2</sup> wurde allerdings mit Verfügung vom 23.07.2013 gem. § 170 II StPO wieder eingestellt. Diese Einstellungsverfügung soll im Folgenden analysiert und bewertet werden. Dazu wird zunächst auf den Sachverhalt und seine Hintergründe eingegangen. Anschließend werden die in der Verfügung diskutierten relevanten Tatbestandsmerkmale des § 11 VStGB, sowie die Möglichkeit einer völkerrechtlichen Rechtfertigung von Taten nach dem StGB diskutiert. Vor dem Hintergrund der Frage, ob ein expliziter rechtlicher Regelungsbedarf von Drohneneinsätzen besteht, sollen die widerstreitenden Interessen unterschiedlicher Akteure dargestellt werden und mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden.

### B. Zusammenfassung des Sachverhalts und politischer Rahmen

In Mir Ali, Pakistan, kamen am 04.10.2010 ein deutscher, Bünyamin Erdogan [B.E.], und ein iranischer Staatsbürger, Shahab Dashti Sineh Sar, sowie drei nicht identifizierte Einheimische mittels einer Rakete unter Einsatz einer Drohne ums Leben.<sup>3</sup> Der Beschuss erfolgte gegen 19:30 Uhr Ortszeit auf ein Wohnhaus, in dem sich elf Menschen aufhielten.<sup>4</sup> B.E. hatte sich höchstwahrscheinlich zwecks seines Engagements im Umfeld der Terrororganisation al-Qaida in Pakistan aufgehalten.<sup>5</sup>

Mir Ali liegt in der pakistanischen Provinz Nord-Waziristan, welche zu den „Federally Administered Tribal Areas“ [FATA] zählt. Diese Stammesgebiete sind weitgehend autonom und entziehen sich jeder staatlichen Kontrolle.<sup>6</sup> Nach der Intervention der USA in Afghanistan

<sup>2</sup> GBA, Verfügung vom 23.07.2013, 3 BJs 7/12-4, S. 2.

<sup>3</sup> GBA-Verfügung, S. 13.

<sup>4</sup> GBA-Verfügung, S. 13.

<sup>5</sup> GBA-Verfügung, S. 15.

<sup>6</sup> Wagner/Maafß, Frieden in Waziristan – Erfolg oder Rückschlag im Kampf gegen den Terrorismus in Afghanistan und Pakistan?, Stiftung Wissenschaft und Politik [SWP] 46 (2006), 1 (2); Hippler, Pakistan, seine Stammesgebiete und der Afghanistan-Krieg, Aus Politik und Zeitgeschichte [APuZ] 21–22 (2010), 3 (4).

zogen sich viele Mitglieder der gestürzten Taliban dort hin zurück.<sup>7</sup> Die FATA dienen aber auch als Rückzugsraum für Gruppen, die schwerpunktmäßig den pakistanischen Staat bekämpfen (v. a. Tehrik-e-Taliban Pakistan [Pakistanische Taliban Organisation, TTP]), sowie für andere transnationale Organisationen (al-Qaida, Islamische Bewegung Usbekistans, Islamische Jihad Union [IJU]).<sup>8</sup> Das pakistanische Militär wirkt diesen Aktivitäten bisher wenig erfolgreich entgegen.<sup>9</sup> Vielleicht erfolgreicher, aber wohl auch fragwürdiger agieren nun auch die USA seit den Anschlägen vom 11.09.2001 im Zuge ihres „Krieges gegen den Terrorismus“ in den FATA.<sup>10</sup> Dabei kommen vermehrt Drohnen zum Einsatz.<sup>11</sup> Die Prüfung des GBA impliziert vorliegend, dass auch der hier fragliche Drohnenbeschuss den Amerikanern zuzurechnen ist.<sup>12</sup>

### C. Straftaten nach dem VStGB

Der GBA prüft vorliegend zunächst eine Strafbarkeit gem. §§ 11 I 1 Nr. 1, 3 und 8 VStGB und fokussiert sich dabei auf die Tatbestandsmerkmale des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts und des gegen die Zivilbevölkerung gerichteten Angriffs aus § 11 I 1 Nr. 1 VStGB. Dies soll im Folgenden analysiert werden.

#### I. Bewaffneter Konflikt, § 11 I 1 Nr. 1 VStGB

Der bewaffnete Konflikt ist nicht nur das gemeinsame Tatbestandsmerkmal aller Kriegsverbrechen nach dem VStGB, sondern grenzt auch das Eingreifen des Humanitäres Völkerrecht [HVR] vom Recht der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung ab.<sup>13</sup> Da das Völkerstrafrecht ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung des HVR ist, sind die Rechtsgebiete eng miteinander verknüpft.<sup>14</sup> Für die Auslegung der Vorschriften des VStGB bleiben weiterhin die Grundsätze des HVR entscheidend, bildet das Völkerrecht doch ihre Grundlage.<sup>15</sup> Der Begriff des bewaffneten Konflikts ist dort nicht legal defi-

niert.<sup>16</sup> Art. 2 GK I–IV knüpft allein an das tatsächliche Vorliegen einer Konfrontation an. Der GBA zieht vorliegend verschiedene Auseinandersetzungen als bewaffnete Konflikte i. S. d. VStGB in Betracht.

Zum einen bestehe ein innerpakistanischer bewaffneter Konflikt in den FATA zwischen den staatlichen Streitkräften und diversen Widerstandsorganisationen (v. a. al-Qaida, TTP).<sup>17</sup> Eine Auseinandersetzung ist hier auch erwiesen.<sup>18</sup> Geht man davon aus, dass die USA Pakistan in diesem Kampf unterstützen, wären sie auch Konfliktpartei (vgl. D.I.2.).<sup>19</sup>

Zum anderen sei auch die Auseinandersetzung in Afghanistan zwischen den staatlichen Kräften, den USA und den afghanischen Taliban ein bewaffneter Konflikt, welcher sich durch seinen „spill-over-Effekt“ auf die FATA erstrecke.<sup>20</sup> Das zumindest in Afghanistan ein Konflikt besteht ist unbestritten.<sup>21</sup> Ein „Überschwappen“ ist aufgrund der räumlichen Nähe ebenfalls möglich.<sup>22</sup> Die Beteiligung der USA an diesem Konflikt ist aufgrund ihrer seit 2001 andauernden Zusammenarbeit mit der afghanischen Regierung anzunehmen.<sup>23</sup>

#### 1. Konfliktparteien

Damit diese Auseinandersetzungen auch bewaffnete Konflikte i. S. d. VStGB wären, müssten die Akteure humanitär-völkerrechtliche Parteien sein.<sup>24</sup> Dies ist in den benannten Konflikten für die betroffenen Terrororganisationen problematisch, denn für sie gelten besondere Voraussetzungen. Sie müssen sich durch ihre Kollektivität, eine zentralisierte und hierarchische Struktur aus-

7 Wagner/Maaß, SWP 46 (2006), 1 (2); Hippler, APuZ 21–22 (2010), 3 (5); Amnesty International [AI] Report 2013, S. 12, abrufbar unter: <http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/asa330132013en.pdf> (07.06.2016).

8 GBA-Verfügung, S. 7; Schaller, Gezielte Tötungen und der Einsatz von Drohnen – Zum Rechtfertigungsansatz der Obama-Administration, Humanitäres Völkerrecht [HuV] 24 (2/2011), 91 (94–95); AI Report 2013, S. 14.

9 GBA-Verfügung, S. 3–4, 19; Hippler, APuZ 21–22 (2010), 3 (5–6); Wagner/Maaß, SWP 46 (2006), 1 (7).

10 Wagner/Maaß, SWP 46 (2006), 1 (7); AI Report 2013, S. 12.

11 Hippler, APuZ 21–22 (2010), 3 (8); AI Report 2013, S. 12 ff.

12 GBA-Verfügung, S. 5–6, 11, 20.

13 Löffelmann, Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?, JR 11 (2013), 496 (497); Richter, Kampfdrohnen. Völkerrecht und militärischer Nutzen, SWP-Aktuell 28 (2013), 1 (3).

14 Von Arnould, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1143.

15 Werle, in: MüKo, StGB, Bd. 8, Nebenstrafrecht III, 2. Aufl. 2013, Einl. VStGB Rn. 43.

16 Ambos/Alkatout, Der Gerechtigkeit einen Dienst erwiesen? – Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Tötung Osama Bin Ladens, JZ 15/16 (2011), 758 (759).

17 GBA-Verfügung, S. 19.

18 ICRC Report 2010, 254 (255 ff.), <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/annual-report/icrc-annual-report-2010.htm> (07.06.2016); Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (760); Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (94); vgl. Alston, UN GA Report A/HRC/14/24/Add.6, 28.05.2010, Rn. 54, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hr\\_council/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hr_council/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf) (07.06.2016).

19 Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (95); Richter, Kampfdrohnen versus Völkerrecht? – Zum „Drohnenkrieg“ in Afghanistan und Pakistan, HuV 2 (2011), 105 (109).

20 GBA-Verfügung, S. 20.

21 Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (760); Lubell/Derejko, A Global Battlefield? – Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict, Journal of International Criminal Justice [JICJ] 11 (2013), 65 (77); Bundesminister Westerwelle vor dem Deutschen Bundestag zum Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr, 10.02.2010, <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2010/100210-BM-BT-Afghanistan.html> (07.06.2016); ICRC Report 2010, 236 (237 ff.).

22 Vgl. Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (760); von der Groeben, Transnational Conflicts and International Law, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 3 2014, S. 72.

23 Vgl. Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (93); Rudolf/Schaller, „Targeted Killing“ – Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielten Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, SWP-Studie (Januar 2012), S. 16; Alston, UN GA Report, Rn. 18.

24 Vgl. Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (759).

zeichnen und eine Gebietskontrolle vorweisen.<sup>25</sup> Obwohl Terrororganisationen zumeist gerade den Verstoß gegen Völkerrecht bezwecken<sup>26</sup>, ist auch erforderlich, dass die Gruppierung Adressat völkerrechtlicher Normen werden kann.<sup>27</sup> Das HVR kann nur Anwendung finden, wenn eine Organisation sich zumindest hypothetisch an die „minimum yardsticks“<sup>28</sup> aus Art. 3 GK I–IV halten kann.<sup>29</sup>

Bezüglich der Taliban bestehen aufgrund ihres Aufbaus und ihrer internen Strukturen keine Bedenken, sie humanitär-völkerrechtlich als Partei im afghanischen Konflikt anzuerkennen.<sup>30</sup> Problematisch erscheint dies aber in Bezug auf al-Qaida als Partei im innerpakistanischen Konflikt.

### a. Feststellung des GBA

Der GBA ordnet alle genannten Gruppierungen pauschal als Konfliktparteien ein.<sup>31</sup> Damit entzieht er sich einer genauen Prüfung hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen in Bezug auf *jede* einzelne Gruppe.<sup>32</sup> Bezüglich al-Qaida ist seine Einschätzung umstritten, weswegen er diese Vereinigung wohl als einzige explizit erwähnt. In seiner Argumentation bezieht er sich auf den hohen Organisationsgrad und die strategischen, personellen und militärtechnischen Ressourcen, die zu koordinierten Kampfhandlungen befähigen würden.<sup>33</sup> Damit sei al-Qaida parteifähig.

### b. Kritik bezüglich der Einordnung von al-Qaida

Gegen die Einordnung al-Qaidas als humanitär-völkerrechtliche Partei wird vorgebracht, dass sich die Organisation seit 2001 zu einem eher losen Netzwerk ohne feste Basis entwickelt habe, welches in vielen Ländern und in unterschiedlichen Formen vertreten sei.<sup>34</sup> Die Organisa-

tion sei vielmehr ein in viele Untergruppen aufgeteiltes „global vernetztes Widerstandskollektiv“<sup>35</sup>.

### c. Stellungnahme

Den Kritikern muss insoweit Recht gegeben werden, dass al-Qaida an sich nicht als homogene Gruppierung, mithin als Partei angesehen werden kann. Das ist aber auch nicht nötig, lässt sich die Organisation doch in verschiedene Zweige unterteilen.<sup>36</sup> In den FATA ist schwerpunktmäßig der „al-Qaida-Kern“ als abgrenzbare Gruppierung tätig.<sup>37</sup>

Dieser „Kern“, mag er auch nur eine Teilgruppierung von al-Qaida sein, zeichnet sich durch eine beträchtliche militärische Stärke, sowie durch eine taktische Ausrichtung und ein hohes Maß an Genauigkeit und Planungssicherheit in jedem Tätigwerden aus.<sup>38</sup> Faktisch kontrolliert die Gruppe große Gebiete, in denen die Regierung Pakistans keine reellen Zugriffsmöglichkeiten hat.<sup>39</sup> Für eine kontinuierliche Existenz einer solchen Gruppierung ist ein Gebiet, welches sie zumindest vorübergehend als Basis nutzen kann, ausreichend.<sup>40</sup> Wenn auch die Gesamtstruktur lose erscheint, so ist doch eine bestehende Hierarchie und Organisation des „al-Qaida-Kerns“ nicht abzustreiten.<sup>41</sup>

Dem GBA ist in seiner Einordnung bezüglich der hier tätigen al-Qaida-Gruppe als Partei damit zuzustimmen. Auch die innerpakistanische Auseinandersetzung kann somit als bewaffneter Konflikt angesehen werden.

## II. Nicht-internationaler Konflikt

Ein nicht-internationaler Konflikt ist jeder Konflikt, der nicht alleine zwischen Staaten ausgefochten wird.<sup>42</sup> In beiden genannten Konflikten stehen sich staatliche und

<sup>25</sup> *Ambos/Alkatout*, JZ 15/16 (2011), 758 (759); *von der Groeben*, *Transnat. Confl. and Int'l Law*, 2014, S. 60; *Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, S. 36.

<sup>26</sup> *Kapaun*, *Völkerrechtliche Bewertung gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure*, *Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht* Band 2 2014, S. 166; *Poretschkin*, *HuV* 2 (2010), 83 (84).

<sup>27</sup> *von der Groeben*, *Transnat. Confl. and Int'l Law*, 2014, S. 60; *Moir*, *The Law of Int. Arm. Confl.*, 2002, S. 36.

<sup>28</sup> *Von Arnould*, *VölkerR.*, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1130.

<sup>29</sup> *von der Groeben*, *Transnat. Confl. and Int'l Law*, 2014, S. 60; *Moir*, *The Law of Int. Arm. Confl.*, 2002, S. 36.

<sup>30</sup> GBA, Verfügung vom 16. 4. 2010 – 3 BJs 6/10-4, Rn. 11 (Beck-online); *Boor*, *Der Drohnenkrieg in Afghanistan und Pakistan*, *HuV* 24 (2/2011), 97 (101); *Rudolf/Schaller*, *SWP-Studie* (Januar 2012), S. 16–17; vgl. *Ambos/Alkatout*, JZ 15/16 (2011), 758 (760).

<sup>31</sup> GBA-Verfügung, S. 19.

<sup>32</sup> *Löffelmann*, *Der Einsatz von Kampfdrohnen zur Terrorismusbekämpfung im Schnittpunkt von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsstandards*, *Kritische Justiz [KS]/Nomos* 46 (2013), 372 (379).

<sup>33</sup> GBA-Verfügung, S. 19.

<sup>34</sup> *Krefß*, *Journal of Conflict & Security Law [JCSL]* 15 Nr. 2 (2010), 245 (261); *Ambos/Alkatout*, JZ 15/16 (2011), 758 (759); *von der Groeben*, *Transnat. Confl. and Int'l Law*, 2014, S. 61; *Kapaun*, *VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure*, *Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht* Band 2 2014, S. 220–221.

<sup>35</sup> *Ambos/Alkatout*, JZ 15/16 (2011), 758 (759).

<sup>36</sup> Vgl. *Tibori-Szabó*, *Self-Defence and the United States Policy on Drone Strikes*, *JCSL* (2015), 1 (19); *Rudolf/Schaller*, *SWP-Studie* (Januar 2012), S. 18; *Annual Threat Assessment*, *Director of National Intelligence [DNI]* 2007, S. 5–6, [http://www.fbiic.gov/public/2008/feb/Annual\\_threat\\_assessment.pdf](http://www.fbiic.gov/public/2008/feb/Annual_threat_assessment.pdf) (07.06.2016).

<sup>37</sup> *Tibori-Szabó*, *JCSL* (2015), 1 (19); Vgl. *DNI* 2007, S. 6; vgl. *Emmerson*, *UN GA Report A/68/389*, Rn. 66, [http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a\\_68\\_389.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_68_389.pdf) (07.06.2016).

<sup>38</sup> Vgl. *AI Report* 2013, S. 31–33; *Koh*, „The Obama Administration and International Law“, *American Society of International Law [ASIL]*, 25.03.2010, <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> (07.06.2016); *Rajan*, *Al Qaeda's Global Crisis – The Islamic State, takfir, and the genocide of Muslims*, 2015, S. 246–247.

<sup>39</sup> Vgl. *Rajan*, *Al Qaeda's Global Crisis*, 2015, S. 246–247; *AI Report* 2013, S. 31–33.

<sup>40</sup> *Kapaun*, *VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure*, *Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht* Band 2 2014, S. 165; *Moir*, *The Law of Int. Arm. Confl.*, 2002, S. 38.

<sup>41</sup> Vgl. *Hussain*, *Pakistan's most dangerous Place*, *The Wilson Quarterly [WQ]* 2012; *Tankel*, *Going Native: The Pakistanization of al-Qaeda*, *War on the Rocks [WOR]* 2013; *Kugelmann*, *Al-Qaeda is alive and well in Afghanistan and Pakistan*, *WOR* 2014.

<sup>42</sup> *Von der Groeben*, *Transnat. Confl. and Int'l Law*, 2014, S. 18.

nicht-staatliche Akteure gegenüber, es sind insofern nicht-internationale Auseinandersetzungen. Richtigerweise bemerkt der GBA entsprechend, dass der gegen nicht-staatliche Akteure gerichtete Einsatz von ausländischen Regierungstreitkräften nicht automatisch eine „Internationalisierung“<sup>43</sup> zur Konsequenz hat.<sup>44</sup> Dies gilt aber nur solange, wie der geographisch betroffene Staat den jeweiligen Einsätzen zustimmt (vgl. D. I. 2. a.)<sup>45</sup>, was hier zunächst unterstellt wird.

Des Weiteren liegt auch die gem. Art. 1 I ZP II geforderte Intensität aufgrund der angewandten Gewalt<sup>46</sup> und der räumlichen und zeitlichen Konfliktausdehnung vor, so dass keine isolierten Gewalttaten angenommen werden können.

### III. Angriff gegen die Zivilbevölkerung als solche oder einzelne Zivilpersonen

Einer der wichtigsten Grundsätze des HVR ist das Unterscheidungsgebot. Dieses fordert, dass sich Angriffe nur gegen Kombattanten richten dürfen und unterschiedslose „blinde“ Attacken verboten sind.<sup>47</sup> § 11 I 1 Nr. 1 VStGB stellt insoweit durch die Tathandlung des gegen die Zivilbevölkerung gerichteten Angriffs einen Verstoß gegen das Unterscheidungsgebot unter Strafe.

#### 1. Das Unterscheidungsgebot im nicht-internationalen Konflikt

Wie dem Unterscheidungsgebot im nicht-internationalen Konflikt Rechnung getragen werden soll ist umstritten, da es keinen formalen „Kombattanten-Statuts“ für die nicht-staatlichen Akteure gibt.<sup>48</sup> Das ZP II stellt in Art. 13 III ZP II lediglich fest, dass Zivilisten solange einen Schutzanspruch haben, wie sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen. Fraglich ist folglich, wann eine solche Teilnahme vorliegt.

<sup>43</sup> GBA-Verfügung, S. 21.

<sup>44</sup> Dörmann, in: MüKo, StGB, Bd. 8, Nebenstrafrecht III, 2. Aufl. 2013, Bd. 8, § 11 VStGB Rn. 24; Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 170.

<sup>45</sup> Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (94); Richter, HuV 2 (2011), 105 (109).

<sup>46</sup> Vgl. AI Report 2013, S. 14ff. (Rn. 7); ICRC Report 2010, 254, 255ff.; International Human Rights and Conflict Resolution Clinic [IHRCR Clinic]/GJ Clinic, „Living under Drones“, September 2012, S. 17ff., <http://chrj.org/wp-content/uploads/2012/10/Living-Under-Drones.pdf> (07.06.2016).

<sup>47</sup> Kleffner, From „Belligerent“ to „Fighters“ and Civilians directly participating in hostilities – on the principle of distinction in non-international armed conflicts one hundred years after the second Hague Peace Conference, Netherlands International Law Review [NILR] 54, 2 (2007), 315 (323); Frau, Unbemannte Luftfahrzeuge im internationalen bewaffneten Konflikt, HuV 24 (2/2011), 60 (67).

<sup>48</sup> Vgl. Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (321–322); Stroh, Der Einsatz von Drohnen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, HuV 24 (2/2011), 73 (75).

#### a. Lösungsvorschlag des International Committee of the Red Cross [ICRC]

Der GBA bezieht sich dazu<sup>49</sup> auf die Auslegungshilfe zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten des ICRC<sup>50</sup>. Die Abgrenzung zwischen Kämpfer<sup>51</sup> und Zivilist erfolgt danach anhand von funktionalen Unterscheidungsmerkmalen.<sup>52</sup> So gibt es zunächst offensive Zivilisten, die ohne Mitgliedschaft in einer Organisation sporadisch an Kampfhandlungen teilnehmen würden.<sup>53</sup> Solche können, nach dem Ansatz der spezifischen Handlung (specific acts approach)<sup>54</sup>, nur in dem Moment zielgerichteter, feindlicher Handlungen rechtmäßig angegriffen werden. (vgl. Art. 51 III ZP I<sup>55</sup>).<sup>56</sup> Des Weiteren gibt es Mitglieder bewaffneter Organisationen, die eine dauerhafte Kampffunktion innehaben (continuous combat function).<sup>57</sup> Diese Funktion erfordert die Vorbereitung, Ausführung oder den Befehl von Handlungen, welche zu einer direkten Teilnahme an Auseinandersetzungen führen.<sup>58</sup> Die betroffene Person kann dann rechtmäßiges Ziel von Angriffen sein, auch wenn sie gerade nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt.<sup>59</sup> Den Status einer Zivilperson erlangt sie erst wieder, wenn sie ihre Kampffunktion „dauerhaft und erkennbar“ aufgibt.<sup>60</sup>

#### b. Kritik an der Lösung des ICRC

Dieses vom GBA zugrunde gelegte Konzept ist umstritten. Der erste Schwachpunkt ist die Frage der Informationsbeschaffung. Die Bestimmung der Funktion eines Kämpfers in einer terroristischen Organisation kann zu meist nur durch intensive Observierung festgestellt werden.<sup>61</sup> Ob das Engagement eines Individuums einmalig

<sup>49</sup> GBA-Verfügung, S. 23.

<sup>50</sup> ICRC Guidance, <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> (07.06.2016).

<sup>51</sup> Die Bezeichnung „Kämpfer“ wird im Folgenden für bewaffnete, nicht-staatliche Akteure verwendet.

<sup>52</sup> GBA-Verfügung, S. 23.

<sup>53</sup> Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 245; Vgl. Rudolf/Schaller, SWP-Studie (Januar 2012), S. 18.

<sup>54</sup> Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (331); Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 244.

<sup>55</sup> ZP I findet auch für nicht-internationale Konflikte völkergewohnheitsrechtlich Anwendung: von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1135; Henckaerts/Doswald-Beck, ICRC Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules; 2005, S. xxxivff.; Frau, HuV 24 (2/2011), 60 (66).

<sup>56</sup> Dörmann, in: MüKo, StGB, Bd. 8, Nebenstrafrecht III, 2. Aufl. 2013, Bd. 8, § 11 VStGB Rn. 37; Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (331).

<sup>57</sup> ICRC Guidance, S. 27; Schmitt, The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, Harvard National Security Journal [HNSJ] 1 (2010), 5 (21); Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 217; Stroh, HuV 24 (2/2011), 73 (75–76).

<sup>58</sup> ICRC Guidance, S. 34.

<sup>59</sup> ICRC Guidance, S. 34.

<sup>60</sup> ICRC Guidance, S. 72.

<sup>61</sup> Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (102); Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (22); von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1192.



war oder auf einer dauerhaften Kampffunktion beruht, ist bei einem Angriff schwer in Erfahrung zu bringen.<sup>62</sup> Ferner besteht ein Ungleichgewicht zur Stellung der Soldaten der regulären Streitkräfte.<sup>63</sup> Sie dürfen kraft ihrer Mitgliedschaft stets angegriffen werden, ohne ein bestimmtes Engagement vorzuweisen.<sup>64</sup> Durch das Konzept der dauerhaften Kampffunktion wurde eine Form von Kämpfern geschaffen, die nicht nur keinen Schutzanspruch innehat, sondern sogar ihren Zivilistenstatus verliert.<sup>65</sup> Dies dehnt die zeitliche Komponente des Zivilistenstatus („solange“) aus Art. 51 III ZP I sehr weit aus.<sup>66</sup>

Die Kritiker des Konzepts resümieren daher, dass der Ansatz nur zu mehr Verwirrung in der Praxis führe.<sup>67</sup> Eine Unterscheidung könne weiterhin alleine nach der Mitgliedschaft in einer Organisation (membership approach)<sup>68</sup> getroffen werden.<sup>69</sup>

### c. Stellungnahme

Das Konzept der dauerhaften Kampffunktion löst am ehesten das Ungleichgewicht zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren im nicht-internationalen Konflikt auf.<sup>70</sup> Eine reine Anwendung des Ansatzes der spezifischen Handlung schränkt die staatlichen Kräfte unverhältnismäßig stark ein, indem er sie faktisch zu einem rein defensiven Handeln zwingt.<sup>71</sup> Die bloße Anknüpfung an die Mitgliedschaft steht dafür dem praktischen Einwand gegenüber, dass sie zu undifferenziert *allen* Gruppenmitgliedern den Schutzanspruch versagt.<sup>72</sup> Der Ansatz der dauerhaften Kampffunktion ist daher ein

Mittelweg, der am ehesten der Stellung eines Soldaten der staatlichen Kräfte ähnelt.<sup>73</sup> Die funktionale Anknüpfung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Kämpfer es oft darauf anlegen, äußerlich nicht von der Zivilbevölkerung unterschieden werden zu können.<sup>74</sup> Entsprechend wird der beste Ausgleich zwischen militärischen Überlegungen und völkerrechtlichen Belangen im Konzept der dauerhaften Kampffunktion gefunden.<sup>75</sup> Die ICRC-Leitlinien können dennoch lediglich einen Rahmen bieten und weder die Normen des HVR, noch die persönliche Einschätzung der Zuständigen vor Ort ersetzen.<sup>76</sup>

Dem GBA ist in seiner prinzipiellen Anwendung der dauerhaften Kampffunktion daher zunächst zuzustimmen. Seine Einordnung in Bezug auf den Status der Getöteten, sowie der anderen anwesenden Männer ist anhand der vorgelegten Beweise<sup>77</sup> auch durchaus nachvollziehbar. Die beobachteten Aktivitäten und das bereits terminlich festgelegte Selbstmordattentat des B. E. beweisen eine Vorbereitung zu feindseligen Handlungen, die eine dauerhafte Kampffunktion seinerseits impliziert.

## 2. Verletzung des Unterscheidungsgebots

Ob hier damit ein Angriff gegen die Zivilbevölkerung vorlag und das Unterscheidungsgebot dadurch verletzt wurde, beurteilt sich nun aber nach der Angriffsrichtung.

### a. Feststellungen des GBA

Der GBA sattelt das Pferd hier gewissermaßen von hinten auf, indem er unterstellt, der Angriff habe sich gegen die tatsächlich Getöteten gerichtet.<sup>78</sup> Bei diesen Personen, sowie drei weiteren männlichen Überlebenden<sup>79</sup>, hätte es sich um Kämpfer mit dauerhafter Kampffunktion gehandelt<sup>80</sup>, wodurch keine nach § 11 I 1 Nr. 1 VStGB strafbare Handlung vorläge. In *welcher* Organisation der Deutsche B. E. zum Zeitpunkt seines Todes diese Funktion hatte, legt der GBA nicht fest.<sup>81</sup>

### b. Stellungnahme

Die Einordnung des GBA bezüglich des Staus der Getöteten sagt jedoch noch nichts darüber aus, gegen wen sich der Angriff konkret *gerichtet* hat. Der gegen Zivilisten gerichtete Angriff ist aber die hier in Frage stehende strafbare Tathandlung gem. § 11 I 1 Nr. 1 VStGB. Ob Zivilisten schlussendlich *zu Schaden kommen* ist irre-

62 Von der Groeben, Transnat. Confl. and Int'l Law, 2014, S. 83; Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (23); Watkin, Opportunity Lost: Organized armed groups and the ICRC „Direct Participation in Hostilities“ Interpretative Guidance, N.Y.U. Journal of International Law and Politics [JILP] 42 (2010), 641 (693).

63 Watkin, N.Y.U. JILP 42 (2010), 641 (693); Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (23).

64 Watkin, N.Y.U. JILP 42 (2010), 641 (694); Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 253.

65 Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 227, 242, 244; von Kielmansegg, Der Zivilist in der Drehtür – Probleme der Stausbildung im humanitären Völkerrecht, JZ 8 (2014), 373 (381).

66 Alston, UN GA Report, Rn. 65; Emmerson, UN GA Report, Rn. 72.

67 Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (24); Watkin, N.Y.U. JILP 42 (2010), 641 (693).

68 Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (330); Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (16–17).

69 Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (24); Watkin, N.Y.U. JILP 42 (2010), 641 (690–691).

70 Vgl. Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (23); Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (335); Melzer, Keeping the Balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of direct participation in hostilities, N.Y.U. JILP 42 (2010), 831 (850).

71 Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (331–332).

72 Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (22–23); Kleffner, NILR 54, 2 (2007), 315 (333–334); Kapaun, VölkerR. Bew. gezielter Tötungen nicht-staatlicher Akteure, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht Band 2 2014, S. 220.

73 Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (21); Melzer, N.Y.U. JILP 42 (2010), 831 (850).

74 Vogel, Drone Warfare and the Law of Armed Conflict, Denver Journal of International Law and Policy [DJILP] 39:1 (2010), 101 (118); Vgl. Poretschkin, HuV 2 (2010), 83 (84).

75 Vgl. Schmitt, HNSJ 1 (2010), 5 (6); Melzer, N.Y.U. JILP 42 (2010), 831 (914).

76 Melzer, N.Y.U. JILP 42 (2010), 831 (915).

77 GBA-Verfügung, S. 13–15.

78 GBA-Verfügung, S. 24–26.

79 GBA-Verfügung, S. 25.

80 GBA-Verfügung, S. 24–25.

81 GBA-Verfügung, S. 24.

levant.<sup>82</sup> Das HVR verfolgt einen präventiven Ansatz.<sup>83</sup> Dafür muss das Ziel aus einer ex-ante Sicht als Kämpfer identifiziert und mögliche zivile Kollateralschäden müssen eingegrenzt und abgewogen werden (vgl. D. I. 3. b.).<sup>84</sup>

Der GBA wendet also einen falschen Prüfungsmaßstab an<sup>85</sup>, indem er die Rechtmäßigkeit des Angriffs ex-post anhand der Tatsache beurteilt, dass die *Getöteten* legitime militärische Ziele gewesen seien.<sup>86</sup> Dies lässt sich im Nachhinein zwar leicht feststellen, kann sich aber im Vorfeld gänzlich anders darstellen. So scheint es hier eher Zufall gewesen zu sein, dass alle Getöteten relativ plausibel als Kämpfer eingeordnet werden konnten. Für die anderen Anwesenden in dem Haus, zwei Frauen und ein Kind, wäre eine solche Einstufung kaum möglich gewesen.<sup>87</sup> Daher beurteilt sich die Richtung des Angriffs von außen im Vorhinein keineswegs eindeutig. Warum hier aber keine unterschiedslose „blinde“ Attacke<sup>88</sup> mit glücklichem Ausgang vorlag, die einer Verletzung des Unterscheidungsgebots gleichkäme und ggf. zu einer Strafbarkeit nach § 11 I 1 Nr. 1 VStGB führen würde, begründet der GBA nicht. Seine Prüfung, ob Drohnen generell mit dem Unterscheidungsgebot vereinbar sind<sup>89</sup> verfehlt entsprechend den Zweck, kommt es doch alleine auf die Wahrung der Anforderungen im konkreten Fall und die Prüfung dieser an.<sup>90</sup>

Letztendlich, also ex-post, mag es zwar naheliegen, dass sich der Angriff gegen die Getöteten gerichtet hat. Diese Feststellung hätte jedoch, angesichts der oben erörterten Uneindeutigkeit, einer gründlicheren Erörterung bedurft. Ohne eine solche Prüfung kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass das Unterscheidungsgebot gewahrt wurde und keine gem. § 11 I 1 Nr. 1 VStGB strafbare Tathandlung vorlag.

#### IV. Fazit

Zu kritisieren bleibt die Tatsache, dass der GBA weder alle möglichen Konfliktakteure als mögliche Parteien einordnet<sup>91</sup>, noch eine Zuordnung der konkreten Maßnahme zu einem der hier genannten Konflikte vor-

nimmt<sup>92</sup>. Dadurch vermeidet er eine konkrete Aussage bezüglich der Organisation, für die B. E. tätig gewesen sein soll und der spezifischen Angriffsrichtung.<sup>93</sup> Auch findet keine detaillierte Auseinandersetzung mit der Tatsache statt, dass das beschossene Bauwerk ein ziviles Wohnhaus und damit ein geschütztes Objekt war.<sup>94</sup>

Die Intention des HVR und damit auch des VStGB ist es die Mittel der Kriegsführung zu beschränken und somit unnötiges Leid zu vermeiden.<sup>95</sup> Auch in Zeiten des Konflikts gelten daher bestimmte Regeln. Dazu gehört, dass das Konfliktgebiet klar bezeichnet und vor allem räumlich und zeitlich begrenzt ist.<sup>96</sup> Eine Missachtung dieser Voraussetzungen impliziert die Annahme zeitlich und räumlich unbegrenzter bewaffneter Konflikte, wie sie die USA mit ihrem Konzept des „Global Conflict“<sup>97</sup> und ihrer „war-on-terror“-Doktrin<sup>98</sup> (vgl. D.I.2.b.) vertreten. Diese unbegrenzte Erweiterung des Anwendungsbereichs des HVR ist mit dessen Kerngedanken nicht vereinbar.<sup>99</sup> Die Äußerungen des GBA sind insofern widersprüchlich, als dass er die „war-on-terror“-Doktrin zwar ablehnt<sup>100</sup>, sich einer Zuordnung der Handlung zu einem Konflikt dann aber entzieht. Konsequenterweise hätte gerade seine Ablehnung es erfordert, jede Maßnahme innerhalb einer bewaffneten Auseinandersetzung auch tatsächlich einer solchen zuzuordnen.

Resultieren mögen diese Ungenauigkeiten aus dem Mangel an verlässlichen Informationen. Zur Erlangung dieser hätte in jedem Fall eine Befragung der Verantwortlichen stattfinden müssen, mithin eine indirekte Schuldzuweisung. Die dadurch erzeugten Spannungen mit den USA wollte der GBA wohl vermeiden. Das Ergebnis erweckt auf diese Weise den Anschein einer eher politischen als juristischen Lösung. Seine wenig ergebnisoffene Prüfung wirkt bewusst halbherzig und lässt damit viele Fragen offen.

#### D. Straftaten nach dem StGB

In einem nächsten Schritt untersucht der GBA eine mögliche Strafbarkeit gem. § 211 StGB. Die tatbestandliche

82 Dörmann, in: MüKo, StGB, Bd. 8, Nebenstrafrecht III, 2. Aufl. 2013, Bd. 8, § 11 VStGB Rn. 81; Löffelmann, Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?, JR 11 (2013), 496 (499).

83 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (380).

84 Becker, Rechtsprobleme des Einsatzes von Drohnen zur Tötung von Menschen, Die öffentliche Verwaltung [DÖV] 13 (2013), 493 (499); Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (376); Safferling/Kirsch, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, JA 2 (2010), 81 (84).

85 Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (501).

86 GBA-Verfügung, S. 35.

87 Vgl. Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (502).

88 Vgl. Vogel, DJILP 39:1 (2010), 101 (122 ff.).

89 GBA-Verfügung, S. 32.

90 Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (502); Becker, DÖV 13 (2013), 493 (498).

91 GBA-Verfügung, S. 19.

92 GBA-Verfügung, S. 20.

93 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (379).

94 Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (499).

95 Von Kielmansegg, JZ 8 (2014), 373 (373); Bothe, in: Völkerrecht, Vitzthum (Hrsg.), 6. Aufl. 2013, S. 618 Rn. 56; von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1128–1129.

96 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 13. Auflage 2012, § 74 Rn. 1221, 1222; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 60 Rn. 21.

97 Kreß, JCSL 15 Nr. 2 (2010), 245 (266); Blum/Heymann, Law and Policy of Targeted Killing, HNSJ 1 (2010), 145, 156; Lubell/Derejko, JICJ 65 (87).

98 Von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1157; Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (759).

99 Ambos/Alkatout, JZ 15/16 (2011), 758 (759); Kreß, JCSL 15 Nr. 2 (2010), 245 (266); von der Groeben, Transnat. Confl. and Int'l Law, 2014, S. 77.

100 GBA-Verfügung, S. 21–22.

Verwirklichung zu Lasten von B. E. nimmt er dabei unproblematisch an, sieht die Tat aber aufgrund ihrer Völkerrechtskonformität als gerechtfertigt an.

## I. Völkerrechtliche Rechtfertigung

Zunächst soll die vom GBA nicht diskutierte Frage erörtert werden, welche methodische Berechtigung ein solcher Rechtfertigungsgrund hat. Anschließend wird geprüft, ob eine Rechtfertigung hier möglich ist.

### 1. Der allgemeine Rechtfertigungsgrund des völkerrechtskonformen Handelns

Ob die Konformität einer Handlung mit dem Völkerrecht grundsätzlich als Rechtfertigung für eine tatbestandliche Handlung nach dem StGB dienen kann, ist umstritten. Nimmt man dies an, so unterstellt man einen generellen Vorrang des Völkerrechts vor dem nationalen Strafrecht.<sup>101</sup> Kritisch gesehen wird dies, da es so nicht aus der Verfassung herausgelesen werden könne.<sup>102</sup> Auch wenn das Grundgesetz generell völkerrechtsfreundlich auszulegen sei, so impliziere das mitnichten eine unbegrenzte und ungeprüfte Unterordnung des deutschen Rechts.<sup>103</sup>

Die herrschende Meinung erkennt die Völkerrechtskonformität einer Handlung, insbesondere einer völkerrechtsgemäßen Kriegshandlung, jedoch als Rechtfertigungsgrund an.<sup>104</sup> Zum einen ist Deutschland Vertragspartner der einschlägigen Konventionen zum HVR und hat sich auch gem. Art. 25 I GG dem Völkerrechtsregime untergeordnet.<sup>105</sup> Eine Handlung, die nach dem HVR legitim ist, nach deutschem Recht unter Strafe zu stellen, würde die handelnden Soldaten vor Ort vor einen unlösbaren Konflikt stellen. Um den völkerrechtlichen Normen Wirkung zu verleihen und die „Einheit der Rechtsordnung“<sup>106</sup> zu stärken muss ein Rechtfertigungsgrund des völkerrechtskonformen Handelns somit anerkannt werden. Dass damit im vorliegenden Fall gegen „tragende Grundsätze der Verfassung“<sup>107</sup> verstoßen wird, ist nicht ersichtlich.

### 2. Vereinbarkeit des Drohneneinsatzes mit dem Friedenssicherungsrecht (*ius ad bellum*)

Fraglich ist nun, ob eine solche völkerrechtliche Rechtfertigung im vorliegenden Fall auch gegeben ist. Dies

hängt von der Vereinbarkeit der fraglichen Handlungen mit weiteren, noch nicht im Rahmen des § 11 I 1 Nr. 1 VStGB geprüften völkerrechtlichen Grundsätzen ab. Zunächst müsste der Drohneneinsatz dafür mit dem Friedenssicherungsrecht (*ius ad bellum*) vereinbar sein. Dem Friedenssicherungsrecht kommt eine zeitlich parallele Anwendbarkeit neben dem HVR (*ius in bello*) zu.<sup>108</sup> Beide Normkomplexe sind sachlich jedoch unabhängig voneinander.<sup>109</sup>

Vorliegend kommt insbesondere ein Verstoß gegen das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Ch in Betracht. Gewaltanwendungen gegen einen anderen Staat sind nur aufgrund eines Mandats des UN-Sicherheitsrates oder in Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff, Art. 51 UN-Ch, gestattet.<sup>110</sup> Eine weitere, von der internationalen Gemeinschaft anerkannte Ausnahme stellt das Einverständnis des Staates dar, auf dessen Territorium die Handlungen stattfinden.<sup>111</sup>

#### a. Zustimmung der pakistanischen Regierung

Der GBA unterstellt, dass die Drohneneinsätze mit „offizieller oder inoffizieller Zustimmung“ erfolgt seien.<sup>112</sup> Diese Zustimmung ist jedoch nicht so eindeutig auszumachen, wie vom GBA dargestellt. Anzunehmen ist zwar, dass Pakistan die Drohneneinsätze aus taktischen Gründen zumindest in den Jahren 2008 und 2009 unterstützte.<sup>113</sup> Auch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die US-amerikanischen Drohnen von pakistanischen Luftwaffenstützpunkten starteten<sup>114</sup> und der damalige Präsident Asif Ali Zardari an der Zielauswahl beteiligt war<sup>115</sup>.

Seit 2012 hat die pakistanische Regierung jedoch wiederholt öffentlich erklärt, dass die US-Drohnenangriffe illegal seien und die Souveränität Pakistans verletzen würden.<sup>116</sup> Auch der pakistanische oberste Gerichtshof hat

101 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (381).

102 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (381); Vgl. Engel, Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal deutscher Normen, 1989, S. 231.

103 BVerfGE 111, 307 (319); Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (381).

104 Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 91b; GBA, Verfügung vom 16.04.2010 – 3 BJs 6/10-4, Rn. 10 (Beck-online); Schneider, in: MüKo, StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 212 Rn. 69.

105 Ladiges, Erlaubte Tötungen, JuS 10 (2011), 879 (883); Werle, in: MüKo, StGB, Bd. 8, Nebenstrafrecht III, 2. Aufl. 2013, Einl. VStGB Rn. 55; Becker, DÖV 13 (2013), 493 (499).

106 Ladiges, JuS 10 (2011), 879 (883).

107 BVerfGE 111, 307 (319).

108 Von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1137; Alston, Using International Law to Combat Unlawful Targeted Killings, in: Fastenrath, Ulrich u. a. (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interest, FS Bruno Simma, 2011, S. 1159.

109 Von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1138; Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (8–9); Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (95).

110 Von Arnould, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1021.

111 IGH, Dem. Rep. Kongo v. Uganda, Urteil vom 19.12.2005, Rn. 42–54; G.A. Res. 36/103, UN Doc A/RES/36/103, 09.12.1981, II. o., <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r103.htm> (10.08.2015); IHRRC Clinic/GJ Clinic Report, S. 105.

112 GBA-Verfügung, S. 21.

113 Tim Lister, WikiLeaks: Pakistan quietly approved drone attacks, U.S. special units, 02.12.2010, abrufbar unter: <http://edition.cnn.com/2010/US/12/01/wikileaks.pakistan.drones/> (zuletzt abgerufen am 07.06.2016); Aslam, Waziristan – The Drone Delusion, South Asia Journal [SAJ] 3 (2012); Emmerson, UN GA Report, Rn. 53.

114 Farhan Bokhari, „Officials Confirm CIA Drones in Pakistan“, 19.02.2009, <http://www.cbsnews.com/news/officials-confirm-cia-drones-in-pakistan/> (07.06.2016).

115 Mayer, The Predator War – What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?, The New Yorker, Oktober 2009.

116 IHRRC Clinic/GJ Clinic Report, S. 106; Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (375); Emmerson, UN GA Report, Rn. 53; O’Connell, Unlawful Killing with Combat Drones – A Case Study of Pakistan

die Drohneneinsätze der USA als eine Souveränitätsverletzung Pakistans eingestuft<sup>117</sup>, sie als Kriegsverbrechen bezeichnet<sup>118</sup> und der Regierung aufgetragen, die Angriffe unverzüglich mit allen nötigen Mitteln zu beenden.<sup>119</sup>

Aufgrund dieser Tatsachen kann eine Zustimmung Pakistans heute kaum mehr unterstellt werden. Alleine die Tatsache, dass Pakistan auf vereinzelte Drohnenangriffe, nicht aber diesen hier, ablehnend reagiert hat, lässt nicht auf eine Zustimmung im konkreten Fall schließen.<sup>120</sup> Dass der GBA das nur drei Monate zuvor ergangene pakistani-sche Urteil mit keinem Wort erwähnt, grenzt an Ignoranz.

### b. Sonstige Ausnahmen vom Gewaltverbot

Ein UN-SR Mandat zum Einsatz von Drohnen liegt nicht vor.<sup>121</sup> In Frage kommt demnach nur ein Handeln der USA in Selbstverteidigung, Art. 51 UN-Ch. Dafür müsste dieses Prinzip einem Staat das Recht geben, bewaffnete Anti-Terror Maßnahmen auf dem Territorium eines anderen Staates ohne dessen Einverständnis durchzuführen.<sup>122</sup> In der Folgezeit der Terroranschläge vom 11.09.2001 wurde völkerrechtlich das Selbstverteidigungsrecht gegen terroristische Organisationen auf fremdem Hoheitsgebiet prinzipiell anerkannt, wenn der betroffene Staat unfähig oder unwillig ist, selbst gegen die Gruppen vorzugehen.<sup>123</sup> Unabhängig von der Frage, ob dies eine zulässige Auslegung ist<sup>124</sup>, stellt sich aber die Frage, *gegen was* dieses Selbstverteidigungsrecht hier ausgeübt werden könnte. Ein unmittelbarer Angriff lässt sich heute nicht mehr aus den Anschlägen vom 11.09.2001 folgern. Die USA stützen sich dabei auf ihre „war-on-terror“-Doktrin (s. o. C. I. 5.) und nehmen damit ein präventives Selbstverteidigungsrecht im Kampf gegen den internationalen Terrorismus für sich in Anspruch.<sup>125</sup> Dieser Kampf müsse weder zeitlich noch räumlich eingegrenzt werden<sup>126</sup>. Damit schaffen sie eine

generelle Vermutung für die Annahme, dass Terrororganisationen wie al-Qaida weitere Attentate planen.<sup>127</sup>

Dass solch ein vorbeugendes Handeln von Art. 51 UN-Ch gedeckt ist, wird größtenteils abgelehnt.<sup>128</sup> Ein Zustand der „quasi-permanenten“ Selbstverteidigung<sup>129</sup> ist mit dem „reaktiven“ Charakter des Selbstverteidigungsrechts, welcher es von Vergeltungsmaßnahmen und Repressalien abgrenzt, nicht vereinbar.<sup>130</sup> Die USA nutzen ein solches „robustes“<sup>131</sup> Selbstverteidigungsrecht (*ius ad bellum*) damit zur Rechtfertigung von Handlungen, die dem HVR (*ius in bellum*) unterfallen.<sup>132</sup> Sie verkennen so die Trennung dieser Normkomplexe (s. o. D. I. 2.). Ein Selbstverteidigungsrecht der USA kann hier daher nicht mehr zur Rechtfertigung des Drohneneinsatzes dienen.

### c. Ergebnis

Der Drohneneinsatz kann vorliegend nicht mit dem Selbstverteidigungsrecht aus Art. 51 UN-Ch gerechtfertigt werden. Ob Pakistan dem Einsatz zugestimmt hat kann nicht abschließend festgestellt werden, die Beweislage spricht aber dagegen. Im Zweifel könnte eine fehlende Zustimmung sogar zu einer Internationalisierung des Konflikts führen (vgl. C. II.). Ein Verstoß gegen das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Ch und somit gegen das Friedenssicherungsrecht ist damit naheliegend, sodass eine Rechtfertigung aus diesem Normenkomplex kaum angenommen werden kann.

## 3. Vereinbarkeit des Drohneneinsatzes mit dem HVR (*ius in bellum*)

Beim Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes (s. o. C. I. 3.) greift neben dem Friedenssicherungsrecht auch das HVR ein. Dort gibt es kein spezielles Verbot von Drohnen.<sup>133</sup> Zu prüfen bleibt daher alleine, ob der Drohneneinsatz mit den allgemeinen Regeln des HVR vereinbar ist und damit strafrechtlich gerechtfertigt wäre.

### a. Der Kombattantenstatus

Nicht-Kombattanten ist die Teilnahme an Feindseligkeiten zwar nicht untersagt (s. o. C. II. 1.). Für staatliche Ak-

2004–2009, Notre Dame Law School [NDLS] 09-43 (2010), 1 (18).

117 Peshawar High Court, Urteil vom 11.04.2013, Petition Nr. 1551-P/2012, S. 18.

118 Peshawar High Court, Urteil vom 11.04.2013, Petition Nr. 1551-P/2012, S. 17.

119 Peshawar High Court, Urteil vom 11.04.2013, Petition Nr. 1551-P/2012, S. 19.

120 Vgl. GBA-Verfügung, S. 13.

121 O'Connell, NDLS 09-43 (2010), 1 (19); Boor, HuV 24 (2/2011), 97, 102.

122 Vgl. Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (13); Tams, The Use of Force against Terrorists, The European Journal of International Law [EJIL] 20, Nr. 2 (2009), 359 (374, 377–378).

123 Rudolf/Schaller, SWP-Studie (Januar 2012), S. 13; IHRCR Clinic/GJ Clinic Report, S. 107; Emmerson, UN GA Report, Rn. 56.

124 Vgl. Rudolf/Schaller, SWP-Studie (Januar 2012), S. 13; Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (13).

125 The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, Part. V, <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (07.06.2016); Department of Justice White Paper, S. 3, <http://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/dept-white-paper.pdf> (07.06.2016).

126 Koh, ASIL; Brennan, „Strengthening our Security by Adhering to our Values and Laws“, 16.09.2011, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/09/16/remarks-john-o-brennan-strengthening>

our-security-adhering-our-values-an (07.06.2016); Krefß, JCSL 15 Nr. 2 (2010), 245 (266).

127 Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (26).

128 Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (22); Tams, EJIL 20, Nr. 2 (2009), 359 (389 ff.); Richter, SWP-Aktuell 28 (2013), 1 (5).

129 Rudolf/Schaller, SWP-Studie (Januar 2012), S. 13; Tams, EJIL 20, Nr. 2 (2009), 359, 390.

130 Tibori-Szabó, JCSL (2015), 1 (28); Tams, EJIL 20, Nr. 2 (2009), 359 (391).

131 Alston, UN GA Report, Rn. 14.

132 Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (95–96); Alston, FS Simma, 2011, S. 1158; Draft Articles on Responsibility of States, UN Doc. A/56/10, 2001, S. 176, <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf> (07.06.2016).

133 GBA-Verfügung, S. 31; Schaller, HuV 24 (2/2011), 91 (96); Vgl. Frau, Unmanned Military Systems and Extraterritorial Application of Human Rights Law, Groningen Journal of International Law [GronJIL] 1 (2013), 1 (11); Vgl. Richter, HuV 2 (2011), 105 (112).

teure in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, die auf fremdem Hoheitsgebiet zugunsten einer Partei ohne UN-Mandat eingreifen, gelten aber die Regeln des internationalen bewaffneten Konflikts.<sup>134</sup> Das Kombattantenprivileg gilt damit nur für Angehörige der staatlichen Streitkräfte.<sup>135</sup>

Die US-amerikanischen Drohnenangriffe werden in Pakistan jedoch nicht von staatlicher Seite, sondern von Agenten der CIA ausgeführt<sup>136</sup> – diese gelten aber gewohnheitsrechtlich als Zivilisten<sup>137</sup>. Die Agenten hätten damit keine Kombattantenimmunität und wären strafrechtlich für ihre Taten verantwortlich.<sup>138</sup> Hinzukommt, dass auch die Mitarbeiter und die Einrichtungen der CIA als militärische Ziele angreifbar wären.<sup>139</sup>

Der GBA bejaht den Kombattantenstatus für die CIA als funktionalen Teil der Armee, wozu er sich auf Art. 43 I ZP I beruft.<sup>140</sup> Danach bestehen die Streitkräfte einer Partei aus der Gesamtheit der organisierten Verbände, die einer Führung unterstehen. Die Arbeit der CIA-Agenten und des Militärs sei von „Parallelität und Verzahnung“ geprägt.<sup>141</sup> Auch seien die CIA Mitarbeiter durch ihre dauerhafte Kampffunktion in den Konflikt integriert.<sup>142</sup> Der GBA schließt mit der Aussage, dass sich im Zweifel auch Zivilpersonen rechtmäßig im Rahmen des HVR an Konflikten beteiligen könnten.<sup>143</sup>

Diese Argumentation ist nicht schlüssig. Zum einen widerspricht der GBA sich selbst, indem er zunächst die CIA Agenten als Kombattanten einordnet, sie dann jedoch als Mitarbeiter mit dauerhafter Kampffunktion bezeichnet. Diese Funktion wurde jedoch gerade entwickelt, um Kämpfer eines nicht-internationalen Konflikts einzuordnen, die mangels eines offiziellen Status *nicht* als Kombattanten gelten können (s. o. C. II. 1. a.). Das Merkmal der verantwortlichen Führung („responsible command“)<sup>144</sup> aus der ICRC Richtlinie passt hier auch nicht, da es für Unternehmen gedacht ist, deren gesamter Zweck der Eingliederung in die staatlichen Streitkräfte dient.<sup>145</sup> Dies kann kaum für die gesamte Institution der CIA angenommen werden.

134 Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (103); Stroh, HuV 24 (2/2011), 73 (75); Bothe, in: VölkerR., Vitzthum (Hrsg.), 6. Aufl. 2013, S. 660 Rn. 127; ICRC Guidance, S. 30, 31.

135 Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (103); Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (501).

136 GBA-Verfügung, S. 33.

137 Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (103); Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (375).

138 Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (103); O’Connell, NDLS 09-43 (2010), 1 (22); Frau, HuV 24 (2/2011), 60 (67); Alston, UN GA Report, Rn. 71.

139 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (375); Alston, FS Simma, 2011, S. 1164.

140 GBA-Verfügung, S. 33.

141 GBA-Verfügung, S. 33–34.

142 GBA-Verfügung, S. 34.

143 GBA-Verfügung, S. 35.

144 GBA-Verfügung, S. 33.

145 ICRC Guidance, S. 39.

Dass es letztendlich irrelevant sei ob die CIA-Mitarbeiter Kombattanten seien führt schließlich den Sinn und Zweck dieses Status *ad absurdum*. Er dient gerade dazu die Parteien klar einzugrenzen, insbesondere im nicht-internationalen Konflikt, der aufgrund seiner Asymmetrie bereits von Natur aus unübersichtlich ist.<sup>146</sup> Könnte jede Partei Private zur Ausführung von Kampfhandlungen beauftragen, käme das einer „Lizenz zum Töten“ gleich, die nicht im HVR vorgesehen ist.<sup>147</sup> Verlangt man von den nicht-staatlichen Gruppen, dass sie sich von der Zivilbevölkerung unterscheiden und zumindest die Mindestgarantien des Art. 3 GK I–IV einhalten, so muss dies nach dem Gegenseitigkeitsgrundsatz auch für die staatlichen Kräfte gelten.<sup>148</sup>

Abschließend lässt sich sagen, dass die CIA-Mitarbeiter keinen Kombattantenstatus innehaben. Der durch sie durchgeführte Drohnenangriff wäre damit rein nationalstrafrechtlich zu beurteilen.

#### b. Militärische Notwendigkeit (Verhältnismäßigkeit)

Nach dem Grundsatz der militärischen Notwendigkeit ist bei einem bewaffneten Angriff nur das Maß an Gewalt erlaubt, welches ex-ante nötig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.<sup>149</sup> Zivile Opfer als Kollateralschaden sind nur legitim, wenn der militärische Nutzen des Angriffs überwiegt.<sup>150</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass sich in einem zivilen Wohnhaus höchstwahrscheinlich auch Zivilisten aufhalten<sup>151</sup>, ist hier fraglich, ob dieser Grundsatz gewahrt ist.

Anzunehmen ist, dass die Tötung von mutmaßlichen Terroristen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ein legitimer Zweck ist und dass die Tötung eines solchen Terroristen mittels einer Drohne ein geeignetes Mittel ist, den angestrebten Zweck also zumindest fördert.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Maßnahme auch erforderlich war. Eine Festnahme wäre dem GBA zufolge für die USA hier nicht ohne ein erhöhtes Risiko möglich gewesen<sup>152</sup>, da sie keine effektive Gebietskontrolle haben<sup>153</sup>. Damit war die Maßnahme erforderlich.

146 Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (375).

147 Becker, DÖV 13 (2013), 493 (499); Löffelmann, KS/Nomos 46 (2013), 372 (375).

148 Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (103); vgl. Bothe, in: VölkerR., Vitzthum (Hrsg.), 6. Aufl. 2013, S. 620 Rn. 59.

149 O’Connell, NDLS 09-43 (2010), 1 (23–24); Vogel, DJILP 39:1 (2010), 101 (124); vgl. ICRC Guidance, S. 77, 82.

150 Blum/Heymann, HNSJ 1 (2010), 145 (168); Poretschkin, HuV 2 (2010), 83 (84); Safferling/Kirsch, JA 2 (2010), 81 (84).

151 Becker, DÖV 13 (2013), 493 (498); Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (501).

152 GBA-Verfügung, S. 26.

153 Vgl. Israeli Supreme Court, The Public Committee against Torture in Israel v. Israel, Urteil vom 11.12.2005, HCY 769/02, Rn. 40; von Arnald, VölkerR., 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1193.

Der Eingriff muss aber auch angemessen gewesen sein, der militärische Nutzen darf mithin nicht außer Verhältnis zum voraussichtlichen Schaden stehen. Es muss demgemäß aus einer ex-ante Sicht geprüft werden, ob zivile Verluste zu erwarten wären.<sup>154</sup> Da vorliegend ein ziviles Wohnhaus zur Abendzeit angegriffen wurde, ist dies definitiv der Fall.<sup>155</sup> Es hätte hier folglich eines deutlich höheren Begründungsaufwandes bedurft, um diese Gefährdung mit einer militärischen Notwendigkeit zu rechtfertigen. Wie akut die Gefahr war, die von den mutmaßlichen Angriffszielen ausging, erläutert der GBA jedoch nicht. Er geht auch nicht auf den strategischen Wert der Drohnenattacke ein, obwohl anerkannt ist, dass dieser bei Inkaufnahme der Tötung von Zivilisten und der Zerstörung von zivilem Eigentum den Hass auf die Gegner meist nur schürt und damit neue Kämpfer hervorbringt (Hydra-Effekt).<sup>156</sup> Die bloße Annahme, der Angriff sei verhältnismäßig gewesen, kann hier damit so nicht belegt werden.

## II. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Völkerrechtskonformität ein Rechtfertigungsgrund für eine tatbestandliche Handlung nach dem StGB ist. Dass die entsprechenden Voraussetzungen hier gegeben sind ist jedoch höchst fragwürdig. Es liegt nicht nur ein Verstoß gegen das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Ch nahe, es kann den ausführenden CIA-Mitarbeiter auch kein Kombattantenstatus, mithin auch keine Kombattantenimmunität zugebilligt werden. Dass der Angriff hier verhältnismäßig war, kann auch kaum angenommen werden. Im Ergebnis ist dem GBA daher nicht zuzustimmen. Es liegt keine völkerrechtskonforme Handlung vor. Der tatbestandliche Mord gem. § 211 StGB ist somit nicht gerechtfertigt.

## E. Ergebnis und Ausblick

Drohnen sind aus der Welt einer modernen Konfliktführung nicht mehr wegzudenken. Umso wichtiger ist es daher, ihre Nutzung in den bestehenden rechtlichen Rahmen einzufügen und damit die Grenzen zu berücksichtigen, die insbesondere das Völkerstrafrecht in bewaffneten Konflikten setzt.

Eine Verletzung des Gewaltverbotes geschieht durch Drohnen insbesondere im Kampf gegen den Terrorismus so leicht, dass es beinahe zu einer Lappalie wird. Dass die USA dabei mitunter eine andere Auslegung völkerrecht-

licher Normen pflegen und wichtige Vertragswerke (wie das ZP I und II) bis heute nicht unterzeichnet haben<sup>157</sup>, macht den Dialog nicht leichter. Dass auch das deutsche Militär über die Anschaffung von Kampfdrohnen nachdenkt<sup>158</sup>, wird in der öffentlichen Debatte aber oft übersehen. Auch arbeiten deutsche und amerikanische Behörden zusammen, um mögliche Terrorverdächtige zu finden.<sup>159</sup> Stillschweigend scheint Deutschland froh darüber zu sein, dass die Amerikaner im Anti-Terror-Kampf eine aktive Rolle einnehmen. Auch dies mag die Zurückhaltung des GBA erklären.

Der vorliegende Fall hat für Deutschland damit aber umso mehr die Möglichkeit geboten, Stellung zu beziehen. Die gezielte Tötung mittels einer Drohne als tatbestandlichen Mord zu klassifizieren, ist zwar ein klarer Schritt. Das Ergebnis relativiert diese Entscheidung jedoch maßgeblich, wirkt es doch wie ein Freifahrtschein. Die persönliche Einschätzung mag zwar sagen, dass die Tötung von B. E. in Anbetracht seiner Pläne sinnvoll war, allerdings entbindet das nicht von einer rechtlich korrekten Prüfung. Die Sorge vor diplomatischen Verwerfungen begleitet hier jedoch die gesamte Verfügung.

Die militärischen Vorteile von Drohnen sind jedoch nicht zu leugnen, da durch sie die Leben unzähliger Soldaten geschützt werden. Drohnen sind die sicherste und effektivste Methode terroristische Konfliktparteien in schwer zugänglichen Regionen zu bekämpfen. Es ist dabei durchaus möglich, humanitär-völkerrechtliche Grundsätze auf Drohneneinsätze anzuwenden.<sup>160</sup> Die bestehenden Bestimmungen müssten nur konsequenter angewandt werden.<sup>161</sup> Ziel sollte dabei insbesondere sein, die hohe Zahl ziviler Opfer<sup>162</sup> zu verringern und völkerstrafrechtliche Verstöße entschlossen zu ahnden.

Benötigt werden verlässliche Informationen zu anvisierten Zielen<sup>163</sup> und Transparenz in Bezug auf die Zielauswahl und die Evaluierung möglicher Risiken<sup>164</sup>. Die Verhältnismäßigkeit muss stets individuell geprüft werden<sup>165</sup> und dem Vorsichtsgebot (Art. 57 ZP I) muss Rechnung getragen werden. Nicht zuletzt können menschen-

<sup>154</sup> Becker, DÖV 13 (2013), 493 (499); Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (501).

<sup>155</sup> Vgl. Becker, DÖV 13 (2013), 493 (498); Löffelmann, JR 11 (2013), 496 (501).

<sup>156</sup> Vgl. Blum/Heymann, HNSJ 1 (2010), 145 (165); O'Connell, NDLS 09-43 (2010), 1, 11; Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (99).

<sup>157</sup> Richter, SWP-Aktuell 28 (2013), 1 (5); von Kielmansegg, JZ 8 (2014), 373 (376).

<sup>158</sup> Becker, DÖV 13 (2013), 493, 493; Richter, SWP-Aktuell 28 (2013), 1, 1 ff; Manuel Bewarder, „Deutschland schafft sich Kampfdrohnen an“, 31.03.2015, <http://www.welt.de/politik/deutschland/article138948461/Deutschland-schafft-sich-Kampfdrohnen-an.html> (07.06.2016).

<sup>159</sup> Becker, DÖV 13 (2013), 493 (498, 500–501); BT-Drs. 17/2884, 4–6; BT-Drs. 17/8088, 2–3.

<sup>160</sup> Vgl. Frau, GroJIL 1 (2013), 1 (11); Vgl. Richter, HuV 2 (2011), 105 (112); Alston, UN GA Report, Rn. 79.

<sup>161</sup> Vgl. Vogel, DJILP 39:1 (2010), 101 (137); Frau, HuV 24 (2/2011), 60 (72); Stroh, HuV 24 (2/2011), 73 (77).

<sup>162</sup> Vgl. Vogel, DJILP 39:1 (2010), 101 (124); Boor, HuV 24 (2/2011), 97 (98); Emmerson, UN GA Report, Rn. 32.

<sup>163</sup> Vgl. Alston, UN GA Report, Rn. 82 ff.

<sup>164</sup> Vgl. Alston, UN GA Report, Rn. 87 ff.

<sup>165</sup> Vgl. Alston, UN GA Report, Rn. 93.

rechtliche Standards auch im bewaffneten Konflikt nicht vollkommen außer Acht gelassen werden.<sup>166</sup>

Die Offenlegung aller relevanten Auswahlkriterien ist natürlich realitätsfern - der Prozess sollte aber insoweit nachvollziehbar sein, dass den Drohneneinsätzen das Stigma der Illegalität genommen werden kann. Es sollte weiterhin ein ausdrückliches Verbot für vollautomatische Drohnen geben. Denn schlussendlich hängt die Recht-

mäßigkeit einer Drohnenattacke stets von der Beurteilungsfähigkeit der Person ab, die den Schussbefehl gibt.<sup>167</sup>

Neue Kriege fordern neue Methoden. Wir sollten es dabei tunlichst vermeiden uns auf die brutale Gesetzlosigkeit von Terrorgruppen einzulassen. Das kann uns nur gelingen, wenn wir dem Terror mit rechtsstaatlichen Grundsätzen antworten.

<sup>166</sup> Vgl. *Frau*, GroJIL 1 (2013), 1 (11); *Löffelmann*, JR 11 (2013), 496 (505); *Alston*, UN GA Report, Rn. 29.

<sup>167</sup> Vgl. *Alston*, FS Simma, 2011, S. 1166; *Richter*, HuV 2 (2011), 105 (106).

Olaf Muthorst\*

## Keine Mietsicherheit für verjährte Betriebskosten

**BGB §§ 551, 216** Ist die Nachforderung von Betriebskosten bereits verjährt, kann sich der Vermieter nicht mehr aus der Mietsicherheit befriedigen. Rechtsprechung Zivilrecht

**Der Anspruch des Mieters auf Herausgabe der Mietsicherheit wird fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen ist und dem Vermieter keine Forderungen mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen könnte. Betriebskostennachforderungen sind wiederkehrende Leistungen, so dass nach Eintritt ihrer Verjährung der Vermieter nicht mehr auf die Mietsicherheit zugreifen kann.**

BGH, *Versäumnisurteil vom 20.7.2016 – VIII ZR 263/14*

### Sachverhalt

K war von 2002 bis 2009 Mieter einer Wohnung der V. Bei Mietbeginn hatte K ein Kautionsparbuch eingerichtet, eine Verpfändungserklärung abgegeben und das Sparbuch an V als Mietsicherheit übersandt. Ende 2012 verlangt K Pfandfreigabe und Rückgabe des Sparbuchs. V macht demgegenüber Nachzahlungsforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen vom 31.8.2007 (für das Jahr 2006), 21.10.2008 (für 2007) und 3.11.2009 (für 2008) geltend. Beide wenden ein, die Ansprüche des jeweils anderen seien verjährt. K erhebt 2012 Klage. Ist sie begründet?

### Problemaufriss

Dieser Sachverhalt<sup>1</sup> wirft Fragen nach dem Verhältnis von Mietsicherheit und Verjährung auf und ist damit sowohl aus miet- wie aus verjährungsrechtlicher Sicht aufschlussreich:

Da bei einem Mietverhältnis kein permanenter Leistungsaustausch Zug um Zug stattfinden kann, geht der Vermieter, wenn er dem Mieter die Mietsache überlässt, ein Vorleistungsrisiko ein. Deshalb wird im Mietvertrag (ergänzend zu dem praktisch nicht besonders relevanten Vermieterpfandrecht, §§ 562 ff. BGB) im Allgemeinen eine Mietsicherheit vereinbart, z. B. eine Bürgschaft oder, wie im zu besprechenden Fall, Verpfändung eines Sparbuchs. Erfüllt der Mieter unstreitige oder rechtskräftig ausgeurteilte Ansprüche des Vermieters nicht, kann der Vermieter auf die Mietsicherheit zugreifen.<sup>2</sup> Bei Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter die nicht (mehr) benötigte Mietsicherheit zurückerhalten. Daher muss der Vermieter nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Prüfung und Entscheidung die Mietsicherheit entweder verwerten oder an den Mieter herausgeben.<sup>3</sup> Einen an-

<sup>1</sup> Die 2010 abgerechnete Nachzahlungsforderung für 2009, derentwegen der Bundesgerichtshof an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, wird hier nicht berücksichtigt.

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 2496 Rn. 11 m. w. N.

<sup>3</sup> BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 (1858); *Riecke*, in: Harz/Riecke/Schmid, FA-MietRWE, 5. Aufl. 2015, Kap. 6 Rn. 126, 134; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Einf v § 535 Rn. 126.

\* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

gemessenen Teil der Mietsicherheit darf der Vermieter zurückbehalten, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist, etwa für noch ausstehende Betriebskostenabrechnungen.<sup>4</sup>

Ansprüche unterliegen allerdings grundsätzlich der Verjährung, d.h. nach Ablauf einer längeren Zeit kann der Schuldner eines Anspruchs die Leistung verweigern (§ 214 I BGB). Das trägt erstens dem Umstand Rechnung, dass die Frage, ob ein Anspruch zu Recht geltend gemacht wird oder nicht, umso schwerer zuverlässig geklärt werden kann, je länger die zugrundeliegenden Vorgänge her sind. Zweitens muss sich der Schuldner nicht bis in fernste Zukunft leistungsbereit halten, sondern kann nach Ablauf einer längeren Zeit davon ausgehen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.<sup>5</sup> Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB) und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist (was grundsätzlich Fälligkeit voraussetzt<sup>6</sup>) und 2. der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (§ 199 I BGB).

Je nach dem, wann die Ansprüche von K und V entstanden sind, könnten sie also bei Klageerhebung<sup>7</sup> bereits verjährt gewesen sein.

Soweit es um die Nachzahlungsforderungen der V geht, sind der Verjährung allerdings möglicherweise besondere Grenzen gezogen: So bleibt der Gläubiger gemäß § 215 BGB berechtigt, mit dem verjährten Anspruch aufzurechnen oder auf ihn ein Zurückbehaltungsrecht zu stützen, wenn der Anspruch noch nicht verjährt war, als die Aufrechnung oder die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erstmals möglich war. Das Interesse am Erhalt der einmal eingetretenen Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungslage und das Vertrauen auf deren Fortbestand werden vom Gesetz geschützt.<sup>8</sup> Gemäß § 216 I BGB bleiben auch akzessorische Sicherheiten wie Hypothek und Pfandrecht von der Verjährung der gesicherten Forderung unberührt, stehen dem Gläubiger also weiterhin zur Befriedigung zur Verfügung. Das wird als Erweiterung von § 214 II BGB verstanden<sup>9</sup>, wonach der Gläubiger eine Leistung des Schuldners behalten darf, die nach Eintritt der Verjährung erbracht worden ist. Davon macht § 216 III BGB aber wiederum eine Gegen Ausnahme, wenn es sich um Rückstände aus wiederkehrenden Leistungen handelt. Hätte der V also ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsicherheit zugestanden, als die

Nachzahlungsforderungen noch nicht verjährt waren, wäre die Verjährung zu verneinen; umgekehrt wäre sie zu bejahen, falls es sich bei der Mietsicherheit um ein Pfandrecht i. S. v. § 216 I BGB und bei den Nachzahlungsforderungen um rückständige wiederkehrende Leistungen i. S. v. § 216 III BGB handeln sollte.

### Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat die Verjährung des Anspruchs des K verneint und versagt V wegen Verjährung seiner Nachzahlungsforderungen den Zugriff auf die Mietsicherheit. Das ist ein erstaunliches Ergebnis, wenn man den Zweck der Mietsicherheit darin sieht, den Vermieter vor Nachteilen zu schützen, die sich ergeben, wenn der Mieter seine Pflichten aus dem Mietvertrag nicht erfüllt, denn unzweifelhaft war K zur Nachzahlung der Betriebskosten verpflichtet. Der Zweck der Mietsicherheit ist aber enger zu verstehen: Die Mietsicherheit soll dem Vermieter nicht eine besonders schnelle Befriedigungsmöglichkeit verschaffen<sup>10</sup>, sondern ihn von dem Vorleistungsrisiko entlasten. Sie soll verhindern, dass er Ansprüche zwar erfolgreich geltend macht, aber nicht im Vollstreckungswege realisieren kann. Sie soll ihn *nicht* von der Obliegenheit entlasten, einen Anspruch durchzusetzen, bevor er verjährt ist. V hätte also innerhalb der Verjährungsfrist wegen unstreitiger Nachzahlungsforderungen die Mietsicherheit verwerten und streitige Nachzahlungsforderungen gerichtlich geltend machen müssen. Da sie das nicht tat, steht ihr nun keine gesicherte Forderung mehr zu und K kann Rückgabe der Mietsicherheit verlangen.

Dieser Anspruch ergibt sich zum einen aus der mietvertraglichen Sicherungsabrede. Sie ist grundsätzlich so zu verstehen, dass der Mieter mit Hingabe der Mietsicherheit einen auf das Ende des Mietverhältnisses aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch erwirbt, der eine angemessene Zeit nach Rückgabe der Mietsache fällig wird, wenn der Vermieter der Mietsicherheit nicht mehr bedarf.<sup>11</sup>

Zum anderen ergibt sich der Anspruch auch daraus, dass das Pfandrecht des Vermieters an der Kontoforderung ein akzessorisches Sicherungsrecht ist, das erlischt, wenn die gesicherte Forderung erlischt (§ 1252 BGB) oder nicht mehr entstehen kann.<sup>12</sup> Ist die gesicherte Forderung wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar, kann der Verpfänder Rückgabe des Pfandes verlangen (§ 1254 BGB), so dass das Pfandrecht nach § 1253 I 1 BGB erlischt, bzw. Aufhebung des Pfandrechts.<sup>13</sup> Gemäß

4 BGH NJW 2006, 1422.

5 Im Einzelnen Grothe, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, vor § 194 Rn. 6 ff.

6 Ellenberger, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 199 Rn. 3.

7 Die Klageerhebung selbst hätte zur Hemmung der Verjährung (also zum „Anhalten der Uhr“, § 209 BGB) geführt, vgl. § 204 I Nr. 1 BGB.

8 Henrich, in: BeckOK BGB, 40. Ed. 2016, § 215 Rn. 1.

9 Vgl. Grothe, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 216 Rn. 1.

10 BGH NJW 2014, 2496 Rn. 11.

11 BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 12.

12 Bassenge, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1252 Rn. 1.

13 Bassenge, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1273 Rn. 2.



§§ 1273, 1223 Abs. 1 BGB ist ein verpfändetes Sparbuch dann zurückzugeben.<sup>14</sup>

Sowohl der Anspruch aus der Sicherungsabrede als auch der dingliche Anspruch sind nicht bereits mit Rückgabe der Mietsache 2009 fällig geworden, weil die V zu diesem Zeitpunkt noch über durchsetzbare gesicherte Forderungen verfügte, der Mietsicherheit also noch bedurfte. Die Ansprüche des K waren bei Klageerhebung 2012 also auch noch nicht verjährt.<sup>15</sup>

Die Ansprüche des K setzen aber jeweils voraus, dass V die Nachzahlungsforderungen jetzt nicht mehr geltend machen kann. Die von V verlangten Nachzahlungen verjährt jeweils in der Frist des § 195 BGB von drei Jahren nach ihrer Abrechnung (vgl. § 199 Abs. 1 BGB)<sup>16</sup>, also Ende 2010, 2011 und 2012. Bis dahin hatte V das Pfandrecht nicht verwertet. Nach Verjährung einer gesicherten Forderung kann das Pfandrecht wegen § 216 III BGB auch nicht mehr gemäß § 216 I BGB geltend gemacht werden, denn die Zahlung von Betriebskosten durch den Mieter ist eine wiederkehrende Leistung – auch, wenn

der Mieter monatlich eine Vorauszahlung erbringt, so dass sich nur einmal jährlich eine Nachzahlungsforderung ergeben kann, die noch dazu in jedem Jahr eine andere Höhe hat.<sup>17</sup> Da keine durchsetzbaren gesicherten Forderungen mehr vorhanden sind, verneint der Bundesgerichtshof auch ein Zurückbehaltungsrecht der V.<sup>18</sup>

Das wirft allerdings die kritische Frage auf, ob die Befugnis der V, trotz Verjährung der gesicherten Forderung auf die Mietsicherheit zuzugreifen, in der Tat davon abhängen soll, ob es sich um eine akzessorische Mietsicherheit handelt (dann § 216 BGB mit der Grenze des Abs. 3) oder nicht (dann § 215 BGB, der eine entsprechende Einschränkung nicht enthält). Ohnehin überzeugt der Aspekt des § 216 III BGB nicht recht: Auch wenn es sich nicht um eine wiederkehrende Leistung handeln sollte, mit der K im Rückstand war, wäre es nach dem oben herausgearbeiteten Zweck des Sicherungsrechts naheliegend, V die Verwertung zu versagen. Die Mietsicherheit schützt nicht vor der Verjährung der gesicherten Ansprüche.

<sup>14</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 12.

<sup>15</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 13.

<sup>16</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 13.

<sup>17</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 16 ff.

<sup>18</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 20.7.2016, VIII ZR 263/14, Rn. 22.

Janek Piorr\*

## Russland vor dem Internationalen Gerichtshof – technisches K. O. vor der ersten Runde

**Art. 36 I IGH-Statut** Zur Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs aufgrund einer Schiedsklausel in einem völkerrechtlichen Menschenrechtsabkommen.

Under Art. 22 of CERD, negotiations constitute a precondition to the exercise of the ICJ's jurisdiction. The Court accordingly concludes that this requirement has not been satisfied. Art. 22 thus cannot serve to found the Court's jurisdiction in the present case.<sup>1</sup>

IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgien ./ Russland)

Under human rights treaties, the individuals concerned, in situations of great vulnerability or adversity, need a higher standard of protection; the ICJ

\* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht von Herrn Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.) an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 183 f., Urteil und abweichende Meinungen abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=4d&case=140&code=GR&p3=4> (25.10.2016).

applied, contrariwise, a higher standard of State consent for the exercise of its jurisdiction.<sup>2</sup>

*Richter Cançado Trindade in seiner abweichenden Meinung zum Urteil*

### Sachverhalt

Seit 1918 ist Georgien Austragungsort anhaltender Konflikte. Diese betreffen die autonomen Regionen Südossetien und Abchasien und das Verhältnis der dort lebenden ossetischen zu der georgischen Volksgruppe. Russland unterstützt die ossetische Separationsbewegung,<sup>3</sup> ins-

<sup>2</sup> Judge Cançado Trindade, Dis. Op. to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 162.

<sup>3</sup> Vgl. zum entsprechenden Referendum 2006 <http://www.zeit.de/online/2006/46/Suedossetien-Referendum> (25.10.2016).

besondere seit Anfang der 1990er Jahre, um einem Anschluss an die Russische Föderation Vorschub zu leisten.<sup>4</sup>

Am 08.08.2008 startete Georgien eine Militäroffensive auf dem Gebiet der abtrünnigen Provinzen. Das russische Militär griff ein und rückte bis Kerngeorgien vor. Es kam zu massiven Flüchtlingsströmen, bei denen sowohl in den Krisenregionen lebende Osseten nach Russland als auch Teile der dortigen georgischen Minderheit in das Stammland flüchteten.<sup>5</sup> Georgien warf Russland Diskriminierungen bis hin zu „ethnischer Säuberung“ vor.<sup>6</sup> Am 12.08.2008 wurde ein fragiler Waffenstillstand geschlossen.

Am selben Tag erhob Georgien vor dem IGH Klage gegen Russland. Aus völkerrechtlicher Perspektive stellte dies ein Novum dar – das erste Mal in der Geschichte des IGH sollte Russland als Partei vor dem „Weltgericht“ auftreten.

### Das Verfahren vor dem IGH

Das Verfahren vor dem IGH ist in zwei Abschnitte unterteilt. Erhebt der verklagte Staat prozesshindernde Einreden („preliminary objections“), wird vor der materiellen Befassung gesondert über diese entschieden. Zuständigkeitsfragen sind von besonderer Bedeutung, da das Völkerrecht als Recht zwischen souveränen Staaten keine von vorherein obligatorische Gerichtsbarkeit kennt.<sup>7</sup>

Eine generelle Unterwerfungserklärung unter die Jurisdiktion des IGH nach Art. 36 II IGH-Statut (sog. „Fakultativklausel“)<sup>8</sup> hat Russland nie abgegeben.<sup>9</sup> Daneben kann die Zuständigkeit des IGH nach Art. 36 I IGH-Statut auch durch sog. „kompromissorische Klauseln“ in einzelnen Völkerrechtsverträgen begründet werden.

### Die Anträge der Parteien

Die Konvention zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung vom 21.12.1965 (CERD)<sup>10</sup> enthält in Art. 22 eine solche Klausel:<sup>11</sup>

4 Eine Zusammenfassung des Konflikts findet sich bei MacFarlane, Eingefrorene Konflikte in der ehemaligen Sowjetunion - der Fall Georgien/Südossetien, OSZE-Jahrbuch 2008, 23 ff., 26 ff.

5 Pressemitteilung des UNHCR vom 20.08.2008, abrufbar unter [http://www.unhcr.de/no\\_cache/detail/artikel/artikel/un-fluechtlingskommissarin-georgien.html](http://www.unhcr.de/no_cache/detail/artikel/artikel/un-fluechtlingskommissarin-georgien.html) (25.10.2016).

6 IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 183 ff.

7 Vgl. Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017 (i.E.), Rn. 957. Näheres zum Verfahren ebd. Rn. 974 ff.

8 Vgl. Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 63 Rn. 3 f.

9 Ebenso wenig China, Frankreich und die USA haben ihre Erklärungen 1974 bzw. 1984 zurückgezogen.

10 Zwischen den Parteien seit 2.7.1999 in Kraft; englischer Originaltext abrufbar unter <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (25.10.2016).

11 Vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 20.

„Any dispute [...] with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation [...], shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision [...]“

Georgien warf Russland vor, Pflichten aus der Konvention verletzt zu haben, durch systematische Diskriminierung der georgischen Minderheit in Südossetien und Abchasien durch Tötungen, Folter, Vertreibungen, Deportationen und Enteignungen während sämtlicher Auseinandersetzungen seit Anfang der 1990er Jahre bis hin zur jüngsten Eskalation.<sup>12</sup>

Russland erhob die Rüge der Unzuständigkeit. Zum maßgeblichen Zeitpunkt habe kein Streit („dispute“) zwischen den Parteien in Ansehung der CERD bestanden („first preliminary objection“). Daneben statuiere Art. 22 CERD das Scheitern diplomatischer Verhandlungen als Prozessvoraussetzung, die Georgien nicht erfüllt habe („second preliminary objection“).<sup>13</sup>

### Die Entscheidung des Gerichtshofs

Nachdem der IGH einem Antrag Georgiens auf einstweiligen Rechtsschutz am 15.08.2008 mit knapper Mehrheit stattgegeben und die Parteien zur Einhaltung ihrer Konventionspflichten ermahnte hatte,<sup>14</sup> erklärte er sich mit Urteil vom 01.04.2011 für in der Hauptsache unzuständig.

Der erste Teil des Urteils<sup>15</sup> beschäftigt sich mit Russlands „first preliminary objection“. Der IGH definiert einen „Streit“ als Meinungsverschiedenheit in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zwischen zwei Parteien. Anhand objektiver Anhaltspunkte müsse sich zeigen, dass den Behauptungen einer Partei durch die andere entgegengetreten worden sei. Der Streit müsse zum Zeitpunkt der Antragstellung bestehen und sich auf Rechte oder Pflichten aus der CERD beziehen.<sup>16</sup>

Der Gerichtshof stellt fest, dass zwischen 1992 und 2008 Streitigkeiten zwischen den Parteien auftraten<sup>17</sup> und

12 Vgl. Georgiens Applikation Instituting Proceedings of 12.08.2008, Rn. 81, abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=4d&case=140&code=GR&p3=0> (25.10.2016).

13 S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 21.

14 Vgl. ICJ Order to the Request for the Indication of Provisional Measures of 15.08.2008, Rn. 149; s. auch die Joint Dissenting Opinion der gegen diesen Beschluss stimmenden Richter, die insbesondere die Unzuständigkeit des IGH rügten, beides abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=4d&case=140&code=GR&p3=3> (25.10.2016).

15 IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 23-114.

16 S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 29 f.

17 IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 31.

prüft eine Vielzahl offizieller Dokumente auf einen Zusammenhang des Konflikts mit der CERD. Weder vor dem Inkrafttreten der Konvention im Jahre 1999<sup>18</sup> noch danach bis zur Eskalation des Konflikts<sup>19</sup> habe ein solcher bestanden.<sup>20</sup> Einer Resolution des georgischen Parlaments aus dem Jahre 2001, in der Russland als Partei eines CERD-relevanten Konflikts erschien, wurde keine rechtliche Relevanz zugebilligt, da sie von der georgischen Regierung nicht bestätigt wurde.<sup>21</sup>

Erst nach Ausbruch des offenen Krieges sei – durch den öffentlichen Vorwurf des georgischen Präsidenten Saakashvili, Russland beuge „ethnische Säuberung“, und dessen Zurückweisung durch den Russischen Außenminister – ein CERD-relevanter Streit feststellbar.<sup>22</sup> Russlands „first preliminary objection“ wird daher zurückgewiesen.<sup>23</sup>

Bezüglich Russlands „second preliminary objection“ untersucht der IGH zunächst, ob Art. 22 CERD überhaupt eine Bedingung enthält, die vor seiner Anrufung erfüllt werden müsste. Es sei durchaus üblich, dass kompromissorische Klauseln das Scheitern von Verhandlungen zwischen den Parteien als Prozessvoraussetzung konstituieren. Dies fördere die friedliche Streitbeilegung und stelle einen wichtigen Indikator für die Reichweite des Konsenses der Staaten in Ansehung der Verpflichtungen dar.<sup>24</sup>

Der Gerichtshof legt Art. 22 CERD im Lichte „gewöhnlicher Bedeutung“ vergleichbarer Klauseln aus. Die Passage „not settled by negotiation“ sei nicht nur klarstellend,<sup>25</sup> sondern stelle – unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung – eine Prozessvoraussetzung dar.<sup>26</sup> Aus der Entstehungsgeschichte ließe sich kein gegenteiliger Inhalt ableiten. Das Scheitern diplomatischer Verhandlungen vor Antragstellung sei eine zwingende Bedingung für die Befassung des IGH.<sup>27</sup> Verhandlungen wer-

den als ein – über den reinen Austausch widerstreitender Rechtsansichten hinausgehender – Versuch einer Kontaktaufnahme mit dem Ziel der Lösung des gegenständlichen „Streits“ definiert.<sup>28</sup>

Vor dem festgestellten „Streit“ habe es zwischen Georgien und Russland eine Reihe von Verhandlungen gegeben. Diese wiesen jedoch schon in zeitlicher Hinsicht nicht den notwendigen Bezug zur CERD auf.<sup>29</sup> Nach dem Ausbruch des Streits kann der Gerichtshof – durch Obduktion einzelner Dokumente und Stellungnahmen – nur gegenseitige Anschuldigungen erkennen, jedoch nicht den Versuch, den Streit diplomatisch beizulegen.<sup>30</sup> Daher gibt der Gerichtshof mit 10 zu 6 Stimmen Russlands „second preliminary objection“ statt und erklärt sich für unzuständig.<sup>31</sup>

### Abweichende und ergänzende Meinungen

10 der 16 Richter machten von der Möglichkeit einer vom Urteil abweichenden oder dieses klarstellenden Stellungnahme Gebrauch. Drei Richter führen aus, dass ihrer Meinung nach schon kein „Streit“ i. S. d. Art. 22 CERD vorlag. Der Inhalt der „Kriegsrhetorik“ sei zu formalistisch betrachtet worden,<sup>32</sup> es fehle der Zusammenhang zur CERD.<sup>33</sup>

Fünf der überstimmten Richter zeigen in einer „joint dissenting opinion“ auf, weshalb sie die Zuständigkeit für begründet halten. Sie rügen, dass das Urteil bei der Auslegung von Art. 22 CERD Aspekte außer Betracht gelassen habe, welche gegen eine zwingende Prozessvoraussetzung gesprochen hätten. Weder die vorherige Rechtsprechung noch die wörtliche Auslegung weise auf eine Deutung in diese Richtung. Da es keine entsprechende allgemeine Regel gäbe, hätte die Formulierung deutlich sein müssen.<sup>34</sup> Außerdem hätte das Gericht die Anforderungen an vorherige Verhandlungen durch einen formalistisch-unrealistischen Umgang mit dem Begriff überspannt.<sup>35</sup> Georgien

<sup>18</sup> IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 50–64.

<sup>19</sup> IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 65–105.

<sup>20</sup> IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 105.

<sup>21</sup> Vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 71 ff.; allgemein habe sich die Regierung bei Weiterleitung parlamentarischer Dokumente an die UNO nie auf die Verletzung der CERD durch Russland bezogen, vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 89.

<sup>22</sup> S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 109 ff.

<sup>23</sup> S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 114, 187.

<sup>24</sup> Vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 131.

<sup>25</sup> Vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 133 f.

<sup>26</sup> Vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 140 f.

<sup>27</sup> S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 147.

<sup>28</sup> Ohne die CERD oder konkret verletzte Rechte ausdrücklich erwähnen zu müssen, vgl. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 161.

<sup>29</sup> S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 170.

<sup>30</sup> S. IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 181 f.

<sup>31</sup> IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 183 f., 187.

<sup>32</sup> Vize-Präsident Tomka, Declaration to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff.

<sup>33</sup> Judge Koroma, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff.; ebenso das Vorliegen eines „Streits“ verneinend Judge Skonikov, Declaration to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff.

<sup>34</sup> President Owada u. a., Joint Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 34 ff.

<sup>35</sup> President Owada u. a., Joint Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 50 ff.

habe die richtigerweise anzulegenden Anforderungen erfüllt, da Russland keinerlei Verhandlungsbereitschaft gezeigt, sondern Forderungen kategorisch abgelehnt habe.<sup>36</sup>

Einige Richter kritisieren, das Gericht sei bei der Feststellung eines „Streits“ zu formalistisch vorgegangen,<sup>37</sup> habe einzelne Dokumente zusammenhanglos betrachtet und andere völlig außer Betracht gelassen.<sup>38</sup> Vielmehr sei ein „Streit“ in objektiver Betrachtungsweise festzustellen.<sup>39</sup> Im Zuständigkeitsverfahren sei es weder möglich noch nötig, die Behauptungen des Antragssteller gänzlich auf Richtigkeit zu überprüfen,<sup>40</sup> der Gerichtshof habe die ihm zugedachte Aufgabe der umfangreichen Aufklärung (im Hauptverfahren) nicht wahrgenommen.<sup>41</sup> Er habe den Beginn des „Streits“ zu einem viel zu späten Zeitpunkt festgestellt und damit die Feststellung des Scheiterns vorheriger Verhandlungen vereitelt.<sup>42</sup> Der IGH sei von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen und habe unnötige Hürden für seine Gerichtsbarkeit geschaffen, die in Zukunft gerade Staaten mit wenig (juristischen) Ressourcen den Zugang erschweren könnte.<sup>43</sup>

Nicht nur wegen ihres Umfangs (84 Seiten zu 72 Seiten Urteil) sticht die „dissenting opinion“ des brasilianischen Richters Cançado Trindade heraus. Nach umfassender Analyse einschlägiger internationaler Rechtsprechung schlussfolgert er, dass neben den angewandten Auslegungsmethoden der kontextuale Rückbezug auf das Wesen der Konvention und deren Sinn und Zweck von entscheidender Bedeutung sei.<sup>44</sup> Kompromissorische Klauseln in menschenrechtlichen Verträgen wie der CERD – die in erster Linie dem Schutz von Individualrechten dienen – stellten die effektive Gewährleistung der Rechte durch die Möglichkeit des Erstreitens eines verbindlichen Urteils sicher.<sup>45</sup> Menschenrechtsab-

kommen seien sog. „living instruments“,<sup>46</sup> deren Inhalt im Lichte der gegenwärtigen Gegebenheiten auszulegen sei.<sup>47</sup> Zusätzliche prozedurale Voraussetzungen konterkarierten das angestrebte hohe Schutzniveau der CERD.<sup>48</sup> Staatenkonsens sei für die Schaffung einer Jurisdiktionsklausel konstitutiv, habe auf ihre Auslegung aber keinen Einfluss mehr. Eigenart und Zweck solcher Klauseln sei es, im Falle eines Konflikts die Parteien auch gegen ihren Willen zu binden.<sup>49</sup> Das aktuelle Urteil gefährde, auch losgelöst vom Einzelfall, den effektiven Schutz von Menschenrechten durch den IGH.<sup>50</sup>

## Fazit

Das Urteil zeigt in besonderer Deutlichkeit den dem modernen Völkerrecht innewohnenden Konflikt zwischen der Souveränität der Staaten und dem effektiven Schutz von Individuen auf. Ist der für den Schutz zuständige Staat nicht Willens oder in der Lage, ihn zu gewährleisten, stellt sich die Frage, wer diese Aufgabe an seiner statt übernehmen kann. Neben der Übernahme durch andere Staaten oder die Staatengemeinschaft („responsibility to protect“<sup>51</sup>) bestünde die Möglichkeit des – präventiven wie repressiven – Rechtsschutz durch internationale Gerichte. Diese sind, mangels zwangsweiser Durchsetzungsmöglichkeiten bindender Urteile, auf die Kooperation der beteiligten Staaten angewiesen. Daher darf der Bogen der Gerichtsbarkeit gegen den Willen der Staaten auch nicht überspannt werden.

In diesem Spannungsfeld befindet sich der IGH zunehmend in dem Maße, in dem das Individuum in den Fokus des Völkerrechts rückt.<sup>52</sup> Will er seiner Aufgabe als „Weltgericht“ gerecht werden, sollten die Richter in Den Haag mutiger über ihre Zuständigkeit entscheiden und zukünftig von äußerlich formalistischen, inhaltlich aber kaum übersehbar politischen motivierten Urteilen Abstand nehmen. Vorliegend wurde die Möglichkeit einer wegweisenden Grundsatzentscheidung vertan. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verurteilte Russland auf Staatenbeschwerde Georgiens wegen Vor-

<sup>36</sup> President Owada u. a., Joint Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 72 ff.

<sup>37</sup> Vgl. Judge Simma, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 8 ff.; Judge Abraham, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 24 ff.

<sup>38</sup> President Owada, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 22.

<sup>39</sup> Judge Donoghue, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 11 f.

<sup>40</sup> President Owada, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 8.

<sup>41</sup> Vgl. Judge Simma, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 21.

<sup>42</sup> Vgl. Judge Donoghue, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 15 ff., 21.

<sup>43</sup> Judge Donoghue, Separate Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 22 ff.

<sup>44</sup> S. Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 68.

<sup>45</sup> Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 192.

<sup>46</sup> Eine Terminologie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, vgl. Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017 (i. E.), Rn. 1032.

<sup>47</sup> Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 167 ff.

<sup>48</sup> Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 89 ff.

<sup>49</sup> Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 198.

<sup>50</sup> Judge Cançado Trindade, Dissenting Opinion to IGH, Urteil vom 01.04.2011 (Georgia v. Russian Federation), I.C.J. Reports 2011, S. 70 ff., Rn. 186.

<sup>51</sup> Näheres hierzu s. Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017 (i. E.), Rn. 519 ff.

<sup>52</sup> Zu dieser Entwicklung vgl. Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 12 Rn. 2.

gängen in den Jahren 2006–2007, die als systematische Vertreibung beschrieben werden können.<sup>53</sup>

Russland bleibt vor dem IGH weiter ungeschlagen, ohne den Ring des Hauptverfahrens je betreten zu haben. Trotz der Ankündigung der Ukraine, Russland we-

<sup>53</sup> Vgl. EGMR, Urteil vom 03.07.2014, Rs. 13255/07 – Georgia v. Russia (I).

gen des Krim-Konflikts vor den Gerichtshof zu ziehen,<sup>54</sup> steht in näherer Zukunft mangels Jurisdiktionsgrundlage eine Änderung dieses Status nicht zu erwarten. Vielmehr scheint es, als hätten sich die Richter in Den Haag gegenseitig außer Gefecht gesetzt.

<sup>54</sup> Vgl. Zeit-Online vom 01.04.2014, abrufbar unter <http://www.zeit.de/politik/ausland/2014-04/ukraine-russland-krim-klage-den-haag> (25.10.2016).

## Verfassungsgerichtshof (Hrsg.): Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa

Von Andreas Raffener\*

*Besprechung von Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa. Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven, 2 Bde., 1065 S. (broschiert) Wien 2015, ISBN: 978-3-7046-6791-5, 149.00 €.*

Wenn man die Verfassungsgeschichte näher beobachtet, so stellt man ohne juristische Fachkenntnis verhältnismäßig schnell fest, dass die formelle Staatsverfassung seit dem Jahr 1776 immer mehr Überhand gewonnen hat. Die Ermangelung einer formalen Verfassung ist aus diesem Grund eher als Ausnahme zu betrachten. Rechte ohne Gedankengang können tatsächlich als wertlos angesehen werden, denn sie erhalten erst einen Status, wenn sie mit staatlicher Gewalt ausgeführt werden. Der Mensch ist ein soziales Wesen, und keineswegs nur deswegen sind die nationalen Verfassungsgerichte erpicht, ein reziprokes Naheverhältnis zu suchen.

Vor ziemlich genau 45 Jahren fand in der einstigen jugoslawischen Hafenstadt Dubrovnik ein Treffen statt, bei dem sich die Präsidenten der Verfassungsgerichte Deutschlands, Italiens, Österreichs und des Gastgeberlandes zusammenschlossen, um sich in einem europäischen Kontext über die Miteinbeziehung der Richtlinie einer richterlichen Unabhängigkeit zu unterhalten. Ferner legte man eine Grundlage für einen beständigen Transfer von Erfahrungswerten fest und setzte die Inangriffnahme weiterer Treffen an.

Das zu rezensierende, zweibändige Werk beinhaltet die Abhandlungen der 16. Tagung aus dem Jahr 2014, die sich vollständig mit der Themenstellung der Zusammenarbeit und ihren augenblicklichen Aspekten und Rah-

menbedingungen befasst. Die erstklassig gegliederten Bücher werden mit einem Generalbericht von Christoph Grabenwarter, einem Richter am österreichischen Gerichtshof, eröffnet. Die 41 Länderberichte von A(lbanien) bis U(kraine) sind lesenswert, und auch das assoziierte Mitglied Weißrussland darf nicht fehlen.

Sowohl Präsidenten als auch Richter der nationalen Verfassungsgerichte, aber auch jene von EGMR und EuGH, berieten sich über den Ist-Zustand des Zusammenspiels der Gerichte, aber darüber hinaus auch über die Wechselwirkungen zwischen Verfassungsrecht und Europarecht. Auch ihre Texte sind enthalten.

Alles in allem werden in bis zu drei Sprachen gegenwärtige Erfolge, Fragen und Forschungsgegenstände aufgeworfen, die sich mit der Interessengemeinschaft der Verfassungsgerichte im europäischen Geiste beschäftigen. Die Zusammenarbeit ist noch lange nicht an ihr Ende gelangt, denn so wie der europäische Reifeprozess der Integration und der Inklusion ein andauernder ist, so ist man an der Entwicklung der Verfassungsgerichte immer folgerichtig interessiert, so dass sich diese zugunsten aller erweitern und verbessern.

Kurzum sind die zu besprechenden Werke für jene Leser erstklassig, welche sich für das Verfassungsgericht des eigenen Landes interessieren, über den eigenen Teller rand blicken und im gesamteuropäischen Kontext denken. Die Fülle von Auskünften, etwaige Referenzen der Judikatur und vieles mehr erlauben dem geflissentlichen Leser auch die Aussicht, auf den Versuch eines europäischen Vergleichs der Verfassungen hinzusteuern. Ob das wahrhaftig angepeilt wird, bleibt aber dem Leser freigestellt. Einen Versuch wäre es aber allemal wert.

\* Mag. Phil. der Geschichte, Doktorand an der Universität Innsbruck.

## 2. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler

### Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive

von Benjamin Dzatkowski\*

*Nach dem erfolgreichen Start der Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler im letzten Jahr an der Universität zu Köln, luden dieses Jahr Prof. Dr. Roland Broemel und Prof. Dr. Olaf Muthorst von der Universität Hamburg sowie Prof. Dr. Paul Krell und Prof. Dr. Jens Prütting von der Bucerius Law School vom 30. September bis zum 01. Oktober in den Räumen der Bucerius Law School zur 2. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler ein. Doktoranden, Habilitanden, Juniorprofessoren und Privatdozenten aus Deutschland, Österreich, Italien und Polen diskutierten über das Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive.*

Die Keynote hielt die ehemalige EuGH-Richterin Prof. Dr. Ninon Colneric zum Thema „Geheimhaltung und faires Verfahren bei der Terrorismusbekämpfung – Die Kadi-Rechtsprechung des EuGH“. Professorin Colneric zeigte dabei das Spannungsfeld zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Nationalstaaten auf der einen und effektivem Rechtsschutz gegen Sanktionen aufgrund von UN-Resolutionen auf der anderen Seite auf. Dabei beleuchtete Sie auch das Verhältnis von Europa- und Völkerrecht. In der Praxis führe die wechselseitige Verpflichtung der Nationalstaaten, nachrichtendienstliche Erkenntnisse nur mit Zustimmung des die Information bereitstellenden Staates an Betroffene sowie an die europäischen Gerichte weiterzugeben, zu einer ungerechtfertigten Beschneidung grundlegender Verteidigungsrechte der Betroffenen, denen auf UN-Ebene mangels eines übergeordneten Gerichts auch kein effektiver Rechtsschutz gegen UN-Sanktionen zur Verfügung stehe. Hierin sehe der EuGH auch einen Verstoß gegen *Ius cogens*, sodass der Gerichtshof ausnahmsweise, vergleichbar mit der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Gültigkeit von UN-Resolutionen in Form von EU-Verordnungen überprüfe, solange auf Ebene der UN kein ausreichender Grundrechtsschutz gewährleistet sei.

Sodann folgten zwei weitere Grundlagenbeiträge von Dr. Katharina Reiling zum Thema „Introvertierte versus extrovertierte Normenkontrolle – Ein Verfassungsprozessrechtsvergleich zur Weiterentwicklung des Kooperationsverhältnisses europäischer Verfassungsgerichte“ sowie Maria Daniela Poli, Phd zum justiziellen Dialog

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli der Universität Hamburg

in Europa. Während Reiling exemplarisch das schweizerische und österreichische Modell extrovertierter Normenkontrolle in Form verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle am Maßstab der europäischen Grundrechte, insbesondere der EMRK und der Grundrechtecharta erläuterte, zeigte Poli die tatsächliche Dimension justiziellen Dialoges anhand empirischer Forschung zu Rechtsvergleichung und internationaler Zusammenarbeit innerhalb der europäischen Justiz, unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Perspektive, auf.

Nach den Grundlagenbeiträgen folgten am zweiten Veranstaltungstag, entsprechend der einjährigen Tradition der Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler, die jeweils in Straf-, Verwaltungs- und Zivilprozessrecht aufgeteilten Vortragspanel.

Im Bereich Strafprozessrecht zog der Vortrag von Mag. Dr. Roland Pichler aus Wien zum Thema „Angriff auf die Freiheit: Aktuelle Entwicklungen zur Online-Durchsuchung in Österreich und Deutschland“ eine große Zuhörerschaft an. Pichler referierte zunächst über das letztlich gescheiterte Vorhaben des österreichischen Gesetzgebers zur Implementierung eines auch in Deutschland in der Diskussion stehenden sog. Bundestrojaners und erläuterte den Standpunkt des Bundesverfassungsgerichtes zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie den Gewährleistungsgehalt des in Österreich maßgeblichen Art. 8 EMRK. Er vertrat die Ansicht, dass einer gesetzlichen Verankerung der Online-Durchsuchung, sowohl in Deutschland als auch in Österreich, schon die technische Umsetzbarkeit der verfassungsrechtlichen Anforderungen entgegenstehe.

Weitere Vorträge innerhalb dieses Panels hielten: Kilian Wegner, LL.B. „Die Tarrico“-Entscheidung des europäischen Gerichtshofs: Strafverfahrensregeln zu Gunsten des Beschuldigten unter dem Effektivitätsdruck des Unionsrechts; PD Dr. Stefanie Bock „Entscheidungsbegründungen und Unschuldsvermutung“; Christian Trentmann „Die Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“ – Zu den dogmatischen Grundlagen und aktuellen Perspektiven einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV) im Lichte der Rolle und Funktion von Eurojust (Art. 85 AEUV)“ sowie PD Dr. Dorothea Magnus „Besserer Opferschutz im Strafverfahren?“.

Auch das Panel im Öffentlichen Recht bot konstruktive Dialoge. Den abschließenden Vortrag der öffentlich-rechtlichen Diskussion der Tagung hielt Dr. hab. Wojciech Piatek aus Posen. Sein Vortrag beschäftigte sich mit dem Einfluss des Unionsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus polnischer Sicht. Dabei zweifelte Piatek in seinem Referat an, ob es der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und in den einzelnen nationalen

Staaten überhaupt bedürfe. Ferner wurden die im Zusammenhang von Verwaltungsverfahren betroffenen subjektiven Rechte und der Umgang mit diesen durch die Gerichte thematisiert. *Piatek* illustrierte zudem die Differenzen zwischen den verschiedenen verwaltungsrechtlichen Regelungen und deren Anwendbarkeit in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Weitere Vorträge im Öffentlichen Recht hielten: *Dr. Ralph Zimmermann*, „Der ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht – Denkanstöße für eine Fortentwicklung des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes?“, *Dr. Pia Lange*, „Der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und pacta sunt servanda – Die Möglichkeit der Nachverhandlung als Lösungsmodell?“, *Emanuel Manolas, LL.M.*, „Prozessuale Unabhängigkeitssicherung am Beispiel der Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit“ sowie *Dr. Silvia Pernice-Warnke, LL.M.*, „Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts am Beispiel der Europäisierung der Klagebefugnis im Umweltrecht“.

Neben *PD Dr. Dorothea Magnus* im Strafprozessrecht, vertrat *Prof. Dr. Franziska Weber, LL.M.* die Universität Hamburg im zivilprozessrechtlichen Panel. Thema ihres Vortrages war die „Kollektive Rechtsdurchsetzung in Deutschland: Eine (erneute) Bedarfsanalyse im Lichte der Causa VW“. *Weber* plädierte für die Ausweitung

der Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung unter Einbeziehung rechtsökonomischer Erkenntnisse, die Fehlanreize bei der Umsetzung vermeiden könnten. Dabei ging sie auch auf den vom BMJV 2016 vorgelegten Referentenentwurf zur Einführung von Gruppenklagen ein. Angesichts der zunehmenden Verlagerung der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf EU-Staaten außerhalb Deutschlands, namentlich die Niederlande, sei es geboten auch national die Hürden kollektiver Rechtsdurchsetzung abzubauen.

Weitere Vorträge im Zivilrecht hielten: *PD Dr. Daniel Effer-Uhe*, „Zur Möglichkeit der Übertragung der „Nullhypothese“ bei der Beweiswürdigung aus dem Strafverfahren auf das Zivilverfahren“, *Dr. Caspar Behme*, „Der Beitrag der Schiedsgerichtsbarkeit zur Fortentwicklung des Rechts – Überlegungen zur Veröffentlichung von Schiedssprüchen“, *Rain Antje G.I. Tölle*, „Kollektive Rechtsdurchsetzung in Deutschland – eine Bilanz nach elf Jahren KapMuG“ sowie *Maurice Nürnberg, M.A.*, „Die europäischen Einflüsse auf die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherkonflikten im Vergleich“.

Alle Beiträge werden im Laufe des nächsten Jahres, voraussichtlich im zweiten Quartal, in einem gesonderten Tagungsband bei Mohr Siebeck erscheinen. Eine Fortsetzung der Veranstaltungsreihe ist bereits in Planung. Der Termin wird noch bekannt gegeben.

## Erfahrungsbericht Seminar „Studying and Experiencing US Law in Chicago“

Von *Kristina Hadzhieva\**

Im Sommersemester 2016 fand das Seminar „Studying and Experiencing US Law in Chicago“ statt (angeboten von Juniorprofessorin *Dr. Mareike Schmidt, LL.M.*, Juniorprofessur für Zivilrecht und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik). Im Zentrum der Lehrveranstaltung stand die Auseinandersetzung mit der Rechtsvergleichung und dem US-amerikanischen Rechtssystem. Das Seminar war verbunden mit einer Studienreise an unsere Partnerfakultät Loyola University Chicago School of Law. Möglich gemacht wurde die Studienreise durch Unterstützung seitens des DAAD, der Alumni Universität Hamburg e. V., der Fakultät für Rechtswissenschaft sowie des Förderkreises Rechtswissenschaft. Neben den eigenen Seminarvorträgen erhielten wir durch unsere Teilnahme an Kursen der Law School eine Einführung in die wichtigs-

ten Charakteristika des US-amerikanischen Rechts und der amerikanischen Kultur. Außerdem erwartete uns ein umfangreiches Besuchsprogramm durch welches wir die juristische Praxis erleben durften.

Die Veranstaltung wurde den vorherigen Erwartungen in jeder Hinsicht gerecht. Persönlich besuchte ich bereits vor dem Seminar Veranstaltungen zur Rechtsvergleichung und speziell auch über das „Common Law“. Doch ein tiefgehendes Verständnis über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede gelang erst in diesem Seminar. Während der Ausbildung haben Studierende viel Kontakt mit der nationalen oder dieser zumindest sehr ähnlichen Rechtsordnungen. Bereits das Verständnis der eigenen Rechtsordnung nimmt viele Jahre der Ausbildung ein. Dabei gerät es verständlicherweise in den Hintergrund, dass für gleiche Probleme viele unterschiedliche Lösungen existieren. Das Seminar lehrte nicht nur über das US-amerikanische System, sondern vielmehr über die Subjektivität von Recht. Dieser Besuch ermöglichte einen viel tieferen Einblick in das System als es jede Vorlesung oder eigene Recherche. Obwohl viele Fragen aufgrund der kurzen Zeit offenblieben, hat der Aufenthalt viele Gedankenanstöße gegeben. Aus meiner Sicht gibt es im Nachhinein keinen besseren und effektiveren Weg der Rechtsvergleichung.

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

Besonders deutlich wurde die Subjektivität immer dann, wenn sich Moralvorstellungen in beiden Systemen gleichen und trotzdem das Resultat innerhalb der Vereinigten Staaten ein ganz anderes war.

Das prominenteste Beispiel ist das Gerichtsverfahren im Strafprozess. In Deutschland versuchen wir ein faires Urteil dadurch zu erreichen, dass neutrale, voll ausgebildete Juristen als Richter über die Tatsachen entscheiden. Die Vereinigten Staaten sehen die Fairness dann als gegeben, wenn das Volk darüber entscheidet, ob die vorgebrachten Beweise für eine Verurteilung ausreichen. Die Zielsetzungen waren damit ähnlich, das Mittel dagegen nicht. Als Außenstehender konnte man gut beobachten, wie jeder Unterschied viele verschiedene Folgen hatte. So war beispielsweise die Stimmung des Verfahrens eine gänzlich andere. Obwohl die Juri neutral entscheiden sollte und dies ausdrücklich von der Richterin betont wurde, haben Staatsanwaltschaft und Verteidigung emotional argumentiert und so versucht die Juri auf ihre Seite zu ziehen. Die Plädoyers waren theatralisch und philosophisch. Das „Kreuzverhör“ wurde sehr ernst genommen. Die Fragetechnik gegenüber den Zeugen war mehr darauf gerichtet, die erwünschte Antwort zu bekommen als darauf, das Wissen des Zeugen in Erfahrung zu bringen. Ob und inwiefern Verhandlungen immer in einer solchen Form ablaufen, kann man natürlich nicht durch diesen kurzen Einblick beurteilen. Ähnlich würde es wahrscheinlich einem amerikanischen Studenten gehen, wenn er an einem Verfahren vor deutschen Gerichten teilnehmen würde. Vielleicht würde diesem auffallen, wie distanziert über menschliches Leid gesprochen wird, oder wie nur wenige über das Recht entscheiden.

Ein weiteres prägendes Erlebnis waren die Besuche der unterschiedlichen Pro-Bono Organisationen. Das Pro-Bono System ist in den Vereinigten Staaten stark ausgebaut und der ehrenamtliche Einsatz innerhalb juristischer Berufe ist viel wichtiger. Von Law Clinics an den Law Schools, über speziell darauf ausgelegte Organisationen, bis hin zu den Pro-Bono Abteilungen großer Kanzleien, gibt es in den Vereinigten Staaten viele unterschiedliche Anlaufstellen, um sich für Andere einzusetzen. Ob dies am weniger stark ausgebauten Sozialsystem liegt oder einen kulturellen Hintergrund hat, kann ich nicht abschließend beurteilen.

Der Besuch beim National Immigrant Justice Center erlaubte sogar einen Einblick darin, wie unterschiedlich ein und dieselbe Rechtsnorm ausgelegt werden kann. Das National Immigrant Justice Center ist eine Pro-Bono Organisation, welche sich darauf spezialisiert hat, Geflüchtete im Bereich des Flüchtlings- und Migrationsrechts zu beraten. Die Arbeit der Organisation wurde besonders dadurch erschwert, dass in den USA jeder Bundesstaat seine eigene Rechtsprechung beziehungsweise seine eigene Interpretation der gleichen Vorschriften zu diesem Thema hat. Dadurch ergeben sich ganz unter-

schiedliche Bewertungen darüber, wer als Flüchtling bezeichnet werden kann und wer nicht.

Der bewegendste Vortrag war die Lebensgeschichte einer zu Unrecht verurteilten Person. Dieser Vortrag wurde vom Life After Innocence Projekt organisiert, einer Studentenorganisation der Loyola Law School. Dazu hatten sie einen Ihrer Klienten eingeladen, damit dieser persönlich von seinen Erfahrungen berichten kann. Er erzählte uns die Geschichte über seine Festnahme und seinen langen Kampf zur Freiheit. Die Organisatorin erklärte uns die Grundlagen des Rechtssystems und lieferte uns so einen Einblick in ihr Tätigkeitsfeld.

Während dieses Seminars habe ich die Erkenntnis gewonnen, dass jeder Staat auf seine Weise versucht, ein funktionierendes System zu schaffen. Viele der entwickelten Prinzipien sind exakt auf das eigene System angepasst und lassen sich nicht einfach übertragen. Eine Rechtsordnung wird durch ganz viele unterschiedliche Aspekte beeinflusst. Die Kultur, die Entwicklung, die Wirtschaft, der gesellschaftliche Aufbau und viele weitere Themen definieren und formen die Rechtsordnung. Um tatsächlich zu verstehen, warum sich Systeme unterscheiden, bedarf es somit eines Blickes weit über die Rechtsordnung selbst hinaus. Ohne eine Betrachtung des Ganzen und der vorherrschenden Kultur bleibt der Vergleich stets unvollständig. Dies verdeutlichte mir, wie wichtig die Kommunikation und Interaktion zwischen den Ländern ist.

Vor allem in den USA ist die universitäre Ausbildung geprägt durch ein weites Spektrum. Deshalb war die kulturelle Note des Seminars sehr positiv. Neben Vorträgen über die amerikanische Kultur, war auch der gegenseitige Austausch eine große Bereicherung. Einen bleibenden Eindruck hinterließ nicht nur das Engagement der Menschen, sondern auch der Umgangston der Menschen untereinander. Die Menschen waren sehr gastfreundlich, kommunikativ und mochten es, uns ein wenig von der großen Vielfalt der Stadt zu zeigen.

Das Seminar verhalf mir dadurch nicht nur zu einem Grundverständnis des amerikanischen Systems, sondern auch zu einem besseren Verständnis des eigenen Systems. Viele Entscheidungen, die in Deutschland getroffen werden, lassen sich ebenso auf gesellschaftliche Aspekte zurückführen.

Doch neben den Unterschieden hat der Aufenthalt auch viele Gemeinsamkeiten verdeutlicht. In Unterhaltungen wurde besonders klar, dass sich die Moralvorstellungen stark ähneln und dass, obwohl verschiedene Wege gewählt werden, das Ziel das gleiche ist. Der Aufenthalt in den Vereinigten Staaten hat sich für mich besonders durch seine Diversität ausgezeichnet. Die Vielfalt der Menschen und Möglichkeiten war so beeindruckend, dass sicherlich nicht nur die juristischen Erkenntnisse lange in Erinnerung bleiben werden.



## 300 Feministische Juristinnen\* in Wien!

Von Tjorven Hamdorf, Laura Jacobs und Alina Crome\*

*Der 42. Feministische Juristinnentag (FJT) fand in diesem Jahr in Wien und damit das erste Mal außerhalb Deutschlands statt. Die Besonderheit des FJT besteht darin, dass sich Juristinnen\* aus den unterschiedlichsten Fachbereichen zusammenfinden – Rechtsanwältinnen\*, Richterinnen\*, Professorinnen\*, Staatsanwältinnen\*, NGO-Mitarbeiterinnen\*, aber auch Studentinnen\*, die am Beginn ihrer juristischen Laufbahn stehen, diskutieren hier miteinander über Feminismus, queere Theorien und Intersektionalität und deren Umsetzung in die juristische Praxis. Dieser Beitrag gibt einen Überblick was beim diesjährigen FJT thematisiert wurde.*

Der diesjährige Austragungsort Wien spielte schon früh eine herausragende Rolle innerhalb der weltweiten Frauenbewegung. Der Slogan „Frauenrechte sind Menschenrechte“ ging spätestens 1993 nach der Zweiten Weltfrauenkonferenz in Wien um die Welt. In dieser Tradition fand also der FJT in den imposanten Räumlichkeiten der Universität Wien statt.

Begrüßt wurden wir von Elisabeth Holzleithner, der Inhaberin des Lehrstuhls für Legal Gender Studies an der Universität Wien und Mitglied der Wienerischen Organisations-Gruppe. Vom Podium aus muss es ein erregender Moment gewesen sein, 300 gespannte Frauen\* im Publikum vor altherwürdiger Kulisse zu erblicken. Und so wurde es eine sehr bewegte und warmherzige Begrüßung vonseiten der Ausrichtenden, die uns zum 42. FJT willkommen hießen. Den Eröffnungsvortrag hielt Nora Markard am Freitagabend im Festsaal der Universität Wien. In ihrem Vortrag ging sie auf das Schwerpunktthema ein, das sich durch den diesjährigen FJT ziehen sollte: Die Bedeutung des Geschlechts auf der Flucht. Nach dieser Einstimmung ging es zum Sektempfang, bei dem sich viele alte Freundinnen\* und Mitstreiterinnen\* der ersten Stunde wiedertrafen, aber auch die vielen Neulinge begrüßt wurden (Immerhin hatten sich 300 Frauen\* auf den Weg nach Wien gemacht – mehr als je zuvor zu einem FJT gekommen waren! Die Anmeldungen waren derart zahlreich, dass einigen Interessierten sogar aus Kapazitätsgründen abgesagt werden musste).

### I. Umsetzung der Istanbul-Konvention in Österreich, Deutschland und der Schweiz

Am Samstag ging es thematisch intensiv los mit einem beeindruckenden Programm von acht Arbeitsgruppen, die jeweils zeitgleich stattfanden. Dass alle die Qual der Wahl haben würden, war bei einer solchen Auswahl vorprogrammiert. Also galt es, sich in den Kaffeepausen, die in

\* Die Autorinnen nahmen an einer von Prof. Dr. Nora Markard geleiteten Exkursion zum Feministischen Juristinnentag vom 6.–8. Mai 2016 in Wien teil.

großen Gruppen in der prallen Sonne vor dem Juridicum genossen wurden, gründlich über die in den AGs besprochenen Themen auszutauschen und angeregte Diskussionen dort weiterzuführen. Den Stoff dafür boten die AGs allemal: So gab es in der AG am Vormittag zu sexueller Selbstbestimmung beispielsweise regen Austausch zum jeweiligen Reformbedarf des Sexualstrafrechts in Österreich, der Schweiz und in Deutschland. Während Österreich die Istanbul-Konvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt aus dem Jahre 2011 bereits im Jahr 2013 ratifiziert hat und nunmehr jede sexuelle Handlung, die gegen den Willen der Betroffenen\* unternommen wird, unter Strafe stellt, gibt es hier in Deutschland und in der Schweiz weiter Reformbedarf. Denn auch der aktuelle Gesetzesentwurf aus dem deutschen Justizministerium setzt nicht den Grundsatz der Istanbul-Konvention um, nach dem jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung strafbar ist.

### II. Queer-Feminismus in Theorie und Praxis

In der AG „Queering Women’s Human Rights: Autonomie und (symbolische) Repräsentation im Lichte der CEDAW“ setzten wir uns mit der UN-Konvention CEDAW (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women) aus dem Jahre 1979 auseinander. Die Konvention bietet bis heute das wichtigste völkerrechtliche Instrument für Frauen.

Im Rahmen der AG beschäftigten wir uns mit der Frage, inwieweit CEDAW auch offen für queer-feministische Ansätze ist und welches Potenzial die Konvention entfaltet, das traditionelle binäre Konzept von Geschlecht zu überwinden. Darüberhinaus tauschten wir uns darüber aus, wie wir insbesondere in der anwaltlichen Praxis CEDAW nutzbar machen können. Hierbei sollte vor allem die Beschwerdemöglichkeit vor dem entsprechenden UN-Fachausschuss stärker in den Fokus gerückt werden. Auch in dieser AG wurde einmal mehr deutlich: Menschenrechte enden nicht an Staatsgrenzen.

In den AGs am Nachmittag gab es teilweise weniger Einigkeit und mehr Diskussionsbedarf, wurde doch z. B. in der AG „Queering Family Law“ die Abschaffung des Institutes der Ehe diskutiert. Auch das traditionelle Modell der Elternschaft als ausschließliches Zwei-Personen-Konzept wurde in Frage gestellt und es wurde über Möglichkeiten zur rechtlichen Erweiterung dieses Konzeptes gesprochen. Darüber, dass das Recht der Realität Rechnung tragen muss und die aktuelle Rechtsunsicherheit für Menschen in alternativen Familienentwürfen beendet werden muss, bestand jedoch auch hier Einigkeit.

### III. „Mein Bauch gehört mir!“ revisited

Kontrovers wurde es im Forum zum Thema Reproduktionsrechte, moderiert von Ulrike Lembke (ehemalige Juniorprofessorin an der Universität Hamburg), mit jeweils einer Referentin aus Österreich, Deutschland und der Schweiz. Hier entstanden unterschiedliche Positio-

nen zum Thema Präimplantations- und Pränataldiagnostik, die sich an Fragen der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und der moralisch-ethischen Korrektheit einer solchen Praxis entfachten.

Außerdem kam einmal wieder das Thema Schwangerschaftsabbruch auf den Tisch, das seit eh und je die Frauenbewegung beschäftigt. In einer Fachstellungnahme wurde festgehalten, dass die Unterzeichnerinnen\* sich dafür aussprechen, den gewollten Schwangerschaftsabbruch in Deutschland, Österreich und der Schweiz grundsätzlich nicht unter Strafe zu stellen. In diesem Rahmen wurde auch ganz grundsätzlich die Frage diskutiert, ab welchem Zeitpunkt das Ungeborene die Menschenwürde erlangt.

Auch die Workshops am Sonntagmorgen waren gut besucht. Im Panel „Frauen kaufen Sex“ ging es um ein weiteres traditionelles Thema der feministischen Bewegung: um die Prostitution im Allgemeinen und Frauen\* als Konsumentinnen\* derselben im Besonderen. Hier kam die oft diskutierte Frage nach der Freiwilligkeit der Arbeit der Sexarbeiterinnen\* auf, wobei die Referentin darauf hinwies, dass es sich hierbei vielmehr um eine allgemeine Frage innerhalb eines kapitalistischen Systems handele. Wer verrichte ihre\* Lohnarbeit innerhalb des Kapitalismus schon freiwillig? Es sei vielmehr bezeichnend, dass dieser Aspekt nur im Kontext der Prostitution problematisiert werde, was wiederum symptomatisch für den Umgang der Gesellschaft mit weiblicher Sexualität sei.

#### IV. „Richtiger“ und „falscher“ Feminismus?

Über die bestehenden Geschlechterbilder und die Frage, was feministisch sein bedeutet, diskutierten zeitgleich viele Frauen in dem Workshop „Kim Kardashian vs. Catharine MacKinnon – Geschlechterbilder im Feminismus“. Wir kamen zu dem Schluss, dass wir die Entscheidungen, die andere Frauen fällen – ob in Bezug auf den Nachnamenwechsel bei der Heirat oder die Rasur von Beinen – respektieren sollten. Wir sollten einander die Fähigkeit zutrauen, kluge und für uns richtige Entscheidungen zu treffen. Dennoch braucht jede Veränderung eine mutige Frau\*, die den Anfang macht.

Eine kleine Abweichung der Norm kann schon Großes bedeuten. Es geht darum, bestehende Strukturen aufzubrechen und uns darauf zu besinnen, nicht herablassend über diejenigen zu urteilen, die sich für einen anderen, vielleicht einfacheren Weg, entscheiden.

#### VII. Anregung, Abschluss, Aussicht

Während des Abschlussplenums im wunderschönen Dachgeschoss des Juridicums mit beeindruckendem Ausblick über die Stadt wagte sich eine mutige Zweitsemesterin ans Mikrofon und brachte einige Kritikpunkte aus Sicht einer Neueinsteigerin vor. Sie forderte unter anderem – in Bezugnahme auf das Schwerpunktthema „Geschlecht auf der Flucht“ – eine bessere Einbeziehung von Betroffenen, hier also von geflüchteten Frauen\*. Unter ihnen gebe es eine große Anzahl juristisch versierter Frauen\*, mit denen ein fruchtbarer Austausch zustande kommen könne. Dieser Kritik wurde wiederum entgegengehalten, dass Menschen nicht aufgrund ihrer Herkunft für bestimmte Themen „zuständig“ sein dürften – dennoch eine gute Anregung für die Inhaltsgruppe des nächsten FJT, noch stärker auf die Inklusivität und Diversität der Tagung zu achten und Betroffene einzuladen, um so möglichst viele unterschiedliche Perspektiven zusammenzubringen.

Dann ging es um die wichtige Frage: Wo wird der nächste FJT stattfinden? Hamburg war das ganze Wochenende leise geflüstert worden, jetzt wurde es noch mal laut ausgesprochen. Eine kleine Gruppe von Hamburgerinnen\* fand sich zusammen, besprach sich eilig, im Wissen, dass alle gespannt auf eine Entscheidung warteten, und so kam schließlich ein vorsichtiges „Vielleicht“, das sich schnell in ein eindeutiges „JA!“ verwandelte.

Und so endete dieser 42. Feministische Juristinnen Tag in Wien mit einem wunderbaren Gefühl von einem Kopf, in dem sich viele Fragen drehen, vielen neuen Kontakten, einem leichten Sonnenbrand und einem schicken Jutebeutel mit FJT-Logo, der auch am Montag noch stolz herumgetragen wurde, um sich in der Stadt wiederzuerkennen. Es bleibt, sich auf den nächsten FJT zu freuen, der vom 12. bis 14. Mai 2017 in Hamburg stattfinden wird.

## Rechtliche Herausforderungen der Arktis

Von Kira Vormann, Jonathan Buchweitz  
und Jonas Benedikt Böhme\* Vormann / Buchweitz / Böhme

Vom 24. Juni bis zum 1. Juli 2016 fand eine vom Lehrstuhl von Prof. Dr. Marian Paschke organisierte Summer School mit Studenten der Staatlichen Universität St. Petersburg

und der Universität Hamburg zum Thema „Opportunities and Challenges in the Arctic – Climate Change, Economic Interests and Legal Framework“ statt. Nachdem zu Beginn der Summer School einige wissenschaftliche Vorträge zu rechtlichen, aber auch klimatischen bzw. naturwissenschaftlichen Gegebenheiten der Arktisregion abgehalten wurden, erarbeiteten die Studenten im weiteren Verlauf der Woche Präsentationen zu unterschiedlichen Themen rund um die rechtlichen Herausforderungen der Arktis.

*Als Rahmenprogramm standen ein gemeinsamer Besuch des Internationalen Seegerichtshofes sowie des Internationalen Maritimen Museums auf dem Programm. Zentrale Frage der Summer School war, ob es eines zusammenhängenden internationalen Übereinkommens zur Regelung des Umweltschutzes sowie der wirtschaftlichen Nutzung der Arktisregion ähnlich des 1961 in Kraft getretenen Antarktisvertrags bedarf.*

## 1. Problemaufriss

Die Arktis ist die nördlich des 66. Breitengrades (Polarkreis) liegende Erdregion. Die rund 20 Millionen Quadratkilometer große Fläche bedeckt neben den nördlichen Teilen der angrenzenden Kontinente Nordamerika, Asien und Europa das überwiegend von Eis bedeckte Nordpolarmeer. Der durch die Treibhausgasemission verursachte Klimawandel wirkt sich besonders auf die Arktisregion aus. Laut dem 5. Bericht des Weltklimarates (IPCC) 2013/2014 steigen bodennahe Arktis-Temperaturen zweimal so schnell an wie der globale Durchschnitt. Hiermit unweigerlich verbunden ist das Zurückweichen der Gletscher, das Auftauen von Permafrostböden und schmelzendes Meereis. Die Dimensionen der rasanten Eisschmelze zeigt sich hierbei insbesondere im kontinuierlichen Rückgang des sommerlichen Meereisminimums. Seit Beginn der Messungen 1979 liegt dieser zwischen 9,4 bis 13,6% pro Jahrzehnt. Der IPCC hält es bei dem bestehenden Trend an ausgestoßenen Treibhausgasen für wahrscheinlich, dass die Arktis schon vor Mitte des Jahrhunderts in der Sommerzeit völlig eisfrei sein wird. Die Umweltauswirkungen dieser irreversiblen Veränderungen des Nordpolarmeeres sind dabei verheerend. Das Schmelzen des polaren Meereises wirkt sich insbesondere auf zahlreiche marine Säugetiere, Fische und Vögel als deren Lebensraum aus. Zudem werden durch das Schmelzen der Permafrostböden weitere Treibhausgase freigesetzt, die den fortschreitenden Klimawandel zusätzlich beschleunigen.

Den umwelt- und naturbezogenen Risiken, denen das empfindliche Ökosystem der Arktis durch die rasante Eisschmelze ausgesetzt ist, stehen auf der anderen Seite jedoch gänzlich neue wirtschaftliche Chancen von erheblicher Bedeutung gegenüber.

So ermöglicht das Abschmelzen der arktischen Eismassen das Fördern von Rohstoffen, was bisher aufgrund der extremen klimatischen Bedingungen als unmöglich bzw. nicht finanzierbar galt. Bis zu 30% der unentdeckten globalen Vorkommen an fossilen Brennstoffen wie Erdgas und Erdöl werden nördlich des Polarkreises vermutet. Hinzu kommen wertvolle Metalle wie Kupfer, Nickel und Zink sowie seltene Erden.<sup>1</sup> Insbesondere Deutsch-

land hat ein großes Interesse an der Rohstoffversorgung, da schon heute der Großteil des Bedarfs an Erdgas und Erdöl von Russland und Norwegen bezogen werden, die bereits angefangen haben, in den arktischen Regionen zu fördern.<sup>2</sup>

Neben den fossilen Brennstoffen und mineralischen Rohstoffen sind auch die lebenden Ressourcen der Arktisregion im Zuge des internationalen Wettbewerbes und gesteigerten Bedarfs von besonderer Bedeutung. Das Abschmelzen der polaren Eismassen wird die Fischgründe im Nordpolarmeer um ein Vielfaches erweitern.

Schließlich bedeutet ein eisfreies Polarmeer auch die Erschließung neuer Handelswege. Die Nordostpassage wäre damit die kürzeste Seeverbindung zwischen den europäischen und den ostasiatischen Häfen. Im Zuge dessen könnten Fahrtzeiten, Treibstoffverbrauch und damit Kosten in ganz erheblichem Maße eingespart werden. Zudem ist die Arktis bereits heute für touristische Kreuzfahrtunternehmen von hohem Interesse. Und während zurzeit noch die schwimmenden Eisberge ein unberechenbares Risiko darstellen, könnten sich in Zukunft neue und ertragreiche Kreuzfahrtrouten ergeben.

Die wirtschaftlichen Möglichkeiten der arktischen Regionen machen das gesteigerte geopolitische, geoökonomische und geoökologische Interesse an der Arktisregion zu einem der brisantesten Themen unserer Zukunft. Das empfindliche Ökosystem der Arktis gilt es dabei zu schonen und Ressourcen nachhaltig abzubauen.

## 2. Rechtliche Ausgangslage

Bereits im Jahr 1996 wurde der Arktische Rat (Arctic Council) durch die „Erklärung von Ottawa“ durch die Anrainerstaaten der Arktis, Dänemark, Finnland, Island, Kanada, Norwegen, Russland, Schweden sowie die Vereinigten Staaten, gegründet. Der Arktische Rat veröffentlicht grundsätzlich jedoch lediglich unverbindliche Richtlinien, Empfehlungen und Gutachten, deren Umsetzung ausschließlich den Mitgliedstaaten des Rates obliegt, wie z. B. die „Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines“ (AOOGG). Verbindliche rechtliche Rahmenbedingungen existieren daher derzeit vor allem in Gestalt einiger allgemeiner Normen des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen. Einschlägige Regelungen des Seerechtsübereinkommens finden sich insbesondere in Art. 192, der eine allgemeine Schutzpflicht der Staaten hinsichtlich der Meeresumwelt konstituiert, sowie in Art. 234, der die Staaten ermächtigt Gesetze und sonsti-

<sup>1</sup> Auswärtiges Amt, Leitlinien Deutscher Arktispolitik, S. 7.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesamt für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Die wirtschaftliche Bedeutung der Arktis <http://www.bmub.bund.de/themen/europa-international/int-umweltpolitik/weitere-multilaterale-zusammenarbeit/themenseite-die-arktis/wirtschaftliche-bedeutung/> (zuletzt geändert am 06.11.2013).

\* Die Autoren sind Studierende der Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, sie besuchen den Schwerpunktbereich XII: Maritimes Wirtschaftsrecht.

ge Vorschriften zur Verhütung, Verringerung und Überwachung der Meeresverschmutzung durch Schiffe in eisbedeckten Gebieten innerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone zu erlassen. Daneben werden auf internationaler Ebene einige wenige spezifische Regelungsgebiete durch zwischen den Anrainerstaaten der Arktis ausgehandelte Übereinkommen geregelt.<sup>3</sup>

Der durch die IMO (International Maritime Organization) im Jahr 2014 verabschiedete „International Code for Ships Operating in Polar Waters“ (auch: Polar Code) setzt hingegen konkrete Maßstäbe hinsichtlich der Anforderungen an die Schiffssicherheit und den Umweltschutz in Gewässern der Arktis und Antarktis. Der Polar Code soll voraussichtlich am 1. Januar 2017 in Kraft treten, wurde jedoch vor allem von Umweltschutzgruppen stark kritisiert, da die Vorschriften zum Schutz der Umwelt nicht strikt genug seien, um das verletzliche Ökosystem der Polarzonen ausreichend zu schützen.<sup>4</sup>

Zusammenfassend kennzeichnet sich die Gesamtheit der momentan bestehenden, arktisbezogenen Rechtsregeln dadurch, dass kein zusammenhängendes, an die besonderen Gegebenheiten der Arktis angepasstes Regelwerk besteht, das wirtschaftsrechtliche und umweltschutzrechtliche Aspekte gleichermaßen berücksichtigt und in einen nachhaltigen Ausgleich bringt. Statt dessen werden weite Teile der im Kontext der Arktis relevanten rechtlichen Aspekte in unterschiedlichem Umfang durch die nationale Gesetzgebung der einzelnen Anrainerstaaten reguliert.

### 3. Lösungsansätze

Aufgrund der Tatsache, dass nicht nur die Anrainerstaaten der Arktis, sondern auch eine Vielzahl anderer Staaten ein wirtschaftliches Interesse an der Nutzung der arktischen Gewässer als Schifffahrtswege für den internationalen Seehandel und der Förderung von Erdöl und Erdgas aus dem darunterliegenden Meeresboden haben, ist das Bedürfnis nach einem internationalen Übereinkommen, das die Rechtsfragen der Arktis für alle beteiligten Staaten in verbindlicher Form regelt, offensichtlich. Gerade ein nachhaltiger Ausgleich zwischen optimaler wirtschaftlicher Nutzung der Arktis und dem Schutz des sensiblen, durch den Klimawandel stark bedrohten Ökosystems kann nur durch ein internationales Übereinkommen erreicht werden, das weltweit einheitliche Normen und Standards setzt. Das bestehende Regelungssystem, das die Zukunft der Arktis und damit die Entscheidung, ob ein weiteres Abschmelzen der Eismassen und damit

auch der Verlust des Lebensraumes zahlreicher an die natürlichen Gegebenheiten der Arktis angepassten Lebewesen verhindert werden kann, allein den Gesetzgebungen der einzelnen Anrainerstaaten anvertraut, ist dazu nicht geeignet. Besonders umweltschutzrechtliche Fragestellungen bedürfen einer international einheitlichen Regelung, da andernfalls die Gefahr bestünde, dass Bemühungen einiger Staaten in Form von umweltschützenden Gesetzen durch fehlende kongruente Regelungen in anderen Staaten zu Nichte gemacht werden.

Zwar wird ein die Arktis betreffendes Übereinkommen vermutlich über einen langen Zeitraum hinweg ausgehandelt werden müssen und könnte zudem im Vergleich zur nationalen Gesetzgebung, die zügig auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse reagieren und nationale sowie regionale Gegebenheiten und Bedürfnisse optimal berücksichtigen kann, durch unterschiedliche Auffassungen einzelner Vertragsstaaten relativ unflexibel sein. Diese möglichen Nachteile können jedoch bei optimaler Gestaltung des Übereinkommens bereits im Voraus ausgeräumt werden (dazu unten).

Ein ideales internationales Übereinkommen sollte im Wesentlichen auf vier Prinzipien beruhen, die teilweise schon im Rahmen der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED) 1992 in Rio de Janeiro konsensfähig waren.<sup>5</sup> Dazu gehört zunächst das Vorsorgeprinzip (Precautionary Principle), nach dem Belastungen für die Umwelt bzw. die menschliche Gesundheit trotz möglicherweise unvollständiger Wissensbasis im Voraus vermieden oder weitestgehend verringert werden sollen.<sup>6</sup> Weiterhin ist das Verursacherprinzip (Polluter Pays Principle) zu berücksichtigen, wonach Kosten, die zur Bekämpfung von Umweltschäden aufgewendet werden, dem Verursacher angelastet werden sollen. Zudem muss das Prinzip der kontinuierlichen Verbesserung (Continuous Improvement) im Rahmen des Übereinkommens berücksichtigt werden, damit es dynamisch fortlaufend an neue wissenschaftliche Erkenntnisse angepasst sowie verbessert werden kann und damit einen dynamischen Charakter erhält. Dies könnte beispielsweise mittels einer tacit-acceptance-Regelung, die die Erweiterung des Regelwerks ohne vorhergehendes Einverständnis aller Vertragsstaaten erlaubt und diesen lediglich die Möglichkeit des nachträglichen Widerspruchs innerhalb einer angemessenen Frist einräumt, erreicht werden. Schließlich ist insbesondere das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung (Sustainable Development) zu beachten, sodass das Übereinkommen den Bedürfnissen der Gegenwart gerecht wird, ohne die Bedürfnisse kommender Generationen zu missachten. Dies muss unter anderem die regelmäßige Einbeziehung der

<sup>3</sup> Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic (OPP Agreement); Agreement on Cooperation on Aeronautical and Maritime Search and Rescue in the Arctic (SAR Agreement).

<sup>4</sup> <http://www.marinelink.com/news/environmental-groups381260.aspx> (zuletzt abgerufen am 19.10.2016).

<sup>5</sup> Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, Grundsätze 15 u. 16.

<sup>6</sup> Siehe auch AOOGG (Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines).

Öffentlichkeit beteiligter Staaten zur Folge haben, sodass eine einseitige Interessenverfolgung verhindert wird. Besonders den Belangen der im arktischen Raum ansässigen indigenen Völker sollte Beachtung geschenkt werden, sodass ihr historischer Anspruch auf das von ihnen bewohnte Land und damit ihre natürliche Lebensgrundlage gewahrt wird.

Das Übereinkommen sollte insbesondere den besonderen Interessen der Anrainerstaaten der Arktis Rechnung tragen, indem es diesen Staaten eine hervorgehobene Stellung einräumt („Stewardship Role“), die es ihnen erlaubt die Durchsetzung des Übereinkommens durchzuführen und ihnen ein besonderes Initiativ- und gewichtigeres Stimmrecht einräumt. Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der „Stewardship Role“ wurde durch die Ilulissat Erklärung des Arktischen Rates geprägt.<sup>7</sup> Die Anrainerstaaten der Arktis sprachen sich im Zuge dessen jedoch ausdrücklich gegen die Einführung eines umfassenden internationalen Übereinkommens aus.

#### 4. Ausblick

Nur ein Regelwerk, das eine Kooperation der Staaten untereinander als notwendig erachtet und darauf aufbaut, kann zukunftsweisend nach sein. Fraglich ist jedoch, durch welche Anreize die einzelnen Anrainerstaaten zu einer verstärkten Kooperation bewegt werden könnten.

Ein Anreiz in Form einer generellen Nutzungserlaubnis der Arktis würde schon daran scheitern, dass sowohl einige Staaten als auch privatwirtschaftliche Unternehmen bereits in der Arktis nach Öl bohren. Zudem gestaltet es sich als prinzipiell schwierig, einem Staat die Verwaltung und Nutzung eines Gebietes zu untersagen, das er als sein eigenes Territorium erachtet, um durch eine Nutzungserlaubnis eine Kooperation zu erzwingen.

Bedenkt man den durch den Abbau der im arktischen Meeresboden und in der darüber liegenden Wassersäule befindlichen Ressourcen in Aussicht stehenden Profit, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Arktis von menschlichen Einflüssen nicht verschont werden wird, auch wenn dies aus ökologischer Sicht das wohl wünschenswerteste Ergebnis wäre.

Eine weitere Kooperationshürde besteht darin, dass die Anrainerstaaten der Arktis versuchen, sämtliche regelungsbedürftige Aspekte unter sich zu verhandeln. Für ein international einheitliches Regelwerk, das die Interessen aller Staaten gleichermaßen berücksichtigt, dürfen jedoch nicht nur die Ansichten der Anrainerstaaten Beachtung finden. Vielmehr wäre im Zuge des Gedankens der Gleichberechtigung aller betroffenen Parteien

und der gezielten Völker- und Staatenverständigung ein gerechter Interessenausgleich erforderlich.

Insbesondere dem Schutz der im arktischen Raum ansässigen Naturvölker muss eine große Bedeutung beigemessen werden. Diese sind zwar im arktischen Rat zwar vertreten, haben jedoch lediglich einen marginalen Einfluss auf die Zukunft ihrer seit Jahrhunderten bewohnten Gebiete. Im Rahmen des Arctic Climate Impact Assessment (ACIA)<sup>8</sup> wurde bereits festgestellt, dass der Klimawandel nur schwerlich aufgehalten werden kann und nahezu irreversible Umweltschäden aufgetreten sind, so dass traditionelle Lebensweisen aufgegeben werden müssen. Gerade deshalb muss ein ideales internationales Übereinkommen Lösungsansätze bieten, die es den indigenen Völkern ermöglichen sich den Herausforderungen der veränderten klimatischen Situation zu stellen.

Die Tatsache, dass der Klimawandel als irreversibel angesehen wird, darf trotzdem nicht dazu führen, dass die Staatengemeinschaft die Problematik des Umweltschutzes als zweitrangig erachtet. Auch nach dem Abschmelzen der Eismassen bleibt das Gebiet der Arktis aus ökologischer Sicht gerade in Anbetracht der Anforderungen, die der Klimawandel an bisher heimische Lebewesen stellt, hochsensibel.

Zu einer weitreichenden Verankerung des Umweltbewusstseins könnten beispielsweise Umweltzertifikate beitragen, wie etwa das bereits seit Jahren etablierte MSC Zertifikat, das Fischereibetriebe für nachhaltigen Fischfang auszeichnet. Ähnliche Zertifizierungsverfahren könnten auch auf andere die Arktis betreffende Bereiche ausgedehnt werden. So müssten z. B. Ölkonzerne nachweisen, dass sie nur die neuesten Technologien benutzen und besondere Umweltschutzvorkehrungen treffen. Des Weiteren könnte das Gebiet der Arktis ähnlich den im Straßenverkehr eingeführten Umweltzonen zu einem geschützten Bereich erklärt werden, den nur Schiffe befahren dürfen, die bestimmte Mindeststandards hinsichtlich des verwendeten Kraftstoffes und des Schadstoffausstoßes aufweisen.

Schließlich wäre auch eine Kooperation im Rahmen der Förderung fossiler Brennstoffe und mineralischer Ressourcen denkbar. So könnten Ölbohrplattformen, die sich auf einem zwischen zwei Staaten umstrittenen Gebiet befinden, gemeinsam betrieben werden. Dies würde langwierige Grenzziehungsverfahren vor internationalen Gerichten, die der Verständigung und Kooperation zwischen den Staaten schaden könnten, verhindern.

Abschließend sei noch einmal darauf hingewiesen, dass es sich bei der Arktis um eine in jeder Hinsicht besonde-

<sup>7</sup> Erklärung von Ilulissat, 28. Mai 2008.

<sup>8</sup> Studie aus dem Jahr 2004, in Auftrag gegeben vom Arktischen Rat.

re Region handelt, das deshalb auch einer besonderen internationalen Regelung bedarf und gerade in Anbetracht der überragenden Bedeutung für die gesamte Mensch-

heit durch die Staatengemeinschaft geschützt werden sollte, bevor es dazu endgültig zu spät ist.

## Refugee Law Clinic Hamburg

Von Katharina Leithoff\*

Das erste was ich in der OE-Woche am Anfang meines Studiums hörte, war, dass wir unseren Idealismus bis zum Examen an der Tür abgeben sollten, denn das Jura-Studium beziehungsweise Recht hat wenig mit Gerechtigkeit zu tun. Daran bin ich während meines Studiums oft verzweifelt, denn zwischen lauter untergegangenen Kaufsachen und unrealistischen Fallkonstellationen habe ich häufig den Blick für das Wesentliche verloren und vergessen, warum es so wichtig ist, das Handwerk der Rechtswissenschaften zu beherrschen. Genau deshalb bin ich der Meinung, dass Law Clinics so bedeutungsvoll sind. Hier lernt man bereits während des Studiums, das theoretisch angeeignete auf wahre Fälle anzuwenden. Seit 2007 dürfen nun auch Nicht-Jurist/innen unter strengen Voraussetzungen Rechtsberatungen anbieten.<sup>1</sup>

„Law Clinics“ stammen aus dem angloamerikanischen Raum und sind dort seit Jahrzehnten erfolgreich in die Juristenausbildung integriert. Die Arbeit in einer Law Clinic gibt Studierenden die Möglichkeit Studium und soziales Engagement zu kombinieren, denn sie können durch die kostenfreie Rechtsberatung bereits neben dem Studium praxisorientiert arbeiten und zugleich Menschen, die sich Beratung durch Anwälte nicht leisten können, helfen. Momentan gibt es in Deutschland bereits mehr als 25 Law Clinics, die als Schwerpunkt Asyl- und Flüchtlingsrecht haben.

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg

<sup>1</sup> § 6 RDG: Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen

(1) Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen, die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen (unentgeltliche Rechtsdienstleistungen).

(2) Wer unentgeltliche Rechtsdienstleistungen außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen erbringt, muss sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt. Anleitung erfordert eine an Umfang und Inhalt der zu erbringenden Rechtsdienstleistungen ausgerichtete Einweisung und Fortbildung sowie eine Mitwirkung bei der Erbringung der Rechtsdienstleistung, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist.

Als Fiona Schönbohm und ich uns im Sommer 2014 entschlossen haben an der Universität Hamburg auch eine Refugee Law Clinic zu gründen, waren die dramatischen Folgen des Syrienkriegs noch nicht spürbar. Zu der Zeit hat man sich in Hamburg mit den sogenannten „Lampedusa-Flüchtlingen“ auseinander gesetzt und für viele war es das erste Mal, dass man von dem sogenannten Dublin-Verfahren hörte.

Dieses Verfahren soll darüber bestimmen, welcher Mitgliedstaat für die Prüfung eines Asylanspruchs zuständig ist. Hierbei ist ausschlaggebend, welchen Mitgliedstaat die antragsstellende Person als erstes betreten hat. Schnell lässt sich feststellen, dass Deutschland somit theoretisch mit wenig Flüchtlingen rechnen müsste. Praktisch merken wir seit letztem Jahr allerdings, dass dies nicht stimmt. Dies zeigte sich besonders drastisch und spürbar, als 2015 jeden Monat mehrere tausend Menschen – dem Krieg aus Syrien fliehend – in Hamburg ankamen.

Im Sommer 2015 wurde Jun.Prof. Dr. Nora Markard an die Universität Hamburg berufen und seitdem ist die Refugee Law Clinic Hamburg an ihren Lehrstuhl angebunden. Wir konnten nicht nur von ihrer fachlichen Kompetenz als Expertin im Flüchtlingsrecht profitieren, sondern auch von ihren Erfahrungen, die sie bereits bei dem Aufbau der Humboldt Law Clinic in Berlin sammelte. Im Sommersemester 2015 hat Prof. Markard erstmals ein Seminar im Flüchtlingsrecht angeboten um den zukünftigen Berater/innen ein fundiertes Wissen über die Materie zu vermitteln.

Des Weiteren entwickelten wir gemeinsam ein Ausbildungs- und Finanzierungskonzept, welches es uns dank der großzügigen Unterstützung der Fakultät der Rechtswissenschaften ermöglichte, eine Wissenschaftliche Mitarbeiterin und zwei Studentische Hilfskräfte einzustellen. Somit konnte ab dem Wintersemester 2015/2016 der erste Ausbildungszyklus beginnen.

Um eine qualitativ hochwertige Beratung anbieten zu können, müssen die Studierenden eine einjährige Ausbildung durchlaufen, die aus drei Elementen besteht. Diese beginnt mit dem Einführungsseminar, welches von Helene Heuser, der Koordinatorin und Wissenschaftlichen Mitarbeiterin der Refugee Law Clinic Hamburg gehalten wird. Es soll einen ersten praxisorientierten Überblick in

das deutsche und europäische Asyl- und Ausländerrecht vermitteln.

Während der Semesterferien muss ein Praktikum bei einer kooperierenden Anwaltskanzlei folgen, um bereits Erfahrungen für die Beratungssituationen zu sammeln. So können sich die Studierenden mit der Praxisarbeit vertraut machen und sich unter der Anleitung von erfahrenen JuristInnen in die Fälle einarbeiten. Nach dem Praktikum haben sie dann die Möglichkeit bei den Beratungen der Refugee Law Clinic Hamburg zu hospitieren und die Arbeitsweisen kennenzulernen.

Das Vertiefungsseminar findet im darauffolgenden Semester statt. Hier sollen Standards für die Praxisarbeit entwickelt, Beratungssituationen simuliert und das bereits erlangte Wissen vertieft werden.

Nachdem die Studierenden diesen Zyklus durchlaufen haben, bekommen sie einen sog. „Beraterschein“ ausgestellt, welcher sie ermächtigt, Beratungen im Rahmen der Refugee Law Clinic Hamburg durchzuführen.

Die ersten Beratungen haben im November 2015 im welt\*Raum in Harburg und im Thalia Theater der Gaußstraße (im Rahmen des Embassy of Hopes) begonnen. Dort haben jede Woche drei bis vier Studierende überwiegend zum Dublin-Verfahren und Familienzusammenführung beraten und auch in die jeweiligen Sprachen übersetzt. Nach kurzer Zeit wurde das Angebot allerdings so gut angenommen, dass die Studierenden mit der Anfrage kaum hinterher kamen, woraufhin wir uns entschlossen, unser Angebot auf vier Mal die Woche zu erweitern. Momentan beraten circa 40 Studierende an vier verschiedenen Tagen in Harburg, Altona, Wandsbek und Wilhelmsburg. Unsere Beratungen werden in Deutsch, Englisch, Arabisch, Dari/Farsi und Französisch angeboten. Perspektivisch wird es in Wilhelmsburg zudem einmal im Monat eine Frauenberatung angeboten werden, wo wir extra ausgebildete Beraterinnen vor Ort haben, die zu frauenspezifischen Fluchtursachen und Problematiken auf dem Fluchtweg ausgebildet werden.

Da die Qualität der Beratung an höchster Stelle stehen soll, müssen die Berater/innen alle zwei Wochen an dem Praxiskolloquium mit Rechtsanwalt Heiko Habbe oder Rechtsanwalt Björn Stehn teilnehmen. Diese Treffen dienen zur Supervision über die Fälle, die unsere Berater/innen betreuen. Mit den Rechtsanwälten sollen Vorgehensweisen und die nächsten Schritte der Beratung besprochen werden. Zudem haben wir einmal im Monat einen Workshop zu aktuellen Themen aus der Beratung oder Politik.

Nicht nur Studierende haben sich der Refugee Law Clinic Hamburg angeschlossen. Wir haben auch eine gro-

ße Gruppe von bereits examinierten Jurist/innen, die die Ausbildung nicht durchlaufen haben, sich aber trotzdem gern im Rahmen der Refugee Law Clinic Hamburg engagieren wollen. Die Gruppe hat einen Vortrag erarbeiten mit dem sie in die verschiedenen Flüchtlingsunterkünfte gehen, um den Geflüchteten bereits im relativ frühen Stadium einen Überblick über das Asylsystem hier in Deutschland zu geben. Desweiteren haben sie schon an einigen Gutachten zu verschiedenen asylrechtsrelevanten Problematiken mitgewirkt.

Durch die Mitarbeit bei der Refugee Law Clinic haben sich auch auf internationaler Ebene viele Möglichkeiten des Austauschs geboten. So konnten wir mit einer großzügigen Spende von juraexamen.info zwei unserer Beratenden im Sommer 2016 für zwei Wochen nach Chios, eine griechischen Insel auf der sich der Hotspot „Vial“ befindet, entsenden. Auf der Insel leben laut UNHCR (The UN Refugee Agency) um die 3200 Flüchtlinge. Jenni Otto und Khashayar Biria waren vor Ort Teil eines Teams aus Anwälten und weiteren Jura-Studierenden, deren Arbeit sich zum größten Teil auf die Dublin III Verfahren, Familienzusammenführung und Anhörungsvorbereitungen belief. Nach dem umstrittenen EU-Deal mit der Türkei wird auf der Insel entschieden, ob die Türkei für insbesondere syrische Flüchtlinge als sicher gilt und sie dementsprechend wieder dorthin zurückgeschickt werden können. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, wird den Geflüchteten ein Papier gegeben mit dem sie weiter nach Athen reisen dürfen, um dort das zweite Interview durchzuführen, welches sich mit den persönlichen Fluchtgründen beschäftigt. Daher war es besonders wichtig die Geflüchteten auf diese Anhörungen vorzubereiten, da es im Allgemeinen an Rechtsinformationen mangelte und sie überhaupt nicht wussten, warum sie diese Interviews überhaupt führen. Für unsere Beratenden war dies eine sehr lehrreiche Erfahrung. Momentan arbeiten wir daran ein langfristiges Beratungsangebot vor Ort aufzubauen.

Außerdem waren wir auf den European Network for Clinical Education (ENCLE) Konferenzen in Budapest und Brüssel vertreten, um sich auf europäischer Ebene über Law Clinics auszutauschen. Zudem wurden von der GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit) zu einer Konferenz der Universität Rabat (Marokko) eingeladen um einen Vortrag über Refugee Law Clinic in Deutschland zu halten. Neben den internationalen Konferenzen gibt es das jährliche Treffen in Weingarten, bei denen sich viele Refugee Law Clinics aus Deutschland zusammensetzen, um über gemeinsame Standards zu diskutieren, Kontakte zu knüpfen und von einander zu lernen.

Auch wenn die Beratungsarbeit im Rahmen der Refugee Law Clinic Hamburg sehr zeitintensiv ist, würde ich

jedem Studierenden empfehlen an dem Programm teilzunehmen, denn die Vorteile der Arbeit überwiegen bei Weitem. Man kann nicht nur, wie bereits erläutert, das an der Uni gelernte in der Praxis anwenden, sondern auch den Umgang mit schwierigen Situationen in der Beratungsarbeit und Teamarbeit erlernen.

Besonders seit der Umsetzung des Asylpaket II im Februar mussten wir Geflüchteten aus sogenannten sicheren Herkunftsländern vermitteln, dass ihre Chancen auf Asyl eventuell nicht besonders hoch sind. Wie soll man Menschen erklären, die ein Jahr lang auf der Flucht waren und aus ihrem Land vor Verfolgung, Extremismus und kriegsähnlichen Situationen fliehen, dass diese Gründe für die deutschen Behörden nicht ausreichend genug für einen positiven Bescheid sind, nur weil sie aus einem sicheren Herkunftsland kommen? Dementsprechend spannend ist es, dass wir Juristerei und politische Arbeit miteinander verbinden können. Wir können nicht nur den Menschen bei ihren Asylanträgen helfen, son-

dern auch darauf aufmerksam machen, warum es rechtlich und moralisch nicht richtig ist, wenn man Roma-Familien mitten in der Nacht in ein Land abschiebt, in dem sie noch nie waren und warum die Türkei und Afghanistan eben doch keine sicheren Herkunftsländer sind.

Die Juristerei ist viel mehr als stupides Auswendiglernen von Definitionen und Schemata. Wie Prof. Dr. Andreas Voßkuhle (Präsident der Bundesverfassungsgerichts) im Vorwort zu „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“ schrieb: „(...) Nie geschieht Recht von selbst. Stets ist es angewiesen auf Persönlichkeiten, die seine Verwirklichung zu ihrer Sache machen (...)“. Doch, genau das fällt schwer, wenn man am Anfang seines Studiums gesagt bekommt, dass Recht nichts mit Gerechtigkeit zu tun hat.

Aus meiner persönlichen Sicht kann ich sagen, dass ich durch die Refugee Law Clinic wieder Lust auf Jura bekommen habe und man eben doch mit Idealismus im Studium bleiben kann und eine Menge verändern kann.

## Impressum

### HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

6. Jahrgang (2016) – Heft 2 – Januar 2017

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen zweimal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

#### Redaktion und Lektorat

Anna-Lia Tanduo (Chefredakteurin)  
Charlotte Wendland (Chefredakteurin)  
Fynn Wenglarczyk (stv. Chefredakteur)  
Annika Demuth  
Eva Maria Bredler  
Gina Kozianka  
Felix Hartmann (V.i.S.d.P.)  
Maike Ostmeier  
Ebru Sarikaya

E-Mail:  
[redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de)

#### Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:  
[vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de)  
[anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de)

Verantwortlich für Anzeigen:  
Prof. Dr. Felix Hartmann

#### Internet

Niklas Vogt

#### Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:  
Erster Vorsitzender:  
Prof. Dr. Felix Hartmann  
Zweiter Vorsitzender:  
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

#### Layout/Satz

die computerfabrik  
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart  
Valentin Funk, Claudia Wittorf,  
Ulrich Böckmann

#### Druck

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der  
Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.



Lined writing area for notes.

AUFSÄTZE

KLAUSUREN

HAUSARBEITEN

RECHTSPRECHUNG

REZENSIONEN

VERANSTALTUNGEN



AUFSÄTZE

---

---

---

---

KLAUSUREN

---

---

---

---

HAUSARBEITEN

---

---

---

---

RECHTSPRECHUNG

---

---

---

---

REZENSIONEN

---

---

---

---

VERANSTALTUNGEN

---

---

---

---



# HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER  
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543