

Fiedler/Klein/Schnyder

Gegenmaßnahmen

(Counter Measures)

PR

2158

D 486

-37

Müller



Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Völkerrecht

Band 37

25. Tagung in Zürich

März 1997

Gegenmaßnahmen

(Counter Measures)

Referate und Thesen von

Wilfried Fiedler, Eckart Klein,
Anton K. Schnyder

mit Diskussion

with English Summaries
of the Reports



C.F. Müller Verlag
Heidelberg

PR 2158 D 486 - 37

Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

tsche Gesellschaft für Völkerrecht :

agung ... / Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht. - Heidelberg :
ler

berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht ; ...)

rüher Schriftenreihe

Gegenmaßnahmen. - 1998

enmaßnahmen : [in Zürich März 1997] ; Referate und Thesen ;

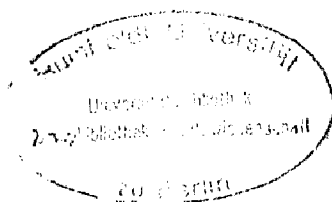
Diskussion ; with English Summaries of the reports = (Counter
sures) / von Wilfried Fiedler ; Eckart Klein ; Anton K. Schnyder. -

elberg : Müller, 1998

. Tagung .../ Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht ; 25)

berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 37)

ISBN 3-8114-4298-8



© 1998 C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg

Druck auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier aus 100% chlorfrei ge-
tem Zellstoff (DIN-ISO 9706). Aus Gründen des Umweltschutzes Um-
schlag ohne Kunststoffbeschichtung

Druck: Druckhaus Darmstadt

ISBN 3-8114-4298-8

98/2063

Vorwort

Vom 19. bis 22. März 1997 hielt in Zürich die deutsche Gesellschaft für Völkerrecht ihre 25. Zweijahrestagung ab. Gastrecht genossen die Mitglieder in der traditionsreichen Aula der Universität Zürich, wo am 19. September 1946 Winston Spencer Churchill seine noch heute denkwürdige Rede zum Europa der Zukunft gehalten hatte. Nicht nur für eine perfekte Organisation, sondern auch für eine herzliche Atmosphäre gediegener Gastfreundschaft hatten *Daniel Thürer* und *Kurt Siehr* gesorgt. Der Dekan der Juristische Fakultät, *Alfred Kölz*, machte die Tagungsteilnehmer in seiner Begrüßungsansprache mit der Geschichte der Universität Zürich und ihren besonderen Beziehungen zu den Disziplinen des internationalen Rechts vertraut.

Die Tagung war zwei Generalthemen gewidmet. Zu den „Gegenmaßnahmen“ referierten aus der Sicht des Völkerrechts *Wilfried Fiedler* (Saarbrücken) und *Eckart Klein* (Potsdam), aus der Sicht des Internationalen Privatrechts *Anton K. Schnyder* (Basel). Die „Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug“ wurde von zwei Fachvertretern des Internationalen Privatrechts, *Dagmar Coester-Waltjen* (München) und *Herbert Kronke* (Heidelberg), zusätzlich aber auch von der Warte des öffentlichen Rechts aus – des Völkerrechts in seiner engen Verbindung mit dem Verfassungsrecht – von *Juliane Kokott* (Düsseldorf) untersucht. Die Referate sowie die Diskussionen zum ersten Thema sind im vorliegenden Band abgedruckt.

Auf der Tagung wurde der bisherige Vorstand, bestehend aus *Christian Tomuschat*, *Bernd von Hoffman* und *Luzius Wildhaber*, nach vierjähriger Amtszeit verabschiedet. Zu neuen Vorstandsmitgliedern wurden gewählt *Jost Delbrück* (Kiel) als erster Vorsitzender sowie *Hanspeter Neuhold* (Wien) und *Kurt Siehr* (Zürich).

Die Tagung war durch ein reichhaltiges Rahmenprogramm abgerundet. Am Donnerstag, den 20. März 1997, wurden die Mitglieder der Gesellschaft im Zürcher Stadthaus durch *Jakob Kellenberger*, Staatssekretär des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, sowie *Josef Estermann*, den Stadtpräsidenten von Zürich, empfangen.

Am Samstag, den 22. März 1997, führte ein Ausflug in das Fürstentum Liechtenstein. Der regierende Fürst, *Hans Adam II. von und zu Liechtenstein*, lud die Mitglieder der Gruppe zu einem kurzen Besuch in das Schloß Vaduz ein. Beim anschließenden Mittagessen in Triesenberg war auch die Außenministerin des Landes, Frau *Andrea Willi*, anwesend und stellte in einer Tischrede in prägnanter Form die besonderen Probleme der Außenpolitik eines europäischen Kleinstaates dar, der zuvor mit der Schweiz eng verbunden ist, zunehmend aber auf internationaler Ebene eigene Wege geht.

Berlin, im November 1997

Christian Tomuschat



Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	5
<i>Wilfried Fiedler</i>	
Gegenmaßnahmen	9
Thesen zum Referat	29
Summary	34
<i>Eckart Klein</i>	
Gegenmaßnahmen	39
Thesen zum Referat	67
Summary	69
<i>Anton K. Schnyder</i>	
„Gegenmassnahmen“ im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht ..	73
Thesen zum Referat	106
Summary	107
<i>Diskussion zu den Referaten Fiedler, Klein, Schnyder</i>	109



Gegenmaßnahmen

Von Prof. Dr. Wilfried Fiedler, Saarbrücken

Inhalt

1. Einleitung: Dauer und Geschichtlichkeit der Kodifikationsarbeiten
2. Zur Terminologie
3. Die Maßstäbe völkerrechtlicher Einschätzung von Gegenmaßnahmen
4. Die Konzeption der International Law Commission
 - a. Der unvollkommene Zustand des Völkerrechtssystems: Nützlichkeit und Notwendigkeit einer Kodifikation
 - b. Die Berücksichtigung der Lehre
 - c. Die Pflicht zur Vorab-Verhandlung
 - d. Verhandlung, Beratung, gerichtliche Streitschlichtung
5. Der Zeitfaktor
 - a. Internationale Verbrechen
 - b. Interim measures of protection
6. Die Wirksamkeit von Gegenmaßnahmen
 - a. Weitere Beschränkungen
 - b. Grundlegende Menschenrechte und zwingendes Völkerrecht
 - c. Verhältnismäßigkeit
7. Gegenmaßnahmen im Allgemeininteresse?
Thesen, Summary

1. Einleitung: Dauer und Geschichtlichkeit der Kodifikationsarbeiten

Als die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen 1949 unter den für eine Kodifikation geeigneten Materien auch die Staatenverantwortlichkeit nannte und die Generalversammlung 1953 einen entsprechenden Auftrag aussprach¹, war nicht abzusehen, daß erst rund 40 Jahre später ein erster geschlossener Entwurf der Kommission vorliegen würde, nach fast 2500 Arbeitssitzungen und einer beachtenswerten Reihe renommierter Berichterstatter.² Der 1996 schließlich vorgelegte Gesamtentwurf versucht eine Antwort auch auf das Problem der bündig sogenannten „Gegenmaßnahmen“ zu finden, von der Gesamtheit der hinter dem Begriff der Staatenverantwortlichkeit verborgenen Fragen ganz zu schweigen.³

1 Vgl. ILC-Report UN-GA, Off. Rec. der 48. Sitzung, 51st Session, Suppl. No. 10 (A/51/10), S. 121.

2 Ebd., S. 125 ff.

3 Aus der allg. Literatur vgl. *K. Zemanek*, Responsibility of States: General Principles, EPIL, Inst. 10 (1987), S. 362 ff.; *M.J. Hahn*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996, S. 47 ff.; *M. Spinedi*, *B. Simma* (Hrsg.), United Nations Codification of State

nweis auf die lange Dauer der Kodifikationsarbeiten erfolgt nicht zufällig. Die nun vorläufig geregelte Problematik der Gegenmaßnahmen beruht nur auf dem bekannten allgemeinen Prozeß historischer Entwicklungen sondern zugleich auf einem eigenen historischen Unterbau jahrzehntekodifikationsstätigkeit. Beide Prozesse verknüpfen sich in charakteristischer Weise. Sie ergreifen nicht nur die spezielle Frage etwa der Repressalie, sondern auch die spürbaren Strukturveränderungen des geltenden Völkerrechts, einschließlich thematischer Schwerpunktverlagerungen wie in bezug auf den Vorgang der Entkolonialisierung⁴. Veränderungen dieser Art wirken auf das rechtliche Verständnis einseitiger Gegenmaßnahmen im Gesamtzusammenhang des jeweils aktuellen Völkerrechtssystems und seiner Interpretation

Es geht es wiederum nicht nur um Veränderungen in der Periode unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg⁵. Es genügt, auf die gelegentlich sogar als revolutionär bezeichnete Bedeutung internationaler Organisationen⁵ im universellen und regionalen Bereich hinzuweisen, auf die augenfälligen Entwicklungen im Bereich des Menschenrechtsschutzes⁶ oder auf manche Zonen des Umweltvölkerrechts.

Weniger leicht überschaubarer erscheinen die hinzutretenden Fernwirkungen dieser Erfahrungen mit der Repressalie, für die ein bei *Wilhelm G. Grewe* angeführtes Zitat aus dem Jahre 1374 repräsentativ ist. Es lautet in einfacher Schlichtheit: „Repressalien zulassen heißt Krieg ansagen“.⁷ Kein anderer Ausspruch bringt die Gesamtheit der Bedenken besser zum Ausdruck, die heute gegen die rechtlich nicht hinreichend begrenzte Zulässigkeit von einseitigen Gegenmaßnahmen vorgetragen werden und die den Duktus der Kommentare durch die ILC wesentlich prägten. Denn wenn auch die Form wechselläufig die betreffenden Bedenken heute auftauchen, so bleibt doch stets das gleiche Gefahrenmoment präsent, das in jeder Repressalie angelegt ist. Die gleichen Warnungen vor Eskalationen, vor der „unglückseligen Spirale“ einseitiger Gegenmaßnahmen⁸ oder dem „gegenseitigen Aufschaukeln“⁹ eines Konflikts über die Praxis der Repressalie bedürfen keines Kommentars. Nirgendwo

visibility, 1987; *D. Rauschnig*, Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten, BDGV 24 (1984), S. 7 ff.; *A. Randelzhofer*, Probleme der völkerrechtlichen Gefährdung, ebd., S. 35 ff. Im folgenden werden Fragen des kriegsrechtlichen Repressalienrechts einschließlich umweltrechtlicher Probleme nicht behandelt, vgl. dazu *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., 1997, S. 495, 415; *G. Dahm*, Völkerrecht, Bd. II, 1961, S. 574.

⁴ vgl. den Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 (b), (c) („colonial domination“, „apartheid“).

⁵ *Klein*, Sanctions by International Organizations and Economic Communities, AVR 30 (1982), S. 101 ff., 101 f.

⁶ vgl. *J.A. Frowein*, Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung, ZfV 1983, S. 241 ff., 243 ff.; *J.G. Starke*, Introduction to International Law, 1989, S. 362 ff.; *Shaw*, International Law, 1989, S. 192 ff.; *B. Simma*, From Bilateralism to Community International Law, RdC 250 (1994 – VI), S. 221 ff., 293 ff. m.w.Nw.

⁷ *Sassoferrato*, 1374, zit. bei *W.G. Grewe* (Hrsg.), Fontes Iuris Gentium, Bd. 1, S. 574.

⁸ *Muschat*, in: *B. Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, Art. 2 Ziff. 3, Rn. 28.

⁹ *Bleckmann*, Gedanken zur Repressalie, FS Schlochauer, 1981, S. 193 ff., 213.

gends wird der Gegensatz zwischen der theoretisch und praktisch bewältigten Problematik deutlicher, nirgends die Kluft zwischen Recht und Faktum¹⁰ bildhafter angedeutet, und sei es auch nur durch den Hinweis auf den rudimentären Charakter¹¹ der Rechtsfigur, auf „Grauzonen“¹² der Wirklichkeit, auf „primitive und unglückliche“¹³ Wege einer Antwort auf rechtswidriges Verhalten bis hin zur knappen, aber deutlichen Einordnung durch *Ch. Tomuschat*, die Repressalie zähle weitgehend zum „internationalen Recht von gestern“.¹⁴ Daß vor diesen dunklen Schatten der Geschichte gelegentlich auch mögliche positive Seiten einer aktuellen Repressalien-Praxis zur Diskussion gestellt werden, verdient besondere Beachtung.¹⁵

Angesichts der historischen Belastung, die nicht zu leugnen ist¹⁶, wird man fragen, warum die ILC trotz mancher Widerstände in ihrem Entwurf dennoch ein ganzes Kapitel des zweiten Teils den „Gegenmaßnahmen“ widmet.¹⁷ Eine Erklärung kann weniger der schlichte Hinweis liefern, Gegenmaßnahmen seien eben „facts of life“¹⁸, denn damit ist eher auf einzelne Ausgestaltungen des Entwurfs und seiner Probleme verwiesen als auf konkrete Gründe. Eine wichtigere Erklärung kann der als unbefriedigend empfundene Stand der Entwicklung des Völkerrechts abgeben, der mit den praktisch unterentwickelten Möglichkeiten internationaler Organisationen einhergeht¹⁹, so daß eine Kodifizierung diesem Mangel abhelfen könnte. Konsequentermaßen tauchen in diesem Zusammenhang trotz aller Bedenken die positiven Umschreibungen der Gegenmaßnahmen auf als „gegenwärtig unverzichtbares Instrument zur Stärkung des internationalen Rechts“²⁰, nicht zuletzt darauf hinauslaufend, es handele sich bei Gegenmaßnahmen um eine Zwangsausübung mit dem spezifischen Ziel der Rechtsdurchsetzung²¹, einschließlich der Ausübung von Beugezwang.²² Darauf wird zurück-

10 Vgl. *E. Zoller*, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, 1984, S. 137.

11 Vgl. etwa *G. Arrangio-Ruiz*, *Counter-measures and Amicable Dispute Settlement Means in the Implementation of State Responsibility: A Crucial Issue before the International Law Commission*, *EJIL* 5 (1994), S. 20 ff., 23.

12 *J. Crawford*, *Counter-measures as Interim Measures*, ebd., S. 65 ff., 76.

13 *Ders.*, ebd., S. 66.

14 *Chr. Tomuschat*, *Are Counter-measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures?*, ebd., S. 77 ff., 78. So schon das Erscheinungsbild der Repressalie bei *G. Dahm*, der in ihr aber nur „auf den ersten Blick“ ein „sterbendes Rechtsinstitut“ sah, a.a.O. (Anm. 3), S. 435.

15 Vgl. *Chr. Tomuschat*, ebd., S. 80 f.

16 Vgl. nur *W.G. Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, S. 238 f., 432 f., 733.

17 A.a.O. (Anm. 1), Art. 47-50 (S. 144 f.).

18 Vgl. *Chr. Tomuschat*, *Counter-measures*, a.a.O. (Anm. 14), S. 78.

19 Vgl. etwa *R. Hofmann*, *Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit*, *ZaöRV* 45 (1985), S. 195 ff., 228, Anm. 126.

→ 20 *G. Arrangio-Ruiz*, a.a.O. (Anm. 11), S. 49.

21 *Chr. Linsi*, *Gegenmaßnahmen in der Form des Embargos zur Durchsetzung elementarer Völkerrechtsverpflichtungen in der schweizerischen Außenpolitik*, 1994, S. 16.

22 Aus der Literatur über Repressalien und Gegenmaßnahmen vgl. neben den bereits Genannten *M. Akehurst*, *Reprisals by Third States*, *BYBIL* 44 (1971), S. 1 ff.; *B.W. Bowett*, *Economic Coercion and Reprisals by States*, *VirgJIL* 13 (1972), S. 1 ff.; *A. Verdross*, *B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 1342 ff.; *P. Malanczuk*, *Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit*, *ZaöRV* 45 (1985), S. 293 ff.; *P.J. Kuyper*, *International Legal Aspects of Economic Sanctions*, in: *P. Sarcevic*, *H. van Houtte*

zukommen sein, aber allein der historische Verlauf der Diskussion kann nicht dazu führen, bei längst erörterten Themen zu verharren, trotz aller Wertschätzung einzelner Entwicklungsabschnitte der Diskussion in der ILC selbst.

Die langen und heftigen Kontroversen um das rechtliche Verständnis von Staatenverantwortlichkeit haben umgekehrt einen Fundus geschaffen²³, der breite begrifflich-systematische Grundabklärungen heute in vielem überflüssig macht, es sei denn, man bevorzuge eine enzyklopädische Aufbereitung seit langem bekannter, nach wie vor problematischer Rechtserscheinungen. Bestimmte dogmatische Gewichtungen haben sich hingegen verlagert und stellen sich aus veränderter Perspektive neu dar. Nicht hingegen kann es hier um eine abermalige flächendeckende Erörterung einzelner Fälle der Staatenpraxis²⁴ gehen oder um eine bloße Kommentierung des vorliegenden ILC-Entwurfs in seiner letzten Fassung. Dieser allerdings ist im Zusammenhang mit der Erörterung der Schwerpunkte heranzuziehen, um die es im folgenden in einer begrenzten Auswahl gehen soll, wobei sich Grundsatzfragen aus der speziellen Perspektive des nunmehr formulierten letzten Teils des Entwurfs keineswegs umgehen lassen.

2. Zur Terminologie

Die Terminologie wird sich im folgenden durchaus am ILC-Entwurf orientieren, um eine gemeinsame Diskussionsgrundlage jedenfalls sprachlich zu schaffen. Aber spätestens hier erweist sich die sprachliche Eingrenzung bereits als inhaltliche Vorentscheidung. Der ILC-Entwurf geht terminologisch in den Art. 47 ff. von der Unterscheidung zwischen einseitigen Gegenmaßnahmen einerseits aus, die von den Staaten einzeln oder kollektiv vorgenommen werden, und von kollektiven Gegenmaßnahmen andererseits, die von internationalen Organisationen bzw. ihren Organen veranlaßt werden, etwa durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. In diesen Fällen wird einheitlich von Sanktionen gesprochen.²⁵ Dabei bezieht sich die Sanktion auf eine Maßnahme einer

(Hrsg.), *Legal Issues in International Trade*, 1990, S. 145 ff., 148 ff.; *B. Graefrath*, Gegenmaßnahmen als Bestandteil völkerrechtlicher Verantwortlichkeit, *Neue Justiz* 1995, S. 239 ff. Weitere Literaturangaben bei *O. Kimminich*, a.a.O. (Anm. 3), S. 494 ff.; *K.J. Partsch*, Reprisals, *EPIL*, Inst. 9 (1986), S. 330 ff. *I. Seidl-Hohenveldern*, *Völkerrecht*, 9. Aufl., 1997, Rn. 1775 ff.; *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, 3. Aufl., 1990, § 57, Rn. 44 ff.

23 Vgl. statt anderer *P. Malanczuk*, a.a.O. (Anm. 22), *passim*.

24 *Ch.Ch. Hyde*, *International Law*, Vol. 2, 2. Aufl. 1951, §§ 589 ff.; *L. Fisler Damrosch*, Retaliation or arbitration – or both? The 1978 United State-France Aviation Dispute, *AJIL* 74 (1980), S. 785 ff.; *J.-L. Dewost*, La Communauté, les dix, et les „sanctions“ économiques: De la crise iranienne à la crise des Malouines, *AFDI* 1982, S. 215 ff.; zur Staatenpraxis ausführlich *P.J. Kuypers*, a.a.O. (Anm. 22), S. 163 ff.; *M.J. Hahn*, a.a.O. (Anm. 3), S. 319 ff.; *C.B. Picker*, Fishing for Answers in Canada's Inside Passage: Exploring the Use of the Transit Fee as a Countermeasure, *YaleJIntL* 21 (1996), S. 349 ff., 382 ff.; vgl. auch *R.A. Falk*, The Beirut Raid and the International Law of Retaliation, *AJIL* 63 (1969), S. 415 ff.; *Y.Z. Blum*, The Beirut Raid and the International Double Standard. A Reply to Professor Richard A. Falk, *AJIL* 64 (1970), S. 73 ff.

25 Aus der Literatur vgl. neben den bereits Genannten *Ch. Leben*, Les sanctions privatives de droit ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées, 1979; *P.J. Kuypers*, The Implementation of International Sanctions, 1978; *C. Lloyd Brown-John*, Multilateral Sanctions in In-

Internationalen Organisation im Unterschied zur kollektiven Gegenmaßnahme, die lediglich von mehreren Staaten ohne Einschaltung einer internationalen Organisation ausgeht. Mit dem Begriff der einseitigen Gegenmaßnahme wird vor allem die traditionelle Repressalie erfaßt, auf deren historische Figur es sprachlich aber nicht mehr ankommt, auch wenn sie in der Substanz die meisten Fälle der einseitigen Gegenmaßnahmen stellen dürfte.²⁶

Befreit wird die Gegenmaßnahme auf diese Weise begrifflich von den unklaren Überschneidungszonen der traditionellen Repressalie mit allen Übergangsstadien zur kriegerischen Aktion, wie sie nicht nur die Geschichte der Repressalie charakterisiert, und zwar ohne Rücksicht auf dogmatisch-sprachliche Abgrenzungen, etwa auch zur Intervention. Die Gegenmaßnahme im Verständnis des ILC-Entwurfs grenzt sich jedenfalls klar ab von jeder kriegerischen Aktion, schafft auf diese Weise zumindest eine theoretische Klärung. [Bekannt ist, daß auch die Abgrenzung zur Retorsion in der Theorie eine deutliche Unterscheidung erlaubt, die freilich in der Staatenpraxis nicht selten ebenfalls Übergangsstadien aufweist.²⁷] Gegenmaßnahmen beziehen sich auf die an sich rechtswidrige Durchsetzung des Rechts, die nur unter bestimmten Voraussetzungen und in engen Grenzen geduldet wird. Eine ganz andere Frage bleibt, ob die zunächst vorliegende Rechtswidrigkeit durch die erfolgreiche Wiederherstellung des Rechtszustandes ihren Charakter ändert, ob die ursprüngliche Rechtswidrigkeit auf diese Weise gar geheilt wird oder im Sinne einer schwer erklärbaren Metamorphose in den Zustand des Rechtmäßigen hineingeleitet.²⁸

Fragen dieser Art verlassen nur scheinbar das Terrain des Terminologischen. Denn bei konsequenter Sichtweise führt allein schon die Erörterung der Rechtmäßigkeit einer Gegenmaßnahme zu ernsthaften Zweifeln. Unterscheidet man, wie nicht selten in der Diskussion inner- und außerhalb der ILC, zwischen einem Recht zur Gegenmaßnahme und einer bloßen „Befugnis“ (*faculté*)²⁹, so verliert das Kriterium der Rechtmäßigkeit seine zunächst vermutete Klarstellungsfunktion. Auf diese Differenzierung soll es zunächst ebensowenig ankommen wie auf gewisse Nebenbedeutungen der Sanktion, [die als Begriff in der Staatenpraxis deshalb so häufig anzutreffen sei, weil sie eine erhöhte Legitimität impliziere und weniger eine Verfolgung partikulärer und eigennütziger Ziele vermu-

international Law, 1975; *P.-M. Dupuy*, Observation sur la pratique récente des „sanctions“ de l'illicite, RGDIP 87 (1983), S. 505 ff.; *M. Schröder*, Wirtschaftssanktionen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber Drittstaaten, GYIL 23 (1980), S. 111 ff.; *T. Stein*, International Measures Against Terrorism and Sanctions By and Against Third States, AVR 30 (1992), S. 38 ff., 42 ff.; *Ch. Linsi*, a.a.O. (Anm. 21), S. 20 f.

26 Zur Terminologie vgl. *B. Graefrath*, a.a.O. (Anm. 22), S. 239 f.

27 Auch insofern ist von einer „twilight area between war and peace“ zu sprechen, vgl. *D.W. Greig*, International Law, 1976, S. 891 f.; zur möglicherweise größeren Effektivität der Retorsion gegenüber der Repressalie z. B. *O. Schachter*, International Law in Theorie and Practice, 1991, S. 186; weitere Literaturhinw. bei *Chr. Linsi*, a.a.O. (Anm. 21), S. 11.

28 Zur Bedeutung der Existenz eines rechtswidrigen Akts durch den Verletzer-Staat unter Hinweis auf *E. Zoller*, vgl. *Y. Matsui*, Counter-Measures in the International Legal Order, JapAnnIL 37 (1994), S. 1 ff., 4 ff.; zum Rechtsgrund der Gegenmaßnahme aus dem verletzten Recht selbst *E. Klein*, a.a.O. (Anm. 5), S.106.

29 Vgl. etwa *G. Arrangio-Ruiz*, a.a.O. (Anm. 11), S. 49 ff.

e.³⁰ Mag diese Einschätzung für den Begriff der Sanktion möglicherweise n, so spielt sie für den hier zugrunde gelegten Sprachgebrauch jedoch olle. Die Problematik, ob der Sanktion nur wegen der Beteiligung einer onalen Organisation eine erhöhte Rechtmäßigkeitsvermutung oder gar 3ere Nähe zu einem internationalen Gemeinschaftsinteresse zukomme, r an anderer Stelle aufgegriffen werden.^{31]}

3. Die Maßstäbe völkerrechtlicher Einschätzung von Gegenmaßnahmen

m mit der Formulierung des letzten Teils der ILC-Konvention die interne ion zu einem vorläufigen Abschluß gekommen ist, muß verstärkt nach eblichkeit völkerrechtlicher Maßstäbe für die Beurteilung im Blick auf maßnahmen“ gefragt werden. Schon für die Diskussion um den bereits nden Art. 19 war die Gesamtbeurteilung von späteren Kodifikations- abhängig gemacht worden, insbesondere von der Konzeption der tzung der in den Teilen eins und zwei vorgesehenen Bestimmungen. onzeption liegt nunmehr vor und bedarf einer kritischen Durchsicht. Da- t sich abermals die Tücke des Doppelauftrags, den die ILC erhalten hat, das geltende Völkerrecht zu kodifizieren und dabei gleichzeitig dessen eitende Entwicklung zu fördern. Denn beide Aufträge können nur in rbindung die Praktikabilität des vorliegenden Entwurfs vermitteln. In der enheit hat sich zur Genüge gezeigt, daß gerade die Förderung der Ent- g des Völkerrechts zugleich auch das Ende einer wirksamen Kodifizie- bedeuten konnte und einseitige Abweichungen vom Völkerge- itsrecht dabei wenig Erfolg verhiessen.³² Im folgenden sind beide Ge- nkte in einem notwendigen Zusammenhang zu sehen, wenn es darum e „Gegenmaßnahmen“ zu erörtern.

Die Bedeutung kommt dabei zunächst dem normativen, politischen und vor rirklichkeitsnahen Leitbild der Völkerrechtsgemeinschaft zu, von dem nvolle Kritik auszugehen hat. Dabei ist seit langem der kooperative Cha- er Völkerrechtsordnung weniger problematisch als die Frage nach dem enden Freiraum des nach wie vor souveränen Einzelstaates für Maßnah- · Selbsthilfe.³³ Je nach der Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen

insi, a.a.O. (Anm. 21), S. 20, Anm. 40, unter Hinweis auf *M. Doxey* und *L.-A. Sicilianos*. m Anschluß an *O. Schachter*, *The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the al Assembly*, *AJIL* 58 (1964), S. 960; zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen ein- tlicher und kollektiv von einer Internationalen Organisation veranlaßter Aktion vgl. *B.W. t*, a.a.O. (Anm. 22), S. 9.

twa die Konventionen zum Recht der Staatensukzession von 1978 und 1983, dazu *W. r*, *Die Konventionen zum Recht der Staatensukzession. Ein Beitrag der ILC zur Entwick- ines „modern international law“?*, *GYIL* 24 (1981), S. 9 ff.
ser Zuordnung etwa *P. Malanczuk*, a.a.O. (Anm. 22), S. 295 f.; vgl. auch *O. Schachter*, *ntional Law in Theory and Practice*, 1991, S. 184 ff.; zur historischen Abgrenzungspro- iik *I. Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, S. 219 ff.; *Y. i*, a.a.O. (Anm. 28), S. 3.

Aktionsmöglichkeit internationaler Organisationen wurden Repressalien bisher schon als mehr oder weniger hinnehmbar oder aber auch als geradezu notwendig eingestuft. Das geltende Völkerrecht kennt kein generelles Repressalienverbot. Auch die überwiegende Meinung innerhalb der ILC mußte dem nach wie vor unvollkommenen Charakter der Organisation des Völkerrechts Tribut zollen und letztlich der Aufnahme von Bestimmungen über Gegenmaßnahmen in den Entwurf zustimmen. Darin zeigte sich weniger der Hang zur Vollständigkeit als vielmehr die Einsicht in eine so und nicht anders vorfindliche Staatenpraxis. Diese bürdet dem Einzelstaat nach wie vor die Aufgaben auf, die von internationalen Organisationen (noch) nicht erfüllt werden können, namentlich im Bereich der Selbsthilfe.³⁴

Die Beurteilung der Zulässigkeit von Gegenmaßnahmen im geltenden Völkerrecht ist daher zu einem wesentlichen Teil unmittelbar abhängig von der rechtlichen Beurteilung der Rolle der internationalen Organisationen.³⁵ Soweit es darum geht, auf die seit 1945 augenfällig gestiegene Interdependenz der Staaten hinzuweisen³⁶, besteht Einigkeit in dem Befund, nicht hingegen in bezug auf die spezifische Rolle der internationalen Organisationen im Rahmen dieses Zusammenhangs. Unbestritten ist auch die steigende normative Vernetzung durch die weltweit steigende Schaffung von Rechtsnormen unterschiedlicher Provenienz auf verschiedenen Ebenen, ebenso der hohe Anteil internationaler Organisationen an diesem Vorgang. Es leuchtet ein, daß dieser Befund zu einer wenn auch sehr angreifbaren Schlußfolgerung in bezug auf Gegenmaßnahmen führen kann: für sie bleibe im Grunde kaum mehr Raum, da die geschilderte weltweite Norm-Vernetzung einzelstaatliche Schutzaktivitäten überflüssig mache.

Der angreifbare Denkfehler dieser oft pauschal vorgebrachten Position liegt in der Verwechslung normativer Anspruchsbereiche mit tatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeiten des Völkerrechts. Es handelt sich mit anderen Worten um einen traditionellen Mangel des sich stetig – wenn auch langsam – fortentwickelnden Völkerrechts. Wesentlich ernster zu nehmen ist die Verlagerung des Völkerrechts von einer bilateralen zu einer multilateralen Struktur, doch wird auch aus dieser Sicht eine verbleibende Bedeutung einzelstaatlicher Gegenmaßnahmen nicht geleugnet.³⁷ In die Kluft zwischen einem normativen Anspruchsdanken, das von Systemgeschlossenheit ausgeht, und real umsetzbarer Normverwirklichung³⁸ in der Staatenpraxis, stößt die einseitige Gegenmaßnahme in der ihr von der ILC zuletzt verliehenen Gestalt – in einer Konzeption, die zum Teil weit entfernt von traditionellen Vorbildern der Repressalie verharret. Es wird

34 Zur Dimension, von der das Völkerrecht auszugehen hat, *Chr. Schreuer*, Die Bedeutung Internationalen Organisationen im heutigen Völkerrecht, AVR 22 (1984), S. 363 ff.

35 Vgl. neben *E. Klein*, a.a.O. (Anm. 5), passim, *A. Dowty*, Zwiespältige Erfahrungen mit Sanktionen – das Beispiel Irak, EA 1994, S. 315 ff.

36 Vgl. *K. Zemanek*, a.a.O. (Anm. 3), S. 370 f. Zur Konsequenz der „Institutionalisierung“ der Völkerrechtsgemeinschaft zuletzt *B. Simma*, a.a.O. (Anm. 6), S. 256 ff.

37 Vgl. *E. Klein*, a.a.O. (Anm. 5), S. 111.

38 Vgl. etwa die skeptische Beurteilung des Standes der Völkerrechtsentwicklung bei *J.A. Frowein*, a.a.O. (Anm. 6), S. 242; vgl. auch *P. Malanczuk*, a.a.O. (Anm. 22), S. 299. Zu „rising awareness of the common interests of the international community“ *B. Simma*, a.a.O. (Anm. 6), S. 234.

zu prüfen sein, ob diese Konzeption den völkerrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Überbrückung der geschilderten rechtlichen Kluft genügen kann – in einer Staatenpraxis, die sich auf nicht wenigen Gebieten von der Doktrin und der Praxis der internationalen Organisationen im Stich gelassen fühlt.³⁹ Dabei spielt die Verbindlichkeit eines vorgestellten normativen Leitbildes bis in die Interpretation der Einzelheiten des ILC-Entwurfs eine ausschlaggebende Rolle. [So etwa in bezug auf die sogenannten „Zwischenmaßnahmen“ (*interim measures*)⁴⁰, die als Konzession an ein wirklichkeitsnahes Bild der Völkerrechtsgemeinschaft aufzufassen sind, allerdings mit dem schweren Nachteil einer recht inhomogenen dogmatischen Grundlinie mit ungewissen praktischen Konsequenzen.]

4. Die Konzeption der International Law Commission

a. Der unvollkommene Zustand des Völkerrechtssystems: Nützlichkeit und Notwendigkeit einer Kodifikation

Die Konzeption der ILC geht erkennbar von einem Völkerrechtssystem aus, das dezentralisiert und in den meisten Konflikten ohne Zwangsmittel für eine friedliche Regelung ausgestaltet ist, so daß die Staaten nach wie vor auf Selbsthilfe angewiesen bleiben.⁴¹ Dies insbesondere im Blick auf die Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen anderer Staaten. Die Notwendigkeit einer Selbsthilfe resultiert aus diesem unvollkommenen Zustand des Völkerrechts, doch können Gegenmaßnahmen auch vor diesem Hintergrund nur begrenzt zufriedenstellen. Ihre wesentlichen Mängel zeigen sich vor allem in zwei seit langem erörterten Punkten: Jeder Staat, der zu Gegenmaßnahmen greife, erhebe sich – im Prinzip – zum Richter in eigener Sache angesichts des Fehlens ausgehandelter Vereinbarungen mit oder ohne Beteiligung einer unabhängigen dritten Instanz.⁴² Der zweite Punkt bezieht sich auf die Unfähigkeit der beteiligten Staaten, faktisch vergleichbar auf Gegenmaßnahmen zu reagieren, ein verschiedentlich gegen eine Privilegierung politisch mächtiger Staaten vorgetragenes Argument.⁴³ Wenn trotz dieser Bedenken die Aufnahme von Bestimmungen über „Gegenmaßnahmen“ in den Entwurf schließlich als „ebenso notwendig wie nützlich“ bezeichnet wird⁴⁴, so beruht dies im wesentlichen auf zwei Argumenten unterschiedlichen Gewichtes.

Nicht anzugreifen ist der erste Punkt: der Hinweis auf das Völkergewohnheitsrecht, das genügend Nachweise für die Praxis von Gegenmaßnahmen als Ant-

39 Vgl. etwa *Chr. Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), S. 1 ff., 18 f.; *P.C. Szasz*, Peacekeeping in Operation: A Conflict Study of Bosnia, Cornell IntLawJ 28 (1995), S. 685 ff.

40 Vgl. a.a.O. (Anm. 1), Art. 48 Abs. 1 (S. 144).

41 A.a.O. (Anm. 1), General commentary, S. 153.

42 Ebd.

43 Ebd.

44 Ebd., S. 154.

wort auf rechtswidriges Verhalten von Staaten liefere. In der Tat hat die ILC selbst die entsprechende Staatenpraxis in früheren Untersuchungen aufgearbeitet und zugrunde gelegt und dabei auch die erfolgreiche Drohung⁴⁵ mit Repressalien berücksichtigt. Das zweite Argument erscheint hingegen unvermittelt und zusammenhanglos: Man solle die Bedeutung der Fähigkeit der in ihren Rechten verletzten Staaten nicht unterschätzen, die Bedingungen festzulegen, unter denen Gegenmaßnahmen eine rechtmäßige Antwort (lawfull response) auf rechtswidriges Verhalten darstellten. Isoliert gesehen wird man eine derartige Aussage ohne weiteres nachvollziehen können, im Zusammenhang mit den zuvor in aller Deutlichkeit vorgebrachten Argumenten gegen die Kodifizierung von Gegenmaßnahmen bleibt hingegen eine gewisse Ratlosigkeit zurück. War nicht der Vorwurf, Richter in eigener Sache zu sein, ebenso ein Grund für schwerwiegende Bedenken, wie der Hinweis auf die mögliche Privilegierung der mächtigen Staaten? Was bleibt davon übrig, angesichts der schließlich doch eingeräumten Fähigkeit, angemessene Antworten auf rechtswidriges Verhalten anderer Staaten zu geben? Und schließlich: welche Rolle spielt in diesem Zusammenhang das Völkergewohnheitsrecht?

Gegenüber voreiliger Kritik wird einzuwenden sein, daß es in diesem Stadium der Diskussion lediglich um das Ob einer Kodifizierung ging⁴⁶, nicht um die Art und Weise ihrer Durchführung. Denn den zunächst vorgebrachten Bedenken konnte durch die konkreten Formulierungen möglicherweise noch Rechnung getragen werden.

Betrachtet man jedoch die Gesamtkonzeption im Zusammenhang, so wird deutlich, daß die Gegenmaßnahmen nicht nur aus der Sicht des 3. Kapitels des 2. Teiles beurteilt werden können, also aus den ihnen ausdrücklich gewidmeten Art. 47 bis 50. Hinzu treten nicht zuletzt die im 4. Kapitel behandelten Internationalen Verbrechen (international crimes), sowie der gesamte 3. Teil über „Settlement of Disputes“. Gerade dieser Teil, umstritten seit jeher, entscheidet weitgehend über die rechtliche Plausibilität und Durchsetzbarkeit der zuvor festgelegten Positionen.

b. Die Berücksichtigung der Lehre

Doch es erscheint keineswegs erforderlich, charakteristische Grundlinien erst bei der Behandlung des 3. Teiles aufzuspüren, denn bereits die verschlungenen Formulierungen des Art. 47 selbst, der die Grundaussagen über „Gegenmaßnahmen“ trifft, nimmt zunächst zentrale Anliegen der Lehre auf. Insgesamt ist festzustellen, daß die Konvention vielen Forderungen nach einer Begrenzung der Repressalienpraxis ohne weiteres nachkommt. So etwa bei der ausdrücklichen Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 49), bei der Ablehnung jeden Strafcharakters der Gegenmaßnahme⁴⁷ oder der Beachtung des Gewaltver-

45 Zur Gewaltandrohung vgl. *J.A. Frowein*, a.a.O. (Anm. 6), S. 258; allg. *K. Ipsen*, a.a.O. (Anm. 22), § 57, Rn. 19 ff.

46 Vgl. die Darstellung bei *B. Graefrath*, a.a.O. (Anm. 22), S. 240.

47 Vgl. statt anderer *K. Zemanek*, a.a.O. (Anm. 3), S. 370 f.

bots (Art. 50 (a)). Hinzuweisen wäre an sich nicht auf die bereits an anderer Stelle ausführlich behandelte Erforderlichkeit im allgemeinen. In Art. 47 erscheint die „necessity“ jedoch im Lichte der Antwort, die der Verletzer-Staat auf die Forderungen des verletzten Staates erteilt hat. Auf diese Weise werden die Beteiligten schon früh auf die Notwendigkeit verwiesen, den Rang einer möglichen Verständigung vor der Aufnahme konkreter Gegenmaßnahmen zu ermitteln, so daß der von der Kommission vorgeschaltete und gewünschte „Dialog“⁴⁸ zwischen den Beteiligten Bestandteil der Grundaussage über Gegenmaßnahmen geworden ist.

Damit nahm die Kommission zugleich eine fast unbestrittene Forderung der Literatur auf, die vor einer Gegenmaßnahme seit langem den vorgeschalteten Versuch einer anderweitigen Beilegung des Konflikts gefordert hatte. Die Einstufung von Gegenmaßnahmen als „ultima ratio“, um den Verletzer-Staat zur Beachtung des Rechts zu bewegen, entspricht diesem Anliegen.

Eher versteckte Begrenzungen dieser Art entsprechen aber keineswegs der Grundlinie der Konvention. Denn im Gegensatz zu den anderen Normierungen des 3. Kapitels steht die Ausgangsnorm des Art. 47 zunächst im Zeichen der prinzipiellen Zulässigkeit von Gegenmaßnahmen ganz im Sinne der eingangs betonten Nützlichkeit und Notwendigkeit, sowie auch in ihrem Bezug zu der besonderen Öffnungsklausel des Art. 30.⁴⁹

Dennoch wird letztlich ein völlig gegenteiliger Eindruck erweckt. Denn die Ausgangsnorm des Art. 47⁵⁰ enthält eine Reihe von weiteren gravierenden Begrenzungen. So, ganz beiläufig, den Hinweis auf den hier völlig unproblematischen Zeitfaktor, auf den Umstand, daß Gegenmaßnahmen nur solange durchgeführt werden dürfen, als die Rechtsverletzung andauert. Eine weitere, eher mittelbar wirkende Begrenzung zeigt sich in den Beurteilungsmaßstäben für die andauernde Rechtswidrigkeit, nämlich der Erfüllung der Verpflichtungen aus den Art. 41 bis 46 des Entwurfs selbst, also den Bestimmungen, die von der „Cessation“ über die verschiedenen Spielarten der Rechtsfolgen reichen.⁵¹

48 A.a.O. (Anm. 1), S. 157.

49 *Article 30, Countermeasures in respect of an internationally wrongful act*

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an obligation of that State towards another State is precluded if the act constitutes a measure legitimate under international law against that other State, in consequence of an internationally wrongful act of that other State.

50 *Article 47, Countermeasures by an injured State*

1. For the purposes of the present articles, the taking of countermeasures means that an injured State does not comply with one or more of its obligations towards a State which has committed an internationally wrongful act in order to induce it to comply with its obligations under articles 41 to 46, as long as it has not complied with those obligations and as necessary in the light of its response to the demands of the injured State that it do so.

2. The taking of countermeasures is subject to the conditions and restrictions set out in articles 48 to 50.

3. Where a countermeasure against a State which has committed an internationally wrongful act involves a breach of an obligation towards a third State, such a breach cannot be justified under this chapter as against the third State.

51 Ebd., S. 141 ff.

Diese Tendenz weist bereits die Gesamtrichtung der Kodifikation, soweit sie Gegenmaßnahmen betrifft. Auf sie trifft schon in der Ausgangsnorm das Wortspiel zu, das vor kurzem *Christian Linsi* für Gegenmaßnahmen herangezogen hat: man solle sie nicht bannen, sondern bändigen.⁵² Wie stark diese Tendenz im Vordergrund steht, ergibt sich weniger aus den erwähnten mehr indirekten Begrenzungen des Art. 47 Abs. 1 als vielmehr aus den ausdrücklichen und einschränkenden Hinweisen des Abs. 2: die Vornahme einer Gegenmaßnahme sei Gegenstand der Bedingungen und Einschränkungen („conditions and restrictions“) der – folgenden – Art. 48 bis 50. Da das Kapitel über Gegenmaßnahmen ohnehin nur aus vier Artikeln besteht, wird deutlich, daß drei Viertel der einschlägigen Entwurfsregelungen im Zeichen der erwähnten ausdrücklichen „Bändigung“ der Staatenpraxis stehen. Doch wäre es wiederum voreilig, nur dieses Kapitel zu betrachten. Denn durch ausdrückliche Verweisung treten die Begrenzungen hinzu, die in dem seit langem erwarteten 3. Teil im Rahmen der vorgesehenen Streitschlichtungsverfahren ohnehin durch umfängliche Verfahrensbestimmungen vorgesehen sind und zwar grundsätzlich in drei Schritten: Verhandlung, Beratung, unabhängige Streitschlichtung, gegebenenfalls durch den IGH.⁵³

c. Die Pflicht zur Vorab-Verhandlung

Die Pflicht zur Vorab-Verhandlung entspricht einer alten Forderung der Lehre und kann *cum grano salis* bereits als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts angesehen werden.⁵⁴ Nunmehr taucht sie jedoch als eigener Verfahrensschritt auf, der schließlich in ein spezifisch ausgestaltetes Beratungsverfahren durch eine Conciliation Commission mündet. Diese Kommission ist mit eigenen Fact-finding-Kompetenzen und zur Abgabe auch vorläufiger, nicht abschließender Empfehlungen versehen. Für das Gremium von insgesamt fünf Mitgliedern, das vom Generalsekretariat der Vereinten Nationen nach einem Listensystem einzusetzen ist,⁵⁵ müssen bis zu 120 Tage veranschlagt werden, bevor die eigentliche Arbeit aufgenommen werden kann. Denn für die einvernehmliche Wahl des Vorsitzenden ist ein Frist von 60 Tagen vorgesehen, die zu derjenigen der Einsetzung der vier anderen Berater hinzuzurechnen ist.⁵⁶ Daß das Gremium mit Mehrheit entscheidet und die Staatsangehörigkeit der einzelnen Berater berücksichtigt wird, mag letztlich und immerhin auch als Weg zu einem gewissen Zeit-Gewinn verstanden werden. Die Empfehlungen der Kommission zur Beilegung des Konflikts sind innerhalb von drei Monaten in einem Bericht vorzulegen, doch muß die Antwort der Parteien abgewartet werden, bevor der Abschlußbericht mit endgültigen Empfehlungen erstellt werden kann.⁵⁷

52 A.a.O. (Anm. 21), S. 18, unter Bezugnahme auf Art. 33 SVN.

53 Art. 54 bis 60 (S. 147 ff.).

54 Vgl. etwa *E. Zoller*, a.a.O. (Anm. 10), S. 120 ff.; *O. Schachter*, *International Law*, a.a.O. (Anm. 33), S. 186 ff.

55 Annex I Abs. 1, a.a.O. (Anm. 1), S. 149.

56 Ebd., Abs. 2 (e)

57 Art. 57 Abs. 4.

hier wird deutlich, daß die Konzeption der ILC zu einem Problem von d Wirksamkeit in ihrem konkreten Zusammenhang geworden ist.

d. Verhandlung, Beratung, gerichtliche Streitschlichtung

Eindruck wird verstärkt durch den dritten Schritt, der in der Regel nach gener Beratung unternommen werden kann, der Weg zu einer schiedslichen Klärung innerhalb – weiterer – sechs Monate nach Abgabe des Missionsberichts. Dabei stimmt in begrenzter Weise tröstlich, daß ein Opfer bereits durchgeführten Maßnahmen jederzeit das Schiedsgericht einseitig anrufen kann.⁵⁸ Diesem ist wiederum eine Frist von sechs Monaten gesetzt, doch auch bei Zweifeln an der Geltung des Schiedsspruchs die Einschaltung des Schiedsgerichts, sofern kein anderes Gericht von den Beteiligten gewählt wurde. Dem IGH wird die Aufgabe zugewiesen, über die Gültigkeit des Schiedsspruchs zu befinden, der in Zweifel gezogen wird, in einer Art Auffangkompetenz. Sollten Teile des Konflikts vom ersten Schiedsspruch jedoch nicht aufgegriffen und geklärt worden sein, so steht für sie der Weg zu einem neuen Schiedsgerichtsverfahren offen.⁶⁰

Der dritte Teil muß im Einzelfall nicht zu dem Zeitverlust führen, der in der Addition der Verfahren unausweichlich erscheint. Der Berichterstatter hat im Vorfeld der Abschlußsitzungen bereits darauf hingewiesen, daß dem Vorwurf des notwendigen Zeitverlustes mit der gegebenen Möglichkeit der Beteiligten begegnet werden kann, die Verfahrensabschnitte auf die – erfolgreiche – Beendigungsphase zu konzentrieren. Der IGH komme ohnehin nur zum Zuge im Falle eines Verfahrensfehlers im Schiedsgerichtsverfahren. Auf diese Weise könne die Aussicht genommene Verfahren schneller zu einer Schlichtung bzw. Einigung gelangen, als durch eine ungeprüfte Gegenmaßnahme des verletzten Staates.

5. Der Zeitfaktor

diese Position macht deutlich, warum im Vorfeld der Regelungen des dritten Teils kritische Stimmen auf das Mißverhältnis zwischen Verfahrenslänge und substantieller Lösung der mit der Gegenmaßnahme verbundenen Konflikte hinweisen,⁶² freilich letztlich ohne durchschlagenden Erfolg. Denn die aufwändige Verfahrenslösung des dritten Teils bleibt auf der Linie des vom Berichterstatter seit langem verfolgten Weges. Hinzu treten jedoch weitere Verzögerungen des Zeitproblems bereits vor der Verfahrenslösung des dritten Teils, die im Zusammenhang mit der Behandlung internationaler Verbrechen.

⁵⁸ Abs. 2.

⁵⁹ Abs. 1.

⁶⁰ Abs. 2.

⁶¹ J. Arrangio-Ruiz, a.a.O. (Anm. 11), S. 48 f.

⁶² Chr. Tomuschat, Counter-measures, a.a.O. (Anm. 14), S. 78, 82.

a. Internationale Verbrechen

Auch hier und zunächst scheinbar unabhängig von der Problematik der Gegenmaßnahmen, wird ein Konzept vorgelegt, das die Verfahrensschritte des dritten Teils – Verhandlung, Beratung, schiedsgerichtliche Klärung – in ihrer Abfolge aktiviert. Doch im Gegensatz zur Gegenmaßnahme referiert die Kommission hier u.a. eine Auffassung, die davon ausgeht, daß die Materie der internationalen Verbrechen⁶³ zu wichtig sei, um sie dem allgemeinen Verfahren des dritten Teils zu überlassen.⁶⁴ Um einen möglichen Mißbrauch zu verhindern, wird empfohlen, den Konflikt einer unabhängigen dritten Partei zu unterbreiten, oder gleich den IGH einzuschalten, der diese Aufgabe allein angemessen erfüllen könne.⁶⁵ Dabei bleibt völlig unklar, ob es sich um einen den dritten Teil ergänzenden oder ihn ersetzenden Schritt handeln soll, so daß zeitliche Weiterungen nicht auszuschließen sind.

Der Hinweis auf die Behandlung internationaler Verbrechen dient hier lediglich dem Nachweis, auf welch gravierende Weise die ILC in eine Zeit-Problematik hineingeschlittert ist, die auch für die Gegenmaßnahmen dazu führen kann, daß an sich vielversprechende Ansätze über den nunmehr vorgesehenen dritten Teil dogmatisch wieder ausgehebelt werden. Wie schwer die Gefahr einer dogmatischen Selbstexekution durch möglicherweise unangemessene Verfahrensbestimmungen wohl auch in der ILC genommen wird, zeigt ihre eigene Reaktion im Umgang mit den erwähnten internationalen Verbrechen: Die Kommission erkennt an, daß ein eines internationalen Verbrechens beschuldigter Staat vielleicht eine zügigere (schnellere) Lösung seines Konflikts suchen werde, als dies die Verfahren des dritten Teils erlaubten,⁶⁶ insbesondere unter Rückgriff auf die Verfahren der Charta der Vereinten Nationen. Dennoch verzichtet die Kommission auf eine eigene abweichende Lösung und verweist auf mögliche Änderungen in zweiter Lesung des Entwurfs.⁶⁷ Dieser Umgang der ILC mit dem als wichtig erkannten Zeit-Faktor macht es notwendig, diesen Aspekt gerade im Hinblick auf die Gegenmaßnahmen näher zu betrachten.

Dabei stellt sich bald heraus, daß es nicht nur um das eingangs behandelte normative Leitbild von der Völkerrechtsgemeinschaft – oder vom Völkerrecht schlechthin – geht, sondern zugleich um die im letzten Teil des Entwurfs eingeschlagene konkrete Kodifikationslinie. Denn in Art. 48 Abs. 1 des Entwurfs findet sich zunächst die ausdrücklich so genannte Verpflichtung des verletzten Staates, vor dem Einsatz von Gegenmaßnahmen das in Art. 54 vorgesehene Verfahren der Verhandlung zu praktizieren, folglich den ersten Teil des bereits erwähnten Dreierschrittes.

63 Zu dieser Kategorie in der Konzeption der ILC vor allem *R. Hofmann*, a.a.O. (Anm. 19), S. 206 ff.; *J. Weiler, H.H. Cassese, A. Spinedi* (Hrsg.), *International Crimes of State*, 1989. Ausführlich zuletzt *B. Simma*, a.a.O. (Anm. 6), S. 301 ff. m.w.Nw.

64 A.a.O. (Anm. 1), S. 166.

65 Ebd.

66 Ebd.

67 Ebd.

b. *Interim measures of protection*

brigen Bestimmungen desselben Artikels sehen die Fortführung dieser bis zur gerichtlichen Klärung vor, jenes, wie die ILC selbst einräumt, igerigen Verfahrens, das in Teil drei vorgesehen ist. Doch in Art. 48 Abs. 1 findet sich der thematische Sprengstoff, der im Vorfeld für äußerst leb-Diskussionen und deutliche Stellungnahmen gesorgt hatte:⁶⁸ Die Pflicht zur idlung enthalte keine Vorentscheidung über die Vornahme von so- iten „interim-measures of protection“, die für den verletzten Staat not- g seien, um seine Rechte zu erhalten und die im übrigen die Vorausset- 1 (requirements) dieses Kapitels erfüllten.⁶⁹

rechtsfigur der vorläufigen Schutzmaßnahme vor der Aufnahme von Ver- ngen oder parallel zu ihnen⁷⁰ entspricht möglicherweise den realen Inter- ler am konkreten Konflikt Beteiligten. Die ILC sieht sehr wirklichkeitsnah twendigkeit, schneller zu handeln, als dies bei dem oft langwierigen übli- erhandlungsweg möglich wäre, jedenfalls in manchen Fällen einer Gegen- hme, wie etwa bei dem notwendigen Blockieren von Auslands-vermögen rletzer-Staates im eigenen Territorium. Für diese Fälle räumt die Kom- n ein, daß Gegenmaßnahmen nur wirksam seien, wenn sie rasch vorge- en würden.⁷¹ In diesen Fällen läßt die Kommission ausdrücklich eine Aus- von dem Erfordernis zu, alle Verfahrensmöglichkeiten wahrzunehmen, ch im Blick auf Art. 33 SVN an sich ausgeschöpft werden müßten.⁷² Auf Weise werde auch für den Staat, der das Ziel von Gegenmaßnahmen bilde, gemessenes und wirksames Verfahren der Streitbeilegung zur Verfügung t und selbst die Möglichkeit einer Suspendierung der Gegenmaßnahmen ffen.⁷³ Die Zwischenmaßnahmen, die gelegentlich auch als „dringende fige“ Maßnahmen bezeichnet werden, sollen nach dieser Konzeption kei- s den Verhandlungsweg ersetzen, der im übrigen vorgesehen ist. Nur für :situationen, zu denen nach Ansicht mancher Kommissionsmitglieder auch lle eines internationalen Verbrechens, etwa des Völkermords, zählen, soll 1 üblichen Weg der Vorab-Verhandlung verzichtet werden.⁷⁴

ommentierung des Art. 48 Abs. 1 Satz 2 über die vorläufigen Schutzmaß- n erweckt zunächst den Eindruck, als habe die Kommission hier punktuell hritt von der dogmatisch-zeitgemäß angepaßten Gegenmaßnahme zurück er traditionellen Funktion der Repressalie getan, nämlich durch rasche, uch riskante⁷⁵ Maßnahmen der Selbsthilfe den Verletzer-Staat wirksam so

die ausführliche Darstellung bei *Y. Matsui*, a.a.O. (Anm. 28), S. 24 ff.; *B. Graefrath*, a.a.O. r. 22), S. 241.

48 Abs. 1 S. 2.

a.a.O. (Anm. 1), S. 160 f.

, S. 160.

statt anderer *D.W. Bowett*, a.a.O. (Anm. 22), S. 11.

). (Anm. 1), S. 160.

; zur „advanced notification“ vgl. etwa *O. Schachter*, a.a.O. (Anm. 33), S. 186 f.

Hinweis auf das jeweilige „Risiko“ durch die ILC vgl. a.a.O. (Anm. 1), S. 155.

unter Druck zu setzen, daß die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes herbeigeführt werden kann.

Dieser Eindruck täuscht insofern, als für diesen punktuellen Ausflug in die Wirklichkeit des Staatenlebens – bis hin zu dem durchaus realistischen Genozid – ein hoher Preis entrichtet werden muß. Die Rechtsfigur der vorläufigen Schutzmaßnahme zwingt die Kommission zur Aufspaltung der geschlossenen Rechtsfigur der „Gegenmaßnahme“ in zwei unterschiedliche Rechtseinheiten mit jeweils zeitlich verschiedenem Verfahren des Einsatzes von tatsächlich wirksamen Maßnahmen. Der vorläufigen Schutzmaßnahme kommt dabei eine Art Sicherungsfunktion für die Dauer der Verhandlungen zu, während das an sich vorgesehene Verfahren der Art. 54 ff. nach wie vor durchgeführt werden soll. Hier, in den erwähnten Ausnahmefällen, die von der Sperrung eines Bankguthabens bis zu Maßnahmen gegen Völkermord reichen können, soll es nicht mehr auf die völkergewohnheitsrechtlich bereits akzeptierte Pflicht zur Verhandlung vor Beginn von Gegenmaßnahmen ankommen.

Die Darstellung dieser Situation als einer notwendigen Balance⁷⁶ zwischen unterschiedlichen Interessen verharmlost die dogmatischen und praktischen Folgewirkungen. Denn wenn auch die vorläufigen Schutzmaßnahmen zu den „angemessenen und wirksamen“ Verfahren der Streitbeilegung des Art. 48 zählen, dann wird man fragen müssen, welche Funktion das im 3. Teil vorgesehene aufwendige Verfahren im sog. „Normalfall“ der Gegenmaßnahme noch spielen soll.⁷⁷ Wesentlich weitergehend muß die Frage lauten, ob das vorgesehene Verfahren der vorläufigen Schutzmaßnahme noch mit der von *Karl Josef Partsch* treffend beschriebenen „modernen Tendenz“ übereinstimmt, „die Repressalie so weit als möglich zu begrenzen.“⁷⁸ Denn das mit der vorläufigen Schutzmaßnahme geöffnete Ventil ist durchaus geeignet, das eigentlich zu „bändigende“ Gefahrenpotential eher zu erhöhen als zu vermindern. Der Hinweis auf gerichtlich erprobte Sicherungsmaßnahmen geht fehl, da – wie die Kommission selbst feststellt – im fraglichen Zeitpunkt ein Gericht mit einer entsprechenden Rechtsprechung nicht existieren wird.⁷⁹

6. Die Wirksamkeit von Gegenmaßnahmen

Spätestens an dieser Stelle wird endgültig bewußt, daß es nicht mehr allein um den kodifikatorischen Umgang mit dem Faktor Zeit geht, sondern wesentlich weiter um das Kriterium der Wirksamkeit der vorgeschlagenen Regelungen selbst.

76 Vgl. etwa *J. Crawford*, a.a.O. (Anm. 12), S. 65.

77 Zur Frage der Gleichbehandlung von crimes and „ordinary“ delicts vgl. *Chr. Tomuschat*, a.a.O. (Anm. 14), S. 79.

78 A.a.O. (Anm. 22), S. 332.

79 A.a.O. (Anm. 1), S. 161.

a. Weitere Beschränkungen

Ihre Bewertung hängt nicht zuletzt von den weiteren Schranken ab, die unabhängig von den Verfahrensregelungen des 3. Teils ohnehin jede Gegenmaßnahme rechtlich unzulässig macht. Art. 50 des Entwurfs führt zu einer Wiederbegegnung mit fünf Untersagungsgründen, die für sich genommen plausibel und naheliegend wirken, in ihrer Gesamtheit jedoch ein relativ dichtes Netz ausdrücklicher Untersagungsgründe für Gegenmaßnahmen schaffen. Angesichts der zugrunde gelegten Unvollkommenheiten der Völkerrechts-Organisation und der daraus resultierenden notwendigen Funktion einseitiger Gegenmaßnahme stellt sich dabei die grundlegende Frage nach dem verbleibenden Rechtsrahmen für die erforderliche Selbsthilfe. Denn zu diesem durch Art. 50 errichteten Schutzzaun zugunsten der Völkerrechtsgemeinschaft und des rechtbrechenden Verletzer-Staates selbst treten die bereits erwähnten Schranken, die den politischen und rechtlichen Handlungsspielraum für zulässige einseitige Gegenmaßnahmen weiter begrenzen.

Die in Art. 50 genannten fünf Untersagungsgründe sind, wie in der Literatur bereits angekündigt, das Gewaltverbot im Sinne der Charta der UN, der Schutz des diplomatischen und konsularischen Personals einschließlich entsprechender Einrichtungen, die grundlegenden Menschenrechte, die zwingenden Normen des allgemeinen Völkerrechts, aber auch übermäßiger (extremer) wirtschaftlicher oder politischer Zwang, der die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit des rechtswidrig handelnden Staats gefährden könnte.⁸⁰

Was in allgemeinem Sinne als eher unproblematisch gelten kann, gewinnt unter dem Blickwinkel der Gegenmaßnahme eine veränderte Perspektive. So wird man das Gewaltverbot als Grenze zunächst im Sinne einer rechtssystematischen Selbstverständlichkeit auffassen müssen. Gleichwohl ist zu fragen, ob die Zulässigkeit wirtschaftlichen Zwangs nur dann ausgeschlossen bleiben soll, wenn die territoriale Integrität oder die politische Unabhängigkeit des Verletzer-Staates auf dem Spiel steht. Die Unterscheidung zwischen militärischer und wirtschaftlicher Gewalt ist nicht umsonst in allgemeiner Weise umstritten,⁸¹ aus der Sicht der Repressalie und ihrer Funktion aber um so fragwürdiger. Dennoch zählt die Schranke des allgemeinen Gewaltverbotes noch zu den relativ unbestrittenen Bereichen notwendiger Begrenzung. Der Ausschluß militärischer Gewalt ent-

80 *Article 50, Prohibited countermeasures*

An injured State shall not resort by way of countermeasures to:

- (a) the threat or use of force as prohibited by the Charter of the United Nations;
- (b) extreme economic or political coercion designed to endanger the territorial integrity or political independence of the State which has committed the internationally wrongful act;
- (c) any conduct which infringes the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents;
- (d) any conduct which derogates from basic human rights; or
- (e) any other conduct in contravention of a peremptory norm of general international law.

81 Zu spezifischen Schranken, die sich aus dem humanitären Völkerrecht ergeben, *H.-P. Gasser, Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law, ZaöRV 56 (1996), S. 841 ff.*

spricht dem rechtlichen Gesamtkonzept, militärische Selbsthilfe auf den engen Bereich des Art. 51 SVN zu konzentrieren und für einseitige Gegenmaßnahmen hier keinen Raum zu belassen.⁸² Dennoch wäre es aus der Sicht der Gegenmaßnahme nützlich, die Bedeutung des allgemeinen Gewaltverbotes im geltenden Völkerrecht aus dem speziellen Blickwinkel der Gegenmaßnahme und angesichts einer weitgehend zerklüfteten Staatenpraxis immerhin zu problematisieren.⁸³

Dies wäre auch insofern nützlich, als die Konzeption der ILC offensichtlich extremen wirtschaftlichen und politischen Zwang grundsätzlich zuläßt und nur äußerste Grenzen zieht. Dem entspricht auch die recht unerbittliche Haltung in bezug auf Völkerrechtsverbrechen. Denn hier wird die Grenze der politischen Unabhängigkeit und wirtschaftlichen Stabilität für Schadensersatzforderungen bewußt abgesenkt,⁸⁴ wenn die Kommission etwa meint, daß kein überzeugender Grund für die Verweigerung von Wiedergutmachung vorliege, wenn der rechtswidrig handelnde Staat dazu aufgefordert werde, die erzielten Ergebnisse seines Verbrechens aufzugeben.⁸⁵ Im Wege des Rückschlusses wird die grundsätzlich große wirtschaftliche Reichweite der Gegenmaßnahmen⁸⁶ bei einem „normalen“ Völkerrechtsdelikt erkennbar.

b. Grundlegende Menschenrechte und zwingendes Völkerrecht

Dennoch sind mit den fundamentalen Menschenrechten und den zwingenden Völkerrechtsnormen Schranken der Gegenmaßnahme errichtet, die den Handlungsspielraum des in seinen Rechten verletzten Staates tendenziell weitergehend einengen.⁸⁷ Im Bereich der Menschenrechte kann dabei weniger auf Kritik stoßen, daß die Kommission bei der Behandlung der Völkerrechtsverbrechen lediglich die Konsequenzen aus früheren Festlegungen in Art. 19 Abs. 3(c) zieht. Für den auf rasche Selbsthilfe angewiesenen Einzelstaat präsentiert sich vielmehr die formelhaft⁸⁸ aufgerichtete Schranke der „basic human rights“ dann als problematisch, wenn in einer dezentral organisierten Völkerrechtsgemeinschaft nicht mehr erkennbar ist, welche Menschenrechte regional und kulturell abwei-

82 Vgl. A. Randelzhofer, in: B. Simma (Hrsg.), Charta, a.a.O. (Anm. 8), Art. 51, Rn. 14.

83 Etwa auch in der Thematik von O. Schachter, The Lawful Use of Force by a State Against Terrorists in Another Country, Israel Yearbook on Human Rights 19 (1989), S. 209 ff. Zur allgemeinen Kontroverse vgl. etwa die Darstellung von Y. Matsui, a.a.O. (Anm. 28), S. 14 ff.

84 Vgl. Art. 52 (a) i.V.m. Art. 43 (d).

85 A.a.O. (Anm. 1), S. 168.

86 Zu den historisch-dogmatischen Veränderungen vgl. P.J. Kuypers, International Legal Aspects, a.a.O. (Anm. 22), S. 149.

87 Zu den Folgewirkungen einer zunehmenden Objektivierung des rechtlichen Interesses Chr. Linsi, a.a.O. (Anm. 21), S. 28 ff. Zum Zusammenhang zwischen Staatenimmunität, Repressalie und Menschenrechten vgl. nunmehr J. Bröhmer, State Immunity and the Violation of Human Rights, 1997, S. 192 f.

88 Zur Differenzierung zwischen „fundamental“ und „basic“ human rights J.A. Frowein, a.a.O. (Anm. 6), S. 243 f. Zu verdeckten Dissensen über die Bedeutung der „Menschenrechte“ schon W.G. Grewe, Über den Gesamtcharakter der jüngsten Epoche der Völkerrechtsgeschichte, in: Festschrift für Schlochauer, 1981, S. 301 ff., 304 f.

chend zu den grundlegenden oder elementaren zählen sollen. Probleme, die in diesem Zusammenhang auch die charakteristischen Worte vom „zahnlosen Tiger“ aufnehmen müssten, die *B. Simma* kürzlich in bezug auf den Menschenrechtsschutz zitierte,⁸⁹ wären an anderer Stelle zu erörtern.

c. Verhältnismäßigkeit

In bezug auf die Wirksamkeit der Bestimmungen über Gegenmaßnahmen wäre nicht zuletzt auf die gewohnheitsrechtliche Schranke der Verhältnismäßigkeit⁹⁰ zurückzukommen. In diesem Punkte kann Kritik vor allem aufkommen, wenn darunter eine funktionswidrige Beschränkung der Gegenmaßnahme verstanden würde, ganz ohne Rücksicht auf die in Art. 30 formulierten Ausgangspositionen. Denn aus dieser Bestimmung folgt die Rechtmäßigkeit einer „legitimen“, d.h. völkerrechtsmäßigen Maßnahme gegen rechtswidriges Handeln anderer Staaten. Für die Interpretation des Art. 49 resultiert hieraus die dogmatische Vorgabe, die Frage der Verhältnismäßigkeit nicht ohne Rücksicht auf die sinnvolle Funktion von Gegenmaßnahmen zu beurteilen. Möglicherweise verschafft das von *Elisabeth Zoller* herangezogene Kriterium der „fairness“⁹¹ eine sachorientierte Entlastung.

7. Gegenmaßnahmen im Allgemeininteresse?

Das Wortspiel von der notwendigen Bändigung, nicht Bannung der Repressalie gewinnt auch aus dieser Sicht erst Überzeugungskraft, wenn Gegenmaßnahmen im Sinne der Ermöglichung eines minimalen rechtlichen Schutzstandards durch Selbsthilfe in das bestehende Völkerrechtssystem offen einbezogen werden. Nicht gerecht wird diesem Anliegen der lediglich funktionsabgehobene Versuch einer Repressalien-Begrenzung, der es ausschließlich um Schadensminimierung geht. Die Berufung auf das zu schützende völkerrechtliche Allgemein- oder ein entsprechendes Gemeinschaftsinteresse⁹² wird sich insofern nicht einseitig auf den Schutz vor der eingangs erwähnten Eskalation beschränken dürfen. Verstärkt zu beachten wäre vielmehr auch der Anteil an praktischer Rechtswahrung, den die Gegenmaßnahme als Akt der Selbsthilfe erbringen kann. Denn wenn zum völkerrechtlichen Allgemeininteresse auch die Wahrung des geltenden und die Wiederherstellung verletzten Rechts zählen, so sind zielgerichtete Aktionen

89 Vgl. *B. Simma*, Human Rights, in: *Chr. Tomuschat* (ed.), *The United Nations at Age Fifty*, 1995, S. 263 ff., 278; vgl. ferner die Bilanz von *Th. van Boven*, Human Rights and Rights of Peoples, *EJIL* 6 (1995), S. 461 ff.

90 Vgl. *A. Verdross*, *B. Simma*, a.a.O. (Anm. 22), § 1343; *J.G. Starke*, a.a.O. (Anm. 6), S. 520 f.

91 A.a.O. (Anm. 10), S. 138. Zum Konzept einer „vernünftigen Proportionalität“ vgl. schon *G. Dahm*, A.a.O. (Anm. 3), S. 429.

92 Vgl. *E. Klein*, Statusverträge im Völkerrecht, 1980, S. 53 ff. Vgl. zum „Allgemeininteresse“ auch *A. Bleckmann*, a.a.O. (Anm. 9), S. 206; *O. Schachter*, Creativity and Objectivity in International Tribunals, *FS Mosler*, 1983, S. 813 ff., 819. Ausführlich *J.A. Frowein*, Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung, in: *Festschrift für Doehring*, 1989, S. 219 ff.; *B. Simma*, A.a.O. (Anm. 6), bes. S. 236 ff.

dieser Art selbst dann in ihrer Substanz als völkerrechtsmäßig zu respektieren, wenn sie nicht einem vorgeprägten Verfahren innerhalb einer internationalen Organisation entspringen.

Kommt es jedoch zu dem von der ILC mit Fragezeichen versehenen Fall der Aufnahme des Konflikts etwa durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, so erscheint es naheliegend, die einzelstaatliche Gegenmaßnahme hinter die Sanktion zurücktreten zu lassen.⁹³ Fehlt es hingegen an einer entsprechenden kollektiven Übernahme des Konflikts, so kann die einzelstaatliche Gegenmaßnahme sinnvoll nur von ihrer völkerrechtlichen Funktion her gesehen und entsprechend begrenzt werden.

Ganz konsequent wäre dies auch ein Diskussionsfeld für die Brauchbarkeit des Kriteriums der Reziprozität,⁹⁴ das von der ILC zugunsten einer erleichterten Handhabung durch schwächere Staaten wieder aufgegeben wurde.⁹⁵ Eine sinnvolle Kodifizierung hätte sich darüber hinaus auch verstärkt mit den Konsequenzen der erheblich begrenzten, im Grundsatz aber beibehaltenen Annahme der Staatensouveränität auseinanderzusetzen, und sei es auch nur, um die funktionswidrig „überschießende“ Staatenpraxis auf dem Gebiet der Gegenmaßnahmen wirkungsvoll einzudämmen. Zu einem funktionsangemessenen Denken führt auf diesem Gebiet auch der Verzicht auf plakative Herabstufungen von Gegenmaßnahmen durch die eingangs erwähnte Unterscheidung zwischen Recht und Befugnis. Ihr folgt auch der Entwurf nicht, und der bereits zitierte Art. 30 spricht insofern eine mehr als deutliche Sprache.

Auf der anderen Seite verlangt die in der Theorie deutlich steigende Annahme von erga-omnes-Pflichten im Interesse der Rechtssicherheit nach einer Reduzierung entsprechender Möglichkeiten, Gegenmaßnahmen etwa auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes beliebig durchführen zu dürfen. Die in der Literatur anzutreffende Unterscheidung zwischen erga-omnes-Geltung und erga-omnes-Verletzung⁹⁶ kann als Ausdruck der Befürchtung gesehen werden, der immer wieder beschworenen Gefahr durch Repressalien nicht wirksam begegnen zu können und die von Jochen A. Frowein kritisch aufgegriffene *actio popularis* im Völkerrecht zu etablieren.⁹⁷ Davon unabhängig bleibt die Frage nach einer nach wie vor bestehenden Beistandspflicht, die sich in diesem Sinne bei schweren Rechtsbrüchen ergeben kann.

Herauszugreifen ist schließlich die Zergliederung multilateraler Verträge in bilaterale Sonderbeziehungen,⁹⁸ die im Einzelfall auch zu Gegenmaßnahmen er-

93 Vgl. K.J. Partsch, a.a.O. (Anm. 22), S. 331.

94 Vgl. E. Zoller, a.a.O. (10), S. 14 ff.; mit spezieller Fragestellung B. Simma, Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law, ÖZöRV20 (1970), S. 5 ff.

95 A.a.O. (Anm. 1), S. 155, Fn. 252.

96 Chr. Linsi, a.a.O. (Anm. 21), S. 44 f. Zur Kontroverse vgl. R. Hofmann, a.a.O. (Anm. 19), S. 228.

97 A.a.O. (Anm. 6), S. 259 ff.; zu den dogmatischen Folgefragen und der Richtung der Tragfähigkeit der Staatenpraxis T. Stein, a.a.O. (Anm. 25), S. 44 ff.

98 Vgl. statt anderer A. Verdross, B. Simma, a.a.O. (Anm. 22), § 813.

mächtigen. Auch hier besteht die funktionsorientierte Möglichkeit, stärker nach einzelnen Vertragstypen zu differenzieren und etwa objektive multilaterale Verträge mit deutlicher Integrationsausrichtung von jenen zu trennen, die eine mehr wirtschaftlich orientierte Interessenwahrnehmung bezwecken. Auf diese Weise könnte entschiedener der Befürchtung entgegengetreten werden, der multilaterale Vertrag erweise sich letztlich als goldener Käfig im Sinne selbstgewählter Hilflosigkeit ohne die auch nur theoretische Möglichkeit, Selbsthilfe-Maßnahmen zu ergreifen.⁹⁹

Nimmt man abschließend den Gesichtspunkt der Wirksamkeit wieder auf, so findet sich in jüngeren Äußerungen des letzten Berichtstatters der ILC deutliche Kritik an der bisher als ungenügend empfundenen Wirksamkeit der Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 1 SVN.¹⁰⁰ Die im selben Atemzuge erhoffte größere Wirksamkeit durch präzise Verpflichtungen zu gerichtlicher Regelung ist auf dem von der ILC vorgesehenen Verfahrenswege in bezug auf Gegenmaßnahmen jedoch kaum zu erhoffen. Der Bezug zur Streitschlichtungsfunktion der internationalen Gemeinschaft wird in ein deutliches Licht gebracht durch die vor kurzem abgegebene Beurteilung eines sachkundigen Beobachters: Auch die Entwicklung dieser Streitschlichtungsfunktion im gegenwärtigen Völkerrecht vermöge den Betrachter „in keiner Weise zufriedenzustellen“.¹⁰¹ Insbesondere bietet auch die Anbindung an Funktionen des Generalsekretariats der UN oder des IGH nur geringe Aussichten auf Abhilfe. In einer dezentral und begrenzt organisierten Rechtsordnung verspricht eine weitere Überfrachtung zentraler Einrichtungen auch dann wenig Erfolg, wenn, wie im Falle des IGH, auf anderen Feldern bemerkenswerte Erfolge zu verbuchen waren. Eine gewisse Entlastung kann von einer stärkeren Einbeziehung regionaler Organisationen erwartet werden. Im Bereich der Gegenmaßnahmen führt zwar der Weg konsequent zur Grundforderung nach Abklärung durch eine unabhängige Instanz, sinnvollerweise aber nicht auf die im Entwurf vorgeschlagene Weise.

99 Aufschlußreich *M.J. Hahn*, a.a.O. (Anm. 3), S. 69 ff.

100 *Arrangio-Ruiz*, a.a.O. (Anm. 11), S. 23.

101 *Chr. Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, a.a.O. (Anm. 39), S. 15; vgl. auch *R. Bernhardt*, Die gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen, *ZaöRV* 47 (1987), S. 17 ff., 27: „ein verwirrendes und widersprüchliches Bild“.

Thesen

I.

1. Die im ILC-Entwurf geregelte Problematik der Gegenmaßnahmen ruht nicht nur auf dem bekannten allgemeinen Prozeß historischer Entwicklungslinien, sondern zugleich auf einem eigenen historischen Unterbau jahrzehntelanger Kodifikationstätigkeit. Beide Prozesse ergreifen nicht nur die spezielle Frage etwa der Repressalie, sondern auch die Strukturveränderungen des geltenden Völkerrechts insgesamt. Dazu zählen die gewachsene Bedeutung internationaler Organisationen im universellen und regionalen Bereich, die Entwicklung des Menschenrechtsschutzes oder die Veränderungen in manchen Bereichen des Umweltvölkerrechts.
2. Allgemeine Warnungen vor einer potentiell gefährlichen Repressalien-Praxis kennzeichnen auch den Duktus des Entwurfs der ILC. Auf der anderen Seite finden sich Folgerungen aus dem als unbefriedigend empfundenen Stand der Entwicklung des Völkerrechts, so daß sich trotz aller Bedenken auch positive Umschreibungen der Gegenmaßnahmen als „gegenwärtig unverzichtbare“ Instrumente zur Stärkung des internationalen Rechts finden. In diesem Sinne werden Gegenmaßnahmen als Zwangsausübung mit dem spezifischen Ziel der Rechtsdurchsetzung, einschließlich der Ausübung von Beugezwang, bezeichnet.
3. Der ILC-Entwurf geht terminologisch von der Unterscheidung zwischen einseitigen Gegenmaßnahmen einerseits aus, die von den Staaten einzeln oder kollektiv vorgenommen werden und andererseits von kollektiven Gegenmaßnahmen, die von internationalen Organisationen veranlaßt werden. In diesen Fällen wird einheitlich von Sanktionen gesprochen. Von dem Begriff der einseitigen Gegenmaßnahme wird vor allem die traditionelle Repressalie erfaßt, auf deren historische Figur es sprachlich nicht mehr ankommen soll.
4. Auf diese Weise wird die Gegenmaßnahme von unklaren Überschneidungszonen der traditionellen Repressalie mit allen Übergangsstadien zur kriegerischen Aktion begrifflich befreit. Die Gegenmaßnahme im Verständnis des ILC-Entwurfs grenzt sich deutlich ab von jeder kriegerischen Aktion und schafft auf diese Weise eine theoretische Klärung. Nicht erfaßt wird die Retorsion.
5. Gegenmaßnahmen beziehen sich auf die an sich rechtswidrige Durchsetzung des Rechts, die nur unter bestimmten Voraussetzungen und in engen Grenzen geduldet wird. Offen bleibt die Frage, ob die zunächst vorliegende Rechtswidrigkeit durch die erfolgreiche Wiederherstellung des Rechtszustandes ihren Charakter ändert, ob die ursprüngliche Rechtswidrigkeit auf diese Weise geheilt wird oder im Sinne einer schwer erklärbaren Metamorphose in den Zustand des Rechtmäßigen hineingeleitet.

II.

6. Für die Beurteilung des Entwurfs im Blick auf „Gegenmaßnahmen“ kommt zentrale Bedeutung vor allem dem normativen, politischen und wirklichkeitsnahen Leitbild von der Völkerrechtsgemeinschaft zu, von dem eine sinnvolle Kritik auszugehen hat. Je nach der Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Aktionsmöglichkeiten internationaler Organisationen wurden Repressalien bisher schon als mehr oder weniger hinnehmbar oder aber auch als geradezu notwendig eingestuft.
7. Das geltende Völkerrecht kennt kein generelles Repressalienverbot. Die Staatenpraxisbürdet dem Einzelstaat nach wie vor die Aufgaben auf, die von internationalen Organisationen nicht erfüllt werden können, namentlich im Bereich der Selbsthilfe.
8. Die wachsende normative Vernetzung durch eine weltweite Schaffung von Rechtsnormen unterschiedlicher Provenienz auf verschiedenen Ebenen führt gelegentlich zu der Schlußfolgerung, einzelstaatliche Schutzaktivitäten seien überflüssig geworden. Darin zeigt sich eine traditionelle Verwechslung normativer Anspruchsbereiche mit tatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeiten des Völkerrechts. Auch die Umformung des Völkerrechts von einer mehr bilateralen zu einer mehr multilateralen Struktur macht einzelstaatliche Gegenmaßnahmen grundsätzlich nicht überflüssig.
9. In die Kluft zwischen einem normativen Anspruchsdenken, das von Systemgeschlossenheit und real umsetzbarer Normverwirklichung in der Staatenpraxis ausgeht, stößt die Gegenmaßnahme in ihrer spezifischen Funktion. Die Konzeption der ILC geht erkennbar von einem Völkerrechtssystem aus, das dezentralisiert und in den meisten Konflikten ohne Zwangsmittel für eine friedliche Regelung ausgestaltet ist, so daß die Staaten nach wie vor auf Selbsthilfe angewiesen bleiben.
10. Wenn trotz schwerwiegender Bedenken die Aufnahme von Bestimmungen über Gegenmaßnahmen letztlich als „ebenso notwendig wie nützlich“ bezeichnet wurde, so beruhte dies auf einer wenig homogenen und in sich widersprüchlichen Argumentation.
11. Eine Beurteilung der Regelungen über Gegenmaßnahmen hat den Zusammenhang mit den Bestimmungen über internationale Verbrechen und über die Verfahren der Streitbeilegung im dritten Teil einzubeziehen.

III.

12. Die Bestimmungen über Gegenmaßnahmen haben verschiedene Forderungen und Vorschläge der Lehre aufgegriffen und zum Teil verdeckt einbezogen. In diesem Lichte erscheint die Gegenmaßnahme als „ultima ratio“, um den Verletzer-Staat zur Beachtung des Rechts zu bewegen.
13. Im Gegensatz zu anderen Normierungen des dritten Kapitels steht die Ausgangsnorm des Art. 47 zunächst im Zeichen der prinzipiellen Zulässigkeit

von Gegenmaßnahmen. Dennoch wird letztlich ein gegenteiliger Eindruck durch weitere und gravierende Begrenzungen erweckt. Der Entwurf bekräftigt eine Leitlinie, nach der man Gegenmaßnahmen „nicht bannen, sondern bändigen“ solle. Drei Viertel der einschlägigen Entwurfsregelungen stehen im Zeichen der Begrenzung einer als gefährlich empfundenen Staatenpraxis. Hinzu treten die im dritten Teil des Entwurfs vorgesehenen Verfahrensregelungen, die sich in drei Schritten verwirklichen sollen: Verhandlung, Beratung, unabhängige Streitschlichtung, gegebenenfalls durch den IGH.

14. Die Pflicht zur Vorab-Verhandlung entspricht einer traditionellen Forderung und kann bereits als Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts angesehen werden. Sie taucht nunmehr als eigener Verfahrensschritt auf, der schließlich in ein spezifisch ausgestaltetes Beratungsverfahren durch eine *Cconciliation Commission* mündet, bevor eine schiedsgerichtliche Klärung abgeschlossen werden kann. Schon durch diesen Vorschlag eines zeitaufwendigen Verfahrens wird deutlich, daß die Konzeption der ILC zu einem Problem von Zeit und Wirksamkeit geworden ist.
15. Die Zeit-Frage zeigt eine deutliche Verschärfung im Zusammenhang mit der Behandlung internationaler Verbrechen. Diese Materie macht deutlich, auf welch gravierende Weise die ILC in eine Zeit-Problematik hineingeschlittert ist, die auch für Gegenmaßnahmen dazu führen kann, daß an sich vielversprechende Ansätze wieder ausgehebelt werden. Hinzu tritt eine deutlich erkennbare Unentschlossenheit durch Hinweise auf die Möglichkeiten einer künftigen Problemlösung in zweiter Lesung.

IV.

16. Der verfahrensmäßige „Dreierschritt“ bis zur schiedsgerichtlichen Beilegung des Disputs wird durch spezifische Regelungen über Zwischenmaßnahmen (*interim measures of protection*) dogmatisch aufgespalten, um dem verletzten Staat die Möglichkeit einer raschen Sicherung seiner Ansprüche zu gewähren, etwa durch das Blockieren von Auslandskonten des Verletzer-Staates im eigenen Territorium. Die Zwischenmaßnahmen, die auch als „dringende und vorläufige“ Maßnahmen bezeichnet werden, sollen keineswegs den Verhandlungsweg ersetzen, sondern nur für bestimmte Sonder-situationen zur Verfügung stehen.
17. Die Kommentierung über die vorläufigen Schutzmaßnahmen erweckt zunächst den Eindruck, als habe die Kommission hier punktuell den Schritt von einer dogmatisch-zeitgemäß angepaßten Gegenmaßnahme zurück zu einer traditionellen Funktion der Repressalie getan, durch rasche, wenn auch riskante Maßnahmen der Selbsthilfe den Verletzer-Staat wirksam so unter Druck zu setzen, daß die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes herbeigeführt werden kann.
18. Dieser Eindruck täuscht insofern, als durch die „Zwischenmaßnahmen“ die Aufspaltung einer geschlossenen Rechtsfigur der „Gegenmaßnahme“ in zwei unterschiedliche Rechtseinheiten mit jeweils zeitlich verschiedenem

Verfahren des Einsatzes von tatsächlich wirksamen Maßnahmen vorgesehen wird.

19. Die Darstellung dieser rechtlichen Ausgangssituation als einer notwendigen Balance zwischen unterschiedlichen Interessen verharmlost die dogmatischen und praktischen Folgewirkungen. Das mit der vorläufigen Schutzmaßnahme geöffnete Ventil ist geeignet, das eigentlich zu „bändigende“ Gefahrenrisiko eher zu erhöhen als zu vermindern.

V.

20. Art. 50 des Entwurfs enthält fünf Untersagungsgründe, die für sich genommen plausibel und naheliegend wirken, in ihrer Gesamtheit jedoch ein relativ dichtes und begrenzt problematisches Netz ausdrücklicher Untersagungsgründe für Gegenmaßnahmen schafft. Dadurch stellt sich die grundlegende Frage nach dem verbleibenden Rechtsrahmen für erforderliche und effektive Selbsthilfe. Denn zu dem durch Art. 50 errichteten Schutzzaun zugunsten der Völkerrechtsgemeinschaft wie auch des rechtbrechenden Verletzer-Staates selbst treten die ohnehin vorgesehenen Schranken, die den politischen Handlungsspielraum für zulässige einseitige Gegenmaßnahmen weiter begrenzen.
21. Zu den Untersagungsgründen zählen das Gewaltverbot im Sinne der UN-Charta, der Schutz des diplomatischen und konsularischen Personals einschließlich entsprechender Einrichtungen, die grundlegenden Menschenrechte, die zwingenden Normen des allgemeinen Völkerrechts, aber auch übermäßiger wirtschaftlicher und politischer Zwang, der die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit des rechtswidrig handelnden Staates gefährden könnte.
22. Was in allgemeinem Sinne als eher unproblematisch gelten kann, erscheint unter dem Blickwinkel der Gegenmaßnahmen in veränderter Perspektive. Trotz der schwierigen Abgrenzung zwischen militärischer und wirtschaftlicher Gewalt entspricht jedoch die Konzeption der ILC dem rechtlichen Gesamtkonzept, militärische Selbsthilfe auf den engen Bereich des Art. 51 SVN zu konzentrieren und für einseitige Gegenmaßnahmen hier keinen Raum zu belassen.
23. Unklar bleibt, ob extremer wirtschaftlicher und politischer Zwang grundsätzlich zugelassen ist, wenn er nicht zu einer Gefährdung der politischen Unabhängigkeit und wirtschaftlichen Stabilität des Verletzer-Staates führt. Im Wege des Rückschlusses von der Regelung über völkerrechtliche Verbrechen wird man grundsätzlich eine große wirtschaftliche Reichweite von Gegenmaßnahmen annehmen können.
24. Für den auf rasche Selbsthilfe angewiesenen Einzelstaat präsentiert sich die formelhaft aufgerichtete Schranke der „basic human rights“ dann als problematisch, wenn in einer dezentral organisierten Völkerrechtsgemeinschaft nicht mehr klar erkennbar ist, welche Menschenrechte regional und kulturell abweichend zu den grundlegenden oder elementaren zählen sollen.

25. Auch bei der Begrenzung durch die traditionelle Schranke der Verhältnismäßigkeit kann eine funktionswidrige Beschränkung von Gegenmaßnahmen Bedeutung erhalten. Für die Interpretation des Art. 49 resultiert hieraus die dogmatische und praktische Vorgabe, die Frage der Verhältnismäßigkeit nicht ohne Rücksicht auf eine sinnvolle Funktion von Gegenmaßnahmen zu beurteilen.
26. Nicht gerecht wird diesem Anliegen der funktionsabgehobene Versuch einer Repressalien-Begrenzung, der es ausschließlich um Schadensminimierung geht. Verstärkt zu beachten wäre vielmehr auch der Anteil an praktischer Rechtswahrung, den die Gegenmaßnahme als Akt der Selbsthilfe in angemessener Begrenzung erbringen kann. Wenn zum völkerrechtlichen Allgemeininteresse auch die Wahrung des geltenden und die Wiederherstellung verletzten Rechts zählen, so sind zielgerichtete Aktionen dieser Art selbst dann in ihrer Substanz als völkerrechtsmäßig zu respektieren, wenn sie nicht einem vorgeprägten Verfahren innerhalb einer internationalen Organisation entspringen.
27. Kommt es zu der Aufnahme des Konflikts durch eine bedeutsame internationale Organisation, so hat die einzelstaatliche Gegenmaßnahme hinter die Sanktion zurückzutreten. Eine sinnvolle Kodifizierung hätte sich verstärkt mit den Konsequenzen der erheblich begrenzten, im Grundsatz aber beibehaltenen Annahme der Staatensouveränität auseinanderzusetzen, und sei es auch nur, um eine funktionswidrig „überschießende“ Staatenpraxis auf dem Gebiet der Gegenmaßnahmen wirkungsvoll einzudämmen.
28. Die sich steigernde Annahme von erga-omnes-Pflichten wirft im geltenden Völkerrecht die Frage der Rechtssicherheit verstärkt auf. Davon unabhängig bleibt die Frage nach einer nach wie vor bestehenden Beistandspflicht bei schweren Rechtsbrüchen. Bei der Zergliederung multilateraler Verträge in bilaterale Sonderbeziehungen besteht die Möglichkeit, funktionsorientiert stärker nach einzelnen Vertragstypen zu differenzieren.
29. Die erhoffte größere Wirksamkeit durch präzise Verpflichtungen zu gerichtlicher Regelung ist auf dem von der ILC vorgesehenen Verfahrenswege kaum zu erhoffen. In einer dezentral und begrenzt organisierten Rechtsordnung verspricht eine weitere Überfrachtung zentraler Einrichtungen auch dann wenig Erfolg, wenn, wie im Falle des IGH, auf anderen Feldern bemerkenswerte Erfolge zu verbuchen waren. Eine gewisse Entlastung kann von einer stärkeren Einbeziehung regionaler Organisationen erwartet werden. Für Gegenmaßnahmen führt zwar der Weg konsequent zu Klärungen durch eine unabhängige Instanz, nicht aber auf die im Entwurf der ILC vorgeschlagene Weise.

Summary

Counter Measures

I.

1. The subject of counter-measures dealt with in the ILC-draft is based not only on the general historical development but also on the special foundation of decades of codification initiatives. Both developments refer to special questions concerning e.g. reprisals as well as to the structural change of public international law in general. This change includes the increasing importance of universal and regional international organizations, the progress of the protection of human rights and certain alterations in international environmental law.
2. The course of the ILC-draft is characterised by general warnings against the potentially dangerous practice of reprisals. On the other hand, as a consequence of the progress of international law in this field which is considered unsatisfactory, counter-measures are, in spite of all reservations qualified as a „for the time being indispensable“ instrument for the enforcement of international law. In this sense, counter-measures are described as the exercise of constraint with the specific aim of law enforcement.
3. The terminology of the ILC-draft differentiates between unilateral counter-measures exercised by a single state or a group of states and collective counter-measures exercised by international organizations. For the latter cases the term sanction is employed. The term unilateral counter-measure comprises first of all the traditional legal instrument of a reprisal even though this term itself is no longer used.
4. In this way the term counter-measure is relieved of unclear overlaps which existed between the traditional reprisal and belligerent actions. The counter-measure in the sense of the ILC-draft is clearly distinct from any belligerent action and thereby achieves a theoretical clarification. It does not comprise the legal instrument of retaliation.
5. Counter-measures refer to an enforcement of law which would be illegal as such, but which is tolerated under certain preconditions and within strict limits. The question remains open, whether the character of the original illegality is changed by the successful restoration of the status quo ante, whether it is cured or whether a metamorphosis which is difficult to explain courses it to slip into legality.

II

6. The normative, political and practical orientation of the international community, must be taken into consideration when evaluating the ILC-draft, and must be used as a starting point for this evaluation. Depending on the

judgment of the effective and legal range of activities of international organizations, reprisals have been qualified as more or less acceptable or even necessary in the past.

7. Current public international law does not comprise a general ban on reprisals. State practice still imposes on the individual state those tasks which international organizations are not capable of accomplishing, namely in the field of self-help.
8. The increasing network of norms caused by a worldwide creation of norms of differing provenance, sometimes results in the conclusion, that measures of protection used by the individual states have become superfluous. This shows a traditional confusion of the areas of normative claims and of the actual possibility of achieving these. Even the remodelling of Public International Law from a more bilateral to a more multilateral structure does not on the whole make counter-measures superfluous.
9. Into the gap between a normative claim orientated way of thinking, which assumes a closed system, and effectively realisable claims in the practice of states, falls the counter-measure in its specific function. The concept of the ILC assumes a system of Public International Law that is decentralised and in most cases of conflict, is organised without any coercive measures to achieve a peaceful resolution, so that the states, as before remain dependent on self-help.
10. If, despite serious reservations, the reception of regulations concerning counter-measures is at the end referred to as being „both necessary and useful“, this is based on an argumentation which is not very homogenous and is in itself contradictory.
11. An assessment of the rules about counter-measures must include their correlation to the rules about international crimes and those concerning the process of dispute settlement in part three.

III

12. The regulations about counter-measures have picked up different demands and suggestions from academic literature and have subtly incorporated them. In this light the counter-measure appears as „ultima ratio“ which forces the offending state to comply with the law.
13. In contrast to the other regulations in the third chapter, Art. 47 shows the basic permissibility of counter-measures. Nevertheless, a different impression is given by the further serious limits which are imposed. The draft confirms the main idea, according to which one cannot ban but contain counter-measures. Three quarters of the relevant rules of the draft aim at a containment of state practice which is commonly considered as dangerous. As well as this there are the procedural rules in the third part of the draft, which provide for three steps; negotiation, consultation and independent arbitration, possibly by the ICJ.

14. The duty to hold preliminary consultations corresponds to a traditional demand and can even be regarded as a part of Public International customary law. It now appears as an independent step in the process, which eventually ends in a specially organised consultation process in front of a Conciliation Commission, before a clarification of the matter by the arbitration tribunal can follow. The suggested complex procedure itself shows that the concept of the ILC leads to time and effectiveness problems.
15. The question of duration becomes especially acute when in conjunction with the treatment of international crimes. The matter makes clear, the serious way in which the ILC has become involved in a problematical time question, which can, even for counter-measures, lead to promising attempts being annulled. In addition, the draft shows a definite indecision with the referral to a possible solution in the future through the second revision.

IV

16. The correct procedural 'three step' to dispute resolution through arbitration are dogmatically divided by specific rules concerning interim measures of protection, in order to allow the injured state the possibility to speedily protect its claims, e.g. through blocking accounts held by the offending state in the injured state. The intermediary measures, which are described as urgent temporary measures, are not in any way intended to replace the arbitration route, but are available in certain special situations.
17. The commentary on the temporary measures of protection awakes at first the impression, as if the Commission has selectively taken a step away from a contemporary dogmatic counter-measure back to a traditional function of the reprisal, through speedy, and possibly risky self-help measures taken by the injured state in order to effectively put the offending state under pressure, so that the reinstatement of a law abiding state of affairs can be attained.
18. This impression is deceptive in so far that it is intended that through intermediate measures the legal institution 'Counter-measures' will be divided into two separate legal units each with a different agenda for the use of actually effective measures.
19. The portrayal of this legal starting point as a necessary balance between differing interests, makes the dogmatic and practical consequences appear harmless. The outlet opened by temporary measures of protection could increase rather than minimise the dangers.

V

20. Art. 50 of the draft contains five grounds of prohibition, that taken separately appear plausible and obvious, however taken as a whole they create a thick and fairly problematical web of specific grounds of prohibition for counter-measures. The question of the remaining legal framework for necessary and effective self-help is thus raised. In addition to the fence

erected in Art. 50 which protects the community of states as well as the offending state come the other in any case intended restrictions which limit the political scope for permissible unilateral counter-measures.

21. The grounds of prohibition include the violence ban of the UN Charter, the protection of diplomatic and consular personnel including the relevant institutions, basic human rights, the preemptory rules of general Public International law, but also excessive economic or political pressure, which could endanger the territorial integrity or the political independence of the offending state.
22. That which can be regarded in a general sense as unproblematic, can be seen from a different perspective with respect to counter-measures. Despite the difficult distinction between military action and economic pressure, the conception of the ILC corresponds to the idea of concentrating military self-help within the confines of Art. 51 UN Charter and leaving no space for unilateral counter-measures.
23. It remains unclear whether extreme economic and political pressure basically is allowed, if this does not endanger the political independence and economic stability of the offending state. Drawing conclusions from the regulations concerning crime in Public International Law, one can on the whole assume a far reaching economic effect of counter-measures.
24. For the individual injured state which is dependent on rapid self-help, the formally erected basic human rights barrier shows itself to be problematical, when in a decentrally organised community of states owing to regional and cultural differences it is no longer clear, which human rights have to be regarded as basic or elementary rights.
25. Even the traditional restrictions of proportionality can mean a constraint on counter-measures which is contrary to their purpose. For the interpretation of Art. 49 results from this, the dogmatic and practical task, of not judging the question of proportionality without paying regard to a sensible function of counter-measures.
26. An attempt to restrict reprisals which only aims at minimising damage disregards their function and does not do justice to this task. More attention should be paid to the contribution to practical law-keeping, which counter-measures as an act of self-help can achieve, when used within suitable boundaries. If the preservation of the existing law and the restitution of the injured law can be said to be part of the general interest of Public International law, then specifically aimed undertakings of this kind are therefore to be respected as being compliant with Public International Law, even if they do not derive from a predetermined process in an international organisation.
27. If the conflict is taken up by a major international organisation with legal personality, then the sanctions decided on take precedence over the counter-measures of the individual state. A reasonable codification would have examined in detail the consequences of the considerably restricted but basic-

ly retained assumption concerning the national sovereignty of states, even if it were only to stem an excessive and incorrect use of counter-measures by states.

28. The increased assumption of erga-omnes duties, raises the question of legal certainty in current Public International Law. Independent from this remains the question of the still existing duty to assist which can be relevant in the case of serious breaches of law. With the sub-division of multilateral treaties in bilateral special relationships, it is possible to differentiate between types of treaties more according to their function.
29. The hoped for increase in effectiveness through precise obligations to have disputes settled by a court can scarcely be expected from the procedure intended by the ILC. In a decentral and restrictively organised legal system overloading the central institutions promises little success, even when, as in the case of the ICJ, remarkable successes have been seen in other areas. A certain letting-up can be expected as a result of the increased inclusion of regional organisations. The path for counter-measures will lead consistently to clarification of the matter by an independent body, however this will not be achieved by the suggestions in the ILC-draft.

Gegenmaßnahmen

von Prof. Dr. Eckart Klein, Potsdam

Inhalt

- A. Einleitung
- B. Wesentliche Charakterzüge des geltenden Völkerrechts
- C. Gegenmaßnahmen – Begriffliche Festlegung
- D. Die Repressalie
 - I. Rechtscharakter
 - II. Antwort auf vorangegangenes Unrecht
 - III. Grund und Ziel der Repressalie
 - IV. Aktivlegitimation
 - V. Passivlegitimation
 - VI. Zugriffsobjekte
 - VII. Folgerungen aus dem Beugezwangcharakter
 - VIII. Repressalie und Streitbeilegungsverfahren
 - IX. Proportionalitätsgrundsatz
 - X. Pflicht zur Repressalie?
 - XI. Erweiterung und Einschränkung des Repressalienrechts durch die Vereinten Nationen
- E. Abschließende Bemerkungen
Thesen, Summary

A. Einleitung

Gegenmaßnahmen haben unmittelbar mit der Wahrung und Durchsetzung des Völkerrechts zu tun,¹ also seiner Bewährung dort, wo die Nichteinhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen die rechtlichen Beziehungen der betreffenden Völkerrechtssubjekte verändert² und ihre politischen Beziehungen einer mehr oder minder starken Belastungsprobe unterwirft. Wie ein Passepartout erschließt unser Thema sich alle Bereiche des Völkerrechts, da überall Rechtsbruch möglich, auch als Fakt zu konstatieren und daher die Frage zu beantworten ist, ob

¹ Vgl. *Elisabeth Zoller*, Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public, in: *Droits et Libertés à la fin du XXe siècle*, Etudes offertes à C. A. Colliard, 1984, S. 361 ff. (363); *Michael Bothe*, International Obligations, Means to Secure Performance, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, vol. 2, 1995, S. 1278 ff. (1280).

² Von der Entstehung sogenannter Sekundär-Regeln als Folge der Verletzung von Verpflichtungen, die Inhalt der „primären“ Normen sind, ist die ILC stets ausgegangen; vgl. Report of the International Law Commission (ILC) on the Work of its 25th Session (1973), A/9010/Rev. 1, Ziff. 40; dazu *Dietrich Rauschning*, Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten, *BDGVR* 24 (1984), S. 7 ff. (9); ferner *Jean Combacau/Denis Alland*, „Primary“ and „Secondary“ Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations, *NYIL* 16 (1985), S. 81 ff.

und von wem und wie gegen den Rechtsverletzer eingeschritten werden darf. Das Feld ist so weit und so schwierig zu durchmessen,³ daß einem nicht nur *Fontane*, sondern auch *Thomas Mann*, an den man gerade in Zürich erinnern darf, in den Sinn kommt: „Sobald man spricht, beginnt man schon zu irren“.⁴

Gleichwohl möchte ich im folgenden versuchen, das Rechtsregime der Gegenmaßnahmen, insbesondere der Repressalie als ihres Prototyps, ihre Bedeutung und Berechtigung im Völkerrecht unserer Zeit darzustellen. Die Fülle des Programms erlaubt freilich keine erschöpfende Behandlung aller auftauchenden Rechtsfragen. Ich werde vielmehr diejenigen herausgreifen, die ich für besonders wichtig oder interessant halte.

B. Wesentliche Charakterzüge des geltenden Völkerrechts

Wer über Gegenmaßnahmen nachdenkt, kommt nicht umhin, die wesentlichen Elemente der gegenwärtigen Völkerrechtsordnung zu benennen, da diese ja den nichtüberschreitbaren Rahmen bildet, in dem sich Gegenmaßnahmen als völkerrechtliche Verhaltensweisen bewegen müssen. Aus meiner Sicht sind vor allem fünf Charakterzüge hervorzuheben:

(1) Der *Normbestand des Völkerrechts* hat sich explosionsartig vermehrt und z. T. sehr differenziert entwickelt. Der Normhunger moderner Gesellschaften hat längst auch auf die internationale Gemeinschaft übergegriffen.⁵ Er wird vor allem durch den Abschluß von Verträgen gestillt, aber zumindest ansatzweise auch durch die Aufstellung von Verhaltensstandards, politische Absprachen, Entschlüsse Internationaler Organisationen, die die Entstehung und Fortentwicklung von Völkerrecht beeinflussen können.⁶ Damit verbunden ist eine Modifizierung des Normentstehungsprozesses.⁷ Bemerkenswert ist nicht nur seine Beschleunigung, sondern auch die qualitative Veränderung dahin, daß es immer schwieriger für einzelne Staaten wird – ungeachtet formalen Festhaltens am konsensualen Prinzip –, beiseite zu stehen und sich den rechtlichen Entwicklungen zu entziehen.

3 Im Kommentar der ILC zum Kap. III des 2. Teils ihres Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit heißt es: „Chapter III sets out a series of articles dealing with perhaps the most difficult and controversial aspect of the whole regime of state responsibility, namely countermeasures“; A/51/10, S. 153.

4 Zitiert nach *Erika Mann*, *Mein Vater, der Zauberer*, 1996, S. 334.

5 Zum Normhunger vgl. *Otto Kimminich*, *Einführung in das Völkerrecht*, 6. Aufl. 1997, S. 228 ff.; *I. A. Shearer*, *Starke's International Law*, 11. ed. 1994, S. 1 f.

6 Ursachen des Normbedarfs sind vor allem die technischen Revolutionen, der Rohstoffbedarf und die Bevölkerungsvermehrung sowie ein neues Verständnis von der Schutzbedürftigkeit des Menschen.

7 *Jonathan Charney*, *Universal International Law*, AJIL 87 (1993), S. 529 ff.; *Jost Delbrück*, *The Impact of the Allocation of International Law Enforcement Authority on the International Legal Order*, in: J. Delbrück (ed.), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System*, 1995, S. 135 ff. (142 ff., 149 f.); *Christian Tomuschat*, *Crimes Against the Peace and Security of Mankind and the Recalcitrant Third State*, *Israel Yearbook on Human Rights* 24 (1995), S. 41 ff. (43 ff.).

(2) Ein wichtiger Wandel hat sich durch die Herausbildung von *Gemeinschaftsinteressen* und ihre normative Erfassung vollzogen.⁸ Er wirkt sich vor allem aus im Sinne einer Hierarchisierung der Völkerrechtsregeln und einer Vervielfachung der Zahl der von einer Völkerrechtsverletzung rechtlich Betroffenen. Es ist evident, daß damit der Kreis potentieller Akteure im Fall des Verstoßes gegen derart qualifizierte Normen erweitert wird.

(3) Die zunehmende Regelungsdichte des Völkerrechts hat zu einer weitgehenden Einschränkung des *domaine réservé* der Staaten geführt, die Gestalt und Ausdruck der staatlichen Souveränität erheblich verändert hat.⁹ Dies gilt keineswegs nur im Bereich von Integrationsgemeinschaften, sondern trifft auch auf die Staatengemeinschaft insgesamt zu.

(4) Das *Verbot militärischer Gewaltanwendung* in den internationalen Beziehungen gehört gewiß zu den Eckpfeilern des heutigen Völkerrechts.¹⁰ Mit seiner Lösung aus der zunächst allein vorhandenen vertraglichen Grundlage, seiner Einwurzelung in das allgemeine Völkerrecht und seiner Qualifizierung als *ius cogens* hat sich – normativ gesehen – die wohl wichtigste völkerrechtliche Entwicklung dieses Jahrhunderts vollzogen. Sie wird neuerdings ergänzt durch eine noch nicht recht einschätzbare, möglicherweise auch wieder rückläufige Ausweitung des Friedensbegriffs in Art. 39 SVN,¹¹ dessen Potential – so problematisch vieles ist – für die rechtliche Ordnung der Staatengemeinschaft vielleicht noch nicht ausgeschöpft ist.

(5) Das Völkerrecht hat sich im Zusammenhang mit den genannten und weiteren Gründen von einem Recht, das sich – ausgehend von der staatlichen Souveränität – im wesentlichen auf die Abgrenzung der Kompetenzen und Rechtssphären der Staaten und die Befriedigung relativ geringen Koordinierungsbedarfs beschränken konnte, zu einem Recht entwickelt, in dem *Kooperation* erreicht werden soll.¹² Dies geschieht durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen, mit deren Hilfe es zur Verklammerung der Einzelinteressen, zu einer Identifizierung von Gemeinschaftsinteressen und zur gemeinsamen Rechtsdurchsetzung kommen soll.¹³ Stärkster Ausdruck hierfür sind die Internationalen

8 Hierzu näher mit Nachweisen *Eckart Klein*, Statusverträge im Völkerrecht, 1980, S. 53 ff.; *Albert Bleckmann*, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, 1995, S. 737 ff.; *Bruno Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994-VI), S. 217 ff.

9 Zum Normbedarf der Völkerrechtsgemeinschaft *Christian Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, in: *Ch. Tomuschat/H. Kötz/B. v. Maydell* (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, 1995, S. 1 ff. (8 f.).

10 Vgl. etwa *Albrecht Randelzhofer*, Art. 2 Ziff. 4 Rn. 1 ff., in: *B. Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, Kommentar, 1991; *Dietrich Schindler/Kay Hailbronner*, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, BDGVR 26 (1986), S. 11 ff. und S. 49 ff.

11 Zu Recht kritisch hierzu *Torsten Stein*, Decentralized International Law Enforcement: The Changing Role of the State as Law Enforcement Agent, in: *Delbrück* (Anm. 7), S. 107 ff. (114 ff.).

12 Vgl. *Bleckmann* (Anm. 8), S. 106 ff., 696 ff.

13 *Eckart Klein*, Sanctions by International Organizations and Economic Communities, AVR 30 (1992), S. 101 ff.

Organisationen, deren Existenz und Tätigkeit für Struktur und Inhalt des Völkerrechts eine kaum zu überschätzende Bedeutung erlangt haben.¹⁴

Es wäre verfehlt und verfrüht, diese das moderne Völkerrecht charakterisierenden Elemente für das bestehende Ganze zu nehmen. Zwar ist die Richtung, in die sich das Völkerrecht entwickelt, unübersehbar. Doch keine rechtliche Entwicklung ist unumkehrbar, mögen auch die Kosten hoch sein. Überdies ist der Wandel, der sich vollzieht, noch zu keinem festen, die bisherige Konzeption ablösenden Ergebnis gekommen. Was vor allem auf universeller Ebene fehlt, ist die Organisation der Rechtsgewährleistung.¹⁵ Dies, nicht so sehr die dezentralisierte Ordnung als solche, verweist die verletzten Völkerrechtssubjekte nicht nur häufig in die Rolle des Klägers, sondern auch des Richters. Offenbar stoßen hier zwei Entwicklungsschichten, eine ältere und eine neuere, aufeinander. Rigorose Kollisionslösungen sind selten, erst recht nicht im Völkerrecht angebracht. So wird aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens versucht werden müssen, Lösungen im Sinne „praktischer Konkordanz“ mit konkreten Antworten zu finden. Das *Nuklearwaffentest*-Gutachten des Internationalen Gerichtshofs von 1996 hat freilich gezeigt, wie schwierig es derzeit sein kann, klare Rechtsauskünfte zu geben, wenn wichtige Interessen der Staaten auf dem Spiel stehen.¹⁶

C. Gegenmaßnahmen – Begriffliche Festlegung

Es würde zu viel Zeit kosten, eine ausführliche Klärung des Begriffs „Gegenmaßnahmen“ vorzunehmen.¹⁷ Nehmen wir ihn daher als übrigens nicht schlecht gelungene Wortprägung hin, die sich vor allem seit dem 1978 ergangenen Schiedsspruch zwischen den Vereinigten Staaten und Frankreich in der Literatur weitgehend durchgesetzt hat.¹⁸ Auch die ILC verwendet diesen Begriff.¹⁹ Seine

14 *Jochen Abr. Frowein*, Der Beitrag der Internationalen Organisationen zur Entwicklung des Völkerrechts, *ZaöRV* 36 (1976), S. 147 ff.; *Christoph Schreuer*, Die Bedeutung Internationaler Organisationen im heutigen Völkerrecht, *AVR* 22 (1984), S. 363 ff.

15 Vgl. dazu *Klein* (Anm. 8), S. 206 ff., 241 f. – So ist es zwar logisch, entspricht aber nicht der völkerrechtlichen *lex lata*, wenn *Bleckmann* (Anm. 8), S. 701 formuliert: „Im Kooperationsvölkerrecht werden die Souveränität und alle übrigen völkerrechtlichen subjektiven Rechte der Staaten also nicht mehr als Endwert, sondern nur noch als Mittel zur Erreichung der Allgemeininteressen der Völkerrechtsgemeinschaft als Endziel der Völkerrechtsordnung zugewiesen. Die Folge ist, daß sie – wiederum den allgemeinen Prinzipien des Verzichts entsprechend – über ihre subjektiven Rechte nur insoweit noch verfügen können, wie der Endzweck der Völkerrechtsgemeinschaft nicht gefährdet wird.“

16 ICJ, Advisory Opinion, 08.07.1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, A/51/218 (15.10.1996); *ILM* 35 (1996), S. 809 ff., 1345 ff.

17 Zum Begriff etwa *Elisabeth Zoller*, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, 1984, S. 45 f.

18 *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Decision of 9 December 1978, *ILR* 54, S. 331, 335 ff. – Der Begriff taucht aber bereits früher auf, z. B. in Art. 44 Abs. 3 lit. b und Abs. 4 des Internationalen Kaffee-Übereinkommens von 1968, *BGBI.* 1968 II S. 666.

19 Vgl. Art. 30 und 47 bis 50 Draft Articles on State Responsibility, GAOR, 51. Session (1996) Suppl. Nr. 10 (A/51/10); zitiert Entwurf ILC. Vgl. auch *Boris Dzida*, *Zum Recht der Repressalie im heutigen Völkerrecht*, 1997.

inhaltliche Bedeutung wird in Art. 47 Entwurf erläutert. Der Sache nach geht es um die Repressalie, also um die Nichterfüllung von Rechtspflichten als Antwort auf einen erlittenen Unrechtsakt mit dem Ziel, die Rückkehr des Verletzerstaats zum Recht zu erreichen. Erfasst werden davon sowohl die unmittelbare Reaktion des verletzten Staates als auch die auf der EntschlieÙung einer kompetenten Internationalen Organisation beruhende staatliche Reaktion,²⁰ für die heute überwiegend der Begriff der „Sanktion“ reserviert wird.²¹

Die aus dem Wort „Gegenmaßnahme“ nicht zwingend ableitbare enge Begriffsbildung hat natürlich mit der Aufgabe der ILC zu tun, das Recht der Staatenverantwortlichkeit zu kodifizieren, mit der Funktion der Gegenmaßnahme als eines den Unrechtsgehalt einer staatlichen Verhaltensweise ausschließenden Tatbestandes sowie mit der Abgrenzung zu anderen funktionsähnlichen Regeln. Auf diese Weise werden nicht nur die Rolle der Internationalen Organisationen aus der Betrachtung ausgeschlossen,²² sondern auch alle solche Gegenmaßnahmen, deren prinzipielle Völkerrechtmäßigkeit nicht in Frage steht;²³ erwähnt seien als insofern unproblematische Fälle Retorsion, Einrede des nichterfüllten Vertrages²⁴ und Selbstverteidigung,²⁵ als eher schwierige Fälle die behauptete Existenz einer allgemeinen Reziprozitätsregel²⁶ und weitere staatliche Selbsthilfemöglichkeiten.²⁷

20 Vgl. YBILC 1979 II Part 2, S. 121 (Kommentar zu Art. 30 Ziff. 21); dazu *Peter Malanczuk*, Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, *ZaöRV* 43 (1983), S. 705 ff. (715 ff.).

21 So etwa *Christian Linsi*, Gegenmaßnahmen in der Form des Embargos zur Durchsetzung elementarer Völkerrechtsverpflichtungen in der schweizerischen Außenpolitik, 1994, S. 20 ff.; *Ingrid Detter*, *International Law*, 1991, S. 603 f.; *Fiona McKinnon*, Reprisals as a Method of Enforcing International Law, *Leiden Journal of International Law* 4 (1991), 221 ff. (228 ff.); Supplement to an Agenda for Peace, Position Paper of the Secretary-General A/50/60-S/1995/1 (03.01.1995), Ziff. 66 ff.

22 Ebenso die Definition des Institut de Droit International, *AnnIDI* 38 (1934), S. 708, mit entsprechender Kritik von *Friedrich Berber*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd. 3 (1964), S. 88 f.

23 Gute Übersicht in YBILC 1991 II, Part 1, S. 8 ff.

24 Näher *Francesco Capotorti*, L'extinction et la suspension des traités, *RdC* 134 (1971 III), S. 417 ff. (548 ff.); *Bruno Simma*, Reflections on Art. 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law, *ÖZöfFR* 20 (1970), S. 5 ff. (19 ff.); *Linos-Alexander Sicilianos*, The Relationship between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty, *EJIL* 4 (1993), S. 341 ff.

25 Eingehend unter dem Aspekt der Abgrenzung *Malanczuk* (Anm. 20), S. 754 ff.

26 Hierzu vor allem *Zoller* (Anm. 17), S. 14 ff. *Willem Riphagen* hat als ILC Berichterstatter neben der Repressalie (Art. 9) gleichfalls eine allgemeine Reziprozitätsregel vorgeschlagen (Art. 8), wonach der verletzte Staat die Erfüllung seiner Verpflichtungen suspendieren kann, wenn diese Verpflichtungen der (zuerst) gebrochenen Verpflichtung entsprechen oder unmittelbar mit ihr verbunden sind; A/CN.4/380. Kritisch *Peter Malanczuk*, Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit, *ZaöRV* 45 (1985), S. 293 ff. (315 f.); *Bruno Simma*, Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission, *AVR* 24 (1986), S. 357 ff. (393 ff.): Das Konzept der „nackten“ Reziprozität sei „ein gefährlicher Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht“ (S. 395).

27 Der Begriff der Selbsthilfe ist äußerst unbestimmt; vgl. *Brun-Otto Bryde*, Self-Help, in: R. Bernhardt (ed.), *EPIL Inst.* 4 (1982), S. 215 ff. Häufig wird die Repressalie (neben der Selbstverteidigung) als Anwendungsfall der Selbsthilfe bezeichnet, etwa von *Georg Dahm*, *Völkerrecht*, Bd. 2,

Im folgenden gehe ich vom Verständnis der ILC aus mit der einzigen Erweiterung, daß ich auch etwas zur Aktiv- und Passivlegitimation Internationaler Organisationen sagen möchte. Nur zur *Retorsion* darf ich noch folgendes anmerken:

Gerade weil es, wie wir sehen werden, für Staaten schwieriger wird, Repressalien zu verhängen, sind Retorsionen auch als Antwort auf völkerrechtliches Unrecht stärker in den Vordergrund getreten.²⁸ Dabei wäre es ein Irrtum anzunehmen, daß die Erwiderung auf ein Unrecht mit einem nur „unfreundlichen Akt“ wirkungslos sein müßte. Gerade im wirtschaftlichen Bereich stehen zahlreiche und einschneidende Möglichkeiten zur Verfügung, wie z. B. die Nichtverlängerung eines Vertrages, Aussetzung von Vertragsverhandlungen, Einstellung nicht rechtlich veranlaßter Entwicklungshilfe u.v.a.²⁹ Tatsächlich gehören Retorsionen zum unverzichtbaren Arsenal von Gegenmaßnahmen in einem weiteren Sinn. Vielleicht hängt es damit zusammen, daß von verschiedener Seite versucht wird, die Retorsion ähnlich der Repressalie einem Rechtsregime zu unterwerfen, also z. B. ihre Ausübung an die vorherige Ausschöpfung der Streitbeilegungsmechanismen zu knüpfen,³⁰ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu aktivieren und eine eigene Abwägungspflicht zu konstruieren.³¹ Ich muß gestehen, daß mich solche Erwägungen nicht überzeugen. Natürlich sind auch der Retorsion als staatlichem Verhalten Grenzen gesetzt, die, falls überschritten, aus Recht Unrecht werden lassen; richtig ist auch, daß Verträge Retorsionsmaßnahmen zwischen den Parteien ausschließen können.³² All dies rechtfertigt es aber nicht, ein allgemeines Retorsionsrecht zu kreieren.

1961, S. 427. *Wilhelm Wengler*, Völkerrecht Bd. 1, 1964, S. 521, setzt Repressalie und Selbsthilfe in eins, wenn ein Völkerrechtssubjekt den ihm geschuldeten Leistungserfolg selbst auf Kosten des Schuldners herbeiführt.

28 Ebenso *Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, Völkerrecht Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 91. Andere Einschätzung bei *Detlev C. Dicke*, Retorsion, in: *Lexikon des Rechts, Völkerrecht*, 2. Aufl. 1992, S. 261 f. – Ein Beispiel bieten etwa die US-Maßnahmen gegen die Sowjetunion aus Anlaß der Verhängung des Kriegsrechts in Polen 1981, *AJIL* 1976 (1982), S. 382 ff.; Nachweise von Beispielen ferner bei *Denis Alland*, *International Responsibility and Sanctions: Self-Defence and Countermeasures in the ILC Codification of Rules Governing International Responsibility*, in: *M. Spinedi/B. Simma* (ed.), *United Nations and Codification of State Responsibility*, 1987, S. 143 ff. (150).

29 Vgl. dazu *Karl-Josef Partsch*, Retorsion, *EPIL Inst.* 9 (1986), S. 335 ff. (336).

30 So z. B. *Bryde* (Anm. 27), S. 216; *Michael Hakenberg*, Die Iran-Sanktionen der USA während der Teheraner Geiselafläre aus völkerrechtlicher Sicht, 1988, S. 246 f.

31 *Pascal Hector*, Das völkerrechtliche Abwägungsgebot, 1992, S. 346 f.

32 So darf z. B. das Angebot guter Dienste oder von Vermittlung niemals als unfreundlicher Akt angesehen werden (Art. 3 Abs. 3 I. Haager Abkommen von 1907); vgl. auch Art. XXIII Abs. 1 GATT 1947.

D. Die Repressalie

I. Rechtscharakter

Ganz anders die Repressalie. Die ausnahmsweise erteilte Ermächtigung (*entitlement*), völkerrechtliche Pflichten nicht erfüllen zu müssen,³³ bedarf der näheren Regelung, will das Recht seinen Befolgungsanspruch nicht aufgeben. Eine ungerichtete, frei vagabundierende Befugnis, Repressalien zu ergreifen, könnte als Rechtfertigungsgrund (genauer: *circumstance precluding wrongfulness*) unmöglich anerkannt werden. Das Völkerrecht muß daher Ziel und Richtung, subjektive Berechtigung und objektive Reichweite definieren.³⁴

Die gilt umso mehr, als mit der Vermehrung des völkerrechtlichen Normbestandes die Verletzungsmöglichkeiten vervielfacht und darum auch die Repressalienmöglichkeiten erweitert worden sind.³⁵ Andererseits ist jedoch festzustellen, daß auf das Instrument der Repressalie als einseitige und allein verantwortete Waffe im Kampf um das Recht, also nicht ergriffen aufgrund eines Sanktionsbeschlusses der Vereinten Nationen, nicht sehr häufig zugegriffen wird. Das Auswärtige Amt hat mir mitgeteilt, „daß sowohl nach der Aktenlage wie auch nach der Erinnerung der Beteiligten in dem überschaubaren Zeitraum der letzten Jahre kein Fall festzustellen ist, bei dem die deutsche Seite gegenüber einem anderen Staat von der völkerrechtlichen Möglichkeit der Repressalie Gebrauch gemacht hat“.³⁶ Eine eingehende Untersuchung der von den USA im Verlauf der Teheraner Geiselauffäre ergriffenen Maßnahmen hat ergeben, daß die Mehrzahl dieser Akte schon an sich nicht völkerrechtswidrig war, also keine Repressalie darstellte.³⁷ Aber natürlich gibt es einschlägige Fälle, doch man muß oft sehr genau hinsehen, ob tatsächlich die Nichterfüllung einer Rechtspflicht involviert ist.³⁸ Die sorgfältige rechtliche Einhegung des Rechts zur Repressalie ist jedenfalls unumgänglich. Es ist in diesem Sinn, daß der ILC-Entwurf die Berechtigung, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, in einem eigenen (dritten) Kapitel des Teils 2 regelt, nicht etwa in dem Kapitel, in dem die Rechte des verletzten Staates und die aus der Verletzung erwachsenden zusätzlichen Pflichten des Verletzerstaates behandelt werden.

33 Vgl. den Kommentar zu Art. 47 Entwurf ILC, A/51/10, S. 154; ähnlich Zoller (Anm. 17), S. 103.

34 Andernfalls gäbe es wirklich ein „uferloses Repressalienrecht“, von dem Albert Bleckmann, Gedanken zur Repressalie, in: Festschr. für H. J. Schlochauer, 1981, S. 193 ff. (194) spricht; insoweit zu Recht plädiert er ebd. dafür, die Repressalie „als eine vom Völkerrecht verliehene und damit beschränkte Kompetenz“ zu verstehen.

35 Auf diesen Aspekt hat schon hingewiesen John Fisher Williams, *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat*, RdC 1 (1923), S. 293 ff. (336).

36 Schreiben vom 22.01.1997 (Gz.: 500-383.25).

37 Vgl. Hakenberg (Anm. 30), S. 47 ff.

38 Ein Beispiel einer US-amerikanischen Repressalie in AJIL 76 (1982), S. 379 ff. (Maßnahmen gegen Polen).

II. Antwort auf vorangegangenes Unrecht

Mit der Repressalie wird an vorangegangenes rechtswidriges Tun oder Unterlassen eines Völkerrechtssubjekts angeknüpft.³⁹ Dabei ist es zunächst ohne Belang, welcher Rechtsquelle die verletzte Völkerrechtsnorm zuzuordnen ist.⁴⁰ Das entscheidende Problem an dieser Stelle ist, daß dem verletzten Völkerrechtssubjekt, sind besondere Vorkehrungen nicht getroffen, die Selbsteinschätzung der rechtlichen Situation obliegt.⁴¹

1. Hierbei ist der verletzte Staat oft schwierigen Beurteilungsfragen ausgesetzt, da das Vorliegen eines Unrechtsakts nicht immer evident sein wird.⁴² Man darf daran erinnern, daß im *Naulilaa*-Fall – sozusagen dem Repressalien-„Klassiker“ – die Berufung Deutschlands auf die Repressalie primär schon an dem Fehlen eines vorangegangenen rechtswidrigen Aktes scheiterte.⁴³ Große Interpretationsschwierigkeiten bieten Deliktsformulierungen wie der Beihilfetatbestand in Art. 27 ILC-Entwurf.⁴⁴ Bei der rechtlichen Beurteilung sind auch vertragliche Qualifikationen bestimmter Verhaltensweisen als Nicht-Unrecht – wie z. B. im Versailler Friedensvertrag hinsichtlich der alliierten Aktionen bei Nichterfüllung der deutschen Wiedergutmachungsleistungen⁴⁵ – oder solche Vertragsklauseln zu beachten, die den Vertragsparteien unter besonderen Umständen ein Ausscheren aus ihren Verpflichtungen erlauben, wie z. B. die Berufung auf nationale Sicherheitsinteressen im GATT.⁴⁶ Hinzu kommt, daß der Verletzerstaat sich auf Umstände beziehen mag, die das behauptete Unrecht ausschließen, etwa auf höhere Gewalt, Notstand oder auch die Ausübung einer Gegenmaßnahme.⁴⁷

2. Ist die Rechtmäßigkeit der Repressalie bestritten und wird dieser Streit einer internationalen Instanz unterbreitet, kann es auf die Verteilung der objektiven Beweislast ankommen. Dieses Thema ist bislang nur partiell aufbereitet.⁴⁸ Die allgemeine Prozeßmaximen respektierende Auffassung dürfte freilich kaum falsch sein, wonach der die Repressalie ergreifende Staat das tatsächliche Vorlie-

39 Vgl. *Jean Combacau*, Sanctions, EPIL Inst. 9 (1986), S. 357 ff. (358).

40 Vgl. Art. 47 i. V. m. Art. 3 ILC-E.

41 Schiedsspruch *Air Service Agreement* (Anm. 18), Ziff. 81: „Under rules of present-day international law ... each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States.“ Allgemein zum Problem der Selbstbeurteilung *John H. E. Fried*, How Efficient is International Law?, in: K. W. Deutsch/S. Hoffmann (ed.), *The Relevance of International Law, Essays in Honor of Leo Gross*, 1968, S. 93 ff. (114 ff.).

42 *Detter* (Anm. 21), S. 600; *Frits Kalshoven*, *Belligerent Reprisals*, 1971, S. 29 ff. Einzubeziehen sind die oft problematischen Zurechnungsfragen, vgl. Art. 5 ff. ILC-E.

43 Schiedsspruch vom 31.07.1928 (*Responsabilité de l'Allemagne à raison de dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*), RIAA II, S. 1011 ff. (1027).

44 Dazu *Eckart Klein*, *Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt*, in: *Festschr. für H. J. Schlochauer*, 1981, S. 425 ff.

45 Vgl. § 18 Anlage II zum Teil VIII (Wiedergutmachungen) Versailler Vertrag vom 28.06.1919; dazu *Evelyn Speyer Colbert*, *Retaliation in International Law*, 1948, S. 67.

46 Vgl. Art. XXI GATT; dazu *Michael J. Hahn*, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, 1996, S. 285 ff.

47 Dazu Art. 29 bis 34 ILC-Entwurf.

48 Vgl. *Juliane Kokott*, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, 1993.

gen einer Rechtsverletzung, der Ziel-Staat das Vorhandensein von den Unrechtscharakter ausnahmsweise ausschließenden Umständen zu beweisen hat.⁴⁹ Allerdings sind beide Bereiche nicht immer scharf zu trennen.⁵⁰ Beweispflichtig ist im übrigen der, der über die Beweismittel verfügt.

Irrtum und mangelhafte Aufklärung können den Repressalie ausübenden Staat jedenfalls nicht den Folgen seiner Fehleinschätzung entziehen.⁵¹ Auch ein non liquet geht prinzipiell zu seinen Lasten.

3. Die Frage, ob die Repressalie gegen unmittelbar bevorstehendes Unrecht eingesetzt werden kann, kann meines Erachtens nicht generell mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden.⁵² Das Problem wird nicht mit dem Hinweis darauf gelöst, daß die Repressalie responsiven Charakter habe und die ILC nach ihrem Kommentar zu Art. 30 Entwurf davon ausgegangen sei, daß die Gegenmaßnahme einem völkerrechtswidrigen Akt, der zuvor begangen ist, nachfolge.⁵³ Entscheidend kann nur sein, ob das Völkerrecht das unmittelbare Bestehen eines Unrechtsaktes, die dringende Gefahr seiner Begehung, selbst schon als völkerrechtswidrig qualifiziert. Dies ist etwa für den Fall der drohenden Gewaltanwendung zu bejahen (Art. 2 Ziff. 4 SVN). Auch andere Fälle sind denkbar, unter Umständen aufgrund vertraglicher Ausgestaltung. Der Sache nach liegt hier keine präventiv-antizipatorische Maßnahme vor, sondern eine Reaktion auf einen rechtlich vorverlagerten Unrechtstatbestand.

III. Grund und Ziel der Repressalie

Der reaktive Charakter der Repressalie erlaubt noch keine Aussage darüber, in welche Richtung und mit welchem Ziel sie geübt werden darf. Der zwischen Frankreich und den USA 1978 ergangene Schiedsspruch (*Air Service Agreement*) hat offengelassen, ob mit der Gegenmaßnahme auf die Wiedereinhaltung der Primärnorm oder auf die Erfüllung der aus der Primärrechtsverletzung entstandenen weiteren (sekundären) Verpflichtungen Einfluß genommen werden soll.⁵⁴ Die Unterscheidung könnte in der Tat von Interesse sein, da ja die Regeln der Staatenverantwortlichkeit den Sekundärregeln zugeordnet werden.⁵⁵

49 Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States, vol. 2 (1986), § 901, comment a; *Omer Yousif Elagab*, The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law, 1988, S. 59 ff.

50 Dies wird etwa beim Tatbestand der Einwilligung („consent“; Art. 29 ILC-Entwurf) deutlich oder auch bei den oben genannten (Anm. 45, 46) besonderen Vertragsklauseln. Zur notwendigen Zusammenschau des Unrechtsaktes (internationally wrongful act) mit den „circumstances precluding wrongfulness“ vgl. *Karl Zemanek*, Responsibility of States: General Principles, EPIL Inst. 10 (1987), S. 362 ff. (366).

51 Ebenso ILC-Kommentar zu Art. 47 Ziff. 1 (Anm. 3).

52 Vgl. *Wengler* (Anm. 27), S. 516, 524 f. zur sog. „Abwehrrepressalie“; unklar *Malanczuk* (Anm. 26), S. 316 f.

53 So aber *Elagab* (Anm. 49), S. 52 mit Hinweis auf YBILC 1979 II Part 2, S. 115.

54 *Air Service Agreement* (Anm. 18), § 82.

55 Vgl. oben Anm. 2; ferner *Karl Zemanek*, The Unilateral Enforcement of International Obligations, *ZaöRV* 47 (1987), S. 32 f.; *Cepelka*, Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain, 1965, S. 49 f.; dazu *Alland* (Anm. 28), S. 162 f.

So wichtig es zur Erfassung und Abgrenzung des internationalen Deliktsrechts sein mag, diese Differenzierung vorzunehmen, so künstlich wäre doch die Annahme, der mit der Repressalie ausgeübte Gegendruck würde nicht zugleich – bei anhaltender Primärregelverletzung⁵⁶ – auch deren Beendigung ins Auge fassen wollen. Trotz aller konzeptionellen Trennung erkennt dies auch der ILC-Entwurf sehr wohl: Einerseits nämlich bezieht er die Verpflichtung zur Beendigung (*cessation*) des Völkerrechtsverstößes, die ja nur die andere Seite der Pflicht zur Befolgung der Originärverpflichtung ist,⁵⁷ auch und sogar an erster Stelle (Art. 41 E) in die Pflichten mit ein, die der Verletzerstaat zu erfüllen hat;⁵⁸ andererseits nimmt Art. 47 E ausdrücklich auf diese Beendigungspflicht Bezug, zu der der Verletzerstaat veranlaßt (*to induce*) werden soll.

Um näher bestimmen zu können, wie dieses „Veranlassen“ wirksam werden kann, ist auf den gedanklichen Grund der Repressalie zurückzugehen:

- Die Völkerrechtsordnung stellt die Völkerrechtssubjekte gemeinsam unter das Recht.
- Diese Gemeinsamkeit wird durch einen Verstoß gegen das Völkerrecht aus dem Gleich-Gewicht gebracht und damit die Gleichheit der Staaten unter dem Recht verletzt.⁵⁹
- Diese Veränderung seiner Rechtsstellung muß der verletzte Rechtsgenosse nicht hinnehmen; da das Völkerrecht seine Einhaltung nicht selbst gewährleisten kann, ermächtigt es den Verletzten dazu, mit der Wieder-Heranführung des Verletzers an das Recht die verletzte Gleichheit wiederherzustellen⁶⁰.
- Daß diese Wiederherstellung nicht unmittelbar gestaltend, sondern lediglich mittelbar erfolgen, also nur „Beugezwang“ sein darf, ergibt sich Staaten gegenüber, ungeachtet positiver Regelung,⁶¹ aus deren Souveränität.⁶²

Mit der Repressalie kann daher Beugezwang zum Ziel der Wieder-Respektierung der Primärregel und der Erfüllung der sich aus der Verletzung ergebenden zusätzlichen Verpflichtungen des Verletzerstaates geübt werden.

56 Dazu *Wolfram Karl*, *The Time Factor in the Law of State Responsibility*, in: Spinedi/Simma (Anm. 28), S. 95 ff. (100 ff.).

57 So völlig zu Recht und klar *Gaetano Arangio-Ruiz*, *Special Rapporteur*, *Preliminary Report on State Responsibility*, A/CN.4/416 (1988), S. 15 und 19. Etwas abgeschwächt der ILC-Kommentar zu Art. 41 (früher Art. 6), YBILC 1993 II Part 2, S. 55, wo davon die Rede ist, daß „cessation is situated, so to speak, in between the two categories of rules“.

58 Teil II Kapitel II „Rights of the Injured State and Obligations of the State Which Has Committed an International Wrongful Act“.

59 Vgl. *Zoller* (Anm. 17), S. 71 ff.; s. auch *Charles Leben*, *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale*, AFDI 28 (1982), S. 9 ff. (33 ff.), der im Völkerrecht zwar eine Gleichheit im Recht, aber nicht vor dem Recht (Rechtsanwendungsgleichheit) gegeben sieht.

60 Schiedsspruch *Air Service Agreement* (Anm. 18), § 90: „to restore equality“.

61 Art. 41 ILC-E verweist auf diese Mittelbarkeit mit den Worten „to induce it to comply with its obligations under articles 41 to 46“; im Ergebnis ebenso *Kalshoven* (Anm. 42), S. 26.

62 Man wird bezüglich der Internationalen Organisationen zu dem selben Ergebnis kommen müssen, weil davon ausgegangen werden kann, daß sich der Beugezwangcharakter der Repressalie gewohnheitsrechtlich verfestigt hat.

IV. Aktivlegitimation

1. Das Recht, Repressalien zu ergreifen, steht dem verletzten Völkerrechtssubjekt zu.⁶³ Damit besteht eine grundsätzliche Übereinstimmung zwischen dem Kreis der verletzten Subjekte und den zur Repressalie Aktivlegitimierten.

Das Problem spitzt sich darum auf die Frage zu, wer durch einen Völkerrechtsverstoß verletzt ist. Die Antwort ergibt sich in erster Linie aus der konkret mißachteten Primärnorm oder aus allgemeinen Regeln, wie sie Art. 40 des ILC-Entwurfs zum Begriff des verletzten Staates formuliert. Auf dieses allein referatsfüllende Thema kann ich mich nicht näher einlassen. Ich darf nur daran erinnern, daß es nach dieser Vorschrift als möglich angesehen wird, daß bei der Verletzung von – vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen – Normen, die eine multilaterale Erfüllungsstruktur haben, alle hieran gebundenen Staaten mit Ausnahme des Verletzerstaates „verletzt“ sind, daß dies im Hinblick auf Menschenrechtsschutznormen entsprechend gilt und daß, wenn der Völkerrechtsverstoß ein „internationales Verbrechen“ (*international crime*, Art. 19 Entwurf) darstellt, ebenfalls alle anderen Staaten „verletzt“ sind.⁶⁴

2. Im folgenden ist nur zu prüfen, ob es in bestimmten Fällen an der Koinzidenz von „verletztem“ und repressalieberechtigtem Staat fehlen kann.

a) Es ist denkbar, daß vertragliche Ordnungen einer verletzten Vertragspartei im Binnenverhältnis das Repressalienrecht entziehen, sie also allein auf die vom Vertrag selbst vorgesehenen internen Rechtsschutzmöglichkeiten verweisen.⁶⁵ Das Problem ist unter dem Stichwort *self-contained regime* erörtert worden.⁶⁶ Zu Recht ist dabei vor einer vorschnell angenommenen Exklusivität des Vertragsregimes gewarnt worden, weil damit gerade besonders wichtige Rechtspositionen an Schutzintensität verlieren könnten. Eine andere Sache ist, daß im Vertrag vorgesehene Schutzmechanismen als speziellere Regeln⁶⁷ einen Ausschöpfungsvorrang genießen, den Rückgriff auf die Repressalie also einstweilen verdrängen können. Meines Erachtens gibt es aber kaum einen Fall, in dem dieser Rückgriff absolut, d. h. für alle denkbaren Konstellationen, ausgeschlossen werden könnte und sollte. In Ordnungen, wie sie der EG-Vertrag oder die Europäische Menschenrechtskonvention errichtet haben, ist zwar ein solches Verhalten ganz und gar unwahrscheinlich.⁶⁸ Aber sollten die anderen Vertragsparteien wirklich mit

63 Diese Verbindung ist allgemein anerkannt; vgl. *Elagab* (Anm. 49), S. 55 ff.; davon geht auch Art. 47 ILC-E aus.

64 Näher hierzu der Kommentar der ILC zu Art. 40 (Art. 5), YBILC 1985 II Part 2, S. 25 ff., wo in der Interpretation einige Einschränkungen gegenüber dem Wortlaut von Art. 40 vorgenommen werden, insbesondere zur Frage der Menschenrechte, ebd. S. 27.

65 *Zoller* (Anm. 17), S. 85: „The wronged party would be locked in the circle of the treaty“.

66 Vgl. dazu *Bruno Simma*, *Self-contained Regimes*, NYIL 16 (1985), S. 81 ff.; *Gaetano Arangio-Ruiz*, *Special Rapporteur*, 4. Report on State Responsibility, chapter VII: The so-called self-contained regimes, YBILC 1992 II, Part 1, S. 35 ff.; *Axel Marschik*, *Subsysteme im Völkerrecht*, Ist die Europäische Union ein „Self-Contained Regime“?, 1997.

67 Dies erkennt auch Art. 37 ILC-E an.

68 Richtig *Simma* (Anm. 66), S. 127 f. und 133; zum Problem auch *Eckart Klein*, *Zulässigkeit von Wirtschaftssanktionen der EWG gegen ihre Mitgliedstaaten*, RIW/AWD 1985, S. 291 ff. (296).

gebundenen Händen dastehen müssen, wenn sich die „Bändigung“ einer Vertragspartei mit den vertraglich vorgesehenen Mitteln als völlig unmöglich erweist? Nota bene: Es geht an dieser Stelle um das Recht zur Repressalie als solchem und nicht darum, ob auf die Verpflichtungen aus dem Vertrag selbst zugegriffen werden darf.

Entsprechend gilt, daß – entgegen mißverständlichen Äußerungen des Internationalen Gerichtshofs – auch Verstöße gegen das Diplomatenrecht von den dadurch verletzten Staaten mit der Repressalie beantwortet werden können.⁶⁹ Auf ganz anderer Ebene liegt eine Vorschrift wie Art. 47 WÜD, der bestimmte Verhaltensweisen dem Tatbestand der verbotenen Diskriminierung und damit dem Vorwurf der Vertragsverletzung entzieht.⁷⁰

Überzeugend ist neuerdings nachgewiesen worden, daß es Art. 23 des auf dem GATT 1947 aufbauenden WTO-Streitbeilegungsabkommens verbietet, Streitigkeiten über die Anwendung des GATT 1994 anders als in der im Vertrag vorgeschriebenen Weise zu regeln.⁷¹ Dieses Verbot steht allerdings unter dem Vorbehalt der Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens, einschließlich der strengen Fristen. Andernfalls lebt auch hier das Recht zur (vertragsunabhängigen) Repressalie wieder auf.⁷²

b) Auch im Hinblick auf sogenannte erga omnes-Normen⁷³ ließe sich an ein Auseinanderfallen von Verletztsein und Repressalienberechtigung denken. Ich kann hier die in Betracht kommenden Normen nicht identifizieren, die sich jedenfalls nicht völlig mit den Kategorien ius cogens und international crimes decken⁷⁴. Akzeptiert man aber, wie ich meine zu Recht, die Existenz von erga omnes-Normen, ließe sich durchaus argumentieren, daß – ungeachtet der allseitigen Betroffenheit durch die Normverletzung – die Reaktion angesichts des in der Norm zum Ausdruck gebrachten Allgemeininteresses allein der Staatenge-

Je intensivere Maßnahmen das Gemeinschaftsrecht gegen einen rechtsverletzenden Mitgliedstaat vorsieht, desto unwahrscheinlicher wird der potentielle Zugriff auf die Repressalie; vgl. in diesem Sinn jetzt Art. 171 Abs. 2 EGV (Zwangsgeld). Vgl. auch *Horst Teske*, Die Sanktion von Vertragsverstößen im Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1992, 265 ff. (266 f.).

69 Vgl. *Zemanek* (Anm. 55), S. 40 f.; *Simma* (Anm. 66), S. 120 f. Ferner *Christian Dominicé*, Représailles et droit diplomatique, in: *Festschr. für H. Huber*, 1981, S. 541 ff.

70 So wohl auch *Bruno Simma*, Reciprocity, in: *EPIL Inst. 7* (1984), S. 400 ff. (401); *Christian Tomuschat*, Repressalie und Retorsion, *ZaöRV* 33 (1973), S. 179 ff. (182). Zu kritisch *Herbert W. Briggs*, Codification Treaties and Provisions on Reciprocity, Non-discrimination or Retaliation, *AJIL* 56 (1962), S. 475 ff.

71 *Hahn* (Anm. 46), S. 156 ff.

72 *Hahn* (Anm. 46), S. 253 f. (279 ff.).

73 *Jochen A. Frowein*, Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung, in: *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *Festschr. für H. Mosler*, 1983, S. 241 ff. *Claudia Annacker*, The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law, *Austrian J. Publ. Intl. Law* 4 (1994), S. 131 ff.; *Pierre-Marie Dupuy*, Observations sur la pratique récente des „sanctions“ de l'illicite, *RGDIP* 87 (1983), S. 505 ff. (533 ff.).

74 Zur Begrifflichkeit *Hermann Mosler*, Ius cogens im Völkerrecht, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 25 (1968), S. 9 ff.; *ders.*, The International Society as a Legal Community, *RdC* 140 (1973 III), S. 1 ff. (33 ff.); zu diesen Kategorien auch *Klein* (Anm. 8), S. 53 ff.; *Simma* (Anm. 8), S. 308 ff.

meinschaft insgesamt (VN) obliegen müsse.⁷⁵ Angesichts der defizitären Organisation der Rechtsgewährleistung ließe diese Ansicht jedoch gerade die wichtigsten Völkerrechtsnormen schutzlos. Die Durchsetzung hingegen nur einem beschränkten Kreis von Staaten anzuvertrauen, stünde mit der alle einbeziehenden normativen Gemeinwohlbehauptung in Widerspruch und wäre prinzipiell willkürlich.⁷⁶ Es ist daher richtig und notwendig, aus der Konzeption völkerrechtlicher erga omnes-Normen die Konsequenz zu ziehen und alle verletzten Rechtssubjekte auch als Repressalienberechtigte anzuerkennen.⁷⁷ Entsprechendes wird in Ansehung der international crimes zu gelten haben.⁷⁸

Dies muß nicht unbedingt bedeuten, daß es keine Stufung der Repressalienberechtigung geben dürfe. Dies könnte jedenfalls da gelten, wo – ungeachtet des erga omnes-Charakters der Norm – ihre Verletzung einen Staat primär betrifft, wie z. B. die USA im *Teheraner Geiselfall*.⁷⁹ Es ließe sich daran denken, daß es in solchen Fällen keine „aufgedrängte“ Rechtsdurchsetzungshilfe geben soll, ebensowenig wie eine aufgedrängte kollektive Selbstverteidigung zulässig ist.⁸⁰ Der Gedanke der allseitigen Verletzung tritt insoweit hinter der Verletzung des ganz unmittelbar verletzten Staates zurück. Wo ein solches staatliches Primäröpper, wie z. B. bei Verletzungen des menschenrechtlichen Mindeststandards, jedoch fehlt, greift der Gedanke einer Stufung der Repressalieberächtigung ins Leere.⁸¹

3. Die Frage, ob das Recht, Repressalien zu ergreifen, Staaten zustehen kann, die nicht einmal mittelbar durch den Verstoß gegen eine erga omnes-Norm verletzt

75 In diese Richtung weist vorsichtig der ILC Kommentar zu Art. 30, YBILC 1979 II Part 2, S. 119 (Ziff. 12). Der ILC-Berichtersteller *Riphagen* schlug bezüglich der international crimes vor, die Durchsetzung der entsprechenden Verpflichtungen von einer Entscheidung des zuständigen Organs der VN abhängig zu machen, Art. 14 Abs. 3 A/CN.4/380. Vgl. auch *Partsch*, Reprisals, in: EPIL Inst. 9 (1986), S. 330 ff. (331).

76 Zutreffend *Martin Nettesheim*, Die ökologische Intervention, AVR 34 (1996), S. 168 ff. (205 f.). Wie hier auch *Zoller* (Anm. 17), S. 117 f.

77 So auch *Zoller* (Anm. 17), S. 114 f.; *Delbrück* (Anm. 7), S. 152 f.; *Wengler* (Anm. 27), S. 580. Hieran ändert es nichts, daß die Repressalien häufig nicht in dem Bewußtsein, für die Allgemeinheit zu handeln, ergriffen werden; vgl. *Nicholas Greenwood Onuf*, Reprisals, Rituals, Rules, Rationales, 1974, S. 55; denn die Staaten sind eben auch selbst verletzt. – Soweit Menschenrechtsnormen die Bedingungen von erga omnes-Normen erfüllen, gilt dies auch für sie; man wird diesen Normbestand jedoch auf den menschenrechtlichen Mindeststandard beschränken und eine andauernde systematische Verletzung verlangen müssen; zum Problem vgl. *Jochen A. Frowein*, Collective Enforcement of International Obligations, ZaöRV 47 (1987), S. 67 ff. (77); *Yoram Dinstein*, The Erga Omnes Applicability of Human Rights, AVR 30 (1992), S. 16 ff.; *Karin Oellers-Frahm*, ebd., S. 28 ff.; *Brun-Otto Bryde*, Verpflichtungen Erga Omnes aus Menschenrechten, BDGVR 33 (1994), S. 165 ff. (179 f.); *Eckart Klein*, Menschenrechte, 1996, S. 19 f.

78 Hierzu *Rainer Hofmann*, Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985), S. 195 ff. (223 ff.); vgl. aber den Vorschlag *Riphagens* (Anm. 75) und beipflichtend *Knut Ipsen*, Völkerrecht, 3. Aufl. 1990, S. 526 (Rn. 57). – Der jetzige Entwurf (1996) der ILC läßt durch Art. 51 bis 53 erkennen, daß er insoweit keine Sonderkonsequenzen für international crimes vorsieht.

79 ICJ Reports 1980, S. 3 ff. – United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran.

80 ICJ Reports 1986, S. 14 (105) – Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua.

81 Vgl. hierzu *Hofmann* (Anm. 78), S. 227.

sind, muß verneint werden.⁸² Zwar kennt das moderne Völkerrecht Sonderermächtigungen einzelner Staaten unter Berücksichtigung ihrer besonderen, z. B. geographischen Lage zum Schutz wichtiger Normen (vgl. Art. 218 Seerechtskonvention 1982).⁸³ Aber mit einer Repressalienberechtigung ist diese Rechtsposition nicht gleichzusetzen. Ein eigentliches Nothilfe-Repressalienrecht gibt es für Dritte daher nicht.⁸⁴

4. Nach allgemeinem Völkerrecht können auch Internationale Organisationen aktivlegitimiert sein, Repressalien zu ergreifen, wenn sie selbst durch einen Völkerrechtsverstoß verletzt sind. Allerdings reicht die völkerrechtliche Berechtigung allein nicht aus. An ihre Seite muß die Ermächtigung aus dem Gründungsvertrag, der „Verfassung“ der Organisation, treten.⁸⁵ Im Rahmen der EG ist diese Frage vielfach behandelt worden. Ihre rechtliche Fähigkeit, Wirtschaftssanktionen als Repressalien zu verhängen oder sich solchen Maßnahmen anzuschließen, ist heute unbestritten.⁸⁶

V. Passivlegitimation

Die Repressalie ist gegen das Völkerrechtssubjekt zu richten, dem der völkerrechtliche Unrechtsakt zuzurechnen ist.⁸⁷ Als Adressaten kommen dabei, heißt man das Konzept der ILC zur Beihilfe gut, auch solche Staaten in Betracht, die andere Staaten bei der Begehung völkerrechtlichen Unrechts unterstützen. Allein diese potentielle Erweiterung der Passivlegitimation läßt am Sinn des Art. 27 Entwurf zweifeln.⁸⁸

Gegen Drittstaaten dürfen nach allgemeiner Ansicht Repressalien nicht gerichtet, in ihre Rechte darf nicht eingegriffen werden.⁸⁹ Jedenfalls bietet das Repressalienrecht hierzu keine Handhabe.⁹⁰ Allerdings können Drittstaaten, denen – aus welchen Gründen auch immer – eine Rechtspflicht zur Respektierung einer von

82 Zur Problematik generell *Michael Akehurst*, Reprisals by Third States, BYIL 44 (1970), S. 1 ff.; *Mary Ellen O'Connell*, Comment, in: *Delbrück* (Anm. 7), S. 127 ff. (131).

83 Vgl. *Delbrück* (Anm. 7), S. 152 f. und 175, ausführlich *Doris König*, Durchsetzung internationaler Bestands- und Umweltschutzvorschriften auf Hoher See im Interesse der Staatengemeinschaft, 1990.

84 Ebenso *Dahm* (Anm. 27), S. 427.

85 *Klein* (Anm. 13), S. 110; *Stein* (Anm. 11), S. 109.

86 Vgl. etwa *Peter Jan Kuyper*, Community Sanctions Against Argentina: Lawfulness and Community Law and International Law, in: *O'Keefe/Schermer* (ed.), *Essays on European Law and Integration*, 1982, S. 159 ff.; *Werner Meng*, Die Kompetenz der EWG zur Verhängung von Wirtschaftssanktionen gegen Drittländer, *ZaöRV* 42 (1982), S. 780 ff. (792 ff.).

87 Vgl. Art. 30 i. V. m. Art. 47 und Art. 2 ILC-E.

88 Dazu *Klein* (Anm. 44), S. 425 ff.; kritisch auch *Rauschnig* (Anm. 2), S. 27; *Simma* (Anm. 26), S. 380 f. und *Ipsen* (Anm. 78), S. 521.

89 Grundlegend der sog. Cysne-Fall (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*), Schiedsspruch vom 30.06.1930, *RIAA* II, S. 1035 (1057); großzügiger war Art. 6 Ziff. 3 *IDI-Resolution* 1934 (Anm. 22), S. 710; ferner *Karl Doehring*, Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen, *ZaöRV* 47 (1987), S. 44 ff. (49 f.); *Colbert* (Anm. 45), S. 87 ff.

90 Vgl. Art. 47 Abs. 3 ILC-E. Die Vorschrift schließt den Rückgriff auf andere Rechtfertigungsgründe nicht aus; dazu *Wengler* (Anm. 27), S. 515 f.; *Malanczuk* (Anm. 20), S. 725.

anderen vertraglich geschaffenen Ordnung obliegt,⁹¹ bei Verletzung dieser Pflicht Ziel von Repressalien sein; diese Staaten sind zwar Dritte im Verhältnis zu den Vertragsstaaten, aber sie sind zugleich Mitglieder der errichteten Ordnung.⁹² Der geschilderte Grundsatz findet auf sie daher keine Anwendung.

Die Frage, ob in Fällen, in denen die Staatsgewalt zusammengebrochen ist, Repressalien gegen den gleichwohl fortbestehenden Staat ergriffen werden können, hat uns bereits vor zwei Jahren beschäftigt. Ich teile die damals vertretene Ansicht, daß der *failed State* unter diesen Umständen grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden kann.⁹³ Damit entfällt auch die Grundvoraussetzung für die Ausübung von Repressalien, abgesehen davon, daß ein Beugezwang ins Leere ginge.⁹⁴ Freilich besteht kein Anlaß, einen solchen Zustand vorschnell anzunehmen. Ist aber von dieser Situation auszugehen, können Gegenmaßnahmen gegen die auf dem Boden dieses Staates faktische Hoheitsmacht ausübenden Gruppen nach Maßgabe ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit ergriffen werden.⁹⁵

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß auch Internationale Organisationen Ziel von Repressalien sein können. Entscheidend ist, ob sie für ein völkerrechtliches Unrecht verantwortlich sind. Jedenfalls ist damit zu rechnen, daß sie als aktive Teilnehmer am internationalen Rechtsverkehr ebenso wie Staaten Völkerrecht verletzen können.⁹⁶ Ob die Mitgliedstaaten Adressaten einer Repressalie gemeinsam mit ihrer Internationalen Organisation sein können, hängt allein davon ab, ob die Primärregelverletzung auch den Mitgliedstaaten zuzurechnen ist oder ob aus sonstigen Gründen (Haftungsdurchgriff) ein nichterfüllter Wiedergutmachungsanspruch gegen die Mitglieder besteht.⁹⁷ Auf das interne Organisationsrecht kommt es jedenfalls nicht an.⁹⁸

Auch im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und ihrer Organisation kann die Repressalie zur Anwendung kommen, etwa wenn Mitgliedschaftsrechte von der Organisation verletzt werden; ein viel diskutiertes Beispiel war der Ausschluß Südafrikas aus der Generalversammlung der Vereinten Nationen.⁹⁹ Zu prüfen ist

91 Dazu im Überblick *Christian Tomuschat/Hanspeter Neuhold/Jan Kropholler*, Völkerrechtlicher Vertrag und Drittstaaten, BDGVR 28 (1988), S. 9 ff., 51 ff., 105 ff.

92 Klein (Anm. 8), S. 251.

93 *Daniel Thürer*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“, BDGVR 34 (1996), S. 9 ff. (31 ff.).

94 *Matthias Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt im Völkerrecht: „The Failed State“, ebd., S. 49 ff. (80).

95 Wenn Aufständische in den Grenzen ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit zur Verhängung von Repressalien befugt sind, so *Dahm* (Anm. 27), S. 427, dann muß auch eine entsprechende Passivlegitimation bestehen.

96 *Ignaz Seidl-Hohenveldern/Gerhard Loibl*, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 6. Aufl. 1996, Rn. 303, 314 ff., 703; für die EG vgl. *Christian Koenig/Andreas Haratsch*, Einführung in das Europarecht, 1996, 4. Kap. Rn. 218.

97 Zu diesen Fragen ausführlich *Matthias Hartwig*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen, 1993, S. 235 ff.

98 *Eckart Klein/Matthias Pechstein*, Das Vertragsrecht Internationaler Organisationen, 1985, S. 34 ff.

99 *Eckart Klein*, Zur Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten in den Vereinten Nationen, Vereinte Nationen 1975, S. 51 ff. (54 f.); *Christian Tomuschat*, Die Beitragsverweigerung in Internationalen Organisationen, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschr. für F. A. Mann, 1977, S. 439 ff. (451 f.).

natürlich, ob die Repressalie durch das Organisationsrecht verdrängt ist. Je stärker der Rechtsschutz ausgebaut ist, desto eher wird man eine solche Verdrängung annehmen müssen. Unter diesem Aspekt sind sicher im Hinblick auf Vereinte Nationen einerseits, Europäische Gemeinschaften andererseits unterschiedliche Schlußfolgerungen zu ziehen.¹⁰⁰

VI. Zugriffsobjekte

Zutreffend wird der Inhalt der Repressalie von Art. 47 ILC-Entwurf dahin beschrieben: „that an injured State does not comply with one or more of its obligations ...“.¹⁰¹ Prinzipiell stehen damit alle gegenüber dem Völkerrechtsverletzer bestehenden völkerrechtlichen Pflichten, unabhängig von ihrer Rechtsquelle, dem Zugriff offen, keineswegs nur solche, die in irgendeinem oder gar engem Zusammenhang mit der Primärverletzung stehen.¹⁰² Auf die Notwendigkeit rechtlicher Grenzen wurde jedoch schon hingewiesen.¹⁰³ Sie ergeben sich aus drei systematischen Gesichtspunkten:

1. Der erste Aspekt ist rechtslogischer Natur. Konkrete vertragliche Verbote,¹⁰⁴ die Vertragspflichten im Repressalienweg auszusetzen, können – soweit sie reichen¹⁰⁵ – nicht ihrerseits per Repressalie ausgesetzt werden.¹⁰⁶ Entsprechendes gilt für verbindliche Streitbeilegungsmechanismen,¹⁰⁷ womit noch nichts zu dem Problem gesagt ist, ob von ihnen notwendig vor Ergreifen der Repressalie Gebrauch zu machen ist.¹⁰⁸ Repressalienfest sind ferner die Regeln, die speziell das Verfahren der Verhängung und die Durchführung von Repressalien regeln, wie z. B. die Pflicht zu vorheriger Geltendmachung eines Anspruchs und die Beachtung des Übermaßverbots.¹⁰⁹

2. Der zweite Gesichtspunkt ergibt sich aus der Berücksichtigung der Rechte Dritter.¹¹⁰ Der Repressalienzugriff auf Pflichten aus multilateralen Verträgen,

100 Insoweit ist vor allem daran zu erinnern, daß ein UN-Mitglied gegenüber der Organisation völlig rechtsschutzlos ist; seinen Vertragspflichten kann es sich allenfalls durch Austritt entziehen; dazu *Henry Schermers/ Blokker*, *International Institutional Law*, 3. ed. 1995, §§ 123 ff.

101 Zu dieser Wendung Ziff. 3 des Kommentars zu Art. 47, A/51/10, S. 156. *Zoller* (Anm. 17), S. 42, spricht von „non-performance of an obligation under international law“.

102 *Berber* (Anm. 22), S. 90; *Dahm* (Anm. 27), S. 431.

103 S. o. D. I.

104 Darunter fallen natürlich auch durch Vertragsauslegung gewonnene Verbote, wie sie etwa der EuGH für das Gemeinschaftsrecht entwickelt hat, vgl. Slg. 1973, 101 (115) – Schlacht- und Nichtvermarktungsprämien; *Urt. v. 06.06.1996*, Rs. C-101/94-Wertpapiermakler, *EuZW* 1996, 571 ff.

105 Insoweit sind die Voraussetzungen eines self-contained Regime sehr genau zu prüfen; s. o. IV. 2.

106 Vgl. *Wengler* (Anm. 27), S. 517; *Jean-Claude Venezia*, *La notion des répressailles en droit international public*, *RGDIP* 64 (1960), S. 465 ff. (485); *Hahn* (Anm. 46), S. 391 f.

107 So auch *ICJ Reports* 1980, S. 28 f. (Ziff. 23, 24); Ziff. 6 ILC-Kommentar zu Art. 48, A/51/10, S. 161.

108 Dazu unten D. VIII.

109 Vgl. Art. 48, 49 ILC-E.; unten D. VI. 1.

110 S. o. D. V. Hier wäre systematisch auch der Ausschluß des Zugriffs auf in self-contained regimes angesiedelten Pflichten zu behandeln.

deren Erfüllung nur allen Vertragsparteien gemeinsam und nicht bilateral nur dem Verletzerstaat gegenüber möglich ist, ist unzulässig.¹¹¹ Allerdings sind Verträge mit integraler Erfüllungsstruktur selten.¹¹²

Schwierig ist die Einordnung von Gründungsverträgen.¹¹³ Sie sind ja nicht nur Verträge zwischen den Mitgliedstaaten, sondern schaffen zugleich Rechtsverhältnisse zwischen der Organisation und ihren Mitgliedern. Die Nichterfüllung von Mitgliedschaftspflichten könnte, da sie sich zwangsläufig auch gegen die anderen Mitglieder, nicht nur die Organisation selbst richtet, unzulässig sein. Ich halte dieses Ergebnis allerdings für unhaltbar, jedenfalls dann, wenn dem durch einen Organisationsakt verletzten Mitgliedstaat keine andere Schutzmöglichkeit als allenfalls der Austritt verfügbar ist. Die Zulässigkeit eines Repressaliengriffes auf Mitgliedschaftspflichten, z. B. die Beitragspflicht,¹¹⁴ läßt sich aber wohl damit erklären, daß die (anderen) Mitgliedstaaten für das rechtswidrige Organverhalten intern miteinstehen müssen, dieses Verhalten den Mitgliedern im Verhältnis untereinander also zurechenbar ist.¹¹⁵

3. Der dritte Aspekt ist werthafter Natur. Für die Völkerrechtsgemeinschaft als wesentlich erkannte Rechtspflichten, mit denen für unverzichtbar gehaltene Rechtsgüter oder Rechtswerte geschützt werden, sollen dem einseitigen Zugriff des Verletzten entzogen sein.¹¹⁶ Art. 50 ILC-Entwurf enthält eine Aufzählung solcher Verbote. Jedes einzelne von ihnen bedürfte ausführlicher Kommentierung. Ich muß mich auf zwei Bemerkungen beschränken.

a) Es fällt auf, daß in Art. 50 lit. d nur die Nichtrespektierung von „basic human rights“ dem Repressalienverbot unterfällt. Die Formulierung, die deutlich von Art. 60 Abs. 5 WVK abweicht,¹¹⁷ beschränkt sich nach dem Kommentar der ILC bewußt auf den Kern der Menschenrechte (*the „core“ of human rights*).^{118,119} Ich halte diese Einschränkung für falsch. Zunächst dürfte gesichert sein, daß die Verletzung von Menschenrechten selten zum Beugezwang taugt. Vor allem aber gilt es der Überzeugung Raum zu verschaffen, daß auch die Völkerrechtsordnung letztlich dem Menschen zu dienen hat. Zu den repressalienfesten Men-

111 Vgl. zu dieser Überlegung Art. 11 des Entwurfs von *Riphagen* (A/CN.4/380); *Simma* (Anm. 26), S. 397.

112 Beispiel: Abrüstungsverträge.

113 Dazu auch *Doehring* (Anm. 89), S. 49.

114 Vgl. *Klein* (Anm. 99), S. 54 f.; *ders.*, Beitragspflichten und Stimmrecht, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Die Reform der Vereinten Nationen*, 1989, S. 69 ff. (77); *Tomuschat* (Anm. 99), S. 451 f.

115 Allerdings wäre der Zugriff auf andere den übrigen Mitgliedstaaten geschuldete Pflichten des verletzten Staates unzulässig.

116 Nicht also geht es hier um sich aus dem Proportionalitätsgrundsatz im Einzelfall ergebende Repressalienverbote; so aber *Alland* (Anm. 28), S. 185.

117 Nach überwiegender Meinung erfaßt Art. 60 Abs. 5 WVK nicht nur die humanitären Verträge (*ius in bello*), sondern auch die allgemeinen Menschenrechtsverträge; vgl. etwa *Sicilianos* (Anm. 24), S. 354; *Oscar Schachter*, *International Law in Theory and Practice*, RdC 178 (1982 V), S. 1 ff. (181).

118 Vgl. A/50/10, S. 171.

119 Zu den *core rights* *Thomas Buergenthal*, *Codification and Implementation of Human Rights*, in: L. Henkin (ed.), *Human Dignity. The Internationalisation of Human Rights*, 1979, S. 17.

schenrechten sind darum auch diejenigen Verbürgungen zu rechnen, die die Staaten jeweils – über den menschenrechtlichen Mindeststandard hinausgehend – aufgrund freier Entscheidung vertraglich akzeptiert haben.¹²⁰ Es ist richtig, daß dies zu einem relativen, d. h. für jeden Staat einzeln zu ermittelnden Fundus repressalienfester Menschenrechte führt; der gemeinsame Fundus ist allerdings vor allem angesichts des fortgeschrittenen Ratifikationsstandes der beiden UN-Menschenrechtspakte und anderer Konventionen bereits recht erheblich. Diese Uneinheitlichkeit ist jedoch im Prozeß der Rechtsfortbildung unvermeidlich. Unzulässig ist somit der unmittelbare Zugriff per Repressalie auf vom verletzten Staat anerkannte menschenrechtliche Positionen von Personen, die sich in seinem Jurisdiktionsbereich befinden.¹²¹

b) Die Auffassung, daß das Verbot militärischer Gewaltandrohung oder -ausübung repressalienfest ist, erscheint heute als festgefügt. Ganz auf dieser Linie liegt auch Art. 50 lit. a ILC-Entwurf, und im beigefügten Kommentar wird dies unter Heranziehung zahlreiche Belege begründet.¹²²

Dabei ist dieser absolute Ausschluß alles andere als unproblematisch. Es ist daran zu erinnern, daß der IGH im *Nicaragua*-Fall 1986 nicht nur ausdrücklich gewaltsame Repressalien Dritter, mit denen auf gewaltsame Akte „short of armed attack“ gegen einen anderen Staat zu dessen Gunsten reagiert wurde, für unzulässige, da gegen das Gewaltverbot verstoßende Gegenmaßnahmen hielt.¹²³ Der IGH hat sogar offengelassen, ob der durch solche Gewaltakte unmittelbar betroffene Staat (im konkreten Fall El Salvador) mit gewaltsamen Repressalien reagieren darf.¹²⁴ Im Nuklearwaffentest-Gutachten von 1996 ist ähnlich verfahren worden.¹²⁵ Dabei war die Frage im *Nicaragua*-Fall durchaus entscheidungserheblich. Wenn nämlich der Staat, gegen den gewaltsame Akte *short of armed attack* gerichtet werden, mit ebensolchen Akten auf die Beendigung dieses Verhaltens hinwirken darf – und dieser Ansicht bin ich entschieden –, ist es kaum verständlich zu machen, einem um Unterstützung gebetenen Staat entsprechende Hilfeleistung zu versagen.¹²⁶ Das beliebte Argument der Mißbrauchsgefahr, mit dem in Verbindung mit dem Gewaltverbot gerne gearbeitet wird, wendet sich hier gegen die schwachen Staaten, die möglicherweise ständigen Gewaltverbotsverstößen weitgehend hilflos ausgesetzt sind. Mit anderen Worten: Ich halte

120 In diesem Sinne, Übertragung des Gedankens des Art 60 Abs 5 WVK auf die Repressalie, auch *Zemanek* (Anm. 50), S. 371.

121 Wirtschaftsanktionen, die zu einer Erschwerung der Lebensverhältnisse in einem Land führen, sind daher grundsätzlich zulässig; vgl. auch *Doehring* (Anm. 89), S. 48. Allgemein zu dieser Frage *Hans-Peter Gasser*, *Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law*, ZaöRV 56 (1996), S. 871 ff.

122 Kommentar zu Art. 50 ILC-E., A/50/10, S. 150 ff. Vgl. ferner nur *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 294 f.; *Albrecht Randelzhofer*, Art. 51 Rn. 14, in: B. Simma (Hrsg.), *Charta der Vereinten Nationen, Kommentar* (1991).

123 ICJ Reports 1986, S. 110 (Ziff. 211).

124 Ebd., S. 110 (Ziff. 210).

125 Gutachten vom 08.07.1996 (Anm. 16), Ziff. 46: „The Court does not have to examine, in this context, the question of armed reprisals in time of peace, which are considered to be unlawful.“

126 Ebenso *Frowein* (Anm. 77), S. 72 f.

diese Rechtsprechung für nicht akzeptabel und meine auch, daß sie dem geltenden Völkerrecht widerspricht. Das Gewaltverbot wird hier normativ übersteigert, und diese Übersteigerung schadet dem Recht.¹²⁷ Dies ist ein Beispiel dafür, wie das moderne Völkerrecht gewiß prägende Elemente allzu konsequent, weil ohne Berücksichtigung der Rahmenbedingungen ihrer Wirksamkeit, umgesetzt werden.¹²⁸

Meines Erachtens bestehen zwei Alternativen. Entweder man läßt bei Repressalien den Rückgriff auf Gewalt *short of armed attack* zu, wenn damit auf entsprechende Gewaltmaßnahmen geantwortet wird. Oder man erweitert den Anwendungsbereich des Rechts auf (individuelle und kollektive) Selbstverteidigung.¹²⁹ Nur dann ließe sich das bedingungslose Postulat gewaltfreier Repressalie sinnvoll begründen.

4. Noch auf ein weiteres Problem ist aufmerksam zu machen. Die Verletzung von erga omnes-Normen kann zur Reaktion vieler Völkerrechtssubjekte führen. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß dies einer Stufung der Reaktionen jedenfalls dann nicht im Wege steht, wenn es unmittelbar Verletzte gibt.¹³⁰ Darüber hinaus ist in unserem Zusammenhang zu fragen, ob die Unterscheidung nach unmittelbarer und mittelbarer Betroffenheit sich auf die Auswahl der im Repressalienweg aussetzbaren Rechtspflichten auswirken kann oder sogar muß.¹³¹ Ich bin hier eher skeptisch, meine freilich, daß die Auswahl des Repressaliengegenstandes sich an den Maßnahmen des unmittelbar verletzten Staates zu orientieren hat, sie jedenfalls in ihrer Intensität nicht überschreiten darf.¹³² Doch dies verweist bereits auf den Proportionalitätsgrundsatz.

127 Ähnlich *Hailbronner* (Anm. 10), S. 64 f. Deutlich sein Unbehagen formuliert *Delbrück* (Anm. 7), S. 194 f. *Nettesheim* (Anm. 76), der klar gegen gewaltsame Repressalien Stellung nimmt, S. 176 ff., schließt militärische Gewaltanwendung bei „Konstellationen extremster ökologischer Strukturveränderungen“ nicht völlig aus (S. 180).

128 S. o. B. – *Anthony D'Amato*, *The Concept of Human Rights in International Law*, *Columbia Law Review* 82 (1982 II), S. 1110 ff., hält die Durchsetzung der Ordnung für wichtiger als das Gewaltverbot.

129 Für ein solches Verständnis auch *Verdross/Simma* (Anm. 121), S. 296. Gegen eine zu enge Interpretation des Selbstverteidigungsrechts vgl. etwa Richter *Schwebel*, diss. op., *ICJ Reports* 1986, S. 259 ff. (347 f.); ferner *Derek Bowett*, *Reprisals Involving Recourse to Armed Force*, *AJIL* 66 (1972), S. 1 ff. (26 ff.); *Robert W. Tucker*, *Reprisals and Self-Defense: The Customary Law*, *AJIL* 66 (1972), S. 586 ff. (589 ff.); *McKinnon* (Anm. 21), S. 234 f. – Das strikt als Antwort auf „bewaffnete Angriffe“ begrenzte Selbstverteidigungsrecht, das zugleich als einzige legitime Ausnahme des Gewaltverbots verstanden wird, hat zu problematischen Verwerfungen im Völkerrecht geführt, die seiner Glaubwürdigkeit abträglich sind, insbesondere im Zusammenhang mit der Rettung eigener Staatsangehöriger und der humanitären Intervention; dazu anders *Randelzhofer* (Anm. 10), Art. 2 Ziff. 4 Rn. 52 ff.

130 S. o. D. IV. 2. b) zur Ablehnung aufgedrängter Hilfe. Vgl. auch *Christian Tomuschat*, *Gegenwartsprobleme der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*, Vorträge Universität des Saarlands, Europainstitut, Nr. 311, 1994, S. 16.

131 Vgl. *Zoller* (Anm. 17), S. 115 f.

132 Zu diesem Gesichtspunkt Kommentar zu Art. 49 (früher 13) ILC-E, A/50/10, S. 149 (Ziff. 9).

VII. Folgerungen aus dem Beugezwangcharakter

Aus dem Verständnis der Repressalie als Beugezwang¹³³ sind Konsequenzen zu ziehen.

1. Der Versuch, per Repressalie auf den Zielstaat einzuwirken, setzt dessen Kenntnis voraus, welche Ansprüche gegen ihn verfolgt werden. Vor der Verhängung von Repressalien hat daher die Geltendmachung des Rechtsanspruchs zu erfolgen.¹³⁴ Ein solches Vorgehen wird von der Staatenpraxis bestätigt.¹³⁵ Nicht erhärtet wird hingegen von der Praxis die Ansicht, daß das verletzte Völkerrechtssubjekt gehalten sei, die Gegenmaßnahmen selbst warnend anzukündigen.¹³⁶ Ohnehin könnte höchstens eine ganz generelle Warnung verlangt werden, da der verletzte Staat sich keinesfalls dem Risiko aussetzen muß, dem Verletzer Gelegenheit zu geben, die geplanten Gegenmaßnahmen zu vereiteln.¹³⁷ Die Möglichkeit, daß Repressalien gegen ihn ergriffen werden können, ergibt sich für den Verletzerstaat bereits daraus, daß er die behaupteten Rechtsansprüche des anderen Staates nicht erfüllt.

2. Der Beugezwangcharakter wirkt sich ferner auf die Zeitdauer aus, während deren die Repressalie ausgeübt werden darf. Mit der Rückkehr zum Recht ist Zweckerreichung eingetreten.¹³⁸ Allerdings kommt es nicht nur darauf an, ob die Primärverletzung beendet, sondern ob auch die ggf. geltend gemachten Wiedergutmachungsansprüche erfüllt sind. Sind nur noch letztere im Streit, ist zu prüfen, ob die zunächst ergriffenen Repressalien noch dem Proportionalitätsgrundsatz entsprechen.

Eine Regel, wonach innerhalb einer fest umrissenen Zeit Repressalien zur Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche ergriffen werden müssen, ist nicht ersichtlich. Häufig wird sogar erhebliche Zeit verstreichen, weil zuvor – obligatorisch oder nicht – andere Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung versucht werden. Allerdings ist es nicht unproblematisch, wenn Jahre oder gar Jahrzehnte später an Unrechtsakte angeknüpft und Repressalien verhängt werden.¹³⁹

133 S. o. D. III.

134 Wohl allgemeine Ansicht: *Partsch* (Anm. 75), S. 331; *Venezia* (Anm. 106), S. 491. Auch das IDI (Anm. 22), S. 710 teilte diese Ansicht (Art. 6 Ziff. 1); vgl. auch *Naulilaa-Schiedsspruch*, RIAA II, 1026 („après sommation restée infructueuse“).

135 Vgl. etwa das Verhalten der USA im Teheraner Geiselfall, ICJ Reports 1980, S. 15. Dazu auch *Elagab* (Anm. 49), S. 64 ff. m. w. N.

136 Wie hier *Zemanek* (Anm. 55), S. 37; unklar *Wengler* (Anm. 27), S. 516 („wohl nicht“). *Berber* (Anm. 22), S. 89, sieht in der Ankündigung der Repressalie ein nicht ausreichendes Minus gegenüber der Geltendmachung des Anspruchs.

137 Vgl. *Doehring* (Anm. 89), S. 50 f.

138 S. nur *Zemanek* (Anm. 55), S. 41 f.; *Partsch* (Anm. 75), S. 331.

139 Ein Beispiel hierfür bietet das sog. Helms-Burton-Gesetz (Public Law 104-114, March 12, 1996, 110 Stat. 785), dessen erklärtes Ziel es ist, die Restitution des von Kuba seit 01.01.1959 nationalisierten amerikanischen Eigentums zu erreichen; hierzu *Brigitte Stern*, *Vers la Mondialisation Juridique? Les Lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy*, RGDIP 1996, S. 979 ff. Zu den Reaktionen Kanadas und der EG vgl. die Dokumentation in ILM 36 (1997), S. 111 ff., 125 ff.

Andererseits sind die inneren und äußeren Umstände, die einen Erfolg der Gegenmaßnahmen versprechen, vielleicht zunächst nicht günstig gewesen.¹⁴⁰ Obwohl der Gesichtspunkt der Verjährung und Verwirkung auch im Völkerrecht durchaus bekannt ist, wird man daraus schwerlich Schlüsse ziehen können, solange die Rechtswidrigkeit der bekämpften Maßnahme stets oder doch immer wieder zum Ausdruck gebracht wurde.¹⁴¹ Denkbar ist schließlich, daß der Zeitablauf sich auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit auswirkt.

3. Als Maßnahme des Beugezwangs darf die Repressalie nur die einstweilige Nichterfüllung von Völkerrechtspflichten zum Inhalt haben. Der verletzte Staat muß selbst jederzeit in der Lage sein, zum Normal-Recht zurückzukehren. Eine Vertragsbeendigung oder das Schaffen nicht wieder rückgängig zu machender Tatsachen ist daher im Repressalienweg unzulässig.¹⁴²

VIII. Repressalie und Streitbeilegungsverfahren

Jeder Repressaliensituation liegt ein Streit über die Rechtslage zugrunde. Hieraus erklärt sich die immer wieder erhobene Forderung, daß die Repressalie „erst nach Ausschöpfung aller Mittel der friedlichen Streitbeilegung eingesetzt werden darf“.¹⁴³ Schon *Bluntschli* verlangte 1872 die vorherige Durchführung eines „Minneverfahrens“.¹⁴⁴ Auch die Vorentwürfe der ILC gingen von einer solchen Vorstellung aus.¹⁴⁵ Der jetzige Art. 48 Entwurf ist demgegenüber zurückgenommen. Die Pflicht, vor dem Verhängen von Gegenmaßnahmen Verhandlungen mit dem Verletzerstaat aufzunehmen, schließt das Ergreifen von notwendigen vorläufigen Maßnahmen zur Rechtserhaltung nicht aus.¹⁴⁶

Das Problem ist in den letzten Jahren intensiv behandelt worden.¹⁴⁷ Ich beschränke mich auf folgende fünf Thesen:

1. Soweit es sich um gewaltfreie Repressalien handelt – und das ist nach der heute überwiegenden Ansicht ausnahmslos der Fall¹⁴⁸ –, ist die Repressalie kein unfriedliches Mittel der Streitbeilegung.¹⁴⁹ Der entscheidende Punkt ist somit

140 Darauf weist hin *Lisa C. Martin*, *Coercive Co-operation. Explaining Multilateral Economic Sanctions*, 1992, S. 248 ff.

141 Näher mit Nachweisen *Jörg P. Müller*, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, 1971, S. 64, 73, 257.

142 *James Crawford*, *Counter-measures as Interim-Measures*, *EYIL* 5 (1994), S. 65 ff. (68).

143 So *Bleckmann* (Anm. 34), S. 212, der zur Begründung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rekurriert; vgl. auch *Bryde* (Anm. 27), S. 216; *Berber* (Anm. 22), S. 89.

144 *Johann Caspar Bluntschli*, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, 2. Aufl. 1872, § 499.

145 Vgl. Art. 10 Abs. 1 Entwurf *Riphagen* (A/CN.4/380) mit einer Ausnahme (Art. 13) für multilaterale Verträge mit integraler Erfüllungsstruktur; Art. 12 des 4. Berichts *Arangio-Ruiz* (A/CN.4/444 and add. 1 – 3); Art. 12 Entwurf des Drafting Committee, *YBILC* 1994 I, S. 261.

146 Dies ist jedenfalls dann akzeptabel wenn „notwendige Rechtserhaltung“ („necessary to preserve its rights“) den Schutz sämtlicher mit der Repressalie verfolgbarer Rechte einschließt; s. o. D III.

147 S. vor allem die in *EJIL* 5 (1994), S. 20 – 115 abgedruckten Beiträge zum Symposium: *Counter-measures and Dispute Settlement: The Current Debate within the ILC*; *Alland* (Anm. 28), S. 160 ff.; *Zoller* (Anm. 17), S. 120 ff.; *Elagab* (Anm. 49), S. 165 ff.

148 S. o. D. VI.

149 Hierauf wird zu Recht hingewiesen von *Bruno Simma*, *Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance*, *EJIL* 5 (1994), S. 102 f.

nicht die Unfriedlichkeit, sondern die Einseitigkeit. Man mag die Frage stellen, ob unilaterales Vorgehen überhaupt noch Platz im Völkerrecht der Kooperation findet. Es gibt immerhin Stimmen, die das verneinen.¹⁵⁰

2. In der Tat gibt es durchaus Gründe für die Vorschaltung von Ausgleichsverhandlungen oder den Einbezug Dritter. Zu erinnern ist an die Unklarheit, die in aller Regel bereits im Hinblick auf die Voraussetzungen der Repressalie bestehen wird, also das Vorliegen eines völkerrechtswidrigen Aktes und denkbarer Rechtfertigungsgründe. Unklarheiten mögen ferner bestehen über den Umfang des entstandenen Schadens und die Proportionalität der Gegenmaßnahme. Die Erweiterung der Aktivlegitimation durch erga omnes-Normen und der Passivlegitimation durch einen Beihilfetatbestand treten hinzu. Mit anderen Worten: Die faktische und rechtliche Basis von Repressalien wird häufig höchst unsicher sein.¹⁵¹

3. Andererseits: Die Verpflichtung, alle möglichen Streitbeilegungsverfahren im Voraus zu durchlaufen, gibt dem Verletzerstaat eine Prämie auf den Rechtsbruch. Eine solche Lastenverteilung wäre nicht akzeptabel, da sie die Wiederherstellung der gestörten Rechtsgleichheit unabsehbar und daher für den verletzten Staat unzumutbar hinausschiebt.¹⁵²

4. Die Ablehnung einer generellen Pflicht, Streitbeilegungsmechanismen vorzuschalten, bedeutet nicht, daß sich der verletzte Staat über konkrete, gerade im Hinblick auf den Bruch der Primärregel vereinbarte Streitbeilegungsverfahren hinwegsetzen dürfte.¹⁵³ Allgemeine Verpflichtungen zu friedlicher Streitbeilegung wie Art. 2 Ziff. 3 und 33 SVN haben diesen Effekt – wegen der fehlenden Unfriedlichkeit der Gegenmaßnahme – aber nicht.¹⁵⁴ Wäre dem so, hätte sich in der Tat eine revolutionäre Veränderung des Völkerrechts vollzogen. Es ist derzeit schwer vorstellbar, daß ein solcher Schritt auf Akzeptanz der Staaten rechnen könnte.¹⁵⁵

5. Die in Art. 48 Abs. 3 und 4 des ILC-Entwurfs enthaltenen Überlegungen halte ich für eine gelungene Balancierung der sich gegenüberstehenden Interessen.¹⁵⁶ Entsprechendes gilt für das in Art. 58 Abs. 2 Entwurf normierte einseitige Recht des Verletzerstaates, ein Schiedsgericht anzurufen, wenn Gegenmaßnahmen gegen ihn ergriffen sind.¹⁵⁷

150 Vgl. die Nachweise bei *Malanczuk* (Anm. 26), S. 297 Fn. 21.

151 Dazu die Hinweise von *Crawford* (Anm. 142), S. 66 f.

152 So zu Recht die Auffassung von *Christian Tomuschat*, *Are Counter-measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures?*, EJIL 5 (1994), S. 77 ff. (84 ff.).

153 *Derek W. Bowett*, *Economic Coercion and Reprisals by States*, *The Virginia Journal of International Law* 13 (1972), S. 1 ff. (11); *Elagab* (Anm. 49), S. 166 ff.; *Simma* (Anm. 149), S. 104.

154 So auch die Auffassung des Schiedsgerichts im Fall *Air Service Agreement* (Anm. 18), Ziff. 87 ff.; ebenso *Zemanek* (Anm. 55), S. 37.

155 Weniger pessimistisch *Oscar Schachter*, *Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission*, AJIL 88 (1994), S. 471 ff. (475 ff.).

156 Hier haben sich vor allem Überlegungen von *Bowett* niedergeschlagen; vgl. *Simma* (Anm. 149), S. 103 f.

157 Dazu Kommentar ILC zu Art. 58 (früher Art. 5), A/50/10, S. 184.

IX. Proportionalitätsgrundsatz

Die Geltung des Proportionalitätsgrundsatzes für Repressalien ist weitgehend anerkannt. Doch stellen sich auch hier zahlreiche Probleme.

1. Der *Naulilaa*-Schiedsspruch von 1928 hat das Prinzip deutlich betont, allerdings ging es um die Beurteilung einer damals grundsätzlich zulässigen gewaltsamen Repressalie.¹⁵⁸ Sind Repressalien aber nur noch als gewaltfreie zulässig, könnte eine zurückhaltendere Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips naheliegen. Vielleicht erklärt dies die vorsichtigen Wendungen im *Air Service Agreement*-Schiedsspruch von 1978, der freilich die Regel selbst nicht verwirft.¹⁵⁹

2. Der Proportionalitätsgrundsatz ist in der Rechtsidee selbst verankert, da er das Angemessene, das rechte Maß bei der Gestaltung und der Verwirklichung des Rechts erreichen will. Auch im Völkerrecht geht es um die Abgrenzung und den Schutz von Rechtssphären, um die erstrebte Versöhnung widerstreitender Interessen. Die zugeteilten Rechtspositionen müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, um Rechtsfrieden dauerhaft gewährleisten zu können.¹⁶⁰

Ungeachtet dieser allgemeinen Fundierung hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Völkerrecht verschiedene, man könnte sagen: bereichsspezifische Funktionen.¹⁶¹ Bezogen auf Menschenrechte dient das Prinzip der Kontrolle von aus Gründen des Gemeinwohls oder schützenswerter Einzelinteressen vorgenommenen Einschränkungen, im Seerecht (z. B. Abgrenzung des Festlandsockels) ist es ein Element der *equity*. Bei der Selbstverteidigung gewinnt es ein eigenes Profil dadurch, daß es um die Beurteilung der Reaktion auf eine schwerwiegende Unrechtshandlung geht und dieses Ziel bei der Durchführung nicht unberücksichtigt bleiben kann.¹⁶²

3. Auch die Repressalie ist durch ihren Antwortcharakter gekennzeichnet.¹⁶³ Daraus lassen sich immerhin einige Anhaltspunkte dafür gewinnen, was zueinander ins Verhältnis gesetzt werden soll.

Zunächst sind dies der Unrechtsakt einerseits und die Repressalie andererseits samt den von ihnen ausgelösten Folgen. Soweit z. B. wegen Zugriffs auf mit der Primärverletzung reziprok verbundene Verpflichtungen Äquivalenz besteht, ist

158 RIAA II, 1025, 1027. – Dies war auch der Ausgangspunkt der Resolution des IDI 1934 (Art. 6 Abs. 2), AnnIDI 1934, S. 710.

159 Schiedsspruch (Anm. 18), Ziff. 83.

160 Vgl. hierzu grundlegend *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 125 ff., der diese Überlegungen später weiterentwickelt hat: *ders.*, Grundrechtsschranken, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd. V, 1992, § 122 Rn. 3 ff., 16 ff.

161 Näher *Jost Delbrück*, Proportionality, EPIL Inst. 7 (1984), S. 396 ff.; *Rosalyn Higgins*, Problems and Process. International Law and How We Use It, 1995, S. 228 ff.

162 Vgl. *Judith Gail Gardam*, Proportionality and Force in International Law, AJIL 87 (1993), S. 391 ff.

163 S. o. D. II.

die Beurteilung am Maßstab des Proportionalitätsprinzips nicht schwierig. Häufig wird dies aber gerade nicht der Fall sein; dann erfordert die Prüfung weitere Kriterien.¹⁶⁴

Vor allem zwei drängen sich auf. Das erste Kriterium ist die Einbeziehung des Ziels der Repressalie – Beugezwang in rechtswiederherstellender Absicht – in die Beurteilung des angemessenen Verhältnisses von Unrechtsakt und Repressalienakt.¹⁶⁵ Dieses Ziel muß regelmäßig erreicht werden können. Ist es jedenfalls teilweise erreicht, etwa durch die Beendigung der Primärregelverletzung, besteht allerdings Veranlassung zur Überprüfung der ergriffenen Gegenmaßnahme. Gerade hier wirkt sich die responsive Natur der Repressalie aus; sie beteiligt insoweit auch den Verletzerstaat am Prozeß der Steigerung oder Dämpfung der Auseinandersetzung.¹⁶⁶ Das zweite Kriterium ist die Schwere, die Bedeutung der Primärrechtsverletzung.¹⁶⁷ Es kann dazu dienen, das angemessene Verhältnis von Repressalienziel und -mittel zu bestimmen. Beide Relationen sind wichtig.

4. Es ist verständlich, daß sich angesichts der schwierigen Abschätzungen in diesem Beurteilungsprozeß Völkerrechtspraxis und -lehre auf das Erfordernis positiver Verhältnismäßigkeit nicht eingelassen haben. Vielmehr geht es – negativ – um den Ausschluß von Unverhältnismäßigkeit. An dieser Sichtweise hat, im Anschluß an die Rechtsprechung,¹⁶⁸ auch der ILC-Entwurf (Art. 49) festgehalten.¹⁶⁹

5. Die zu Recht vorsichtige Handhabung des Proportionalitätsprinzips trägt die in der Literatur geäußerte Meinung nicht, daß Repressalien nur bei evidenten Rechtsbrüchen zulässig seien.¹⁷⁰ Ebensowenig ist der Ansicht beizupflichten, daß geringes Unrecht notfalls hinzunehmen sei.¹⁷¹ Der Gedanke des Art. 60 WVK, der einen schweren Vertragsbruch („material breach“) verlangt, ist auf das erheblich weiter ausgreifende Repressalienrecht nicht übertragbar. Es spricht allerdings im Sinn der *lex specialis*-Regel viel dafür, den Repressalienzugriff auf Vertragspflichten dann auszuschließen, wenn Art. 60 WVK die vertragsrechtliche Reaktion im konkreten Fall nicht zuläßt.¹⁷²

6. Es gibt gewichtige Stimmen, die angesichts der Schwierigkeit, jenseits reziproker Gegenmaßnahmen die Proportionalität zu bestimmen, dafür plädieren, eher den Bereich repressalienfester Normen zu erweitern als auf das vage Kon-

164 Auf die Problematik der Proportionalitätsbestimmung in diesen Fällen machen aufmerksam etwa *Crawford* (Anm. 142), S. 66; *Zemanek* (Anm. 50), S. 372; *Zoller* (Anm. 17), S. 125 ff.

165 *Alland* (Anm. 28), S. 182 ff.

166 Vgl. *Doehring* (Anm. 89), S. 46. – S. auch Art. 48 Abs. 3 ILC-E.

167 Darauf stellt bereits das IDI in seiner Resolution von 1934 ab (Art. 6 Abs. 2); ferner *Air Service Agreement-Schiedsspruch* 1978, Ziff. 83 (Anm. 18); Art. 49 ILC-E.

168 *Naulilaa-Schiedsspruch*, RIAA II, 1028 („disproportion évidente“); *Air Service Agreement* Ziff. 83 („do not appear to be clearly disproportionate“).

169 Vgl. auch Art. 9 Abs. 2 Entwurf Riphagen („manifestly disproportional“), A/CN.4/380. Weitergehend aber *Hector* (Anm. 31), S. 346.

170 So aber *Bleckmann* (Anm. 34), S. 213.

171 So aber *Dahm* (Anm. 27), S. 430. Wie hier etwa *Elagab* (Anm. 49), S. 51 f.; *Nettesheim* (Anm. 76), S. 215; *Tomuschat* (Anm. 152), S. 85.

172 *Zoller* (Anm. 17), S. 369 f.

zept der Verhältnismäßigkeit zu setzen.¹⁷³ Auch *Rosalyn Higgins* zweifelt, ob das Proportionalitätsprinzip wirklich fähig ist „to oil the wheels of decision-making“.¹⁷⁴ Trotz aller Problematik bin ich der Ansicht, daß auf diesen zugegebenermaßen schwierigen Maßstab zur Balance miteinander streitender Interessen nicht zu verzichten ist; er ist vielmehr notwendig im Sinne einer Aufforderung an den verletzten Staat, sich selbst Rechenschaft über sein Handeln zu geben, und er bietet, sollte es zur Einschaltung einer streitschlichtenden Instanz kommen, eine Grundlage, um die von jedem Rechtspruch anzustrebende Befriedigungsfunktion zu erfüllen.

X. Pflicht zur Repressalie?

Das Völkerrecht ermächtigt unter bestimmten Voraussetzungen dazu, Repressalien zu ergreifen, verpflichtet hierzu aber nicht.¹⁷⁵ Allerdings könnte man daran denken, bei Verletzungen des internationalen ordre public¹⁷⁶ oder von erga omnes-Normen unter Rückgriff auf den Gedanken der Solidarität¹⁷⁷ für die Rechtsgemeinschaft eine solche Indienstrafe der Staaten und der anderen Völkerrechtssubjekte anzunehmen. Doch bietet die Praxis hierfür keine Bestätigung.¹⁷⁸ Zu offen und zu verschieden wird meist die Einschätzung dazu ausfallen, ob eine solche Verletzung vorliegt und welche Gegenmaßnahmen angemessen sind, als daß auf dieser prekären Basis eine Rechtspflicht konstruiert werden könnte.¹⁷⁹

Eine Unterstützung findet diese Auffassung in Art. 53 lit. d ILC-Entwurf, der bei Vorliegen von *international crimes* gerade keine Repressalienpflicht normiert. Allerdings verpflichtet er alle Staaten, in einer solchen Situation mit anderen Staaten bei der Anwendung von Maßnahmen zusammenzuarbeiten, deren Ziel es ist, die Konsequenzen des „Verbrechens“ zu eliminieren. Hierbei geht es nicht etwa um das Gebot der Nichtanerkennung der durch das Verbrechen geschaffenen Situation; dies ist gesondert geregelt.¹⁸⁰ Vielmehr wird hier eine positive Verpflichtung als Minimalreaktion aller Staaten angesichts eines *international crime* etabliert, die unabhängig ist vom Eingreifen der Vereinten Nationen.¹⁸¹ Der Wortlaut der Vorschrift deckt auch eine Interpretation, die eine Pflicht zur Unterstützung von durch andere Staaten verhängten Repressalien annimmt. Selbst wenn man davon ausgeht, daß diese Hilfspflicht nur bestehen kann, wenn ein

173 *Zemanek* (Anm. 50), S. 372.

174 *Higgins* (Anm. 161), S. 236.

175 *Tomuschat* (Anm. 70), S. 200.

176 Grundlegend *Günther Jaenicke*, Zur Frage des internationalen Ordre public, BDGVR 7 (1967), S. 77 ff.

177 Allgemein zum Solidaritätsprinzip im Völkerrecht *Kimminich* (Anm. 5), S. 308 ff.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Anm. 28), S. 40; zu einem besonderen Aspekt *Rüdiger Wolfrum*, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, 1984, S. 447 ff.

178 Positiv de lege ferenda *Zoller* (Anm. 17), S. 117 f.

179 Ebenso im Ergebnis *Stein* (Anm. 11), S. 122 f.

180 Art. 53 lit. a ILC-E. Zur Nichtanerkennungsverpflichtung *Eckart Klein*, Die Nichtanerkennungspolitik der Vereinten Nationen gegenüber den in die Unabhängigkeit entlassenen süd-afrikanischen homelands, ZaöRV 39 (1979), S. 469 ff. (490 ff.).

181 Kommentar ILC zu Art. 53 E (Ziff. 3), A/51/10, S. 169 f.

Staat selbst das Vorliegen eines internationalen Verbrechens bejaht, könnte doch die Einschätzung der Intensität der ergriffenen Gegenmaßnahmen erheblich differieren. Einem Staat gleichwohl eine Unterstützungspflicht aufzuerlegen, ist abzulehnen.

Würde es sich aber wirklich um eine echte Rechtspflicht handeln, wäre die Hilfsverweigerung ein völkerrechtliches Delikt, gegen das Repressalien ergriffen werden könnten. Die Frage ist, wer hierzu legitimiert wäre. Der Staat, dessen Repressalie nicht unterstützt wird, oder gar alle Staaten, weil die Nichtunterstützung die Früchte eines internationalen Verbrechens zu bewahren hilft? Wie der in Art. 27 des Entwurfs geregelte Tatbestand der Beihilfe zur Begehung eines Völkerrechtsdelikts¹⁸² hätte auch diese Unterstützungspflicht eine schwerlich hinnehmbare Erweiterung der Passivlegitimation zur Folge und würde leicht in die Schaffung chaotischer Rechtsbeziehungen münden.

XI. Erweiterung oder Einschränkung des Repressalienrechts durch die Vereinten Nationen

Die Überlegungen zur Repressalie wären unvollständig, würde nicht darauf hingewiesen, daß der Sicherheitsrat verändernd, erweiternd und möglicherweise einschränkend, in das Repressalienrecht eingreifen kann. Allgemeiner Ausdruck dieser Idee ist Art. 39 Entwurf,¹⁸³ obgleich die ILC in ihrem Kommentar dazu ausführt, daß sie mit dieser Vorschrift nicht den Streit darüber habe entscheiden wollen, ob der Sicherheitsrat von einem Staat mehr verlangen darf, als das allgemeine Völkerrecht gestattet, oder ihm – umgekehrt – das Recht zur Repressalie nehmen kann.¹⁸⁴ Nur wenige Bemerkungen sind hierzu möglich.

Im Rahmen seines Auftrags zur Wahrung oder Wiederherstellung des Friedens und der internationalen Sicherheit kann der Sicherheitsrat Grenzen, die dem Repressalienrecht gezogen sind, verschieben. Dies gilt etwa für die Erweiterung der Aktiv- und wohl auch der Passivlegitimation¹⁸⁵, die Befreiung vom Gewaltverbot,¹⁸⁶ die Ermöglichung des Zugriffs auf self-contained regimes, die Andersbestimmung der Proportionalität¹⁸⁷ oder die Verpflichtung zur Mitwirkung bei Repressalien.¹⁸⁸

Allerdings: Auch der Sicherheitsrat agiert nicht im rechtsfreien Raum. Er ist nicht nur an die von der VN-Satzung gezogenen Kompetenzgrenzen, sondern auch an die grundlegenden Regeln, die die Völkerrechtsgemeinschaft konstituie-

182 S. o. bei Anm. 88.

183 Vgl. hierzu *Simma* (Anm. 26), S. 389; *Malanczuk* (Anm. 20), S. 750 ff.

184 Die Frage wird bewußt der weiteren Diskussion überlassen; vgl. die Anm. zu Art. 39 E (Fn. 226), A/51/10, S. 139. Kritik an dieser Haltung bei *Derek Bowett*, *The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures*, EJIL 5 (1994), S. 89 ff.

185 Ein von der ILC selbst erwähntes Beispiel knüpft an Art. 94 Abs. 2 SVN an, YBILC 1985 II Part 2, S. 26.

186 Vgl. Art. 42, 48 SVN.

187 Dazu Kommentar ILC zu Art. 30 E (Ziff. 22), YBILC 1979 II Part 2, S. 121.

188 Vgl. Art. 41, 48 SVN; dazu auch *Delbrück* (Anm. 7), S. 152 f.

ren, gebunden.¹⁸⁹ Hierzu gehört heute vor allem die Respektierung des menschenrechtlichen Mindeststandards.¹⁹⁰ Hiervon zu entbinden steht dem Sicherheitsrat nicht zu. Zu Recht wird in diesem Zusammenhang daher neuerdings auch die Beachtung der humanitären Komponente bei VN-Sanktionen verstärkt diskutiert.¹⁹¹

Höchst problematisch ist der Entzug des Repressalienrechts für den verletzten – jedenfalls den unmittelbar verletzten – Staat durch einen Beschluß des Sicherheitsrats. Dies gilt zumindest dann, wenn der Rat nicht selbst zum Schutz des Verletzten tätig wird; die Parallele zu Art. 51 Satz 1 SVN liegt nahe. Meines Erachtens darf der Sicherheitsrat weder bei bewaffneten Angriffen noch bei sonstigen Völkerrechtsverstößen Schutzlosigkeit für das Opfer produzieren.¹⁹² Hier zeigt sich eine immanente Schranke der satzungsrechtlichen Ermächtigung der VN-Organen (und damit auch des Internationalen Gerichtshofs). Daß es an ausreichendem Rechtsschutz gegenüber den Maßnahmen der Organe, insbesondere des Sicherheitsrats, fehlt, gehört zu den wichtigsten Defekten der Vereinten Nationen.¹⁹³

Alles wird noch komplizierter, wenn die Frage einbezogen wird, welche legitimierenden oder auch delegitimierenden Wirkungen bloß empfehlende Resolutionen des Sicherheitsrats (oder auch der Generalversammlung) im Verhältnis von Verletzer- und verletztem Staat haben.¹⁹⁴ Ich muß es bei dem Hinweis bewenden lassen, daß sich die Gefahr, wonach eine ohnedies schon schwierige Rechtssituation weiter verunklart wird, erheblich vergrößert.

189 Zur Rechtsbindung des Sicherheitsrats *Jochen A. Frowein*, Das Verhältnis zwischen den Vereinten Nationen und Regionalorganisationen bei der Friedenssicherung und Friedenserhaltung, Vorträge Europainstitut des Saarlands Nr. 343 (1996), S. 10.

190 Aber z. B. auch die Beachtung von Treu und Glauben und der Rechtsgenossenschaft der Staaten.

191 Dazu *Gasser* (Anm. 121), *ZaöRV* 56 (1996), S. 871 ff.; *Manfred Kulessa*, Von Märchen und Mechanismen, Gefahren und Chancen der Sanktionen des Sicherheitsrats, Vereinte Nationen 1996, S. 89 ff.

192 Das vom Sicherheitsrat auch gegen Bosnien-Herzegowina verhängte Waffenembargo ist daher rechtswidrig gewesen; Resolution 713 (1991) vom 25.09.1991 (S/RES/713), *ILM* 31 (1992), S. 1431 ff.

193 Das Problem zeigt sich etwa bei den gegen Libyen verhängten Sanktionen im Fall Lockerbie; *ICJ Reports* 1992, S. 3 ff. – Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie; vgl. dazu *Knut Ipsen*, Auf dem Weg zur Relativierung der inneren Souveränität bei Friedensbedrohung, Vereinte Nationen 1992, S. 41 ff. (44 ff.).

194 Hierzu einerseits *Wilhelm Kewenig*, Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht, *BDGVR* 22 (1982), S. 7 ff. (31) und (These 9), andererseits *Frowein* (Anm. 77), S. 70 f. Vgl. auch *Malanczuk* (Anm. 20), S. 750 f.

E. Abschließende Bemerkungen

sgleich ich nur schwer der Versuchung widerstehen kann, mit den Schlußver-
n aus „Der gute Mensch von Sezuan“ zu enden,¹⁹⁵ möchte ich folgendes Fazit
ehen:

e Repressalie ist trotz aller Bedenken¹⁹⁶ und vereinzelter scharfer Ablehnung¹⁹⁷
; Rechtsinstitut anerkannt. Dies wird von der Staatenpraxis, der internationalen
chieds-) Rechtsprechung – zu erinnern ist zuletzt an das Gutachten Nr. 12 der
idinter Schiedskommission¹⁹⁸ – und der Literatur bestätigt. Die Entwicklung
s Völkerrechts hat ein recht differenziertes Regime hervorgebracht; von Cha-
cterisierungen wie „uferlos“¹⁹⁹ und ungergelt²⁰⁰ kann richtigerweise keine
de sein. In diese Bemühungen um Domestizierung ist auch der ILC-Entwurf
zureihen, der trotz wichtiger gegen ihn zu erhebender Bedenken die weitere
skussion dieses Rechtsgebiets prägen wird.

an kann natürlich fragen, ob der Entwurf mit dem Kapitel über Gegenmaß-
hmen nicht unziemliche Überlebenshilfe für ein „sterbendes Rechtsinstitut“
leistet hat.²⁰¹ Aber der Ansatz ist falsch. Die Repressalie ist kein sterbendes
chtsinstitut, auch wenn sie weniger als früher angewendet wird. Vor allem ist
zum Schutz verletzter Staaten aus Prinzip unverzichtbar. Zugleich ist jede
rstärkung der Organisation der Staatengemeinschaft, insbesondere die Koor-
dierung der Außenpolitik von Staatengruppen, geeignet, die in der Tat beste-
nden Bedenken gegen die Selbsteinschätzung der Sach- und Rechtslage durch
en einzelnen Staat abzumildern. Dadurch gleicht sich auch der Nachteil
wächerer Staaten aus, die es zweifellos schwerer als starke haben, von der
pressalie einseitig Gebrauch zu machen.²⁰² Allerdings reicht dieser Gesichts-
unkt nicht aus, um das Rechtsinstitut selbst in Zweifel zu ziehen. Jedem Recht
t sich mit Macht größerer Nachdruck verleihen. Jedem Unrecht gewiß auch.
; Möglichkeit des Mißbrauchs darf jedoch nicht zur Abdankung des Rechts
ren.

*Bertolt Brecht, Der gute Mensch von Sezuan, Epilog: „Wir stehen selbst enttäuscht und sehn
betroffen/Den Vorhang zu und alle Fragen offen .../Vielleicht fiel uns aus lauter Furcht nichts
ein./Das kam schon vor. Was könnt die Lösung sein? .../Der einzige Ausweg wär aus diesem
Ungemach:/Sie selber dächten auf der Stelle nach/Auf welche Weis' dem guten Menschen
man/Zu einem guten Ende helfen kann ...“.*

Vgl. dazu den 5. Report on State Responsibility (*Arangio-Ruiz*) von 1993, A/CN.4/453, S. 23 ff.

Eine scharfe Absage an Repressalien in Krieg und Frieden bei Richter *Weeramantry*, diss. op.
zum Nuklearwaffentest-Gutachten des IGH vom 08.07.1996, A/51/218, S. 253 f.

Gutachten Nr. 12 vom 16.07.1993 (Ziff. 2), ILM 32 (1993), S. 1589 ff. (1590).

So *Bleckmann* (Anm. 34), S. 194.

So *Colbert* (Anm. 48), S. 103.

Dahm (Anm. 27), S. 435, der diese Charakterisierung aber in den folgenden Sätzen sogleich
erheblich abschwächt.

Dazu *M. S. Daoudi/M. S. Dajani*, *Economic Sanctions. Ideals and Experience*, 1983, S. 123 ff.

Thesen

1. Gegenmaßnahmen, deren Prototyp die Repressalie ist, bedürfen eines disziplinierenden Rechtsregimes, das dem nicht verzichtbaren Befolungsanspruch des Völkerrechts gerecht wird.
2. Das moderne, durch Normhunger, die Herausbildung von Gemeinschaftsinteressen, die Einschränkung des *domaine réservé*, das Verbot militärischer Gewaltanwendung und die Erschließung von Kooperationsmöglichkeiten gekennzeichnete Völkerrecht ist immer noch bestimmt durch eine der klassischen Völkerrechtskonzeption entsprechende defizitäre Organisation der Rechtsgewährleistung. Der Lebensraum der Repressalie wird durch das Nebeneinanderbestehen beider völkerrechtlicher Entwicklungsschichten bestimmt.
3. Im Gegensatz zu einem Rechtsregime der Repressalie ist ein Rechtsregime der Retorsion entbehrlich.
4. Mit der Repressalie wird an ein vorangegangenes rechtswidriges Tun oder Unterlassen eines Völkerrechtssubjekts angeknüpft. Dabei ist das verletzte Völkerrechtssubjekt oft schwierigen Beurteilungsfragen ausgesetzt.
5. Ob die Repressalie bereits gegen unmittelbar bevorstehendes Unrecht eingesetzt werden kann, hängt davon ab, ob das Völkerrecht einen solchen Zustand selbst schon als rechtswidrig qualifiziert.
6. Mit der Repressalie darf der Völkerrechtsverletzer veranlaßt werden, sowohl – bei anhaltender Primärregelverletzung – diesen Verstoß zu beenden, als auch die durch die Völkerrechtsverletzung entstandenen (sekundären) Rechtspflichten zu erfüllen. Diese Veranlassung wird durch „Beugezwang“ bewirkt.
7. Zwischen dem Kreis der verletzten Völkerrechtssubjekte und den zur Repressalie Aktivlegitimierten besteht grundsätzlich Übereinstimmung. Ausnahmen hiervon können sich – eher theoretisch – bei „self-contained regimes“ ergeben. Soweit erga omnes-Normen bestehen, ist von der Repressalienberechtigung aller Völkerrechtssubjekte auszugehen. Dies schließt jedoch eine Stufung der Repressalienberechtigung nicht aus, die allerdings nur zur Anwendung kommen kann, wo es ein „unmittelbar“ verletztes Rechtssubjekt gibt.
8. Auch Internationale Organisationen sind nach allgemeinem Völkerrecht, im übrigen nach Maßgabe ihres Gründungsvertrags aktivlegitimiert. Gleichermassen können sie Ziel von Repressalien sein. Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Organisation und Mitgliedstaat.
9. Der Zugriff auf völkerrechtliche Pflichten im Repressalienweg ist prinzipiell offen, wird aber unter drei systematischen Aspekten beschränkt: aus Gründen der Rechtslogik, der Berücksichtigung Rechte Dritter und aus Wertgesichtspunkten.

- (2)
10. Während Art. 50 ILC-Entwurf beim Zugriff auf menschenrechtliche Verpflichtungen zu großzügig ist, ist er beim Verbot jeder gewaltsamen Repressalie zu restriktiv; oder besser: Das absolute Verbot gewaltsamer Repressalien ist nur akzeptabel, wenn das Selbstverteidigungsrecht weiter verstanden wird, als es der heute herrschenden Ansicht entspricht.
 11. Aus dem Beugezwang-Charakter der Repressalie ergibt sich, daß der mit ihr verfolgte Rechtsanspruch dem Zielstaat bekannt (gemacht) sein muß. Eine Ankündigung der Gegenmaßnahme selbst ist nicht erforderlich. Die Repressalie ist zu beenden, wenn die Rückkehr zum Recht erfolgt ist. Die Repressalie darf nur die einstweilige Nichterfüllung von Völkerrechtspflichten zum Inhalt haben. Probleme können sich ergeben, wenn erst Jahre später an Unrechtsakte angeknüpft und Repressalien verhängt werden.
 12. Obwohl es gute Gründe für die der Repressalie vorausgehende Aufnahme von Ausgleichsverhandlungen oder die Einschaltung Dritter gibt, würde die Verpflichtung, alle möglichen Streitbeilegungsverfahren im voraus zu durchlaufen, dem Verletzerstaat eine Prämie auf den Rechtsbruch geben. Dies bedeutet nicht, daß der verletzte Staat sich über konkrete, gerade im Hinblick auf den Bruch der Primärregel vereinbarte Verfahren hinwegsetzen dürfte. Art. 48 Abs. 3 und 4 des ILC-Entwurfs enthalten gelungene Balancierungen der sich gegenüberstehenden Interessen.
 13. Der Proportionalitätsgrundsatz ist trotz mancher Anwendungsschwierigkeiten für das Repressalienrecht unverzichtbar, allerdings nur in Gestalt des Übermaßverbots. Er wirkt sich zunächst aus bei der Beurteilung der Angemessenheit des Verhältnisses von Unrechts- und Repressalienakt. Dabei ist das Ziel der Repressalie zu berücksichtigen. Für die Bestimmung der Angemessenheit des Verhältnisses von konkretem Repressalienziel und -mittel ist die Schwere der Primärregelverletzung zu berücksichtigen.
 14. Eine Pflicht, Repressalien zu ergreifen, besteht nicht, auch nicht bei Verletzungen des internationalen ordre public oder dem Vorliegen von international crimes. Art. 53 lit. d ILC-Entwurf, der im Sinne einer Pflicht verstanden werden kann, Repressalien Dritter zu unterstützen, die gegen einen Staat gerichtet sind, dem die Begehung von international crimes vorgeworfen wird, geht zu weit und ist abzulehnen.
 15. Der VN-Sicherheitsrat kann die Grenzen des Repressalienrechts erweitern. Dabei bleibt er aber an die ihm von der VN-Charta übertragenen Kompetenzen und die grundlegenden Regeln, die die Völkerrechtsgemeinschaft konstituieren, gebunden. Der Entzug des Rechts, per Repressalie gegen einen Verletzerstaat vorzugehen, ist jedenfalls dann unzulässig, wenn der Sicherheitsrat dadurch Schutzlosigkeit herbeiführt.
 16. Die zutreffende Beobachtung, daß die Macht eines Staates mit seinen Möglichkeiten, von der Repressalie Gebrauch zu machen, korrespondiert, reicht nicht aus, die Repressalie als Rechtsinstitut in Zweifel zu ziehen.

Summary

1. Countermeasures, the core of which are reprisals, are in need of a disciplining legal regime in order to prevent public international law from being ignored.
2. Modern public international law is characterized by a lack of legal norms, the development of community interests, the increasing restriction of domestic jurisdiction (*domaine réservé*), a prohibition of the use of military force in international affairs and by opening up of opportunities for co-operation. At the same time, however, it still suffers from the traditional weakness of an absence of any formal enforcement regime. The applicability of reprisals (as countermeasures) depends on the relationship between these two areas of development in public international law.
3. Retorsions, in contrast to reprisals, do not require the establishment of a legal regime.
4. Reprisals are a response to some form of illegal conduct or omission on the part of a subject of public international law. In determining whether or not such a response should be made, and if so in what form, the injured party is confronted with difficult issues to assess.
5. Whether or not reprisals may be taken against imminent wrongful acts depends on whether the existing situation would be regarded as already wrongful under public international law.
6. A subject which commits a continuing breach of primary rules of public international law may be induced by means of reprisals not only to comply with such primary rules but also with secondary rules which have been breached as a result of the continuing wrongful act.
7. In principle the group of injured subjects of public international law and those which may take reprisals coincide. Exceptions, albeit theoretical ones, might exist in so far as the breach of an international obligation has taken place within a „self-contained“ regime. In respect of a violation of a rule having effect *erga omnes*, all public international law subjects are injured and may resort to reprisals. There may be a gradation of such a right of reprisal although this will only occur where the rights of a particular subject or subjects have been directly violated. The reaction of this subject or these subjects will set the benchmark for the reaction of the other subjects.
8. According to general principles of public international law and pursuant to their constituting treaties, international organizations may also take reprisals. They may, in turn, also become the target of reprisals. This is also true of the relationship between the organization and its member States.
9. It is open to an injured subject of public international law in principle, to refuse to comply with any of its public international law obligations *vis-à-vis* the offending subject. In fact, however, this freedom is limited by three

factors: reasons of legal logic; consideration for the rights of third parties and respect for normative values.

10. While art. 50 of the ILC Draft on State Responsibility goes too far by allowing the injured State any conduct which does not derogate from *basic* human rights, it is too restrictive in its exclusion of any use of force in taking reprisals. The absolute prohibition of forcible reprisals is only acceptable if the right to self-defense is interpreted in a broader sense than accepted today by the prevailing view.
11. It follows from the goal of reprisals of compelling the offending State to comply with its legal obligations under public international law that the target State must be or be made aware of the injured State's claim. The countermeasure itself, however, need not be notified. The injured State must suspend reprisals when the offending State has resumed compliance with its international legal obligations. Non-compliance with legal obligations as a form of reprisal may only be of temporary nature. Problems may arise if reprisals are first taken many years after the internationally wrongful act to which they are intended to be a response has occurred.
12. Although there are good reasons for resorting to negotiations – with or without the involvement of third parties – regarding the carrying out of reprisals, a corresponding obligation to negotiate prior to taking countermeasures would grant the offending State an unjust advantage. This does not mean, however, that the injured State could ignore procedures which had already been agreed upon for dealing with the breach in question. Art. 48 paras. 3 and 4 of the ILC Draft succeed in balancing the opposing interests.
13. In spite of many difficulties in its application, the principle of proportionality plays an indispensable role in the legal regime of reprisals: they must not be disproportionate. The relationship between the internationally wrongful act and the act of reprisal will be assessed according to this principle and in doing so the aim of the countermeasures taken into account. In determining the proportionality of the aim of the reprisal measure in question and the means chosen to achieve this aim the seriousness of the breach in question will also be taken into account.
14. There is no obligation to take reprisals, even where peremptory norms of public international law have been violated or international crimes (art. 19 ILC Draft) have been committed. It is possible to interpret art. 53 (d) ILC Draft as imposing an obligation to support reprisals taken by third parties against a particular State which has been accused of committing international crimes. However, such an interpretation goes too far and should therefore be rejected.
15. The UN Security Council can, to a certain degree, extend or restrict the limits of the legal regime of reprisals. In so doing, however, it is still bound by the powers conferred on it by the UN Charter and by fundamental rules that constitute the legal community of States. Depriving States of their right of reprisal would be in any case inadmissible if they were thereby left un-

protected against the wrongful conduct of other States and the Security Council did not grant protection under its own measures.

16. It is true that a State's ability to effectively make use of reprisals is closely connected with how powerful it is. This is not sufficient reason however to cast doubt on this countermeasure as a legal institution.



„Gegenmassnahmen“ im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht

von Prof. Dr. Anton K. Schnyder, LL.M., Basel

Inhalt

- I. Einführung
- II. Rechtstatsächlicher Befund in bezug auf Gegenmassnahmen
 1. Zweck der Analyse
 2. Verweigerung der Zustellung Ordre-public-widriger Klagen und darauf gestützter gerichtlicher Anordnungen
 3. Antisuit Injunctions
 - a. Einleitende Bemerkung
 - b. Rechtslage im Vereinigten Königreich
 - c. Rechtslage in den USA
 - d. Problematik der „antisuit injunctions“ im hier interessierenden Zusammenhang
 4. Geheimhaltungsbefehle gegen ausländische Offenlegungspflichten
 5. Verweigerung internationaler Amts- und Rechtshilfe
 6. Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide
 7. Nichtbeachtung ausländischen Eingriffsrechts in der Privatrechtsanwendung
 - a. Eingriffsrecht als „Massnahmerecht“
 - b. Extraterritorialität des Eingriffsrechts
 - c. Abwehr extraterritorialer Rechtsanwendung
 8. Blocking Statutes
 - a. Abwehrgesetzgebung als direkte Gegenmassnahme
 - b. Rückforderungsklagen im besondern
 9. Feindhandelsrecht
- III. Folgerungen für den Begriff der Gegenmassnahmen
 1. Keine begriffliche Stringenz
 2. Vorschlag für eine Begriffsumschreibung
 3. Verhältnis zum Völkerrecht
- IV. Behandlung von Gegenmassnahmen ausserhalb des Erlassstaates
 1. Ausgangslage
 2. Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht auf der Grundlage kollisionsrechtlicher Interessenabwägung
 - a. Allgemeines
 - b. Abwägungskriterien im einzelnen
 3. Massnahmerecht und Urteilsanerkennung
 4. Vermehrte Behördenkooperation
 - a. Verfahrenshilfe in Zivil- und Strafsachen
 - b. Zunehmende Bedeutung der Verwaltungsrechtshilfe – das Beispiel Schweiz
 5. Schlichtung durch formalisierte Streitbeilegung
- V. Schlussfolgerungen, Thesen
Summary

I. Einführung*

Am 12. März 1996 unterzeichnete der amerikanische Präsident Bill Clinton den *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*.¹ Der in vielem umstrittene und nach seinen geistigen Urhebern als *Helms/Burton-Bill* berühmt und verpönt gewordene Erlass bezweckt ein umfassendes Handelsembargo gegenüber Kuba und dessen Regierung, um damit letztlich – wie der Act festhält – „to assist the Cuban people in regaining their freedom and prosperity, as well as in joining the community of democratic countries that are flourishing in the Western Hemisphere“.² Das Gesetz fusst in instrumentaler Hinsicht auf der US-amerikanischen Tradition *extraterritorialer Rechtsanwendung* und ist damit unbestritten geeignet, völker- und kollisionsrechtliche Praxis und Lehre herauszufordern. Das zeigt zuallererst die schwerfällige und ihrerseits kontroverse EU-interne Suche nach einem Katalog von Gegenmassnahmen als *Reaktion* auf das Helms/Burton-Gesetz.³

Besonders umstritten ist *Titel III* des Gesetzes („Protection of Property Rights of United States Nationals“). Dieser sieht Rechtsbehelfe zugunsten US-amerikanischer Staatsangehöriger vor, deren Vermögen durch das Regime von Fidel Castro seit 1959 konfisziert worden ist. Dadurch sollen insbesondere ausländische Investitionen in kubanische Unternehmen rückgängig gemacht oder verhindert werden, deren Grundlage ganz oder teilweise eingezogenes Vermögen darstellt.⁴ Zu diesem Zweck schafft Section 302 die Grundlage für *Schadenersatz*-

* Meinem Mitarbeiter, Herrn lic. iur. *Gion Jegher*, LL.M., danke ich herzlich für seine wertvollen Beiträge zu dieser Abhandlung.

1 Pub. L. No. 104-114, 110 Stat. 785 (1996), 22 U.S.C.S. §§ 6021 (Law. Co-op 1997) [hiernach Helms/Burton-Gesetz]; nachgedruckt in: I.L.M. 35 (1996) 357-378; zum Helms/Burton-Gesetz vgl. etwa *A.F. Lowenfeld*, *Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act*, Am.J.Int.L. 90 (1996) 419-434; *B.M. Clagett*, *Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law*, Am.J.Int.L. 90 (1996) 434-440; *L. Griessbach*, *Der „Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act“ von 1996*, RIW 43 (1997) 275-280; *C. Kressl/J. Herbst*, *Der Helms-Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht – Zum Gutachten des Inter-Amerikanischen Juristenausschusses vom 23. August 1996*, RIW 43 (1997) 630-641; *J.L. Snyder/S. Agostini*, *New U.S. Legislation to Deter Investment in Cuba – A First Glance*, *Journal of World Trade* 30 (1996) 37-44; *V. Lowe*, *Helms-Burton and EC Regulation 2271/96*, C.L.J. 1997, 248-250; *S.E. Lucio*, *The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1995: An Initial Analysis*, *University of Miami Inter-American Law Review* 27 (1996) 325 ff.; *A. Reinish*, *Widening the US Embargo Against Cuba Extraterritoriality – A Few Public Law Comments on the „Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996“*, *European Journal of International Law* 7 (1996) 545-562; *S.-E. Bourque*, *Note: The Illegality of the Cuban Embargo in the Current International System*, *Boston University International Law Journal* 13 (1995) 191 ff.

2 Section 3(2) Helms/Burton-Gesetz.

3 Vgl. NZZ Nr. 252, v. 29.10.1996, 2, *Die Antwort der EU auf das Helms-Burton-Gesetz – Zustimmung Dänemarks nach zähen Verhandlungen*; *Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22. November 1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Massnahmen*, ABl. Nr. L 309/1 v. 29.11.1996, 1 ff.

4 Vgl. Section 301, insb. 301(5) Helms/Burton-Gesetz.

ansprüche betroffener „United States nationals“⁵ gegenüber Personen⁶ aus aller Welt, die nach Inkrafttreten des 3. Titels des Gesetzes⁷ in irgendeiner Weise Geschäfte im Zusammenhang mit konfiszierten Vermögen betreiben.⁸ Schadenersatz ist im konkreten Fall in Höhe vorgegebener Werte zu leisten – bis hin zum gegenwärtigen oder vergangenen Marktwert der betroffenen, durch Kuba konfiszierten Vermögensgegenstände;⁹ bei fortgesetztem Handeln wird Dreifachschadenersatz vorgesehen.¹⁰ Weiter weicht das Gesetz von der traditionellen amerikanischen Regel ab, wonach die obsiegende von der unterlegenen Prozesspartei keine Kostenerstattung verlangen kann.¹¹ Die Abweichung gilt indes nur einseitig zugunsten obsiegender US-Parteien.¹² Zuständig für Schadenersatzklagen sind die Bundesgerichte nach den Bestimmungen des 28. Titels des United States Code.¹³

Als Folge der Helms/Burton-Gesetzgebung – sowie ähnlicher, im Sommer 1996 gegen Iran und Libyen erlassener Sanktionen¹⁴ – haben mehrere Staaten direkt

5 Vgl. die Definition von „United States national“ in Section 4(15); vgl. auch Section 303 „Proof of Ownership of Claims to Confiscated Property“.

6 Gemäss Section 4(11) umfasst der Begriff „person“ „any person or entity, including any agency or instrumentality of a foreign state“.

7 Titel III des Gesetzes trat am 1. August 1996 in Kraft, vgl. Section 306(a); Section 302(a)(1)(A) sieht eine dreimonatige Frist vor, so dass eine Haftbarkeit für die vom Gesetz verpönten Handlungsgeschäfte mit Kuba erst ab Anfang November 1996 entstand. Weiter ist zu beachten, dass nach Section 306(c)(1)(B) und Section 306(c)(2) der US-amerikanische Präsident das durch Titel III geschaffene *Klagerecht* unter bestimmten Voraussetzungen um jeweils sechs Monate hinauschieben kann. Am 16.7.1996 hat dies Bill Clinton zum ersten Mal getan und am 4.1.1997 mit Wirkung auf den 1.2.1997 wiederholt.

8 Das Gesetz spricht von „trafficking“, vgl. Section 302(a)(1)(A); der Begriff „trafficking“ wird für den Titel III des Gesetzes in Section 4(13) sehr weit definiert. Vgl. Section 4(13):

„(A) As used in title III, and except as provided in subparagraph (B), a person „trafficks“ in confiscated property if that person knowingly and intentionally -
(i) sells, transfers, distributes, dispenses, brokers, manages, or otherwise disposes of confiscated property, or purchases, leases, receives, possesses, obtains control of, manages, uses, or otherwise acquires or holds an interest in confiscated property,
(ii) engages in a commercial activity using or otherwise benefiting from confiscated property, or
(iii) causes, directs, participates in, or profits from, trafficking (as described in clause (i) or (ii)) by another person, or otherwise engages in trafficking (as described in clause (i) or (ii)) through another person,

(B) The term „trafficks“ does not include -

(i) the delivery of international telecommunications signals to Cuba;
(ii) the trading or holding of securities publicly traded or held, unless the trading is with or by a person determined by the Secretary of the Treasury to be a specially designated national;
(iii) transactions and uses of property incident to lawful travel to Cuba, to the extent that such transactions and uses of property are necessary to the conduct of such travel; or
(iv) transactions and uses of property by a person who is both a citizen of Cuba and a resident of Cuba, and who is not an official of the Cuban Government or the ruling political party in Cuba.”

9 Vgl. Section 302(a)(1)(A).

10 Vgl. zur Regelung im einzelnen Section 302(a)(3).

11 Vgl. zur Regelung im einzelnen Section 302(a)(1)(A)(ii).

12 Das Gesetz spricht in Section 302(a)(1)(A) nur aus Sicht des US-amerikanischen Klägers.

13 Vgl. Section 302(c) „Procedural Requirements“.

14 Iran and Libya Sanctions Act of 1996, Pub. L. No. 104-172 (1996), 50 U.S.C.S. §§ 1701 (Law. Co-op 1997); vgl. NZZ Nr. 171, v. 25.7.1996, 19, Neues Sanktionsgesetz der USA verabschiedet

darauf gerichtete *Abwehrgesetze* verabschiedet. Auf diese wird nachstehend im jeweiligen Zusammenhang einzugehen sein. Schon hier explizit genannt sei die Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des EU-Rates v. 22. November 1996 „zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Massnahmen“.¹⁵ Neben spezifischen Gegenmassnahmen statuiert Art. 5 Abs. 1 der VO ein generelles Verbot, wonach es in der Gemeinschaft ansässigen Personen untersagt ist, irgendwelchen Forderungen und Anordnungen nachzukommen, die auf der gegen Kuba, Iran und Libyen gerichteten US-Gesetzgebung beruhen.

Aufgrund der geschilderten Sach- und Rechtslage könnte es beispielsweise dazu kommen, dass ein europäisches Tabakunternehmen, das ausgewählte kubanische Zigarren nach Deutschland und in die Schweiz importiert, vom ehemaligen US-amerikanischen Eigentümer betroffener Kuba-Plantagen in den USA verklagt wird. Der Tabakhändler müsste damit rechnen, dass der Kläger unter dem Helms/Burton-Gesetz den gesamten Wert der Plantage(n) einklagen würde.¹⁶ – Aus privat- und wirtschaftskollisionsrechtlicher Sicht wären mit Bezug auf ein solches oder ähnliche Verfahren mehrere *Fragen* zu stellen und zu beantworten. Diesen ist in der Folge nachzugehen. Vor allem ist zu untersuchen, ob und welche verfahrens- sowie kollisionsrechtlichen Mittel dem virtuellen europäischen Tabakunternehmen zur Verfügung stünden, um sich gegen ein US-amerikanisches Verfahren zur Wehr zu setzen. Es geht also des näheren um eine Prüfung des als Ursache oder „Massnahme“ wirkenden Helms/Burton-Gesetzes im Verhältnis zu Abwehr- oder Gegenmassnahmen ausländischer Rechtsordnungen. Nicht unbeachtet bleiben darf dabei der Umstand, dass der umstrittene Erlass sich seinerseits als Reaktion auf eine andere staatliche Ursache versteht, nämlich das Wirken des Castro-Regimes in Kuba.

II. Rechtstatsächlicher Befund in bezug auf Gegenmassnahmen

1. Zweck der Analyse

Die kollisionsrechtliche Fruktifizierung des Begriffs „Gegenmassnahme“ ist nicht ohne weiteres indiziert. Es handelt sich dabei *nicht* um einen *terminus technicus* – wie etwa internationale Zuständigkeit, Ordre public, Renvoi, Sonderanknüpfung –, der im System des Internationalen Privatrechts ein Institut mit mehr oder weniger bestimmter Funktion bezeichnen würde.

– Vor Strafmassnahmen gegen Investoren in Libyen und Iran; NZZ Nr. 180, v. 6.8.1996, 19, Amerikanische Sanktionen gegen Iran und Libyen – Unterzeichnung eines umstrittenen Gesetzes durch Clinton; NZZ Nr. 184, v. 10.8.1996, 19, Kein Einlenken der USA im Sanktionsdisput – Nur vordergründige Flexibilität signalisiert.

¹⁵ Vgl. Anm. 3.

¹⁶ Es ist zu beachten, dass die Höhe der eingeklagten Summe in keinem bestimmten Verhältnis zur Höhe der missbilligten Transaktion stehen muss, vgl. *Lowenfeld* (s. Anm. 1) 426.

Hinzu kommt die rein schon sprachliche Komplizierung, wonach die *Gegenmassnahme* – als „Antithese“ – eine (Erst-)*Massnahme* – als „These“ – voraussetzen vorgibt. Entsprechend ist zu untersuchen, worin die Gegenmassnahme besteht bzw. bestehen kann und welche kollisionsrechtlich-instrumentale Bedeutung – wenn überhaupt – ihr innewohnt. Folgerichtig kann sich sodann eine *Mehrheit* von Massnahmen und Gegenmassnahmen einstellen (gleichsam eine Massnahmenkette), deren Abfolge und kollisionsrechtliche Handhabung ihrerseits zu hinterfragen sind.

Bevor in einem späteren Abschnitt näher auf den einstweilen offenen Begriff der Gegenmassnahme als solchen eingetreten werden soll, erscheint es angebracht, im Sinne eines *induktiven Vorgehens* Sachverhalte und Tatbestände aufzuzeigen, die dem weiten Komplex des hier interessierenden Phänomens angehören mögen. Eine solche Analyse will die relevanten Fragestellungen verdeutlichen und gleichzeitig Vorarbeit für die begriffliche Auseinandersetzung leisten. Sie abstrahiert dabei zunächst von den Vorgaben, wie sie durch das Völkerrecht im allgemeinen¹⁷ sowie den ILC-Entwurf¹⁸ im besonderen gesetzt werden.

2. Verweigerung der Zustellung *Ordre-public-widriger Klagen und darauf gestützter gerichtlicher Anordnungen*

Im folgenden seien zunächst Mittel und Wege *verfahrensrechtlicher Natur* erörtert, die im weiteren oder engeren Sinn als Gegenmassnahmen zu verstehen sind.

Erachtet ein Staat ein im Ausland anhängig gemachtes Verfahren *als mit seiner eigenen Rechtsordnung für unvereinbar*, so mag er sich bereits gegen die Einleitung dieses Verfahrens zur Wehr setzen. Zu denken ist etwa an Klagen, deren Rechtsbegehren auf Zusprache von Straf- oder Mehrfachs Schadenersatz gerichtet sind. Die Zulassung solcher Klagen im Ausland erscheint im Licht der hier interessierenden Thematik gleichsam als *exorbitante zivilprozessuale Massnahme*, welcher mit entsprechenden Gegenmassnahmen des Inlandes begegnet werden soll. Dazu gehört einmal die Verweigerung der *Zustellung* verfahrenseinleitender Anordnungen des Auslandes durch inländische Behörden. Solche Verweigerung intendiert den Schutz inländischer Beklagter – wobei einstweilen offen bleiben mag, wie effektiv oder kontraproduktiv eine bezügliche Abwehrhaltung des Inlandes für betroffene Privatpersonen ist.¹⁹

17 Vgl. zum völkerrechtlichen Begriff der Gegenmassnahme die Zusammenfassung bei C. Linsi, *Gegenmassnahmen in der Form des Embargos zur Durchsetzung elementarer Völkerrechtsverpflichtungen in der schweizerischen Aussenpolitik*, Basel/Frankfurt a.M. 1994, 12-20.

18 Entwurf „State Responsibility“ der International Law Commission von 1996.

19 So ist insbesondere zu bedenken, dass trotz inländischer Zustellungsverweigerung das ausländische Verfahren dort seinen Fortgang nehmen kann. So auch das deutsche BVerfG in seinem Beschluss v. 7.12.1994: „Es kommt hinzu, dass auch bei einer Verweigerung der Zustellung eine Verbesserung der Rechtsstellung des deutschen Beklagten nicht gewährleistet wäre“, BVerfG 91, 355 ff., 357 = IPRax 16 (1996) 112 ff., 114 mit Anm. C. Tomuschat 83 ff. = EuZW 1995, 218 ff., 220 mit Anm. H. Kronke 221 f. = JZ 14 (1995) 716 ff., 718 mit Anm. A. Stadler 718 ff.; vgl. auch etwa H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. Aufl., München 1996, Rz. 607; P.F. Schlosser, *EuGVÜ – Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit*

Normative Grundlage für das soeben aufgezeigte Vorgehen bildet im Staatsvertragsrecht in erster Linie *Artikel 13 Absatz 1 des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (HZÜ)*.²⁰ Danach darf ein von der Konvention erfasstes Zustellungsersuchen eines ausländischen Vertragsstaates nur zurückgewiesen werden, „wenn der ersuchte Staat [es] für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden.“ Die weit gefasste Generalklausel eröffnet einen relativ grossen Ermessensspielraum, der in der Praxis auch zu entsprechenden Unsicherheiten und Unwägbarkeiten führen kann. Dies zeigt etwa die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung mit Bezug auf Zustellungsersuchen US-amerikanischer Gerichte, die auf „punitive damages“ abzielende Klagen zum Gegenstand haben.²¹ Nach ihrer anfänglichen Verweigerung der Zustellung von Ladungen gestützt auf Art. 13 des Haager Übereinkommens sind deutsche Behörden durch das Bundesverfassungsgericht nunmehr allgemein verpflichtet worden, solchen Ersuchen grundsätzlich nachzukommen.²² Wie ein neuerer Entscheid des OLG Düsseldorf (v. 10. Januar 1996) veranschaulicht, bleibt der Vorbehalt von Art. 13 HZÜ aber auch in Zukunft von Bedeutung. Gemäss diesem oberlandesgerichtlichen Beschluss ist die Zustellung der Anordnung eines englischen Gerichts, welche Beteiligten eines vor einem deutschen Gericht anhängigen Prozesses verbietet, diesen fortzuführen, geeignet, die *Hoheitsrechte der Bundesrepublik zu gefährden*; folgerichtig muss die Zustellung von der Zentralen Behörde abgelehnt werden.²³

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass die Anrufung der in Art. 13 Abs. 1 HZÜ niedergelegten sowie ähnlicher Vorbehaltsklauseln ihrerseits *weiterführende Reaktionen* des Auslandes zu provozieren vermag. Bekannt ist die Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte, welche der zustellungskritischen Haltung europäischer Instanzen mit kreativ-eigensinniger Auslegung des Haager Übereinkommens begegnet ist. So hat etwa im Gefolge der höchstrichterlichen *Schlunk*-Entscheidung²⁴ das autonome amerikanische Recht darüber zu befinden,

Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme, München 1996, Art. 13 HZÜ N 5; R. Stürner, Anm. zum Beschluss v. 10.1.1996 des OLG Düsseldorf, ZJP 109 (1996) 224 ff., 232. Vgl. aber auch die kritische Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG v. 7.12.1994 durch P. Heidenberger, Zustellung amerikanischer Punitive-damages-Klagen weiterhin ein Problem, RIW 41 (1995) 705-708.

20 AS 1994, 1314-1327; SR 0.274.131; vgl. jedoch auch das Europäische Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, abgedruckt in: IPRax 17 (1997) 459-463 m. Aufsatz von J. Meyer, 401 - 404.

21 Vgl. zu diesem Thema die umfassende Monographie von H. Merkt, Abwehr der Zustellung von „punitive damages“-Klagen – Das Haager Zustellungsübereinkommen und US-amerikanische Klagen auf „punitive damages“, „treble damages“ und „RICO treble damages“, Heidelberg 1995.

22 Vgl. Anm. 19 m.w.H.

23 OLG Düsseldorf (s. Anm. 19) 221 ff.; a.A. als das OLG Düsseldorf Stürner (s. Anm. 19) 232 f.; Schlosser (s. Anm. 19) Art. 13 HZÜ N 2; wohl auch P. Mankowski, Anm. zum Beschluss v. 10.1.1996 des OLG Düsseldorf, EWIR 1996, 321 f., 322.

24 *Volkswagenwerk AG v. Schlunk*, 486 U.S. 694 (1988); auch abgedruckt in I.L.M. 27 (1988) 1093-1104.

ob eine Zustellung im Ausland erfolgen muss und die HZÜ damit überhaupt zur Anwendung gelangt.²⁵ Diese in der Lehre zum Teil kritisierte Auffassung²⁶ fördert tendenziell eine Zustellung nach autonomem amerikanischen Recht, welches für europäische Beklagte gegenüber den staatsvertraglichen Regeln eher von Nachteil ist. Entscheidend ist dabei das hier relevante Ergebnis, wonach eine ausländische Zustellungsverweigerung durch „funktionale Handhabung“ inländischen Verfahrensrechts konterkariert werden kann. Dass man diesbezüglich im übrigen nicht erst auf das US-amerikanische Recht verweisen muss, belegen zustellungssubstituierende bzw. -verfeinernde Instrumente europäischer Rechte. So bedeutet die Verpflichtung, in einem grenzüberschreitend relevanten Verfahren einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen,²⁷ nichts anderes, als einem möglichen Zustellungskonflikt gleich von Anfang an zu begegnen. Mit guten Gründen kann allerdings gefragt werden, ob sich gegenüber solchen Regelungen nicht Grenzen aus der Zielsetzung des HZÜ ergeben.²⁸

3. Antisuit Injunctions

a. Einleitende Bemerkung

Qualifizierter Ausdruck der inländischen Abwehrhaltung gegenüber ausländischen Verfahren sind Verbote und diesen gleichkommende Anordnungen, mit denen nachgerade in im Ausland rechtshängige (oder erst angestrebte) Prozesse eingegriffen wird. Das bezügliche Instrumentarium ist erstaunlich vielfältig und in praxi stets von neuem erprobt. An erster Stelle ist dabei das im anglo-amerikanischen Rechtsbereich entwickelte Institut der „antisuit injunction“ zu erwähnen.²⁹

25 Vgl. *Volkswagenwerk AG v. Schlunk*, 486 U.S. 701 (1988).

26 Vgl. etwa P. Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 49-52; vgl. auch die *amicus curiae* Stellungnahme der deutschen Bundesregierung im *Schlunk*-Verfahren, RIW 34 (1988) 90; a.A. etwa H. Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1995, 38; ders. (s. Anm. 19) Rz. 612.

27 Vgl. etwa Volken (s. Anm. 26) 34 f.; Schack (s. Anm. 19) Rz. 599.

28 Vgl. etwa Volken (s. Anm. 26) 51; G.B. Born, International Civil Litigation in the United States Courts – Commentary & Materials, 3. Aufl., Den Haag/Boston/London 1996, 832 Ziff. 4, 5.

29 Zur „antisuit injunction“ vgl. für England etwa: P.M. North/J.J. Fawcett, Chesire and North's Private International Law, 12. Aufl., London/Dublin/Edinburgh 1992, 241-251; L.A. Collins/T.C. Hartley/J.D. McClean/C.G.J. Morse, Dicey and Morris on The Conflicts of Laws, 12. Aufl., London 1993 [mit viertem Ergänzungsband zur zwölften Auflage, 1997], 408-411; L.J. Smith, Antisuit Injunctions, Forum non Conveniens und International Comity, RIW 39 (1993) 802 ff.; für die USA vgl. unten Ziff. 3 lit. c, ferner etwa: Born (s. Anm. 28) 475 ff.; A.F. Lowenfeld, Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation, Am.J.Int.L. 91 (1997) 314-324; G.A. Bermann, The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation, Col.J.Transnat.L. 28 (1990) 589-631; T.C. Hartley, Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation, Am.J.Comp.L. 35 (1987) 487-511; Smith (Anm. 29) 802 ff.; für Kanada vgl. den neueren Entscheid des kanadischen Supreme Court, der sich im wesentlichen der englischen Entscheidung des Privy Council in *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak* (vgl. Anm. 33) anschliesst: *Amchem Products Inc. v. Workers' Compensation Board*, (1993) 102 D.L.R. (4th) 96 (Sup.Ct.Can.); E.R. Edinger, Conflict of Laws – Discretionary Principles – Forum Non Conveniens – Anti-suit Injunctions: *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers Compensation Board)*, Can.B.Rev. 72 (1993) 366-379; M. Baer/J. Blom/E. Edinger/N. Rafferty/G. Saumier/C. Walsh, Private Interna-

b. Rechtslage im Vereinigten Königreich

Die *antisuit injunction* findet ihre geschichtliche Grundlage in der englischen *equity*-Rechtsprechung des 17. Jahrhunderts.³⁰ Sie diene den *equity*-Gerichten zunächst dazu, Parteien die Durchführung eines Prozesses vor einem *common-law*-Gericht zu untersagen. Später wurde der Anwendungsbereich des Instrumentariums der „*antisuit injunctions*“ auf die *Untersagung ausländischer Prozessverfahren* erstreckt.³¹

Erste allgemeine *Voraussetzung* für eine „*antisuit injunction*“ ist die internationale Zuständigkeit des Inlandes über die Person, welche Adressatin der Verfügung ist (in *personam jurisdiction*).³² Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich die *antisuit injunctions* nicht in erster Linie gegen die ausländische Justizhoheit, sondern gegen individuelle Parteien richten. Dennoch waren sich englische Gerichte stets bewusst, dass *antisuit injunctions* zumindest mittelbar eine Einmischung in die Gerichtstätigkeit fremder Staaten bedeuten.³³ Deshalb wurde der zusätzliche Grundsatz aufgestellt, wonach das den Gerichten insoweit eingeräumte Ermessen mit Vorsicht und Zurückhaltung auszuüben sei.

Was die Prüfung der sachlichen Voraussetzungen im einzelnen betrifft, pflegt die englische Rechtsprechung zwischen *drei* verschiedenen Fallkonstellationen zu unterscheiden:³⁴

tional Law in Common Law Canada – Cases, Text, and Materials, Toronto 1997, 258 ff.; für Australien vgl. den neueren, ausführlichen Entscheid eines Federal Court, *Allstate Life Insurance Co v. Australia & New Zealand Banking Group Ltd*, (1997) 142 A.L.R. 412; für Deutschland vgl. etwa: J. Kurth, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Berlin 1989 [auch zu der Rechtslage in England und den USA]; H. Baum, *Inländische Abwehrklagen gegen US-amerikanische Produkthaftungsklagen?*, in: A. Heldrich/T. Kono (Hrsg.), *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen 1994, 185-207.

30 Vgl. Kurth (s. Anm. 29) 13 f. m.w.H.

31 Vgl. Kurth (s. Anm. 29) 14 m.w.H.

32 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 241 f.; *Dicey/Morris* (s. Anm. 29) 408.

33 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 242 oben; *Dicey/Morris* (s. Anm. 29) 408; *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, 892, [1987] 3 All E.R. 510 per Lord Goff (P.C.); *South Carolina Insurance Co v. Assurantie N.V.*, [1987] A.C. 24, 40, [1986] 3 All E.R. 487 per Lord Brandon (H.L.); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 58, 95, [1984] 3 All E.R. 39 per Lord Scarman (H.L.); *Castanho v. Brown and Root (UK) Ltd.*, [1981] A.C. 557, [1981] 1 All E.R. 143 per Lord Scarman (H.L.).

34 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 242 ff.; *South Carolina Insurance Co v. Assurantie N.V.* (s. Anm. 33) 40 per Lord Brandon; nach der Entscheidung des Privy Council in *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, 892 per Lord Goff ist eine solche Kategorisierung allerdings nicht zwingend: „[The decided cases] show, moreover, judges seeking to apply the fundamental principles in certain categories of cases, while at the same time never asserting that the jurisdiction is to be confined to those categories“. Vor allem die Beiträge von A. Briggs lassen jedoch erkennen, dass das Verhältnis der verschiedenen Fallkategorien zueinander sowie das Recht der *antisuit injunctions* überhaupt noch nicht wirklich klar herausgearbeitet sind; vgl. A. Briggs, *Case and Comment - Restraint of Foreign Proceedings – SNIAS v. Lee*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1987, 391-399; *ders.*, *The Unrestrained Reach of an Anti-suit injunction: a Pause for Thought*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1997, 90-102.

1. Fälle, in denen für den betreffenden Streitgegenstand zwei oder mehrere (konkurrierende) Gerichtsstände zur Verfügung stehen;
2. Anspruch eines inländischen Klägers, nicht im Ausland verklagt zu werden;
3. Fälle, in denen eine Prozessführung im Ausland als rechtsmissbräuchlich erscheint.

In Fällen der *ersten Kategorie*, in denen einem ausländischen Kläger für den betreffenden Streitgegenstand zwei oder mehrere Gerichtsstände zur Verfügung stehen, geht es für ein englisches Gericht um die prinzipielle Frage, ob ein Zivilprozess im In- oder im Ausland stattfinden soll³⁵. Zunächst haben englische Gerichte eine *antisuit injunction* schon dann ausgesprochen, wenn das Vereinigte Königreich als der *adäquate Ort* für die Prozessdurchführung erschien. In bezug auf die Festlegung des „richtigen“ Ortes der Prozessführung wurden dabei die gleichen Kriterien wie im Rahmen der *Forum-non-conveniens-Doktrin* angewandt.³⁶ Nach daran geübter Kritik³⁷ erfolgte eine restriktivere Formulierung der Erfordernisse für eine *antisuit injunction*, namentlich unter Federführung des *Privy Council*.³⁸ Danach müssen nunmehr zwei spezifische Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine Verfahrensdurchführung im Ausland untersagt werden kann. Zum einen muss der englische Gerichtsstand für den konkreten Rechtsstreit als das natürliche Forum angesehen werden können. Darüber hinaus hat die ausländische Prozessführung als rechtsmissbräuchlich oder zumindest für die Gegenpartei als unzumutbar zu erscheinen („vexatious or oppressive“).³⁹ In die letztere Voraussetzung fließen allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen ein, wobei es schwerpunktmässig auf eine Abwägung der sich für die Parteien ergebenden Folgen der Entscheidung ankommt.⁴⁰

Zur *zweiten Kategorie* von „*antisuit injunctions*“ gehören Fälle, in denen dem inländischen Kläger ein rechtlicher Anspruch zusteht, nicht im Ausland verklagt zu werden.⁴¹ Hierbei geht es vor allem um Konstellationen, bei denen eine im Ausland erhobene bzw. zu erhebende Klage einer Schiedsvereinbarung mit englischem Schiedsort oder einer ausschliesslichen Gerichtsstandsklausel auf ein englisches Forum widerspricht.⁴²

35 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 243.

36 *Castanho v. Brown and Root (UK) Ltd.*, [1981] A.C. 557, 574; vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 243 f.; *Dicey/Morris* (s. Anm. 29) 409.

37 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 244 Anm. 17 m.w.H.; unter den sich durch *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 verändernden *Forum-non-conveniens-Grundsätzen* erschien eine solche Parallele besonders stossend.

38 *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, 895 f.

39 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 244; *Dicey/Morris* (s. Anm. 29) 410; *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, 896.

40 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 244 unten; *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, 896.

41 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 247 f.

42 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 247 f.; bezüglich Schiedsvereinbarung vgl. *Pena Copper Mines Ltd. v. Rio Tinto Co Ltd.*, (1911) 105 L.T. 846; *Mike Trading and Transport Ltd. v. R. Pagnan and Fratelli (The Lisboa)*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, 549, 551 (C.A.); *Tracom SA v. Sudan*

Die *dritte* Kategorie umfasst Fälle, in denen dem Kläger für die Verfolgung seiner Ansprüche nicht mehrere Gerichtsstände offenstehen, sondern lediglich ein einziges – ausländisches – Forum. Hier ist die englische Rechtsprechung tendenziell noch restriktiver, und eine *antisuit injunction* wird nur dann ausgesprochen, wenn die Rechtsverfolgung im Ausland geradezu als verpönt und verwerflich erscheint.⁴³ Einschlägig sind diesbezüglich Entscheidungen des House of Lords und des Court of Appeal im Fall *Laker Airways*. Das House of Lords – in Abweichung vom Court of Appeal – gewährte den britischen Fluggesellschaften in casu keine *antisuit injunction* gegenüber dem von Laker Airways in den USA gegen sie angestregten Kartellrechtsverfahren, da Laker seine auf US-amerikanisches Kartellrecht gestützten Ansprüche nur in den USA geltend machen konnte und die auswärtige Prozessführung für die britischen Fluggesellschaften aufgrund von deren transatlantischer Geschäftstätigkeit nicht als unbillig erschien.⁴⁴ Den involvierten englischen Banken hingegen wurde eine *antisuit injunction* gegen den Einbezug in die amerikanischen Verfahren gewährt.⁴⁵

Seit dem Beitritt zum *Brüsseler* und zum *Lugano-Übereinkommen* stellt sich für das Vereinigte Königreich die wichtige und brisante Frage, ob und wieweit es in seiner Praxis zu den *antisuit injunctions* durch die Europa-Konventionen eingeschränkt wird. Mit dieser Frage hatte sich der englische Court of Appeal in jüngerer Zeit wiederholt zu beschäftigen.⁴⁶ Als Beispiel mag hier der Fall *Continental Bank v. Aeokos*⁴⁷ angeführt werden. Continental Bank, ein US-amerikanisches Finanzinstitut, hatte einer Gruppe von griechischen Reedern ein Darlehen gewährt. Der Darlehensvertrag enthielt eine Gerichtsstandsklausel, wonach jede

Oil Seeds Co Ltd. (Nos 1 and 2), [1983] 3 All. E.R. 137 (C.A.); *Canadian Home Assurance Co v. Cooper*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 419; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan S.p.A (The Angelic Grace)*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87 per Leggatt, Millett, Neill, L.J.J. (C.A.); *Toepfer International G.m.b.H. v. Molino Boschi SRL*, [1996] 1 Lloyd's Rep. 510 per Mance J. (Com.Ct.); *Toepfer International G.m.b.H. v. Société Cargill France*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 98 per Coleman J. (Com. Ct.); *M.J. Mustill/S.C. Boyd*, Commercial Arbitration, 2. Aufl., London/Edinburgh 1989, 460; bezüglich Gerichtsstandsvereinbarung vgl. *Ellerman Lines Ltd. v. Read*, [1928] 2 K.B. 144; *Mike Trading and Transport Ltd. v. R. Pagnan and Fratelli (The Lisboa)*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546 (C.A.); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 58, 81 (H.L.); *E.D. & F. Man (Sugar) Ltd. v. Haryanto (No. 2)*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 (C.A.); *Continental Bank N.A. v. Aeohos Compania Naviera S.A.*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 550 per Steyn L.J. (C.A.); *A/S D/S Svendborg v. Wansa*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 183 per Staughton, Waite, Aldous, L. J.J. (C.A.).

43 Vgl. *North/Fawcett* (s. Anm. 29) 248 ff.; *Dicey/Morris* (s. Anm. 29) 411; *Midland Bank PLC v. Laker Airways Ltd.*, [1986] Q.B. 689, 701, 711 f.; worin der Unterschied zum „vexatious or oppressive“-Test besteht, ist jedoch nicht wirklich klar, vgl. *Briggs* (s. Anm. 34) 395 f.

44 *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 58, 81 per Lord Diplock, 95 per Lord Scarman (H.L.).

45 *Midland Bank PLC v. Laker Airways Ltd.*, [1986] Q.B. 689, 701, 711 f.

46 Vgl. *W. Hau*, Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozessführungsverboten im EuGVÜ: Neuere Rechtsprechung des Court of Appeal zu obligation-based antisuit injunctions, IPRax 16 (1996) 44-48; vgl. auch die in Anm. 42 erwähnten neueren Entscheidungen der englischen Gerichte, sowie *N. Hamblen/S. Masters*, Injunctions to Restrain Proceedings Brought in Breach of English Jurisdiction/Arbitration Clauses, International Journal of Shipping Law 1996, 247-250.

47 *Continental Bank NA v. Aeokos Cia Naviera SA and others*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505, [1994] 2 All E.R. 540 (C.A.).

Darlehensnehmerin „irrevocably submits to the jurisdiction of the English courts“. Auch war im Vertrag eine Rechtswahl auf englisches Recht getroffen worden. Trotz dieser Vereinbarungen erhoben die Reeder in Athen gegen die Bank eine Schadenersatzklage.⁴⁸ Continental Bank beantragte ihrerseits eine *antisuit injunction* gegen die mögliche Fortführung des griechischen Verfahrens; diese wurde vom High Court gewährt und durch den Court of Appeal bestätigt.⁴⁹

Im Verfahren vor den englischen Gerichten machten die griechischen Kläger u.a. geltend, Art. 21 und 22 EuGVÜ stünden einer Entscheidung durch englische Gerichte entgegen. Der Court of Appeal nahm dazu nicht direkt Stellung, betonte indessen den Vorrang von Art. 17 EuGVÜ.⁵⁰ Im übrigen untersagte die Konvention Abwehrklagen nicht, so dass den britischen Gerichten insoweit das durch das autonome Recht gewährte Ermessen verbleibe.⁵¹

Der Entscheid des Court of Appeal ist im Schrifttum heftig *kritisiert* worden.⁵² Aus der Sicht des Staatsvertrages muss der Hinweis, Art. 17 gehe den Art. 21 und 22 EuGVÜ vor, zumal unter dem Gesichtspunkt der Überprüfungscompetenz des „Zweit“staates als problematisch bezeichnet werden. Nach der Anerkennungsregelung des EuGVÜ darf – von wenigen Ausnahmen abgesehen (zu denen aber eine Verletzung von Art. 17 durch das Erstgericht nicht gehört) – das Zweitgericht die Zuständigkeit des Erstgerichts nicht überprüfen. Dieses Verbot muss wohl im Zusammenhang mit *antisuit injunctions* zum Zuge kommen. Darüber hinaus bestehen gegenüber dem Erlass einer *antisuit injunction* im Anwendungsbereich des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens *grundsätzliche Bedenken*. Denn durch die Staatsverträge soll ja auf dem Boden gegenseitigen Respekts eine europaweit koordinierte Zuständigkeitsordnung geschaffen werden, die höchstens noch in krassen Ausnahmefällen Raum für einseitige Gegenmassnahmen schaffen dürfte.⁵³ Es erscheint mehr als zweifelhaft – wenn auch im übrigen der Diskussion offen –, ob die griechische Zuständigkeitsbeanspruchung in casu im Licht des Übereinkommens betrachtet eine solche Ausnahmesituation darstelle.

48 [1994] 2 All E.R. 540, 543.

49 [1994] 2 All E.R. 540, 551 f.

50 [1994] 2 All E.R. 540, 549.

51 [1994] 2 All E.R. 540, 550 f.

52 Vgl. *Hau* (s. Anm. 46) 46 f.; *A. Briggs*, Anti-European Teeth For Choice Of Court Clauses – *Continental Bank v. Aeokos*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (1994) 158-163; *A.S. Bell*, Anti-Suit Injunctions and the Brussels Convention, *L.Q.R.* 110 (1994) 204-209; *P. Rogerson*, English Interference in Greek Affairs, *C.L.J.* 1994, 241-244; *E. Jayme/C. Kohler*, *IPRax* 14 (1994) 405 ff., 412.

53 So meint zu Recht *Rogerson* (s. Anm. 52) 243: „The concerns of comity which weighed so heavily with Lord Goff in *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871 should be all the more important when considering our EC partners“. Vgl. auch *Lowenfeld* (s. Anm. 29) 318, der transnationale *antisuit injunctions* generell, d.h. auch ausserhalb der Brüsseler und der Lugano-Konvention, auf Betrugsfälle beschränken will. Aufgrund einer solchen Ausnahmesituation sieht er etwa die englische *antisuit injunction* in *Svendborg v. Wansa*, [1996] 2 *Lloyd's Rep.* 559 (Q.B.) als berechtigt an, *Lowenfeld* (s. Anm. 29) 318 Anm. 17.

c. Rechtslage in den USA

Das US-amerikanische Recht der transnationalen *antisuit injunction* wird in erster Linie von der Praxis der Bundesgerichte geprägt. Dabei sind sich die verschiedenen Gerichtsbezirke einig, dass solche Anordnungen dem Grundsatz nach nur restriktiv auszusprechen sind.⁵⁴ Das Mass der Zurückhaltung wird von ihnen jedoch unterschiedlich definiert.⁵⁵ In der einen Gruppe von Circuits werden gestützt vor allem auf Überlegungen der *international comity* transnationale *antisuit injunctions* nur in den seltensten Fällen gewährt.⁵⁶ Für die andere Gruppe genügt grundsätzlich die Identität der Parteien und der Streitgegenstände.⁵⁷ An die zusätzliche Voraussetzung einer schikanösen Prozessführung im Ausland werden relativ geringe Anforderungen gestellt.⁵⁸

d. Problematik der „antisuit injunctions“ im hier interessierenden Zusammenhang

Die Untersagung eines Zivilprozesses im Ausland erscheint in mancher Hinsicht als problematisch. Zunächst fehlt dem „Auslöser“ der ausländischen Zuständigkeitsbeanspruchung weitgehend der Offensivcharakter, wie ihn Erst-Ursachen im Verhältnis zu „Gegenmassnahmen“ häufig charakterisieren. Das im Ausland aktuell oder potentiell zur Verfügung stehende alternative Forum, beispielsweise am Erfolgs- oder am Deliktort, ist in der Regel generell-abstrakt gegeben und nicht gegen einen bestimmten Staat gerichtet. Dabei mag einstweilen allerdings noch *offen* bleiben, ob Gegenmassnahmen definitionsgemäss eine Erst-Offensive voraussetzen. Gerade *antisuit injunctions* stellen Massnahmen der hier interessierenden Art dar, ohne dass die ausländische Regelung als staatsunfreundlicher Akt in Erscheinung treten muss.

54 Vgl. *Born* (s. Anm. 29) 476 oben.

55 Vgl. *Born* (s. Anm. 29) 476 f.

56 Vgl. *Born* (s. Anm. 29) 476; für den District of Columbia vgl. *Laker Airways v. Sabena*, 731 F.2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984); *Sea Containers Ltd. v. Stena AB*, 890 F.2d 1205, 1214 (D.C. Cir. 1989), bestätigt in *National Treasury Employees Union v. United States Dep't of Treasury*, 927 F.2d 1253 (D.C. Cir. 1991); *CityFed Fin. v. Office of Thrift Supervision*, 58 F.3d 738 (D.C. Cir. 1995); für den zweiten Circuit vgl. *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987), bestätigt in *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 950 F. Supp. 48 (E.D.N.Y. 1996); für den sechsten Circuit vgl. *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992), bestätigt in *Berkshire Furniture Co. v. Glatstein*, 921 F. Supp. 1559 (W.D. Ky. 1995); *Shell v. R.W. Sturge Ltd.*, 850 F. Supp. 620 (S.D. Ohio 1993); vgl. jedoch auch die etwas andere Position des elften Circuits in *Mutual Service Casualty Ins. Co. v. Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919 (M.D. Ala. 1992).

57 Vgl. für den fünften Circuit *In re Unterweser Reederei GmbH*, 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970) *aff'd en banc*, 446 F.2d 907 (5th Cir. 1971), *rev'd on other grounds*, *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), mit einer „dissenting opinion“ in *Kaepa Inc. v. Achilles Corp.*, 76 F.3d 624 (5th Cir. Tex. 1996); für den siebten Circuit vgl. *Allendale Mutual Ins. Co. v. Bull Data Systems, Inc.*, 10 F.3d 425 (7th Cir. 1993), bestätigt in *In re Air Crash Disaster Near Rose-lawn*, 96 F.3d 932 (7th Cir. Ill. 1996); vgl. für den neunten Circuit *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v. National Hockey League*, 652 F.2d 852 (9th Cir. 1981); bestätigt in *Sun World Inc. v. Lizarazu-Olivarria*, 804 F. Supp. 1264 (E.J. Cal. 1992); vgl. für den achten Circuit *Cargill, Inc. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982).

58 Vgl. *Born* (s. Anm. 29) 477, 486.

Im weiteren sind Prozessuntersagungen geeignet, ausländische Staaten ihrerseits zu Reaktionen anzuhalten – bis hin zu eigentlichen *anti-antisuit injunctions*. Kein Fall in der jüngeren Prozessgeschichte könnte dies anschaulicher dokumentieren als das transatlantische Verwirrspiel in den Auseinandersetzungen um *Laker Airways*.⁵⁹

4. Geheimhaltungsbefehle gegen ausländische Offenlegungspflichten

Besonders im Rahmen US-amerikanischer *pretrial-discovery*- und sonstiger Beweisverfahren kann es zu *Auskunftsbegehren* mit extraterritorialer Zielrichtung kommen, die traditionell Abwehrmassnahmen des Auslandes provozieren und damit zum „Kernarsenal“ der Massnahmenproblematik gehören.

Exemplifiziert sei die Thematik anhand eines Falles, der als *leading case* noch heute das Argumentarium der US-amerikanischen Gerichtspraxis beeinflusst. Die Schweizer Gesellschaft *Société Internationale*, einst als IG Chemie firmierend und auch *Interhandel* genannt, verklagte kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs die USA vor dem Bundesbezirksgericht für den District of Columbia.⁶⁰ *Interhandel* verlangte die Rückgabe der Aktien der General Aniline and Film (G.A.F.) im Wert von ca. 100 Mio. US-Dollars. Diese Aktien hatte die amerikanische Regierung während des Krieges als feindliches Vermögen beschlagnahmt.⁶¹ Nach Beginn des Rechtsstreits verlangte die beklagte US-Regierung gestützt auf Rule 34 der Federal Rules of Civil Procedure, dass ihr *Interhandel* eine grössere Anzahl von Dokumenten der Basler Privatbank *Sturzenegger & Cie* zur Einsicht vorlege. Es wurde behauptet, die betreffenden Dokumente stünden unter der Kontrolle von *Interhandel* und würden Aufschluss über die umstrittenen, wahren Eigentumsverhältnisse betreffend die G.A.F. geben. Der District Court⁶² gab dem Vorlagebegehren statt – ungeachtet der Behauptung von *Interhandel*, es sei ihr verboten, der Verfügung Folge zu leisten, da sie sich bei Herausgabe der verlangten Dokumente nach Art. 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches sowie Art. 47 des Schweizer Bankgesetzes strafbar machte. Dieses Vorbringen wurde durch den Umstand bekräftigt, dass die Schweizer Regierung sich einschaltete und die fraglichen Dokumente *beschlagnahmte*. Ein solches Abwehrverfahren schweizerischerseits wiederholte sich *mutatis mutandis* im dramatischen Fall von *Marc Rich* während der frühen acht-

59 D. Lange, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa dargestellt am Beispiel des Falles „Laker“, in: W. Habscheid (Hrsg.), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, Bielefeld 1986, 65 ff., 71 ff.

60 Vgl. *Société Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958).

61 Die Begründung war, dass *Interhandel* nur als *alter ego* der deutschen IG Farben fungierte, mit dem hauptsächlichlichen Zweck, auf neutralem Schweizer Boden deren Vermögen zu sichern. Der *Interhandel-Fall* bleibt bis heute aktuell und kontrovers, vgl. NZZ Nr. 44, v. 22./23.2.1997, 27: Schatten des zweiten Weltkrieges, Verwirrene Geschichte einer Fusion – Wie die SBG mit der *Interhandel* zur Grossbank wurde.

62 Vgl. *Société Internationale v. McGranery*, 111 F. Supp. 435 (D.D.C. 1953).

ziger Jahre.⁶³ In Interhandel verlangten die USA danach Abweisung der Klage, und zwar als – nach amerikanischem Recht mögliche – Sanktion gegen die Nichterfüllung einer Vorlageanordnung.⁶⁴ Der District Court gab dem Antrag statt und wies die Klage ab; der zuständige Court of Appeals schützte die Entscheidung.⁶⁵ Demgegenüber hob der US Supreme Court den Entscheid auf, indem er argumentierte, eine Abweisung der Klage sei unzulässig, wenn das Nichtbefolgen der Vorlageanordnung durch die klagende Partei nicht auf Vorsatz, Bösgläubigkeit oder eigenverschuldeten Fehlern beruhe.⁶⁶

Die Auseinandersetzungen um US-amerikanische Offenlegungspflichten und Geheimhaltungsvorschriften der Schweiz sowie anderer Staaten sind bis heute nicht zum Erliegen gekommen. Differenzierten Entscheidungswortlauten – in denen mitunter auch regierungsamtliche *amicus curiae briefs* Gehör finden⁶⁷ – stehen kompromisslose richterliche Erwägungen gegenüber, mit denen ausländische Bestimmungen des Geheimnisschutzes mehr oder weniger direkt als gegen die USA gerichtete Abwehrmassnahmen qualifiziert und abgetan werden. Von solchen kann aber nur im weiteren Sinn gesprochen werden, dann nämlich, wenn sich vorbestehende generell-abstrakte Schutznormen – wie Art. 271 oder 273 des schweizerischen StGB – im Einzelfall aktualisieren. Genuine Massnahmen stellen jedoch konkrete und strafbewehrte *Herausgabe- und Aussageverbote* dar, die eine Regierung oder eine Verwaltungsstelle gestützt entweder auf eine allgemeine Kompetenznorm oder ein ganz spezifisches „blocking statute“ fallbezogen erlässt. Prominentes Beispiel hierfür bildet Sec. 2 des britischen Protection of Trading Interests Act.⁶⁸ Diese Vorschrift gibt dem Secretary of State unter bestimmten Voraussetzungen die Kompetenz, Personen mit Sitz oder Aufenthalt in Grossbritannien zu untersagen, einem Herausgabebefehl ausländischer Gerichte oder Behörden Folge zu leisten.⁶⁹ Just dieser Art waren auch die Anordnungen

63 *Marc Rich u. Co v. United States*, 707 F.2d 668 (2d Cir. 1983).

64 Vgl. Federal Rules of Civil Procedure, Section 37 (b)(2)(C).

65 Vgl. *Société Internationale v. Brownell*, 243 F.2d 254 (D.C. Cir. 1957).

66 *Société Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197, 210 ff. (1958); in den folgenden gerichtlichen Verfahren blieb *Interhandel* erfolglos, erhielt 1963 jedoch in einem etwas mysteriösen Vergleich 122 Mio. \$ von der US-Regierung, vgl. NZZ (s. Anm. 61) 27.

67 Zur Institution des *amicus curiae* vgl. etwa *U. Bosch*, Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht, IPRax 4 (1984) 127 ff., 134; *S. Krislov*, The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy, Yale L.J. 72 (1963) 694-721.

68 1980 Chapter 11; zu den Abwehrgesetzen vgl. unten, Ziff. 8. Zum britischen Gesetz vgl. etwa *A. V. Lowe*, Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980, Am.J.Int.L. 75 (1981) 257-282; *J. Brinkhaus*, Das Britische Abwehrgesetz von 1980, Frankfurt a.M. 1989; zu den Abwehrgesetzen generell vgl. etwa die Zusammenfassung bei *W. Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Berlin u.a. 1994, 267-280.

69 Noch weiter geht das als Reaktion auf das US-amerikanische Helms/Burton-Gesetz (vgl. dazu Anm. 1) erlassene mexikanische Abwehrgesetz: „Act to Protect Trade and Investment from Foreign Norms that Contravene International Law“, abgedruckt in I.L.M. 36 (1997) 133-154, in Kraft getreten am 24. November 1994. Das Gesetz verbietet in seinem Art. 2 *selbst* – also nicht bloss in Form einer entsprechenden Ermächtigung an eine dritte Person –, „to provide any [kind of] information, through any means, when requested by foreign courts or authorities“, falls solche Auskunftsverlangen auf einem in Art. 1 definierten extraterritorialen Gesetz beruhen. Eine ähnliche Bestimmung enthält die oben erwähnte (vgl. Anm. 3), auch als Reaktion auf das

der Schweizer Regierung auf dem Höhepunkt der seinerzeitigen Auseinandersetzungen um *Marc Rich* und dessen Unternehmungen.⁷⁰ Als Reaktion auf eine erzwungene Vergleichsvereinbarung von Rich mit den US-Gerichten verbot das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement der Rich AG, Firmendokumente im Original oder in Kopie an US-Amtsstellen auszuhändigen.⁷¹ In der Folge wurden überdies die streitigen Dokumente von den Bundesbehörden beschlagnahmt.⁷²

5. Verweigerung internationaler Amts- und Rechtshilfe

Postulate der internationalen Zuständigkeitskoordinierung und andere Mittel zum Abbau ordnungsrechtlicher Konflikte vermögen – selbst wenn ihnen voll nachgelebt wird – nicht allein die Anforderungen internationaler Marktaufsicht zu erfüllen. Vielmehr zwingen Überlegungen *aufsichtsrechtlicher Effizienzicherung* zu aktiver grenzüberschreitender Zusammenarbeit der Behörden. Beispielsweise bringen mehr oder weniger strenge Eigenkapitalvorschriften des Bankenaufsichtsrechts die betroffenen Institute dazu, nach neuen, wenn möglich nicht bilanzpflichtigen Kreditformen zu suchen und für die Geschäftsabwicklung auf ausländische Tochtergesellschaften auszuweichen. In solchen und ähnlichen Fällen können Aufsichtsdefizite entstehen, wenn nicht durch grenzüberschreitende Kooperation der Behörden eine weitgehend lückenlose Überwachung sichergestellt wird. Damit in Zusammenhang steht die Erkenntnis, dass Zurückhaltung bei der extraterritorialen Rechtsanwendung – und (mögliche) Rücksichtnahme auf ausländische Regelungsinteressen – durch Behördenzusammenarbeit *kompensiert* werden muss.

Bevor zu einem späteren Zeitpunkt auf Bemühungen zum Ausbau der Amts- und Rechtshilfe hingewiesen wird,⁷³ sind hier kurz die *Verweigerung* der Kooperation und deren *mögliche Folgen* zu erwähnen. Namentlich in sensitiven Bereichen des Wirtschaftsrechts – Embargogesetzgebung, Devisenmassnahmen, Steuerrecht – können Interessen des um Rechtshilfe ersuchten Staates auf dem Spiel stehen. In solchen Fällen mag er die Zusammenarbeit verweigern und unter Umständen sogar – wie hiervor dargelegt – zu Kooperationsverboten gegenüber betroffenen Parteien schreiten. Dies wiederum kann das Ausland zu qualifizierten Gegenmassnahmen anhalten.

Helms/Burton-Gesetz erlassene Verordnung der EU in ihrem Art. 5 Abs. 1. Das Verbot bezieht sich allerdings nur auf solche Auskunftsverlangen, die gestützt auf im Anhang der Verordnung namentlich genannte Gesetze erlassen werden. Nach Art. 1 Abs. 2 kann der Rat dem Anhang der Verordnung jedoch Gesetze hinzufügen (oder auch daraus streichen). Weiter ist das Verbot gegenüber dem mexikanischen Gesetz insofern milder, als die Kommission nach Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 lit. b Personen vom besagten Verbot befreien kann, falls anderenfalls deren Interessen oder solche der Gemeinschaft „schwer geschädigt würden“.

70 Vgl. die Zusammenfassung der Ereignisse bei *P.C. Honegger*, Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten, Zürich 1986, 51-60.

71 Vgl. *Honegger* (s. Anm. 70) 56.

72 A.a.O. (s. Anm. 71).

73 S. unten IV. Ziff. 4.

6. Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide

Es mag zunächst erstaunen, die Verweigerung der Anerkennung ausländischer Entscheide im Zusammenhang von „Gegenmassnahmen“ zu erwähnen. So stellt ein im Ausland ergangenes Zivilurteil in der Regel keinen Offensivakt gegen andere Staaten dar. Und die Nichtanerkennung ihrerseits will nicht das ausländische Judikat mit Wirkung für den Erlassstaat torpedieren. Der Verweigerungsstaat verhindert nur, wenn auch immerhin, die normative Wirkungserstreckung des ausländischen Hoheitsaktes auf das Inland.⁷⁴

Indessen kann die Nichtanerkennung und Nichtvollstreckung *instrumental* den Charakter einer gegen den universellen Geltungsanspruch ausländischer Entscheide gerichteten *Abwehrmassnahme* annehmen. Dieser Mechanismus tritt zumeist dort in Erscheinung, wo ein Verweigerungsgrund des inländischen Anerkennungsrechts geltend gemacht wird. So will beispielsweise der unbestrittenermassen überholte Art. 27 Nr. 4 des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens sicherstellen, dass der Anerkennungsstaat bei Involvierung personen-, familien- oder erbrechtlicher Vorfragen eine vom Inland abweichende *Kollisionsrechtsanknüpfung* ausländischer Vertragsstaaten nicht akzeptieren muss – „es sei denn, dass die Entscheidung nicht zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, wenn die Vorschriften des internationalen Privatrechts [des Zweitstaates] angewandt worden wären“. Die eher komplizierte Regelung stellt eine Ausnahme vom an sich geltenden Verbot einer „révision au fond“ dar – d.h. vom anerkennungsrechtlichen Grundsatz, wonach eine ausländische Entscheidung in Zivil- und Handelssachen *in der Sache selbst* durch den Zweitstaat nicht nachgeprüft werden darf.⁷⁵

Wichtige weitere *Ausnahmen* vom Überprüfungsverbot ergeben sich zunehmend im internationalen Wirtschaftsrecht. Im Vordergrund steht dabei die Diskussion um die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, denen die Anwendung oder Nichtanwendung *ordnungsrechtlicher Eingriffs- und sonstiger Ordnungsnormen* zugrunde liegt.⁷⁶ So dürfte heute kaum mehr bestritten sein, dass die Anerkennung ausländischer Kartellzivilentscheide zu verweigern ist, wenn der Entscheidungsstaat trotz Beeinträchtigung der Marktverhältnisse des Zweitstaates dessen Kartellrecht ausser acht gelassen hat.⁷⁷

74 Vgl. G. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz – Ein Lehrbuch, Bern/Stuttgart/Wien, 1995, 315; Schack (s. Anm. 19) Rz. 791, Rz. 1029; R. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Köln 1993, 643 ff.

75 Vgl. J. Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 5. Aufl., Heidelberg 1996, Art. 27 N 13, N 51 ff.

76 Vgl. dazu unten IV. Ziff. 3.

77 So selbst im Anwendungsbereich des Brüsseler oder des Lugano-Übereinkommens, Kropholler (s. Anm. 75) Art. 27 N 13; vgl. generell M. Becker, Zwingendes Eingriffsrecht in der Urteil-sanerkennung, RabelsZ 60 (1996) 691-737, 721 ff., 727 f.; D. Martiny, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts – Band III/1 – Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach

Wegen des *Sonderanknüpfungscharakters* von Eingriffsnormen wird der Anerkennungsstaat nicht bereit sein, eine auf ausländischem Massnahmerecht beruhende Entscheidung ohne *sachliche* Überprüfung hinzunehmen. Wie immer man eine solche Nachprüfung im einzelnen – „kollisionsrechtlich“ oder „ergebnisorientiert“ im Rahmen der Vorbehaltsklausel – begründet, so steht zumindest ausser Zweifel, dass die ausländische Entscheidung nur zu „passieren“ vermag, wenn ihr in casu nicht anwendungswillige Gebots-, Verbots- oder Erlaubnisnormen des Rechts des Anerkennungsstaates entgegenstehen. Anerkennung und Vollstreckung sind sodann grundsätzlich dort ausgeschlossen, wo eine ausländische Entscheidung zur Übertretung eines inländischen öffentlichrechtlichen Verbotsgesetzes oder eines Verwaltungsakts nachgerade *verurteilt*.⁷⁸

Offensive Regelungen enthalten Erlasse, die als Massnahmegesetzgebung eine Anerkennung und Vollstreckung *explizit* untersagen. Sie erübrigen auch eine weitere Untersuchung der Frage, gestützt auf welche Basis eine Anerkennung gegebenenfalls zu verweigern sei. Stellvertretend für gleichlautende Bestimmungen anderer Abweggesetze⁷⁹ sei hier Art. 4 der EG-VO vom November 1996⁸⁰ genannt; die Vorschrift lautet: „Entscheidungen von aussergemeinschaftlichen Gerichten oder von aussergemeinschaftlichen Verwaltungsbehörden, die den im Anhang aufgeführten Gesetzen und den darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Massnahmen direkt oder indirekt Wirksamkeit verleihen, werden nicht anerkannt und sind nicht vollstreckbar.“

7. Nichtbeachtung ausländischen Eingriffsrechts in der Privatrechtsanwendung

a. Eingriffsrecht als „Massnahmerecht“

Eingriffsnormen dienen der Verfolgung besonderer staatlicher Interessen und zeichnen sich, was kollisionsrechtlich bedeutsam ist, durch ihren *qualifiziert zwingenden Charakter* aus.⁸¹ Aufgrund ihres Inhalts sind sie in der Privatrechtsanwendung nicht ohne weiteres austauschbar. Als Beispiele seien genannt: Aufsichtsrechtliche Verbotsnormen; Bestimmungen des Markt- oder des Kulturgüterschutzes; Import- und Exportregelungen.⁸²

Eingriffsnormen können funktional als *Massnahmerecht* betrachtet werden, indem sie zielgerichtet als normative Gestaltungsmittel – zumal der Wirtschaft

autonomem Recht, Tübingen 1984, Rz. 1005 ff.; A.K. *Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990, Rz. 124 ff.

78 Vgl. *Martiny* (s. Anm. 77) Rz. 1011.

79 Vgl. auch Section 9 des revidierten kanadischen „Foreign Extraterritorial Measures Act“ (s. Anm. 90) sowie Art. 5 des jüngeren mexikanischen „Act to Protect Trade and Investment from Foreign Norms that Contravene International Law“ (s. Anm. 69).

80 S. Anm. 3.

81 Vgl. *Schnyder* (s. Anm. 77) Rz. 11 ff. m.w.H.; P. *Limmer*, in: C. *Reithmann*/D. *Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996, 347-443 m.w.H.

82 Für weitere Bereiche vgl. etwa *Limmer* (s. Anm. 81) Rz. 405-443.

und des Wirtschaftsrechts – in Erscheinung treten. Sie wirken im Sinne eines Korrektivs zur Verhinderung von Fehlleistungen, die sich bei einer nicht dem jeweiligen Gemeinwohl verpflichteten Selbstbestimmung der Privatrechtssubjekte einzustellen vermögen. In grenzüberschreitender Hinsicht verlangen sie in der Regel nach eigenen Anwendungsvoraussetzungen und unabhängig von einem etwaigen IPR-Statut Beachtung; man spricht vom *Sonderanknüpfungscharakter* des Eingriffsrechts. Es leuchtet beispielsweise ein, dass sich ein Kartell- oder ein Feindhandelsverbot hinsichtlich seines internationalen Anwendungswillens grundsätzlich nicht danach ausrichtet, welches die im übrigen – etwa im Rahmen einer Vertragsabwicklung – anwendbare Rechtsordnung ist. Hierüber dürfte heute weitgehend Einigkeit herrschen. Hingegen ist noch offen und entsprechend umstritten, nach welchen Anknüpfungskriterien die „positive“ Berufung und eine etwaige anwendungsrechtliche Differenzierung von Eingriffsnormen erfolgen sollen.

b. Extraterritorialität des Eingriffsrechts

In Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doktrin begegnet man dem Begriff der „extraterritorialen“ Rechtsanwendung bzw. Hoheitsausübung – namentlich im Zusammenhang mit der Geltendmachung *inländischen Wirtschaftsrechts*. Hinter der Bezeichnung verbirgt sich die vielschichtige Problematik grenzüberschreitender Anwendungskonflikte, die durch einen Zusammenprall sich widersprechender Ordnungsvorstellungen und Rechtsanwendungsbefehle ausgelöst werden. Sehr schön zeigt sich dies zur Zeit wieder im Zusammenhang mit den transatlantischen Auseinandersetzungen um die *Helms/Burton-Gesetzgebung*⁸³.

Extraterritorialität bedeutet *Erstreckung inländischen Rechts* auf Sachverhalte, die sich (mindestens zum Teil) im Ausland abspielen. Solche extensiven Anwendungsansprüche einer Rechtsordnung führen nicht selten zu Doppelbelastungen oder gegensätzlichen Anwendungsbefehlen für den Einzelnen, wenn das Ausland (Recht von Einzelstaaten oder supranationales Recht) auf die inländische Erstreckung keine Rücksicht nimmt oder gar zu deren Abwehr schreitet. Im Konzessions- und Lizenzrecht hat man es mit extraterritorialer Wirkungserstreckung auch in jenen Fällen zu tun, in denen eine *Geschäftszulassung* ebenfalls für das Ausland erteilt wird – sei dies als einzelne Sonderlizenz oder im Rahmen einer Einheitslizenz für regionale, einen einzelnen Staat überschreitende Märkte oder gar für den Weltmarkt.

Dass heute *wirtschaftskollisionsrechtliche* Fragestellungen so sehr im Blickpunkt der Extraterritorialitätsdiskussion stehen, kann nicht weiter erstaunen. Die Transnationalisierung der Wirtschaft bringt es zwangsläufig mit sich, dass unterschiedliche staatliche Interessen – die jeweils eigene Wirtschaftsordnung betreffend – extraterritorial aufeinanderstossen. Ein nach strikt territorialen (und nicht funktionalen) Gesichtspunkten wahrgenommener Schutz des inländischen Marktes würde aber in vielen Fällen zu einem *Vollzugsdefizit* führen, was ohne

83 Für Literatur zum Helms/Burton-Gesetz s. Anm. 1.

Legitimierung auf höherer Ebene – namentlich des Kollisions- und des Völkerrechts – nicht zu rechtfertigen wäre. A priori kann also nicht argumentiert werden, extraterritoriale Rechtsanwendung sei per se unzulässig. Im klassischen IPR ist dies seit längerem anerkannt, zögern wir doch nicht, in einem internationalen Scheidungs- oder Erbrechtsfall in- oder ausländisches Recht grenzüberschreitend zur Anwendung zu bringen.

c. Abwehr extraterritorialer Rechtsanwendung

Einsicht in die Notwendigkeit extraterritorialer Rechtsverwirklichung – etwa im Rahmen des konkretisierungsbedürftigen Auswirkungsprinzips im Kartell- und Fusionskontrollrecht⁸⁴ – führt andererseits nicht ohne weiteres dazu, dass sich Staaten die Extraterritorialität gegenseitig in gleichem Masse zubilligen. Erst bei einer Annäherung eingriffsrechtlicher Ordnungsvorstellungen und damit einer gewissen Austauschbarkeit der Rechte wird es möglich, ausländisches Ordnungsrecht auch im Inland zu beachten. Im übrigen aber kann es zu *Konflikten* zwischen in- und ausländischen Rechtsvorstellungen kommen, die sich unter Umständen bis zu einem Wechselspiel von („extraterritorialen“) Massnahmen und Abwehrmassnahmen steigern können.

Klassisches Abwehrinstrumentarium ist das Prinzip der Nichtbeachtung ausländischen *öffentlichen* und sonstigen Eingriffsrechts, namentlich in der Privatrechtsanwendung. Mit Überwindung einer solchen, nach rein formaljuristischen Kriterien erfolgten Betrachtungsweise ist andererseits noch keineswegs sichergestellt, dass Eingriffsnormen anderer Rechtsordnungen auch positiv angewendet werden; denn dazu bedarf es besonderer Verweisungsgrundlagen. Immerhin ist die neue Stossrichtung nun deutlich zum Ausdruck gebracht beispielsweise im IPR-Gesetz der Schweiz; Art. 13 Satz 2 lautet: „Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nicht allein [!] dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird“. Die Vorschrift besagt nur, wenn auch immerhin, dass im Internationalen Privat- und Wirtschaftsrecht eine aprioristische Abwehrhaltung gegenüber ausländischem öffentlichen Recht per se nicht mehr angezeigt ist. Damit aber stellt sich natürlich erst die wirklich *relevante Frage*, nämlich: Welcher Anknüpfungsmechanismus tritt an die Stelle der generellen Nichtbeachtung ausländischen öffentlichen Ordnungsrechts? Nach welchen Kriterien wird dieses im Inland anerkennungs- und anwendungsfähig? Wie ist die Nichtbeachtung als Abwehr- oder Gegenmassnahme im Einzelfall zu überwinden? Eine Antwort darauf geben die wirtschaftskollisionsrechtlichen Sonderanknüpfungsmodelle.⁸⁵

84 Für das Kartellrecht vgl. etwa die rechtsvergleichende Studie von J. Basedow/I.E. Schwartz, Private International Law – Restrictions on Competition, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. III/35, Tübingen u.a. 1995; für das Fusionsrecht vgl. etwa J. Kevekordes, Auslandszusammenschlüsse im internationalen und materiellen Kartellrecht, Heidelberg 1986, 144 ff.; K.M. Meessen, Kollisionsrecht der Zusammenschlusskontrolle, Baden-Baden 1984, 15.

85 Vgl. unten IV., Ziff. 2 und 3.

8. Blocking Statutes

a. Abwehrgesetzgebung als direkte Gegenmassnahme

Gegenmassnahmen im *engsten Sinn* stellen staatliche Hoheitsakte dar, die in Form generell-abstrakter Gesetzgebung oder individueller Anordnungen als *unmittelbare Antwort* auf ausländische Ordnungserlasse implementiert werden. Urheber solcher Abwehrgesetzgebung⁸⁶ sind zunächst die Staaten, gegen welche sich die ausländischen Eingriffe – vorab als Feindhandelsgesetzgebung – richten. So verabschiedete das kubanische Parlament Ende Dezember 1996 im Sinne direkter Reaktion gegenüber den USA ein *Anti-Helms-Burton-Gesetz*.⁸⁷ Der Erlass erklärt die Bestimmungen des Helms/Burton-Gesetzes für illegal und wirkungslos. Ebenfalls als Reaktion auf zielgerichtete (Embargo-)Erlasse verabschiedete der Irak im Jahr 1990 ein „Gesetz zum Schutz der irakischen Vermögen, Interessen und Rechte innerhalb und ausserhalb des Irak“.⁸⁸ *Drittstaaten* sehen sich in solchen Fällen bei gegebener eigener Zuständigkeit mit konfligierenden ausländischen Eingriffs- und Abwehrbestimmungen konfrontiert, und es ist zu entscheiden, nach welchen Kriterien diese den ausländischen Rechtsanwendungskonflikten begegnen sollen.

Urheber von Abwehrmassnahmen können im weiteren auch Staaten sein, die nicht direktes Ziel der ausländischen Eingriffsgesetzgebung sind, *mittelbar* durch diese aber sehr wohl auch betroffen werden. Im Vordergrund stehen Staaten und Staatengemeinschaften, die als Handelspartner des angegriffenen Zielstaates fungieren. Im Fall von *Helms/Burton* ist vorab Kanada zu nennen. Ein Grossteil der zurzeit etwa 6000 präsumtiven Klagen (die in Vorbereitung sind) mit einem Streitwert von rund 16 Milliarden US-Dollars betreffen kanadische Unternehmen.⁸⁹ Es erstaunt daher kaum, dass Kanada mit Wirkung ab 1. Januar 1997 neue Schutz- und Vergeltungsvorkehrungen getroffen hat. Es ergänzte mit einer Novelle den *Foreign Extraterritorial Measures Act* aus dem Jahr 1984.⁹⁰ Diese gibt kanadischen Gesellschaften gegenüber der alten Version des Gesetzes noch zusätzliche rechtliche Möglichkeiten, sich gegen US-amerikanische Helms-Burton-Klagen zu wehren. Nach Sec. 7.1 des abgeänderten Act ist jegliche Anerkennung und Vollstreckung einer unter Anwendung des Helms-Burton-Gesetzes ergangenen Entscheidung ausgeschlossen. Weiter wird der kanadische Attorney General ermächtigt zu erklären, dass eine durch Helms/Burton geschädigte Person die erlittene Einbusse wieder zurückfordern kann.⁹¹ Berechtig sind auch Personen,

86 Vgl. auch die Literaturangaben in Anm. 68.

87 Vgl. NZZ Nr. 2 v. 4./5.1.1997, 17.

88 Gesetz Nr. 57/1990; eine deutsche Übersetzung findet sich bei H. Krüger, Das irakische Anti-boycottgesetz 1990, RIW 36 (1990) 934 ff., 935 f.

89 Vgl. NZZ Nr. 6, v. 9.1.1997, 3: Herbe Kritik Kanadas am Kuba-Kurs der USA – Widerstand Ottawas gegen das Helms-Burton-Gesetz.

90 Sog. Bill C-54; für den Wortlaut des durch die Bill C-54 ergänzten Foreign Extraterritorial Measures Act vgl. I.L.M. 36 (1997) 117-124.

91 Section 8.1 Foreign Extraterritorial Measures Act.

die sich zwar nicht in Kanada aufhalten, dort aber Geschäfte betreiben („*carrying on business in Canada*“).⁹²

Bereits hingewiesen wurde auf die *EG-Verordnung* Nr. 2271/96⁹³ sowie das mexikanische Abwehrgesetz.⁹⁴

b. Rückforderungsklagen im besonderen

Wie die Abwehrgesetze zeigen, brauchen sich *Blocking Statutes* nicht damit zu begnügen, ausländische Hoheitsakte für widerrechtlich und wirkungslos zu erklären und deren Anerkennung im Inland zu untersagen. Dies allein verhindert nämlich nicht, dass inländische Unternehmen – sei es direkt oder über ausländische Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen – im Ausland ins Recht gefasst und zur Leistung unter Umständen exorbitanter Schadenersatzsummen verurteilt werden. Als Schutz gegen eine Vollstreckung in im Ausland befindliches Vermögen bzw. als Wiedergutmachung bei bereits erfolgter Leistung oder Vollstreckung ist daher der Rechtsbehelf einer *Rückforderungsklage im Inland* geschaffen worden. Durch spezialgesetzliche „*claw-back*“-Bestimmungen wird die vormalige beklagte Person ermächtigt, vom ursprünglichen Kläger die gesamte erstrittene Summe – oder zumindest einen Teil (z.B. im Zusammenhang mit Mehrfachschadenersatz) – zurückzufordern.⁹⁵ Neben Sec. 8.1 des nunmehr ergänzten kanadischen Gesetzes kennen solche Rückforderungsbestimmungen auch andere Erlasse. So eröffnet der britische „*Protection of Trading Interests Act*“ von 1980 die Rückforderungsklage gegen Urteile eines „*overseas country* [...] for multiple damages“ zugunsten britischer Staatsangehöriger und im Vereinigten Königreich inkorporierter Gesellschaften (Sect. 6 (1)). Hinzuweisen ist insbesondere auf Sect. 6 (5) des Gesetzes, wonach die internationale Zuständigkeit für eine Rückforderungsklage selbst dann gegeben ist, wenn der frühere Kläger und nunmehr Rückforderungsbeklagte an sich nicht der britischen Jurisdiktion unterliegt. Dabei wird ersichtlich von der Frage abstrahiert, ob ein englisches Rückforderungsurteil allenfalls einmal im Ausland vollstreckt werden muss. Dem Abschreckungszweck der „*claw-back*“-Klauseln entsprechend steht dieser Aspekt auch nicht im Vordergrund der bezüglichen Legiferierung.

Allerdings müsste heute ein englisches Rückforderungsurteil in anderen EU-Staaten gestützt auf das *Brüsseler Übereinkommen* anerkannt werden. Für Rückforderungsklagen gestützt auf Art. 6 Abs. 1 der EG-VO gegen das Helms/Burton-Gesetz wird in Art. 6 Abs. 3 das Übereinkommen gar ausdrücklich als anwendbar erklärt. Weiter wird in Art. 6 Abs. 3 der EG-VO für Rückforderungsklagen ein europaweiter Vermögensgerichtsstand eröffnet. Als Vermögenswerte

92 Section 2 Foreign Extraterritorial Measures Act.

93 Vgl. oben bei Anm. 3 und 80; auch die EG-Verordnung enthält in Art. 6 die Möglichkeit einer Rückforderungsklage. Der persönliche Anwendungsbereich der EG-Verordnung ist in deren Art. 11 umschrieben.

94 Vgl. oben Anm. 69.

95 So auch Art. 5 des mexikanischen Abwehrgesetzes (s. Anm. 69).

gelten explizit (Art. 6 Abs. 4 der VO) auch Aktien und Anteile, „die an einer in der Gemeinschaft eingetragenen juristischen Person gehalten werden“.

9. Feindhandelsrecht

Überschneidungen zu den „blocking statutes“ ergeben sich bei der Feindhandelsgesetzgebung. Namentlich der *Boycott* im Krieg und in anderen Ausnahmesituationen hat Literatur und Rechtsprechung immer wieder beschäftigt.⁹⁶ In die Reihe der insoweit aufsehenerregenden Erlasse US-amerikanischer Provenienz lässt sich auch das *Helms/Burton-Gesetz* stellen.

Feindhandelsverbote sind zumeist nach dem gleichen Strickmuster aufgebaut. Das Verhalten eines oder mehrerer Staaten wird – in welcher Richtung auch immer – als *inakzeptabel* erklärt und mit Sanktionen ebenfalls eines einzelnen Staates oder der Staatengemeinschaft beantwortet. Zu nennen sind etwa aus der an Beispielen reichen Geschichte: Französisches Kriegsdekret aus dem Ersten Weltkrieg, das jegliche Wirtschaftstätigkeit untersagte „avec les sujets des empires d'Allemagne et d'Autriche-Hongrie“, und dessen Nichtbeachtung in einem durch Schweizer Gerichte zu beurteilenden Versicherungsvertrag,⁹⁷ die Implementierung des US Export Administration Act im Erdgasröhren-Boycott gegen die Sowjetunion, wobei die Handelsverbote extensiv und extraterritorial auch auf europäische (und andere) Tochtergesellschaften von US-Unternehmen erstreckt wurden;⁹⁸ der seinerzeitige Handelsboykott gegen Südafrika⁹⁹ sowie aus neuerer Zeit das UN-Embargo gegen den Irak.¹⁰⁰ Neben straf- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen sehen Feindhandelsgesetze auch *zivilrechtliche Sanktionen* vor, indem sie u.a. die *Nichtigkeit* privatrechtlicher Rechtsgeschäfte direkt anordnen oder über das allgemeine Widerrechtlichkeitsrecht eintreten lassen.

Durch Boykottgesetzgebung direkt betroffene Staaten sowie Gerichte und Schiedsgerichte sind – wie z.T. spektakuläre Fälle zeigen – gefordert, darauf zu reagieren. Die Bandbreite *normativer Antworten* reicht dabei von gänzlichem Ignorieren bis zur vollen Beachtung (und sei es auch nur im Rahmen materieller Schuldrechtsbehelfe) der Eingriffserlasse. So hatte beispielsweise das Schweizer Bundesgericht in einem interessanten Fall zur *Schiedsfähigkeit* einer Streitsache Stellung zu nehmen.¹⁰¹ Vom Sachverhalt her ging es um Lieferungen von

96 Vgl. O. Remien, Aussenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Hinsicht – Zur internationalen Reichweite von Ein- und Ausfuhrverboten, *RabelsZ* 54 (1990), 431-478; G. Stenger, Das Handelsembargo im Aussenwirtschaftsrecht, 1988.

97 Vgl. BGE 42 II 179.

98 Vgl. die Zusammenfassung des „Pipeline-Falles“ bei Meng (s. Anm. 68) 301-309 m.w.H., sowie die umfassende Darstellung bei P.E. Spothelfer, *Völkerrechtliche Zuständigkeiten und das Pipeline-Embargo*, Basel/Frankfurt a.M. 1990.

99 Vgl. die Zusammenfassung bei Linsi (s. Anm. 17) 247-252.

100 Vgl. Resolution Nr. 661/90 vom 6.8.1990, abgedruckt in I.L.M. 1990, 1325, und das veröffentlichte Rechtsgutachten von E.-J. Mestmäcker/C. Engel, *Das Embargo gegen Irak und Kuwait*, Baden-Baden 1991.

101 Vgl. BGE 118 II 353.

Kriegsmaterial in den Irak sowie damit zusammenhängende Zahlungen an einen Agenten. Gegen ein Verfahren vor einem Genfer Schiedsgericht hatten die beklagten italienischen Parteien geltend gemacht, aufgrund der Embargo-Resolutionen des UN-Sicherheitsrates von 1990 und 1991 gegen den Irak sei das Schiedsgericht wegen *fehlender Schiedsfähigkeit der Ansprüche* unzuständig. Das Schiedsgericht bejahte indessen seine Zuständigkeit, und das Bundesgericht schützte die Entscheidung. Im Hauptpunkt wies es die Argumentation zurück, wonach schon bei der Bestimmung der Schiedsfähigkeit *allfälligen ausländischen Eingriffsnormen* Rechnung zu tragen sei. Es wurde nämlich geltend gemacht, mangels freier Dispositionsfähigkeit der Parteien über die Streitsachen, welche Einschränkungen überdies eine Verletzung des (schweizerischen?) Ordre public darstellten, handle es sich um keinen vermögensrechtlichen Anspruch im Sinne des Gesetzes. Für dieses Stadium hielt das Bundesgericht in Übereinstimmung mit einem Grossteil der Lehre fest, dass hier von der Anwendung zwingender Verbots- und sonstiger Einschränkungsnormen abzusehen sei. Darüber müsse dann selbständig – nämlich im Rahmen der Hauptanknüpfung der vertragsrechtlichen Ansprüche sowie bei der Prüfung einer Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen – befunden werden.¹⁰²

III. Folgerungen für den Begriff der Gegenmassnahmen

1. Keine begriffliche Stringenz

Die bisherigen Ausführungen und Exemplifikationen machen deutlich, dass „Gegenmassnahmen“ im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht einen relativ breit gefächerten Kranz heterogener Institute und Erscheinungen darstellen. Sie reichen bei funktionaler Betrachtungsweise auch weit über das hinaus, was unter völkerrechtlicher Analyse im Rahmen der *Repressalien* behandelt wird.¹⁰³

Von der *Eingriffsintensität* und der *Zielgerichtetheit* her hat man zu unterscheiden zwischen „stärkeren“ und „schwächeren“ Gegenmassnahmen, zwischen Massnahmen im engeren und solchen im weiteren Sinn. Zusätzliche deskriptive Begriffspaare – wie individuell/generell; aktuell/virtuell; konkret/abstrakt – können zur Verdeutlichung gebildet und verwendet werden. Dass nicht sämtliche Massnahmen und Anordnungen den gleichen Wirkungs- und Eingriffsgrad erzielen, kann nochmals anhand der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide erörtert werden. Wird die Anerkennung eines ausländischen Zivilur-

¹⁰² BGE 118 II 353, 358; so auch die Position von R. Briner, in: H. Honsell/N.P. Vogt/A.K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Art. 177 N 18 m.w.H.; vgl. auch die andere Position von A. Heini, in: A. Heini/M. Keller/K. Siehr/F. Vischer/P. Volken (Hrsg.), IPRG Kommentar – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993, Art. 177 N 19 f. m.w.H.

¹⁰³ Vgl. unten Ziff. 3.

teils im Inland verweigert, so stellt dies im Ergebnis eine Gegenmassnahme dar, weil die vom Ursprungsstaat an sich gewünschte Wirkungserstreckung nicht gewährt wird. Hingegen handelt es sich bei der Nichtanerkennung in der Regel nicht um eine direkt und konkret gegen den Erststaat gerichtete Massnahme. Von einer solchen kann man aber sprechen, wenn sie von einem betroffenen Staat unmittelbar gegen einen anderen Staat angeordnet wird oder wenn die unterlegene Partei des ausländischen Verfahrens im Inland oder in einem Drittstaat die Aufhebung des ursprünglichen Entscheids bzw. eine Rückforderung der geleisteten Zahlung gestützt auf ein „blocking statute“ verlangen kann.

Es erscheint vielleicht naheliegend, die Gegenmassnahmen begrifflich auf jene Tatbestände zu reduzieren, die qualifiziert, direkt und individuell gegen einen bestimmten Staat – oder gegen eine Mehrheit von Staaten – gerichtet sind. Verfahrens- und kollisionsrechtlich vermag eine solche *Eingrenzung* indessen nicht restlos zu befriedigen, weil das Phänomen uns anknüpfungs- und sonderanknüpfungsrechtlich – wie dargelegt – weit umfassender beschäftigt. Andererseits hat eine Reduktion den Vorteil, die Problematik der Gegenmassnahmen in einer fokussierteren Optik darzustellen. – Sowohl für die eine wie für die andere Betrachtungsweise soll nachstehend der Versuch unternommen werden, das Phänomen definitorisch-abstrakt aufzuzeigen.

2. Vorschlag für eine Begriffsumschreibung

Eine Gegenmassnahme kann aus Sicht des IPR und des IZVR als Erlass bzw. Implementierung einer *privatrechtsrelevanten inländischen Rechtsnorm* verstanden werden, *die sich bewusst und gezielt gegen eine missbilligte ausländische Regelung richtet.*

Will man die einzelnen Elemente solcher Begriffsumschreibung aufschlüsseln, ist zunächst die Gegenmassnahme als *Reaktion auf eine missbilligte ausländische Regelung* zu begreifen. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die ausländische Rechtslage – als konkrete Rechtsfolgenanordnung oder in Form von noch generell-abstrakten Bestimmungen – ihrerseits eine Reaktion auf „Massnahmen“ irgendwelcher Provenienz darstellt. Überhaupt erscheint nicht erforderlich, dass die Norm, auf welche mittels einer Gegenmassnahme reagiert wird, einen gegen das Ausland gerichteten Offensivcharakter aufweist. Im übrigen ist nicht das Verhalten der (häufig zufälligen) äusseren Angriffsobjekte entscheidend, sondern die staatliche Rechtsordnung des Auslandes. Diese enthält bzw. verwirklicht die aus Sicht des Eingriffsstaates zu missbilligenden Ordnungselemente. Eine missbilligte ausländische Regelung bildet somit die Ursache für eine Gegenmassnahme. Die Auslandsnorm kann durch Rechtsetzung oder im Rahmen der Rechtsanwendung begründet werden. So richtet sich der britische *Protection of Trading Interests Act* gegen jede Art von Mehrfachschadenersatz, welcher in einem „overseas country“ zugesprochen wird. Aktuell werden die von dem Act vorgesehenen Gegenmassnahmen aber erst, wenn durch eine legitimierte britische Person gegen ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil vorgegangen wird.

Eine Gegenmassnahme setzt sich im weiteren *in Widerspruch* zu einer ausländischen Rechtslage. Die inländische Rechtsordnung kann zwar weder die Existenz der ausländischen Normen noch deren Anwendung im Erlassstaat verhindern. Das Inland kann aber durch Begründung von Vorschriften, welche die *inländischen* rechtsanwendenden Instanzen verpflichten, der extraterritorialen Wirkung ausländischer Regelungen entgegenzutreten. So vermag ein Staat beispielsweise an der Tatsache exorbitanter ausländischer Entscheidungszuständigkeiten direkt kaum etwas zu ändern. Er kann diesen aber dadurch begegnen, dass er in solchen Fällen der ausländischen Rechtshängigkeit die Sperrwirkung für inländische Verfahren abspricht und überdies etwaige ausländische Urteile nicht anerkennt. Dies mag zu einem für das Ausland durchaus unerwünschten Parallelverfahren im Inland führen. Die Gegenmassnahme wird dort *schärfer und akzentuierter*, wo das Inland ausländische Verfahren und Rechtsnormen nicht nur ignoriert, sondern nachgerade zu deren *Abwehr und aktiver Bekämpfung* schreitet. Hierzu zählen Boykotte und damit verbundene Handelsverbote, „*antisuit injunctions*“ oder rechtliche Grundlagen für Rückforderungsklagen gegenüber ausländischen Judikaten.

Die Gegenmassnahme selbst besteht ihrerseits in der *Begründung oder Anwendung einer einzelnen oder mehrerer Rechtsnormen*. Dies kann sehr konkrete Anordnungen zur Folge haben – etwa strafbewehrte Aussageverbote gegenüber ausländischen Offenlegungspflichten oder die Nichtanerkennung eines ausländischen Urteils wegen dessen Verletzung des inländischen *Ordre public*.

Schliesslich bilden „Gegen“massnahmen aktuell oder potentiell die *Grundlage für weitere Massnahmen* des Auslandes. Es können sich nachgerade eigentliche Massnahmen- und Gegenmassnahmen-Ketten bilden, wobei mitunter nicht ohne weiteres einsehbar ist, wo die *kollisionsrechtsrelevante Erstmassnahme zu lokalisieren ist*. Anschauliches Beispiel hierfür bietet wiederum die Auseinandersetzung zwischen den USA und Kuba: Wer hat diesbezüglich – d.h. im Hinblick auf die internationale Privatrechtsanwendung – den *ersten Stein* geworfen? Die Fragestellung macht auch deutlich, dass kollisions- und verfahrensrechtlich die Suche nach dem Erst- bzw. Hauptverantwortlichen im Gestrüpp von Massnahmen und Gegenmassnahmen nur begrenzt von Bedeutung sein kann. Denn eines darf nicht vergessen werden: In durch Massnahmegesetzgebung betroffenen Privatrechtsstreitigkeiten geht es höchstens sekundär um die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten. *Streitgegenstand* ist vielmehr die Allokation von Ansprüchen für vom Staat häufig unabhängige Privatrechtssubjekte. Folgerichtig erstreckt sich der Fragenkomplex der Gegenmassnahmen auch auf Erstmassnahmen und Gegen-Gegenmassnahmen aller Art.

3. Verhältnis zum Völkerrecht

Das vorstehend skizzierte Begriffsverständnis in bezug auf „Gegenmassnahmen“ weicht ersichtlich vom *terminus technicus* des Völkerrechts ab. Wie die Korreferate zeigen, kreist das völkerrechtliche Verständnis zu Gegenmassnahmen um den Begriff und die Frage nach der Zulässigkeit von *Repressalien*.¹⁰⁴ Überschneidungen im engeren Sinn ergeben sich daher nur in jenen Fällen, in welchen eine Völkerrechtswidrigkeit kollisions- und verfahrensrechtlicher Gegenmassnahmen indiziert ist. Eine solche wird aber nur bei wenigen Situationen bejaht werden können.

Darüber hinaus würde aber das Kollisionsrecht Antworten erwarten hinsichtlich der Völkerrechtskonformität einzelner Massnahmen und Gegenmassnahmen, wie sie im vorderen Teil des Referats beschrieben worden sind. Vor allem interessierte die Würdigung extraterritorialer Anwendung von Massnahmerecht. Indessen ist zweifelhaft, ob bei Reduktion der Problematik auf die *Repressalie* der aus der Sicht des Kollisionsrechts erwünschte Diskurs insoweit überhaupt stattfinden kann. Anzustreben ist er allemal.¹⁰⁵

IV. Behandlung von Gegenmassnahmen ausserhalb des Erlassstaates

1. Ausgangslage

Die dargestellten Anwendungsgebiete für Massnahmen und Gegenmassnahmen machen deutlich, dass nach Alternativen und Begrenzungen gegenüber der *Eska-lation* von Massnahmerecht zu suchen ist. Mag diese Forderung generell noch so berechtigt sein, so bringt deren Erfüllung im einzelnen erhebliche Schwierigkeiten mit sich.

Wenn im folgenden zu diesem Zweck Instrumente und Wege skizziert werden sollen, so ist wohl von der *Prämisse* auszugehen, dass solche weder ausschliesslich in der Negation von Massnahmen und Gegenmassnahmen noch andererseits in einer vorbehaltlosen Anerkennung derselben bestehen können. Hinzu kommt das Erfordernis, im einzelnen den spezifischen Eigenheiten einer verfahrens- oder anwendungsrechtlichen Konstellation Rechnung zu tragen.

Angesichts des zur Zeit in der Folge von *Helms/Burton* herrschenden Massnahme“kriege“ zwischen den USA und Kanada sowie der EU mag man aus eher zynischer Warte aber auch zu dem Ergebnis gelangen, Waffenstillstands- und Friedensverhandlungen seien erst nach geschlagener Schlacht in Erwägung zu

104 Vgl. insbesondere Art. 47 ff. des Entwurfs „State Responsibility“ der International Law Commission von 1996.

105 Ausgangspunkt für eine weiterführende Diskussion über die völkerrechtliche Bedeutung und Zulässigkeit wirtschaftsrechtlichen Massnahmerechts könnte beispielsweise die Arbeit von C. Linsi (s. Anm. 17) sein.

ziehen... Im weiteren ist nicht zu verkennen, dass hüten wie drüben schon ganze Bataillone von Anwaltskanzleien auf ihren Einsatz warten. Bei einer solchen martialischen Ausgangslage fällt es denn auch nicht leicht, den *Konfliktpositivismus* zu überwinden. Aus Sicht der privaten Marktteilnehmer – und nicht nur dieser – haben wir indes danach zu fragen.

2. Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht auf der Grundlage kollisionsrechtlicher Interessenabwägung

a. Allgemeines

Es kann hier nicht der Ort sein, im einzelnen Lösungsansätze zu beschreiben, die bisher für eine *konfliktabbauende* grenzüberschreitende Anwendung von Wirtschafts- und sonstigem Eingriffsrecht vorgelegt worden sind. Zu nennen sind aber stichwortartig Modelle, denen eine (im einzelnen wie immer zu konkretisierende) anwendungsrechtliche Interessenabwägung zugrunde liegt – und zwar im Hinblick auf eine gewisse *Koordinierung konfligierender Rechtsanwendungsbefehle* des In- und Auslandes. Es sind dies namentlich das amerikanische Restatement (Third) Foreign Relations Law mit seinem „reasonableness“- und Interessenabwägungstest sowie die Sonderanknüpfungsbestimmungen von Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens¹⁰⁶ und Art. 19 des schweizerischen IPR-Gesetzes.¹⁰⁷

Diese Modelle sind sowohl grundsätzlich als auch im einzelnen bekanntlich sehr umstritten.¹⁰⁸ Ihr hermeneutischer und verweisungsrechtlicher Wert liegt indes in der Bereitschaft, von aprioristischen Ansätzen der Nichtbeachtung ausländischen Rechts Abstand zu nehmen und zu komparativer Analyse von Ordnungsgehalten und Einzelnormen zu zwingen. Das gilt beispielsweise für die extraterritoriale Tragweite von Art. 85 EGV in Zivilprozessen und in Schiedsgerichtsverfahren. Dessen Anwendbarkeit sollte nicht – oder nur differenziert-eingeschränkt – davon abhängen, in welchem Staat ein Gerichtsverfahren stattfindet und welchem Recht das subjektiv oder objektiv angeknüpfte Vertragsstatut untersteht. Ähnliches gilt für Feindhandelsverbote und darauf gerichtete Abwehrmassnahmen. So hätte sich nach dem Abwägungskonzept ein europäisches Gericht kollisions- und materiellrechtlich mit den unterschiedlichen Rechtsfolgeanordnungen des Helms/Burton-Gesetzes und der Komplementärgesetzgebung Kubas auseinanderzusetzen. Richtlinien dafür ergäben sich aus den jeweiligen Sonderanknüpfungsbestimmungen der *lex fori*. Dieses Beispiel zeigt aber auch,

106 Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG 1980 Nr. L 266/1 = *RabelsZ* 46 (1982) 196 ff.

107 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

108 Aus dem mittlerweile fast uferlosen Schrifttum vgl. etwa *U. Drobnyg*, Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse, in: Festschrift *K.H. Neumayer*, Baden-Baden 1985, 159-179; *J. Basedow*, Wirtschaftskollisionsrecht – Theoretischer Versuch über ordnungspolitische Normen des Forumstaates, *RabelsZ* 52 (1988) 8-40; *E.-J. Mestmäcker*, Staatliche Souveränität und offene Märkte – Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht, *RabelsZ* 52 (1988) 205-255; *K. Siehr*, Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, *RabelsZ* 52 (1988) 41-103; *Schnyder* (s. Anm. 77).

dass ein etwaiger Abwägungs- und Koordinierungsspielraum dort klar eingeengt und begrenzt wird, wo Staaten und Staatengemeinschaften Rechtsfolgen durch Sonder-Abwehrgesetzgebung spezifisch festschreiben.

Dass Vorgehensweisen der Rücksichtnahme auf ausländisches Ordnungsrecht nicht neu sind, zeigen zahlreiche ältere Entscheide, in denen unter anderen Titeln Auslandsnormen zum Durchbruch verholfen wurde.¹⁰⁹ Neben *materiellrechtlichen* Einfallstoren¹¹⁰ – wie Sittenwidrigkeit eines Vertrages, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung, *clausula rebus sic stantibus* – spielte eine nicht unbedeutende Rolle das Prokrustesbett der *Qualifizierung ausländischen öffentlichen Rechts*. Gelang es in einem Fall, dieses als dem Privatrecht, den Privatinteressen dienend darzustellen, war dessen Beachtung in einem anderen Staat nicht mehr ausgeschlossen. Solche Umwege oder Kunstgriffe gehen im Zusammenhang mit Gegenmassnahmen aber deshalb nicht selten ins Leere, weil hier gewichtige staatliche Interessen involviert sind.

b. Abwägungskriterien im einzelnen

Interessenkollisionsrechtliche Abwägungsverfahren sind im Hinblick auf *drei* Anwendungskonstellationen vorgelegt worden:

1. Ordnungsrecht der *lex fori* – beispielsweise eine feindhandelsrechtliche Verbotsnorm –, welches grenzüberschreitend ohne Rücksicht auf anderslautende fremdstaatliche Bestimmungen und unabhängig vom IPR-Statut beachtet sein will;
2. Ordnungsrecht eines ausländischen Staates, das zugleich Bestandteil der internationalprivatrechtlichen *lex causae* ist;
3. Ordnungsrecht von *Drittstaaten*, das sich ausserhalb des IPR-Statuts bewegt und entweder mit inländischem oder einem anderen ausländischen Recht in Konflikt gerät.

Ausgangspunkt für eine Analyse der einzelnen Fälle bildet nach der hier vertretenen Auffassung allemal die *lex fori*, d.h. die am Gerichtsstand geltende Rechtsordnung. (Nicht besonders eingetreten werden kann an dieser Stelle auf Besonderheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.)¹¹¹ Die Präponderanz inländischer Ordnungsvorstellungen leuchtet dort ein, wo inländische Gerichte verfahrenszuständig sind. Als „*lois d'application immédiate*“ wenden sie ihre eigenen Eingriffsnormen an.

109 Für Rechtsprechungsnachweise vgl. etwa rechtsvergleichend *M. Erne*, Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, Zürich 1985, 11 ff., 112 ff., für die Schweiz *Schnyder* (s. Anm. 77) 250-255, für Deutschland *Limmer* (s. Anm. 81) Rz. 464-469.

110 Vgl. dazu *Schnyder* (s. Anm. 77) 248-263.

111 Vgl. dazu etwa *P.A. Karrer*, in: *H. Honsell/N.P. Vogt/A.K. Schnyder* (Hrsg.) (s. Anm. 102) Art. 187 N 126-169; *D. Hochstrasser*, Choice of Law and „Foreign“ Mandatory Rules in International Arbitration, *J.Int.Arb.* 1994, 57-86; *A.K. Schnyder*, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, *RabelsZ* 59 (1995) 293 ff.; *C. Baudenbacher/A.K. Schnyder*, Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizerische Schiedsgerichte, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 20, Basel 1996.

Genau an diesem Punkt wollen nun *Abwägungsnormen* zum Tragen kommen. Nach der Methode der teleologischen Reduktion fragen sie nach einer möglichen Einschränkung des Anwendungsbereichs inländischen Eingriffsrechts. Klassischer Anwendungsfall ist ein „true conflict“ zwischen inländischer Verbotsnorm und ausländischer Erlaubnisnorm. Als Kriterien für ein solches Verfahren sind entwickelt worden:

- Sachverhaltsnähe der in- und der ausländischen Normen (z.B. von Art. 85 EGV);
- Schutzzweck und Anwendungsinteresse der relevanten Bestimmungen;
- mögliche Koordinierung sich widersprechender Vorschriften, beispielsweise nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften);
- Legitimität in- und ausländischer Anwendungsinteressen im Licht universeller Betrachtungsweise (insbes. bei Völkerrechtsverletzungen);
- Folgen der Beachtung bzw. Nichtbeachtung sich widersprechender Anordnungen, insbes. für betroffene Prozessparteien;
- und schliesslich: Konfliktregel zugunsten der *lex fori* bei nicht auflösbarem Anwendungskonflikt.

Wie dargelegt, bleibt für inländische Gerichte – etwa in den USA, in Kanada oder Kuba – kaum ein erheblicher Entscheidungsspielraum, wenn Abwehrgesetze der *lex fori en connaissance des causes* die konfligierenden Rechtsfolgen verbindlich festlegen.

Die genannten Abwägungskriterien sind bedenkenswert aber auch in Verfahren, in denen sich ein mehr oder weniger neutrales Forum mit widersprechenden Anordnungen des Auslandes konfrontiert sieht. Beispiel: Zuständigkeit der Wiener oder der Zürcher Gerichte zur Beurteilung eines Liefervertrages, dem ein ausländisches Handelsverbot entgegensteht. Es ist möglich, dass das befassende Gericht so zu einem unter den gegebenen Umständen sachgerechten Urteil gelangt. Ist jedoch eine eigentliche Abwägung nicht indiziert – zumal die *lex fori* hier nicht direkt tangiert wird –, können m.E. ausländische Eingriffsnormen Beachtung finden, *sofern* sie nicht völkerrechtswidrig sind. Dieser Ansatz führt zu einer gegebenenfalls *kumulativen* Anwendung von Ordnungsrecht und damit zur Beachtung des „strengsten“ ausländischen Rechts. Einzugesehen und zu problematisieren ist hierbei, dass dadurch tendenziell die Anwendung von Verbotsnormen gefördert wird – immer unter der Voraussetzung, dass diese nicht in Widerspruch zum inländischen Recht, unter Einschluss völkerrechtlicher Standards, stehen.

Eine *Alternative* zur kumulativen Anknüpfung bestünde in einer eigentlichen *Inhaltskontrolle* ausländischen Rechts. Zu umschreiben wären dann die Massstäbe, nach denen berufungsfähige, inhaltlich unbedenkliche Eingriffsnormen im Inland passieren könnten. Fokussiert hat dies der *Schweizer Gesetzgeber* mit der Sonderanknüpfungsnorm von Art. 19 IPR-Gesetz getan: Kriterien der Beru-

fungsfähigkeit sind hier „schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei“ sowie „eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung“. Die helvetischen Ordnungsvorstellungen sollen hiesige Gerichte also auch dann begleiten, wenn die schweizerische Rechtsordnung und inländische Märkte an sich nicht betroffen sind. Dieser Umstand ist denn auch der Grund dafür, weshalb für Schweizer Schiedsgerichte eine direkte Übernahme von Art. 19 IPRG nach überwiegender Auffassung abgelehnt wird.

3. Massnahmerecht und Urteilsanerkennung

Ein zentraler Aspekt der *Vollstreckungszuständigkeit* von Staaten („jurisdiction to enforce“) ist die Zuständigkeit des Inlandes, über die Anerkennung ausländischer Hoheitsakte und deren Wirkungserstreckung für das Inland zu befinden. Im Zusammenhang mit möglichen Verweigerungsgründen ist darauf bereits hingewiesen worden.

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit durch erhöhte Anerkennungsbereitschaft gegenüber dem Ausland im Bereich der Gegenmassnahmen *konfliktminimierende* Effekte realisiert werden können. Zu diesem Zweck ist zunächst der Fall zu betrachten, in welchem ein ausländisches Urteil mit Ordnungsrecht des *Anerkennungsstaates* kollidiert. Soweit dieses qualifiziert zwingend, d.h. Eingriffsrecht, ist, geht es der ausländischen Anordnung grundsätzlich vor.¹¹² Gleiches gilt dann, wenn die Anerkennung wegen Verstosses der ausländischen Entscheidung gegen den *Ordre public* als Vorbehaltsklausel zu verweigern ist. Über diesen Weg müsste auch eine Anerkennungsverweigerung bei Völkerrechtsverletzungen ausländischer Judikate erfolgen.

Konfliktsrechtlich ist nun aber eine *Differenzierung* der Nichtanerkennung – beispielsweise nach Prinzipien der Interessenabwägung – zumindest anzudiskutieren. So kann dem inländischen Ordnungsbefehl etwa dadurch Genüge getan sein, dass der ausländische Entscheid nur partiell nicht anerkannt und vollstreckt wird. Eine *Teilanerkennung* ist bisher vor allem im Blick auf US-amerikanische *punitive damage awards* oder die Beschränkung inländischer Nichtigkeitsanordnung auf das Territorium des Zweitstaates erwogen worden (Prinzip der anerkennungsrechtlichen Teilnichtigkeit).¹¹³ Soweit das inländische Recht hier Ermessensspielräume eröffnet, sollten sie genutzt werden.

Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen im Rahmen des Anerkennungsverfahrens über einen Konflikt zwischen Massnahmerecht des ausländischen Entscheidungsstaates und Eingriffsnormen eines anwendungsinteressierten *Drittstaates* zu befinden ist.¹¹⁴ Die Fallkonstellation ist uns *mutatis mutandis* schon auf der Anwendungsebene begegnet. In der Terminologie von *Brainerd Currie* könnte man von einem anerkennungsrechtlichen Scheinkonflikt vor dem

112 Vgl. *Becker* (s. Anm. 77) 727 ff.

113 Vgl. etwa *Schack* (s. Anm. 19) Rz. 869, Rz. 1026 m.w.H.

114 Vgl. *Becker* (s. Anm. 77) 728 ff.

„Disinterested Third State“ sprechen. Zu denken ist an folgendes Beispiel: Einem europäischen Gericht liege ein kanadisches Urteil vor, mit welchem ein amerikanischer „Helms/Burton-Kläger“ zur Rückzahlung des in den USA Erstrittenen verpflichtet wird. Ist der kanadische Entscheid hier anerkennt- und vollstreckbar?

Sofern solchen Urteilen nicht der Charakter einer Zivil- oder Handelssache abgesprochen würde, wäre vollstreckungsrechtlich an die Fruktifizierung sonderanknüpfungsrechtlicher Lösungen zu denken, wie sie für das Erkenntnisverfahren entwickelt und erörtert worden sind. Bei Beachtung eines Kumulationsprinzips würde das heissen, dass *alle* ausländischen Entscheide anerkannt werden könnten, die – je einzeln geprüft – im Verhältnis zum Inland standzuhalten vermögen. Alternativ könnte noch im Vollstreckungsverfahren eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den konfligierenden ausländischen Anordnungen im Licht der *inländischen lex fori* erfolgen. Das heisst für den Helms/Burton-Fall: Würdigung der kanadischen Massnahmen als Reaktion auf das amerikanische Ersturteil auf der Grundlage der inländischen *lex fori*.

Wiederum ist abschliessend festzuhalten, dass auch der Bereich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide durch *Abwehrgesetze* speziell geregelt sein kann. So bedeutet die Anwendbarerklärung des Brüsseler Übereinkommens in Art. 6 Abs. 3 der EG-Eingriffsverordnung Nr. 2271/96 nichts anderes, als dass im Rahmen von Rückforderungs- und Schadenersatzverfahren „ergangene Urteile“ von Vertragsstaaten auch in anderen Vertragsstaaten des Übereinkommens zu anerkennen und vollstrecken sind.

4. Vermehrte Behördenkooperation

a. Verfahrenshilfe in Zivil- und Strafsachen

In grundsätzlicher Hinsicht nicht mehr angefochten und daher etabliert ist die internationale Rechtshilfe in *Zivil- und Handelssachen*. Sie ist Ausdruck notwendiger Staatenkooperation hinsichtlich grenzüberschreitender Sachverhalte und Rechtsstreitigkeiten. Namentlich in den Bereichen Zustellungshilfe und Beweisaufnahme im Ausland wird die zwischenstaatliche Kooperation durch zahlreiche *Staatsverträge* geregelt und sichergestellt.¹¹⁵ Dazu kommt in neuerer Zeit die Verfahrens- und Vollstreckungshilfe gegenüber ausländischen Konkursdekreten und Insolvenzverfahren.¹¹⁶

¹¹⁵ Vgl. die Gesamtdarstellung bei *Volken* (s. Anm. 26) und für Deutschland *A. Bülow/K.-H. Böckstiegel/R. Geimer/R.A. Schütze*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblattsammlung, 3. Aufl., München/Berlin 1989 [mit Ergänzungslieferungen]; zur internationalen Zustellung vgl. auch die Ausführungen oben unter II. 2.

¹¹⁶ Vgl. *A.K. Schnyder*, Internationales Konkursrecht der Schweiz – unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, in: *Heldrich/Kono* (s. Anm. 29), 119 ff.; sodann insbesondere das Europäische Konkursübereinkommen v. 12. September/23. November 1995.

Wie gesehen,¹¹⁷ schliesst die zunehmende internationale Rechtshilfe allerdings Staatenkonflikte in Einzelfällen nicht aus. Aus konfliktminimierender Sicht steht daher auch zukünftig die Aufgabe im Raum, die Kooperation laufend zu vertiefen.¹¹⁸

b. Zunehmende Bedeutung der Verwaltungsrechtshilfe – das Beispiel Schweiz

Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen waren bis vor kurzem „noch grösstenteils unerforschtes Neuland“.¹¹⁹ Das erstaunt deshalb nicht, weil bisher eine *allgemeine gesetzliche Grundlage* für die internationale Verwaltungsrechtshilfe fehlt und der grenzüberschreitende Kooperationsbedarf sich in so verschiedenen Bereichen wie Steuerrecht, Sozialversicherung, Banken- und Kapitalmarktaufsicht, Umweltschutz und Kontrolle industrieller Produkte zeigt. Aus Sicht betroffener Parteien sind bei jeder Form von Amts- und Rechtshilfe vor allem zwei Aspekte von Bedeutung. Zum einen kann Rechtshilfe in Verwaltungssachen, solange es dazu an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, nicht unter Androhung oder Anordnung von *Zwangsmassnahmen* geleistet werden.¹²⁰ Darüber hinaus ist mit Rücksicht auf die Gesetzmässigkeit der Verwaltung stets zu fragen, in welchem Umfang und zu welchem Zweck eine Behörde berechtigt ist, *amtsinternes Wissen* an ausländische Instanzen weiterzugeben.¹²¹ Die Frage ist und bleibt – wie namentlich die Revisionsbemühungen und -vorlagen im Bankenbereich¹²² zeigen – umstritten.

Auch ohne Beitritt zu neueren einschlägigen Staatsverträgen betreffend Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen¹²³ *formalisiert* die Schweiz in zunehmendem Masse die hier interessierende grenzüberschreitende Kooperation. Dies geschieht weitgehend unter dem Druck bzw. den als legitim erachteten Forderungen internationaler *Konzertierung bei der Bekämpfung* illegalen und unlauteren Verhaltens auf den Kapitalmärkten. Dabei wird offensichtlich, dass die traditionelle Strafrechtshilfe der erweiterten Zusammenarbeit in Verwaltungssachen durch die Finanzaufsichtsbehörden bedarf.

Die Entwicklungen im schweizerischen Verwaltungsrechtshilferecht – insbesondere im Rahmen der Kapitalmarktaufsicht – können hier nicht im einzelnen

117 Vgl. oben II. Ziff. 2 und II. Ziff. 4.

118 Vgl. auch A.K. Schnyder, Internationales Kapitalmarktrecht – Fragestellung, Regelungskonflikte, Koordination, ZSR NF 115 (1996) I 151-167.

119 Honegger (s. Anm. 70) 197.

120 Vgl. L. Frei, Discovery, Secrecy, and International Mutual Assistance in Civil Matters, in: R. Zäch (Hrsg.), Litigation of Business Matters in the United States and International Legal Assistance, Bern u.a. 1984, 169 ff., 200 f.

121 Mehr und mehr geregelt und statuiert ist eine enge Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in der EU; vgl. z.B. Art. 9 der Richtlinie 93/6 EWG v. 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L 141 vom 11.6.1993 S. 1.

122 Vgl. dazu Schnyder (s. Anm. 118) 162 ff. m.w.H.

123 Vgl. die Hinweise bei A.K. Schnyder, Internationale Amts- und Rechtshilfe in Wirtschaftssachen, SAG 1988, 1 ff., 8 f.

nachgezeichnet werden.¹²⁴ Der Hinweis darauf mag für die Bereiche des Internationalprivat- und -zivilverfahrensrechts aber doch bekräftigen, dass vermehrte Behördenkooperation ein – auch in seiner *Funktionalität* zu würdiger – Schritt zum Abbau von Gegenmassnahmen ist.

5. Schlichtung durch formalisierte Streitbeilegung

Gegen das Ausland gerichtete Massnahmen stellen für das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht eine schwerwiegende Herausforderung dar. Wo sich die *Kollision* von Rechtsnormen nicht als natürliche Folge plurinationaler Sachverhalte einstellt, sondern in bewusster Konfrontation herbeigeführt wird, erscheint die Verwirklichung internationalen Entscheidungseinklangs vor nationalen Gerichten geradezu als Paradoxon. Es ist daher zu fragen, ob Gegenmassnahmen und die diesen zugrunde liegenden Konflikte nicht vermehrt durch internationale Instanzen beurteilt werden müssten – und zwar auch mit Blick auf *privatrechtliche* Konsequenzen.

Die durch Anrufung nationaler Sicherheitsinteressen erfolgte Weigerung der USA, an den rechtlichen Abklärungen der *Welthandelsorganisation* (WTO) über die internationalen Auswirkungen des Helms/Burton-Gesetzes teilzunehmen,¹²⁵ veranschaulicht indessen die Problematik, die mit solchen Streitentscheidungsverfahren verknüpft ist. Dass sie dennoch etabliert und verbessert werden müssen, dürfte unbestritten sein.¹²⁶

Noch mehr Aufmerksamkeit als bisher sollten Institutionen der *internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* finden. Nach dem Muster etwa des Iran-US Claims Tribunal in Den Haag¹²⁷ wären mittels bi- oder multilateraler Staatsverträge besondere Schiedsgerichte einzusetzen, die sich ad hoc oder institutionell mit Fragen und Ansprüchen des Massnahmerechts zu befassen hätten. Denkbar wären auch eine erweiterte Kognition der WTO-Organe sowie eine Art *Vorlageverfahren*, wie es im Verhältnis zum EuGH geschaffen wurde.

Selbstredend hat jedoch eine solche Prozeduralisierung auf internationaler Ebene nur dann eine Chance, wenn der Wille zu entsprechender Kooperation gegeben ist.

124 Vgl. dazu *Schnyder* (s. Anm. 118) 162 ff. m.w.H.

125 Vgl. NZZ Nr. 44, v. 22./23.2.1997, 5, Europäisch-amerikanischer Zwist um Kuba – Washington desavouiert die Welthandelsorganisation; NZZ Nr. 46, v. 25.2.1997, 21, Ein Test für die WTO-Streitschlichtung – Die 'Helms-Burton Act' als handelsrechtliche Knacknuss.

126 Vgl. auch die Arbeit von *M.J. Hahn*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, Berlin u.a. 1996.

127 Dieses Schiedsgericht wurde 1981 zur Lösung der iranisch-amerikanischen Geiselnkrise errichtet; vgl. dazu ausführlich *R. Kahn*, The Iran-United States Claims Tribunal, Dordrecht/Boston/London 1990.

V. Schlussfolgerungen, Thesen

Zusammenfassend lassen sich für die untersuchte Problemstellung folgende Thesen formulieren:

1. Das am 12. März 1996 vom amerikanischen Präsidenten unterzeichnete *Helms/Burton-Gesetz* und die darauf erlassenen Anordnungen anderer Staaten sowie der EU belegen die Aktualität des Problembereichs „Gegenmassnahmen“.
2. In einem engen, vielleicht technischen, Sinn bedeuten Gegenmassnahmen aus der Sicht des Internationalen Privatrechts den Erlass privatrechtsrelevanter Normen, die sich bewusst und gezielt gegen eine missbilligte ausländische Regelung richten. Hierzu gehören etwa Geheimhaltungsanordnungen gegen ausländische Offenlegungspflichten oder die Verweigerung der Anerkennung ausländischer Entscheide und die Möglichkeit von Rückforderungsklagen im Rahmen eigentlicher Abwehrgesetze.
3. Daneben sind unter der Fragestellung diverse weitere verfahrens- und kollisionsrechtliche Probleme zu erörtern, die aus grenzüberschreitenden Ordnungs- und Rechtsanwendungskonflikten resultieren können, sich aber nicht gegen individuelle Staaten zu richten brauchen. Der Begriff der Gegenmassnahme ist insoweit – anders als im Völkerrecht – kein gefestigter.
4. Weitgehend ungeklärt und kontrovers ist der gebotene Umgang mit Massnahmen und Gegenmassnahmen anderer Staaten. Wenig Spielraum haben Gerichte und Verwaltungsbehörden in jenen Fällen, in denen sie durch spezifische Abwehrgesetze gebunden sind. Ob sich diesbezüglich durch völkerrechtliche Vorgaben etwas ändern kann, erscheint zweifelhaft.
5. Differenziert und flexibilisiert wird die Handhabung von Massnahmerecht gegebenenfalls dort, wo im Rahmen rechtsanwendungsrechtlicher Abwägungsnormen Entscheidungsspielräume eröffnet sind. Das gilt in erster Linie für wirtschaftskollisionsrechtliche Sonderanknüpfung in- und ausländischer Eingriffsnormen bei der Privatrechtsanwendung.
6. Gegen das Ausland gerichtete Massnahmen stellen für das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht eine schwerwiegende Herausforderung dar. Wo sich die Kollision von Rechtsnormen nicht als natürliche Folge plurinationaler Sachverhalte einstellt, sondern in bewusster Konfrontation herbeigeführt wird, erscheint die Verwirklichung internationalen Entscheidungseinklangs vor nationalen Gerichten geradezu als Paradoxon. Es ist daher zu fordern, dass Gegenmassnahmen und diesen zugrunde liegende Konflikte vermehrt durch internationale Instanzen beurteilt werden – und zwar auch mit Blick auf privatrechtliche Konsequenzen.

Summary

To sum up it can be said that the following theses may be evolved with respect to the problem under discussion.

1. The Helms/Burton Act, which was signed by the American President on March 12, 1996, as well as the ensuing arrangements made by other States and the EU, highlight the topicality of the whole complex of problems „counter measures“.
2. Counter measures in the narrower, rather technical sense mean – from the aspect of private international law – the enactment of provisions relating to civil law and purposely aimed at a rejected foreign regulation. Such provisions may include classification rules directed against foreign rules providing for the disclosure of certain facts, as well as the refusal to acknowledge foreign rulings and the possibility of raising claims for restitution under provisions of actual blocking statutes.
3. There are several other types of problems to be dealt with, problems of a procedural nature or relating to conflict rules that may arise from crossborder regulation conflicts and the application of conflicting national laws, where legal provisions are not necessarily directed against any particular country. In this respect, unlike in the domain of public international law, the notion of „counter measure“ is not a welldefined term.
4. It is still not clear and controversial to a large extent, what should be the appropriate way of dealing with measures and counter measures applied by other States. A very limited scope for decisions is left to law courts and administrative authorities insofar as they are bound by specific blocking statutes. Whether provisions of public international law could bring about a change in this respect, appears doubtful.
5. The application of the law providing for measures may eventually be rendered more flexible and leave more scope for differentiation where there is more room left for decision-making by virtue of rules providing for the balancing of interests within the scope of conflict rules. This applies above all for special connections in the domain of economic conflict rules of domestic and foreign qualified mandatory laws relating to the application of civil law.
6. Measures directed against another State are a serious challenge for both private international law and international law on civil proceedings. Where the conflict of laws is not the natural consequence of an international case but is brought about on purpose with a view to creating a state of confrontation, the realization of international harmony of decisions rendered by national law courts becomes a paradox. Therefore reason demands that counter measures and their underlying conflicts should increasingly be decided on by international instances and this also in view of consequences in the domain of civil law.



Diskussion

zu den Referaten Fiedler, Klein, Schnyder

Vorsitz: *Tomuschat*

Tomuschat:

Herr Schnyder, ich danke Ihnen für Ihr sehr reizvolles Referat, das nun nicht dem üblichen Begriffsverständnis des Völkerrechts über die Gegenmaßnahme gefolgt ist, sondern einen eher wirtschaftlich geprägten Begriff der Gegenmaßnahme zugrundegelegt hat mit ganz verschiedenartigen Konsequenzen, etwa daß für die Amerikaner der Private, der in Kuba investiert, der Täter ist, demgegenüber man eine Gegenmaßnahme ergreift, oder auch die Tatsache, daß Sie die Schutzmaßnahmen einbeziehen, die gegen eine Überschreitung des völkerrechtlichen Kompetenzkreises ergriffen werden. Das sind ja im völkerrechtlichen Sinne keine Gegenmaßnahmen, weil sie letzten Endes ein Ausfluß der Souveränität sind, die jeder Staat für sich in Anspruch nehmen kann. Die Nichtanerkennung des ausländischen öffentlichen Rechts und öffentlichrechtlicher Maßnahmen ist ja bisher eigentlich die Regel. Es wird nur dann anerkannt, wenn man es will oder wenn es in völkerrechtlichen Verträgen so stipuliert ist. Ich glaube, es wird sehr interessant sein für die Diskussion, diese unterschiedlichen Begriffe der Gegenmaßnahme miteinander zu messen und zu sehen, ob es da gemeinsame Standards gibt und in welcher Weise sich das unterscheidet. Also nochmals, sehr herzlichen Dank.

Frowein:

Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich möchte zunächst den Referenten für diese außerordentlich eindrucksvollen und reichhaltigen Referate danken und eine Bemerkung zu dem Begriff der Gegenmaßnahmen machen und hier eigentlich als Völkerrechtler für die These des Internationalprivatrechters werben, daß wir vorsichtig sein sollten, allzu frühzeitig die „countermeasure“- (Gegenmaßnahme) auf den alten Repressalienbegriff festzulegen. Wie sehr richtig gesagt worden ist, ist der Bereich der Retorsion heute in weitem Umfang von solcher Bedeutung, daß das nicht außer Acht gelassen werden sollte. Mir scheint auch nicht uninteressant, daß der Artikel 47 des Draft sehr bewußt die Begriffsbestimmung einschränkt: „for the purposes of the present Draft Articles the taking of countermeasures (usw.) means“. Da ist ja sehr bewußt ein weiterer Begriff offengehalten, für den, so meine ich, eine Menge spricht. In demselben Zusammenhang würde ich gerne ein Wort dazu sagen, wie denn die deutsche Praxis oder überhaupt die ja oft nicht leicht auffindbare Praxis zu bewerten ist. Ich glaube, es gibt da mehr als zum Teil deutlich geworden ist. Man kann bei den deutschen Maßnahmen aufgrund der Entscheidungen des Rates der Gemeinschaft im Teheraner Geiselfall, man kann im Zusammenhang mit der Kündigung

des Luftverkehrsabkommens Pakistan nach den Terroristenmaßnahmen, und man kann meines Erachtens auch bei den Maßnahmen gegenüber der *Aeroflot* nach dem Abschluß des koreanischen Linienflugzeuges ernsthaft darüber streiten, ob nicht jedenfalls in Anspruch genommen worden ist, daß auch in Rechte eingegriffen werden kann. Ich habe das an anderen Stellen etwas intensiver versucht zu analysieren, will das nur hier anmerken.

Es gibt einen zweiten Grund, warum es mir gefährlich erscheint, sich von Anfang an in der Begriffsbildung zu sehr einzuengen. Sehr häufig taucht ja die große Schwierigkeit auf, vor der der IGH auch bei *Nicaragua* stand, und an der er meines Erachtens zum Teil gescheitert ist, daß nämlich Ausnahmeklauseln (etwa in dem nicaraguanisch-amerikanischen Freundschaftsvertrag) zu bewerten sind. Wenn die anwendbar sind, ist man im Bereich der Retorsion. Da ist wirklich ein sehr interessanter Zusammenhang zu sehen.

Die Zeit läuft sehr schnell, deshalb komme ich zu dem zweiten Punkt, der die Frage betrifft, die Herr Fiedler uns sehr eingehend vorgeführt hat: Wie ist es mit Vorabnotwendigkeiten bei solchen Maßnahmen? Da würde ich sehr Herrn Kleins These unterstützen wollen, daß es einfach nicht sein kann, daß der Draft so verstanden wird, daß wir im Grunde eine Prämie auf den Rechtsverstoß setzen. Hier würde ich gerne beide völkerrechtlichen Referenten fragen, und besonders unseren Vorsitzenden, ob nicht Art. 48 Absatz 1 und Absatz 2 sehr bewußt formuliert worden sind, genauso wie das amerikanisch-französische Schiedsgericht in dem berühmten *Air Traffic Agreement*-Fall entschieden hat, nämlich, daß Countermeasures sehr wohl, wenn Verhandlungen abgelehnt worden sind, sofort eingeleitet werden können. Wenn Sie noch mal den Wortlaut von 1 und 2 kontrollieren und dann bei 2 „an injured state taking countermeasures shall fulfill“. Das setzt voraus, daß sie bereits angewendet werden. Ich lese das wörtlich, wie in der Tat Angelsachsen zu lesen gewohnt sind, und ich sollte mich wundern, wenn das nicht bewußt so formuliert worden wäre. Meine Bemerkung hier knüpft auch an die Thesen von Herrn Fiedler 14 und von Herrn Klein 12 an, wie sicherlich bereits bemerkt wurde.

Dann will ich zum Abschluß auf die These von Herrn Klein Nummer 10 noch eingehen und fragen, ob nicht die sehr sympathische Auffassung, daß Menschenrechte ganz generell repressalienfest gemacht werden sollten, zu einer ausgesprochenen Problematik bei Eigentums- und Wirtschaftsrecht führen muß. Im Moment will ich die Tendenz äußern, den Eigentumsschutz herauszunehmen. Sonst habe ich den wichtigsten Bereich, den ich heute noch als Repressalienzugriffsbereich, also Fremdeigentum, verfügbar haben muß, ausgeschlossen. Herrn Klein stimme ich im zweiten Teil dieser These hundertprozentig zu.

Seidl-Hohenveldern:

Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich komme, um Gegenmaßnahmen inklusive des *Helms-Burton Acts* zu verteidigen. Ich gehöre nicht zu den kämpfenden Bataillonen, ich bin längst in der tiefsten Reserve, aber ich möchte Sie daran erinnern, wie wir, kurz bevor der Kampf im Irak in einen Schießkrieg

übergegangen ist, wie wir damals alle gehofft haben, die wirtschaftlichen Sanktionen – das waren ja Gegenmaßnahmen – würden genügen, um den Irak in die Knie zu zwingen. Das ist aber eben gerade deshalb nicht gegangen, weil man diese Gegenmaßnahmen nicht mit genügend Energie betreiben konnte, wegen aller möglicher rechtlicher und politischer Hindernisse. Der *Helms-Burton Act* will sich über alle solchen Hindernisse hinwegsetzen. Die Amerikaner verteidigen diesen Act, insbesondere gegen die Einwände der WTO, durch den Hinweis auf Art. 26 WTO. Die Sicherheitsinteressen der Vereinigten Staaten seien von Kuba bedroht. Ich gebe zu, das ist lächerlich. Aber es ist genauso lächerlich, wenn andererseits die EWG in ihrer Verordnung zur Abwehr des *Helms-Burton Acts* sich auf Sicherheitsinteressen bezieht, die angeblich die Anwendung des deutschen oder EG-*ordre public* gegen die amerikanischen Maßnahmen rechtfertigen. Auch da gilt, daß die EG durch die Anwendung des *Helms-Burton Acts* nicht untergehen würde. Ich bin für diesen *Helms-Burton Act*, weil er Jugendträume von mir auf dem Gebiet des internationalen Konfiskations- und Enteignungsrechts erfüllt. Ich war einer der Mitträger der *Abs-Shawcross-Convention*, die die OECD zwar gebilligt, aber dann doch wieder nicht durchgeführt hat. Ihrzufolge sollten konfiskatorische Titel, die im Ausland erworben wurden, nirgends anerkannt werden dürfen. Das würde allerdings sehr weit gehen, und der *Helms-Burton Act* geht sehr weit. Er ist aber nicht völlig präzedenzlos, wenn Sie sich an den Fall *Dame Lung gegen Sonatrach* erinnern. Eine Französin, deren Gebäude in Algier von der staatlichen Erdölgesellschaft Sonatrach besetzt und benutzt worden ist, konnte vom französischen Kassationsgerichtshof Miete für dieses Gebäude erlangen. Natürlich ist das eine weit gehende Maßnahme. Aber es ist konsequent. Man wollte hier und man will mit dem *Helms-Burton Act* Unrecht gut machen, nämlich das Unrecht, das seinerzeit den Amerikanern geschehen ist, deren Eigentum in Kuba konfisziert und ins Ausland verkauft worden ist. Warum verdienen die Kanadier, warum verdienen die EWG mehr Schutz als irgendwelche Aasgeier, die in den Jahren 1933-1945 billig jüdisches Vermögen gekauft haben? Oder, ich erinnere an das Referat von Herrn Heini vor einigen Jahren, – diejenigen, die sich als Strohhalm hergegeben hatten, um amerikanisches Computerwissen trotz der US Embargovorschriften an die Sowjetunion weiterzugeben. Daß die diesbezüglichen Verträge dann wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre public* für nichtig erklärt wurden, weil die Amerikaner mit den Deutschen verbündet waren, habe ich also durchaus für richtig gefunden. Das sind die Gründe, die mich gegen die Kritik an dem *Helms-Burton Act* etwas skeptisch machen und die mir also auch die Abwehrmaßnahmen gegen diesen Act, die insbesondere Herr Schnyder sehr schön geschildert hat, in einem etwas zweideutigen Licht erscheinen lassen. Gewiß wäre es eine bessere Lösung, wenn man sich irgendwie auf einer mittleren Linie ausgleicht, nur wo ist die mittlere Linie? Und je nachdem, wo der Richter sitzt, wird er die Linie so oder so ziehen. Es ist also das zwar eine bessere Lösung als einfach zu sagen: „right or wrong, my country“, aber im Ergebnis wird es nicht viel anders sein. Das ist eigentlich alles, was ich sagen wollte, wobei ich aber gleich auch wiederum einen Einwand gegen meine eigene Auffassung vorbringen muß, um damit abzuschließen. Historisch gesehen, haben wir Feindhandelsgesetze ja schon vor dem ersten Weltkrieg gehabt. Die sogenannte Kontinentalsperre war

nichts anderes als ein Feindhandelsgesetz, das Napoleon I. durchsetzen wollte. Es war letzten Endes das Unglück Napoleons, daß er die Kontinental Sperre, also sein Feindhandelsgesetz, auch auf das Drittland Rußland ausdehnen wollte mit dem Resultat des Jahres 1812. Also wenn ich hier den *Helms-Burton Act* lobe, tue ich das auch wieder mit einem gewissen Unbehagen, weil ich mir denken kann, daß unter Umständen eine Übertreibung in seiner Richtung auch auf die Urheber zurückschlagen könnte.

Tomuschat:

Vielen Dank Herr Seidl-Hohenveldern. Diese differenzierte Betrachtung von *Helms-Burton* wird sicher noch bei andern Rednern auftauchen. Dessen bin ich mir sicher.

Lang:

Vorsitzender, meine Herren Referenten, ich möchte die Aufmerksamkeit des Auditoriums vor allem auf ein Faktum lenken. Daß nämlich die Problematik Extraterritorialität eine ganz besonders wichtige Rolle im Problemkomplex Handel und Umwelt spielt. Wir Österreicher haben es unmittelbar erlebt, die österreichische Tropenholzgesetzgebung wurde von den ASEAN-Staaten als Bedrohung ihrer Tropenholzexporte angesehen. Daraufhin wurde angedroht, Österreich aus allen öffentlichen Anbietersverfahren innerhalb von ASEAN auszuschließen. Nur eine Retorsion oder Androhung einer Retorsion, aber sie hat auf jeden Fall hinreichend gewirkt, um das österreichische Parlament zu beeinflussen. Dann möchte ich hinweisen auf die beiden Thunfisch-Fälle. Sie alle werden die Fälle kennen, wo die USA gegen die mexikanischen Fischmethoden vorgegangen sind, entweder direkt gegenüber Mexiko mit einem Handelsembargo oder gegenüber jenen europäischen Staaten, die im Dreiecksgeschäft von Mexiko diese Thunfische kauften und nach den USA reexportieren wollten. Die erste Entscheidung bezog sich ausschließlich auf die Extrajurisdiktion der amerikanischen Maßnahmen. Die zweite Entscheidung konzentrierte sich eher darauf, daß mit Hilfe dieses Embargos anderen Staaten eine bestimmte Umweltpolitik aufgezwungen wird, die Souveränität dieser Staaten eindeutig verletzt wird. Das war eigentlich ein Hauptmotiv des zweiten Panels. Außerdem wird durch das Aufzwingen, durch diese einseitigen Maßnahmen, die ja in den USA gang und gäbe sind, natürlich die Balance der Vorteile und Nachteile, die Basis des ganzen GATT-Systems, untergraben. Das waren die Hauptargumente und schließlich und endlich möchte ich noch hinweisen auf die neue Streitbeilegungsregelung im GATT, wo wir dann eben nach Durchlaufen des gesamten Verfahrens einschließlich des Appellate Body die Festlegung haben, durch eine Schiedskommission, welche Gegenmaßnahmen für die beschädigte Partei zulässig sind, genau determiniert vom Umfang her und vom Inhalt her. Also ich glaube, hier ist ein weiteres Gebiet zu durchforschen, diese sehr sensible Problematik von Extrajurisdiktion, einseitigen Maßnahmen und Gegenmaßnahmen. Danke.

Simma:

Zuerst ein kurzes Wort der Verteidigung oder der Sympathie gegenüber dem ILC-Entwurf. Ich meine, daß man nicht aus den Augen verlieren darf, daß es zu Beginn des ILC-Entwurfs einen Artikel gibt (ich glaube es ist nunmehr Artikel 37), in dem steht, daß die im Entwurf dann folgenden Regelungen gegenüber *leges speciales* in separaten Regimes zurücktreten. Ich finde nun, daß derartige *leges speciales* in einigen der Bereichen bestehen, die in den Referaten, vor allem in demjenigen von Herrn Fiedler, als problematisch genannt worden sind. Diese Sonderregelungen schließen die Anwendung des allgemeinen Regimes der Staatenverantwortlichkeit weitgehend aus. Dazu gehört etwa der ganze Bereich der Gewaltanwendung, des Gewaltverbots, der in Kapitel VII und in ergänzendem Gewohnheitsrecht geregelt ist, und ich glaube die Vereinten Nationen würden aufschreien, wenn die ILC auf den Gedanken käme, diesem Kapitel VII ihren Entwurf zur Durchsetzung der Staatenverantwortlichkeit überzustülpen. Und ähnliches gilt wohl für den menschenrechtlichen Bereich, wie auch für den internationalen Umweltschutz, wo in Sachen Verantwortlichkeit und deren Durchsetzung subtilere Instrumente geschaffen worden sind, wie etwa Non-compliance Procedures und ähnliches. In diesen Gebieten wirken die Vorstellungen der ILC zur Durchsetzung der Staatenverantwortlichkeit wie der bekannte Elefant im Porzellanladen.

Die Referenten haben zu Recht darauf hingewiesen, daß die Belastung durch die Verfahren, die der Spezialberichterstatter Arangio Ruiz „pre-countermeasures settlement procedures“ genannt hat, sehr groß ist und ich fürchte daher, daß in der Praxis folgendes eintreten wird: Man wird Gegenmaßnahmen, die man für notwendig hält, als „interim measures of protection“ bezeichnen. Dieser Begriff ist wirklich ein Euphemismus. Er stammt aus dem internationalen Verfahrensrecht, wo er natürlich seinen Platz hat. In diesem Bereich wacht ein Gericht darüber, ob Maßnahmen wirklich „interim“-Charakter haben und nicht einen Mißbrauch darstellen. Ich fürchte also, daß Repressalien in Zukunft faktisch „interim measures of protection“ genannt werden, und wenn das geschieht, dann ist der Staat, der zu diesen Maßnahmen greift, die meisten der verfahrensmäßigen Schranken los. Das ist eine besonders problematische Konsequenz.

Zu Herrn Fiedlers These 27 möchte ich nur kurz sagen, daß sie mir zu weit geht. Dort steht im ersten Satz, daß, wenn es zur „Aufnahme des Konflikts“ durch eine internationale Organisation kommt, die einzelstaatliche Gegenmaßnahme hinter die Sanktion zurückzutreten hat. Das kann ich in Bezug auf die VN-Charta und deren Kapitel VII akzeptieren, aber wenn ich mir irgendeine internationale Organisation, wie etwa den Europarat, vorstelle, die dann zu irgendwelchen Maßnahmen greift, die Herr Fiedler vielleicht als „Sanktion“ bezeichnen würde, dann könnte ich als verletzter Staat eigentlich ganz schön schlecht wegkommen. Ich frage mich daher, ob man den in der These von Herrn Fiedler verwendeten Begriff der internationale Organisation hier nicht einschränkend verstehen sollte, nämlich in dem Sinne, daß darunter nur Organisationen verstanden werden können, die zu echten Zwangsmaßnahmen in der Lage sind.

In These 28 wird etwas undeutlicher als im Referat von einer Verpflichtung zu Repressalien gesprochen. Ich glaube, in seinem Referat war Herr Fiedler der Meinung, daß derartige Pflichten sehr wohl entstehen könnten. Mich würde interessieren, ob Sie dafür schon ein Beispiel haben. Mir ist eine Pflicht, an Repressalien anderer Staaten teilzunehmen, nicht bekannt. Dagegen kenne ich natürlich die Verpflichtung, Maßnahmen von anderer Seite, die darauf abzielen, der Rechtsverletzung gegenzusteuern, nicht zu vereiteln, wie dies etwa der Internationale Gerichtshof in seinem *Namibia*-Gutachten 1971 erwähnt hat. Aber eine Verpflichtung zur Teilnahme an Repressalien geht auch heute noch zu weit.

Sehr interessant fand ich die These von Herrn Klein, daß das Vorhandensein mehrerer Verletzter nicht dazu führen muß, daß alle Verletzten in gleicher Weise zu Repressalien berechtigt sind (dies ist ja auch eine These von Herrn Tomuschat, die er in der ILC immer wieder vertreten hat). Dazu sagen Sie zu Recht, daß so etwas natürlich nur in Frage kommt, wenn es überhaupt unmittelbar Verletzte gibt. In diesem Zusammenhang sollte man sich vielleicht fragen, ob man in Analogie zur kollektiven Selbstverteidigung und zum Urteil des Internationalen Gerichtshofs im Falle *Nicaragua* etwa verlangen sollte, daß nicht unmittelbar verletzte Staaten, bevor sie zu Repressalien greifen, von Seiten des unmittelbar verletzten Staates um Mithilfe gebeten werden sollten. Ich finde, daß dieses Gebot eines Hilfersuchens im Kontext von Repressalien weniger problematisch ist als im Zusammenhang mit der Selbstverteidigung, wo das Opfer vielleicht am Boden liegt und der Aggressor auf seiner Brust kniet, so daß dem Opfer ein Hilferuf gar nicht mehr möglich ist. Herr Klein spricht dann in seinem Referat zur These 8 von der Möglichkeit, daß Mitglieder internationaler Organisationen zu Gegenmaßnahmen oder Repressalien gegenüber einer Organisation greifen könnten, von der sie sich in ihren Rechten verletzt fühlen. Als Beispiel ist Südafrika von 1974 bis zu seiner vollen „Rückkehr“ in die UNO genannt worden. Diesbezüglich habe ich Bedenken. Sollte man bei dieser Konstellation – Mitgliedstaat gegen Organisation – nicht besser die Auffassung vertreten, daß die einzige „Gegenmaßnahme“ hier der Austritt aus der Organisation ist? Wenn mir die Art und Weise, wie mich die Organe eines Vereins behandeln, nicht behagt, dann werde ich aus diesem Verein austreten, aber dann Repressalien gegen die Organisation zu ergreifen, erscheint mir bedenklich.

Ein ganz kurzes Wort zu dem Verhältnis von Artikel 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention zum Repressalienrecht. Dazu haben Sie gesagt, daß selbst wenn die in Artikel 60 vorgesehene Möglichkeit von Rücktritt und Suspendierung eines Vertrages ausdrücklich durch eine vertragliche Regelung als *lex specialis* ausgeschlossen worden ist, immer noch Repressalien verhängt werden könnten. Diese Auffassung halte ich für richtig, nur darf dann bei der Durchführung von Repressalien ebenfalls nicht auf Bestimmungen des Vertrages zurückgegriffen werden, die durch das Verbot der reziproken Maßnahmen nach Artikel 60 Absatz 5 geschützt sind. Man müßte eine andere Bestimmung oder andere Verpflichtung gegenüber dem Vertragsverletzer als Gegenstand der Repressalie wählen.

Ein letztes Wort noch zu den Menschenrechten. Hier scheint mir sehr interessant, wie unterschiedlich dieses Thema in den beiden Referaten behandelt wird. Bei Herrn Fiedler kamen die Menschenrechte im Zusammenhang mit dem Argument vor, daß es sehr schwer sei, bestimmte „core human rights“ zu schützen, weil auf universeller Ebene ein großer Streit darüber bestehe, was zu einem derartigen „core“ wirklich gehöre. Bei Herrn Klein dagegen geht es in die gegenteilige Richtung; er meint nämlich, daß die Beschränkung auf einen „core“ zu wenig ist. Hier ist in der Tat eine Grenze zu ziehen. Ich habe schon vor vielen Jahren einen Aufsatz über Vertragsbruch und Artikel 60 nach der Wiener Konvention geschrieben und darin das Beispiel gebracht, daß etwa nach dem Genfer Kriegsgefangenenübereinkommen jeder Gefangene pro Jahr eine bestimmte Anzahl von Postkarten an seine Angehörigen schreiben darf. In diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob es wirklich ausgeschlossen sein soll, die Anzahl solcher Postkarten pro Jahr in Durchführung einer Repressalie einzuschränken. Sicherlich ist die bewußte Bestimmung des Genfer Übereinkommens eine menschenrechtliche Norm. Aber diese Normen *en bloc* als repressalienfest anzusehen, ist wohl zu unscharf. Sehen Sie sich nur die Judikatur der Straßburger Organe der EMRK an. Man wird doch wohl nicht behaupten können, daß alles, was dort zu den Menschenrechten gerechnet wird, repressalienfest sein soll.

Wolfrum:

Herr Vorsitzender, vielen Dank an die drei Referenten für die schönen Referate. Ich möchte drei Fragen ansprechen. Einmal zu Sinn und Aufgabe von Gegenmaßnahmen. Vor allem Herr Klein hat darauf hingewiesen, daß Gegenmaßnahmen in Form von Repressalien in der Praxis eine geringe Relevanz haben. Herr Frowein hat dem schon entgegengehalten; ich möchte an der Stelle, wo Herr Frowein aufgehört hat, fortfahren. Auch die Durchführung von Sanktionen des Sicherheitsrats sind – da sie durch den Sicherheitsrat zwar angeordnet, aber von Staaten durchgeführt werden – letztlich Repressalien. Insofern müssen wir auch diese in unserer Betrachtung als von Staaten getragene Aktionen mitberücksichtigen. Staaten agieren hier, das räume ich ein, allerdings in einer anderen Funktion. Sie handeln als Agenten des Gemeininteresses. Insgesamt bin ich der Meinung, daß These 8 von Herrn Klein oder These 3 von Herrn Fiedler in dieser Hinsicht noch differenzierungsfähig wären: Die einseitige Aktion der Staaten als Staaten und die Aktion der Staaten auf der Basis von Beschlüssen internationaler Organisationen.

Der zweite Punkt beschäftigt sich mit einem Teil dessen, was ich eben gesagt habe. Bis zu welchem Grade können Staaten Gemeinschaftsinteressen, ohne also unmittelbar verletzt zu sein, durchsetzen? Sicher – und beide Referenten haben insoweit Flexibilität gezeigt – ist nicht vorher ein Beschluß eines Gemeinschaftsorgans notwendig. Meine Frage ist, unterstellen wir, es gäbe keine unmittelbar Verletzten, ob dann jeder einzelne Staat tätig werden kann. Ich neige zu dieser Ansicht. Nur dann entwickelt diese Maßnahme einen Durchsetzungscharakter. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang gelegentlich von der dezentralen Durchsetzung des Völkerrechts.

Mein dritter Punkt zu den Grenzen von Gegenmaßnahmen. In Genf zirkuliert zur Zeit ein Bericht der WHO vom März 1996 über die Folge der Wirtschaftssanktionen gegen den Irak. Nur eine Zahl: Die Kindersterblichkeit ist im Irak – je nachdem, wie man rechnet, ich nehme eine moderate Zahl – sechsfach gestiegen. Als Folge der weniger zur Verfügung stehenden Nahrungsmittel bzw. Medikamente. Die WHO ist, glaube ich, ein neutrales und insoweit glaubwürdiges Gremium. Unterstellen wir einmal diese Aussage als zutreffend. Dann stellt sich die Frage, ob die Beibehaltung der Wirtschaftssanktionen gegen den Irak heute wirklich noch zulässig ist. Die Maßnahmen sind Beugemaßnahmen, worauf Herr Klein völlig richtig hingewiesen hat. Rechtfertigen wirklich die jetzt angestrebten Ziele diesen Einsatz von Wirtschaftssanktionen? Gibt es Grenzen und steht vor allem der von Herrn Klein angesprochene Schutz der Menschenrechte nicht den Sanktionen entgegen? Ich bin mir völlig im klaren, daß man damit diesen Maßnahmen erhebliche Grenzen setzt. Aber wir müssen wirklich vom Sinn und Zweck der Sanktionen ausgehen und von den Folgen, die sie in dem betreffenden Land haben. Ich erinnere daran, daß im humanitären Kriegsrecht der „indiscriminate attack“ verboten ist, also der Angriff auf militärische Ziele mit Kollateralschäden für die Zivilbevölkerung. Bei Wirtschaftssanktionen nehmen wir in Kauf, daß praktisch nur die Zivilbevölkerung betroffen wird. Ein weiterer Gesichtspunkt zur Verhältnismäßigkeit. Herr Klein, Sie haben im Referat gesagt, es solle nur das Übermaß ausgeschlossen werden. M.E. geht Artikel 49 des Entwurfs in eine andere Richtung; er schließt auch die Verhältnismäßigkeit, verwaltungsrechtlich formuliert, im engeren Sinne mit ein. Damit wäre ich wieder bei dem Beispiel, das ich eben genannt habe, der Frage, wann entfällt die Verhältnismäßigkeit bei Wirtschaftssanktionen? Vielen Dank.

Sonnenberger:

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen. Es liegt nahe, daß ich als Internationalprivatrechtler die Reihe der Diskussionsbeiträge des Völkerrechts etwas unterbreche und ein paar Worte zu dem sehr schönen Referat von Herrn Schnyder hinzufügen möchte, die aus meiner Sicht vielleicht noch ein paar kleine Ergänzungen bringen, vielleicht auch ein paar Präzisierungen und auch ein paar Fragen oder zumindest eine Frage an Sie, Herr Schnyder. Zunächst einmal ist es außerordentlich sympathisch, wenn das Referat herausgestellt hat, daß wir über die rein territoriale Anwendung des Eingriffsrechts – auf dieses möchte ich mich konzentrieren – heute hinaus sind. Ich möchte es ein bißchen einschränken: Jedenfalls wenn ich die deutsche Judikatur und auch Literatur betrachte, würde ich sagen, hinaus sein sollten. Denn insbesondere der Bundesgerichtshof hält nach wie vor an der territorialen Schranke der Anwendung von Eingriffsnormen fest und verwechselt hier offenkundig, das muß man auch hinzusetzen, Geltung und Anwendung miteinander. Wenn man über diese Schleuse nun aber hinauskommt, dann ist natürlich die Problematik immer noch nicht erledigt. Denn dann sind wir bei der Frage, wie wenden wir das Eingriffsrecht nun eigentlich an? Und ich muß da leider feststellen, daß sich zwar unsere Auffassungen, Herr Schnyder, hinsichtlich der Entwicklung der Sonderanknüpfungslehre weitestgehend decken. Aber immerhin hält nach wie vor sowohl der Bundesgerichtshof

als auch ein so namhafter Kommentator wie Heldrich im *Palandt* und neuerdings ja auch Herr Sturm in der letzten gerade eben erst erschienen Neubearbeitung seiner Einführung ins internationale Privatrecht im *Staudinger* daran fest, daß diese ganzen Sonderanknüpfungslehren eigentlich alle Unfug sind und man doch besser zurückkehren sollte beziehungsweise, wie es unser Bundesgerichtshof tut, doch festhalten soll daran, daß man die ausländischen Eingriffsnormen nur als ein Faktum zur Kenntnis nimmt und Verhaltensregeln, die dort enthalten sind, lediglich als ein solches berücksichtigt bei der Beurteilung von tatsächlichem Verhalten von Privatrechtssubjekten. Außerdem ist zu sagen, selbst wenn man über diese Sichtweise hinauskommt, sind wir natürlich immer noch mit der Sonderanknüpfungslehre nicht am Ende. Dann geht es ja eigentlich erst richtig los, wie man die Sonderanknüpfungen machen soll. Es gibt natürlich drei verschiedene Ebenen: völkerrechtliche Verpflichtung, europarechtliche Verpflichtung – dazu habe ich nachher gleich eine Frage an Sie – und dann die autonome eigene Entscheidung, ausländisches Eingriffsrecht anzuwenden. Sie haben zum Schluß nur noch ganz kurz – und ich bin sehr gespannt, was in Ihrem Referat schriftlich stehen wird – den Artikel 7 EVÜ angesprochen. Zu Art. 7 Abs. 1 brauchen wir gar nichts zu sagen, denn den haben wir in der Bundesrepublik nicht übernommen und zum Teil ist dafür Herr Coester verantwortlich, der da hinten sitzt. Er hat damals das Thema ziemlich auseinandergenommen und zu Recht. Also haben wir Art. 7 Abs. 1 EVÜ nicht übernommen. Ich muß heute sagen, was den Art. 7 Abs. 2 anbetrifft, bin ich inzwischen auch im Zweifel, ob man wirklich hergehen und sagen kann, das ist ein kollisionsrechtlicher Ansatz. Ich habe den Giuliano-Lagarde-Bericht in den letzten Woche noch einmal aus gegebenem Anlaß durchsehen müssen und stelle fest, daß dort steht, abgesehen von ein paar Beispielen, die genannt werden, die Arbeitsgruppe habe sich auf den Begriff dessen, was eine Eingriffsnorm ist, gar nicht einigen können und deshalb habe man das ein bißchen umschrieben. Aber was es eigentlich für Normen sind, wisse man bis heute nicht so ganz genau. Ich bin persönlich fast der Meinung, daß man auch den Art. 7 Abs. 2 EVÜ in der Bundesrepublik vielleicht besser nicht als Art. 34 EGBGB kodifiziert hätte, und zwar aus den gleichen Gründen, die damals Herr Coester dargelegt hat: Wenn noch nicht einmal der Kreis der angesprochenen Normen klar ist, so ist es mit rechtsstaatlichen Vorstellungen einer Norm kaum vereinbar, was da formuliert worden ist. Die Situation ist bei uns in der Bundesrepublik durch die Entwicklung der Richtlinienpolitik der Europäischen Gemeinschaft so, daß mittlerweile sogar zweifelhaft geworden ist, ob nicht schlichte Privatrechtsnormen, nämlich zum Beispiel Verbraucherschutznormen, auch Eingriffsnormen sind. Zuvor wurde dies zu Recht glaube ich, auf die Normen im öffentlichen wirtschaftspolitischen, gesellschaftspolitischen, staatspolitischen Interesse beschränkt. Da ist also sicher noch eine Menge Diskussionsbedarf, um das endlich einmal klarzulegen, was das eigentlich ist, diese Eingriffsnormen.

Und jetzt kommt meine Frage zu dem Europarecht. Damit möchte ich dann auch enden. Bei einer Reihe von anderen Arbeiten, die ich im Augenblick im Gange habe, ist mir folgende Frage gekommen, die bisher relativ wenig diskutiert wird, wenn ich das richtig sehe. Wenn wir uns Eingriffsnormen ausländischer Staaten

öffnen, wenn wir ihre Anwendung vorsehen, wie steht das eigentlich mit Eingriffsnormen – und zwar solchen, die tatsächlich Eingriffsnormen im oben genannten strengen Sinn sind – die in den einzelnen Staaten der europäischen Gemeinschaft gestaltet werden aufgrund einer gemeinsam beschlossenen Politik, die in Richtlinien zum Ausdruck gekommen ist? Können wir eigentlich, was ja heute überwiegend noch geschieht, derartige Normen eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft, in dem die gleiche Politik verfolgt wird, wie wir sie auch infolge gemeinsam beschlossener Richtlinien betreiben, können wir solche Eingriffsnormen wirklich noch von der Anwendung ausschließen wie diejenigen von Drittstaaten, wie es bis heute weitgehend verbreitet ist? Dazu würde mich ganz besonders interessieren, wie Ihre Meinung ist. Schönen Dank.

Tomuschat:

Vielen Dank, Herr Sonnenberger, das ist eine interessante Dimension des Europarechts, die bisher nicht ausreichend diskutiert worden ist. Wenn man Europarecht sagt, dann meint man normalerweise das Verhältnis von Gemeinschaft zu Mitgliedstaaten. Aber wie sich das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten untereinander modifiziert hat unter dem Einfluß des Europarechts, wird bisher viel zu wenig problematisiert.

Siehr:

Ich wollte auf ein Phänomen noch aufmerksam machen, das im Völkerrecht zwischen den Staaten eine Rolle spielt. Eine Maßnahme, eine Gegenmaßnahme stellt sich im Privatrecht häufig ganz anders dar. Auch im Privatrecht artikuliert sich ein Streit zwischen den Staaten. Das kann man bei der Feindhandelsgesetzgebung, bei dem *Helms-Burton Act*, bei Treble Damages Suits sehen. Staatliche Wirtschaftspolitik wird nicht nur durchgesetzt in einem Verhandeln zwischen den Staaten, sondern auch auf privatrechtlicher Ebene im Gerichtsgebäude eines normalen staatlichen Gerichtes für Zivilsachen. Das hat folgende Bedeutung für den Vergleich zwischen dem Völkerrecht und dem Privatrecht, wo sich die Situation zunächst im Ausgangspunkt anders darstellt als im Völkerrecht. Der Anfang ist zunächst rein privatrechtlich. Wenn überzogene Maßnahmen wirtschaftspolitischer Art eingreifen, wird der betroffene Staat irgendwelche Gegenmaßnahmen treffen, wie z.B. keine Zustellung, keine Anerkennung dieser überzogenen Übergriffe. Wir stehen vor dem Problem ausländischer Eingriffsnormen, also von staatlichen Maßnahmegesetzen, die unabhängig von der kollisionsrechtlichen Anknüpfungproblematik unmittelbare Geltung beanspruchen. Beispiele sind das schweizerische Verbot, daß Ausländer ohne staatliche Genehmigung keine Grundstücke erwerben dürfen, und verschiedene andere wirtschaftspolitische Normen aus dem Kartellrecht und aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht. Wie sind solche ausländischen Eingriffsnormen im Zivilprozeß zu beurteilen? Wie steht es im Zivilprozeß, wenn der *Helms-Burton Act*, wenn ausländisches Kartellrecht, wenn ein Feindhandelsgesetz zur Sprache kommt? Wie ist das von dem Zivilgericht zu beurteilen? Beispiele hierfür sind aus dem deutschen Bereich der Bremer Tabakfall und der Chile-Kupferstreit. Zu beurteilen

war bei diesen Streitigkeiten, ob die im Ausland entschädigungslos enteigneten Waren (Tabak aus Indonesien, Kupfer aus Chile), die in Deutschland angelandet wurden, den ursprünglichen Eigentümern herauszugeben sind. Die Problematik war eine Herausgabeklage vor den örtlichen Zivilgerichten, wobei die Frage zu entscheiden war, ob diese Enteignungen völkerrechtswidrig sind und wie wir dem zu begegnen haben. Die Antwort der deutschen Gerichte war, und das ist meiner Ansicht sehr zweifelhaft: Die Enteignungen werden anerkannt, und diese entschädigungslosen Enteignungen verstoßen nicht gegen den deutschen *ordre public*, weil keine Binnenbeziehung vorliege. Man müßte besser sagen, daß ein völkerrechtswidriger Akt vorliege und nicht anerkannt werde. Deshalb seien die Waren herauszugeben. Hier sind also gemeinsame Probleme, die einheitlich beurteilt werden müssen und nicht durch den privatrechtlichen *ordre public* eingeschränkt werden dürfen. Das allein wäre eine völkerrechtsfreundliche Beurteilungsweise, wie sie auch die Völkerrechtler vornehmen.

Eine Schlußbemerkung noch zu dem Haager Zustellungsübereinkommen, das von Herrn Schnyder angesprochen wurde. Es ging also darum, ob bei internationalen Zustellungen ein Übereinkommen angewendet werden muß, um sicherzustellen, daß die Zustellung für den im Ausland anhängigen Prozeß ordnungsgemäß erfolgt. Hier wurde den amerikanischen Gerichten vorgeworfen, sie hätten eine Auslegung des Übereinkommens gewählt, die ihnen die Möglichkeit gibt, im Inland, also in Amerika, nach amerikanischem Recht zuzustellen. Ich glaube, hier stoßen wir auf einen Mangel des ganzen Übereinkommens, das ein Rechtshilfeübereinkommen ist. Bei internationaler Rechtshilfe beurteilt jedes Forum selbst, wann es Rechtshilfe nötig hat und wann nicht. Es ist eben ein Fehler in dem Übereinkommen, daß nicht extra darauf hingewiesen worden ist, daß eben dieser Grundsatz, der allgemein gilt, hier nicht gilt. Meiner Ansicht nach ist hier die amerikanische Rechtsprechung durchaus berechtigt, wenn man dann auf Zustellung verzichtet, sofern man nach amerikanischem Recht wegen „doing business in America“ in Amerika wirksam zustellen kann.

Oppermann:

Ich möchte nur zwei allgemeine Bemerkungen beisteuern. Das heißt, eigentlich sind es drei, denn auch ich möchte es nicht versäumen, mich bei allen drei Referenten für die unterschiedlich fokussierenden, aber gleichermaßen bereichernden Ausführungen zu bedanken. Ungeachtet dessen darf ich, das betrifft insbesondere die beiden völkerrechtlichen Referate, darauf aufmerksam machen, daß ich es bedauert habe, daß das Wirtschaftsvölkerrecht – wohl unvermeidlich – etwas zurücktreten mußte. Sie, Herr Klein, haben immerhin den Artikel 23 Abs. 2 WTO erwähnt und sozusagen die Ehre des Wirtschaftsvölkerrechtes gerettet. Man darf allgemein sagen, auch im Sinne Ihrer Ausführungen, Herr Botschafter Lang, daß das GATT/WTO-System eines der reichsten Felder für unsere Thematik darstellt. Man könnte es geradezu als ein Instrument nicht der Bannung, sondern der Bändigung der Gegenmaßnahmen bezeichnen und mancherlei Beispiele daraus schöpfen. In der Diskussion und in den Referaten ist einiges angeklungen. Bei Herrn Frowein, wenn Sie sagten, man müsse das Eigentum aus-

klammern, wenn wir auf die Menschenrechte als Ausnahmetatbestand zusteuern wollen. Das ging in diese Richtung.

Zwei Fragen möchte ich an die Referenten in diesem Zusammenhang richten. Erstens: Ich bin nicht ganz überzeugt, Herr Klein, ob bei der Retorsion völlige Freiheit herrscht. Dann benötigten wir gar keine weiteren völkerrechtlichen Regeln mehr. Wenn man die Dinge näher betrachtet, ist die Retorsion gerade im Wirtschaftsvölkerrecht das eigentliche Instrument, mit dem man im weiteren Sinne Gegenmaßnahmen betreibt. Die Grenzziehung zwischen Retorsion und Repräsentation gestaltet sich dann gar nicht so einfach. Ich kann mich daher einer gewissen Sympathie für die Bemühungen nicht enthalten, auch bei der Retorsion – vielleicht im Sinne von *soft law* – gewisse rechtliche Eingrenzungen vorzunehmen.

Die zweite Bemerkung betrifft Herrn Schnyder, der natürlich das internationale Wirtschaftsrecht in seiner Gemengelage zwischen internationalem Privatrecht und überhaupt Privatrecht und öffentlichem Recht hier eingeführt hat. Lassen Sie mich an Ihre Schlußbemerkung, Herr Vorsitzender, anknüpfen. Sie haben von den „blocking statutes“ gesprochen. Sind sie wirklich *domaine réservé*?

Wenn es so ist, wie Herr Seidl-Hohenveldern sagte, daß das *Helms-Burton* Gesetz in Ordnung ist, wie ist es dann mit diesen Blocking Statutes? Die Blocking Statutes haben doch nicht nur einen internen Effekt, sondern auch gleichzeitig sehr starke Ausstrahlung nach außen. Daher meine ich, daß sie sich gewisse völkerrechtliche Eingrenzungsüberlegungen – Proportionalität und ähnliches – gefallen lassen müssen.

Eine letzte Bemerkung. Ich nehme als wesentlichsten Satz der Vorträge die Übereinstimmung zwischen These 7 Fiedler und These 3 Klein mit nach Hause, daß die Gegenmaßnahmen ein unentbehrliches Instrument des Völkerrechtes bleiben, so wie es sich heute darstellt. Ich würde das allerdings in einem Punkt nuancieren. Wenn man sich die große weltpolitische Entwicklung seit 1989 vor Augen führt, kann man insofern eine sehr interessante Disparität in der Einschätzung der Gegenmaßnahmen beobachten. Auf der einen Seite sehen wir Bereiche wie die Europäische Gemeinschaft, aber auch wiederum GATT/WTO, in denen man Gegenmaßnahmen zurückdrängt, so weit das irgend möglich ist oder auf sie verzichtet. Die EG ist eigentlich eine einzige Bemühung in dieser Richtung. Wie weit das 100-prozentig immer Erfolg hat, will ich jetzt nicht so genau untersuchen. Wir haben jedenfalls diese Zonen, wo im Sinne des ursprünglichen Rechtsgedankens das altertümliche, „alttestamentarische“ Instrument der Gegenmaßnahme nicht mehr am Platze ist.

Auf der anderen Seite erleben wir – leider Gottes -, daß auch nach 1989 noch nicht der große Friede in der Welt ausgebrochen ist. Im Gegenteil! In den verschiedensten Regionen schwelen alte oder neue Konflikte weiter oder brechen neu aus; unmittelbar vor den Toren der Europäischen Gemeinschaft wie auf dem Balkan oder im Nahen Osten. Es hat mich ein wenig verwundert, daß bei den vielen Beispielen, die gebracht worden sind, nie von Israel und Palästina die Rede war. Ich weiß nicht, ob man alles, was dort geschieht, ausschließlich als

verschiedene Nuancen der Selbstverteidigung begreifen muß, oder ob das nicht auch ein Themenbereich für uns gewesen wäre. Ich will nur auf diese Disparität hinweisen. Die Unentbehrlichkeit der Gegenmaßnahmen bei der Bewältigung dieser verschiedenen Konflikte springt in die Augen. Dessenungeachtet bleibt das lobenswerte Bemühen zu betonen, in bestimmten, uns besonders nahe stehenden Regionen oder auch in Sachbereichen wie im Internationalen Wirtschaftsrecht, wenn schon nicht eine Bannung, so doch eine fortschreitende Bändigung der Gegenmaßnahmen anzustreben.

Tomuschat:

Vielen Dank Herr Oppermann. Aber in diesem System gibt es gleichzeitig Mechanismen, um die Einhaltung des Rechtes zu sichern. Wenn man wie in der Europäischen Gemeinschaft ein effektives Erzwingungssystem hat, kann man die Gegenmaßnahmen ausschalten.

Heintschel von Heinegg:

Auch ich habe drei Punkte – das scheint Gewohnheitsrecht zu sein. Zunächst zum Begriff der Gegenmaßnahme. Ich glaube, wir müssen im Auge behalten, daß das Völkerrecht in zahlreichen Fällen ausdrücklich die Befugnis vorsieht, andere Staaten in ihren Rechten zu beeinträchtigen. Herr Schnyder hat hier das Beispiel der Behandlung von Feindhandel gebracht. Hier hält das Völkerrecht Bestimmungen vor, denen zufolge die Beeinträchtigung von Rechten anderer Staaten eben nicht rechtswidrig, sondern – ohne vorangehende Rechtsverletzung – ausdrücklich erlaubt ist. Wir müssen beim Begriff der Repressalie folglich äußerst vorsichtig sein und die eigentliche Rechtswidrigkeit der getroffenen Maßnahmen von dem ausdrücklich vom Völkerrecht Erlaubten abgrenzen. Zur Funktion der Repressalie: Beide Referenten, die den völkerrechtlichen Teil bestritten, Herr Fiedler wie auch Herr Klein, gehen davon aus, daß die Repressalie die Funktion erfüllt, den Rechtsbrecher dazu zu bewegen oder gar zu zwingen, zum rechtmäßigen Zustand zurückzukehren. Von diesem Ausgangspunkt her ist es natürlich konsequent, wenn dann gefordert wird, eine Repressalie dürfe nur ergriffen werden, solange der Rechtsverstoß andauert. Ich bin mir nicht ganz sicher, ob in der Staatenpraxis nicht auch zahlreiche Beispiele nachweisbar sind, in denen eine Rechtsverletzung eben nicht andauert, gleichwohl aber unter der Bezeichnung der Repressalie Gegenmaßnahmen ergriffen worden sind. Ich glaube also, daß es nicht nur darum gehen kann, eine andauernde Rechtsverletzung zu beenden, sondern daß es sehr wohl zulässig ist, bei Bestehen einer Wiederholungsgefahr eine Repressalie zu ergreifen, einfach um zu verhindern, daß es zu einem erneuten Rechtsverstoß kommt. Eine andauernde Rechtsverletzung ist mithin nicht erforderlich.

Des weiteren zu den Schranken. Herr Wolfrum, ich bin Ihnen sehr dankbar, daß Sie auf das humanitäre Völkerrecht hingewiesen haben, und schließe mich Ihnen uneingeschränkt an. Zudem möchte ich darauf hinweisen, daß der IGH die Regelungen des humanitären Völkerrechts als „basic considerations of humanity“ bezeichnet hat, die, wenn sie schon im Krieg Anwendung finden, erst recht im

Frieden gelten müssen. In der Tat kann das Aushungern der Zivilbevölkerung oder der Bevölkerung durch Zwangsmaßnahme oder ähnliche Maßnahmen wohl nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn dies schon im Krieg verboten ist. Dies möchte ich auch zum Anlaß nehmen, auf die ausdrücklichen Repressalienverbote des humanitären Völkerrechts zu verweisen, die ja dann auch Geltung beanspruchen müssen. Zum anderen ist es unzureichend, allgemein auf das Gewaltverbot oder auf das angeblich bestehende Verbot der Beeinträchtigung von Rechten Dritter abzustellen. Ich glaube, auch insofern hält das Völkerrecht nicht wenige Beispiele und Regeln vor, die es erlauben, unter bestimmten Voraussetzungen gegen das Gewaltverbot zu verstoßen oder aber jedenfalls Rechte Dritter zu beeinträchtigen.

Schließlich habe ich Sie, Herr Klein, in Ihrer Bezugnahme auf Art. 60 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge so verstanden, daß Sie dafür plädieren, die Schranken des Artikel 60 auch auf die Repressalie zu übertragen. Wenn dem nicht so sein sollte, dann ziehe ich meinen Einwand zurück. Ich möchte lediglich darauf hinweisen, daß abgesehen von den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln, die somit auch außerhalb des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zu verorten sind, Artikel 60 WVK nicht für die Repressalie nutzbar gemacht werden kann. Vielen Dank.

Tomuschat:

Ich sehe dem mit Erwartungen entgegen, wenn Herr Klein oder Herr Fiedler hinterher erklären, wie das Verhältnis zwischen Artikel 60 WVK und dem Repressalienbericht lautet.

Ress:

Ich möchte mich zuerst zum Begriff der Repressalie und zum Verhältnis der Repressalie zur Retorsion äußern. Als Völkerrechtler müssen wir natürlich daran interessiert sein, auch im ILC-Entwurf relativ klare Begriffsbestimmungen und eine Trennung beider Rechtsinstitute einzuführen. Dennoch hat mich der Ausgangspunkt unseres IPR-Kollegen fasziniert, weil er vom Begriff der Gegenmaßnahme in einer undifferenzierten Weise ausgegangen ist und beide Begriffe, Repressalie und Retorsion, wenn ich recht verstanden habe, zunächst einmal zusammengefaßt hat. Das hängt damit zusammen, daß es oftmals für den Völkerrechtler – und das klang auch in den Worten von Herrn Seidl-Hohenveldern an – *ex ante* nicht völlig klar ist, ob ein Verhalten völkerrechtswidrig ist oder nicht und ob eine sich daran anknüpfende Maßnahme selbst rechtswidrig sein darf, also Repressaliencharakter haben darf, oder ob man sich mit einer Retorsion begnügen muß. Wir bewegen uns oftmals in einer Zone rechtlicher Unsicherheit. Das entspricht den Grauzonen, von denen Herr Fiedler sprach. Deswegen wäre es sinnvoll, für diese Fälle, die in der Praxis sicherlich häufiger sind als jene Fälle, in denen es von Anfang an eine klare Einordnung in das eine oder in das andere Kästchen gibt, Ansätze für gewisse gemeinsame Regeln zu entwickeln. Ich plädiere also dafür, in einem neuen Anlauf gemeinsame Regeln für Gegenmaßnahmen vor die Klammer zu ziehen und eine Untersuchung darüber zu wa-

gen, wieweit man mit einer solchen sektoriellen Gemeinsamkeit oder mit allgemeinen Regeln kommt.

Mein zweiter Punkt betrifft die einstweiligen Maßnahmen, zu denen Herr Simma schon Bemerkungen gemacht hatte. Der ILC-Entwurf hat mit der Einfügung der Möglichkeit der „interim measures“ im Grunde die gesamte verfahrensrechtliche Einhegung des Begriffs der Gegenmaßnahme fast schon aufgegeben. Welcher Staat, der die Notwendigkeit empfindet und zu begründen vermag, Maßnahmen zur Protektion zu ergreifen, wird nicht sagen, es handele sich um eine „interim measure“? Hier enthält der Entwurf in Artikel 48 in der Tat viel zu wenig, um derartige fragwürdige Berufungen auszuschließen.

Drittens schließlich: Mit Recht haben beide Referenten – Herr Fiedler in 27 und 28 – darauf hingewiesen, daß mehr und mehr die Zulässigkeit der Repressalie durch völkerrechtliche Verträge, nämlich durch „self-contained regimes“ eingeschränkt wird. Es war schon die Rede vom GATT und von der Pflicht nach den WTO-Regeln, Panels anzurufen; das gleiche gilt für die Regionalorganisationen wie die EG. Dasselbe gilt für Verpflichtungen aus speziellen Verträgen wie der EMRK. Nur muß man klar die Möglichkeit und die rechtliche Notwendigkeit, ein derartiges Rechtsregime zu durchlaufen, unterscheiden, wie dies Herr Klein auch getan hat. Es bleibt dann immer noch die Frage zu beantworten, ob dann, wenn ein solches Rechtsschutzsystem durchlaufen ist und wenn es erfolglos durchlaufen ist, der Rückgriff auf die Repressalie ausgeschlossen ist. Herr Klein hat, wenn ich ihn recht verstanden habe, sogar gesagt, er halte es für ausgeschlossen, daß man ein solches Regime so interpretieren könne, daß es bei der behaupteten Verletzung von Normen wirklich den Rückgriff auf die Repressalie ausschließt. Ich bezweifle, daß man das in dieser Konsequenz wirklich vertreten kann. Ich würde einschränkend meinen, es spricht sehr viel dagegen, daß ein völkerrechtliches Regime dieser Art so zu interpretieren ist. Nur wenn es klar einen solchen Rückgriff auf die Repressalie ausschließt, dann muß das auch dem Willen der Staaten gemäß an sich zulässig sein.

Zum Schluß noch ein Wort zum Begriff „basic human rights“ im Artikel 50. Bei allem Wohlwollen für eine ausdehnende Interpretation oder für die Möglichkeit, die Herr Klein angedeutet hat – er hat ja gesagt, jeder Staat müsse sich an das halten, was er in seinen menschenrechtlichen Verträgen vereinbart hat, was dann eine Relativität der Eingriffsschranken zur Folge hätte –, ist es doch zweifelhaft, ob dieser Vorschlag von Herrn Klein wirklich ein taugliches Rechtsregime für die Staaten insgesamt abgeben kann. Bei aller Schwierigkeit, den „hard core of human rights“, also das, was „basic“ ist, festzustellen, würde ich es dennoch im Sinne der internationalen Rechtssicherheit für angemessen halten, es bei dieser Formulierung zu belassen.

Klein:

Ich möchte zu elf Punkten, die angesprochen worden sind, natürlich in der gebotenen Kürze Stellung nehmen und beginne mit dem Begriff der Gegenmaßnahmen. Ich stimme allen denen zu, die meinen, man solle doch diesen Begriff etwas weiter verstehen. So habe ich ihn selbst auch verstanden, sonst wäre ich

nicht auf die Retorsion eingegangen. Also ich meine, man muß ihn wirklich weiter fassen, als ihn die International Law Commission definiert hat. Damit verbinde ich die Antwort auf die Frage, Herr Oppermann hat sie wohl gestellt, ob es nicht doch sinnvoll sein könnte, ein Rechtsregime der Retorsion zu etablieren? Natürlich, wenn man über Grenzen staatlichen Verhaltens spricht, und das habe ich getan, dann hat man sozusagen schon ein Regime. Aber das, was gemeint ist, ist natürlich doch mehr. Ich zweifle, ob es sinnvoll ist, ob man dem Völkerrecht einen Gefallen tut, wenn man ein Rechtsinstitut wie die Retorsion, die rechtmäßiges Verhalten ist, über das Festhalten an der Rechtmäßigkeit hinaus noch weiter eingrenzen sollte. Das erscheint mir nicht plausibel, und ich würde deswegen gerne auf meiner Meinung beharren.

Der zweite Punkt betrifft die Repressalienfestigkeit der Menschenrechte. Es war mir klar, daß ich mich da sehr weit vorgewagt habe, und der Finger wurde natürlich zutreffend auch auf das kritische Recht – nämlich das Eigentum – gelegt. Nun, Herr Ress hat eben darauf hingewiesen, wie schwierig der Begriff „basic human rights“ zu verstehen ist. Es soll damit nur der menschenrechtliche Mindeststandard gemeint sein, über den es freilich auch Streit gibt. Es soll auf Artikel 4 der Menschenrechtspakte – also die notstandsfesten Menschenrechte – zurückgegriffen werden – all das ist sicher denkbar, geht mir aber, ehrlich gesagt, nicht weit genug. Die Verfügbarkeit von Menschenrechten im Sinne ihrer Geeignetheit als Repressalienobjekt kann auch Quelle zusätzlichen Streits sein, und ich meine, dies ist gerade in diesem Rahmen wenig sinnvoll. Hinzu kommt, dies ist mehr eine rechtspolitische Auffassung, daß ich meine, die Beugezwangskapazität von Menschenrechtsverletzungen ist außerordentlich gering. Nun kommt freilich wieder der Hinweis auf das Eigentum. Aber wenn es wirklich nur das Eigentum ist, denn ich kann mir sonst kaum ein Recht vorstellen, dessen Verletzung Beugezwang ausüben kann, dann glaube ich, ist der Begriff „basic human rights“ viel zu eng. Man müßte also eine Formulierung wählen, die die Menschenrechte für repressalienfest erklärt mit Ausnahme des Eigentums Privater. Ich habe hier Zweifel und meine deshalb, auch wenn das sehr progressiv ist, daß man einen Schritt weiter gehen sollte, und ich würde daher auch insofern gerne an meiner These festhalten.

Mit Herrn Wolfrum bin ich der Meinung, daß in der Tat dann, wenn *erga omnes*-Normen verletzt sind, alle ein Recht zur Repressalie haben, jedenfalls dann, wenn es keinen unmittelbar Verletzten gibt. Herr Wolfrum hatte die Frage gestellt, sie für sich beantwortet, und ich würde ihm gerne in dieser Antwort folgen wollen.

Herr Simma hat die Frage gestellt, ob es eine Pflicht zur Repressalie geben kann. Ich möchte insoweit – dies habe ich in meinem Vortrag nicht näher ausgeführt, wohl aber in der schriftlichen Fassung – auf meine These 14 verweisen. Ich meine, eine solche Pflicht gibt es nicht, kann es generell nicht geben. Ich habe deswegen auch Bedenken gegen Artikel 53 lit. d des ILC-Entwurfs, den man durchaus so interpretieren kann, daß bei „international crimes“, also in diesem Sonderfall, die Staaten gehalten sind, diejenigen Staaten zu unterstützen, die gegen die International Crimes vorgehen, sich deren Repressalien also anschlie-

ben müssen. Das geht mir entschieden zu weit. Ich möchte also dafür plädieren, selbst in diesem Fall keine Pflicht zum Ergreifen von Repressalien anzunehmen. Das kann freilich anders sein, wenn es der Sicherheitsrat verlangt.

Herr Simma hat weiter danach gefragt, ob wir nicht ähnlich wie beim Selbstvertheidigungsrecht ein Hilfsersuchen des unmittelbar verletzten Staates, wenn gegen *erga omnes*-Normen verstoßen wird, voraussetzen müssen, damit dritte Staaten tätig werden können. Ich selbst habe diese Parallele zum kollektiven Selbstvertheidigungsrecht gezogen und gemeint, daß keine aufgedrängte Rechtsdurchsetzungshilfe geleistet werden sollte. Ob man aber wirklich so weit gehen soll, daß nur ein ausdrückliches Ersuchen um Hilfe die Rechtsdurchsetzung durch Dritte eröffnen soll, halte ich indes für zweifelhaft. Gerade die entsprechenden Passagen im *Nicaragua*-Urteil des Internationalen Gerichtshofs scheinen mir nicht besonders gelungen zu sein, und ich möchte deshalb eher vorschlagen, diese Schwierigkeiten, die wir im Verhältnis von El Salvador und den USA hatten, nicht in den Bereich der Repressalie hineinzunehmen.

Herr Wolfrum hat das Problem des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angesprochen. Ich möchte darauf beharren, daß er nur im Sinn eines Übermaßverbotes und nicht in dem weiten Sinn des innerstaatlichen Rechts verstanden werden kann; dem steht nicht entgegen, daß dieser Grundsatz auch für die Zweck-Mittel-Relation eine Rolle spielt. Ich habe ausdrücklich diese beiden Relationen, Zweck-Mittel einerseits und das Verhältnis von Unrechtsakt, auf den geantwortet wird, und Repressalienakt andererseits, hervorgehoben. Ich glaube also, da gibt es keinen Dissens.

Ferner ist die Frage aufgeworfen worden, ob sich Mitgliedstaaten wirklich mit der Repressalie gegen rechtswidrige Akte ihrer Organisation wehren können. Ich meine nach wie vor ja. Herr Simma meinte, daß vielleicht dann der Austritt doch besser sei. Nun glaube ich nicht, daß die Völkerrechtsgemeinschaft wirklich einen Vorteil daraus ziehen würde, wenn ein Staat, der von seiner Organisation völkerrechtswidrig behandelt wird, von der UN-Generalversammlung etwa, gegen deren Maßnahmen kein Rechtsschutz besteht, vor die Alternative gestellt würde, entweder aus der Organisation auszutreten oder diese Rechtsverletzung klaglos hinzunehmen. Ich meine, das ist eine Alternative, vor die wir weder den Staat noch die Völkerrechtsgemeinschaft stellen sollten, und glaube deswegen, daß die Repressalie eine Möglichkeit ist, auf dieses Unrecht zu reagieren, ohne gleich mit der Keule des Austritts arbeiten zu müssen.

Was nun das Verhältnis von Artikel 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention zur Repressalie betrifft, so war meine Auffassung die, daß natürlich das Repressalienrecht neben der vertragsrechtlichen Reaktion besteht, die Artikel 60 beschreibt; da stimme ich Herrn Simma, wie er das ja schon früher zu Recht dargestellt hat, völlig zu. Was ich meinte, war dies: Wenn sich aus vertraglichen Gründen der Zugriff auf eine Vertragspflicht verbietet, darf man nicht auf dieselbe Pflicht einfach über das Instrument der Repressalie zugreifen; dieser Vertrag oder diese Vertragspflicht ist von dem Repressalienzugriff also ausgenommen. Das heißt nicht, daß nicht per Repressalie auf irgendeine andere Pflicht zugegrif-

fen werden kann. Wenn ich Herrn Simma richtig verstanden habe, dann besteht hier kein Dissens.

Herr Oppermann hat sicher Recht, daß das Wirtschaftsvölkerrecht stärker auch in den völkerrechtlichen Referaten hätte ausgewertet werden können. Ich versuchte wenigstens en passant, auf die GATT-Problematik hinzuweisen. Ich muß aber ganz ehrlich sagen, daß ich angesichts der ausgezeichneten Dissertation von Michael Hahn über die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie keinen Anlaß sah, all das hier zu wiederholen, denn ich hätte schlechthin nicht viel anderes sagen können. Ich meine, das Problem ist in diesem Buch hervorragend behandelt, und glaubte deswegen, mich auf diese wenigen Bemerkungen beschränken zu können.

Ich habe nicht viel Sympathie für die Auffassung, daß allein die Wiederholungsgefahr zum Ergreifen einer Repressalie oder ihrer Fortführung berechtigt. Das geht mir zu weit. Man muß natürlich unterscheiden; wenn die Primärverletzung eingestellt worden ist, kann trotzdem eine Repressalie noch aufrechterhalten werden, wenn nämlich die Sekundärpflichten noch nicht erfüllt sind. Aber das ist natürlich ein anderer Fall, denn auch da besteht ja noch Unrecht, das noch nicht wiedergutmacht ist.

Schließlich noch ein Wort zum „self-contained regime“. Ich habe nicht gesagt, oder wollte es jedenfalls nicht sagen, daß ein „self-contained regime“ nicht etabliert oder keine vertragliche Regelung vereinbart werden könnte, die den Repressaliengriff ausschließt. Ich glaube, das kann vertraglich geregelt werden. Ich habe allerdings bezweifelt, ob es sinnvoll ist, daß sich die Vertragsparteien auf diesen Weg einlassen. Danke schön.

Fiedler:

Ich sehe, daß manches schon angesprochen wurde von Herrn Klein. Ich werde versuchen, mich auf die anderen Fragen zu beschränken, die mich betrafen. Ich kann gleich ansetzen bei dem Beitrag von Herrn Frowein. Herr Frowein hat einen Kernpunkt der Problematik behandelt, ohne daß das immer sofort deutlich würde, denn wenn er sagt, man solle sich nicht zu vorschnell auf die klassische Repressalie festlegen, den Begriff der Gegenmaßnahme nicht zu eng nehmen, so stimme ich dem völlig zu. Es ist auch mein Eindruck aus den Diskussionen in der ILC gewesen, soweit ich sie nachvollziehen konnte. Mit der Verallgemeinerung des Begriffes der Gegenmaßnahme ist die Chance geboten, Gegenmaßnahmen in einem allgemeinen Sinne miteinzubeziehen, auch wenn sie eher einen Druck im Sinne einer bloßen Retorsion ausüben. Die ILC hat in ihrer Kommentierung in fast schon genialer Art eine Fußnote formuliert, wonach Retorsionen von der Kodifizierung nicht betroffen seien. Dabei kann es nicht bleiben. Die Staatenwirklichkeit ist eher ein Ineinander verschiedener Wechselwirkungen von Repressalie und Retorsion; das eine kann in das andere übergehen. Insofern bietet die sprachliche auch die Möglichkeit einer dogmatischen Veränderung. Deshalb stimme ich der Warnung vor begrifflicher Einschränkung zu. Der andere Gesichtspunkt war, Art. 48 Abs. 2 stärker zu Abs. 1 hinzuzunehmen. Auch hier meine ich, daß Abs. 2 nur betont, daß der Staat, der eine Zwischenmaßnah-

me vornimmt, außerdem nach wie vor gezwungen sei, das übliche Verfahren fortzuführen. So habe ich dies jedenfalls verstanden. Ich kann mich geirrt haben, und das wird im Zweifel der Herr Vorsitzende besser wissen, denn er muß ja dabei gewesen sein. Und so habe ich das verstanden. Man muß daher den Abs. 2 im Sinne einer Bekräftigung der ursprünglichen Verfahrenspflicht ansehen.

Die Frage von Herrn Frowein in bezug auf die Menschenrechte hat mich natürlich ebenfalls gereizt, auch bei Herrn Klein. Ich bin mir nicht sicher, ob man einfach von Menschenrechten generell sprechen und dabei das Eigentum ausnehmen kann. Wenn man von Menschenrechten spricht und das Eigentum ausnimmt, muß man dafür eine Begründung liefern. Man sagt dann etwa, das Eigentum sei kein „basic“ Menschenrecht. Es gehöre nicht zum Kern der Menschenrechte. Hier muß man eine Präzisierung der oft verwendeten Begriffe vornehmen. Ich stelle hier überall die Frage, mir doch bitte zu erklären, was der Unterschied zwischen „basic human rights“, „fundamental human rights“, „elementaren Menschenrechten“ und dem „Kern der Menschenrechte“ ist. Bisher haben wir in allen möglichen Konventionen ein freies Herumvagabundieren dieser Ausdrücke feststellen können. Wenn ich ein anderes Thema hätte, dann würde ich etwa über die Staatensukzession sprechen, und dann würden wir abermals auf die „basic human rights“ zu sprechen kommen, von denen niemand weiß, was sie so genau sind; doch wir sind ganz zufrieden, daß wir nun die elementaren oder fundamentalen Menschenrechte geschützt sehen. Sie sind eben nicht geschützt, weil niemand so richtig weiß, wo die Grenzen verlaufen, und hier haben wir wissenschaftliche Arbeit und Fortschreibung der Staatenpraxis vor uns.

Dann zu Herrn Simma. Herr Simma, ich stimme zu, daß vieles in Einzelbereichen bereits weitgehend abschließend geregelt ist: Gewaltverbot, Menschenrechte usw. Aber mein Versuch und meine Tendenz war es ja gerade, von diesen etwas – bitte nicht negativ zu verstehen – festen oder hölzernen Begriffen wegzukommen, die uns ein weiteres Nachdenken manchmal verwehren. Wir können nicht behaupten, über das Gewaltverbot sei alles in der UN-Charta gesagt. Aus der Sicht der Repressalie sieht sich manches eben anders an, und hier muß man überlegen, ob es richtig ist zu formulieren, da es in der UN-Charta geregelt sei, brauchten wir es nicht mehr weiter zu verfolgen. Hier würde ich nur darum bitten, daß man aus der Sicht der Gegenmaßnahme vielleicht doch einmal überdenkt, ob das eine oder andere, das wir dogmatisch mit uns schleppen, nach wie vor auch auf die Gegenmaßnahme zutrifft. Repressalienpflicht – da haben Sie mich in der Tat bei einem Fehler erwischt. Ich habe in diesem Zusammenhang an die „international crimes“ gedacht, und Herr Klein hat das ja auch angesprochen. Hier findet sich in Artikel 53 eine ganze Reihe von Mitwirkungs- und Kooperationsverpflichtungen anderer Staaten „for all states“. Ich habe mich verleiten lassen, das Wort Repressalie einzuschieben. Das ist in der Tat zu weitgehend, das gestehe ich Ihnen zu. Gleichgesetzt werden sollte nur die strenge und weitgehende Kooperationspflicht im Falle eines Völkerrechtsverbrechens. Das war ein Flüchtigkeitsfehler, und ich gebe Ihnen völlig Recht. Zustimmung möchte ich Ihnen auch, daß die Menschenrechte begrenzt sein sollen, die bei der Gegenmaßnahme eine Rolle spielen. Nur, mir genügt das Verständnis von „basic human rights“ nicht.

Herr Wolfrum hat in seinem Punkt eine sehr wichtige Bemerkung gemacht: Die Repressalien als Gegenmaßnahmen der Einzelstaaten und die Sanktionen, bei denen der Einzelstaat in anderer Funktion mitwirkt. Dies ist eine bedeutsame Unterscheidung, denn der Staat taucht ja auch bei den Sanktionen auf, wenn auch in anderer Funktion. Daß hier vielleicht nicht immer so strenge Trennlinien zu ziehen sind, das würde ich auch so sehen.

Eine völlig unterbewertete Problematik ist von Herrn Wolfrum mit seinem Beispiel aus dem Irakkonflikt aufgegriffen worden. In der Tat müssen wir fragen, ob Wirtschaftsmaßnahmen verstärkt in ihren Grenzen an den Menschenrechten beachtet werden müssen. Ich ging davon ganz selbstverständlich aus. Die Grenzen des Art. 50 des Entwurfes gelten natürlich auch für Wirtschaftsmaßnahmen. Jedenfalls würde ich dafür plädieren. Ich hatte den Eindruck, daß dies eine vorgegebene Grenze sein sollte. Und insofern trifft dieses Beispiel ganz die Vorstellungswelt, von der ich bei diesem Vortrag ausging. Vor den weiteren Fragen möchte ich den Beitrag von Herrn Oppermann aufgreifen. Ich möchte nur eine Verständnis-Korrektur vornehmen. Er hat die These Nummer sieben erwähnt; das geltende Völkerrecht kenne kein generelles Repressalienverbot. Das war nicht so gemeint, daß die Repressalien, die nach geltendem Völkerrecht erlaubt sind, keine Grenzen hätten. Es gibt heute Repressalien nur in den völkerrechtlich gegebenen Grenzen, aber nicht in einer Freiheit von ihnen.

Herr Heintschel von Heinegg hat die Grenzen, die das humanitäre Völkerrecht zieht, erwähnt. Auch hier möchte ich ihm zustimmen. Allerdings muß ich hinzufügen, daß wir neben dem Wirtschaftsvölkerrecht auch kriegsrechtliche Fragen hier nicht behandelt haben. Es müßte das humanitäre Völkerrecht natürlich stärker beachtet werden, als wir das hier heute getan haben. Ich darf ihm danken für den Hinweis und bin auch der Meinung, daß, wie Herr Klein dies sagte, im Falle einer Wiederholungsgefahr ein gefährliches Terrain betreten wird. Denn wenn es nicht erlaubt ist, Repressalien oder Gegenmaßnahmen mit Strafcharakter zu treffen, so muß die Sicherheit dafür geschaffen werden, daß niemand diesen Strafcharakter durch die Hintertür dadurch einführt, daß er behauptet, er wolle nur eine Wiederholungsgefahr vermeiden. Denn der Weg zum Strafcharakter der Gegenmaßnahme – über die Begründung mit einer Wiederholungsgefahr – ist zu leicht begehbar und zu gefährlich. Hier würde ich Ihnen nicht folgen.

Herr Ress hat am Schluß ebenfalls zu den „basic human rights“ gesprochen und für eine entsprechende Begrenzung plädiert, und hier meine ich, daß die bereits genannten Aufgaben vor uns liegen. Die „interim measures“ sind in der Tat der Zufluchtsort für alle Staaten, die etwas schnell durchsetzen wollen und keine langen Verhandlungsmaßnahmen und Verhandlungsverfahren auf sich nehmen wollen. Insofern sind diese Regeln des Art. 48 Abs.1 Satz 2 meines Erachtens systematisch und der Sache nach gefährlich. Ich danke Ihnen.

Schnyder:

Ich versuche, mich kurz zu fassen. Ich glaube, Herr Ress hat es auf den Punkt gebracht. Als Internationalprivat- und Wirtschaftsrechtler möchte ich naheliegenderweise die Problematik der grenzüberschreitenden Wirtschaftsrechtskon-

flikte nicht in ein Prokrustesbett vorgegebener Begriffe zwingen. Mich interessiert da eigentlich – und das war das besonders Spannende hier – der Diskurs mit dem Völkerrecht. Können wir im internationalen Wirtschaftsrecht hinsichtlich der privatrechtlichen und ordnungsrechtlichen Sichtweise völkerrechtsrelevante Antworten erhalten für die konkrete Privat- und Wirtschaftsrechtsanwendung? Ich bin noch nicht abschließend bereit, die damit verbundene Hoffnung aufzugeben. Da darf ich denn auch überleiten zu Herrn Oppermann. Bei Herrn Seidl-Hohenveldern ist es ebenfalls angekommen – ich kann mir nun kein schöneres Beispiel vorstellen im „Wirtschaftskrieg“ als *Helms-Burton* und die EG-Verordnung vom November 1996. Wenn der EU-Rat sagt, diese US-Gesetze seien wegen ihrer extraterritorialen Anwendung völkerrechtswidrig, so möchte ich darüber mit dem Völkerrecht in einen Diskurs treten. Erstens in bezug auf die Völkerrechtskonformität, und zweitens welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Da scheint mir doch erheblicher Diskussionsbedarf gegeben.

Gestatten Sie mir noch, auf die Fragen von Herrn Sonnenberger einzugehen, die ja ins „Kerngeschäft“ des Wirtschaftskollisionsrechts hineingreifen. Sie haben zu Recht die Dialektik – die namentlich im deutschen Schrifttum emphatisch betriebene Dialektik – der wirtschaftskollisionsrechtlichen Sonderanknüpfungen betont: die Frage nämlich, ob wir einen kollisionsrechtlichen Sonderweg entwickeln sollten in bezug auf die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsmaßnahmen. Oder ob wir das über rein privatrechtliche Instrumente, namentlich des Schuldrechts, machen müßten. Auch hier kann man neue Wege unterdrücken, indem man stets wieder auf die materiellrechtlichen Behelfe zurückgreift: Wegfall der Geschäftsgrundlage, Sittenwidrigkeit u.a. Aber ich glaube, daß wir hier ebenso die Sichtweise um eine Dimension des Völkerrechts erweitern sollten. Herr Meng hat das mit seinen jahrzehntelangen Arbeiten aufgezeigt, daß da nämlich Schnittstellen bestehen. Diese können wir nur mit Sonderkollisionsrecht reflektieren, nicht mit materiellrechtlichen Instrumenten. Ich darf Ihnen hierzu vielleicht noch einen Fall nennen. Das Schweizer Bundesgericht hat – ich konnte das nicht ausführen – vor einiger Zeit Schiedsgerichte verpflichtet, zu der Frage Stellung zu nehmen – und zwar kollisionsrechtlich –, ob und wieweit EGV 85 in Schweizer Schiedsverfahren zu beachten sei oder nicht. Der Umgang mit Europakartellrecht verpflichtet in solchen Fällen zu komplexen anknüpfungsrechtlichen Überlegungen (unter Einschluß des Völkerrechts).

Ein letzter Punkt, Herr Sonnenberger: die Frage der Europakonformität von IPR, im engeren Sinne, oder überhaupt von Kollisionsrecht. Es handelt sich hier um eine sehr wichtige neue Fragestellung; Herr Jayme hat einmal gesagt, daß wir mit dem Problem konfrontiert seien, das IPR als Handelshemmnis im Sinn des Europarechts begreifen zu müssen. Ich sehe hier ganz klar, daß Kollisionsrecht der Verwirklichung von europarechtlichem Ordnungsrecht dienstbar gemacht werden muß: in der Vollstreckung, in der direkten Anwendung. Das ist Neuland – und auch da, Herr Vorsitzender, erwarte ich mir aus der Diskussion mit dem Völkerrecht weitere Impulse, die – ich gebe das gerne zu – über die Repressalien weit hinausgehen müssen.

Tomuschat:

Vielen Dank, Herr Schnyder, Sie haben die Debatte fortgeführt, und für die nächsten Redner wird es jetzt vielleicht etwas schwieriger oder auch etwas leichter sein.

Doehring:

Ich möchte zu vier Punkten Stellung nehmen, eigentlich vier Fragen stellen, die ich so aus der Hand auch nicht beantworten kann. Zunächst zur Menschenrechtsproblematik. Da wollte ich nur die kurze Bemerkung machen, daß man durchaus zwischen dispositiven und nichtabdingbaren Menschenrechten unterscheiden kann. Deshalb halte ich die Frage, was sind nur „basic rights“, gar nicht für so wichtig. Eigentum kann man einschränken, das macht jeder Friedensvertrag; freie Meinungsäußerung und politische Betätigung sind wahrscheinlich auch dispositiv. Was hier mehr interessiert ist die Frage, wie weit muß sich die Repressalie an die Menschenrechte halten. Daß man sie direkt nicht verletzen darf, etwa wenn man einen Staat zur Hungersnot zwingt, ist klar. Aber wie ist es, wenn eine Repressalie direkt die Menschenrechte nicht betrifft, aber mittelbar über den betroffenen Staat auf Menschenrechte einwirkt? Wenn man einen Staat durch Repressalie hindert, Nothilfe zu leisten in humanitärer Sicht, ist das dann auch Menschenrechtsverletzung? Das ist die Frage, die sich stellt für den Schutz dritter Staaten, nämlich, ob dritte Staaten faktisch oder nur rechtlich nicht berührt werden dürfen durch die Repressalie. Aber wie ist es, wenn man den Staat, der die Repressalie entgegennehmen muß, weil er der Verletzerstaat ist, zwingt, seinerseits durch diese Repressalie nun Verpflichtungen gegenüber dritten Staaten nicht einzuhalten. Ist das auch verboten, oder stört das nicht? Hat der dritte Staat dazu selbst ein Repressalienrecht, weil seine Verträge durch eine Repressalie blockiert worden sind?

Dann ein Wort zur Verhältnismäßigkeit, die zu einem Fetisch geworden ist. Das Übermaßverbot ist sicher ein guter Ansatzpunkt. Aber es kommt doch nicht drauf an, daß man weiß, es gibt ein Übermaßverbot, sondern es geht um seine Grenzen, um die Frage des Maßes. Das Maß wird durch die Renitenz desjenigen bestimmt, der die Rechte nicht einräumen will. Wenn er hartnäckig ist, auf keine Repressalie reagiert und nichts kompensiert als Sekundärpflicht, dann muß man eben steigern. Und dann geht es nur noch um die Frage, wie hoch darf man steigern. Das sind wahrscheinlich die einzigen Grenzen, die wir haben, aber nicht ein konturloses Übermaßverbot. Denn sonst würde doch das Unrecht dem Recht vorgehen.

Die letzte Frage, die Herr Klein so richtig angesteuert hat, lautet: Dürfen Resolutionen internationaler Organe – es können Self-contained Regimes sein oder die Vereinten Nationen – den Verletzten schutzlos stellen? Grundsätzlich nicht, würde ich sagen. Aber man muß immer wieder die Gegenposition etwa von Dinstein und Randelshofer in Betracht ziehen, die sagen, wegen des Schutzes des Weltfriedens muß auch einmal Unrecht bestehen bleiben. Das ist eine ganz schwierige These, die beantwortet werden muß. Aber so weit gehen die Protagonisten der Ausschaltung jeder humanitären Intervention, die nicht von den

Vereinten Nationen erlaubt ist. Und da ist die Frage, wie denn die Eingriffe der Vereinten Nationen aussehen müssen. Sie müssen effektiv sein. „Necessary measures“ heißt es in der Charta. Aber was sind „necessary measures“? Hierum müßte man sich vielleicht doch bei der Frage bemühen: Kann man schutzlos stellen wegen Gefahr für den Weltfrieden? Danke schön.

Kälin:

Ich möchte aus den drei sehr anregenden Referaten nur einen Punkt zur Kommentierung auswählen, nämlich die Frage der Menschenrechte als Schranke von Gegenmaßnahmen. Das Verhältnis zwischen Gegenmaßnahmen und Menschenrechten ist komplex. Auf der einen Seite erscheint die Beschränkung auf „basic human rights“ zu eng. Alle Menschenrechte als Schranke von Gegenmaßnahmen einzustufen, geht andererseits – auch abgesehen von der Eigentumsproblematik – zu weit. Gegenmaßnahmen und Menschenrechte stehen oft in einem ausgesprochenen Spannungsfeld. Einige Beispiele: Bei Wirtschaftssanktionen geht es nicht immer nur (wie für Kinder aus armen Familien im Irak) um Überlebensfragen (Stichwort Kindernahrung). Solche Sanktionen dürften in den meisten Fällen den erreichten Realisierungsstand der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte auch außerhalb zentraler Garantien abbauen, was im Rahmen des entsprechenden Paktes Probleme aufwirft. Ein Verkehrsboykott gekoppelt mit dem Beschluß, keine Visa mehr zu erteilen, kann das Recht, sein eigenes Land verlassen zu dürfen, mindestens tangieren. Und schließlich dürfen wir nicht vergessen, daß Gegenmaßnahmen nicht nur Menschenrechte von Angehörigen des sanktionierten Staates treffen können, sondern auch Menschenrechte der Angehörigen desjenigen Staates, der die Repressalie ergreift. Das Verbot des Importes und der Aufführung von Filmen aus einem bestimmten Land oder die Abkoppelung des betreffenden Landes vom Internet beispielsweise würde auch die Informationsfreiheit der Bürgerinnen und Bürger des Sanktionsstaates einschränken.

Die Beispiele zeigen, daß der Anwendungsbereich gerechtfertigter Repressalien zu stark eingeschränkt würde, wenn jede Beeinträchtigung irgend welcher Menschenrechte das Ergreifen von Gegenmaßnahmen ausschließen würde. Auf der anderen Seite habe ich allerdings auch Mühe mit der Idee, es sollte zulässig sein, Menschenrechte, die nicht zu den „basic human rights“ gehören, nur deshalb zu verletzen, weil der eine der beteiligten Staaten Opfer einer Völkerrechtsverletzung geworden ist. Es gehört ja zu den zentralen Errungenschaften der Menschenrechte, daß unter dem Aspekt der Völkerrechtssubjektivität Staat und Staatsvolk nicht mehr identisch sind, das Opfer einer Menschenrechtsverletzung sich also durchaus auf eigene Rechte berufen kann. Wie könnte man aus dem Dilemma herauskommen? Der Rückgriff auf traditionelle Menschenrechts- und Grundrechtsdogmatik bietet einen möglichen Ansatzpunkt. Viele Menschenrechte können beschränkt werden, wenn öffentliche Interessen vorliegen und der Eingriff verhältnismäßig ist. Der Staat, welcher die Repressalie ergreift, kann sich als Opfer einer Völkerrechtsverletzung auf gewichtige öffentliche Interessen berufen. Die Frage der Verhältnismäßigkeit ist im Einzelfall zu prüfen. Eingriffe in absolut geltende oder zentrale Bereiche der Menschenrechte dürften dem Einzelnen allerdings nie zuzumuten sein. In anderen Fällen ist abzuwägen. Je

schwerer die erlittene Völkerrechtsverletzung ist, desto stärker gehen die öffentlichen Interessen des sanktionierenden Staates den Rechtspositionen der Privaten vor; diese sind allerdings zu wahren, wenn besonders schwere Eingriffe vorliegen.

Dieser Ansatz ließe sich realisieren, wenn man den Text von Art. 50 lit. d entsprechend anpaßt und klarstellt, daß das im Repressalienrecht anerkannte Verhältnismäßigkeitsprinzip in einem doppelten Sinn zu verstehen ist: Es geht dabei nicht nur um das Verhältnis zwischen der Schwere der Völkerrechtsverletzung und dem Ausmaß der Gegenmaßnahme, sondern auch um das Verhältnis zwischen Gegenmaßnahme und Auswirkung auf die Menschenrechte der betroffenen Individuen sowohl im sanktionierten wie auch im sanktionierenden Staat.

Meng:

Ich habe zunächst eine Bemerkung zu den schönen Vorträgen von Herrn Fiedler und Herrn Klein. Hier gibt es einen Aspekt, über den man auch einmal nachdenken sollte, sicherlich ein klein wenig aus einem anderen Blickwinkel. Wenn wir uns die Arbeit der ILC anschauen, dann ist dort die Rede von den Gegenmaßnahmen nach erfolgtem Rechtsbruch. Man kann die Gegenmaßnahme und man muß sie, glaube ich, aber auch unter einem anderen wesentlichen Gesichtspunkt sehen, nämlich ihrer präventiven Funktion. Indem nämlich Gegenmaßnahmen als möglich angedroht werden, sollen sie abschrecken. Das heißt, die Kosten einer Rechtsverletzung sollen erhöht werden. Das ist ein ganz wesentlicher Aspekt des Völkerrechts als Koordinationsrechtsordnung. Nun stellen die Staaten unter diesen Gesichtspunkten sicherlich nicht in allen Fällen, aber insbesondere natürlich im internationalen Wirtschaftsrecht, Kosten-Nutzen-Analysen an. Und zwar gilt das schon, wenn ein Staat ganz bewußt Gegenmaßnahmen androht. Es ist erwünscht, daß in diesem Fall ein Staat diese Kosten-Nutzen-Analyse anstellt, um möglicherweise gleich von vornherein gar nicht einen Rechtsbruch zu begehen.

Dies kann allerdings auch gefährlich sein, was folgendes Beispiel aus dem Jahre 1995 zeigt. Es gab einen Streit zwischen den USA und Japan um die Verkaufsregeln von Automobilteilen, welche aus Japan importiert wurden. Die USA behaupteten, diese seien WTO-rechtswidrig. Ich will zu den materiellen Fragen keine Stellung nehmen, aber das amerikanische Argument war sehr fraglich. Die USA kündigten nun aber an, sie wollten gegen die japanischen Importeure Sanktionen nach Section 301 des *Trade Act* verhängen. Nun muß man sehen, daß dies nach Artikel 23 des WTO Dispute Settlement Agreement schlicht rechtswidrig gewesen wäre und das wußten die Amerikaner auch. Amerikanische Kollegen haben das auf Befragen auch ganz offen bestätigt.

Warum hatte man das gemacht und warum erwähne ich das hier? Wie sieht die Kosten-Nutzen-Analyse der USA in dem Fall aus? Man hätte mindestens 12 Monate lang die Japaner mit weiteren Importen behindert und teilweise gar blockiert. Daraus wäre ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden entstanden. Firmen stecken solche Schäden nicht ohne Probleme weg und gehen manchmal auch deswegen in Konkurs. Die Amerikaner haben damit gerechnet, daß die

japanischen Firmen auf die japanische Regierung Druck ausüben, damit diese sich mit den Amerikanern einigt. Genau das ist auch passiert. Die Japaner haben etwas akzeptiert, wozu sie, wie ich meine, nach WTO-Recht gar nicht verpflichtet waren, weil eine Gegenmaßnahme angedroht war, die ihrerseits sogar rechtswidrig war.

Sie sehen also, Kosten-Nutzen-Analyse ist zwar erwünscht, kann auch eine Gefahr sein. Was haben die Amerikaner gemacht? Sie haben den Zeitfaktor ins Spiel gebracht. Das müssen wir auch berücksichtigen, wenn wir die Frage einer vorgängigen Verhandlungs- und Streitschlichtungspflicht erörtern. Sie verlängert die Reaktionszeit mit dem Ergebnis, daß dadurch die Kosten des Verletzers reduziert, die Kosten des Verletzten aber möglicherweise erhöht werden können. Und dann wird genau das passieren, was Herr Simma vorausgesehen hat. Dann werden sich nämlich die Staaten darauf berufen, die Repressalie sei eine „interim measure“. Dieser Fall zeigt also, daß wir, wenn wir nicht eine genaue Analyse von Kosten und Nutzen für die Staaten anstellen, bei der Beurteilung dieser Regeln, welche die ILC entworfen hat, möglicherweise in die falsche Richtung laufen können.

Das Beispiel, was ich eben genannt habe, zeigt noch einen andern Gesichtspunkt, weswegen wir sehr vorsichtig sein müssen bei einer Beurteilung von Streitschlichtungsverfahren. Denn worauf haben die USA auch spekuliert: auf das Self-contained Regime der WTO. Ich stimme Herrn Oppermann zu, daß dieses natürlich eine bemerkenswerte Fortentwicklung der internationalen Streitschlichtung ist, nur hat man diese Self-contained Regime, glaube ich, nicht vollständig durchdacht. Was hat man nämlich dort geregelt? Man hat als Ergebnis des Streitschlichtungsverfahrens die Pflicht, die Rechtsverletzung abzustellen. Aber es ergibt sich aus dem Dispute Settlement Understanding wie im übrigen auch aus der Geschichte der GATT-Streitschlichtung, daß das nicht bedeutet, daß man gegebenenfalls auch Schadensersatz leisten muß. Darauf haben die Amerikaner wohl auch spekuliert. Sie wären nach zwölf Monaten zurückgepfiffen worden und es war klar, daß sie dann natürlich auch dem Streitschlichtungsergebnis gefolgt wären. Aber der zwischenzeitlich entstandene Schaden wäre den japanischen Firmen geblieben. Das zeigt, daß man bei den Streitschlichtungsregeln der WTO in diesem Punkt eine falsche Kosten-Nutzen-Analyse angestellt hat.

Und jetzt noch zum Schluß ganz kurz, weil mich Herr Schnyder darauf angesprochen hatte, ein Wort zur extraterritorialen Jurisdiktion, aber nur sehr holzschnittartig. Ich meine, daß diese Gegenmaßnahmen gegen extraterritoriale Jurisdiktion, wenn man über die Stichworte Sonderanknüpfung, Nichtanerkennung, Nichtzustellung, *ordre public*-Vorbehalt redet, sich mit der völkerrechtlichen Problematik der Gegenmaßnahmen, die wir erörtert haben, eigentlich nur in dem Fall überschneiden, in dem diese Gegenmaßnahme ihrerseits völkerrechtswidrig ist. Und hier sind eigentlich nur zwei Fälle denkbar. Entweder es wird eine bestehende vertragliche Verpflichtung einseitig suspendiert. Dann kommen wir in die Problematik des Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention hinein. Der zweite Fall ist, daß bei einem „blocking statute“ oder bei einem

„claw back statute“ kein ausreichender Anknüpfungspunkt vorliegt und deswegen eine Intervention in die inneren Angelegenheiten des anderen Staates vorliegt. Ansonsten gibt es, glaube ich, zwischen Ihrer Problematik, Herr Schnyder, und der Problematik der beiden anderen Herren keine wesentliche Überschneidung. Worüber aber die Diskussion zwischen Kollisionsrechtlern und Völkerrechtlern schon seit langer Zeit stattfindet, das ist Frage, wie bei beiderseitig oder bei mehrseitig bestehenden Anknüpfungspunkten Begrenzungen der gegenseitigen Eingriffsmöglichkeit gefunden werden können. Aber das ist kein Problem der Gegenmaßnahmen. Danke schön.

Bothe:

Ich möchte nur ganz knapp meine Bauchschmerzen zum Ausdruck bringen, die anknüpfen an das, was Herr Klein gerade am Schluß seines Referats behandelt hat: die berechnete oder unberechnete Funktion einseitiger Maßnahmen. Die Referenten haben beide auf der einen Seite zugegeben, daß die Repressalie im technischen Sinne eine in der internationalen Praxis stark verminderte Bedeutung hat. Dem möchte ich aus der Sicht des humanitären Völkerrechts, das hier kurz angesprochen wurde, zustimmen und hinzufügen, daß die Zusatzprotokolle von 1977 zu den Genfer Abkommen eine deutliche Ausweitung der Repressalienverbote gebracht haben. Allerdings ist es zu einem totalen Repressalienverbot trotz dahin gehender Bemühungen dann nicht gekommen. Auf der anderen Seite werden uns aber gerade aus dem Wirtschaftsrecht eine Vielfalt von einseitigen Maßnahmen, einseitigen Zwangsmaßnahmen berichtet, deren Berechtigung ausgesprochen umstritten ist. Diese doppelte Beobachtung (einerseits zweifelhaftes Interessendurchsetzen unter dem Mantel von Repressalien, zum andern ein Zurückgehen der Repressalie im technischen Sinne) sollten uns doch sehr nachdenklich machen, ob der theoretisch unbezweifelbare Sinn der Repressalie, irgendwo Rechtsdurchsetzung auch einseitig möglich zu machen, wo die Institutionen versagen, in den heutigen internationalen Beziehungen eigentlich wirklich noch berechtigt ist. Haben wir hier nicht ein Verwobensein von Staaten und Interessen, das einen solchen Unilateralismus jedenfalls irgendwie anrühlig macht? Es sind Bauchschmerzen, ich habe keine Lösung. Ich weiß auch, daß man ein Recht nicht nur von der Möglichkeit seines Mißbrauchs her beurteilen darf. Herr Klein hat das zu Recht gesagt. Aber die Grenzen sind hier schwer zu ziehen, und ich möchte eigentlich einen Gegenakzent setzen zu einer sich langsam breitmachenden positiven Bewertung der Gegenmaßnahme, wobei es dann nur noch darum ginge, irgendwo Mißbräuche auszuschließen. Ich glaube, das Problem sitzt tiefer.

Meessen:

Zwei Differenzierungsvorschläge zu dem Thema Menschenrechtsschutz bei Sanktionen: Einerseits, Herr Frowein, den Eigentumsschutz, meine ich, sollte man nicht völlig freigeben, zumindest insofern nicht, als sich Maßnahmen gegen Staatsangehörige von nicht betroffenen Staaten richten. Da müßte zumindest an die Entschädigungsmöglichkeit gedacht werden. Ob nun volle Entschädigung oder nach Lastenausgleichsgesichtspunkten, hängt vom Volumen der Maßnah-

men ab. Der zweite Gesichtspunkt: Wirtschaftssanktionen können zu grausamen Folgen führen, das ist klar, es wurde von Herrn Wolfrum sehr eindringlich gesagt. Auf der anderen Seite können Wirtschaftssanktionen eine Alternative zur militärischen Intervention sein. Und insofern ist dann doch immer eine Abwägung geboten.

Ich meine, daß wir heute morgen ein eindrucksvolles Spektrum an Begriffen vorgeführt bekommen haben, eine subtile Dogmatik, ein dogmatisches Gebäude der völkerrechtlichen Sanktionen. Ich frage mich nur und würde diese Frage gerne an die Referenten richten: Wird das Gebäude auch ausreichend benutzt? Das heißt, wie effektiv ist dieser völkerrechtliche Sanktionsmechanismus? Man könnte ja am ehesten denken, daß er effektiv wird, wenn durchgerechnet werden darf bis zur zivilrechtlichen Rechtsverfolgung vor nationalen Gerichten durch Geltendmachen von „claw back“ Ansprüchen und dergleichen. Nur, wenn wir das einmal am Beispiel von *Helms-Burton* uns überlegen, wie effektiv eine solche Abwehrgesetzgebung – *Helms-Burton* soll ja Abwehr der kubanischen Enteignung sein, hat Herr Seidl-Hohenveldern uns erinnert – da meine ich, daß man beachten muß, daß die Wirtschaft eben nicht ihre Bataillone an Juristen einsetzen möchte, um die Einklagung von 16 Milliarden abzuwehren, sondern sich auf der „safe side“ bewegen möchte. Das heißt, derartige Gesetze werden ein Verhalten erzwingen, ohne daß das von Herrn Schnyder aufgezeigte Instrumentarium überhaupt wirksam werden kann. Das ist bei der Libyengesetzgebung, bei der Irangesetzgebung und auch bei der Kubagesetzgebung der Fall. Es ist eben ein Kostenfaktor, als würde man einen nicht gesicherten Kredit ausfolgen. Man hat ein zusätzliches Risiko, daß eine solche Gesetzgebung wie *Helms-Burton* durchgeführt wird, und dann hält man sich vom „trafficking“ – dieser etwas pejorative Ausdruck ist in dem Gesetz selbst gebraucht worden – lieber fern. Ich möchte das belegen durch einen Zeitungsartikel, den ich vor ein paar Tagen las. Da war berichtet worden, daß irgendwelche Gerüchte, daß die *Helms-Burton*-Gesetzgebung doch aufgegeben werde, dazu geführt haben, daß die Forderungen gegen Kuba auf dem sekundären Markt für Forderungen gegen souveräne Staaten einen Kurssprung von etwa 30 Prozent vollführt haben. Das heißt also, es wird hier doch davon ausgegangen, daß das Embargo, das einseitig von den USA auferlegt worden ist, doch ein erhebliches Maß an Beachtung erfahren hat, so viel Beachtung jedenfalls, daß die Leistungsfähigkeit der kubanischen Wirtschaft erheblich günstiger eingeschätzt wird, wenn das Gesetz aufgehoben wird. Und das, meine ich, ist der typische Fall eines Eingriffs der Vereinigten Staaten in die innere Angelegenheit anderer Staaten hinsichtlich ihres Handels mit Kuba – und ich würde diesen Eingriff – verzeihen Sie, Herr Seidl-Hohenveldern, bei aller Sympathie für einen „hot pursuit“ nach 37 Jahren – doch für völkerrechtswidrig halten.

Hofmann:

Herr Vorsitzender, einer der Vorteile des „späten Redens“ ist, daß vieles von dem, was man sagen wollte, von anderen bereits – und besser – gesagt wurde. Dies gilt etwa für die Menschenrechte: Da hat Herr Kälin im wesentlichen das gesagt, was ich sagen wollte. Vielleicht doch noch eine Ergänzung: Ich glaube, man könnte sich überlegen, ob im Rahmen einer Repressalie das zulässig ist, was

im Rahmen der nationalen Grundrechte oder eines Eingriffs in eine Verbürgung einer Menschenrechtsschutzkonvention als Beschränkung zulässig ist, und das als Grenze heranziehen. Das wäre ja gegenüber dem eigenen Staatsangehörigen ohne Zweifel, denke ich, möglich.

Die zweite Bemerkung zu der Problematik der aufgedrängten unterstützenden Repressalie. In dem Fall, wo es einen unmittelbar verletzten Staat gibt, braucht man eine Äußerung dieses verletzten Staates. Hier besteht jedoch folgendes Problem: Was ist, wenn dieser sich nicht äußert oder äußern kann? Ich erwähne nur die Situation, als in Polen Anfang der 80er Jahre der Kriegszustand verhängt wurde und, wenn ich mich recht erinnere, die USA die Verhängung von Repressalien, nämlich die Suspendierung von flugrechtlichen, luftrechtlichen Begünstigungen gegenüber Aeroflot, damit begründeten, daß dieser Kriegszustand auf die Sowjetunion zurückginge. Damals hat die polnische Regierung unter Jaruzelski sich natürlich nicht „geäußert“. Dies scheint mir ein Problem, das man im Blick behalten muß. Ein anderes Problem ist das folgende: Wie ist es, wenn es kein unmittelbar verletztes staatliches Völkerrechtssubjekt gibt, wenn also Menschenrechte der eigenen Bevölkerung verletzt werden? Die Niederlande haben – auch Anfang der 80er Jahre, die Beispiele liegen schon weit zurück – in einer solchen Situation damals ein Entwicklungshilfeabkommen mit Surinam suspendiert. Wie ist es hier, wo Verletzter ein Volk ist? Dies scheint mir eine Frage zu sein, ob und inwieweit unsere klassischen Kategorien von Völkerrechtssubjekten, Staat und Internationale Organisationen, hier nicht einer Ergänzung bedürften.

Der dritte Punkt: Rechtsschutz gegen den Sicherheitsrat. Hier hat, meine ich, Herr Klein zu Recht auf einen ganz wichtigen Punkt hingewiesen: Die Situation, die uns Herr Wolfrum so eindrücklich geschildert hat, macht – glaube ich – einmal mehr deutlich, daß – ich zitiere jetzt viele andere – eine Staatengemeinschaft, die sich als eine Rechtsgemeinschaft versteht, es sich schlechterdings nicht leisten kann, keinen Rechtsschutz, keine Rechtsschutzmöglichkeiten vorzusehen gegenüber dem wichtigsten Organ dieser Staatengemeinschaft, nämlich dem Sicherheitsrat.

Balekjian:

Ich möchte in den Endfassungen der Referate der Herren Fiedler und Klein ein wenig mehr Bezug auf folgende Fragen finden: 1.) Wie weit kann man aus den Beschlüssen des Sicherheitsrates der UN ein Repressalienrecht oder Repressalien für einzelne Mitgliedstaaten der UN ableiten? 2.) Sollte man nicht in dieser Zeit humanitären Volksrechtes auch etwas mehr – zumindest auf theoretischer Ebene – über diskriminierende und nichtdiskriminierende Sanktionen sagen? Als Kommentar: Die Amerikaner können wunderbare Menschen sein, aber an einem Großmachtssyndrom leiden sie und dazu gehört der *Helms-Burton-Act*. Man hätte mit diesem Gesetz mehr erreichen können, hätte man es anders motiviert und völkerrechtlich besser gestaltet. Die USA können ihre wirtschaftlichen Interessen mit Recht schützen, sie sollten aber auch an das denken, was Präsident Fidel Castro 1959 (hier paraphiert) gesagt hat: Den Amerikanern wollen wir für Enteignungen und Verstaatlichungen Entschädigung (schätzungsweise 800-850 Mil-

lionen Dollar) leisten, man soll uns aber zuerst die Möglichkeit geben, das Geld zu verdienen (ohne wirtschaftliche Sanktionen). Die Amerikaner haben bisher von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, und mit einer solchen Einstellung, darf man annehmen, wird auch dem *Helms-Burton-Act* nicht viel Erfolg beschieden sein.

Benedek:

Danke vielmals. Ich möchte denen beipflichten, die der Auffassung sind, daß beim gegenwärtigen Stand der Völkerrechtsordnung aus Gründen der Rechtswirksamkeit das Instrument der Repressalie weiterhin notwendig ist. Dabei ist die grundsätzliche Möglichkeit zu Gegenmaßnahmen wichtiger als deren tatsächliche Anwendung. Folglich erscheint ihre Aufnahme in den Entwurf der Völkerrechtskommission aus systematischen Gründen gerechtfertigt und für die Effizienz der Völkerrechtsordnung notwendig. Als Hauptproblem erscheint sodann die Verhinderung eines allfälligen Rechtsmißbrauchs durch internationale Kontrolle, etwa durch internationale Organe oder multilaterale Vereinbarungen.

Dafür scheint mir die Rechtsordnung der WTO einige Anhaltspunkte zu geben, da im GATT und jetzt auch in der WTO das Instrument der Gegenmaßnahmen bisher nicht wirklich zur Anwendung gekommen ist, wohl aber als Drohung im Hintergrund die Wirksamkeit der Rechtsordnung mitgesichert hat. Auch die durch die Uruguay-Runde erweiterte Form des derzeit geltenden Streitschlichtungsübereinkommens scheint mir das zu bestätigen. Dort wurde die „retaliation“ noch weiter ausgebaut. Nunmehr gibt es die Möglichkeit einer „cross retaliation“, daß etwa zwischen den Sektoren Warenhandel und handelsbezogener Eigentumsrechte gewählt werden kann, wenn das Streitbeilegungsgremium der WTO dies autorisiert. Es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß diese Möglichkeit wirklich zum Einsatz kommt. Sie hilft aber das System zu stärken. Und das war eigentlich der Sinn. Man braucht diese ultima ratio, damit das System funktioniert.

Andererseits scheint es mir weiterhin wichtig, daß die Repressalie in allgemeiner Form weiterhin für Fälle der Rechtsverweigerung existiert. Wenn zum Beispiel ein Mitglied der WTO seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, also zum Beispiel sich auf ein Verfahren nicht einläßt oder die Ergebnisse des Verfahrens nicht respektiert, dann bleibt nur der Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht. Dies kann allerdings auch erfolglos bleiben, wenn der betroffene Staat nicht die nötigen Machtmittel hat, von der Möglichkeit von Gegenmaßnahmen Gebrauch zu machen. Dies zeigte sich im GATT am Beispiel der Nicaragua-Fälle. In einem Fall hat sich die USA unter Berufung auf Sicherheitsinteressen – Artikel XXI – dem Verfahren ferngehalten, im anderen Fall kam jedoch das Verfahren eindeutig zum Ergebnis einer Rechtsverletzung, die Verminung nicaraguanischer Häfen wurde als ungerechtfertigt erkannt. Die USA haben jedoch Nicaragua nur bedeutet, es könne „seine Rechte wahrnehmen“, das heißt Gegenmaßnahmen ergreifen. Dies im Wissen, daß Nicaragua faktisch dazu nicht in der Lage war.

Das führte dann im GATT zu einer Diskussion über die Möglichkeiten der Verbesserung des Streitschlichtungsregimes, etwa in Form einer Kompensation

durch Dritte, wodurch schwächere Länder, meist Entwicklungsländer, irgendwie entschädigt werden sollten. Dies hat sich in der Folge dann aber doch nicht realisieren lassen.

Das bedeutendste Problem des Entwurfes der Völkerrechtskommission ist die mangelnde Präzisierung der Voraussetzungen für das Ergreifen „vorläufiger Maßnahmen“. In unserer Diskussion wurde fast kommentarlos zur Kenntnis genommen, daß die Staaten hier tun können, was sie wollen. Das scheint mir aus dem Artikel 48 des Entwurfs der Völkerrechtskommission nicht notwendig hervorzugehen, wo es auch heißt „to comply with the requirements of this chapter“. Hier wäre noch weiter aufzuklären, was diese Bestimmung eigentlich bedeutet. Wie weit gibt es doch eine Kontrolle eines allfälligen Rechtsmißbrauchs durch vorläufige Maßnahmen aufgrund des bestehenden Entwurfes oder wie weit wäre nicht doch eine Erweiterung und Verbesserung des Entwurfes erforderlich, um dieses Problem in den Griff zu bekommen. Derartige Maßnahmen sind auch im Recht der WTO, etwa im Zusammenhang mit Antidumping-Maßnahmen und Streitbeilegungsmaßnahmen grundsätzlich vorgesehen, und es könnten die Erfahrungen von GATT und WTO genutzt werden, um Kriterien und Verfahren zu entwickeln, die einen Mißbrauch von vorläufigen Maßnahmen für nationale wirtschaftliche Interessen vermeiden helfen könnte. Danke schön.

Tomuschat:

Vielen Dank, Herr Benedek. Ich glaube, es gibt einfach eine Verteilung der Macht innerhalb der internationalen Gemeinschaft, über die man auch durch noch so ausgeklügelte Systeme nicht hinwegkommt. Das ist letztendlich eine Begrenzung des Völkerrechts, das nun mal in einer gewissen Verfassungsordnung lebt. Aber ich will den Referenten nicht vorgreifen.

Delbrück:

Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine kurze Bemerkung zur These 7 von Herrn Klein und schließe an den Beitrag von Herrn Bothe an. Ich habe die heutige Diskussion und auch die Referate selbst nicht so verstanden, als ob es hier um eine Restaurierung des Repressalienrechts geht. Durch den Verlauf der Diskussion ist jedoch diesem traditionellen Institut ein Gewicht eingeräumt worden, das weder der Intention der Referate, die ja unter dem Titel „Gegenmaßnahmen“ (counter-measures) stehen, noch letztlich der Praxis entspricht. Daß es nicht um das traditionelle Institut – „pure and simple“ – geht, zeigt sich schon daran, daß Herr Klein in These 7 ganz ausdrücklich sagt, es gebe Stufungen auch bei der Berechtigung, was nach traditionellem Verständnis wohl nicht der Fall war. Ich möchte ergänzen. Es gibt nicht nur eine Stufung, sondern auch eine Beschränkung oder Stufung hinsichtlich der Form der Durchführung einer Gegenmaßnahme, auf die Herr Schreuer im Kieler Symposium – ich glaube 1992 schon – hingewiesen hat: selbst wenn aus der Betroffenheit heraus eine Berechtigung zur Gegenmaßnahme da ist, ist der einzelne Staat unter Umständen gehalten, nicht alleine zu handeln, sondern nur im Kollektiv, weil die Verantwortung für die Schwere des Eingriffs ein gemeinschaftliches Handeln erfordert, um sicherzu-

stellen, daß vor dem Eingriff eine öffentliche Diskussion darüber stattfindet, was nach Meinung der Staatengemeinschaft als angemessene Reaktion angesehen wird; das heißt, ein purer Unilateralismus läßt sich auch aus der Betroffenheit heraus allein nicht mehr begründen, und insofern dann auch gleich zu These 10, Herr Klein. Da kann ich Ihnen nicht ganz folgen, nämlich daß der einzelne Staat nun doch wieder zur gewaltsamen Repressalie legitimiert sein soll, wenn es denn irgendwo mal zu einer Situation kommt, in der ein Staat nach dem heute herrschenden Verständnis des Selbstverteidigungsrechts nicht zu gewaltsamer Gegenwehr berechtigt wäre, andererseits er sich aber zur Wahrung seiner Rechte mit gewaltsamen Mitteln gezwungen sieht. Meines Erachtens sollten wir sowohl an einem scharf konturierten Selbstverteidigungsmaßstab als auch am Gewaltmonopol der organisierten Staatengemeinschaft festhalten. Es gibt, von den Szenarien her betrachtet, praktisch eine minimale Lücke zwischen dem gegenwärtigen Recht der individuellen und kollektiven gewaltsamen Gegenmaßnahmen und dem Recht auf individuelle gewaltsame Repressalienanwendung. Das sieht Herr Klein richtig. Aber ich bin bereit, diese Lücke hinzunehmen, um das Tor dahingehend nicht wieder aufzumachen, daß nun wieder der einzelne Staat bestimmt, ob und wie groß die Lücke ist. Denn: Die meisten Fälle, in denen wir früher mit der Konstruktion der humanitären Intervention den Weg zur unilateralen Gewaltanwendung eröffnen wollten, lassen sich unschwer heute unter die Kategorie der Sanktion gegen Völkerrechtsbrüche einordnen, und wo die Sanktion durch einzelne Staaten erfolgt, geschieht dies im Interesse der Staatengemeinschaft. Der einzelne Staat handelt als „agent of the international community“ und nicht im Sinne einer individualstaatlichen Rechtsdurchsetzung. Und deswegen meine ich, es wäre falsch, in Fällen, wo auch diese Konstruktion nicht hilft, diese Lücke nun sozusagen der Perfektion des Systems folgend dadurch zu schließen, daß der einzelne Staat nun doch wieder alleine Gewalt anwenden darf. In einem solchen extremen Fall kann man hinnehmen, daß er vielleicht unsanktioniert bleibt. Denn man muß sich doch darüber klar sein: wenn alles versucht worden ist – Einsatz der UNO oder regionaler Organisationen und ein anerkannter Selbstverteidigungsgrund liegt nicht vor – und keiner findet sich in dieser Gemeinschaft bereit, gewaltsam einzugreifen – kann man sich ein Interesse eines Staates vorstellen, das so hoch steht, daß, obwohl alle anderen meinen, ein gewaltsamer Einsatz sei nicht nötig, ein Staat einseitig und allein eingreifen können soll? Ich kann mir einen solchen Fall eigentlich praktisch nicht vorstellen. Theoretisch ist da eine Lücke, das gebe ich zu. Aber um des Prinzips des Gewaltmonopols der organisierten Gemeinschaft willen möchte ich Ihre These 10 so nicht akzeptieren.

Ein letztes Wort zu Herrn Schnyder. Ich bin sehr beeindruckt gewesen von Ihrem Referat, weil Sie – ohne das begrifflich hier nochmals auszuführen –, auf den weiten Begriff der Gegenmaßnahme eingehen. Wenn wir einmal einen Moment das „trendy word of globalization“ aufnehmen, dann ist unschwer einsehbar, warum wir einen weiten Gegenmaßnahmebegriff brauchen, denn die Zahl der Akteure, die in Maßnahmen- und Gegenmaßnahmen-Situationen, in Konfliktsituationen verwickelt sind, erweitert sich in einer globalen Weltwirtschafts- und auch ökologischen Ordnung – es geht nicht mehr nur um die klassische

Repressalie als Gegenmaßnahme, sondern darum, daß sich ausbildende „global governances“ rechtlich durchgesetzt werden müssen, und da sollten wir nicht durch ein Verharren in dem klassischen, engen Begriff der Repressalie dem Völkerrecht den Zugang zu diesen „global governances“ verstellen. Insofern war ich Ihnen sehr dankbar, daß Sie die Erforderlichkeit eines weiten Begriffs der Gegenmaßnahme betont haben. Vielen Dank.

Wolf:

Ich möchte ein paar kurze Bemerkungen zu Ihrem Referat machen, Herr Fiedler, und in einem weiteren Punkt eine Bemerkung einfließen lassen über die Ausführungen von Herrn Klein. Sie haben sich dankenswerterweise sehr eingehend mit dem ILC-Entwurf über die Staatenverantwortlichkeit auseinandergesetzt, Herr Fiedler, einer sehr spröden Materie, schon aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades. Ein zentraler Ansatzpunkt Ihrer im Ergebnis kritischen Überlegungen galt dem Zeitfaktor im Regelungssystem der Gegenmaßnahmen. Die minutiöse verfahrensrechtliche Einbindung der Ausübung des Repressalienrechts führt nach Ihren anschaulichen Ausführungen zu einem erheblichen, praktisch kaum noch vertretbaren Zeitaufwand. Ich frage mich, ob man, wenn man diesen Ansatzpunkt weiterdenkt und auf die gesamte Konzeption des ILC-Entwurfs bezieht, diese Kritik nicht sogar noch verstärken muß. Herr Klein hat mit sehr interessanten Überlegungen auf Art. 27 des Entwurfs verwiesen und gefragt, ob man die Beihilferegelung dieser Bestimmung überhaupt noch nahtlos in das Entwurfskonzept über die Gegenmaßnahmen einfügen kann. Meine Frage ist, ob nicht die unmittelbar vorausgehenden Bestimmungen der Artikel 26 und 25 in diesem Zusammenhang noch eine sehr viel weitergehende ungelöste Problematik enthalten, denn es handelt sich um Bestimmungen, die das Zeitelement im materiellrechtlichen Bereich regeln, nämlich im Hinblick auf die Frage der Entstehung der Staatenverantwortlichkeit beim Element der völkerrechtlichen Pflichtverletzung. Hier wird in einer Weise, die für mich aus dem Entwurfskonzept herausfällt, die Frage geregelt, wann in komplexen Zusammenhängen – so verstehe ich diese Bestimmungen – eine Völkerrechtsverletzung beginnt und wann sie endet. Dies geschieht einmal in Art. 25 bezogen auf die Frage der Verletzung von Erfolgsverpflichtungen und dann in Art. 25 bezogen auf die Frage der Verletzung von Erfolgsverhinderungspflichten. Mit beiden Bestimmungen wird die für die Ausübung von Gegenmaßnahmen wichtige Frage geregelt, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Völkerrechtsverletzung vorliegt, gegen die Gegenmaßnahmen ergriffen werden kann. Fügt man dem bislang lediglich verfahrensrechtlich begründeten Zeitproblem diese materiellrechtliche Dimension hinzu, entsteht die Frage, ob wir dann überhaupt noch ein funktionsfähiges kodifiziertes Regelungssystem haben. Ich beziehe mich mit dieser Frage insbesondere auf einen Bereich, der in der heutigen Staatenwelt immer wichtiger wird, nämlich auf strukturell neuartige Vereinbarungen sehr komplexer Art, mit denen Staaten aus Mangel an ausreichenden eigenen Möglichkeiten Kooperationspflichten übernehmen oder ganze Régime der Zusammenarbeit in Fällen vereinbaren, in denen sie ihre von Haus aus staatlichen Aufgaben aus Gründen der Mobilität ihrer Bevölkerungen und ihrer Unternehmen, aus Gründen nicht

mehr beherrschbarer technisch bedingter Auswirkungen auf die Umwelt usw. ohne grenzüberschreitende Regelungen nicht mehr bewältigen können. Die sich hieraus ergebende Frage lautet, ist der ILC-Entwurf aufgrund der mangelnden Bewältigung des Faktors Zeit im Konzept der Gegenmaßnahmen überhaupt anwendungsfähig? Kann der Entwurf Bestand haben, so wie er ist? Ich habe erhebliche Zweifel. Danke.

Neuhold:

Zu Recht hat Bruno Simma von der Repressalie bzw. der Gegenmaßnahme im modernen Völkerrecht, insbesondere in der nunmehrigen Ausgestaltung durch die ILC, als einem zahnlosen Tiger gesprochen. Um bei diesem „völkerrechts-zoologischen“ Bild zu bleiben: Seit jeher war das Gebiß dieses scheinbar wilden Tieres durch die Schranke der Proportionalität zwischen Völkerrechtsverletzung und Repressalie stumpf. Mittlerweile wurden ihm vor allem die Krallen der Gewaltanwendung gezogen, und um die Menschenrechte und das diplomatische und konsularische Gebiet wurde ein Schutzzaun errichtet. Die ILC will ihm außerdem eine prozedurale Leine anlegen. Mit einem derartigen „Papiertiger“ läßt sich das rechtspolitische Ziel des Beugezwangs wohl kaum erreichen. Unter diesem Gesichtspunkt habe ich auch Bedenken gegen die Einbeziehung „extremen“ wirtschaftlichen und politischen Druckes unter die verbotenen Gegenmaßnahmen durch die ILC; in diesem Bereich müßte die Schranke der Verhältnismäßigkeit ausreichen.

Im Hinblick auf die Wirksamkeit ließe sich ferner über die Einführung einer zulässigen Grauzone zwischen strikter Proportionalität und dem Repressalienexzeß diskutieren. Selbst wenn der Verletzte für seine Gegenmaßnahme einen besonders wunden Punkt des Rechtsbrechers wählt, mag dieser bei genauer Verhältnismäßigkeit zwischen seinem Verstoß gegen das Völkerrecht und der Sanktion dagegen sein völkerrechtswidriges Verhalten fortsetzen.

Eckart Kleins Bericht, daß in der Praxis jedenfalls der Bundesrepublik Deutschland Repressalien bzw. Gegenmaßnahmen eher selten eingesetzt werden, sollte uns zu denken geben. Ich möchte hinzufügen, daß mir dies aus machtpolitischer Sicht kein Zufall zu sein scheint. Ein schwacher Staat wird nämlich zur Durchsetzung seiner Rechte die Konfrontation und die Eskalation der Streitigkeit durch die Ergreifung von Repressalien gegen einen mächtigeren in der Regel nicht riskieren. Eine Großmacht wiederum bedarf dieser Maßnahmen gegenüber einem weniger mächtigen Staat zumeist nicht, weil sich dieser hüten dürfte, ihr gegenüber seine völkerrechtlichen Pflichten zu verletzen. Gemäß der realpolitischen Logik müßte die Repressalie daher in erster Linie zwischen etwa gleich mächtigen Staaten in Betracht kommen. Sie läßt sich als Signal der Bereitschaft zu einer Verschärfung des Konflikts auf juristischer Ebene verstehen. Empfindlicher können einen Rechtsverletzer allerdings Retorsionen seines Opfers treffen, auch wenn sie von vornherein die Schwelle der Rechtswidrigkeit nicht überschreiten; denn sie unterliegen deshalb auch nicht der Schranke der Proportionalität.

Etwas zu wenig sind wir nach meiner Ansicht nach auf den Aspekt der Schadensbegrenzung seitens des Opfers eines Völkerrechtsbruches eingegangen, der vor allem bei spiegelbildlich gleichen Repressalien, also Schutzmaßnahmen, im Vordergrund steht. Ein markantes Beispiel dafür liefert Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention 1969 über die Folgen erheblicher Vertragsverletzungen. Es ist in der Tat dem Verletzten nicht zuzumuten, daß er weiterhin seine Pflichten gegenüber dem Rechtsbrecher erfüllt, während dieser an seinem völkerrechtswidrigen Verhalten festhält. Mit solchen Schutzmaßnahmen wird ein neues Interessengleichgewicht auf niedrigerer Ebene hergestellt. Zum Beugezwang trägt es freilich eher wenig bei. Weitere Erörterungen verdienen auch die von der ILC vorgeschlagenen „interim measures of protection“, damit der erwähnte Tiger, der nun wieder mit scharfen Zähnen und Krallen ausgestattet wird, keinen unerwünschten Schaden anrichten kann.

Tomuschat:

Danke schön, Herr Neuhold, für dieses energische Plädoyer für die Gegenmaßnahmen.

Schnyder:

Das letzte Votum aufnehmend: Wenn wir anstelle der kubanischen Zigarren andere Handelsobjekte betrachteten, würden vielleicht die Überschneidungen von Völkerrecht und IPR offensichtlicher werden. Kurz, ich möchte dabei bleiben, zu postulieren, daß wir den Begriff der Gegenmaßnahme aus wirtschafts- und internationalprivatrechtlicher Sicht erweitern. Im übrigen konzidiere ich die Bedeutung der Schnittstellen, die auch Herr Meng angemahnt hat. Sie enthalten ihrerseits erweiterten Diskussionsbedarf, nämlich in bezug auf die Völkerrechtsgemäßheit der ersten Maßnahme und die etwaige Völkerrechtswidrigkeit der Gegenmaßnahme. Danke.

Fiedler:

Ich muß etwas nachtragen, was ich bei Herrn Simma vorhin vergessen habe. Er hat mit einem gezielten Griff auf meine These Nummer 27 festgestellt, daß dort nur die internationale Organisation allgemein erwähnt sei. Das habe ich ganz bewußt getan, und ich weise auf die schriftlichen Ausführungen hin. Denn es kann nicht angehen, daß wir eine Zentrierung auf die Vereinten Nationen vornehmen und etwa die regionalen internationalen Organisationen nicht berücksichtigen. Bei meinen Ausführungen und auch beim Gewaltbegriff wollte ich insgesamt erreichen, daß wir uns in der Diskussion von Leitbildern freimachen, die uns daran hindern, neue Konstellationen zu bedenken. Ich meine, daß wir mehrere internationale Organisationen mit Völkerrechtssubjektivität einbeziehen sollten, die nach ihrem Zweck in der Lage sind, Konflikte jedenfalls zu einem Teil zu lösen. Damit komme ich aber zu den weiteren Ausführungen. Herr Doehring mit Recht gesagt, es könne nicht darum gehen, zu feilschen, ob es nun „basic“ oder „fundamental human rights“ oder sonstige sind, es gehe um die Menschenrechte überhaupt und die notwendige Eingrenzung derjenigen Men-

schenrechte, die zu einer Gegenmaßnahme berechtigen. Ich stimme Ihnen hier völlig zu. Kein Patentrezept habe ich allerdings bei den indirekten Einwirkungen. Weiter zu sprechen kommen möchte ich auf den meines Erachtens ebenfalls sehr wichtigen Beitrag von Herrn Meng, der von einer notwendigen Kosten-Nutzen-Analyse gesprochen hat und der die präventive Funktion der Gegenmaßnahme erwähnte sowie entsprechende rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten. In anderem Zusammenhang kam die Nutzung des Systems zum Ausdruck. Was heißt Nutzung des Systems und was heißt Nutzen bei Herrn Meng? Es geht doch darum, ob durch eine Gegenmaßnahme oder ihre Androhung in der Kombination mit der alten Repressalie, mit der Retorsion oder mit anderen Gestaltungen ein entsprechender Druck ausgeübt werden kann zur Wiederherstellung einer rechtmäßigen Situation. Hier sollte man die Drohung mit Gegenmaßnahmen ernst nehmen. In einer Statistik der Repressalien alter Art werden diese Gegenmaßnahmen vielleicht nicht so häufig auftauchen, aber wir wissen nicht, wie es mit bloßen Drohungen steht, die in der Staatenpraxis eine weitaus größere Rolle spielen. Die Stimmen in der Literatur nehmen zu, die sagen, von der Retorsion gingen inzwischen mehr Wirkungen aus als von der klassischen Repressalie. Ich kann dies nicht nachprüfen. Aber die Stimmen nehmen zu, die betonen, eine Retorsion könne sehr viel wichtiger und wirksamer sein als eine Repressalie. Und deshalb habe ich große Sympathien für diese Kosten-Nutzen-Analysen, so schwierig sie sind.

Herr Bothe, natürlich kann man die Frage stellen, ob in einer Welt wie der gegenwärtigen einseitige Gegenmaßnahmen im Sinne der alten Repressalie noch angemessen sind. Diese Frage kann man stellen. Problematisch ist nur, ob diese Analyse der Wirklichkeit zutrifft oder nicht. Das Leitbild der Völkerrechtsgemeinschaft, das wir vor uns tragen, ist entweder zutreffend oder nicht. Und wenn die Vernetzungen oder die Möglichkeiten kollektiver Art faktisch eben nicht ausreichen, und dies nachgewiesen werden kann – dafür gibt es sehr viele Belege in der Wirklichkeit –, dann können wir nicht auf ein Mindestmaß von Schutz durch rechtlich sehr stark eingegrenzte Repressalien oder Gegenmaßnahmen verzichten. Herr Meessen war es, der von der Nutzung des Systems, der Begriffe und des Aufbaus des ILC-Entwurfs gesprochen hat. In der Tat, was heißt „Nutzung“? Können wir das überhaupt nachprüfen? Wenn eine Norm eine Gegenmaßnahme vorsieht und eine Drohung mit einer Gegenmaßnahme vorgenommen wird, ist dies eine Nutzung des begrifflichen Systems oder nicht? Oder wirkt das System gerade deshalb, weil es praktisch nicht in Anspruch genommen wird? Daher habe ich Probleme mit der „Nutzung“.

Herr Benedek, ich bin dankbar für die Nachweise für die Notwendigkeit einer Gegenmaßnahme, weil die Staatenpraxis durch ein Beispiel hier verstärkt deutlich wird. Ich bin überhaupt sehr pessimistisch in bezug auf die Fähigkeit von Wissenschaftlern, die Staatenpraxis so zu erfassen, daß ihr theoretisches Gebäude von Rechtslehren genau abgestimmt ist auf diese Staatenpraxis. Wir haben auch im Bereich der Gegenmaßnahmen Schwierigkeiten, das Ausmaß von Gegenmaßnahmen genau zu ermitteln. Daran müssen wir ebenfalls weiterarbeiten. Kontrolle von „interim measures“: da hatte ich leider keine verlässliche Information. Es sei denn, der Herr Vorsitzende kann uns diese geben und mitteilen, wie

„interim measures“ kontrolliert werden sollen. Es ist jedenfalls vorgesehen, daß diese Zwischenmaßnahmen nicht das gesamte Verfahren ersetzen, sondern es sichern sollen. Wie dies dann geschieht und durch welche Mechanismen kann ich Ihnen nicht in einer klaren Antwort sagen. Ich hoffe, daß man aus einem genauen Studium des Entwurfes eine solche Kontrollmöglichkeit herausfiltern kann. Ich bin jedoch auch hier pessimistisch.

Zu Herrn Delbrück, da kann ich nur sagen, er hat recht. Jedenfalls soweit es die erste Problematik anbelangt, und hier will ich, selbst wenn ich könnte, nicht widersprechen. Der Zeitfaktor muß natürlich auch Rücksicht nehmen auf Strukturveränderungen bei Vereinbarungen durch Staaten, die diese Strukturveränderungen herbeiführen. Ob der Entwurf anwendungsfähig ist angesichts großer Zeitprobleme, möchte ich differenziert beantworten. Der Herr Vorsitzende hat heute vormittag am Ende meines Referates meine Schilderung des ILC-Entwurfes etwas sehr schwarz gemalt. Ich nehme Anstoß in erster Linie an bestimmten übermäßigen Verfahrensregelungen des dritten Teils in Verbindung mit manchen Besonderheiten, wie den „interim measures“ usw. Aber auf der anderen Seite steht das, was auch Herr Klein in seinem Schlußwort des Referates sagte: Was die ILC hier auf vielen Gebieten geleistet hat, gibt notwendige und wichtige Anregungen. Ich kritisiere daher nicht den ILC-Entwurf pauschal, sondern nur die Teile, die hier erwähnt worden sind. Das nur zur Besserung der Stimmung gegenüber der ILC, Herr Vorsitzender. Das wären meine Äußerungen zu diesen Problemen und ich hoffe, daß Herr Klein das aufnimmt, was ich vielleicht übersehen habe. Danke schön.

Tomuschat:

Ja, vielen Dank, Herr Fiedler. Sie haben mir eine Frage gestellt, deswegen möchte ich da nicht kneifen. Ich glaube, der Artikel 48 Absatz 1 ist ganz zum Schluß in den Entwurf hineingekommen. „Interim measures“ zu ergreifen ist zulässig, ohne daß man zunächst in Verhandlungen eintreten muß. Sie sehen, daß im übrigen 48 Absatz 2 keine vorherige Erledigung der Streitbeilegungsverfahren voraussetzt; nur die Beachtung der Verhandlungspflicht ist ein vorheriges Erfordernis, sonstiges muß nicht vorher durchgeführt werden.

Klein:

Danke schön. Ich muß mich kurz fassen, aber das soll mich nicht hindern, mich zunächst sehr herzlich bei Ihnen zu bedanken. Es ist ja nicht nur so, daß man bei der Ausarbeitung eines Referates viel lernt, sondern dann noch mal durch die Diskussion, und das verdanke ich Ihnen.

Ich möchte zunächst erneut auf die Menschenrechtsproblematik eingehen. Das ist sicher eine schwierige Frage, und darüber wird noch viel nachgedacht werden müssen. Ich glaube, bevor man beurteilt, ob die Repressalienfestigkeit von Menschenrechten teilweise oder ganz bejaht wird, müssen wir uns darüber im klaren sein, inwieweit ein Staat ohnehin in die Menschenrechte eingreifen darf, nämlich auf der Grundlage dessen, was ihm an Einschränkungsmöglichkeiten durch die normativen Gewährleistungsgarantien selbst bzw. durch ihre Schranken gegeben

ist. Dies ist keine Frage der Repressalie. Alle diese Eingriffsmöglichkeiten sind auszuloten, und erst wenn der Zugriff darüber hinausgeht, erst dann stellt sich die Repressalienfrage, und da möchte ich immer noch trotz aller Einwände auf meiner These beharren. Es kommt hinzu, daß die Repressalie nur einen vorläufigen Eingriff darstellen kann. Derjenige, der die Repressalie ausübt, muß jederzeit wieder zum Recht zurückkehren können. Eignen sich unter diesem Aspekt eigentlich die Menschenrechte als Repressalienobjekte? Wenn ein Menschenrecht verletzt ist, dann ist es verletzt – ist die Rückkehr zum Recht ohne weiteres möglich? Vielleicht unterscheiden sich die menschenrechtlichen Normen doch von anderen völkerrechtlichen Normen, da Menschenrechtsverletzungen vielleicht gar nicht mehr wiedergutzumachen sind.

Das zweite Problem betrifft die Frage der aufgedrängten Hilfe. Herr Hofmann hat das angesprochen und das Beispiel Polen genannt. Ich meine schon, daß man hier sagen müßte, daß dort, wo ein Staat ganz offenkundig unter fremdem Einfluß steht und also keine freie Entscheidung treffen kann, es auf ein Hilfersuchen nicht ankommen kann, damit Dritte tätig werden können.

Herr Balekjian hat mich gefragt, ob sich aus Sicherheitsratsbeschlüssen Repressalienberechtigungen ergeben können. Ich meine ja. Im Verhältnis von Mitgliedern der Vereinten Nationen wird es darauf freilich kaum ankommen, weil sie ja an die Sicherheitsratsresolution gebunden sind. Aber im Verhältnis zu Drittstaaten, die nicht im System der Vereinten Nationen sind, kommt es darauf an, ob sie sich auf diese Anordnung, diese Regelung des Sicherheitsrates legitimierend berufen können. Zusätzlich wird aber auch die allgemeine Völkerrechtslage für sie entscheidend sein. Nehmen Sie die Schweiz. Die Schweiz wird ihrerseits beurteilen müssen, ob eine *erga omnes*-Normverletzung vorliegt, die sie im Verhältnis zu dem Zielstaat berechtigt, an dieser Repressalie mitzuwirken.

Abschließend, und ich bitte um Verzeihung, wenn ich vielleicht nicht auf jeden Beitrag eingegangen bin, ein Wort zu Herrn Delbrück: Herr Delbrück, Sie haben sicher einen wesentlichen Punkt genannt, aber mich stört schon etwas der Begriff des Gewaltmonopols der Vereinten Nationen. Schon das Selbstverteidigungsrecht zeigt, daß es dieses Gewaltmonopol, wenn man den Begriff ernst nimmt, ja doch nicht gibt. Ich meine nicht, daß wir hier Rechtsdurchsetzungslücken einfach hinnehmen sollten, um Schlimmeres zu verhüten. Ich weiß nicht, was das Schlimmere ist. Und wenn man auf die Frage der humanitären Intervention, die auch Herr Doehring angeführt hat, zu sprechen kommt, da muß ich Ihnen sagen, ich löcke wider alle Stacheln. Ich konnte mich nie damit anfreunden, daß man die humanitäre Intervention grundsätzlich heute für völkerrechtswidrig hält. Ich meine, daß sich ein solches Verbot nicht nachweisen läßt, weder in der Praxis der Vereinten Nationen noch in der Staatenpraxis. Ich wehre mich dagegen, daß hier das Recht unmittelbar gegen sich selbst auftreten und sich lahmliegen soll. Ich sehe natürlich Ihr Argument, für das vieles spricht, aber anders als Herr Fiedler gesagt hat, in diesem Fall folge ich Ihnen letztlich nicht. Ich danke Ihnen sehr.

Tomuschat:

Ich möchte den drei Referenten dieses heutigen Tages in Ihrer aller Namen sehr herzlich danken. Ich glaube, wir haben einen faszinierenden Nachmittag erlebt und gewiß von unserer Gesellschaft aus einiges Gehaltvolles zur Klärung des Begriffes der Gegenmaßnahmen beigetragen. Also nochmals, sehr herzlichen Dank auch allen Diskussionsteilnehmern, die sich beteiligt haben und durch die dieser Nachmittag seine Brillanz und seine Tiefgründigkeit erhalten hat.

* * *

Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht

26 Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots

(Limitations of the Prohibition of the Use of Force in International Law).

Von Prof. Dr. Dietrich Schindler und Prof. Dr. Kay Hailbronner. 1986.

169 S. Gb. DM 78,-.
ISBN 3-8114-7485-5

27 Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen – Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption

(Multilateral Conventions erga omnes and their Incorporation into National Codifications of International Private Law – Advantages and Disadvantages).

Von Prof. Dr. Jost Delbrück, Prof. Dr. Dr. Franz Matscher, Prof. Dr. Kurt Siehr. 1986. 221 S. Gb. DM 98,-.

ISBN 3-8114-8185-1

28 Völkerrechtlicher Vertrag und Drittstaaten

(Treaties and Third States).

Von Prof. Dr. Christian Tomuschat, Prof. Dr. Hanspeter Neuhold und Priv. Doz. Dr. Jan Kropholler. 1988. 179 S. Gb. DM 84,-. ISBN 3-8114-7087-6

29 Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht

(Recognition of Nationality and Effective Nationality of Natural Persons in Public and Private International Law).

Von Prof. Dr. Hans Jürgen Sonnenberg und Prof. Dr. Hans v. Mangoldt. 1988.

147 S. Gb. DM 68,-.
ISBN 3-8114-7187-2

30 Rechtsfragen der Rüstungskontrolle im Vertragsvölkerrecht der Gegenwart

(Legal Questions of Arms Control in Contemporary International Treaty Law).

Von Prof. Dr. Michael Bothe und Prof. Dr. Wolfgang Graf Vitzthum. 1990.

203 S. Gb. DM 98,-.
ISBN 3-8114-1390-2

Hüthig Fachverlage

Im Weiher 10, D-69121 Heidelberg, Tel. 06221/489-555,
Fax 06221/4 89-624, Internet <http://www.huethig.de>



C.F. Müller

Hüthig

0455440A

Christian Tomuschat (Hrsg.)

**Rechtsprobleme einer
europäischen Sicherheits-
und Verteidigungspolitik**

(Aspects juridiques d'une politique
européenne de sécurité et de défense)

PR

2158

D 486

-36

Müller

Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Völkerrecht

Band 36

Tagung in Mainz
September 1996

Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik

(Aspects juridique d'une politique
européenne de sécurité et de défense)

Herausgegeben von
Christian Tomuschat

Mit Beiträgen von

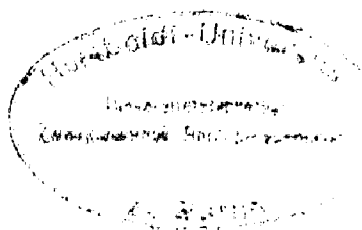
Jochen A. Frowein, Louis Germain, Jean-François Guilhaudis,
Philippe Weckel, Torsten Stein, Günther Koenig, Wolff Heintschel
von Heinegg, Pierre Marie Dupuy, Serge Sur



CFM

C.F. Müller Verlag
Heidelberg

PR 2458 D 483-36



Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik :
Beiträge in deutsch und französisch : [Tagung in Mainz, September
1996] = (Aspects juridique d'une politique européenne de sécurité et de
défense) / hrsg. von Christian Tomuschat. Mit Beitr. von Jochen A.
Frowein ... - Heidelberg : Müller 1997
(... Tagung .../ Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht)(Berichte der
deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 36)
ISBN 3-8114-9897-5

© 1997 C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier aus 100% chlorfrei
gebleichtem Zellstoff (DIN-ISO 9706). Aus Gründen des Umweltschutzes
Umschlag ohne Kunststoffbeschichtung

Druck: Druckhaus Darmstadt

ISBN 3-8114-9897-5

98/235

Inhalt

<i>Christian Tomuschat</i> Einleitung	7
<i>Jochen A. Frowein</i> Auf dem Weg zu einer gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik	11
<i>Louis Germain</i> Les voies étroites vers la politique étrangère et de sécurité commune	19
<i>Jean-François Guilhaudis</i> L'Allemagne, la France et le désarmement nucléaire aux Nations-Unies	31
<i>Philippe Weckel</i> Le statut des capacités militaires européennes	39
<i>Torsten Stein</i> Rechtsfragen des Eurokorps und der deutsch-französischen Brigade	53
<i>Günther Koenig</i> Die Strukturen der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sicherheits- und Verteidigungspolitik – Rechtsgrundlagen und Entwicklung	69
<i>Wolff Heintschel v. Heinegg</i> Rechtsprobleme einer deutsch-französischen Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen	87
<i>Pierre Marie Dupuy</i> La coopération franco-allemande en matière de maintien de la paix	115
<i>Christian Tomuschat</i> Schlußbemerkungen	125
<i>Serge Sur</i> Aspects juridiques d'une politique européenne de sécurité et de défense	131



Einleitung

Von Prof. Dr. Christian Tomuschat, Berlin

Vielfach wird heute Völkerrecht als eine nationale Wissenschaft betrieben. Der Blick über die Grenzen hinweg, so unerlässlich er von der Sache her sein mag, gehört keineswegs mehr zu den Selbstverständlichkeiten. Vielfältige Ursachen können diesen Rückzug in die Selbstgenügsamkeit erklären.

Ungeheuer ist die Masse der für die Behandlung eines Problems im internationalen Recht relevanten Schrifttumsäußerungen in neuerer Zeit angewachsen. Gab es früher einen Führungsanspruch einiger weniger Publikationsorgane in französischer und englischer Sprache, so läßt sich heute die Zahl der einschlägigen Zeitschriften kaum noch überblicken. Ernsthaft kann deswegen Wissenschaft kaum noch mit dem Anspruch auf Vollständigkeit in der Erfassung allen verfügbaren Materials betrieben werden. Gelegentlich muß man auch feststellen, daß der Arbeitsaufwand sich nicht gelohnt hat, wenn man nach langer Literaturrecherche zu einem bestimmten Problem mehrfach doch nur eine Grundinformation erhält.

Auch die Sprachkenntnisse der Spezialisten des Völkerrechts scheinen nicht mehr auf dem Stand früherer Jahrzehnte zu sein. Dies hängt mit den Gewichtsverschiebung im Verhältnis der europäischen Sprachen zueinander zusammen. Nur die englische hat ihre Positionen gehalten, ja ihren Machtbereich ausgedehnt: sie steht im Begriff, auf dem Gebiet des Völkerrechts zum führenden, ja einzigen Verständigungsmedium mit einer Art von Monopolanspruch aufzusteigen. Auch das Französische, in den Vereinten Nationen noch formell gleichberechtigt, tut sich schwer, sich auf dem traditionellen Platz zu halten. Deutsch und Italienisch hingegen sind ganz offensichtlich zu bloßen Regionalsprachen herabgesunken, deren Nichtkenntnis nicht mehr als ein beruflicher Qualifikationsmangel angesehen wird.

Die Folgen dieser Entwicklung für den wissenschaftlichen Gedankenaustausch sind nicht eben günstig. In den USA glaubt man sehr häufig, der in Europa gewonnenen Erkenntnisse nicht zu bedürfen, was auch dazu geführt hat, daß Aufsätze europäischer Zeitschriften, zumal wenn sie nicht auf englisch verfaßt sind, nicht in die überwiegend benutzten Datenbanken aufgenommen werden. In nur geringfügiger Abwandlung einer bekannten lateinischen Maxime gilt heute in der computerisierten Wissenschaftswelt der Satz, *quod non est in datis, non est in mundo*. In einer Art von Defensivstrategie wird in Frankreich weithin versucht, eine rein französische Rechtskultur aufzubauen, die konsequent englischsprachiges Schrifttum ignoriert, wenn es sich nur irgendwie vertreten läßt. Wohl am eifrigsten wird heute noch in Deutschland, Italien und den Benelux-Ländern das Ideal einer weltumspannenden Völkerrechtswissenschaft gepflegt, die einem Geist der intellektuellen Auseinandersetzung ohne nationale Grenzen verpflichtet ist. Aber auch in Westeuropa kann man nicht von einem *meilleur des mondes* sprechen. Mit einer gewissen Nichtachtung wird nach wie vor die russische Sprache gestraft, freilich weniger politischer Gründe willen als wegen der ihr eigenen Schwierigkeiten. Demzufolge

werden Äußerungen russischer Autoren durchweg nur dann zur Kenntnis genommen, wenn sie in einer der gängigen westeuropäischen Sprachen formuliert sind.

So scheint das Englische auf einem unaufhaltsamen Vormarsch zu sein. Die Verfestigung seiner Monopolstellung wäre aber nicht nur ein Politikum ersten Ranges, sondern würde auch zu einer auszehrenden kulturellen Verarmung führen. Nachbarländer wie Deutschland und Frankreich mit ihrem jahrhundertelangen Miteinander und Gegeneinander können es sich nicht leisten, die Sprache des anderen nicht mehr zu erlernen und nur noch über eine dritte Sprache zu kommunizieren. Zwangsläufig führt Nichtverständnis zu Entfremdung und kann damit neue Spannungen heraufbeschwören. Beim Bau einer Europäischen Union, welche diesen Namen verdient, wäre man sicher, eines nicht allzu fernen Tages zu scheitern, würde man fröhlich weiter auf dem Pfade gegenseitiger Nichtbeachtung und zunehmender Versenkung in die Betrachtung eigener Gedanken voranschreiten.

Vor diesem Hintergrund haben die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht und ihre Schwestergesellschaft, die Société française pour le droit international, beschlossen, ihre Zusammenarbeit zu intensivieren. Eine erste gemeinsame Tagung fand am 27. und 28. September 1996 in Mainz statt. Sie war nach langen gegenseitigen Beratungen den Rechtsfragen einer gemeinsamen europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik gewidmet worden. Wie man aus dem Jahre 1954 vom Scheitern des Vertrages über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft in der französischen Nationalversammlung weiß, stehen Fragen der militärischen Sicherheit auf einer Skala außenpolitisch heikler Themen unangefochten an der Spitze, da sie den Kern nationaler Souveränität berühren. Auf der anderen Seite braucht aber Europa zumindest langfristig gesehen ein gemeinsames Verteidigungssystem, wie es ja auch im Maastrichter Vertrag vorgesehen ist. Hier die rechtlichen Eckdaten abzustecken, war das Ziel des Kolloquiums. Bisher hat sich die deutsch-französische Zusammenarbeit im wesentlichen pragmatisch entwickelt. Ganz offensichtlich haben sich einige der EU-Mitgliedstaaten, darunter auch Frankreich, gescheut, sich festeren rechtlichen Bindungen zu unterwerfen. Auch die J-Artikel des EU-Vertrages sind außerordentlich allgemein, ja weich und fast nichtssagend gehalten. Dennoch entbehren sie nicht der rechtlichen Bindungskraft, die allerdings der Bestätigung durch die tatsächliche Anwendungspraxis bedarf. Das Kolloquium hat versucht, insoweit nähere Klärungen herbeizuführen und von dieser Grundlage aus die Voraussetzungen für eine deutsch-französische Zusammenarbeit bei Friedensoperationen unter dem Dach der Vereinten Nationen oder einer europäischen Regionalorganisation zu erkunden. Der Leser wird zu entscheiden haben, ob dieses Vorhaben zumindest im Ansatz gelungen ist. Er wird jedenfalls entdecken, daß sich die Arbeitsweise des deutschen und diejenige des französischen Völkerrechtjuristen nicht unerheblich voneinander unterscheidet. Es war in der Tat auch ein weiteres Ziel des Kolloquiums, das Bewußtsein für Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu schärfen.

Die beiden Völkerrechtsgesellschaften streben an, ihre Zusammenarbeit fortzusetzen und sich gelegentlich im kleineren Kreise zu wissenschaftlichen Tagungen zu treffen. So soll der vorliegende Band nur ein Anfang sein, dessen Auswirkungen weit in die Zukunft hineinreichen.

Berlin, April 1997

Christian Tomuschat



Auf dem Wege zu einer gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Von Prof. Dr. Jochen Abr. Frowein, Heidelberg

1. Die Wiederentdeckung der Sicherheitskomponente in der Europäischen Union

Artikel J des Unionsvertrages führt eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik ein, die durch die Bestimmungen des Vertrages näher geregelt wird. Damit ist eine Komponente Bestandteil des Systems der Europäischen Union geworden, die die Anfänge des europäischen Integrationssystems in besonderer Weise bestimmt hat.

Als der französische Außenminister Robert Schumann den Vorschlag an Bundeskanzler Adenauer formulierte, die europäische Kohle- und Stahlindustrie in eine Gemeinschaft einzubringen, stand der Sicherheitsgedanke im Vordergrund. Die Kohle- und Stahlindustrie wurde als die Grundlage der Rüstung angesehen, und der französischen Öffentlichkeit konnte eine rein deutsche Kontrolle über diese Industrie nach Ablösung des Ruhrstatuts nicht zugemutet werden. Mit diesem Schritt wurde der Gedanke der Sicherheit der europäischen Staaten durch eine Verflechtung in einem Gemeinschaftssystem für die Praxis zum ersten Mal formuliert. Freilich ging es hier um die Sicherheit der westeuropäischen Staaten gegeneinander.

Schon bald nach der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und noch vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages trat der interne Sicherheitsaspekt dieses historisch ungewöhnlichen Vorganges in den Hintergrund. Durch die seit Beginn des Korea-Krieges und der Berliner Blockade deutliche Bedrohung Westeuropas aus dem Osten verschwand das Sicherheitsproblem zwischen den westeuropäischen Staaten aus dem politischen Bewußtsein und aus der öffentlichen Diskussion. Sicherheit wurde jetzt vor allem als Sicherheit gegenüber einer Bedrohung aus dem Herrschaftsbereich der Sowjetunion gesehen. Als Institution zur Gewährleistung dieser Sicherheit wurde vor allem nach dem Scheitern des Vertrages über die EVG die NATO das zentrale Instrument.

Mit der ausdrücklichen Einbeziehung der Sicherheitspolitik, die sich in Richtung auf Verteidigungspolitik entwickeln soll, ist der erste Schritt zu einem System europäischer Verteidigungsorganisation getan. Freilich sind deren Strukturen noch äußerst unbestimmt.

2. Das Verhältnis von Sicherheits- und Verteidigungszuständigkeit

Die in Artikel J. 4 verwendeten begrifflichen Unterscheidungen zwischen Sicherheitspolitik, Verteidigungspolitik und Verteidigung machen es außerordentlich schwer, juristisch festzustellen, was nach dem gegenwärtigen Stande zur Zuständigkeit der Union gehört. Gemäß Artikel J. 4 umfaßt die gemeinsame Außen- und

Sicherheitspolitik sämtliche Fragen, welche die Sicherheit der Europäischen Union betreffen. Es wird ausdrücklich hinzugefügt, daß auf längere Sicht auch die Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik dazu gehört.

Aus der in allen Texten im Präsens und Indikativ formulierten Festlegung „gehört“ muß geschlossen werden, daß die Zuständigkeit der Europäischen Union bereits hier die Verteidigungspolitik umfaßt. Durch die im Deutschen benutzte Formulierung „auf längere Sicht“, im Englischen „including the eventual framing of a common defense policy“, im Französischen „à terme“, wird zwar klar, daß noch eine längere Vorbereitungszeit als erforderlich angesehen wird. Meines Erachtens ergibt sich aber aus der Formulierung deutlich, daß nicht etwa eine neue vertragliche Regelung erforderlich ist, um die Verteidigungspolitik einzuführen. Vielmehr bedarf es lediglich einer Entscheidung im Rahmen des GASP-Systems. Insofern ist die Entwicklung einer Verteidigungspolitik vor allem der Praxis überlassen, ohne daß eine erneute Beteiligung der Parlamente in einem formellen Verfahren nötig ist.

Anders ist es dagegen mit dem, was Artikel J. 4 Absatz 1 als „gemeinsame Verteidigung“ bezeichnet. Hier wird der Konjunktiv verwendet: „... die zu gegebener Zeit zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte“. Aus diesem Konjunktiv muß geschlossen werden, daß eine Zuständigkeit für eine gemeinsame Verteidigung zur Zeit nicht vorhanden ist. Hier bedürfte es einer Vertragsänderung. Auf der Regierungskonferenz werden möglicherweise Änderungen erörtert.

Als Alternativen bieten sich insoweit insbesondere die Inkorporierung von Art. V des modifizierten Brüsseler Vertrages in den Unionsvertrag oder die Annahme eines Verteidigungsprotokolls zum Unionsvertrag an, wie sie vom Ministerrat der WEU im WEU-Beitrag zur Regierungskonferenz diskutiert werden¹. Beide Optionen bedeuten eine Integration der WEU in die Union. Die Verabschiedung eines gesonderten Verteidigungsprotokolls hätte den Vorteil, daß die gemeinsame Verteidigung zwar in die Union eingeführt würde, zugleich aber kein Staat die Beistandspflicht entweder akzeptieren oder explizit ein „opting out“ erklären müßte. Es wäre danach also denkbar, daß die „gemeinsame Verteidigung“ auf bestimmte Staaten, nämlich diejenigen, die das Protokoll ratifizieren, beschränkt bliebe.

Es fragt sich natürlich, wie man sinnvoll Verteidigungspolitik und Verteidigung gegeneinander abgrenzen kann. Meines Erachtens ist das nur in der Weise möglich, daß als Verteidigungspolitik die Vorbereitung des militärischen Einsatzes im weitesten Sinne angesehen wird. Dafür spricht auch die Regelung in Artikel J. 4 Absatz 2, wo von verteidigungspolitischen Bezügen gesprochen wird und ganz offensichtlich vor allem an den Einsatz von Militär gedacht wird. Demgegenüber ist die gemeinsame Verteidigung dann der Zustand, bei dem die Verteidigung der Unionsstaaten gegen einen Angriff von außen zur Zuständigkeit der Union gehören würde. Es ist deutlich, daß insbesondere für diesen Fall ein schwieriges Konkurrenzproblem zur NATO auftritt, für das der Unionsvertrag (anders als Artikel IV des modifizierten Brüsseler Vertrages) noch keine Lösung enthält, wohl auch nicht in Artikel

¹ WEU contribution to the European Union intergovernmental conference of 1996, Assembly of Western European Union, Proceedings December 1995, I, Doc. 1492, Abs. 76 ff.

J. 4 Absatz 4 oder 5. Es dürfte einleuchten, daß wegen dieses schwierigen Konkurrenzproblems der Konjunktiv gewählt worden ist, der die Frage offen hält, wie dieses Verhältnis durch neue vertragliche Schritte gelöst werden könnte.

3. Das Verhältnis zur WEU

Gemäß Artikel J. 4 Absatz 2 ersucht die Union die Westeuropäische Union, die danach integraler Bestandteil der Entwicklung der Europäischen Union ist, die Entscheidungen und Aktionen der Union, die verteidigungspolitische Bezüge haben, auszuarbeiten und durchzuführen. Der Rat trifft im Einvernehmen mit den Organen der WEU die erforderlichen praktischen Regelungen. Absatz 2 des Artikels J. 4 zeigt, daß hier eine unmittelbar eintretende Konsequenz der Sicherheitszuständigkeit der Union festgelegt wird. Nur so ist erklärlich, daß Entscheidungen und Aktionen ausgearbeitet und durchgeführt werden können, die verteidigungspolitische Bezüge haben. Damit wird deutlich, daß nicht alle militärischen Aktionen als unmittelbar zur Verteidigungspolitik und zur gemeinsamen Verteidigung im Sinne von Absatz 1 gehörig angesehen werden müssen, für die ja mindestens noch ein längerer Zeitraum als erforderlich angesehen wird.

Die durch Artikel J. 4 entstandene institutionelle Verbindung zwischen zwei internationalen Organisationen ist ein ganz ungewöhnlicher Fall. Sie ist ohne formelle Änderung des Vertrages über die WEU eingeführt worden. Nach meiner Auffassung muß man allerdings eine konkludente Änderung des WEU-Vertrages annehmen. Da alle WEU-Mitgliedstaaten gleichzeitig Mitglieder der Europäischen Union sind, muß der Abschluß des Unionsvertrages durch diese Staaten gleichzeitig als eine insofern vorgenommene konkludente Änderung des Vertrages über die Westeuropäische Union gewürdigt werden².

Parteien eines multilateralen Vertrages können bekanntlich auch ohne förmliche Vertragsänderung durch zusätzliche vertragliche Einigung den Inhalt des multilateralen Vertrages verändern. Das ist hier geschehen, denn der WEU-Vertrag sah bisher bestimmte Aktionen, wie sie im Rahmen von Artikel J. 4 beabsichtigt sind, nicht vor.

Die Veränderung wirft keine verfassungsrechtlichen Probleme in den Staaten auf, die eine Zustimmung des Parlamentes für Vertragsänderungen verlangen, weil die in Artikel J. 4 des Unionsvertrages getroffene Regelung in diesen Staaten die Zustimmung der parlamentarischen Körperschaft erhalten hat. Das hat das deutsche Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil zutreffend erkannt³. Durch diese Zustimmung wurde der WEU-Vertrag konkludent dahingehend geändert, daß die

2 J. A. Frowein, Die Europäische Union mit WEU als Sicherheitssystem, Festschrift für U. Everling, 1995, 315, 322 f.

3 BVerfGE 90, 286 (366): „Diese vertragsförmlichen Regelungen über eine Einbeziehung der Westeuropäischen Union in die gemeinsame Sicherheitspolitik der EU stützen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht auf das Zustimmungsgesetz vom 18. Dezember 1992 (BGBl. 1992 II, S. 1251). Soweit die WEU die Definition ihrer Aufgaben hierauf ausrichtet, kommt eine Verletzung von Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 GG von vornherein nicht in Betracht.“

Westeuropäische Union integraler Bestandteil der Entwicklung der Europäischen Union geworden ist.

Im wesentlichen drei Optionen für die weitere Entwicklung des Verhältnisses zwischen EU und WEU hat der WEU-Ministerrat in dem am 14. November 1995 verabschiedeten Beitrag der WEU zur Regierungskonferenz erörtert⁴: (1) eine engere Partnerschaft zwischen einer autonomen WEU und der EU; (2) eine Zwischenlösung in Richtung auf eine institutionelle Konvergenz zwischen WEU und EU, mit neuen rechtlichen und/oder politischen Verpflichtungen beider, möglicherweise auch eine Neuformulierung von Artikel J. 4 Absatz 2 mit einer stärkeren Unterordnung der WEU unter die (Vorgaben der) EU; (3) die schon angesprochene Integration der WEU in die EU. Anzumerken ist, daß die Versammlung der WEU im Juni 1996 in Paris deutlich gemacht hat, daß sie für die Organisation für eine gemeinsame europäische Verteidigungspolitik keine Unterstellung unter die EU will, solange WEU und EU auf verschiedenen Verträgen beruhen und nicht dieselben Mitgliedstaaten haben⁵.

4. Die Durchführung von Aktionen der Union durch die WEU

Im Oktober und November 1993 haben der Rat der Europäischen Union und der WEU-Ministerrat ein gleichlautendes Dokument verabschiedet⁶, wonach Einigkeit zwischen den beiden Organisationen darüber besteht, daß Aktionen der WEU in folgenden Fällen durchgeführt werden können:

1. Der Einsatz militärischer Beobachter, etwa bei Waffenstillstandsüberwachung,
2. Peace-keeping-Einsätze,
3. Überwachung der Einhaltung von Sanktionen,
4. Peace enforcement, d. h. Waffeneinsatz zur Durchsetzung der Befriedung.

Die WEU hat sich in diesem Dokument ausdrücklich bereit erklärt, derartige Einsätze unter Beachtung ihres eigenen Entscheidungssystems durchzuführen. Man kann darüber streiten, ob in dem Dokument eine völkerrechtliche Vereinbarung zwischen der Europäischen Union und der WEU gesehen werden muß. Nach meiner Ansicht spricht alles dafür, die Absprache so einzuschätzen⁷. Letztlich ist das aber gleichgültig, weil jedenfalls die in der Praxis wesentliche Grundlage für die Durchführung derartiger Einsätze festgelegt worden ist.

Bisher ist es, soweit mir bekannt ist, zu einer eindeutigen Benutzung derartiger Formen nicht gekommen. Die Aktion „sharp guard“, d. h. die Überwachung der Sank-

4 WEU contribution (Anm. 1), Abs. 43 ff. Zur Implementierung des Unionsvertrages und zum Verhältnis zwischen der WEU und der Union vgl. *T. Marauhn, Building a European Security and Defence Identity*, 1996, 97 ff. und 117 ff.

5 Antwort auf den ersten Teil des 41. Jahresberichtes des Ministerrats, Empfehlung 596 vom 5.6.1996, Text abgedruckt in: BT-Drs. 13/5324, 25 f.

6 Abgedruckt als Annex IV of Chapter IV of the document on the implementation of the Maastricht Treaty in: Assembly of Western European Union, Proceedings June 1994, I, Doc. 1412.

7 *Frowein* (Anm. 2), 323 f.

tionen gegen Restjugoslawien, hatte nicht nur vor dieser Absprache begonnen, sondern erfolgte auch ohne Beteiligung der Union. Auch am WEU-Einsatz auf der Donau war die EU nicht beteiligt. Lediglich der Einsatz von Polizeikräften in Mostar könnte an sich hierunter gerechnet werden. Dies ist offensichtlich die Auffassung des WEU-Ministerrates, der in seiner Nordwijk-Erklärung den Einsatz der Polizeitruppe in Mostar als erstes Beispiel für die Umsetzung von Artikel J. 4 Absatz 2 wertet⁸. Unproblematisch ist die Unterstellung unter die EU, denn der das WEU-Polizeielement führende Kommissar erhielt seine Anweisungen vom EU-Administrator (Artikel 13 Absatz 2 der Vereinbarung über die Administration von Mostar durch die EU vom 5. Juli 1994); zweifelhaft sind jedoch die verteidigungspolitischen Bezüge. Diese könnten sich allenfalls daraus ergeben, daß das WEU-Polizeielement dem EU-Administrator auch hinsichtlich vertrauensbildender Maßnahmen, Flüchtlingsbewegungen sowie der Behandlung mutmaßlicher Kriegsverbrecher mit Information und Rat zur Seite stellen sollte (vgl. Artikel 13 Absatz 1 der o. g. Vereinbarung). Deutlichere Hinweise ergeben sich auch nicht aus der gemeinsamen Aktion vom 15. Juli 1996 über die Ernennung eines Sonderbeauftragten der EU in Mostar⁹, die u. a. eine Finanzierung des WEU-Kontingents für den Zeitraum der Abwicklung der EU-Verwaltung durch die EU vorsieht (Artikel 6).

5. Die Rolle der NATO

In dem angegebenen Kontext brauchte an sich der NATO keine besondere Rolle zuzukommen. Sie ist in Artikel J. 4 Absatz 5 lediglich erwähnt, um klar zu machen, daß Aktivitäten einzelner Mitgliedstaaten im Rahmen der Atlantischen Allianz dem System der gemeinsamen Sicherheitspolitik nicht entgegenstehen. Man wird freilich erkennen müssen, daß diese Formulierung ein bloßer Formelkompromiß ist, der die zugrundeliegenden Interessenunterschiede in keiner Weise klärt.

Der NATO kommt aber in unserem Kontext vor allem deswegen entscheidende Bedeutung zu, weil Einsätze der WEU ohne Zurverfügungstellung von NATO-Einrichtungen praktisch unmöglich sind. Deswegen müssen sowohl NATO-Kommandostrukturen als auch NATO-Einrichtungen ad hoc an die WEU ausgeliehen werden, um das System funktionsfähig zu machen. Dafür sind Absprachen getroffen worden, etwa bezüglich der Alliierten Streitkräftekommandos (CJTF), aber auch ein Sicherheitsabkommen zwischen der WEU und der NATO, das der WEU den Zugang zu klassifizierten Dokumenten der NATO ermöglicht¹⁰. Auch die Erfahrung bei „sharp guard“ kann in diesem Zusammenhang ausgenutzt werden¹¹.

Die NATO dürfte allerdings noch in einem anderen Zusammenhang für unsere Fragestellung wichtig werden. Innerhalb der NATO gibt es eine Diskussion über die Herausbildung einer europäischen Komponente und der Vorbereitung von Ein-

⁸ Communiqué abgedruckt in: Bulletin der Bundesregierung vom 1.12.1994, 1021 ff., Abs. 17.

⁹ Beschluß 96/442/GASP, ABIEG 1996 Nr. L 185, 2.

¹⁰ Abkommen vom 6.5.1996, vgl. dazu NATO Press Release (96)66 vom 2.5.1996.

¹¹ Zur Zusammenarbeit zwischen WEU und NATO im Rahmen von „sharp guard“ vgl. die Presseerklärung nach der gemeinsamen Sitzung des Nordatlantikrates und des Ministerrates der WEU vom 8.6.1993, Text abgedruckt in: Assembly of Western European Union, Proceedings November-December 1993, I, Doc. 1397, Annex 5.

sätzen, an denen lediglich die europäischen NATO-Staaten teilnehmen. Verschiedene NATO-Beschlüsse zeigen, daß Einigkeit über diese Möglichkeit besteht¹².

Wenn man von diesem Modell ausgeht, so stellt sich freilich die schwierige Frage, nach welchen Kriterien zwischen derartigen europäischen NATO-Einsätzen und WEU-Einsätzen der eben erörterten Art unterschieden werden soll und welche politischen Gründe für die eine oder andere Lösung maßgeblich sein werden. Es spricht vieles dafür, daß die USA ein starkes Interesse daran haben werden, wichtige Einsätze im NATO-Rahmen zu halten. Das bedeutet dann, daß sie bei Planung und Durchführung von Anfang an beteiligt sind, auch wenn sie selbst keine Truppen stellen.

Demgegenüber wären sie bei der WEU-Lösung erst beteiligt, wenn sich die Frage stellt, ob die NATO bereit ist, Kommandostrukturen oder anderes an die WEU auszuliehen. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob man von Anfang an an der Erörterung der Alternativen und der Planung beteiligt ist, oder ob man erst gefragt wird, wenn eine vollständige Planung vorliegt. Im letzteren Fall besteht die Gefahr, daß ein nicht unerheblicher indirekter Druck auf die Entscheidung der Vereinigten Staaten ausgeübt werden kann. Es erscheint daher einsichtig, daß aus amerikanischer Sicht für alle wichtigen Fragen allein die NATO reserviert bleiben muß.

Artikel J. 4 Absatz 4 erklärt ganz generell, daß die Politik der Union die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Nordatlantikvertrag achtet und mit der im Rahmen der NATO festgelegten gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik vereinbar ist. Hier findet sich eine für den Juristen im Grunde unauflösbare Harmonisierungsklausel, die etwaige Widersprüche ausschließt. Erst die Zukunft kann zeigen, ob es möglich ist, in der Praxis Lösungen für die unterschiedlichen Auffassungen der beteiligten Staaten hinsichtlich der Präferenz für NATO oder Europäische Verteidigungspolitik zu finden.

6. Die Beziehung zu den Vereinten Nationen

Mit der Ausbildung einer Sicherheits- und Verteidigungszuständigkeit im Rahmen der Europäischen Union stellt sich in besonderer Weise die Frage nach dem Verhältnis zu den Vereinten Nationen¹³.

Echte Verteidigung gemäß Artikel 51 der UN-Satzung bedarf keiner Autorisierung durch den Sicherheitsrat. Die Ereignisse der letzten Zeit, insbesondere des Golfkrieges, haben auch deutlich gemacht, daß die Begrenzung der Kompetenz zur Selbstverteidigung durch die Zuständigkeit des Sicherheitsrates rechtlich nicht von erheblicher Bedeutung ist.

12 Vgl. statt aller das Kommuniqué der Ministertagung des Nordatlantikrates am 3.6.1996 in Berlin, Text abgedruckt in: Bulletin der Bundesregierung vom 12.6.1996, 505 ff., insbes. Abs. 7. Zum Verhältnis zwischen der WEU und der NATO vgl. auch *Marauhn* (Anm. 4), 111 ff.

13 Vgl. dazu auch *Frowein* (Anm. 2), 319 f.

Auf der anderen Seite ist die Rolle des Sicherheitsrates von zentraler Bedeutung, wo es um Zuständigkeiten geht, die Friedenswahrung oder Friedensdurchsetzung (peace-keeping und peace enforcement) zum Inhalt haben.

Zwar ist peace-keeping im technischen Sinne keine Zwangsmaßnahme. Deswegen bedarf es hierfür keiner Autorisierung des Sicherheitsrates gemäß Artikel 53 UN-Satzung. Die Praxis zeigt aber, daß die Übergänge zwischen peace-keeping und peace enforcement zweifelhaft sein können. Deswegen wird häufig eine Autorisierung durch den Sicherheitsrat wichtig sein. Das zeigt sich etwa an dem IFOR-Mandat¹⁴, das sowohl auf eine formelle Zustimmung aller Beteiligten als auch auf eine Sicherheitsratsresolution zurückgeht, die den Staaten ein Mandat gibt. Dabei können die Staaten, wie es heißt, „acting through or in co-operation with the organisation referred to in Annex IA“ vorgehen¹⁵. Hier ist zwar nicht der NATO unmittelbar ein Mandat erteilt, aber die Staaten können durch die NATO handeln.

Eine schwierige Rolle im Rahmen der Sicherheitszuständigkeit der Europäischen Union spielt die Mitgliedschaft im Sicherheitsrat. Artikel J. 5 Absatz 4 enthält insoweit komplexe Formelkompromisse.

Danach werden die Mitgliedstaaten, die Mitglieder des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen sind, sich abstimmen und die übrigen Mitgliedstaaten in vollem Umfang unterrichten. Damit ist also nicht gesagt, daß die übrigen Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise an der Abstimmung teilnehmen.

Der nächste Satz legt fest, daß die Mitgliedstaaten, die ständige Mitglieder des Sicherheitsrates sind, sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unbeschadet ihrer Verantwortlichkeiten aufgrund der Charta der Vereinten Nationen für die Standpunkte und Interessen der Union einsetzen. Hier ist keineswegs deutlich, daß die Wahrnehmung der Aufgaben als ständiges Mitglied des Sicherheitsrates wirklich durch die Zugehörigkeit zur Union beeinflußt wird.

Wahrscheinlich ist das auch nicht möglich. Die Rolle als ständiges Mitglied des Sicherheitsrates ist im Rahmen einer funktionsfähig gewordenen Organisation der Vereinten Nationen institutionell von so großer Bedeutung, daß kein Staat, dem diese Kompetenz zusteht, daran denken kann, sie rechtlich aufzugeben und in einen europäischen Sicherheitspool einzubringen. Auf der anderen Seite erscheint es aber illusorisch, eine Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf die Dauer ohne Berücksichtigung des Sicherheitsrates durchzuführen.

Insofern dürfte eine realistische Sicht zeigen, daß zwei europäische Staaten, Frankreich und Großbritannien, im Rahmen der europäischen Sicherheitspolitik eine geborene Führungsrolle jedenfalls überall dort haben, wo UN-Zuständigkeiten berührt sind. Für die Bundesrepublik Deutschland ist ein derartiges Ergebnis nicht ohne Probleme. Da es kaum wahrscheinlich ist, daß eine ständige Mitgliedschaft im

14 Res. 1031 (1995) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen sowie Annex IA des General Framework Agreement (abgedruckt in ILM 1996, 91). Näher dazu *J. A. Frowein*, Das Verhältnis zwischen den Vereinten Nationen und Regionalorganisationen bei der Friedenssicherung und Friedenserhaltung, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 343 (1996), 15 f.

15 Res. 1031 (1995), Abs. 12.

Sicherheitsrat für die Bundesrepublik Deutschland in näherer Zukunft erreicht wird, kann sich aus diesem Spannungsfeld auch in der nächsten Zeit einiges an Problemen ergeben.

7. Der enge Spielraum bei Weiterentwicklungen

Man wird erkennen müssen, daß eine Veränderung der Situation in absehbarer Zukunft nur in engen Grenzen möglich ist. Nicht nur die unterschiedliche Sichtweise der Staaten hinsichtlich der Entwicklung des Gemeinschaftssystems, sondern vor allem auch die begrenzenden Komponenten NATO und Vereinte Nationen sind zu bedenken.

Des weiteren sind die Rolle der USA und die von wichtigen europäischen Staaten unter allen Umständen zu berücksichtigende Bindung an die USA hier zu nennen, ebenso wie die unterschiedliche Einbindung der europäischen Staaten in das System der Vereinten Nationen. Die Rolle als ständiges Mitglied des Sicherheitsrates ist insoweit von zentraler Bedeutung.

Les voies étroites vers la politique étrangère et de sécurité commune

Par le Général (C.R) Louis Germain, Antipolis

Entouré d'éminents professeurs de droit dans un colloque à dominante juridique, je ne me risquerai pas dans un domaine qui est le vôtre et j'interviendrai donc sur ce premier thème en esquissant le cadre politique et militaire à partir duquel l'U.E s'efforce de faire émerger une politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

1. Les ambitions de Maastricht

Dés 1991, à l'effondrement du bloc communiste qui met fin au face à face Est-Ouest, les Européens occidentaux affichent leurs ambitions. Ils décident d'adapter les structures de sécurité existantes (U.E, U.E.O, Alliance) pour les rendre capables de traiter aussi des problèmes régionaux: soit en Europe (crises ou conflits interétatiques et intraétatiques, apparus ou potentiels, dans l'ex-zone communiste), soit hors d'Europe (Proche-Orient, Méditerranée).

Le 10/12/1991, à Maastricht, l'U.E, après avoir affirmé l'existence d'une identité européenne de défense, décide d'établir une PESC définie comme suit: „La politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union européenne, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune.“ (Article J.4 -1 du Traité sur l'U.E)

Parallèlement, l'U.E.O, les 10/12/1991 à Maastricht et 19/6/1992 à Pétersberg, décide de formuler une politique de défense commune, de développer son rôle opérationnel, d'élaborer et de mettre en oeuvre les décisions de l'Union ayant des implications de défense, d'envisager des missions supplémentaires hors zone (humanitaires, de maintien et de rétablissement de la paix).

Quant à l'Alliance, les 7 et 8 /11/1991 à Rome, après avoir reconnu le concept d'identité européenne de défense, elle admet la possibilité d'interventions hors zone (création d'un Corps de réaction rapide).

Cette démarche des Européens occidentaux a été réaffirmée avec constance depuis 1991 lors des réunions respectives des trois organisations. Mais elle correspond à une vision de l'Europe de la sécurité qui est différente de celle des autres principaux acteurs du jeu européen. Schématiquement, il est en effet possible de distinguer la sécurité selon les Européens occidentaux, d'ailleurs divisés (à travers l'U.E, l'U.E.O, l'Alliance, accessoirement

l'O.S.C.E), la sécurité selon les „nouvelles démocraties“¹ (par l'intégration souhaitée dans l'Alliance et l'U.E), la sécurité selon les Etats-Unis (de Vancouver à Vladivostok grâce à l'Alliance et à ses appendices le Cocona et le Partenariat pour la Paix), la sécurité selon la Russie (avec la C.E.I et l'O.S.C.E).

En définitive, dans la situation extrêmement complexe qui résulte du nombre et de l'enchevêtrement des organisations de sécurité, de la diversité des approches politiques et du choc des intérêts nationaux, le problème posé à l'U.E est le suivant: il s'agit pour les 15, à partir des structures occidentales (U.E, U.E.O, Alliance) de trouver les voies vers une PESC malgré les nombreux facteurs défavorables qui découlent, d'une part, des divergences au sein des 15, et d'autre part, des positions particulières sur la sécurité des autres acteurs de l'échiquier européen: „nouvelles démocraties“, Etats-Unis, Russie.

2. *Les divergences au sein des 15*

Si les 15 sont d'accord sur le principe d'une PESC, ils n'ont, jusqu'à présent, ni montré la forte volonté commune ni constitué le front uni nécessaires pour mettre en oeuvre de manière significative cette politique. Il existe en effet de réelles divergences, de nature très diverse, parmi les 15, pour donner un contenu et une réalité à une PESC et pour répondre donc aux questions suivantes:

- une PESC émanant de quels pays ?
- une PESC pour se défendre contre qui ou contre quoi ?
pour défendre quels intérêts ?
- une PESC mise en oeuvre grâce à quels moyens politiques et militaires ?

2.1 Une PESC émanant de quels pays ?

Pour des raisons historiques, géographiques, psychologiques et culturelles, les 15 pays de l'U.E sont très divisés sur les questions de politique étrangère et de sécurité.

Cela apparaît d'abord dans l'existence de trois structures qui ne se superposent pas: seuls les 10 pays de l'U.E.O² sont aussi membres de l'U.E et de l'Alliance. Quatre pays (Suède, Finlande, Autriche, Irlande) n'appartiennent à aucune structure de défense, U.E.O ou Alliance.

Par ailleurs, les préoccupations des pays du nord (Pays-Bas, Danemark, Irlande, Suède), ne sont pas identiques à celles des pays du sud (France, Italie,

1 „Nouvelles démocraties“: issues des ex-satellites de l'U.R.S.S. (République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Pologne, Roumanie, Bulgarie) et d'ex-républiques soviétiques (Estonie, Lettonie, Lituanie).

2 L'U.E.O: à côté des 10 pays membres, l'organisation compte 17 pays (observateurs, membres associés et partenaires associés) soit un total de 27 pays.

Espagne, Portugal, Grèce)³. De plus, la vision stratégique des deux pays nucléaires (France et Royaume-Uni), membres permanents du conseil de sécurité de l'O.N.U., anciens possesseurs d'empires coloniaux, habitués aux responsabilités internationales n'est pas la même que celle des 13 autres pays de l'U.E. Parmi ces derniers l'Allemagne a cependant décidé de s'engager, certes à pas précautionneux, sur la voie des interventions extérieures⁴ et de jouer un rôle croissant dans le domaine militaire.

Les 15 ont également montré leurs différences dans le domaine nucléaire: incapables d'affirmer leur solidarité avec la France, 10 d'entre eux ont voté à l'O.N.U., le 17/11/1995, la résolution déplorant les essais français⁵. D'autre part, ils sont partagés entre „Atlantistes“ (Royaume-Uni, Pays-Bas, Italie, Portugal) et „Européens“ (la France surtout) pour ce qui concerne les relations avec les Etats-Unis, la Russie et l'O.S.C.E. Les analyses nationales ne coïncident pas non plus sur la question de l'élargissement de l'U.E (et aussi de l'Alliance et de l'U.E.O), c'est-à-dire sur l'adhésion à ces structures demandée avec insistance et impatience par des „nouvelles démocraties“ et aussi par d'autres⁶: si le principe de l'élargissement est maintenant plus ou moins admis par les 15, tout le reste est en discussion (moment et rythme de l'élargissement, critères de sélection, contenu militaire). Enfin, dans le domaine des équipements, la création d'une agence européenne d'armement, une des conditions de l'indépendance d'action militaire, piétine.

L'addition de toutes ces différences ne facilite pas une PESC réellement commune. Dans le meilleur des cas, c'est-à-dire rarement, cette politique émane des 15 : l'unanimité obtenue s'applique alors soit à des domaines sans intervention militaire (le Pacte de stabilité); soit à des domaines importants, mais après tellement d'atermoiements et de compromis que la portée des positions ou actions communes en est amoindrie (l'U.E dans le Golfe ou en ex-Yougoslavie). Dans les autres cas, un ou plusieurs pays (presque toujours les mêmes) portent les couleurs de l'U.E, avec le soutien politique (mais pas toujours financier) des autres (la France au Rwanda): il est alors difficile de voir dans cette sorte de division du travail l'expression de la solidarité et de l'esprit communautaire des 15. L'élargissement prévu accentue cette situation: il est illusoire et même surréaliste d'imaginer une PESC émanant de 25 ou 30 pays, sauf à lui trouver un autre nom et un autre contenu.

2.2 Une PESC pour se défendre contre qui ou contre quoi ? Pour défendre quels intérêts ?

„Nous allons vous faire une chose terrible, nous allons vous priver d'un ennemi“ disait en 1991 un dirigeant soviétique en s'adressant à l'Alliance.

3 En particulier en Afrique.

4 Depuis le second semestre 1995, l'Allemagne est présente en ex-Yougoslavie avec des éléments des trois armées (terre, mer, air).

5 N'ont pas voté la résolution: France, Allemagne, Royaume-Uni, Grèce, Espagne.

6 L'U.E étudie les candidatures de 12 pays: six ex-satellites de l'U.R.S.S., trois pays baltes, Slovaquie, Malte, Chypre.

De fait, les pays européens occidentaux n'ont plus d'ennemi identifiable, les menaçant tous directement (l'ex-Pacte de Varsovie), même si la Russie représente toujours un risque potentiel majeur: le ciment qui soudait ces pays a donc disparu et la sécurité implique désormais une défense tous azimuts, ce qui est bien vague et peu motivant.

On peut certes toujours dresser la liste des intérêts vitaux des 15 en énumérant traditionnellement: la sauvegarde de l'intégrité territoriale, la protection de la vie, de la liberté et des biens des habitants etc.... Mais cette démarche ne peut, en soi, promouvoir une volonté de défendre en commun ces intérêts, au besoin par les armes. Il n'y a pas de volonté de défense commune qui s'exprime sans ennemi commun. Faut-il rappeler que sur les 15 membres de l'U.E, seuls 10 appartiennent à l'Alliance et à l'U.E.O ?

Cette constatation – l'absence d'une volonté de défense commune – est encore plus évidente quand les intérêts vitaux ne sont pas en jeu. A cet égard, il suffit de se référer à la variété des analyses et des comportements des 15 quand il s'agit d'évaluer (et éventuellement de défendre) leurs intérêts non vitaux en Europe et hors d'Europe.

Quant à l'élargissement prévu, d'une part, il élèvera le risque de problèmes interétatiques (de frontières, de minorités, de montée du nationalisme) ou intraétatiques (conflits ethniques) dans l'U.E élargie, comme à sa frontière avec la C.E.I: l'U.E pourrait passer de la situation d'ensemble homogène, car sans facteurs internes affectant ses intérêts vitaux, à celle d'ensemble hétérogène, car recelant des problèmes affectant les intérêts vitaux de tel ou tel membre. D'autre part, il fera perdre toute vigueur et toute crédibilité à une PESC: plus le nombre de participants à une structure augmente, plus la notion d'intérêts communs se dilue (intérêts vitaux) ou est purement occasionnelle et variable (intérêts non vitaux). D'une manière plus générale, envisager l'élargissement des trois structures occidentales (U.E, U.E.O, Alliance) alors que ces structures n'ont pas encore digéré les changements récents (mission hors zone pour l'OTAN et l'U.E.O, adhésion de nouveaux membres pour l'U.E et l'U.E.O) et n'ont pas encore réussi, à ce jour, à s'articuler entre elles, multiplie les intérêts nationaux et affaiblit d'autant l'idée de solidarité.

En définitive, le domaine de la politique étrangère et de la sécurité est celui où chaque Etat répugne le plus à imaginer de ne pas exercer une souveraineté absolue. C'est particulièrement vrai dans le contexte géopolitique européen actuel, quand aucun événement extérieur n'est assez fort pour contraindre les pays de l'U.E à changer d'attitude.

2.3 Une PESC mise en oeuvre grâce à quels moyens politiques et militaires ?

– Des moyens politiques

Il a été vu précédemment combien la diversité des points de vue des 15 pays rend malaisée et souvent impossible l'expression d'une volonté col-

lective pour mettre en oeuvre la PESC. Ce redoutable obstacle du nombre des participants est accentué par le fait que la PESC n'appartient pas au domaine communautaire mais à celui de la coopération intergouvernementale: il en résulte pour la PESC des conséquences négatives, juridiques et institutionnelles, qui seront certainement abordées par d'autres participants à ce colloque. Il ne sera retenu ici que le problème majeur du système décisionnaire: l'U.E, pour sa PESC, doit prendre ses décisions à l'unanimité, y compris pour déterminer quelles décisions spécifiques, lors d'une action commune, pourraient être votées à la majorité qualifiée⁷. Chaque état de l'U.E dispose ainsi d'un droit de veto. Compte tenu des différentes phases exigeant un vote à l'unanimité lors du déroulement d'une crise ou d'un conflit, la mise en oeuvre de la PESC pourrait dépendre d'un système de veto multiples. Cela est particulièrement vrai quand les moyens militaires employés impliquent plusieurs organisations (U.E, U.E.O, Alliance).

La prépondérance des politiques nationales est d'ailleurs affirmée même dans le cadre d'une défense collective. Le Traité de Maastricht ne prévoit aucune obligation d'engagement militaire des pays membres de l'U.E en faveur d'un éventuel agresseur, contrairement à ce que prévoit le Traité de Bruxelles modifié pour l'U.E.O.

Cette situation du système décisionnaire qui ne favorise ni la solidarité ni l'efficacité de l'U.E pour sa PESC conduit inéluctablement à une paralysie des institutions de la communauté avec la perspective de l'élargissement. C'est pourquoi la Conférence intergouvernementale (C.I.G.) chargée de la révision du Traité de Maastricht, essaie de trouver, d'ici juin 1997, des mécanismes décisionnels plus opérationnels: extension du vote à la majorité qualifiée, directoire de quelques pays, nomination d'un Monsieur PESC etc.... L'idée qui domine à ce stade des travaux de la C.I.G. est de permettre aux pays de l'U.E qui veulent et peuvent faire quelque chose, d'agir sans l'opposition des autres et si possible avec leur soutien politique et financier. Mais cette liberté de choix ne contribue évidemment pas à forger une PESC crédible. Elle engendre même une situation choquante quand quelques pays de bonne volonté sont acteurs en risquant éventuellement la vie de leurs nationaux tandis que d'autres jouent les spectateurs payants (guerre du Golfe) ou non payants (Rwanda).

Si cette évolution vers une répartition des fonctions au sein des 15 devait se concrétiser lors de la conclusion des négociations de la C.I.G en juin 1997, elle confirmerait que l'U.E (aujourd'hui à 15, demain à 25 ou 30)

⁷ Articles J.8.2, J.3.1 et 2, J.11.2 du Traité sur l'U.E. La seule restriction à ces dispositions est contenue dans une annexe au Traité: „La conférence convient que, pour les décisions qui requièrent l'unanimité, les Etats membres éviteront, autant que possible, d'empêcher qu'il y ait unanimité lorsqu'une majorité qualifiée est favorable à la décision.“

est composée de membres trop nombreux, trop divers et trop peu enclins à abandonner une part de souveraineté nationale pour une PESC réellement commune.

– Des moyens militaires

La PESC, dans sa dimension sécurité, comprend nécessairement des moyens militaires.

Ces moyens peuvent tout d'abord être ceux des quelques pays volontaires (souvent les mêmes) pour intervenir avec le soutien politique (et éventuellement financier) des autres membres de l'U.E: on retrouve alors le schéma acteurs-spectateurs qui ne constitue pas une illustration éclatante de la PESC. D'autre part, les capacités des moyens nationaux sont limitées: les unités nationales engagées soit servent alors de force d'appoint (éléments britanniques et français pendant la guerre du Golfe) soit n'ont qu'un rôle temporaire (éléments français au Rwanda).

L'U.E peut aussi utiliser les moyens militaires de l'U.E.O mais le mécanisme de décision, comme il a été vu plus haut, est remarquablement compliqué. Par ailleurs, l'U.E.O a certes fait un effort notable de montée en puissance concrétisée, pour l'essentiel, par le Corps européen, avec des unités permanentes, par différentes structures d'état-major sans forces permanentes rattachées, et par une possibilité d'utiliser les images du satellite Hélios 1 A. Mais chacune de ces réalisations est le fruit de la coopération entre quelques pays⁸ et aucune n'émane des 10 Etats de l'U.E.O, qui eux-mêmes ne représentent que les deux-tiers de l'U.E (le binôme acteurs-spectateurs est toujours là). De plus, parmi toutes ces forces encore très disparates et incomplètes, seul le Corps européen est officiellement opérationnel depuis 1995, mais il doit faire ses preuves.

L'U.E peut également utiliser les moyens de l'OTAN. En effet, pour éviter toute duplication, des unités prédésignées des 10 pays membres à la fois de l'Alliance et de l'U.E.O, appelées Groupements de Forces Interarmées Multinationales (G.F.I.M.), pourront être utilisées dans le cadre OTAN ou le cadre U.E.O. Ces unités devraient permettre aux 15 de l'U.E et aux 10 de l'U.E.O de mener des opérations auxquelles les Etats-Unis ne souhaitent pas participer. Mais il est difficile d'imaginer des unités d'un emploi plus complexe, ce qui explique la longueur des discussions en cours à leur propos. La décision d'emploi exige des votes favorables dans trois structures différentes (U.E, OTAN, U.E.O) mais en réalité ce sont les Etats-Unis qui détiennent la clef de l'utilisation par l'U.E des G.F.I.M: par le vote émis au sein de l'OTAN, par le contrôle exercé par SACEUR⁹ sur

8 Corps européen (France, Allemagne, Belgique, Luxembourg, Espagne) – Brigade amphibie (Royaume-Uni, Pays-Bas) – Groupe aérien (France, Royaume-Uni.) – Euroforce et Euromarfor (Espagne, Italie, France, Portugal.) – Hélios 1 A (France, Espagne, Italie).

9 SACEUR: Supreme Allied Command in Europe: Commandement en Chef des Forces alliées en Europe.

l'utilisation qui est faite de ces moyens OTAN, par la mise à la disposition de certains moyens qui, sous l'étiquette OTAN, sont américains (unités de transport lourd, centres d'exploitation des renseignements par satellite, etc...). Une fois la décision obtenue, il pourrait être nécessaire de ne prendre dans ces G.F.I.M que les unités correspondant aux pays qui ont décidé d'intervenir (sans opposition de la part des autres), bref de constituer une force ad hoc à partir d'unités intégrées. Pour que cet exercice soit possible, les états-majors ont imaginé que les G.F.I.M seraient composées d'unités „séparables mais non séparées“: il sera intéressant de voir ce que donnera sur le terrain l'application de ce concept si simple....

En conclusion, ce domaine des moyens militaires est tout d'abord dominé par la complexité. Il est en effet impossible de savoir à l'avance quels seront, face à une crise donnée, les acteurs politiques qui décideront d'intervenir, et donc quels seront les moyens nationaux ou multinationaux intégrés de l'OTAN et de l'U.E.O (amputés ou non en fonction des acteurs) correspondants. Bref ce fonctionnement surréaliste relève plus, en l'état actuel des choses, des jeux intellectuels que de l'efficacité opérationnelle. Ce domaine des moyens militaires est aussi marqué par l'insuffisance: tous les exemples récents de crises régionales (Golfe, Yougoslavie, Rwanda, Somalie, Tchétchénie etc...) indiquent que pour peser de manière significative sur le règlement d'une crise ou d'un conflit il faut des moyens nombreux, remarquablement équipés, entraînés, soutenus et appuyés: le tableau actuel et prévisible des moyens militaires européens ne remplit pas cette exigence.

3. *L'U.E et les autres acteurs du jeu européen*

L'entreprise des 15 – donner un contenu à la PESC – essaie de se développer en dépit des difficultés internes à l'U.E mais aussi malgré la politique d'autres acteurs du jeu européen („nouvelles démocraties“, Etats-Unis, Russie) dont les intérêts ne rencontrent pas souvent ceux de l'U.E.

3.1 *L'impatience des nouvelles démocraties*

Depuis 1991, les „nouvelles démocraties“ frappent avec obstination à la porte du camp occidental et demandent à adhérer à l'Alliance (en priorité, car elle représente à leurs yeux une véritable assurance tous risques) et à l'U.E. D'un côté, il est certes intéressant pour les 15 d'amarrer au camp occidental des pays naguère hostiles. Mais d'autre part, leur intégration dans l'U.E et dans l'Alliance fait courir à ces deux organisations en pleine évolution de réels dangers (blocage du fonctionnement des institutions par le trop grand nombre de participants, importation dans la sphère de sécurité de l'U.E et de l'Alliance des litiges interétatiques et intraétatiques des ex-satellites de l'U.R.S.S.) et pose des problèmes avec la Russie (frontière commune de l'U.E élargie avec la C.E.I, garanties de sécurité – y compris nucléaires ? – accordées par l'Alliance et les Etats-Unis).

Cette question de l'élargissement est un des grands dossiers actuels de l'Alliance et de l'U.E. Les Occidentaux ont donné leur accord de principe mais sont divisés, entre autres, sur le rythme à adopter. Les Etats-Unis veulent aller vite¹⁰. Parmi les 15, certains (comme le Royaume-Uni) suivent les Etats-Unis, d'autres (Allemagne, France) sont soucieux d'avancer prudemment en ménageant la Russie qui, pour l'instant, s'oppose à l'élargissement de l'Alliance¹¹ mais accepte celui de l'U.E (et de l'U.E.O): ce qui indique bien l'importance que Moscou attribue en matière de sécurité à ces deux organisations Quant à l'élargissement de l'U.E, les 15, partagés sur les modalités d'intégration, se sont engagés à entamer les négociations d'adhésion six mois après la conclusion de la C.I.G. (juin 1997).

3.2 La prépondérance des Etats-Unis

L'Alliance atlantique reste plus que jamais la pièce maîtresse grâce à laquelle Washington veut rester en mesure de contrôler l'avenir de l'Europe dans le domaine de la sécurité.

Concernant leurs Alliés européens, les Etats-Unis se disent prêts à leur accorder un certain rôle pour qu'ils puissent exister et traiter les problèmes que Washington ne voudra pas régler: l'évolution de l'OTAN semble aller dans ce sens. Mais en réalité, il s'agit d'une liberté surveillée très encadrée. Que ce soit sur le terrain, en ex-Yougoslavie, ou dans les discussions sur l'emploi futur des G.F.I.M, les Etats-Unis montrent clairement qu'ils gardent, et qu'ils garderont, d'une manière ou d'une autre, la maîtrise de l'OTAN. De plus, la récente évolution de la France à l'égard de l'OTAN va dans le sens d'une U.E.O plutôt pilier européen de l'OTAN que bras armé de l'U.E. Enfin, les Etats-Unis concurrencent avec succès les industries de défense de leurs Alliés¹².

C'est encore l'Alliance qui doit permettre à Washington d'étendre son influence sur les pays de l'ex-zone communiste par l'élargissement envisagé et par les structures additionnelles de l'Alliance que sont le Cocona et le Partenariat pour la paix (qui comme par hasard concerne la même zone et s'adresse aux mêmes 52 pays que l'O.S.C.E). Le moment venu, les Etats-Unis vendront aux ex-pays communistes qui intègrent l'Alliance des matériels américains au nom de l'interopérabilité des équipements de l'OTAN.

10 Trois pays pourraient être désignés en 1997 comme candidats retenus pour une adhésion à l'Alliance: Pologne, Hongrie, République tchèque.

11 Moscou souffle le chaud et le froid sur cette question de l'élargissement de l'Alliance mais avec une tendance dominante au froid (sans doute pour être en mesure de mieux négocier avec l'Alliance une éventuelle acceptation).

12 En 1995, les Etats-Unis vendent l'hélicoptère Apache au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, l'avion de transport C 130 J au Royaume-Uni et le missile AMRAAM au Danemark.

C'est toujours l'Alliance qui sert de cadre à la coopération particulière établie avec la Russie pour manifester la pérennité du dialogue Moscou-Washington¹³.

Ces quelques données rappellent que les Etats-Unis continuent à être le pays dominant du paysage européen et qu'ils contrarient objectivement, par leur poids spécifique et leurs intérêts nationaux, la marche des Européens vers une PESC.

3.3 Le retour de la Russie

Après une période de retrait (1991.1994) qui a pu faire croire que l'avenir de l'Europe de la sécurité pourrait se décider sans elle, la Russie, depuis 1995, paraît décidée à agir avec vigueur pour retrouver son rôle d'acteur international de premier plan en intervenant dans les affaires européennes: cela se traduit par un net durcissement de Moscou à l'égard des Occidentaux.

La Russie s'oppose à un élargissement de l'Alliance qui ferait entrer l'Europe dans une ère de „paix froide“¹⁴ en déplaçant le centre de gravité de l'OTAN vers l'Est, dans le „proche étranger“ de Moscou. Elle ne laisse plus le champ libre aux Occidentaux en ex-Yougoslavie: envoi d'une force russe et participation au Groupe de contact aux côtés des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne. De plus, Moscou muscle une C.E.I jusque là amorphe et la transforme progressivement en un système d'alliance politico-militaire pour faire pendant à l'Alliance. Enfin, la Russie s'efforce de valoriser l'O.S.C.E dont elle voudrait faire le fondement du système européen de sécurité collective.

Moscou essaie ainsi de reconstituer une sphère d'influence russe face à un ensemble occidental à dominante américaine. Il n'y a évidemment pas place pour l'U.E, sauf sur les marges, dans ce schéma de partage d'influence à deux.

3.4 La PESC et l'Europe

L'U.E n'a pas de rôle déterminant dans le règlement des crises et conflits européens malgré quelques efforts marqués principalement par le lancement du Pacte de stabilité et par l'engagement en ex-Yougoslavie.

Le Pacte de stabilité proposé par les 15 (sur une idée de la France) aux 52 pays européens peut apparaître comme un exercice de diplomatie préventive assez réussi dans son dessein d'établir une Europe du bon voisinage. En effet, lors de la Conférence finale du 20/3/1995, il est fait état du bilan d'un an de négociations entre pays d'Europe centrale et orientale et entre pays ri-

13 Le 31 mai 1995 à NOORDWIJK, Moscou a signé avec l'Alliance deux documents: le premier précise le programme de Partenariat pour la paix individuel de Moscou et les conditions d'une coopération militaire; le second, très politique, instaure un dialogue régulier entre l'Alliance et Moscou (on l'appelle le 16+1).

14 Mr. Eltsine. Conférence au sommet de la C.S.C.E. - BUDAPEST - 5/12/1994.

verains de la Baltique, à savoir des centaines de petits accords économiques, culturels et quelques avancées sur le problème des minorités. Mais les dossiers les plus chauds ont été volontairement écartés, et leur traitement futur (s'il a lieu) se fera au sein de l'O.S.C.E (garante du Pacte de stabilité) dont on connaît l'impuissance chronique.... Tout cela laisse mal augurer du futur de ce Pacte de stabilité dont l'efficacité reste à prouver.

La situation en ex-Yougoslavie illustre bien l'importance respective des différents acteurs du jeu européen.

D'un côté l'U.E, qui avec environ 3000 hommes et une trentaine de bateaux de l'U.E.O remplit une triple et très modeste mission sur le Danube, dans l'Adriatique et à Mostar.

De l'autre les Etats-Unis, qui imposent la pax americana (accord de Dayton du 21/11/1995) grâce à l'OTAN, fer de lance des 60 000 hommes de l'IFOR qui compte d'ailleurs des unités (russes en particulier) de pays non membres de l'OTAN.

Par ailleurs, hors toute structure de sécurité (ONU ou autre), les cinq pays qui comptent en Europe et qui forment le Groupe de contact sur la Bosnie (Allemagne, Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Russie). Tous, à l'exception de l'Allemagne, sont membres du Conseil permanent de sécurité.

Il est intéressant de mettre en évidence que l'effort des 15 se situe plus dans des structures extérieures (ONU, OTAN, Groupe de contact) qu'au sein de l'U.E. Sur l'ensemble des forces engagées en ex-Yougoslavie par les pays appartenant à l'U.E, moins de 10 % le sont sous pavillon de l'U.E.O.

4. *Conclusion*

La PESC, voulue en principe par les 15 de l'U.E, souffre de si nombreux handicaps (accentués demain par l'élargissement envisagé) que l'extrême modestie de ses résultats n'a rien de surprenant. Dans un domaine, celui de la politique étrangère et de sécurité, où le réflexe national s'exerce traditionnellement avec plus de force qu'ailleurs, les 15 s'avèrent incapables (peut-être parce que c'est actuellement impossible) de mettre en avant une vision mobilisatrice susceptible d'avoir les mêmes effets d'entraînement communautaire que ceux qui font progresser l'union économique et monétaire.

Dans ces conditions, l'hypothèse la plus vraisemblable est que l'U.E s'agrandira sans que ses handicaps fondamentaux soient supprimés. Elle sera ainsi une structure de sécurité parmi d'autres d'une Europe molle de 52 pays dans laquelle le rôle décisif, sera tenu, comme aujourd'hui, par les cinq, et parmi ces derniers, par les Etats-Unis et par la Russie.

La PESC, ou ce qui en tient lieu, continuera de reposer avant tout sur le couple franco-britannique auquel se joindra de plus en plus l'Allemagne. Les interventions militaires éventuelles seront menées par des coalitions ad hoc constituées autour d'un au moins de ces trois pays, mais étant donné les

moyens militaires utilisables, elles ne pourront traiter que des crises ou conflits régionaux de basse ou très moyenne intensité. Au niveau supérieur, seuls les Etats-Unis, s'ils le désirent, pourront intervenir efficacement, l'U.E jouant un rôle additionnel. Mais toute action des Occidentaux en Europe ou sur ses marges, ne pourra pas se développer sans la participation ou l'accord de la Russie qui, même en mauvais état, reste une puissance nucléaire qui ne peut être ignorée.

Cette évolution, qui ne va pas dans le sens d'une véritable PESC, pourrait être contrariée par un grand malheur (une crise majeure impliquant directement l'U.E) ou par un grand succès (le passage à la monnaie unique): ces deux événements susciteraient peut-être la solidarité qui fait défaut aux 15 dans le domaine étudié.

Mais pour l'instant, une PESC et au-delà une politique de défense commune puis une défense commune, ne figurent pas dans l'horizon visible du futur de l'U.E.



L'Allemagne, la France et le désarmement nucléaire aux Nations-Unies

Communication pour la rencontre Société allemande pour
le Droit international et SFDI, Mayence 27 et 28 septembre 1996

Par Jean-François Guilhaudis, Professeur à l'Université Pierre Mendès France
(Grenoble)

A la fin 1995, l'Union européenne et la PESC ont traversé une crise à l'occasion de la reprise des essais nucléaires français. Lors du vote d'une résolution sur les essais nucléaires – où la France se considérait comme particulièrement visée – à la Première Commission d'abord, le 16 novembre, puis à l'Assemblée générale, le 12 décembre 1995, les membres de l'Union se sont répartis entre: votes contre, la France et le Royaume-Uni; abstentions, Allemagne, Espagne, Grèce; votes pour, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays Bas, Portugal, Suède¹. Ce vote a été ressenti à Paris comme constituant une sorte de trahison de la part de ceux qui avaient voté en faveur de la résolution, comme une infraction au devoir élémentaire de solidarité entre membres de la même Union. Le Ministre français des Affaires étrangères a expressément regretté cette absence de solidarité sur un „sujet qui pourtant intéresse la sécurité et la défense communes“² et l'on sait que le Président *Chirac*, en novembre après le vote à la Première Commission, a fortement marqué son irritation en annulant le sommet franco-italien qui devait se tenir à Gènes et les rencontres prévues avec le Premier ministre belge³. En revanche on a insisté sur le soutien du Royaume-Uni et, également, sur le souci du chancelier *Kohl*, malgré la force de la pression anti-nucléaire en Allemagne, de préserver le couple franco-allemand.

Les médias à l'époque ont rendu compte de l'épisode, mais sans lui donner toute sa dimension. Il a été présenté surtout comme une nouvelle crise dans la construction européenne, un nouvel épisode de „l'Europe en ordre dispersé“⁴, qui devait beaucoup au tempérament fougueux et emporté du Président *Chirac*. Bien sûr, il ne peut être question d'écarter la part des erreurs, des malentendus ni les effets négatifs de la traditionnelle arrogance française. Il semble bien aussi que la reprise des essais n'ait donné lieu à aucune concertation et qu'il n'y ait pas même eu d'information. C'est ce sur quoi on insiste généralement. C'est un peu la thèse du

-
- 1 Le texte de la résolution A 50/70 A a été adopté par 85 voix contre 18, 43 abstentions et 31 non participation au vote; ce vote marquait un recul par rapport aux chiffres atteints à la Première Commission.
 - 2 Cité par *Le Figaro* 14 décembre 1995.
 - 3 Voir notamment *Le Monde* 19 et 20 novembre 1995.
 - 4 Sur la position de Londres, voir Sir *Christopher Mallaby*, Ambassadeur du Royaume-Uni à Paris. Pourquoi la Grande Bretagne a soutenu la France, *Le Figaro* 14 décembre 1995.
 - 5 Selon la formule d'*Alain Dauvergne* dans *Le Point* 25 novembre 1995.

Premier ministre finlandais: „il faut que nous autres, Finlandais, apprenions à penser plus „européen““. Il a aussi ajouté: „Mais il faut aussi qu'entre partenaires nous nous parlions avant, pour éviter les malentendus“⁶. Cela est certainement exact, tous les membres de l'Union, y compris les plus anciens, pourraient, devraient, se répéter ces deux phrases. Mais cette crise n'est pas simplement un épisode de plus dans la l'évolution de la PESC. Elle ne fait pas que confirmer que la PESC est une entreprise de longue, voire de très longue haleine, fort délicate. Qu'il ne suffit pas de la décider pour qu'elle soit et qu'elle exige de tous un effort constant pour en mesurer les exigences, éventuellement non écrites. Certes, si on avait su où allait conduire cette affaire, il est probable que l'on aurait été beaucoup plus prudent de tous côtés. Mais il ne s'agit pas d'une crise superflue, inutile, essentiellement due à des erreurs et des malentendus, dont on pourra sortir avec de simples clarifications. Cette crise est beaucoup plus importante, c'est une vraie crise: elle annonce que la coopération franco-allemande et la construction européenne approchent d'un débat fondamental, qu'elles ont pu jusqu'à présent éviter – le débat sur la dissuasion.

Les données disponibles sur le désarmement aux Nations-Unies présentent l'avantage de permettre de mieux percevoir ce qui s'est passé fin 1995 (I) et, au-delà, de donner quelques repères sur les positions des membres actuels et à venir, évidemment de l'Allemagne et de la France, au moment où l'on va inéluctablement s'engager dans le débat sur la dissuasion (II).

I. L'Allemagne et la France dans la crise des essais nucléaires (novembre, décembre 1995) à l'Assemblée générale des Nations Unies

Le désarmement nucléaire occupe aux Nations Unies, dans les débats et dans les résolutions de l'Assemblée générale sur le désarmement, nettement la première place. Ceci était vrai à l'époque de la guerre froide et l'est resté depuis. Parmi les questions qui sont évoquées au titre du désarmement nucléaire figure très régulièrement celle des essais nucléaires. L'Assemblée leur consacre chaque année plusieurs résolutions. En 1991, 92, 93, 94 elle leur a consacré précisément deux résolutions sur le traité d'interdiction complète (46/29, 47/47, 48/70 et 49/70) d'une part et sur l'amendement au traité de Moscou (46/28, 47/46, 48/69, 49/69) d'autre part. Par rapport à cela, on remarque aussitôt un changement en 1995: à côté des deux résolutions classiques, que l'on retrouve avec 50/65 (traité d'interdiction complète) et 50/64 (amendement au traité de Moscou), apparaît dans le cadre du point de l'ordre du jour „désarmement général et complet“ une résolution 50/70 A intitulée „Essais nucléaires“, qui est la résolution incriminée, celle qui „déploie vivement tous les essais nucléaires en cours“ (§ 2) et „demande instamment que tous les essais nucléaires soient immédiatement arrêtés“ (§ 3). Etant

6 Cité in *Le Monde* 26, 27 novembre 1995.

donné la campagne contre les essais français, l'existence de ce troisième texte n'a rien de très surprenant, dans un milieu qui depuis des décennies, est dominé par les anti-nucléaires. Après tout il fallait bien que les adversaires des essais fassent quelque chose et on sait que pour cela l'Assemblée est traditionnellement un lieu particulièrement propice. Ce troisième texte est d'autant moins surprenant que, si l'on connaît l'histoire du débat sur le désarmement à l'Assemblée, on se souvient qu'il existait auparavant, jusqu'en 1990, à côté des deux résolutions sur le traité d'interdiction complète et l'amendement du traité de 1963, une résolution intitulée „Cessation de tous les essais nucléaires“⁷. C'est donc simplement un thème ancien qui reparaît en 1995.

Pour poursuivre notre enquête, il est intéressant de comparer de 1990 à 1995: le contenu des textes; les résultats obtenus par les projets soumis à l'Assemblée et, enfin, les positions prises par les Européens. En ce qui concerne le contenu, le point qui ressort aussitôt est certainement que les textes visés ne sont pas des textes „durs“: ils ne comportent pas de condamnation expresse ni de commandement. 50/70 A, sans citer ni la France, ni la Chine, „déploie“ et „prie instamment“. Pour ce qui est des résultats obtenus on est passé de 127 pour, 3 contre et 17 abstentions en 1990 (sur 45/49) à 85 pour, 18 contre et 43 abstentions en 1995 sur 50/70 A; lors du vote à la Première Commission le vote était de 95 voix contre 12 et 45 abstentions. Il est difficile de dire que la France est directement menacée d'une défaite diplomatique; si défaite il y a, elle est plutôt dans l'autre camp, qui n'arrive pas à mobiliser et qui, sur la longue période, s'affaiblit nettement.

On ne voit pas, à ce niveau de l'analyse, pourquoi Paris a réagi aussi fortement; c'est bien la thèse de la mauvaise humeur, du coup de tête qui paraît expliquer la crise et la solution paraît effectivement être celle de la clarification. Mais les choses sont bien différentes lorsqu'on considère l'évolution du contexte et surtout les votes des 15. En 1990, les cinq puissances nucléaires font des essais, la résolution 45/49 s'adresse à elles toutes. En 1995, même si son nom n'est pas inscrit dans la résolution, la France est la première visée, on peut presque dire la seule visée. Par ailleurs s'agissant de la fin des essais la situation est différente de ce qu'elle était en 1990. En 1990 les Etats-Unis sont encore opposés à la fin des essais et il n'est pas question à l'époque de négocier un traité d'interdiction complète. En 1995, cette négociation est en cours, la France y participe. Et, si elle fait encore des essais, elle a par ailleurs indiqué que ces essais étaient les derniers et quelle se prononcerait en faveur de l'option zéro essais. C'est par rapport à tout cela et pas seulement au fait brut des essais qu'il faut analyser les positions prises sur 50/70 A.

Bien entendu le vote français reste ce qu'il était en 1990, c'est-à-dire cela n'est évidemment une surprise pour personne- un vote contre; il en va de même pour le vote britannique. Le Royaume-Uni n'a pas changé de position pour suivre Paris, il est simplement resté sur la même position, mais en affirmant très nettement son identité de vues avec la France sur la dissuasion. Le vote reste aussi le même, pour les

7 Voir A/Res 45/49 et antérieurement 44/105.

quelques pays qui se sont abstenus – l'Espagne, la Grèce et l'Allemagne. Mais ici, si solidarité il y a, c'est une solidarité minimale, qui étant donné le contexte est vraiment à la limite. Après tout la position française offrait une très bonne argumentation pour un vote négatif sans se renier. Elle consistait à dire: l'enjeu n'est plus le même qu'en 1990, alors la question de savoir si les essais prendront fin est réellement ouverte; dorénavant s'agissant de la France au moins elle ne l'est plus puisqu'il a été très clairement indiqué que ces essais seraient les derniers et que la France participerait au traité d'interdiction complète; il faut accepter même si on ne s'en réjouit pas, ces essais, dont la nocivité n'est pas prouvée et qui sont nécessaires justement pour que la France puisse rejoindre rapidement et sans arrière-pensée le camp de l'interdiction. Les pays qui se sont abstenus, notamment les Allemands, n'ont pas retenu cette possibilité, qui d'évidence s'offrait.

Leur abstention sonne autrement. En 1990 la France fait des essais avec les Etats-Unis, il n'y a pas de crise des essais français, de mobilisation autour et contre ces essais. La position d'abstention est alors naturelle (l'Allemagne n'est pas, ne peut pas et ne veut pas être une puissance nucléaire) et confortable; on marque sa différence, mais sans prendre ses distances; cette position est d'ailleurs acceptée par les alliés, elle ne met aucun choix en question. En 1995, la perspective est différente, les choses étant ce qu'elles sont devenues, l'abstention de l'Allemagne, si elle est évidemment préférable au vote pour la résolution montre au minimum à quel point sur la dissuasion, le cœur de la sécurité et de la défense, Bonn, les Allemands, même sous le Chancelier *Kohl*, sont encore loin des conceptions françaises. On peut presque dire qu'ils sont encore avant le vrai choix.

En ce qui concerne l'Italie, la Belgique, le Luxembourg et les Pays Bas, les choses sont pires: ils passent dans le camp adverse alors même que celui-ci se réduit. Ils accomplissent un mouvement inverse à celui que subit la vague antinucléaire; ils sanctionnent Paris. Dire que l'on a manqué de solidarité ne traduit pas assez bien la réalité. Venant de pays qui sont les plus anciens partenaires dans la construction européenne et dans la coopération politique, qui sont membres de l'UEO et coopèrent à la construction de l'Europe de la défense, à la veille de la CIG 96 et après que la France ait officiellement lancé le débat sur l'europanisation de la force de dissuasion, il s'agit, vu de Paris, d'un „lâchage“ dans une circonstance, non pas périlleuse mais délicate, et en tout cas d'un épisode qui met très sérieusement en question la crédibilité de plusieurs partenaires dans la construction de l'Europe de la sécurité et de la défense. Il est évidemment possible qu'il y ait une part de malentendu, de légèreté, que le manque de courage politique ou la volonté de „marquer le coup“ constitue une part de l'explication. Mais on peut craindre que le mal soit beaucoup plus profond, que tout simplement, après la guerre froide les Européens qui déjà étaient auparavant réticents, s'éloignent davantage encore du nucléaire. Une clarification est bien le minimum qui s'impose, car si la question des essais est amenée à disparaître prochainement, en tant qu'élément de discord possible entre les Européens, la question du nucléaire et de la dissuasion demeure.

Que sortira-t-il de cette crise pédagogique? Dans le proche avenir, plusieurs rendez vous – dont les résultats de la CIG – donneront probablement des indications précieuses. Mais on peut dès maintenant trouver dans le passé, aux Nations Unies, quelques indications qui semblent pertinentes, qui donnent une idée plus précise du point d'où l'on part et, donc, de ce que peut être l'avenir.

II. L'Allemagne, la France et le désarmement aux Nations Unies. Enseignements de la période 1982 - 1995

Les travaux des Nations Unies permettent de très bien cerner les positions des Etats sur de nombreuses questions relevant du désarmement et de suivre avec un niveau de précision élevé leurs évolutions. Ceci est particulièrement vrai sur les projets qui échappent au consensus et font l'objet d'un vote, car on bénéficie alors des ressources de la quantification. Nous avons entamé au CEDSI un suivi régulier de ces positions, depuis près de 15 ans, qui permet de bien voir comment se situent les Européens, en particulier la France et l'Allemagne.

Dans une étude portant sur la période 1982 - 1992⁸, c'est à dire de la crise des euromissiles à la fin de la guerre froide, certains traits stables apparaissent:

- un écart constant entre les positions que prennent les Etats-Unis et les Européens, en d'autres termes un effet de leadership limité, y compris sur des points de fond comme le rôle des Nations Unies;
- le fait que les pays les plus proches des Etats-Unis sont nettement le Royaume-Uni et la France, ce qui amène à un élément de clivage essentiel, le nucléaire;
- dans le domaine du désarmement, il existe bien plus un couple franco-britannique qu'un couple franco-allemand.

Ainsi, en 1988, c'est à dire à la veille du grand bouleversement qui va agiter durablement l'Europe, en partant de la liste des résolutions contre lesquelles un allié occidental a voté, on note que les Etats-Unis ont voté contre 26 fois, 12 fois sans soutien d'un allié. Ces alliés à 8 reprises étaient en majorité parmi les abstentionnistes et ils votaient quatre fois avec la majorité (dont trois fois à quinze, les Etats-Unis étant alors isolés). En ce qui concerne la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni, les données sont les suivantes: pour l'Allemagne et la France, les positions coïncident dans 18 cas, divergent (pour/abstention, contre/absence) 7 fois et représentent un écart maximum à trois reprises; la cohésion est beaucoup plus forte avec le Royaume-Uni avec 24 cas de coïncidence et 4 divergences. Ici il n'y a aucun écart maximum.

La même année, pour étudier de plus près les positions des membres de la Communauté et de l'UEO, nous partions d'une liste de 11 résolutions intéressant la sé-

⁸ Les Européens et le désarmement aux Nations-Unies. Observations sur la période 1982 - 1992 (37^e - 46^e sessions). *Arès*, vol. XIII, 5, 1993, pp. 189 - 200.

curité européenne et sur laquelle au moins un Etat membre avait voté contre. Nous constatons alors:

- que dans sept cas sur onze, les votes se répartissaient entre votes pour abstentions et votes contre; il y avait donc écart maximum, y compris sur des résolutions sensibles, plus précisément les deux résolutions sur les essais nucléaires (43/63 A et 43/64) et une résolution (43/76 B) sur le gel des armements nucléaires;
- que les positions se resserraient dans les cas les plus difficiles, l'interdiction des armes nucléaires (43/76 E) et le non-emploi des armes nucléaires (43/78 B).

Les positions des Européens sont donc nettement dispersées, le plus grand nombre se prononçant deux fois avec la majorité, 5 fois contre et se situant 4 fois dans l'abstention. Cette dispersion laisse tout de même apparaître des ensembles, des groupes:

- le Royaume-Uni et la France, qui sont les „durs“;
- un groupe médian formé de la RFA, de la Belgique, de l'Espagne, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays Bas et du Portugal;
- un troisième groupe où l'on trouve la Grèce et l'Irlande, qui ne votent jamais contre, mais s'abstiennent sur les résolutions perçues par leurs partenaires comme étant les plus hostiles; le Danemark était proche de cette position.

La situation en matière de positions des Occidentaux et des Européens en 1988 était très voisine de ce qu'elle était en 1982. Concernant les Européens, on ne peut signaler, pour la période 1982 - 1988, qu'un très léger progrès de l'intégration sur les deux résolutions les plus sensibles (interdiction des armes nucléaires et non-emploi) puisque les dissidents ne votent plus avec l'adversaire mais s'abstiennent. Si l'existence du groupe médian accrédite l'idée que le partage du projet européen, associé au temps, a un certain effet intégrateur, il est clair que cet effet s'exerce très lentement; on ne peut pas dire que de 1982 à 1988 les évolutions intervenues dans la construction européenne (Acte unique, Plateforme de la Haye, où est inscrite l'acceptation de la dissuasion nucléaire) se sont traduites par une compréhension et un soutien plus nets aux positions du Royaume-Uni et de la France sur une question telle que les essais nucléaires. Mais il est vrai que la pression qui s'exerçait dans le sens de l'unité à l'époque des euromissiles n'a pas été remplacée et qu'aucun mécanisme de coopération précis sur la sécurité n'a été mis en place ou n'a eu le temps de fonctionner. Il est bien clair alors que la moyenne européenne se rassemble, non autour de la France et du Royaume-Uni mais davantage autour de l'Allemagne, sur un profil bas concernant le nucléaire. On voit aussi que la cohésion est plus forte à l'UEO qu'à la Communauté et que l'effet d'entraînement des puissances nucléaires, Etats-Unis compris, est limité. A l'époque, l'URSS et les pays du Pacte de Varsovie sont très unis et dans la majorité, c'est à dire chez l'adversaire et les Neutres et Non-alignés européens sont nettement détachés des positions occidentales.

En 1991, après l'unification de l'Allemagne et la fin de l'empire soviétique, de grands changements vont intervenir- diminution de la pression en faveur du désarmement, fin de l'affrontement Est-Ouest, rupture de l'alliance Non-alignés/URSS, pays de l'Est. Mais, du côté de l'Ouest la situation restera stable. Tous les traits caractéristiques notés en 1988 se retrouvent 3 ans après, il n'y a pas davantage d'intégration, notamment sur les questions nucléaires. Sur 10 ans, il est donc net qu'il existe une déconnection entre les progrès affichés du côté des institutions de la coopération (coopération politique, coopération franco-allemande, consultations dans le cadre de l'UEO) et le fond, qui ne suit pas. Dès cette époque, on se souvient que la perspective de l'élargissement est ouverte vers l'Est et vers les NNA européens. Si l'on considère leurs positions, on note en revanche des évolutions nettes qui s'esquissent: un fort glissement des ex-pays de l'Est vers les positions occidentales, notamment de la part de la Hongrie, de la Pologne et de la Tchécoslovaquie; une position plus modérée de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à l'égard des résolutions les plus sensibles, puisque ces Etats passent du vote pour à l'abstention sur 46/28 essais nucléaires, 46/37 C gel et 46/37 D interdiction des armes nucléaires. D'évidence ils préparent leur participation à la Communauté, leur position a rejoint celle de l'Irlande.

Par la suite, en 1992, 1993 et 1994 (47 ème à 49 ème sessions), les traits que nous avons signalés restent pour l'essentiel stables, et on ne peut pas noter de réel progrès de l'intégration, sauf peut-être pour le Royaume-Uni et la France qui atteignent presque l'unité de positions, une divergence subsistant sur 49/89⁹. Entre la France et l'Allemagne la disparition des écarts maxima à la 47 ème et 48 ème sessions n'est pas confirmée ensuite: on trouve 7 positions communes (49/75 E, 75 F, 75 K, 76 E, 78, 89, 417), quatre divergences (49/67, 69, 82 et 427) et deux écarts maxima (49/75 B et 84). Si la Communauté de vues existe sur les résolutions les plus sensibles (notamment 49/76 E), il y a toujours des divergences sur des résolutions importantes, en particulier 49/69 (traité de 1963) et la réapparition des écarts maxima peut inquiéter. Si la cohésion entre membres de l'UEO reste élevée, on peut y constater aussi une évolution négative de même type que celle que nous avons vue pour le couple France-Allemagne. Alors que se construit en principe le pilier européen de sécurité et de défense, le désarmement reste un domaine où l'on peut faire entendre sa différence. Seul point réellement positif: la déviance antérieure de la Grèce s'est fortement atténuée. A l'Union européenne, on pouvait noter une petite évolution vers plus d'intégration, une tendance à l'élargissement du groupe médian, mais aussi une certaine dilution, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg et l'Italie n'émettant plus des votes tout à fait identiques, mais divergeant sur 2 cas (49/75 B et 84). Il devient évident fin 1994 que le vrai clivage se situe de plus en plus entre les puissances nucléaires et les autres, avec cependant pas d'écart maximum sur les questions les plus sensibles, et notamment sur les essais, mais simplement des divergences.

⁹ Cette divergence est d'ailleurs mineure puisque cette résolution est relative à l'application de la résolution 1514 (XV) sur la décolonisation.

Du côté des Neutres, l'évolution vers la moyenne européenne se confirme, mais l'obstacle de la dissuasion n'est pas levé pour l'Autriche et la Suède (notamment abstention sur 49/76 E). Seule la Finlande a rejoint le groupe médian, comme les anciens satellites, qui s'en rapprochent puis le rejoignent, dans le cas des pays du Groupe de Visegrad en 1994.¹⁰

A ce stade plusieurs points ressortent nettement:

- Ce qui s'est passé en 1995 exprime bien un problème fondamental et ne relève pas du malentendu et de la mauvaise humeur;
- la coopération politique et la PESC semblent avoir laissé entiers ou presque des clivages importants et peut-être fondamentaux en matière de sécurité;
- l'élargissement récent tend, ce qui était à vrai dire très prévisible, à agrandir l'écart existant; il va dans le sens du retour en arrière, d'un niveau moindre d'intégration; il semble même que l'écart puisse s'agrandir entre les membres les plus anciens de l'Union;
- la situation est probablement à un tournant: les pays qui n'ont pas soutenu la thèse et la politique de la France, n'ont pourtant pas rompu avec la dissuasion; sur la résolution la plus agressive, celle qui était relative au projet de convention sur l'interdiction des armes nucléaires (50/71 E), tous les membres de l'Alliance atlantique et de l'UEO ont voté contre. Il est vrai qu'ici une modification du vote traditionnel aurait signifié que l'on s'opposait aussi au Royaume-Uni et aux Etats-Unis. Dans l'Union européenne, personne n'a voté en faveur de la résolution; l'Irlande, la Suède et l'Autriche se sont abstenues, ce qui était leur position antérieure. La possibilité d'une européanisation de la dissuasion n'est donc pas écartée mais il est bien évident que le point d'où l'on part signifie qu'il sera difficile de mettre en oeuvre cet objectif;
- il paraît évident enfin que, dans le proche avenir, l'Allemagne devrait jouer un rôle essentiel: c'est d'elle d'abord, et à un degré moindre de l'Espagne et de l'Italie, que dépend l'évolution des Européens sur la dissuasion nucléaire, c'est à dire dans une large mesure l'évolution de l'Identité Européenne de Sécurité et de Défense.

¹⁰ Sur tous ces points voir des développements plus complets in *J. F. Guilhaudis, Les Européens et le désarmement aux Nations Unies* (47^e et 48^e sessions de l'Assemblée générale). *Arès XIV*, 5, 1994, pp. 219 - 227 et *Arès XV*, 1, pp. 126 - 129.

Le statut des capacités militaires européennes

Par Philippe Weckel, Professeur à l'Université de Montpellier I

Dès l'abord, deux évidences s'imposent: la brigade franco-allemande ou le corps européen procède d'une construction empirique marquée par l'absence de formalisme juridique et le pragmatisme.

Le corps européen est déjà opérationnel et pourtant les troupes qui le composent restent stationnées dans leur pays d'origine et, en dehors des manœuvres communes, il n'a d'existence concrète qu'à travers le quartier général de Strasbourg. Le corps présente la nature d'une capacité opérationnelle, c'est-à-dire une affectation de moyens militaires existants, des procédures, une planification, un commandement général. Être abstrait sur le plan militaire, il étonne aussi le juriste qui n'identifie qu'une forme transparente, une réalité ressentie plutôt que perçue. En effet, de tels instruments de la coopération européenne en matière de défense procèdent de décisions politiques mises en œuvre à travers un processus administratif: l'objectif de créer la brigade franco-allemande est inscrit dans le Protocole de 1988 aux accords de l'Elysée¹ et la décision de constituer le corps européen a été arrêtée lors du sommet franco-allemand de 1992². L'EUROFOR et l'EUROMARFOR ont fait l'objet de déclarations constitutives, c'est-à-dire d'actes concertés³. Le corps européen existe, il est opérationnel, mais aucun accord formel n'a encore été conclu afin de le doter d'un statut propre.

A vrai dire, les difficultés rencontrées dans la tentative de clarification du schéma institutionnel (U.E., U.E.O. et O.T.A.N.) expliquent certainement ces avancées dans la solidarité européenne, spectaculaires mais informelles. Les militaires ont une grande facilité dans l'activité multilatérale qui s'appuie d'ailleurs sur une pratique multiséculaire. Entre les professionnels de la défense, la coopération internationale est déjà une vieille habitude. En réalité, l'observation vaut pour les trois secteurs de l'Union économique et monétaire, d'une politique étrangère et de sécurité commune ainsi que de la justice et des affaires intérieures où le progrès dans la construction européenne se réalise d'abord par une intégration limitée aux plans techniques et administratifs⁴. En effet, si l'intégration économique dynamique nécessite un transfert de compétences à une institution internationale, en d'autres do-

-
- 1 Art. 4 du Protocole du 22 janvier 1988; *J. Jessel*, Les protocoles du 22 janvier 1988: une nouvelle étape de la coopération franco-allemande dans le domaine de la défense et de la sécurité, AFDI, vol. XXXIV (1988), p. 823 à 836.
 - 2 La Belgique, l'Espagne et le Portugal se sont joints à l'initiative franco-allemande.
 - 3 Communiqué commun annonçant la signature des documents constitutifs de l'EUROFOR et de l'EUROMARFOR, Paris, 15.05.95, D.A.I., p. 407. Le dispositif d'intervention rapide réunit la France, l'Espagne, l'Italie et le Portugal. Le commandement de l'EUROFOR a été installé le 9 novembre 1996 à Florence.
 - 4 *M. Virally*, La condition internationale de la République Fédérale d'Allemagne après les Accords de Paris, AFDI, vol. I (1955), p. 29 à 52, sp. 49.

maines l'élaboration et l'exécution d'une politique commune passent en premier lieu par une coopération horizontale entre les services publics nationaux. Le corps européen appartient à cette intégration souterraine.

La création de la brigade franco-allemande et du corps européen procède aussi d'une approche pragmatique qui s'appuie sur l'expérience et la continuité. Ainsi la brigade correspond à la troisième génération de la présence militaire française en Allemagne. En effet, à l'occupation avait succédé la participation à la défense territoriale allemande⁵, l'unité mixte symbolisant aujourd'hui la politique commune de sécurité.

Le corps européen apparaît également au terme d'une évolution, comme un changement sans rupture. Il n'a pas été constitué dans un vide juridique, puisque l'instrument de Strasbourg actuellement en projet ne constituera qu'un accord *inter se* modernisant et aménageant la Convention de Londres signée entre les Etats de l'Alliance atlantique sur le statut de leurs forces⁶ complétée par le Protocole de Paris du 28 août 1952 sur les quartiers généraux militaires internationaux. Cette convention reprenait les principes directeurs d'un précédent accord de Londres⁷, jamais entré en vigueur, signé par les parties au Pacte de Bruxelles créant l'Union Occidentale.

Cette continuité à travers les réorientations successives de la solidarité en matière de sécurité traduit l'attachement à une doctrine européenne sur le statut des forces étrangères. Les principes qui inspirent la Convention ont, en effet, été imposés aux Etats-Unis traditionnellement favorables à une protection maximale du militaire étranger. Se révèle ainsi une opposition analysée par *Serge Lazareff* entre la doctrine du drapeau et celle de la souveraineté aménagée⁸.

La doctrine du drapeau défendue par les Etats-Unis développe une interprétation extensive de l'immunité de l'Etat étranger et de la compétence à raison des services publics. Elle s'appuie notamment sur la célèbre affaire „des déserteurs de Casablanca“ dont l'évocation à l'occasion de ce colloque prend une résonance particulière⁹. Pourtant, replacée dans son contexte, la rédaction de la sentence ne peut être utilisée pour justifier une immunité personnelle du militaire. La Cour a seulement condamné l'ingérence du Consulat d'Allemagne dans l'exercice de l'autorité militaire à l'égard des légionnaires déserteurs. Le militaire étranger ne bénéficie donc pas des immunités diplomatiques ou de l'extraterritorialité.

La conception européenne consacrée par la Convention de Londres repose sur l'application cumulative de la loi du drapeau et de la loi territoriale. Elle correspond

5 Protocole sur la cessation du régime d'occupation signé à Paris le 23 octobre 1954.

6 Convention de Londres du 19 juin 1951, *Serge Lazareff*, *Le statut des forces de l'O.T.A.N. et son application en France*, Paris 1964, 548 p.; Protocole de Paris du 28 août 1952, J.O.R.F. 18.02.1955, p. 1919.

7 Accords sur le statut des membres des forces armées des Puissances signataires du Traité de Bruxelles du 21 décembre 1949. Bien que n'ayant jamais été appliqués, ces accords ont permis aux Etats membres de définir une attitude commune sur le sujet, attitude qui leur permit d'aborder les négociations de Londres sur la Convention des forces de l'O.T.A.N. avec une doctrine commune, *Serge Lazareff*, op. cit. p. 52.

8 Op. cit. p. 10 et s.

9 C.P.A., 22 mai 1909, Aff. des déserteurs de Casablanca, R.S.A. XI, p. 126.

à une relation équilibrée entre l'Etat d'envoi des forces et l'Etat d'accueil fondée sur une confiance réciproque dans leurs systèmes juridiques respectifs: l'adhésion commune à l'Etat de droit rend inutile l'exigence d'une protection exorbitante du militaire étranger.

Ce pragmatisme d'où émerge une certaine identité européenne permet de résoudre les multiples problèmes concrets de la vie militaire dans un contexte international: l'indemnisation des dommages causés par l'utilisation de véhicules, la manière de porter le bérêt ou les conditions d'emploi des armes à feu par les sentinelles.

Toutefois, ces capacités opérationnelles, le corps européen ou la brigade franco-allemande, ne sont que partiellement saisies par le droit en tant que telles et d'une manière, en définitive, non spécifique. Ainsi, le corps européen ne saurait être qualifié d'organisme international et, s'il faut bien se résoudre à l'analyser comme un ensemble d'activités, l'internationalisation n'affecte qu'une fraction d'entre elles, celles qui relèvent de la présence militaire à l'étranger ou de l'action d'un commandement général international.

Constructions empiriques, ces objets juridiques informels ont un statut non-spécifique (I) et, que l'on songe aux actions hors zone de l'Atlantique Nord non couvertes par la Convention de Londres, variable (II).

I. Un statut non-spécifique

Le projet de convention de Strasbourg répond à la volonté d'exprimer solennellement l'avancée dans la construction européenne réalisée par la création du corps européen. Toutefois ce dernier existe déjà et le droit qui lui est actuellement applicable sera simplement adapté et modernisé. Essentiellement les capacités opérationnelles européennes relèvent du droit uniforme créé en vertu du Traité de l'Atlantique par la Convention de Londres sur le Statut des forces et le Protocole de Londres sur les Quartiers Généraux Internationaux. Sont ainsi fixés le régime applicable aux activités militaires à l'étranger (A) et les conditions de fonctionnement du commandement général international (B).

A. Le statut des forces militaires à l'étranger

La Convention de Londres harmonise le régime des forces de l'Alliance dans la région de l'Atlantique Nord et, par conséquent, s'applique incontestablement au corps européen¹⁰. Toutefois elle ne dispense pas de l'acceptation exprimée par l'Etat d'accueil pour l'admission des militaires et des éléments civils qui les accom-

¹⁰ Art. I, para. 1.a): „Force“ signifie le personnel appartenant aux armées de terre, de mer ou de l'air de l'une des Parties contractantes qui se trouve pour l'exécution du service sur le territoire d'une autre Partie Contractante de la Région de l'Atlantique Nord ...

pagent¹¹. En outre, les Etats concernés peuvent écarter ses dispositions pour des situations particulières¹². Ainsi, le champ d'application de cet instrument intègre-t-il, sous réserve d'accords particuliers, l'ensemble des forces étrangères stationnées dans la région de l'Atlantique Nord, y compris celles qui ne sont pas mises à la disposition de l'O.T.A.N.

Conçu pour faciliter la présence permanente des militaires étrangers en dehors des situations de conflits armés, le régime de la Convention de 1951 repose sur un équilibre entre la compétence de l'Etat d'envoi et celle de l'Etat d'accueil (1), ainsi que sur la solidarité des Etats intéressés (2).

1. L'équilibre entre les compétences souveraines

La Convention de Londres développe dans son article VII des solutions qui assurent la conciliation entre l'autorité de l'Etat d'origine sur les éléments civils et militaires qui lui sont assujettis et le respect de la souveraineté de l'Etat territorial. Ainsi, son paragraphe 1 formule deux règles générales qui fondent un système complexe de répartition des compétences. La présence sur un sol étranger n'emporte aucune restriction à la compétence répressive, pénale et disciplinaire, de l'autorité militaire, de manière à ce que l'intégrité du service public soit préservée. Parallèlement, la soumission à la loi du drapeau n'affecte en rien la juridiction de l'Etat d'accueil pour les infractions commises sur son territoire¹³.

Toutefois, les législations nationales étant très largement similaires, la plupart des faits commis par les personnes relevant d'une force étrangère font l'objet d'incriminations concurrentes. En définitive, ce sont principalement les infractions à la sûreté de l'Etat qui relèvent de la compétence exclusive de l'un des deux Etats¹⁴. Aussi, pour les cas, nombreux, de juridictions concurrentes, la Convention met en place un système d'attribution d'une compétence prioritaire qui n'est pas sans évoquer par-

11 Préambule:

Considérant que les forces d'une Partie peuvent, par accord, être envoyées en service sur le territoire d'une autre Partie;

Etant entendu que la décision d'envoyer ces forces et les conditions auxquelles elles seront envoyées, pour autant que ces dernières ne sont pas prévues à la présente convention, continueront à faire l'objet d'accords particuliers entre les pays intéressés ..."

12 Art. I, para. 1:

a) ... deux Parties contractantes intéressées peuvent convenir de ne pas considérer certaines personnes, unités ou formations comme constituant une „force“ ou en faisant partie au regard des dispositions de la présente Convention ...

13 Art. VII, para. 1: Sous réserve des dispositions du présent article,

a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat;

b) Les autorités de l'Etat de séjour ont le droit d'exercer leur juridiction sur les membres d'une force armée ou d'un élément civil et les personnes à leur charge en ce qui concerne les infractions commises sur le territoire de l'Etat de séjour et punies par la législation de cet Etat.

14 Art. VII, para. 2:

a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour ...

tiellement l'application du principe de subsidiarité. Cette priorité appartient normalement à l'Etat d'accueil, sauf lorsque l'infraction porte uniquement atteinte aux biens ou aux personnes relevant de la force étrangère, ou bien se situe dans l'exécution du service¹⁵. Toutefois, l'Etat prioritaire peut renoncer à exercer sa juridiction, spontanément ou à la demande de l'autre Etat¹⁶. Par conséquent, le militaire étranger ne bénéficie pas d'une protection personnelle pour les faits commis dans l'exécution du service. L'autorité militaire n'empêche l'exercice des poursuites pénales dans le pays d'accueil qu'en opposant le droit de priorité et en provoquant des poursuites dans le pays d'origine. A défaut, cette autorité militaire devra collaborer avec l'autorité judiciaire du pays de séjour pour la remise de l'inculpé. En effet, la répartition des compétences répressives s'accompagne d'une obligation d'assistance et de coopération qui porte sur l'arrestation, la détention, la conduite des enquêtes ou l'exécution des peines¹⁷.

Enfin, un tel dispositif ne serait pas complet si n'étaient envisagées les garanties assurées aux inculpés et l'étendue du pouvoir de police. Sur le premier point la Convention contient des dispositions précises relatives à l'exercice et à la portée du principe *ne bis in idem*, la juridiction concurrente exposant particulièrement les personnes concernées au risque de doubles condamnations¹⁸. On relèvera sans surprise que la règle n'affecte pas le pouvoir disciplinaire: un militaire peut encore faire l'objet de poursuites disciplinaires après avoir été acquitté ou condamné par la justice du pays d'accueil. Par contre, la Convention présente, bien entendu, un intérêt limité quant aux garanties de l'accusé en raison du développement du droit pénal européen¹⁹.

L'article VII attribue un pouvoir de police à l'Etat d'origine des forces, qui comporte nécessairement la faculté de prendre des actes de police et l'exercice de la contrainte publique. Cette compétence s'exerce sur les cantonnements et installations pour des motifs de maintien de l'ordre et de la sécurité²⁰. Elle s'étend également, avec l'accord de l'Etat d'accueil, hors de ces lieux pour assurer l'ordre et la

15 Art. VII para. 3:

- a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer par priorité leur juridiction sur le membre d'une force ou d'un élément civil en ce qui concerne:
 - (i) Les infractions portant uniquement atteinte à la sûreté ou à la propriété de cet Etat ou les infractions portant atteinte uniquement à la personne ou à la propriété d'un membre d'une force, ou d'un élément civil de cet Etat ainsi que d'une personne à charge;
 - (ii) Les infractions résultant de tout acte ou négligence accomplis dans l'exécution du service;
- b) Dans le cas de toute autre infraction, les autorités de l'Etat de séjour exercent par priorité leur juridiction ...

16 Art. VII para. 3:

- c) Si l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction décide d'y renoncer, il le notifiera aussitôt que possible aux autorités de l'autre Etat. Les autorités de l'Etat qui a le droit d'exercer par priorité sa juridiction examineront avec bienveillance les demandes de renonciation à ce droit, présentées par les autorités de l'autre Etat, lorsque celles-ci estiment que des considérations particulièrement importantes le justifient.

17 Art. VII para. 3 c).

18 Art. VII para. 8.

19 Art. VII para. 9.

20 Art. VII para. 10 a).

discipline militaires²¹. Ce pouvoir de police attribué aux autorités de l'Etat d'origine des forces comporte donc une atteinte au monopole de l'exercice de la contrainte publique qui, plus encore que la compétence répressive, caractérise la puissance souveraine de l'Etat sur son territoire.

2. La solidarité entre les parties contractantes

L'article VIII de la Convention de Londres règle la question de la réparation des préjudices causés par la présence des forces étrangères. Il met en œuvre un principe de solidarité financière des parties contractantes dans l'activité militaire relevant du cadre du Traité de l'Atlantique Nord.

Ainsi, les Etats parties renoncent dans leurs rapports mutuels à toute réclamation pour les dommages causés aux biens ou aux personnes relevant de leurs forces. Un arbitrage est prévu pour les cas où le dommage a été causé en dehors des opérations se rattachant au Traité²².

Cependant, cette solidarité financière apparaît mieux encore dans les rapports avec les tiers. En effet, si les forces étrangères bénéficient de l'immunité de juridiction et d'exécution dans toute action en responsabilité pour faute de service²³, l'Etat d'accueil se substitue à l'Etat d'origine dans les rapports avec la victime. Ainsi, lorsqu'un fait commis dans l'exécution du service ou dont une force est légalement responsable (ce qui recouvre en France les faits personnels non dépourvus de tout lien avec le service), la demande d'indemnité est introduite devant les juridictions du for et assimilée à une réclamation dirigée contre les forces armées de l'Etat d'accueil ou leurs éléments civils²⁴. Le droit public local s'applique donc dans les relations entre une force étrangère et les tiers, les autorités militaires locales assurant sa défense et le versement des indemnités. Les jugements prononcés par une juridiction du pays d'accueil „lient“ les parties contractantes qui ne sont donc pas seulement tenues de donner effet à ces actes juridictionnels nationaux, mais assument une responsabilité solidaire²⁵. La substitution des autorités locales est effectuée également dans le traitement des recours gracieux relatifs à des faits qui ne

21 Art. VII para. 10 b).

22 Art. VIII para. 1 et 2.

23 Art. VIII para. 5:

(g) Aucune voie d'exécution ne peut être pratiquée sur un membre d'une force ou d'un élément civil lorsqu'un jugement a été prononcé contre lui dans l'Etat de séjour s'il s'agit d'un litige né d'un acte accompli dans l'exécution du service.

para. 9: Sauf dans les conditions prévues au paragraphe 5 (g) du présent article (faute de service), l'Etat d'origine ne peut, en ce qui concerne la juridiction civile des tribunaux de l'Etat de séjour, se prévaloir de l'immunité de juridiction des tribunaux de l'Etat de séjour en faveur des membres d'une force ou d'un élément civil.

24 Art. VIII para. 5:

(a) Les demandes d'indemnité sont introduites, instruites et les décisions prises, conformément aux lois et règlements de l'Etat de séjour applicables en la matière à ses propres forces armées;
(b) L'Etat de séjour peut statuer sur ces dommages; il procède au paiement des indemnités allouées dans sa propre monnaie.

25 Art. VIII para. 5:

(c) Ce paiement (...), ou la décision de la même juridiction déboutant le demandeur, lie définitivement les Parties Contractantes.

se sont pas produits dans l'exécution du service, même si, très logiquement, l'octroi d'une indemnité suppose dans ce cas l'accord préalable de l'Etat d'origine²⁶.

La Convention prévoit que la charge indemnitaire finale est répartie entre les parties contractantes selon une clé proposée par l'Etat de séjour et acceptée par les autres²⁷. Cet Etat supporte une part de l'indemnité, même lorsqu'il n'est pas responsable, cette observation permettant de qualifier le dispositif de mécanisme de garantie.

Ainsi, les parties contractantes garantissent l'indemnisation des tiers à l'égard desquels elles assument une responsabilité solidaire, l'Etat de séjour assurant la représentation de leurs intérêts.

L'article IX règle la question de l'exercice de la capacité civile active de la force étrangère en lui apportant des solutions qui s'inspirent de principes similaires. Sous réserve d'accords particuliers, l'achat de marchandises, la location d'immeubles, le louage de services, l'embauche de salariés locaux pour le compte de la force s'effectuent par l'entremise de l'Etat d'accueil. Ces contrats sont soumis à la loi de cet Etat²⁸. Ainsi, l'assimilation de la force étrangère aux forces armées de l'Etat de séjour dans les rapports avec les tiers conduit également à une substitution des autorités militaires locales dans les droits et obligations contractés par l'Etat d'origine.

Ces observations permettent de mieux cerner la nature originale des capacités opérationnelles multinationales, telles que le corps européen.

Tout d'abord, ce procédé de la coopération internationale ne comporte aucun abandon de compétence des Etats qui y participent. Au contraire, les rédacteurs de la Convention de Londres se sont efforcés avec minutie de faciliter la coexistence de deux types de compétences souveraines dans un même espace: la compétence organique et fonctionnelle, à raison du service public donc, détenue par l'Etat d'origine d'une force et la compétence territoriale de l'Etat qui l'accueille. Le service public étranger développe ainsi ses activités dans une relation harmonieuse avec son environnement, l'ordre juridique dominant l'espace. Cependant, cette coexistence se remarque aussi dans les rapports entre différentes forces militaires associées dans des opérations communes. La coopération militaire n'affecte pas l'autorité de l'Etat sur les biens et les personnes affectés au service public. Dans l'étendue de ce service, la loi militaire s'applique sans restriction; l'Etat possède un pouvoir de police pour assurer le maintien de l'ordre et la sécurité, ainsi que la discipline militaire; il conserve également sa compétence répressive, pénale et disciplinaire. Associés par des fins communes, les services publics demeurent indépendants dans leur fonctionnement.

Cette absence de transfert de compétence et le maintien de l'intégrité du service public militaire n'empêchent pas l'émergence d'une identité collective. La capacité opérationnelle internationale constitue bien un groupement d'Etats, d'une nature

26 Art. VIII para. 6.

27 Art. VIII para. 5 (e).

28 Art. IX.

particulière certes. Les Etats d'envoi des forces et l'Etat d'accueil développent une communauté d'intérêts. Ainsi, un membre du groupement n'est pas étranger à l'activité d'un autre membre puisqu'il perd le droit de demander réparation des préjudices qui peuvent en résulter pour lui-même. Face aux demandes d'indemnité présentées par des tiers, la représentation des intérêts collectifs est assurée par l'Etat de séjour, mais les autres ne sauraient être considérés comme des tiers dans cette instance puisqu'ils sont liés par le jugement, etc...

Groupements d'Etats sans personnalité propre, les forces agissant en vertu du Traité de l'Atlantique Nord correspondent à un type d'institutions juridiques qui n'est pas ignoré du droit interne, indivision, groupement de soumissionnaires dans un appel d'offres, etc..., ni du droit international, O.S.C.E. (C.S.C.E.).

La création d'un quartier général permanent renforce cette analyse plutôt qu'elle ne l'infirme.

B. Le statut du quartier militaire international

Les parties au Traité de l'Atlantique Nord ont conclu à Paris le 28 août 1952 un protocole aménageant les règles de la Convention de Londres en ce qui concerne les quartiers militaires internationaux. La Convention règle, en effet, les problèmes qui naissent du stationnement de troupes étrangères ou de l'exécution de manœuvres militaires conjointes, mais ses dispositions ne sont pas adaptées à la situation des quartiers généraux, tels que celui de Strasbourg pour le corps européen, qui sont des structures internationales permanentes assurant l'unité du commandement. Les mêmes principes gouvernent toutefois ces deux instruments qui s'appliquent de manière complémentaire aux capacités opérationnelles européennes.

Le protocole de Paris a pour objet d'harmoniser le statut des quartiers généraux internationaux qui seraient créés par voie d'accord entre des parties au Traité de l'Atlantique Nord. Incontestablement le quartier général de Strasbourg entre dans ces prévisions, mais, aux termes de l'article deux, le Protocole ne s'applique de plein droit qu'aux quartiers généraux interalliés, c'est-à-dire les quartiers généraux suprêmes relevant de l'O.T.A.N. et les quartiers généraux qui leur sont directement subordonnés²⁹. Or le corps européen est considéré comme une force de l'U.E.O. Toutefois, l'article 14 ouvre la possibilité d'étendre tout ou partie des dispositions de l'accord à d'autres quartiers généraux sous réserve d'une approbation du Conseil atlantique et il est d'ailleurs fait expressément mention de la Communauté européenne de défense. Les structures atlantiques se voient donc reconnaître un droit de regard sur les mécanismes de commandement proprement européens³⁰.

Le Protocole de Paris permet ainsi de dégager les principes du statut d'un quartier général permanent relevant d'une capacité militaire européenne.

29 Art. 1:

(c) Par „quartier général interallié“, on entend tout quartier général suprême et tout quartier général militaire international créé en vertu du Traité de l'Atlantique Nord et directement subordonné à un quartier général suprême.

30 Art. 14.

Le personnel affecté au quartier général est assimilé à une force étrangère au sens de la Convention de Londres³¹. Le statut du quartier général apparaît ainsi comme un simple aménagement tenant compte de l'institutionnalisation du commandement commun. Aussi, les droits et obligations conférés par la Convention à l'Etat d'envoi des forces lui sont normalement transférés³². Toutefois, l'article 4 du Protocole de Paris procède à une répartition des compétences et des responsabilités entre le quartier général commun et les Etats d'origine du personnel qui lui est affecté. Ainsi, la juridiction pénale et disciplinaire de l'Etat d'origine s'applique au personnel relevant de sa loi militaire. Les obligations que la Convention de Londres met à la charge de cet Etat dans ses rapports avec l'Etat de séjour, le devoir d'assistance à l'arrestation d'une personne par exemple, sont partagées avec le quartier général, etc...³³

Le Protocole s'inspire de la nécessité de distinguer la fonction de commandement général qui relève du quartier général de l'autorité militaire qui est conservée par l'Etat d'origine. En effet, le personnel mis à disposition reste intégralement soumis au pouvoir hiérarchique des autorités militaires de son pays. Ces dernières continuent d'exercer à son égard le pouvoir d'instruction, de surveillance et de sanction. L'obligation générale de se conformer aux ordres du commandement commun procède d'ailleurs de l'exercice de ce pouvoir d'instruction et elle ne libère donc pas le militaire de son devoir d'obéissance dans ses rapports avec les autorités de l'Etat d'origine. L'affectation au quartier général constitue une mission désignée au personnel des armées et elle ne nécessite aucune rupture du lien statutaire. Cette distinction entre le commandement général et l'autorité militaire devrait écarter la crainte d'un obstacle constitutionnel à l'activité du corps européen. Ce procédé de coopération n'affecte pas les conditions d'exercice de la souveraineté nationale parce qu'il ne comporte aucune limitation ou transfert de l'autorité militaire. Bien plus, le personnel mis à disposition du quartier général ainsi que les unités nationales placées sous le commandement de ce dernier demeurent sous l'empire de la loi militaire. Par conséquent, une opération militaire européenne menée avec les moyens d'une force comme le corps européen n'est pas nécessairement soumise à un droit des conflits armés unique, puisque les Etats qui y participent ont pu ne pas souscrire les mêmes engagements internationaux en la matière. Cette observation souligne les limites de l'intégration internationale réalisée à travers la constitution des capacités européennes de défense qui n'opère qu'une juxtaposition de services publics nationaux. Toutefois, les inconvénients pratiques de cette diversité du droit applicable restent à démontrer.

Le quartier général possède incontestablement certains des éléments de la personnalité juridique. Il bénéficie d'une autonomie financière puisqu'il dispose d'un budget propre³⁴. Il est légalement responsable des faits commis dans l'exécution du

31 Art. 3 (a).

32 Art. 4 para. 1.

33 Le principe de la solidarité financière vis-à-vis des tiers s'applique à l'Etat d'envoi des forces et au quartier général.

34 Art. 12.

service par le personnel qui lui est affecté³⁵. Il a la capacité juridique, pouvant contracter, acquérir ou aliéner³⁶. Il peut ester en justice³⁷. Enfin, le Protocole fait référence à la conclusion d'accords entre le quartier général et l'Etat de séjour, voire à des différends sur l'application de cet instrument auxquels celui-ci serait partie³⁸. Faut-il en conclure qu'une capacité opérationnelle européenne constituée autour d'un commandement international permanent comme le corps européen constituerait une organisation internationale, une structure titulaire d'une personnalité propre distincte de celle des Etats qui la composent?

Le Protocole n'attribue pas expressément la personnalité juridique aux quartiers généraux, se bornant à leur conférer une capacité juridique. Toutefois cette distinction entre la personnalité et la capacité ne semble pas universellement admise et la discussion alimente l'interrogation sur la nature du corps européen. La thèse reconnaissant cette personnalité ne paraît guère compatible avec les principes qui ont inspiré la Convention de Londres et le Protocole de Paris. Les forces multinationales sont constituées afin de préparer certaines actions collectives des Etats qui s'inscrivent dans le cadre d'une organisation européenne existante, l'O.T.A.N. ou l'U.E.O. Ainsi, l'attribution de la personnalité juridique au corps européen ajouterait à la complexité du schéma institutionnel de l'Europe. Surtout, elle signifierait un transfert de compétences en opposition avec le souci évident de préserver l'intégrité des services publics nationaux participant à l'entreprise militaire commune.

Sans doute n'est-il pas nécessaire d'avoir recours à la notion de personnalité juridique pour expliquer l'apparente autonomie juridique du quartier général. On sait que l'analyse de la Convention de Londres permet d'identifier une communauté d'intérêts réunissant les Etats d'origine des forces et l'Etat de séjour qui sont liés par des finalités partagées et une solidarité financière. Ce dernier assure la représentation des forces lorsque leur responsabilité est mise en cause et les contrats concernant leur activité sont conclus par son intermédiaire. Dans ce cas, donc, l'identité collective est préservée en évitant le procédé formaliste de l'association dotée d'une personnalité propre et il y a tout lieu de penser que les rédacteurs du Protocole de Paris ont recherché une solution similaire pour les quartiers généraux. En effet, même si le lien statutaire avec l'Etat d'origine n'est pas affecté, le personnel d'un quartier général est considéré comme une force unique au sens de la Convention de Londres correspondant à une activité collective indivisible menée par les Etats participants. C'est, précisément, dans cette indivisibilité que réside la particularité des structures de commandement commun qui a justifié la signature d'un instrument complémentaire. Être collectif associant les intérêts des différents Etats concernés, le quartier général bénéficie d'une attribution de compétences, non en tant qu'organisation internationale ou établissement public international, mais comme un organe commun dont l'activité reste indivisiblement imputable à ces Etats.

35 Art. 6.

36 Art. 10.

37 Art. 11.

38 Art. 15 et 16.

Les capacités de défense européennes présentent ainsi une nature particulière qui leur confère une place propre dans l'architecture européenne. Unions d'Etats sans personnalité propre et entreprises militaires communes, elles réalisent l'objectif de solidarité européenne en évitant de nouveaux transferts de compétence. Mais, simples instruments de la défense commune, ces forces possèdent un statut qui varie en fonction de leur utilisation.

II. Un statut variable

La Convention de Londres et le Protocole de Paris confèrent un statut au corps européen adapté à la période normale de préparation des missions dont il pourrait être investi. En opération, sa condition juridique dépend des circonstances (A) et du cadre juridique de la mission (B).

A. *Les circonstances de lieu et de temps*

La constitution des capacités de défense européennes semble correspondre à l'évolution des stratégies militaires dans le nouveau contexte des relations internationales qui accordent une place moindre à la défense territoriale et tiennent compte de la nécessité de projeter les forces sur un théâtre extérieur à l'Europe de l'Ouest pour des missions d'une plus grande diversité. Le régime applicable à ces forces dépend ainsi de la localisation de leur activité (1). Il est également modifié lorsque l'opération s'inscrit dans le cadre d'un conflit armé (2).

1. *La localisation de l'activité*

La Convention de Londres et le Protocole de Paris ne s'appliquent que dans l'aire de l'Atlantique Nord. Dans cette zone, les capacités militaires européennes devraient bénéficier du statut des forces de l'Alliance, sous réserve de la possibilité de conclure des arrangements particuliers.

En effet, l'article 20 de la Convention limite le domaine d'application du statut au territoire métropolitain des parties contractantes. Toutefois, l'alinéa 2 de cet article ouvre la possibilité d'étendre la Convention par voie de déclaration unilatérale à tout territoire relevant de la région atlantique au Nord du Tropique du Cancer³⁹. Ainsi, le statut des forces de l'Alliance s'appliquerait au corps européen intervenant sur le territoire des Etats-Unis, alors même qu'une grande partie du continent européen reste *hors zone*!

En outre, le statut ne dispensant pas de l'accord à l'envoi des forces donné par l'Etat de séjour, l'exécution des missions du corps européen *en zone* s'effectuera sur la base d'accords spéciaux conclus avec l'Etat de séjour.

En définitive, le statut du corps européen devrait connaître des variations selon que ses activités se limiteraient au territoire des Etats qui participent à cette entreprise

³⁹ Art. 6 du Traité de l'Atlantique Nord.

commune et qui seront liés par l'accord de Strasbourg, s'étendraient à d'autres pays relevant de l'Alliance, ou déborderaient le domaine d'application de la Convention de Londres. Le statut est également modifié en période d'hostilité.

2. *Les circonstances de temps*

Conçu pour préparer la défense collective, le statut de la Convention de Londres ne reste en vigueur en cas d'hostilité qu'avec des modifications substantielles. L'article 15 prévoit un réaménagement profond des dispositions du statut pour tenir compte du régime particulier des opérations militaires et des nécessités de l'état de guerre.

Ainsi, le mécanisme d'indemnisation des dommages causés par la présence des forces étrangères n'est pas applicable au règlement des dommages de guerre. Les conditions d'entrée et de séjour du personnel militaire ou des éléments civils qui l'accompagne ainsi que la répartition des compétences de police et répressives font immédiatement l'objet d'un réexamen⁴⁰. Le conflit armé entraîne donc une altération du contenu du statut qui est changé dans ses dispositions les plus importantes. En outre, l'article 15 accorde à chaque partie contractante le droit de suspendre l'une quelconque des dispositions de la Convention et d'obtenir de cette manière la renégociation du statut pour la période des hostilités.

Les Etats européens recherchent dans la voie de la coopération militaire la réponse à leur nouveau besoin de solidarité dans le domaine de la défense et de la sécurité. Les activités des capacités opérationnelles européennes bénéficient de l'expérience de la coopération acquise dans le cadre de l'Alliance atlantique. Néanmoins, cette pratique ancienne et les instruments qui la régissent ne couvrent pas le passage à l'acte, l'exécution des missions que la Déclaration de Pétersberg assigne à la défense et à la politique de sécurité européennes⁴¹.

B. *L'objet des missions*

Affectant un ensemble de moyens militaires aux missions internationales, les capacités européennes devraient être employées dans des opérations relevant de différents cadres juridiques. En les constituant, les Etats s'efforcent de mettre en place les conditions matérielles préalables à l'affirmation d'une identité européenne de défense et de sécurité. Ils recherchent également une amélioration concrète d'une situation qui est essentiellement marquée par la dépendance de l'Europe à l'égard des moyens d'intervention américains.

Ainsi, faut-il d'abord remarquer la volonté d'échapper aux contraintes spatiales de l'O.T.A.N. Les *documents constitutifs* ne mentionnent pas une aire d'intervention et la crainte manifestée par les pays du Sud de la Méditerranée à l'égard de l'EUROFOR et de l'EUROMARFOR semble sans fondement, puisque les Etats européens n'ont pas l'intention de contrôler le bassin méditerranéen au moyen de

⁴⁰ En ce qui concerne la liberté de circulation du personnel et la responsabilité civile, l'article 15 n'exige, semble-t-il, qu'une simple consultation des parties.

⁴¹ Conseil des ministres de l'U.E.O., Déclaration de Pétersberg, Bonn, 19 juin 1992, D.A.I., p. 357.

ces forces. Ils ont seulement mis en place une capacité opérationnelle qui leur permettra d'agir, si nécessaire, hors de la zone O.T.A.N.

La souplesse caractérise également les conditions d'engagement des forces. La multiplication des capacités européennes ouvre la possibilité de nombreuses combinaisons d'association entre certains Etats. Elles paraissent aussi complémentaires et spécialisées: le corps européen est un véritable corps d'armée adapté à des opérations lourdes; l'EUROFOR devrait permettre la projection rapide de forces pré-constituées; l'EUROMARFOR mobilise des forces de la marine et le groupe franco-britannique prépare à des interventions aériennes. Le caractère informel de cette coopération préserve la liberté de chaque Etat qui apprécie la nécessité et les conditions de sa participation à une action déterminée⁴². Les scrupules constitutionnels de certains Etats sont ainsi ménagés au détriment peut être de la fiabilité de ces mécanismes. En outre, la mise à disposition de l'U.E.O. ou de l'O.T.A.N. pour une intervention particulière suppose l'approbation du conseil de l'organisation⁴³ et l'engagement n'est donc en rien automatique parce qu'il relève de décisions individuelles et collectives prises au coup par coup. La crédibilité de cette coopération militaire dépend ainsi entièrement de la réalité de la solidarité politique européenne et des progrès qui seront enregistrés au niveau de l'Union européenne et de la politique européenne de sécurité commune.⁴⁴

La Déclaration de Pétersberg, dans laquelle les Etats européens ont dressé une typologie des actions communes auxquelles les capacités militaires pourraient être affectées, accroît encore cette dépendance. En dehors de la contribution à la défense collective, ces forces agissant sous l'autorité de l'UEO seraient utilisées pour des interventions humanitaire ou d'humanité, des missions de maintien de la paix, ainsi que *des missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris des opérations de rétablissement de la paix*. Définies de manière apparemment larges, ces *missions de Pétersberg* peuvent nourrir des interprétations divergentes. Ainsi, la Déclaration exclut sans doute l'emploi des forces au titre de l'exercice de la légitime défense collective au bénéfice d'un Etat non-membre de l'Alliance atlantique et de l'aide sollicitée par un gouvernement pour la restauration de son autorité. Cette volonté de clarification risque de paralyser la plupart des initiatives européennes en raison de la complexité de la gestion des crises internationales. En

42 Partie II de la Déclaration de Pétersberg, para. 3: Toute décision de recourir aux unités militaires relevant de l'UEO sera prise par le Conseil de l'UEO conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. La décision de participer à des opérations spécifiques restera du ressort national et sera prise par les Etats membres conformément à leurs Constitutions respectives.

43 Les rapports entre le corps européen et l'Alliance atlantique ont été réglés par un accord du 21 janvier 1993 et le conseil des ministres de Rome du 19 mai 1993 a désigné le corps comme force relevant de l'UEO. Ainsi, l'Assemblée parlementaire de l'UEO constate avec étonnement que „chaque fois que des forces européennes multinationales sont mises sur pied, l'OTAN insiste sur son droit à les utiliser alors qu'elle semble par ailleurs de plus en plus réticente à monter des opérations dictées par les circonstances nouvelles de l'après-guerre froide, qui menacent la sécurité de l'Europe“, Recommandation 578 sur les forces armées européennes, D.A.I., 1994, p. 533.

44 L'intervention du Premier ministre devant l'IHEDH à Paris le 8 septembre 1994 illustre cette évolution qui conduit à utiliser les moyens de la défense commune pour les besoins d'un projet politique qui la dépasse et qui pourrait ainsi comporter par priorité une politique humanitaire de l'Union européenne, D.A.I., p. 554.

effet, il n'y a pas vraiment une correspondance absolue entre la définition du mandat des forces et l'effet obtenu à travers l'intervention et on ne peut pas affirmer, par exemple, que la mission humanitaire de la FORPRONU n'ait pas été en relation, par ses conséquences, avec la légitime défense ou l'aide au gouvernement légal de la Bosnie-Herzégovine. Une opération humanitaire pure se conçoit difficilement et, en pratique, la question se pose toujours de savoir si le sens de la responsabilité dans les relations internationales permet d'assumer l'ambiguïté ou l'ambivalence inévitable de l'intervention et si le risque ainsi créé peut être contrôlé. L'existence d'un *mandat* attribué par le Conseil de Sécurité, qui semble avoir inspiré la rédaction de la Déclaration de Pétersberg, n'offre pas de réelle garantie quant à la portée réelle des missions, parce qu'aucune intervention ne se prête à une analyse univoque. La manière dont la Déclaration sera interprétée fournira donc un test décisif de l'existence d'une communauté de vue sur les responsabilités de l'Europe dans le monde.

Cette incertitude liée aux choix politiques fondamentaux se manifeste aussi dans la dualité entre, d'une part, la défense territoriale commune en application de l'article V du Traité de l'Atlantique Nord et du Traité de Bruxelles modifié et, d'autre part, les missions de Pétersberg, c'est-à-dire le maintien de la paix, les actions humanitaires ou de rétablissement de la paix. Les capacités militaires européennes n'échappent pas au cadre de l'Alliance et sont inévitablement mises à la disposition de l'O.T.A.N. lorsque les moyens militaires sont sollicités pour assurer la légitime défense collective des alliés. En tant que FRUEO, forces régionales de l'Union de l'Europe Occidentale, elles devraient permettre à cette organisation de développer des activités propres de non-guerre qui relèvent en définitive moins de la défense commune que de la participation à la sécurité internationale. L'absence de lisibilité de la politique de défense dans le contexte actuel explique sans doute ce détournement partiel de moyens de défense mis au service de la politique étrangère. Ainsi, les missions de Pétersberg accroissent encore les incertitudes pesant sur les capacités militaires européennes dans la mesure où elles relient l'utilisation de ces forces au développement d'une politique étrangère commune.

Marquant une avancée pratique et pragmatique dans l'affirmation de l'identité européenne de défense, les capacités militaires européennes reflètent toutes les incertitudes liées à la période de transition que traverse l'Union européenne. Avec la constitution de ces forces et la réforme de l'O.T.A.N., les Européens auront supprimé les obstacles matériels qui entravaient la marche vers l'unité. Toutefois, l'enjeu dépasse les questions de défense régionale et le progrès attendu dépendra de la capacité de projeter une identité politique européenne dans les relations internationales. Les entreprises militaires communes, comme le corps européen ou l'EUROFOR, n'ont pas été constituées par référence à la défense collective et par réaction contre une menace précise. Elles devraient donc permettre à l'Union de s'affirmer en tant que Puissance. Premier contributeur de l'aide au développement, de l'aide humanitaire et de l'action pour le maintien de la paix, l'Union européenne prend pleinement sa part de responsabilité dans la gestion des intérêts de la Communauté internationale. Il lui reste à l'affirmer.

Rechtsfragen des Eurokorps und der deutsch-französischen Brigade

Von Prof. Dr. Torsten Stein, Saarbrücken

I. Einleitung

Joseph Rován¹ hat seinen Beitrag zu einer kürzlich erschienenen Sammelpublikation über das Eurokorps mit dem Satz eingeleitet: „Die bedeutendste Eigenschaft des Eurokorps ist, daß es existiert“. Das ist sicher eine Eigenschaft und bedeutend ist sie auch, aber allein genügt das nicht. In Zeiten drastischer Reduzierung der Streitkräfte in allen NATO-Staaten kann es sich die Allianz nicht leisten, einen Großverband lediglich als Beweis der gelungenen Entwicklung von Gegnerschaft zu Partnerschaft oder als Signal für die Stärkung des europäischen Pfeilers der Allianz zu unterhalten. Das Eurokorps muß einsetzbar sein, nicht nur am 14. Juli auf den Champs Elysées oder am 21. Juli in Brüssel². Der „Spiegel“³ hat in der für ihn typischen Diktion von der Gefahr gesprochen, daß das Eurokorps als „Theatertruppe Karriere machen“ könnte, „50.000 Soldaten und ein Ensemble begabter Stabsoffiziere, die pausenlos das Stück vom europäischen Gedanken aufführen“.

Um glaubwürdige Einsatzbedingungen für das Eurokorps zu schaffen und es dadurch zu einem ernst genommenen Instrument für europäisches Krisenmanagement zu machen, bedarf es nicht nur des politischen Willens zum Einsatz⁴, sondern auch noch der Klärung der einen oder anderen Rechtsfrage.

Das Problem ist nicht neu. Schon bei der deutsch-französischen Brigade, die noch in Zeiten der Ost-West-Konfrontation und unter der Geltung des „General Defense Plan“ aufgestellt wurde, war fraglich, ob sie jemals eingesetzt werden würde. Die von den beiden beteiligten Staaten jeweils favorisierten Einsatzoptionen lagen weit auseinander: Einsatz unter operativer Kontrolle des deutschen Territorialheeres in der rückwärtigen Kampfzone der NATO-Heeresgruppe Mitte oder Einsatz in der vorderen Kampfzone unter operativer Kontrolle eines dortigen Befehlshabers, der seine Weisungen von der NATO erhielt⁵. Und die Rechtsfragen, die sich schon damals stellten, harren zum guten Teil auch heute noch einer Antwort. Sie stellen sich im übrigen auch bezüglich anderer multinationaler Großverbände auf deut-

1 Joseph Rován, Das Eurokorps – Von der Vision zur Wirklichkeit, in: Eurokorps und Europäische Einigung (Bonn 1996), S. 31.

2 So auch Rován, *ibid.*, S. 40.

3 Der SPIEGEL Nr. 46/1995 vom 13.11.1995, S. 131.

4 So Klaus Rose, Das Eurokorps – Schrittmacher der Europäischen Einigung, in: Das Eurokorps (Fn. 1), S. 443 (452).

5 Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion (Militärische Zusammenarbeit Deutschland-Frankreich), Deutscher Bundestag, Drucksache 11/1777 vom 4.2.1988, S. 4 (Frage 8).

schem Boden. Ehe ich auf sie eingehe, will ich kurz die Genese der deutsch-französischen Brigade und des Eurokorps in Erinnerung rufen.

II. Von der deutsch-französischen Brigade zum Eurokorps

Die Idee eines gemeinsamen deutsch-französischen Großverbandes wurde erstmals im Juni 1987 durch den deutschen Bundeskanzler der Öffentlichkeit vorgestellt. Sie fand – nach einer deutsch-französischen Heeresübung im September 1987 in Bayern – die ausdrückliche Zustimmung des französischen Staatspräsidenten während des 50. deutsch-französischen Konsultationstreffens im November 1987 in Karlsruhe⁶. Anlässlich der Feierlichkeiten zum 25. Jahrestag des Elysée-Vertrages wurden am 22. Januar 1988 zwei Protokolle zum Elysée-Vertrag unterzeichnet, von denen eines einen deutsch-französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrat ins Leben rief⁷. Gegenstand der Arbeit dieses Rates, der sich aus den Staats- und Regierungschefs sowie den Außen- und Verteidigungsministern zusammensetzt⁸, sollte unter anderem sein, die „Beschlussfassung hinsichtlich der gemischten militärischen Einheiten, die im gegenseitigen Einvernehmen aufgestellt werden“; der hier verwendete Plural wird noch von Bedeutung sein. Der Deutsche Bundestag stimmte den Protokollen mit Gesetz vom 20. Dezember 1988 zu⁹.

Die deutsch-französische Brigade hat damit eine, wenn auch sehr allgemein gehaltene, gesetzliche Grundlage. Die Gliederung der deutschen Streitkräfte im übrigen – auch die Unterstellung unter einen multinationalen Großverband – fußt auf der Organisationsgewalt der Bundesregierung (und insbesondere des Bundesministers der Verteidigung) im Verteidigungsbereich, nachdem das Vorhaben eines „Bundeswehrorganisationsgesetzes“¹⁰ schon bald nach Aufstellung der neuen deutschen Streitkräfte aus guten Gründen nicht weiterverfolgt wurde. Die Verfassung verlangt nur, daß sich „die Grundzüge der Organisation“ aus dem Haushaltsgesetz ergeben müssen¹¹.

Am 3. Oktober 1988 begann die Aufstellung der Brigade, ein Jahr später wurde ihr die Masse ihrer Truppenteile unterstellt. Konflikte mit Verpflichtungen aus dem NATO-Vertrag, insbesondere mit dem sogenannten NATO-Folgerecht, wurden dadurch vermieden, daß sich Deutschland an der Brigade nur mit Einheiten und Verbänden der Heimatschutzbrigade 55 beteiligte, die nicht der NATO assigniert waren. Frankreich hatte ohnehin seine gesamten Streitkräfte 1966/67 aus der militäri-

6 Vgl. zur Entstehungsgeschichte der deutsch-französischen Brigade, *Klaus Dau*, Rechtliche Rahmenbedingungen einer deutsch-französischen Brigade, NZWehr 1989, S. 177 ff.

7 Das 2. Protokoll schuf einen deutsch-französischen Finanz- und Wirtschaftsrat.

8 Die Generalstabschefs nehmen kraft Amtes teil. Die Außen- und Verteidigungsminister bilden gleichzeitig das Ratskomitee, das die Arbeiten vorbereitet, aber keine eigene Entscheidungsbefugnis hat.

9 BGBl. 1988 II, S. 1150.

10 Vgl. § 66 Soldatengesetz.

11 Art. 87 a Abs. 1 GG. Die Ziff. 3 der Vorbemerkung zu Kap. 1403 des Haushaltsplanes 1996 erwähnt ausdrücklich nur den „Deutschen Anteil Deutsch-Französische Brigade“, aber nicht die Unterstellung anderer Großverbände unter multinationale Stäbe.

schen Integration der NATO zurückgezogen. Die deutsch-französische Brigade als solche wurde nicht in die Kommandostruktur der NATO eingegliedert. Die Verbände und Einheiten der Brigade sind an drei gemischten Standorten im Südwesten Baden-Württembergs stationiert. Hinsichtlich Einsatzplanung und Ausbildung ist die Brigade seit dem 1. Oktober 1993 dem Eurokorps unterstellt¹². Das ist der einzige Verband, andere sind nur für den Einsatz unterstellt.

Die Entstehung des Eurokorps ist eng mit der Einbeziehung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in den Maastrichter Vertrag und der Einbindung der WEU als „integraler Bestandteil der Entwicklung der Europäischen Union“ verbunden. Die erste Erwähnung der Absicht, die deutsch-französische militärische Zusammenarbeit über die bestehende Brigade hinaus zu verstärken und den Kern eines europäischen Korps zu bilden, findet sich in einem gemeinsamen Brief des deutschen Bundeskanzlers und des französischen Staatspräsidenten an den amtierenden Vorsitzenden des Europäischen Rates vom 14. Oktober 1991. Dieser Brief enthält daneben Textentwürfe für Titel V des Maastrichter Vertrages und für eine Erklärung der Mitgliedstaaten der WEU¹³, die im wesentlichen dann auch Eingang in den Vertrag gefunden haben.

Der endgültige Beschluß über die Aufstellung des Eurokorps erfolgte während der 59. deutsch-französischen Konsultationen in La Rochelle am 22. Mai 1992 auf der Grundlage eines gemeinsamen Berichts des deutschen und des französischen Verteidigungsministers. Auf Einzelheiten aus diesem Bericht, den der deutsch-französische Verteidigungs- und Sicherheitsrat am 15. November 1991 in Auftrag gegeben hatte, ist zurückzukommen.

Die Aufstellung des Eurokorps begann am 1. Juli 1992, seit dem 30. November 1995 gilt es als einsatzfähig. Was bilateral deutsch-französisch anfangs, ist in der Folge europäisch geworden. Im Laufe des Jahres 1993 beteiligte sich Belgien, im Herbst 1994 kam Spanien hinzu und 1996 ist Luxemburg beigetreten¹⁴.

Der Korpsstab und das Stabs- und Versorgungsbattalion sind in Straßburg stationiert, die unterstellten deutschen und fast alle französischen Verbände in der Bundesrepublik. Frankreich wird allerdings seine Truppen bis auf drei Verbände der deutsch-französischen Brigade bis 1999 aus Deutschland abziehen. Die belgischen, luxemburgischen und spanischen Anteile des Eurokorps haben ihren Standort in den Heimatländern.

In Deutschland hat das Eurokorps bislang keine spezielle Gesetzesgrundlage. Ob sie braucht, und sei es nur, weil das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom

12 Vgl. Helmut Neubauer, Die Deutsch-Französische Brigade – vom politischen Symbol zum einsatzfähigen Großverband, in: Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 331 ff.

13 Europa-Archiv 22/1991, S. D 571 ff.

14 Zum zeitlichen Ablauf und die Beitrittserklärungen vgl. Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 493 ff., 607, 617 und 627.

12. Juli 1994¹⁵ vom „Parlamentsheer“ gesprochen hat, wird noch zu erörtern sein¹⁶. Die grundsätzliche Kompetenz des deutsch-französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrates, neben der Brigade weitere gemischte Verbände zu vereinbaren, wird in dem schon erwähnten Plural in Art. 4 des Protokolls zum Elysée-Vertrag gesehen, dem der Bundestag zugestimmt hat¹⁷. Bei einer „beckmesserisch“ engen Auslegung könnte man auf die Idee kommen, das Protokoll gelte zwar für weitere deutsch-französische Verbände, aber nicht unbedingt auch für solche mit zusätzlicher europäischer Beteiligung.

III. Die Unterstellung des Eurokorps

Nicht ganz so einfach, wie bei der deutsch-französischen Brigade, war beim Eurokorps auch das Verhältnis gegenüber NATO-Verpflichtungen. Zumindest Deutschland hat dem Eurokorps mit der 10. Panzerdivision einen der NATO assignierten Verband unterstellt.

Im Bericht von La Rochelle¹⁸ heißt es zu Auftrag und Unterstellung des Korps u. a.: „Das Europäische Korps soll Europa erlauben, über Möglichkeiten des eigenen militärischen Handelns zu verfügen“; „Die Aufträge des Europäischen Korps stehen in der Perspektive der Europäischen Union“; „Das Europäische Korps ist ein gemeinsames Instrument der Regierungen der beteiligten Nationen“; „Die Verbände sind vorrangig dem Korps zugeordnet und für den gemeinsamen Einsatz vorgesehen“; „die europäische Ausrichtung des Korps führt dazu, daß es vorrangig im Rahmen der WEU eingesetzt werden kann, in Übereinstimmung mit den Zielsetzungen der Europäischen Union“.

Ein Einsatz des Eurokorps im Rahmen der NATO erscheint in dem Bericht von La Rochelle eher nachrangig. Danach kann es „als solches für die gemeinsame Verteidigung der Verbündeten eingesetzt werden“ aufgrund eines Abkommens, das „eindeutig den Vorrang für den Einsatz des Korps als Europäisches Korps festlegen“ soll. Nur wenn das Korps „nach einer politischen Entscheidung der Teilnehmerstaaten nicht eingesetzt werden sollte, stehen die Truppen für einen Einsatz im nationalen oder im atlantischen Rahmen zur Verfügung“.

Soweit dem Eurokorps zugeordnete Verbände in der Vergangenheit der NATO assigniert waren, hätte sich aus dem neuen „Euro-Vorrang“ ein gewisser Widerspruch zu Verpflichtungen aus dem NATO-Folgerecht ergeben können. Die NATO hat

15 BVerfGE 90, 286 (382).

16 Offen gelassen wird die etwaige Notwendigkeit einer (erneuten) Beteiligung des Deutschen Bundestages auch von *Rechenberg*, Beteiligung des Deutschen Bundestages bei der Aufstellung des Deutsch-Französischen Europäischen Korps (Eurokorps), Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Reg.Nr. WF III-115/92 (15.2.1993).

17 Vgl. dazu die Denkschrift der Bundesregierung zum Protokoll vom 22.1.1988, Deutscher Bundestag, Drucksache 11/3258, S. 11 (12).

18 Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 574 ff.

jedoch auf verschiedenen Gipfeltreffen¹⁹ und Ratstagungen²⁰ ihre Bereitschaft verdeutlicht, die Herausbildung einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungsidentität und die Stärkung des europäischen Pfeilers der Allianz zu unterstützen, die Organisation und die Ressourcen des Bündnisses entsprechend anzupassen und kollektive Ressourcen für WEU Operationen zur Verfügung zu stellen. Letztlich hat die NATO wohl die dem Eurokorps zugeordneten Verbände, soweit sie zuvor „NATO-Verbände“ waren, aus der strikten Assignierung entlassen. Bühl²¹ spricht allerdings von einer „unveränderten NATO-Assignierung“ der für das Korps vorgesehenen deutschen Anteile.

Das im Bericht von La Rochelle angesprochene Abkommen über „die Bedingungen, unter denen das Korps für einen Einsatz im Rahmen der Hauptverteidigungs- bzw. der Krisenreaktionskräfte einem entsprechenden NATO-Kommando unterstellt wird“, ist weitgehend, aber vielleicht noch nicht abschließend in den sogenannten SACEUR-Abkommen vom 21. Januar und 12. Oktober 1993 realisiert worden, die vom NATO-Oberbefehlshaber Europa, dem deutschen Generalinspekteur und dem französischen Generalstabschef unterzeichnet wurde. Die Abkommen sind geheim, aus einer veröffentlichten Zusammenfassung desjenigen vom 21. Januar 1993²² ist zu entnehmen, daß das Korps vorrangig als geschlossener Großverband zur Verteidigung im Abschnitt Europa Mitte, im Rahmen der Krisenreaktionskräfte im gesamten SACEUR Bereich und darüber hinaus außerhalb von Art. 5 des NATO-Vertrages, aber im Rahmen des Bündnisses für Maßnahmen der Friedenserhaltung und -wiederherstellung sowie bei humanitären Aktionen in Unterstützung anderer kollektiver Sicherheitsinstitutionen eingesetzt werden könnte.

Die Verteidigungsminister Deutschlands, Frankreichs und Belgiens haben am 19. Mai 1993 das Eurokorps als „Forces Answerable to WEU“ benannt. Die Einsatzbedingungen des Korps im Rahmen der WEU sind in einer gemeinsamen Erklärung vom 20. September 1993 geregelt, die ebenfalls der Geheimhaltung unterliegt. Als geheim eingestuft sind auch die Weisungen des sogenannten „Gemeinsamen Komitees“, das sich aus den Generalstabschefs und den politischen Direktoren der Außenämter der beteiligten Staaten zusammensetzt und zuständig ist für die militärpolitische Koordinierung, die Beziehungen zu den verschiedenen Bündnissen und die Umsetzung der Entscheidungen der Regierungen in Weisungen an den Korpsstab. Am Rande sei erwähnt, daß das Erfordernis der Einstimmigkeit für Beschlüsse des „Gemeinsamen Komitees“ die konkrete Entscheidungsfindung in der Vergangenheit nicht unerheblich erschwert hat²³.

An dieser Stelle ist vielleicht auch der Hinweis angebracht, daß die Geheimhaltung dieser Abkommen, Erklärungen und Weisungen, wie etwa der Weisung Nr. 4 vom

19 Vgl. die Erklärung auf dem Brüsseler Gipfel vom 11.1.1994, Bulletin der Bundesregierung vom 17.1.1994.

20 Vgl. das Schlußkommuniqué der Berliner Ratstagung; EUROPE Documents No. 1989, 5. Juni 1996.

21 Hartmut Bühl, Instrumentarium für WEU und NATO, in: Eurokorps, Handbuch II, Strategische Mobilität (ProPress Verlag, Bonn/Berlin), 1996, S. 18 ff. (22).

22 Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 600 f.

23 Vgl. European armed forces. Report, Doc. 1468, Ziff. 12; Assembly of the Western European Union, Proceedings, 40th ordinary Session, Third Part, June 1995, S. 330-354.

13. November 1995 über die Unterstellungsregelungen für Einsätze im Rahmen der UN, der OSZE, der WEU und der NATO, eine zutreffende rechtliche Bewertung nicht gerade erleichtert. So ist es nicht verwunderlich, wenn manche die neue Multinationalität der deutschen Streitkräfte schlicht für verfassungswidrig erklären²⁴.

Das Zusammenwirken von NATO und WEU und die Zuordnung entsprechender nationaler Verbände sind bislang geregelt durch einseitige, wenn auch wohl abgestimmte Erklärungen und Kommuniqué's der jeweiligen Bündnisorgane, durch Abkommen zwischen NATO-Befehlshabern und nationalen Generalstabschefs, durch gemeinsame Erklärungen und durch Weisungen im Rahmen intergouvernementaler Zusammenarbeit. Über kurz oder lang wird ein echter Vertrag zwischen der NATO und der WEU wohl unausweichlich werden zur Regelung aller Detailfragen, die sich mit dem Konzept der „Combined Joint Task Forces“ und der „trennbaren, aber nicht getrennten Hauptquartiere“ verbinden²⁵.

IV. Die „bi-nationale“ bzw. „multi-nationale“ Struktur der deutsch-französischen Brigade und des Eurokorps

Die bi-nationale bzw. multinationale „Mischung“ der deutsch-französischen Brigade und des Eurokorps geht weniger weit als man aufgrund der Bezeichnungen vermuten könnte. Für die multinationalen Großverbände von der Brigade an aufwärts haben sich drei verschiedene Organisationsformen herausgebildet: Das „Leadnation-Modell“, bei dem der Großverband von einem grundsätzlich national zusammengesetzten Stab nach nationalen Führungs- und Einsatzgrundsätzen geführt wird. Die Beteiligung anderer Nationen im Stab beschränkt sich auf Verbindungsoffiziere oder kleinere Verbindungskommandos, die im Einsatzfall aufgestockt werden können. Bestimmtes Stabspersonal kann für den Fall der tatsächlichen Unterstellung eines Truppenverbandes der „Junior-Nation“ ausgetauscht werden. Die nachgeordneten Großverbände selbst führen nach nationalen Grundsätzen auf der Basis von Interoperabilitätsvereinbarungen. Beispiele sind das II. deutsch-amerikanische Korps in Ulm und das V. amerikanisch-deutsche Korps in Heidelberg.

Ein weiteres Modell ist das sogenannte „Framework-Modell“, bei dem der Rahmen von einer Nation gestellt wird, die für die Führung, Verwaltung und logistische Unterstützung des Stabes zuständig ist, die Arbeitsverfahren (SOP's) im Stab festlegt und die Spitzendienstposten und den größten Teil der übrigen Dienstposten besetzt. Die übrigen Nationen sind nach einem vereinbarten Schlüssel beteiligt. Beispiel ist das ACE Rapid Reaction Corps, bei dem Großbritannien den „Rahmen“ stellt.

Bei dritten Modell schließlich, dem „integrierten Großverband“, ist der Stab multinational zusammengesetzt, die Dienstposten werden entsprechend dem jeweiligen

24 So Joachim Wieland, Die Beteiligung der Bundeswehr an gemischtnationalen Einheiten, in: *Grawert u. a. (Hrsg.), Offene Staatlichkeit, Festschrift E. W. Böckenförde*, Berlin 1995, S. 219 ff.

25 Vgl. dazu die Erklärung auf dem Brüsseler NATO-Gipfel (Fn. 19), Ziff. 1.9.

Beitrag der Nationen verteilt und die Spitzendienstposten nach dem Rotationsprinzip besetzt. Führungs- und Einsatzgrundsätze werden in Anlehnung an NATO-Standards weiterentwickelt und für die beteiligten Nationen bindend erlassen. Die zugeordneten Großverbände können bereits in Friedenszeiten unter Operational Command des Kommandierenden Generals gestellt werden²⁶. Dieses Integrationsprinzip gilt bi-national u. a. für die deutsch-französische Brigade²⁷ und multinational u. a. für das Eurokorps²⁸.

Wirklich integriert sind aber nur die Brigade- bzw. Korpsstäbe selbst und das jeweilige Stabs- und Versorgungsbattalion. Die dazugehörigen Kompanien (z. B. die Sicherungskompanien beim Eurokorps) sind national aufgeteilt; gemischt ist dagegen die Stabskompanie der Brigade²⁹. Bereits der derzeitige Stand dieser Integration hat nicht unerheblichen Aufwand verlangt, um eine Vielzahl eher technischer Probleme, aber auch solche zu lösen, die sich im täglichen Dienstbetrieb aus den unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen und Dienstvorschriften ergaben³⁰. Dabei bleibt die truppdienstliche Unterstellung nicht nur der der Brigade und dem Korps zugeordneten nationalen Einheiten und Verbände in nationaler Verantwortung, sondern auch die truppdienstliche Unterstellung der jeweiligen nationalen Anteile an den integrierten Stäben und Stabsbattalions³¹. Der Bericht von La Rochelle spricht in diesem Zusammenhang von „aus der Souveränität abgeleiteten Aufgabenbereichen ..., wie z. B. Befehls- und Disziplinarangelegenheiten, Beurteilungswesen, Besoldungswesen, Organisation des Inneren Dienstes und Versorgung“³². Dies führt dazu, daß in den gemischten Einheiten und Verbänden eine ganze Reihe von Dienstposten doppelt besetzt werden müssen, damit jedenfalls in den truppdienstlichen Angelegenheiten der Soldat die Befehle von einem Kommandeur oder Kompaniechef seiner Nationalität erhält, oder eben vom stellvertretenden Vorgesetzten mit der „richtigen“ Nationalität.

Das löst allerdings noch nicht das Problem, das entstehen kann, wenn übergeordnete Soldaten der einen Nation in einem gemischt-nationalen Stab, einer gemischt-nationalen Einheit oder einem entsprechenden Verband im täglichen Dienstbetrieb, bei Übungen oder auch im Einsatz Soldaten anderer beteiligter Nationen Anordnungen nicht truppdienstlicher Art erteilen müssen. Man kann – gerade in Stäben – nicht jeden Dienstposten doppelt oder gar mehrfach besetzen.

26 Vgl. *Hartmut Bühl*, Europäische Sicherheit, in: Eurokorps und Europäische Integration (Fn. 1), S. 175 ff. (165). In der Praxis trifft dies nur auf die deutsch-französische Brigade zu.

27 Andere bi-nationale Beispiele sind das Corps LANDJUT (Deutschland und Dänemark) und das (I.) Deutsch-Niederländische Korps.

28 Multinational integriert sind daneben die Multinational Division Central (als Teil des ARRC) und die EUROFORCE (Florenz), eine französisch-italienisch-portugiesisch-spanische Kräftegruppierung in Divisionsstärke.

29 Vgl. *Helmut Neubauer* (Fn. 12), S. 337.

30 Der erste KG des Eurokorps, Generalleutnant *Willmann*, hat daher die Auffassung vertreten, die deutsch-französische Brigade sei ein Sonderfall; generell müsse sich die Integration auf die Korps-ebene beschränken (in: Eurokorps und Europäische Integration, Fn. 1, S. 288 f.).

31 *Neubauer* (Fn. 12), S. 342; Denkschrift der Bundesregierung zu den Elysée-Vertrag Protokollen (Fn. 17), S. 13; eingehend *Dau* (Fn. 6), S. 183 ff.

32 Fn. 18.

Für die Bundesrepublik besteht hier die Schwierigkeit, daß angesichts der derzeitigen Rechtslage die Unterstellung von Soldaten unter ausländisches Kommando mit der Folge der Begründung eines formellen Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses verfassungsrechtlich nicht möglich ist³³.

In der Praxis ist hier die pragmatische Lösung der „Anweisung auf Zusammenarbeit“ gefunden worden³⁴. Diese Möglichkeit bestand auch in der Vergangenheit nicht nur in der in der Zentralen Dienstvorschrift 1/50 beschriebenen Form etwa für die „unterstellungsfreie“ Zusammenarbeit zwischen nationalen Territorialbefehlshabern und NATO-Kommandeuren, sondern auch für deutsche Offiziere und Unteroffiziere in integrierten NATO-Hauptquartieren und die deutschen Verbände, die nach Übergang des „Operational Command“ ihre Einsatzweisungen durch einen NATO-Befehlshaber erhielten³⁵. „Anweisung auf Zusammenarbeit“ ist insofern der Befehl der nationalen Vorgesetzten, den Weisungen der dazu befugten Vorgesetzten der anderen Nationen Folge zu leisten. Diese „Weisungen“ sind dann zwar nicht „Befehle“ im disziplinarrechtlichen Sinne oder im Sinne der verfassungsrechtlich dem Bundesverteidigungsminister vorbehaltenen „Befehls- und Kommandogewalt“ (Art. 65 a GG), ihre Nichtbefolgung wäre aber dennoch ein Dienstvergehen³⁶.

Rechtlich völlig unstrittig ist diese Konstruktion nicht. Wieland³⁷ sieht in dem Befehl zur Zusammenarbeit eine Übertragung von Hoheitsgewalt und mithin „die Unterstellung von Einheiten der Bundeswehr unter das Kommando ausländischer Vorgesetzter im Rahmen gemischtnationaler Einheiten“ als „Verstoß gegen das Grundgesetz“. Schon dieses Zitat zeigt aber, daß hier mit der einschlägigen militärischen Terminologie und damit mit den tatsächlichen Umständen nicht immer ganz sorgfältig umgegangen wird. In Deutschland hat der Bundesminister der Verteidigung „Full Command“ über alle deutschen Streitkräfte. Nur er kann das im „Full Command“ enthaltene „Operational Command“ an den zuständigen NATO-Oberbefehlshaber übertragen. Dieser kann seinerseits die im „Operational Command“ enthaltenen weiter abgestuften Befehlsbefugnisse an seine Bereichsbefehlshaber delegieren. „Operational Command“ selbst darf er nur mit Zustimmung der jeweiligen Nation an nachgeordnete Befehlshaber weitergeben³⁸.

Für den Übergang des „Operational Command“ auf NATO-Befehlshaber vertrat die herrschende Auffassung bisher den Standpunkt, daß hierin keine Übertragung von Hoheitsrechten – und damit auch keine Beeinträchtigung der Befehls- und Kommandogewalt – verbunden sei wegen der jederzeitigen Widerruflichkeit der Unterstellung. Nach bestimmten Aussagen im Pershing-Urteil des Bundesverfassungs-

33 Vgl. aber auch FAZ vom 10.9.1996, S. 8: „Solana drängt Spanien zur vollen Mitgliedschaft“ („Bisher hat Spanien sich nicht der Kommandostruktur der NATO unterstellt. Das bedeutet, daß spanische Truppen keine Befehle von ausländischen Kommandeuren entgegennehmen“).

34 Siehe *Dau* (Fn. 6), S. 185 ff.; ebenso *Albrecht Randelzhofer*, in: *Maunz-Dürig*, Komm. z. GG, Art. 24 Abs. II, Rdnr. 49.

35 Vgl. *Knut Ipsen*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 115 b GG, Rdnrn. 131-160.

36 Als Verstoß gegen die Pflicht zum treuen Dienen gem. § 7 Soldatengesetz; vgl. dazu *Dau*, *ibid.* S. 186.

37 *Wieland* (Fn. 24), S. 231.

38 Vgl. *Erich Vad/Manfred Meyers*, *Multinationalität der Streitkräfte*, Europäische Sicherheit 1996, S. 33 ff. (36 f.).

gerichts³⁹ ist das zwar in Zweifel gezogen, eine ausreichende gesetzliche Übertragungsgrundlage aber im Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag gesehen worden⁴⁰. In seiner Entscheidung zu „out-of-area Einsätzen“ der Bundeswehr⁴¹ hat das Bundesverfassungsgericht die NATO und vielleicht auch die WEU zudem als „System kollektiver Sicherheit“ qualifiziert, in deren Rahmen in die Einschränkung von Hoheitsrechten eingewilligt werden kann. Das Recht der NATO- bzw. multinationalen Befehlshaber und Kommandeure, nach Übertragung von „Operational Command“ nachgeordneten Befehlshabern und Kommandeuren Aufgaben zuzuweisen oder Aufträge zu erteilen, ist Teil der Souveränitätsbeschränkung, die sich ein Staat mit dem Beitritt zu einem Bündnis bzw. zu einem kollektiven Sicherheitssystem auferlegt hat.

Ob denn alle möglichen Einsätze des Eurokorps, auf die später noch kurz einzugehen ist, von dem ursprünglichen Integrationsprogramm der NATO und WEU Verträge gedeckt sind, oder eine zusätzliche gesetzliche Grundlage brauchen⁴², sei dahingestellt. Aber erst das Recht der NATO- bzw. multinationalen Kommandeure, Befehle unmittelbar durchzusetzen, würde die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung berühren. Die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesverteidigungsministers gehört zwar zu den übertragungsfähigen bzw. beschränkbar⁴³ Hoheitsrechten, die Übertragung bedürfte aber eines Gesetzes im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG.

Vielleicht sollte aber in das derzeit noch verhandelte Grundsatzübereinkommen zum Eurokorps, das in jedem Fall der Ratifizierung und damit eines Gesetzes bedarf, auch eine Aussage über die Weisungsbefugnisse gegenüber Soldaten der jeweils anderen Nationen aufgenommen werden. Wenn man darin die Übertragung von Hoheitsrechten sehen will, hielte das Grundgesetz eine Reihe von Ermächtigungsoptionen bereit, die im einzelnen zu prüfen wären: Art. 23 ob der engen Verknüpfung des Eurokorps mit Titel V des Maastrichter Vertrages, Art. 24 Abs. 1, wenn man die bisher gängige Definition der „Zwischenstaatlichen Einrichtung“ überdenkt, oder auch Art. 24 Abs. 2⁴⁴, wenn man Einsatzoptionen ausschließt, die nicht im Rahmen der UN, der NATO, der WEU oder der OSZE durchzuführen wären.

Eines Gesetzes bedarf es sicherlich auch hinsichtlich mancher der Überlegungen, die unter dem Stichwort „vertiefte Integration“ zunächst mit Blick auf das deutsch-niederländische Korps angestellt werden und in einem fortgeschrittenen Stadium nicht nur die vollständige wechselseitige Unterstellung unter die Befehlsgewalt von Vorgesetzten einer anderen Nation, sondern unter Umständen auch die Einbezie-

39 BVerfGE 68, 1 (92 ff.).

40 Vgl. *Georg Nolte*, Die „neuen Aufgaben“ von NATO und WEU: Völker- und verfassungsrechtliche Fragen, *ZaöRV* 64 (1994), S. 95 ff. (114 ff.); *Rüdiger Wolfrum*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII (1992), S. 176, Rdnr. 15.

41 BVerfGE 90, 286 ff.

42 So *Nolte* (Fn. 40), S. 116 f.

43 Siehe insoweit *Hernekamp*, Rdnr. 28 zu Art. 65 a, in: *von Münch/Kunig*, GGK III, 3. Aufl., 1995.

44 Der Rigorismus, mit dem *Wieland* all diese denkbaren verfassungsrechtlichen Grundlagen ausschließen will, geht nicht nur an den rechtlichen Möglichkeiten vorbei.

hung truppendienstlicher Fragen betreffen würden⁴⁵. Da die neue „Multinationalität“ der Streitkräfte ob der erheblichen Reduzierung der Truppen in allen Partnerländern geboten ist⁴⁶ und unter den tragenden politischen Kräften auch konsentiert erscheint, dürften sich solche Gesetze keinen unüberwindlichen Hindernissen gegenübersehen. Die Bundesrepublik Deutschland wäre allerdings gut beraten, sich nicht wieder in einer ähnlichen „Verfassungsdebatte“ zu verfangen, wie hinsichtlich der „out-of-area Einsätze“; diese Debatte hat einen Schaden angerichtet, der noch lange nicht behoben ist.

Die Frage der Weisungs- bzw. Befehlsbefugnisse in multinationalen Großverbänden ist deshalb gleichsam vor die Klammer gezogen worden, weil sie für die Friedensstationierung, militärischen Übungen (Manöver) und den Einsatz des Eurokorps in gleicher oder doch ähnlicher Weise von Bedeutung ist. Im Folgenden soll kurz und ohne Anspruch auf Vollständigkeit auf Fragen eingegangen werden, die sich für die drei genannten Bereiche in besonderer Weise stellen.

V. Friedensstationierung und militärische Übungen

Als Grundsatz sollte für die Friedensstationierung und militärische Übungen eines europäischen Korps das Prinzip der Gleichheit gelten. Gleichheit bedeutet in diesem Zusammenhang weitestgehende Gleichstellung mit den Streitkräften des Aufnahmelandes und Geltung der Rechtsordnung des Aufnahmelandes. Angesichts der Tatsache, daß in absehbarer Zeit die Masse der dem Eurokorps zugeordneten Verbände ihren Friedensstandort in den Heimatländern haben wird, ist dies – abgesehen von dem Korps-Hauptquartier – weniger für die Dauerstationierung als vielmehr für Manöver und die Nutzung der Ausbildungseinrichtungen der jeweils anderen Nationen von Bedeutung.

Gegenwärtig gelten für die Stationierung und Manöver der am Eurokorps beteiligten Staaten – jedenfalls was den Aufenthalt in Deutschland betrifft – unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Das für alle geltende NATO-Truppenstatut enthält im wesentlichen nur Rahmenvorschriften, die im einzelnen ergänzt bzw. ausgefüllt werden müssen. Das (auch dauernde) Aufenthaltsrecht für französische, belgische und luxemburgische Truppen folgt aus dem Aufenthaltsvertrag vom 23. Oktober 1954⁴⁷, der nach der Wiedervereinigung in Kraft blieb⁴⁸ und vorübergehende Manöveraufenthalte auch in den neuen Bundesländern erlaubt⁴⁹.

45 Vgl. *Manfred Rosenberg*, Die deutsch-französische Sicherheitspartnerschaft und ihre Auswirkungen auf multinationale Streitkräftestrukturen, in: *Eurokorps und Europäische Einigung* (Fn. 1), S. 181 (199); *Dieter Fleck*, Zur Neuordnung des Aufenthaltsrechts für ausländische Streitkräfte in Deutschland, *ZaöRV* 56 (1996), S. 389 ff. (402).

46 *Willmann* (Fn. 30): „Von Skagen in Jütland bis Gibraltar gibt es nur zwei Nationen, die künftig mehr als eine mechanisierte Division haben“.

47 BGBl. 1955 II, S. 253.

48 Vgl. dazu *Torsten Stein*, External Security and Military Aspects of German Unification, *ZaöRV* 51 (1991), S. 451 ff., und *Fleck* (Fn. 45), S. 390 f.

49 Siehe den Notenwechsel vom 25.9.1990 (BGBl. 1990 II, S. 1251) i.d.F. vom 12.9.1994 (BGBl. 1994 II, S. 26, 3714).

Für den – nur vorübergehenden – Aufenthalt spanischer Einheiten und Verbände in Deutschland gilt das „Streitkräfteaufenthaltsgesetz“ vom 20. Juli 1995⁵⁰ und die gemäß seinem Art. 1 jeweils für den Einzelfall durch Notenwechsel getroffene Vereinbarung⁵¹. Derzeit ist ein Notenwechsel in Vorbereitung, der für alle NATO-Staaten dieselben Stationierungsbedingungen vorsieht, wie für die sogenannten „Entsendestaaten“. Für den Aufenthalt ausländischer Eurokorps-Truppen für Manöver in Belgien, Luxemburg, Frankreich und Spanien sind, soweit erkennbar, keine besonderen vertraglichen Vereinbarungen getroffen worden.

Die Rechtstellung der belgischen und französischen Streitkräfte bei dauerndem oder vorübergehendem Aufenthalt in der Bundesrepublik ist im Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut geregelt, der Status der spanischen und luxemburgischen Truppen ergibt sich aus dem NATO-Truppenstatut bzw. dem Streitkräfteaufenthaltsgesetz und den dazu jeweils abgeschlossenen Einzelvereinbarungen. Während das ursprüngliche Zusatzabkommen vom 3. August 1959 noch durch erhebliche Sonderrechte der Stationierungstreitkräfte geprägt war, ist durch das revidierte Zusatzabkommen vom 18. März 1993, das noch nicht in Kraft ist, aber weitgehend vorläufig angewendet wird, die „innere Gleichheit“⁵², d. h. die Bindung an das Recht des Aufenthaltsstaates, in sehr viel größerem Maße gewährleistet. Dennoch erscheint die Unterwerfung unter die Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates nach dem Streitkräfteaufenthaltsgesetz, also z. B. für spanische Truppen, noch strikter. Es wäre also eine Aufgabe für die Zukunft, hier gleiche und auf Gegenseitigkeit⁵³ beruhende Bedingungen zu schaffen.

Ein Bereich, der schon eine gewisse öffentliche Aufmerksamkeit gefunden hat⁵⁴, ist der Wachdienst⁵⁵. Die von der Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages⁵⁶ geführte Klage, deutsche Soldaten beim Hauptquartier des Eurokorps würden dadurch diskriminiert, daß sie nur mit einem Gummiknüppel Wachdienst versehen müßten, beruht wohl auf einem Irrtum, weil auch französische Soldaten – jedenfalls unterhalb einer bestimmten Alarmstufe – ohne Waffen Wache gehen. Aber auch in der Bundesrepublik Deutschland haben die Soldaten verbündeter Streitkräfte im Wachdienst nicht die Rechte der Bundeswehr aus dem „Gesetz über Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr“⁵⁷ hinsichtlich der Personenüberprüfung, der vorläufigen Festnahme,

50 Gesetz über die Rechtsstellung ausländischer Streitkräfte bei vorübergehenden Aufenthalten in der Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1995 II S. 554. Vgl. dazu *Eckhard Heth*, Das Streitkräfteaufenthaltsgesetz, NZWehrr 1996, S. 1.

51 Siehe z. B. die Verordnung über die deutsch-spanische Vereinbarung zur Regelung des Aufenthaltes von Mitgliedern der spanischen Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland für die Übung „Pegasus 96“, BGBl. 1996 II, S. 858.

52 Vgl. *Ernst-Dieter Maar*, Analyse des Abkommens zur Änderung des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut (ZA/NTS), NZWehrr 1995, S. 89, und *Fleck* (Fn. 45), S. 393.

53 Siehe die Notenwechsel zur Gegenseitigkeit in: Deutscher Bundestag, Drucksache 12/6477, S. 123 ff.

54 Vgl. FAZ vom 6.3.1996, S. 2 („Die Bundeswehr kann ihren Personalbedarf nicht decken“).

55 Siehe dazu auch *Dau* (Fn. 6), S. 184; *Willmann* (Fn. 30), S. 289; *Bernhard Gertz*, Plädoyer für eine fortschrittliche Wehrverfassung in Europa, in: Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 467 ff. (469).

56 Jahresbericht 1995, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/3900.

57 UZwGBw, BGBl. 1965 I, S. 796; geändert BGBl. 1974 I, S. 469.

der Durchsuchung und Beschlagnahme und der Zwangsanwendung einschließlich des Schußwaffengebrauchs, sondern nur die jedermann zustehenden Rechte der Notwehr und Nothilfe nach dem Strafgesetzbuch⁵⁸. Auch hier sind Gesetzesänderungen mit dem Ziel der Gleichstellung erforderlich.

Für das Hauptquartier des Eurokorps muß ein rechtlicher Status vertraglich festgelegt werden, der ihm Rechtspersönlichkeit im Sinne rechtlicher Handlungsmöglichkeit („capacité juridique“) gewährt, die funktionsnotwendige Immunität einräumt, die Rechtsstellung der militärischen und zivilen Mitarbeiter nebst Gefolge bestimmt und die Haftung regelt. Beispiel dafür ist das NATO-Hauptquartiere-Protokoll vom 28. August 1952⁵⁹; abgesehen von den erforderlichen Anpassungen an mittlerweile veränderte Gegebenheiten nennt es die Bereiche, die einer entsprechenden Regelung bedürfen. Der Status des Hauptquartiers des Eurokorps sollte auch Regelungen für den Fall beinhalten, daß ihm für einzelne Aufgaben Anteile zusätzlicher Nationen aus dem Kreis der WEU Mitglieder, der assoziierten Partner der WEU oder dem „Partnership for Peace“ – Bereich zugeordnet werden⁶⁰.

Dies leitet über zu den Aufgaben des Eurokorps, mit anderen Worten: zu den möglichen Einsätzen.

VI. Der Einsatz des Eurokorps

Der Bericht von La Rochelle⁶¹ sieht die Aufträge des Europäischen Korps „in der Perspektive der Europäischen Union“ und nennt als solche

- die Gemeinsame Verteidigung der Verbündeten entsprechend den Artt. 5 des NATO- bzw. WEU-Vertrages,
- die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung des Friedens,
- humanitäre Einsätze.

Das sind die sogenannten „Petersberg-Aufgaben“ aus der „Petersberg-Erklärung“ des Ministerrates der WEU vom 19. Juni 1992⁶², die – ebenso wie der La Rochelle-Bericht – in ihrer Unterscheidung zwischen Kampfeinsätzen, friedenserhaltenden Aufgaben und humanitären Einsätzen noch nicht die Erfahrung aus dem Balkan-Konflikt widerspiegelt, daß militärische Gewaltanwendung bei all diesen Einsätzen notwendig werden kann. Das mag aber eine Rolle spielen bei der Entscheidung über den Einsatz, immer unter der Prämisse, daß das Korps als geschlossener Großverband zum Einsatz kommen soll.

58 Vgl. dazu *Dau* (Fn. 6), S. 184. Siehe auch Art. 2 § 5 Abs. 2 des Streitkräfteaufenthaltsgesetzes (Fn. 50).

59 BGBl. 1969 II, S. 2000.

60 Vgl. dazu *Willmann* (Fn. 30), S. 293. Das sog. „PfP-Truppenstatut“ vom 19.6.1995 (bisher nur veröffentlicht in *Nederlands Tractatenblad* 1996, Nr. 74) wird nicht ausreichen, da es lediglich das – ergänzungsbedürftige – NATO-Truppenstatut für anwendbar erklärt.

61 Fn. 18.

62 Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 68 vom 23.6.1992, S. 649.

Da kommen verschiedene Ebenen ins Spiel, auch wenn man von Einsätzen unter Operational Command des SACEUR einmal absieht. Das Eurokorps ist „Force answerable to WEU“. Die Petersberg-Erklärung⁶³ bestimmt, daß „Beschlüsse zum Einsatz von der WEU zugeordneten militärischen Einheiten (sic!)⁶⁴ vom Rat der WEU ... gefaßt [werden]“; da stimmen Staaten mit ab, die dem Eurokorps keine Verbände unterstellt haben. Nach dem Bericht von La Rochelle hat „die gemeinsame Entscheidung über den Einsatz des Korps ... die Zielsetzungen der Europäischen Union zu berücksichtigen“⁶⁵. Über die außen- und sicherheitspolitischen Ziele der Europäischen Union entscheiden – nach derzeitiger Rechtslage gem. Titel V des Maastrichter Vertrages einstimmig – auch Staaten, die weder im Eurokorps mitarbeiten noch Vollmitglieder der WEU sind. Und „über die Teilnahme an bestimmten Operationen entscheiden die Mitglieder [der WEU] nach wie vor als souveräne Staaten entsprechend ihrer jeweiligen Verfassung“⁶⁶; die „gemeinsame Entscheidung über den Einsatz des Korps ... bleibt auf jedem Fall in der Verantwortung der jeweiligen Regierungen“⁶⁷.

Die „jeweilige Verfassung“ mag diese Entscheidung nicht gerade erleichtern. In der Bundesrepublik Deutschland ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der meisten wahrscheinlichen – wenn auch nicht aller denkbaren – militärischen Einsätze der Bundeswehr außerhalb der Landes- und Bündnisverteidigung durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juni 1994⁶⁸ geklärt. Das Verfassungsgericht hat aber darüber hinaus in einer die Verfassung eher ändernden denn auslegenden Passage des Urteils⁶⁹ entschieden, jeder konkrete Militäreinsatz außerhalb der Landesverteidigung bedürfe eines „konstitutiven“ Parlamentsbeschlusses. Die daraufhin gefaßten Parlamentsbeschlüsse wie auch die beginnende Debatte über die Verlängerung des IFOR-Mandates zeigen, daß das deutsche Parlament bereit ist, sich im Detail mit dem Einsatzauftrag zu befassen. Dieser Auftrag muß soweit definiert werden, daß er denkbare Eskalationsnotwendigkeiten mit abdeckt. Wenn der Waffengebrauch notwendig wird, kann man nicht die Truppe ins Biwak befehlen und den Ausgang einer Parlamentsdebatte abwarten.

Stimmt nur ein „Eurokorps-Staat“ dem Einsatz oder bestimmten Aspekten des Einsatzes nicht zu, generell oder bei der Entscheidung des Gemeinsamen Komitees über die Modalitäten und das Verfahren⁷⁰, so gibt es keine „politische Entscheidung“ über den Einsatz, die Eurokorps-Truppen stünden „für einen Einsatz im nationalen oder atlantischen Rahmen zur Verfügung“⁷¹. Für einen Einsatz „außerhalb des Korps“ wäre dann offenbar nur noch ein „Informationsverfahren“ zwischen den

63 Ibid., Ziff. II.3.

64 In der militärischen Terminologie ist die Einheit die unterste militärische Gliederungsform (= Kompanie); vgl. Glossar, in: Eurokorps und Europäische Einigung (Fn. 1), S. 521.

65 Fn. 18, S. 578, Ziff. 3.1.

66 Petersberg-Erklärung (Fn. 61), Ziff. II.3.

67 Bericht von La Rochelle (Fn. 64).

68 Fn. 15. Siehe zu den noch offenen Fragen möglicher Einsätze *Torsten Stein/Holger Kröniger*, Bundeswehreinsatz im Rahmen von NATO-, WEU- bzw. UN-Militäraktionen, JURA 1995, S. 254 ff.

69 Siehe dazu STEIN/KRÖNINGER, *ibid.*, S. 259, 261.

70 Vgl. Bericht von La Rochelle (Fn. 64).

71 Bericht von La Rochelle (Fn. 18), Ziff. 3.2.2.

Teilnehmerstaaten erforderlich⁷². Oder kann es einen Einsatz des Korps „minus eins“ oder gar „minus zwei“ geben? Müßten dann die Offiziere der sich nicht beteiligenden Staaten aus dem Korpsstab zurückgezogen werden⁷³? Etwa analog den Regeln über die Beschlußfassung im Rat der EG nach dem Protokoll über die Sozialpolitik?

Nach den Festlegungen im Bericht von La Rochelle („... für einen gemeinsamen Einsatz vorgesehen“...) erscheint das kaum möglich. Für einen geschlossenen Einsatz der deutsch-französischen Brigade außerhalb des Korps müßte zudem eine neue Unterstellung gefunden werden, sofern man sie nicht selbständig unter dem deutsch-französischen Sicherheitsrat einsetzen will. Sehr viele sinnvolle Einsätze für eine selbständige Brigade sind allerdings nicht erkennbar.

Lösungen, wie sie jetzt für eine künftige Ausgestaltung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik diskutiert werden, denenzufolge keine Maßnahme am Veto eines EU-Mitgliedstaates scheitern soll, beteiligungsunwillige Staaten aber „wohlwollend“, „unionstreu“ und „solidarisch“ abseits stehen dürfen, bieten für das Eurokorps keinen Ausweg.

Auch bei den völkerrechtlichen Fragen, die sich angesichts eines tatsächlichen Einsatzes des Eurokorps stellen, gibt es einzelne Probleme. Sie betreffen beispielsweise die Geltung des humanitären Völkerrechts für bewaffnete Konflikte. Die Genfer Abkommen von 1949 sind für alle Eurokorps-Staaten in Kraft, das gleiche gilt aber, soweit ersichtlich, nicht für beide Zusatzprotokolle⁷⁴ und schon gar nicht für das UN-Waffenübereinkommen von 1980⁷⁵ oder das Umweltkriegsübereinkommen von 1977⁷⁶. Jede Truppe und jeder Kommandeur muß das für ihren/seinen Heimatstaat geltende Recht beachten. Keine Truppe darf Anweisungen erhalten, die mit diesem Recht unvereinbar wären. Das folgt schon aus der Überlegung, daß etwaige Repressalien die Verbände des Korps insgesamt treffen würden. Für die Einhaltung eines Maximalstandards an humanitärem Kriegsrecht spricht auch die unter den Bündnispartnern geltende Rücksichtnahme-Pflicht.

Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für völkerrechtswidrige Handlungen im Einsatz bliebe national. Insofern ist die Nationalitätenkennzeichnung der Soldaten entscheidend und nicht das Ärmelabzeichen des Eurokorps. Nicht zuletzt aus diesem Grunde hält das deutsche Verteidigungsministerium an der Konzeption des „Nationalen Befehlshabers im Einsatzgebiet (NatBefH i.E.)“ fest, der auch nach Übertragung der taktisch/operativen Führung im Einsatz (TOA) ausschließlich befugt bleibt, als Vorgesetzter Befehle an deutsche Soldaten mit Anspruch auf Gehorsam zu erteilen⁷⁷. Er hat u. a. zu prüfen, ob eine Weisung eines Bündnisbefehlshabers

72 Bericht von La Rochelle, *ibid.*, Ziff. 2.2.2.

73 Siehe *Rovan* (Fn. 1), S. 41, und *Willmann* (Fn. 30).

74 Frankreich hat das 1. Zusatzprotokoll nicht ratifiziert (Stand 31.12.1994).

75 Frankreich hat das Brandwaffenprotokoll (III) nicht ratifiziert, Belgien und Luxemburg sind nicht Vertragspartner (Stand: 31.12.1994).

76 Frankreich und Luxemburg sind nicht Vertragspartner (Stand: 31.12.1994).

77 Führungsweisung des Bundesministers der Verteidigung über „Verantwortlichkeiten für Einsätze der Bundeswehr im Frieden außerhalb des Hoheitsgebietes der Bundesrepublik Deutschland sowie für Hilfeleistungen im Not- und Katastrophenfällen im In- und Ausland im Frieden“.

bers/Kommandeurs mit deutschen Rechtsvorschriften einschließlich der anwendbaren völkerrechtlichen Verträge, mit dem Mandat sowie mit sonstigen Auflagen vereinbar ist, an die der Einsatz des deutschen Kontingentes geknüpft ist („Wahrnehmung deutscher Interessen“)⁷⁸.

Wenn das Eurokorps eingesetzt würde für andere Aufgaben als die Landes- bzw. Bündnisverteidigung, so wäre eine weitere zu beantwortende Frage die, wer die „Rules of Engagement“ aushandelt und welches der Status des Korps auf fremden Territorium wäre. Für einen Einsatz im Rahmen der Vereinten Nationen gibt es hinreichend Beispiele, für einen Einsatz im NATO-Rahmen könnte das Dayton-Abkommen Vorbild sein. Bei einem Einsatz im Rahmen der EU/WEU oder der OSZE wären es wohl diese Organisationen, die die Bedingungen festzulegen bzw. auszuhandeln hätten.

Vor all diesen Fragen steht aber jene nach der Einigung über den Einsatz überhaupt. Voraussetzung dafür ist eine funktionierende europäische Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik⁷⁹, und damit schließt sich der Kreis zu den anderen Themen dieser Tagung.

⁷⁸ Siehe *Vad/Meyers* (Fn. 38), S. 38.

⁷⁹ So auch *Willmann* (Fn. 30), S. 279.



Die Strukturen der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sicherheits- und Verteidigungspolitik – Rechtsgrundlagen und Entwicklung –

Von Dr. Günther Koenig, Paris*

Einleitung

Am 10. März 1966 verkündete General de Gaulle¹, daß Frankreich entschieden habe, sich aus den integrierten militärischen Kommandostrukturen der NATO zurückzuziehen², verbunden mit der Forderung, daß die alliierten Einrichtungen – sehr zum Leidwesen der betroffenen Kommunen – binnen Jahresfrist französischen Boden zu verlassen hätten. Die Ausquartierung des NATO-Hauptquartiers (*Paris*) und der für Europas Verteidigung wichtigsten Kommandos SHAPE (*Rocquencourt*) und AFCENT (*Fontainebleau*) mitsamt dem alliierten Personal war bis zum 01. April 1967 beendet³.

Dreißig Jahre später arbeitet die Allianz auf der Basis des „Signals von Berlin“ vom 03. Juni 1996⁴ an den Modalitäten für eine Rückkehr Frankreichs in eine strukturell „runderneuerte“ NATO mit aktualisiertem Aufgabenspektrum, in der die europäische Sicherheits- und Verteidigungsidentität sichtbar zum Ausdruck kommt und in der Frankreich nach eigenen Worten den ihm zukommenden Platz⁵ einzunehmen bereit ist. Damit scheint sich der Kreis wieder zu schließen⁶, falls es gelingt, die noch offenen Fragen der künftigen Kommandostruktur⁷ in einer für alle Beteiligten akzeptablen Form zu lösen.

Trotz der militärpolitischen Abkopplung Frankreichs von der NATO, der Deutschland als „atlantischer Musterschüler“ angehört, haben sich zwischen beiden Län-

* Botschaftsrat I. Kl., Ständiges Mitglied des Sekretariats des D/F Verteidigungs- und Sicherheitsrats (Paris). Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder und ist auszugsweise in deutscher und französischer Fassung über Internet: <http://www.amb-allemaigne.fr/dfzusam.htm> abzurufen.

1 Nach Vorabinformation des amerikanischen Präsidenten *Lyndon B. Johnson* am 7. März; vgl. auch den Brief an BK *Erhard* vom 9. März 1966, in dem es a. E. heißt, daß die deutsch-französischen Sonderbeziehungen vor allem auf dem Gebiet der Verteidigung hiervon unberührt bleiben, beide abgedruckt in *P. Maillard*, *De Gaulle et l'Allemagne*, Annex XI und XII, S. 306 bzw. 308.

2 Mit Wirkung vom 1. Juli 1966.

3 Vgl. „Das Atlantische Bündnis – Tatsachen und Dokumente, 1990, S. 532 f.

4 NATO-Ministertagung am 03.06.1966, Bulletin der Bundesregierung 1996 Nr. 47, S. 505 ff.

5 Vgl. die Ankündigung von AM *de Charette* am 5. Dezember 1965 vor dem NATO-Rat in Brüssel, Frankreich-Info (11.12.1995), S. 373.

6 Vgl. auch die Entscheidung des spanischen Parlaments für die NATO-Integration vom 14.11.1996.

7 In erster Linie geht es um die französische Forderung nach einer „Europäisierung“ des NATO-Südkommandos in Neapel (AFSOUTH), das traditionell von einem Amerikaner – gleichzeitig als OB der VI. Flotte – geführt wird (CINCSOUTH).

dem auf dem verteidigungs- und sicherheitspolitischen Gebiet *privilegierte* Beziehungen mit *institutionalisierten Organisationsstrukturen* entwickelt, die *einzigartig* sind und die durch die Presseveröffentlichung des Gemeinsamen deutsch-französischen sicherheits- und verteidigungspolitischen Strategiekonzepts⁸ neuerdings auch eine gewisse Publizität erfahren haben.

Rechtsgrundlagen sind der Elysée-Vertrag und dessen 25 Jahre später vereinbartes Zusatzprotokoll zur Schaffung des Deutsch-Französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrats.

I. Der Elysée-Vertrag vom 22. Januar 1963

Programmatische Grundlage für die Organisation und die Grundsätze der bilateralen Zusammenarbeit ist der Elysée-Vertrag⁹ – die *Magna Charta* der deutsch-französischen Beziehungen, der auch auf sicherheits- und verteidigungspolitischem Gebiet neue und weitreichende Perspektiven eröffnet hat.

- 1.1 Unter dem Titel Programm werden Konsultationen mit dem Ziel vereinbart, in allen *wichtigen Fragen der Außenpolitik*¹⁰ so weit wie möglich zu einer gleichgerichteten Haltung zu gelangen und zwar vornehmlich im Bereich der Ost-West-Beziehungen und in *allen* Angelegenheiten, die in der NATO, der WEU und den Vereinten Nationen behandelt werden. Zur Umsetzung dieses Programms sind regelmäßige Konsultationen vorgesehen mit eindeutigen Kompetenzzuweisungen, im einzelnen:
 - Gipfelkonsultationen der Staats- und Regierungschefs mindestens zweimal jährlich,
 - Treffen der Außenminister, die für Programmausführung und Gesamtkoordinierung verantwortlich sind, mindestens alle drei Monate,
 - Ständiger Dialog der Politischen Direktoren der Außenministerien durch monatliche Treffen zur Fortschrittskontrolle und zur Vorbereitung der Ministertreffen.
- 1.2 Auf dem Gebiet der *Verteidigung* sind die Ziele noch anspruchsvoller und präziser:
 - Annäherung der militärischen Auffassungen, um zu gemeinsamen Konzeptionen zu gelangen,
 - Verstärkung des Personalaustauschs zwischen den Streitkräften, einschließlich der zeitweiligen Abordnung ganzer Einheiten,

8 Vgl. Le Monde vom 25./27./30.01.1997 und FAZ vom 30.01.1997 (Leitartikel und S. 7).

9 BGBl. 1963 II, S. 705 ff. und 1153 ff. (in Kraft getreten am 03.07.1963), vgl. auch 30 Jahre deutsch-französische Zusammenarbeit im Bereich der Verteidigung und Sicherheit (fortan: 30 Jahre) hg. vom Sekretariat des D/F Verteidigungs- und Sicherheitsrats, Paris 1993, S. 98 - 103.

10 Außenpolitik in diesem Zusammenhang umfaßt auch alle Bereiche der *Sicherheitspolitik*.

- Auf dem Gebiet der Rüstung gemeinsame Organisation der Ausarbeitung geeigneter Rüstungsvorhaben und der Vorbereitung der Finanzierungspläne,
- Regelmäßige Treffen der Verteidigungsminister alle drei Monate, der Generalstabschefs alle zwei Monate.

1.3 Ergänzt wird dieses Konsultationsprogramm durch die Einsetzung einer interministeriellen Kommission mit Koordinierungsfunktion, die regelmäßig einen Bericht über den Stand der bilateralen Zusammenarbeit vorlegen soll.

Nicht vorgesehen war die Einbeziehung der Arbeitsebene in die Dialogverpflichtung; es fehlte auch ein organisatorischer Rahmen, der eine „Inpflichtnahme“ der (Nachfolge-)Regierungen erlaubt hätte.

2. Der Elysée-Vertrag stand zunächst unter keinem guten Stern¹¹. Die darin kodifizierte Vision einer engen sicherheits-, vor allem verteidigungspolitischen Zusammenarbeit blieb weitgehend Utopie¹². Die Gründe hierfür sind vielfältig¹³. Vor allem die vom Bundestag dem Ratifikationsgesetz vorgeschaltete Präambel, die die amerikanische Handschrift nicht ganz verleugnen kann¹⁴, führte bei de Gaulle zu einer persönlichen Verbitterung, die lyrisch überhöht in dem bekannten „Rosengleichnis“ zum Ausdruck kam: „Oh, vous savez, les traités, c'est comme les jeunes filles et les roses, ils ne durent que l'espace d'un matin“¹⁵. Bedeutsamer waren jedoch die sachlichen Differenzen: Mit der bereits 1963 beginnenden NATO-„Entfremdung“¹⁶ Frankreichs entwickelten sich die beiderseitigen Auffassungen zu sicherheits- und verteidigungspolitischen Strategien derart auseinander, daß es keine Basis mehr gab für die Erarbeitung gemeinsamer Konzeptionen. Entscheidend kam hinzu, daß der *politische Wille*, diese von Adenauer und de Gaulle initiierte Kooperationspolitik mit Leben zu erfüllen, bei ihren Nachfolgern nur schwach ausgeprägt war.

11 Z. B.: die kategorische Ablehnung des britischen Wunsches zum EWG-Beitritt durch *de Gaulle* auf der Pressekonferenz vom 14.01.1966; die deutsche Ergebnisadresse vor dem NATO-Rat am 23.01.1966 (Akten zur Auswärtigen Politik der Bundesrepublik Deutschland 1963, Band 1, Dok. 75, S. 251), die Demontage *Adenauers* und die ihm am 23.04.1963 aufgezwungene Rücktrittsentcheidung; vgl. (sein Dolmetscher) *Kusterer*: *Der Kanzler und der General*, 1995, S. 327 - 340.

12 Mit Ausnahme der bereits seit Jahren erfolgreichen Rüstungskooperation, vor allem die Gemeinschaftsprojekte Flugabwehrrakete ROLAND, die Panzerabwehrraketen MILAN und HOT, das Schulflugzeug ALPHA-JET, Transall-C 160, vgl. hierzu auch *Bittner*, *Deutsch-Französische Rüstungsproduktion – eine positive Bilanz*, sowie *François Heisbourg*, *Für einen neuen Anfang*; beide in *Kaiser/Lellouche*, *Deutsch-Französische Sicherheitspolitik*, 2. Aufl. 1988, S. 113 bzw. 129.

13 *Nicole Gnesotto*, *Der sicherheitspolitische Dialog 1954 bis 1986*, S. 5 ff., sowie *L. Rühl*, *Die blockierte Zusammenarbeit*, S. 27 ff.; beide in *Kaiser/Lellouche*, a.a.O.

14 Zitiert nach *Kusterer*, a.a.O., S. 333.

15 „... Verträge sind wie Rosen und Mädchen: sie blühen nur einen Morgen ...“ und die spätere Replik *Adenauers*: „Rosen und junge Mädchen ..., natürlich haben sie ihre Zeit, aber die Rose – und davon verstehe ich nun wirklich etwas ... – ist die ausdauerndste Pflanze, die wir überhaupt haben – sie hält jeden Winter durch.“ Vgl. auch die Antwort *de Gaulles* hierauf in *Kusterer*, a.a.O., S. 349.

16 *De Gaulle* entzog am 15. Juni 1963 die französische Atlantikflotte – wie vorher schon die Mittelmeerflotte – dem NATO-Oberbefehl.

Es bedurfte mehrerer Generationswechsel im Kanzleramt und im Elysée – um genau zu sein: 19 Jahre – bis das sicherheits- und verteidigungspolitische Instrumentarium des Vertrages von 1963 reaktiviert wurde.

3. Die Entscheidungen hierzu fielen im Jahre 1982, zunächst auf dem 39. deutsch-französischen Gipfel (Schmidt/Mitterrand) am 24./25. Februar¹⁷, anschließend auf dem 40. Gipfel (Kohl/Mitterrand)¹⁸ am 21./22. Oktober, auf dem die vollständige Durchführung des Elysée-Vertrags im Bereich Verteidigung und Sicherheit sowie folgende konkrete Maßnahmen beschlossen wurden:
 - 3.1 – Halbjährliche Treffen der Außen- und Verteidigungsminister im Rahmen der Gipfelkonsultationen,
 - Einsetzung eines hochrangigen „Lenkungsausschusses“ zur Vorbereitung dieser Ministertreffen auf der Ebene der Politischen Direktoren und des Generalinspektors/Generalstabschefs¹⁹.
 - Schaffung dreier dem Ausschuß unterstellter Arbeitsgruppen: „Strategie und Abrüstung“, „Militärische Zusammenarbeit“ und „Rüstungszusammenarbeit“.
 - 3.2 Damit waren arbeitsfähige Strukturen geschaffen, die zur intensiven Abstimmung genutzt wurden und zu zahlreichen gemeinsamen sicherheits- und verteidigungspolitischen Initiativen führten, z.B.:
 - das gemeinsame Festhalten am NATO-Doppelbeschluß,²⁰
 - Abkommen über den gemeinsamen Bau eines Panzerabwehrhubschraubers,²¹
 - Wiederbelebung der Westeuropäischen Union,²²
 - Entscheidung über die Einrichtung eines „heißen Drahts“ zwischen Bundeskanzler und Elysée am 24.08.1985,
 - Gemeinsame Haltung beim KSZE-Prozeß und bei der konventionellen Rüstungskontrolle,²³

17 Bulletin der Bundesregierung (fortan: Bulletin) Nr. 19 vom 04.03.1982, S. 145 ff.

18 Bulletin Nr. 99 vom 27.10.1982, S. 916 ff. Vgl. auch Pressekonferenz von Präsident *Mitterrand*, „La Politique Etrangère de la France“ – Textes et Documents, Oktober 1982, S. 40.

19 Der sich am 07.12.1982 als D/F Ausschuß für Sicherheit und Verteidigung konstituierte.

20 Vgl. die Rede von Präsident *Mitterrand* vor dem Bundestag am 20.01.1983, Bulletin der Bundesregierung Nr. 8 vom 26.01.1983, S. 63 - 70.

21 Beim 43. Gipfel vom 28./29.05.1984.

22 Beim Ministerrat der WEU vom 26/27.10.1984; Bulletin Nr. 129 vom 30.10.1984, S. 1138 ff.

23 Pressekonferenz *Genscher/Dumas* anl. Stockholmer Konferenz über Vertrauensbildung und Abrüstung in Europa, Bulletin Nr. 10 vom 30.01.1986, S. 68.

- Vereinbarung mit französischem Konsultationsangebot beim Einsatz prä strategischer Waffen auf deutschem Gebiet,²⁴
 - Gemeinsame deutsch-französische Offiziersseminare,²⁵
 - Gemeinsame Manöver, auch in Frankreich, vor allem die Großübung „Kecker Spatz“ im Oktober 1987 mit 55.000 deutschen und 20.000 französischen Soldaten unter alternierendem „operational control“.
4. Ein Höhepunkt in der bisherigen Entwicklung war die Ankündigung auf dem 50. deutsch-französischen Gipfel²⁶ in Karlsruhe am 13. November 1987,
- einen deutsch-französischen Großverband der Landstreitkräfte (*Deutsch-Französische Brigade*) aufzustellen²⁷ und
 - einen gemeinsamen „Sicherheits- und Verteidigungsrat“ einzurichten²⁸

II. Protokoll zum Elysée-Vertrag vom 22. Januar 1988

1. Das Zusatzprotokoll zur Schaffung des deutsch-französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrates ist integraler Bestandteil des Elysée-Vertrages²⁹ (Artikel 6) und wurde an dessen 25. Jahrestag von Bundeskanzler Kohl und Staatspräsident Mitterrand unterzeichnet³⁰. Unter gleichem Datum wurde zwischen den Außenministern Genscher und Raimond ein Notenwechsel über die Organisation des Sekretariats vollzogen. Am 28.10.1988 wurde der französischen Regierung per Verbalnote eine deutsche Denkschrift³¹ übermittelt, die – entsprechend der deutschen Staatenpraxis – eine ausführliche Kommentierung der Vertragsbestimmungen für das parlamentarische Zustimmungsverfahren enthält. Das Protokoll wurde vom Deutschen Bundestag und der Französischen Nationalversammlung zeitgleich am 01.12.1988 ratifiziert und trat am 19. April 1989 in Kraft³².
2. *Der Verteidigungs- und Sicherheitsrat*
- 2.1 Er besteht aus den Staats- und Regierungschefs³³ sowie den Außen- und Verteidigungsministern. Kraft Amtes nehmen der Generalinspekteur der Bundeswehr und der französische Generalstabschef teil (Artikel 2), in der Praxis

24 Anlässlich des 47. Gipfels am 27./28.02.1986; Bulletin Nr. 24 vom 07.03.1986 S. 180.

25 1. Seminar vom 06. bis 11.07.1987 am Zentrum für höhere militärische Studien (CHEM) in Paris.

26 Bulletin Nr. 126 vom 18.11.1987, S. 1070 f.

27 Von BK Kohl bereits auf einer Pressekonferenz am 19.06.1987 vorgeschlagen.

28 Von Präsident Mitterrand bei Abschluß des Manövers „Kecker Spatz“ am 24.09.1987 angeregt.

29 BGBl 1988 II, S. 1150, und 30 Jahre, a.a.O., S. 109 - 111.

30 Außerdem von Jacques Chirac in seiner damaligen Funktion als Ministerpräsident.

31 Abgedruckt in BT-Drucksache 1988 Nr. 3288.

32 BGBl II 1989, S. 471.

33 D. h. dem Bundeskanzler, dem französischen Staatspräsidenten und Premierminister.

auch die Politischen Direktoren der Außenministerien, die Berater des Kanzlers und des französischen Präsidenten sowie Vertreter des Ratssekretariats³⁴. Der Rat ist das höchste Konsultations-, Entscheidungs- und Beschlußgremium und hat, da er die höchsten Repräsentanten der Exekutive in sich vereinigt, im Gegensatz zu dem gleichzeitig geschaffenen Finanz- und Wirtschaftsrat³⁵ „Gipfelniveau“; von ihm gehen die eigentlichen politischen Impulse aus.

2.2 Die Zielvorgabe für seine Tätigkeit ergibt sich aus der Präambel, die die Zusammenarbeit in eine europäische und atlantische Perspektive stellt und die Entschlossenheit beider Seiten unterstreicht, „im Bewußtsein ihrer gemeinsamen Sicherheitsinteressen . . . ihre Auffassung in allen die Verteidigung und Sicherheit Europas berührenden Fragen einander anzunähern“. Seine Aufgaben knüpfen an die einschlägigen Bestimmungen des Elysée-Vertrages an, gehen jedoch weit über diese hinaus. Sie sind in Artikel 4 aufgezählt:

- Ausarbeitung gemeinsamer Konzeptionen auf dem Gebiet der Verteidigung und Sicherheit,
- Abstimmung in allen Fragen der europäischen Sicherheitsarchitektur, einschließlich der Abrüstung und Rüstungskontrolle,
- Beschlußfassung hinsichtlich gemischter Militäreinheiten,³⁶
- Beschlußfassung im Hinblick auf gemeinsame Manöver, auf Ausbildung und Unterstützungsvereinbarungen,³⁷
- Verbesserung der Interoperabilität der Ausrüstung beider Streitkräfte,
- Vertiefung der Rüstungszusammenarbeit unter Berücksichtigung der Notwendigkeit, in Europa eine angemessene Rüstungsindustrie aufrecht zu erhalten.

3. *Das Ratskomitee*

Die Arbeit des Rates wird vom Ratskomitee vorbereitet, das aus den Außen- und Verteidigungsministern besteht und an dem auch die politischen Direktoren, der Generalinspekteur und der französische Generalstabschef, die Berater des Bundeskanzlers und des Elysée, weitere Beamte sowie Vertreter des Ratssekretariats³⁴ teilnehmen. Seine Hauptaufgabe besteht darin, die Ratsvorlagen entscheidungsreif zu machen, damit sich der Rat während seiner Sitzung auf wichtige aktuelle sicherheits- und verteidigungspolitische Fragen konzentrieren kann. Das Ratskomitee tagt zeitlich unmittelbar vor dem Rat.

34 Ratssekretär, sein Vertreter und zwei ständige Mitglieder.

35 Dem die Fachminister sowie die Zentralbankgouverneure angehören.

36 Der Plural macht deutlich, daß die Beschlußkompetenz nicht nur zur Aufstellung der Deutsch-Französischen Brigade, sondern auch weiterer gemischter Verbände eingeräumt wird.

37 Als konkrete vertragliche Grundlage gedacht, um die von Frankreich mehrfach erklärte Solidarität durch entsprechende Maßnahmen zu konkretisieren, siehe Denkschrift, a.a.O., Ziffer 2.2 c).

3.1 Der Rat und damit das Ratskomitee sind in der Terminierung ihrer halbjährlichen Sitzungen frei; in der Praxis sind sie mit Rücksicht auf die weitgehende Personengleichheit jedoch zum integralen Bestandteil der Gipfelkonsultationen geworden, was den Vorteil hat, daß der Rat damit auch von der belebenden Wirkung der im Lichte der Öffentlichkeit stehenden Gipfeltreffen profitieren kann. Andererseits liefert der Verteidigungs- und Sicherheitsrat häufig die eigentliche Substanz des Gipfels, wie sich regelmäßig aus seinen Presseerklärungen ergibt³⁸.

3.2 Der Rat und das Ratskomitee haben gemäß Artikel 5 ein eigenes *ständiges* Sekretariat (zu dessen Funktionen siehe Ziffer 5).

4. *Der Ausschuß für Verteidigung und Sicherheit*¹⁹

4.1 Dem Rat und Ratskomitee als politische Instanzen arbeitet ein Ausschuß zu, der mit den Politischen Direktoren der Außenministerien und dem Generalinspekteur bzw. dem französischen Generalstabschef als höchste militärische Instanzen sowie dem Leiter der Rüstungsabteilung und dem *Délégué Général pour l'Armement*³⁹, weiteren Beamten und Vertretern des Sekretariats besetzt ist. Der Ausschuß tagt mindestens zweimal im Jahr; er tritt jedoch – ggfs. in kleinerer Besetzung – ad hoc zusammen, wenn aktuelle Schwerpunktthemen dies erfordern.

4.2 Der Ausschuß legt dem Rat zu dessen halbjährlichen Sitzungen einen *Bericht* vor, der eine umfassende *Bilanz* der bilateralen militärischen Zusammenarbeit und der bilateralen Abstimmung zu Fragen der europäischen Sicherheitsarchitektur enthält, *Perspektiven* entwickelt und *Empfehlungen* für die künftige Zusammenarbeit formuliert. Diese Empfehlungen, die häufig mit konkreten Mandaten für die Gremien der Zusammenarbeit verbunden sind, werden durch Beschlußfassung des Rates zu *verbindlichen Weisungen* für die künftige Arbeit der Instanzen.

Der Bericht ist, wie auch die Sitzungen der deutsch-französischen Gremien, vertraulicher Natur; er ist ein internes Arbeitsdokument, das als solches nicht veröffentlicht wird, dessen wichtigste Ergebnisse in der Regel jedoch in einer Presseerklärung³⁸ zusammengefaßt werden.

4.3 Dem Ausschuß unterstehen die *traditionellen* Arbeitsgruppen

- „Strategie und Abrüstung“,
- „Militärische Zusammenarbeit“,
- „Rüstungskooperation“,

³⁸ Z. B. in: 30 Jahre, a.a.O., S. 127 - 129, sowie Bulletin vom 16. Dezember 1996 Nr. 103.
³⁹ Bei Bedarf, seit 1996 regelmäßig.

und als Folge des erweiterten Arbeitsprogramms⁴⁰ die neuen Arbeitsgruppen

- Raumgestützte Aufklärung,
- Rüstungspolitik,
- Rechts- und Vertragsangelegenheiten.⁴¹

Diese Gruppen mit ihren Unterarbeits- und Expertengruppen leisten die eigentliche *Kärner*-Arbeit bei der Umsetzung der Ratsbeschlüsse. Sie bilden gleichzeitig ein unverzichtbares Forum für alle, die laufende Zusammenarbeit betreffenden Fragen. Sie sind, beginnend mit den Unterarbeits- und Expertengruppen den jeweilig höheren Instanzen berichtspflichtig. Die Berichte werden dem Sekretariat des Rates zugeleitet.

5. Das Ratssekretariat

5.1 Rat und Ratskomitee verfügen über einen eigenen organisatorischen Unterbau in Form eines Ständigen Sekretariats mit Sitz in Paris⁴² (Artikel 5), das von Vertretern beider Staaten geleitet wird. Diese Konstruktion ist *einzigartig*⁴³ in der bilateralen Zusammenarbeit. Sie soll sicherstellen, daß für alle sicherheits- und verteidigungspolitischen Belange des Rates, der nur zweimal im Jahr zusammentritt, ein ständiger Ansprechpartner für die Instanzen der Zusammenarbeit, die interessierten Ressorts und für Dritte zur Verfügung steht.

5.2 Der Ratssekretär als Leiter und sein Stellvertreter werden vom Verteidigungs- und Sicherheitsrat auf die Dauer von drei Jahren ernannt⁴⁴. Um sicherzustellen, daß das Sekretariat nicht im „luftleeren Raum“ arbeitet, sondern voll in die Meinungs- und Entscheidungsbildung beider Regierungen einbezogen wird⁴⁵, haben der Ratssekretär und sein Stellvertreter eine *Doppelfunktion*: sie sind gleichzeitig in den operativen Bereich der Militär- bzw. Sicherheitspolitik ihres jeweiligen Ministeriums eingegliedert. In dieser Funktion sind sie auch Co-Präsident der einschlägigen Instanzen der deutsch-französischen Zusammenarbeit⁴⁶.

40 Verabschiedet auf der 15. Sitzung des Rates in Dijon am 5. Juni 1996, was zu einer Verdoppelung der Gremien führte; 1994: 3 AGs und 3 UAGs; Ende 1996: 6 AGs mit 5 UAGs und zahlreiche Expertengruppen.

41 Diese AG ist auch für Rechtsberatung der anderen AGs zuständig.

42 Im Hôtel National des Invalides, wo es seine Tätigkeit am 16. Mai 1989 aufgenommen hat.

43 Das in Art. 5 des Protokolls zur Schaffung des Finanz- und Wirtschaftsrats vorgesehene „Sekretariat“ wurde überhaupt nicht eingerichtet, seine Funktion für die Vorbereitung der Treffen übernehmen faktisch die zuständigen nationalen Beamten. Vgl. Denkschrift Ziffer 3.2 b) a. E.

44 Da Frankreich den Sitz für sich reklamierte, stellt Deutschland – zwischen AA und BMVg alternierend – den Ratssekretär (z. Zt. der Stabsabteilungsleiter Militärpolitik im Führungsstab der Streitkräfte des BMVg, FÜ S III), Frankreich den Stellvertreter (Politischer Direktor des Quai).

45 Vgl. Denkschrift, a. a. O., Ziffer 2.2 b) a. E.

46 Der Ratssekretär, in Personalunion mit FÜ S III, ist Co-Präsident der AG „Strategie und Abrüstung“; sein Stellvertreter aus dem Quai co-präsidiert den Ausschuß.

Der *permanente* Stab besteht aus zwei höheren Beamten und zwei Stabs-offizieren, die von den beiden Außen- und Verteidigungsministerien zur Dienstleistung an das Sekretariat versetzt bzw. kommandiert⁴⁷ werden. Ihre Anzahl kann nur im gegenseitigen Einvernehmen⁴⁸, d.h. durch einen entsprechenden Beschluß des *Rates* geändert werden. Das gleiche gilt m. E. auch für Statusfragen⁴⁹. Der *technische* Stab des Sekretariats wird ebenfalls von den vier beteiligten Ressorts gestellt; hierfür ist der *Ausschuß* zuständig.

Das Besondere des Sekretariats ist, daß es aus einem gemischten deutsch-französischen Team besteht, in dem Soldaten und Auswärtiger Dienst beider Seiten *integriert* sind.

- 5.3 Im Sekretariat gilt das *Kollegialitäts- und Konsensprinzip*. Um eine echte Teamarbeit zu ermöglichen, sind die vier ständigen Mitglieder einander gleichgestellt. Alle Fragen, die sich auf die Aufgaben des Sekretariats beziehen, werden im Konsens geregelt. Kann eine Einigung zwischen den vier Ständigen Mitarbeitern nicht herbeigeführt werden, so entscheidet der Ratssekretär und sein Stellvertreter. *Weisungen* an das Ratssekretariat, die über den technisch administrativen Bereich hinausgehen, bedürfen grundsätzlich vorheriger Abstimmung auf beiden Seiten und zwischen den betroffenen Ressorts. Aufzeichnungen von grundsätzlicher politischer Bedeutung, insbesondere Vorlagen an die politischen Gremien der Zusammenarbeit werden gemeinsam verfaßt und von dem Ratssekretär und seinem Stellvertreter unterzeichnet. Die Ständigen Mitglieder des Sekretariats arbeiten in ihrer jeweiligen Sprache; Deutsch- und Französisch sind gleichberechtigt⁵⁰.
- 5.4 Das Sekretariat verfügt über einen eigenen bescheidenen *Haushalt*⁵¹, der von beiden Seiten zu gleichen Teilen gespeist wird. Es handelt sich um ein reines Funktionsbudget für die Betriebskosten, einschließlich der Dienstreisen. Die Personalkosten werden von den jeweiligen Mutterhäusern bezahlt.
- 5.5 *Eine Beschreibung der Sekretariatsaufgaben* enthält weder das Gründungsprotokoll noch der Notenwechsel vom 22.01.1988. Aufgrund seiner Organisationsgewalt hat der Verteidigungs- und Sicherheitsrat auf seiner ersten konstituierenden Sitzung am 20.04.1989⁵² folgenden allgemeinen Aufgabenkatalog beschlossen:
- Teilnahme an allen Sitzungen der Gremien der deutsch-französischen verteidigungs- und sicherheitspolitischen Zusammenarbeit,

47 Die beiden deutschen Mitarbeiter haben diplomatische Vorrechte und Immunitäten; für die Franzosen gilt Ortsstatut.

48 Briefwechsel vom 22.01.1988, a.a.O., dritter Anstrich.

49 Falls z. B. beabsichtigt wäre, die ständigen Mitglieder während ihrer Zuordnung zum Sekretariat ganz oder teilweise in die nationalen Verwaltungen (Botschaft bzw. Ministerium in Paris) einzugliedern.

50 Vgl. Geschäftsordnung des Sekretariats, gebilligt am 21.12.1989.

51 Vgl. EPL 05 des AA, Kap. 0502 Tit. 68605-029, Titel des Quai 34-98-40.

52 Gemeinsame Presseerklärung, Bulletin Nr. 37 vom 25.04.1989, S. 314 f., und: 30 Jahre, S. 67.

- Archivierung aller offiziellen Texte und Dokumente,
- Abfassung von Berichten und Protokollen sowie Durchführung und Auswertung von Studien; Vorschläge für weitere Vorhaben,
- Teilnahme an Tagungen und Kolloquien.

5.6 Mit der Geschäftsordnung vom 31.10.1989 hat das Sekretariat seine Rolle innerhalb der Gremien der institutionalisierten Zusammenarbeit festgelegt⁵³. Danach obliegt ihm die Koordinierung bei der *Vorbereitung* der einzelnen Sitzungen des Rates, die Vorbereitung der Entscheidungsvorlagen und die *Sicherstellung der Umsetzung* der vom Rat gefaßten Beschlüsse.

5.6.1 Bei der *Vorbereitung der Ratssitzungen* steht neben Fragen der Tagesordnung vor allem die Erarbeitung des *Ausschußberichtes* an den Rat im Vordergrund. Das Verfahren vom Entwurf bis zur Vorlage des Ausschlußberichtes an den Rat ist mehrstufig: das Sekretariat fertigt den ersten Entwurf auf der Grundlage aller ihm zur Verfügung stehenden Informationen, vor allem der Ergebnisse der Arbeitsgruppensitzungen und der Positionen der zuständigen Ministerien. Der Entwurf wird den beiden Außen- und Verteidigungsministerien zur Stellungnahme übersandt. Deren Änderungswünsche und Textvorschläge werden – falls sie noch nicht abgestimmt sind – soweit möglich im Sekretariat harmonisiert und eingearbeitet.

Der neue Entwurf geht wiederum den beteiligten Dienststellen zu. Bis zur Konsolidierung des Textes sind bis zu drei oder vier Durchgänge erforderlich. Etwaige verbleibende Divergenzen, die nicht aufgelöst werden können, werden durch Klammerzusätze gekennzeichnet. Anschließend wird der Entwurf dem Ausschuß zur Entscheidung vorgelegt. Gegebenenfalls stellt das Sekretariat gemäß Weisung des Ausschusses die Endfassung des Berichtes her, die dem Bundeskanzleramt bzw. dem Elysée zugeleitet wird und die über das Ratskomitée dem Verteidigungs- und Sicherheitsrat als Grundlage für dessen Beschlußfassung vorgelegt wird.

5.6.2 Jede Ratssitzung bedarf der *Nachbereitung*. Die Beschlüsse des Rates, die das ganze Spektrum der bilateralen Zusammenarbeit und die Abstimmung zu Fragen der europäischen Sicherheitsarchitektur betreffen, haben unmittelbare Auswirkung auf die Tätigkeit der Arbeitsgruppen. Das Sekretariat übernimmt die Klärung der Zuständigkeiten und übermittelt nach Billigung durch die Vorsitzenden des Ausschusses die Aufgabenzuweisung an die einzelnen Arbeitsgruppen unter Fristsetzung für die Vorlage der Ergebnisberichte. Soweit möglich, bemüht sich das Sekretariat, Einfluß auf den Sitzungskalender der Gremien der Zusammenarbeit zu nehmen, um eine rechtzeitige Berichtsvorlage sicherzustellen.

⁵³ Gebilligt bei der 2. Sitzung des Rates am 03.11.1989 in Bonn.

- 5.6.3 Die Teilnahme von Sekretariatsvertretern an den Sitzungen der einzelnen Gremien ermöglicht dem Sekretariat, die Fortschritte bei der Umsetzung der Ratsbeschlüsse zu verfolgen und sich einen Überblick über den aktuellen Stand der bilateralen Zusammenarbeit zu verschaffen – als Voraussetzung für eigene Initiativen und als Grundlage für die Arbeiten zum Entwurf des nächsten Ausschlußberichtes.

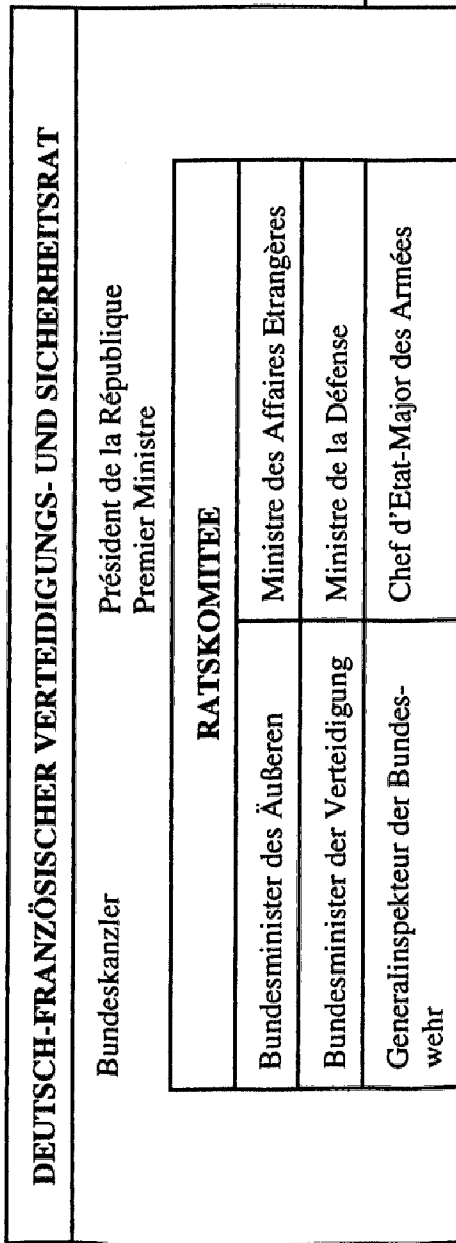
Damit wird aus der *Nachbereitung* der vergangenen Ratssitzung gleichzeitig die *Vorbereitung* der nächsten Ratstagung. Dieses Verfahren wiederholt sich in halbjährlichem Rhythmus.

- 5.7 Nach den Worten des ersten Ratssekretärs, Generalmajor Naumann⁵⁴, sollte das Sekretariat – um eine Gesamtschau der im Bereich Verteidigung und Sicherheit geleisteten Arbeit zu gewährleisten – ein Ort werden, an dem alle *Informationen* zusammenlaufen und aus dem Anstöße an die verschiedenen Arbeitsgremien kommen. Voraussetzung hierfür ist die Einschaltung des Sekretariats in den jeweiligen nationalen Informationsfluß und die kontinuierliche Unterrichtung über die Haltung der zuständigen Ressorts, was gelegentlich Schwierigkeiten macht. Immerhin werden auch vertrauliche Informationen aus den Außen- und Verteidigungsministerien sowie den Botschaften im Sekretariat *gemeinsam* ausgewertet – jedoch ohne Weitergabe an Dritte. Wegen der örtlichen Nähe ihrer Ministerien zum Sekretariat hat die französische Seite naturgemäß einen zeitlichen Informationsvorsprung. Diese geographische Asymmetrie wird jedoch weitgehend kompensiert durch die geplante elektronische Vernetzung des Sekretariats mit Bonn bzw. Berlin, die den Direktverkehr per E-Mail ermöglicht.

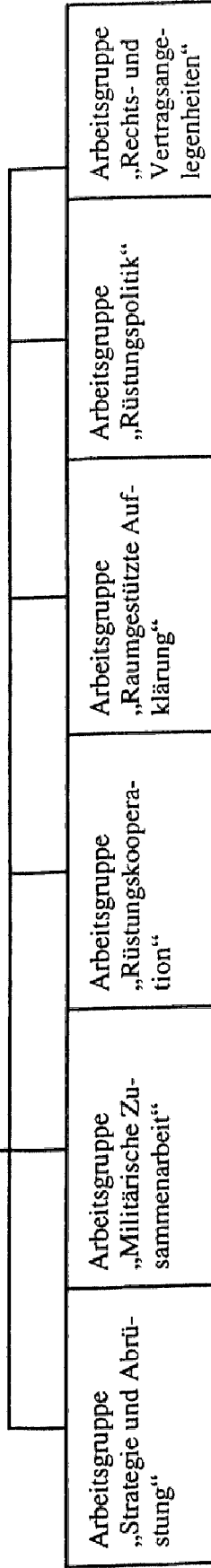
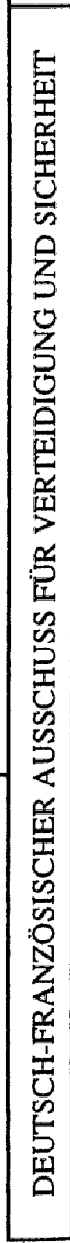
III. Völkerrechtliche Einordnung

Durch das Protokoll zum Elysée-Vertrag von 1988 wurde eine zwischenstaatliche Organisationsstruktur (siehe Organigramm S. 80) geschaffen, die der komplexen bilateralen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sicherheits- und Verteidigungspolitik einen soliden institutionellen Rahmen gibt. Damit stellt sich die Frage nach der völkerrechtlichen Einordnung, die hier kurz behandelt werden soll.

54 In einer Presseerklärung vom 19.02.1990, abgedruckt in: 30 Jahre, a.a.O., S. 70.



Ratssekretariat



Unterarbeitsgruppen: – TSK*-übergreifende Fragen
 – Planung
 – Landstreitkräfte
 – Luftstreitkräfte
 – Seestreitkräfte

* = Teilstreitkräfte

1. *Der Verteidigungs- und Sicherheitsrat als Internationale Organisation?*

1.1 Die Qualifizierung als Internationale Organisation verlangt als Mindestvoraussetzung⁵⁵ eine, durch entsprechende *Willenseinigung* zwischen Staaten entstandene, dauerhafte Vereinigung auf dem Gebiet des *Völkerrechts*, die mit mindestens einem *Organ* ausgestattet ist, das *eigenständige Aufgaben* und einen *eigenen Willen* besitzt.

1.2 Erforderlich ist daher zunächst eine *völkerrechtliche Willenseinigung* zwischen Deutschland und Frankreich. Expressis verbis läßt sich eine solche weder dem Gründungsprotokoll noch dem Notenwechsel zwischen den beiden Außenministern vom 22.01.1988 entnehmen. Auch die Gipfelerklärung vom 30.11.1987, mit der die Schaffung des Verteidigungs- und Sicherheitsrates angekündigt wird, ist insoweit unergiebig.

In der Gemeinsamen Pressekonferenz vom 22.01.1988⁵⁶ in Bonn kommt jedoch die Motivation beider Staaten zum Ausdruck, neben der Verstärkung der bilateralen Kooperation „auch auf politischer Ebene eine Institution zu schaffen, die der Zusammenarbeit neue Impulse verleiht“. Weiter ergeben sich aus der Denkschrift vom 28.10.1988 Anhaltspunkte für eine entsprechende Willenseinigung, wenn es heißt, daß die gemeinsamen Bemühungen um Abstimmung der Sicherheitspolitik durch Schaffung des Verteidigungs- und Sicherheitsrates

„einen institutionellen Rahmen und damit die notwendige Kontinuität und Sichtbarkeit“ erhalten sollen ... und weiter: „Beide Seiten lassen sich dabei von der Überzeugung leiten, daß Institutionen und praktische Regelungen erfahrungsgemäß Hand in Hand gehen und daß Institutionen politischen Feststellungen Dauerhaftigkeit verleihen. Ihr institutioneller Charakter (nämlich der Gremien) wird auch dadurch sichtbar, daß zur Unterstützung des Rates ein ständiges Sekretariat mit Sitz in Paris gebildet wird“⁵⁷.

Ein französisches Pendant zu der deutschen Denkschrift fehlt. Jedoch hat der damalige Außenminister Roland Dumas bei der Ratifizierungsdebatte⁵⁸ in der Nationalversammlung am 01.12.1988 keinen Zweifel an dem entsprechenden Willen Frankreichs gelassen:

„Die bisherige Praxis und Erfahrung hat unseren deutschen Partnern und uns gezeigt, daß diese Kooperation eines institutionellen Rahmens bedarf. Dieses Ziel ... soll durch das Protokoll rechtlich und tatsächlich umgesetzt werden“.

1.3 Daß der Verteidigungs- und Sicherheitsrat auf dem Gebiet des *Völkerrechts* tätig ist, ergibt sich aus den Zielvorgaben in der Präambel und dem Aufga-

55 Ausgehend von der pragmatischen Definition bei *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, 3. Aufl. 1995, § 33 ff., S. 23 ff.; *Nguyen Quoc Dinh/Daillier/Pellet*, 5. Aufl. 1994, S. 557, vgl. auch *Seidl-Hohenveldern*, 6. Aufl. 1996, RZ 105, der zusätzliche Kriterien aufstellt.

56 In: 30 Jahre, a.a.O., S. 113.

57 Denkschrift, a.a.O., Ziffer 2.1 und Ziffer 2.2 b), 3. Anstrich.

58 In: „La Politique étrangère de la France“ – Textes et documents 1988, S. 102.

benkatalog gemäß Artikel 4 des Gründungsprotokolls. Dementsprechend wurde das Protokoll auch gemäß § 59 Abs. 2 GG dem Deutschen Bundestag zur Zustimmung zugeleitet.

Der Rat als Ausdruck der „beide Länder verbindenden Schicksalsgemeinschaft“ (Artikel 1) ist auf *Dauer* angelegt⁵⁹. Eine solche Schicksalsgemeinschaft kündigt man nicht. Deshalb enthält weder das Protokoll noch der zugrundeliegende Elysée-Vertrag eine zeitliche Befristung oder eine Kündigungsklausel.

Völkerrechtlich gesehen reicht es aus, daß lediglich zwei Staaten dem Rat angehören⁶⁰. Von der Konstruktion her ist ein Beitritt weiterer Staaten nicht vorgesehen, auch wenn beide Länder erklärt haben, daß ihre privilegierte Kooperation keineswegs exklusiv ist und auch anderen Staaten offensteht⁶¹.

1.4 Fraglich ist die geforderte *Organeigenschaft*. Mit dem Protokoll zur Schaffung des Verteidigungs- und Sicherheitsrates wurden gleichzeitig *drei Gremien* geschaffen, nämlich der aus den Staats- und Regierungschefs sowie den Außen- und Verteidigungsministern bestehenden *Rat*, das *Ratskomitee* als institutionalisierte Form des seit 1982 bestehenden „Vierertreffens“ sowie als beiden unterstelltes Organ das *Ständige Sekretariat*. Diese Dreiteilung entspricht der bei Internationalen Organisationen üblichen Struktur.

1.4.1 Zumindest eines dieser Organe müßte mit eigenständigen Aufgaben ausgestattet sein, also einen Aufgabenbereich haben, den es gegenüber den Mitgliedsstaaten selbständig wahrnehmen kann. Als Korrelat hierzu müßten die beiden Staaten auf die *Ausübung* eines auch noch so geringen Teiles ihrer souveränen hoheitlichen Rechte verzichtet haben⁶².

Das erscheint zweifelhaft angesichts der Aussage von Roland Dumas bei der französischen Ratifizierungsdebatte, wonach „die Schaffung des Verteidigungs- und Sicherheitsrats keinerlei Verzicht auf Souveränität (bedeutet).“ Diese⁵⁸ Klarstellung ging jedoch in erster Linie an die Adresse der kommunistischen Partei, die der Regierung vorgeworfen hatte, „das Protokoll bedeute eine Verletzung der nationalen Souveränität und unterwerfe Frankreich den Entscheidungen eines supranationalen Organs (sic!)“⁶³. Worin hier eine Souveränitätsverletzung liegen soll, bleibt unerfindlich, da Rats-

59 Was nicht ausschließt, daß er in der Logik seiner europäischen Finalität – möglicherweise im nächsten Jahrhundert – in einem Europäischen Sicherheitsrat aufgeht, vgl. den Bericht über das 9. Kolloquium „Charlemagne“ in *Le Monde* vom 28.01.1997, S. 3 a. E.

60 Vgl. die Beispiele bei *Schermers/Blokker*, a.a.O., § 36, S. 25 FN 77.

61 Das gilt vor allem für Kooperationsprojekte, die den WEU-Partnern offenstehen: z. B. EURO-KORPS, quadrolaterale Rüstungsstruktur, Raumgestützte Aufklärung; vgl. auch die trilaterale Zusammenarbeit mit Polen und das trilaterale Treffen der Verteidigungsminister am 03.02.1997 in Warschau.

62 *Seidl-Hohenveldern*, a.a.O., RZ 106.

63 Zitiert nach *Jessel*: „Les protocoles du 22 janvier 1988: une nouvelle étape de la coopération franco-allemande dans le domaine de la défense et de la sécurité“, in *Annuaire Français du Droit International* No. 34/1988, S. 832.

beschlüsse immer einstimmig sind und Frankreich völlig „souverän“ entscheidet, ob es zustimmt oder nicht.

Im übrigen geht es auch gar nicht um den Verzicht auf nationale Souveränität oder die Übertragung der beiden Ländern selbst zustehenden staatlichen Kompetenzen, sondern allein um die Frage, ob der Rat als Organ mit *eigenen* Kompetenzen⁶⁴ ausgestattet ist.

1.4.2 Der Rat, der aus den höchsten politischen Vertretern beider Länder besteht, dient in erster Linie der Koordinierung nationaler Politiken. Darüberhinaus nimmt er gleichsam in funktioneller Verdoppelung *gemeinsame* deutsch-französische Interessen wahr, deren Förderung im wohlverstandenen Interesse jedes der beiden Staaten liegt⁶⁵, was zwangsläufig auch zu einer *neuen Qualität* seiner Beschlüsse führt. Das würde jedoch kaum ausreichen, um eigene Kompetenzen des Rates zu konstruieren.

1.4.3 Nach der Denkschrift⁶⁶ sind die Aufgaben des Rates *umfassend*. „Er ist Beschlußgremium in allen Fragen der militärischen Zusammenarbeit, die umfassend ausgebaut werden soll“. Dieser umfassenden Kompetenzzuweisung entspricht es, daß auch Vereinbarungen auf höchster Ebene, die außerhalb des Rates getroffen worden sind, formal in den Rat eingeführt und durch diesen beschlossen werden⁶⁷. Daraus ist zu schließen, daß auch die Aufhebung derartiger Beschlüsse nicht außerhalb des Rates, sondern nur durch *contrarius actus* des Rates erfolgen kann.

1.4.4 Ein weiteres wichtiges Indiz für eine *eigene Kompetenz* des Rates gibt Artikel 4 des Protokolls, im 4. und 5. Anstrich, der dem Rat die *Beschlußfassung* hinsichtlich der gemischten Militäreinheiten sowie ... der *Unterstützungsvereinbarungen* ... als eigenen Aufgabenbereich zuweist. Die erste der beiden Bestimmungen war die Grundlage für die Aufstellung der Deutsch-Französischen Brigade und des zunächst bilateral begonnenen Europäischen Korps. Ohne diese Ermächtigung des Rates wäre für die Aufstellung der beiden Großverbände ein völkerrechtlicher Vertrag⁶⁸ erforderlich gewesen. Auch die Abschlußkompetenz für *Unterstützungsvereinbarungen* ist ein eigener Aufgabenbereich des Rates.

Im Gegensatz zum Ratskomitee, das nur ein Konsultationsorgan mit Vorbereitungsfunktion für die Ratssitzungen ist, wird man m.E. dem Rat einen eigenständigen Aufgabenbereich und die Fähigkeit, seine Beschlüsse unmittelbar durchzusetzen, kaum absprechen können.

64 Seidl-Hohenveldern, a.a.O., RZ 107.

65 Seidl-Hohenveldern, a.a.O., RZ 1101.

66 A.a.O., Ziffer 2.2 c).

67 Das bilaterale Arbeitsprogramm z. B., am 10.04.1966 von Kohl und Chirac vereinbart, ist integraler Bestandteil der vom Rat am 05.06.1966 gebilligten „Empfehlungen“.

68 Das wird vor allem beim EUROKORPS deutlich, dem 1994 Belgien, 1995 Spanien und 1996 Luxemburg beigetreten sind.

1.5 Das Sekretariat wäre dann als Unterstützungsorgan des Rates anzusehen. Das würde voraussetzen, daß die Mitglieder des Sekretariats nicht an nationale *Weisungen* gebunden sind. Zweifel daran könnten bestehen, weil der Ratssekretär und sein Stellvertreter hauptamtlich als Regierungsvertreter agieren und insoweit nur nationalen Weisungen unterliegen. Entscheidend ist jedoch, daß Weisungen an das Sekretariat grundsätzlich der vorherigen Abstimmung zwischen beiden Seiten bedürfen⁶⁹. Einzelweisungen in Sekretariatsangelegenheiten an die Ständigen Mitarbeiter⁷⁰ sind nicht vorgesehen. Auch sie bedürften vorher einer doppelten Abstimmung: intern zwischen den Außen- und Verteidigungsministerien und extern zwischen den beiden Regierungen. Dem legitimen Interesse der einzelnen Ressorts, ihre Haltung direkt über den „eigenen“ entsandten Bediensteten in die Sekretariatsarbeit einzubringen, wird dadurch entsprochen, daß die Abstimmung im Vierer-Kreis des Sekretariats erfolgt und, falls dies nicht möglich ist, mit den beteiligten Ressorts nachgeholt wird. Ein unmittelbares Weisungsrecht der einzelnen Ressorts würde dem im Sekretariat geltenden Konsens- und Kollegialitätsprinzip widersprechen. Als Kollegialorgan unterliegt das Sekretariat allein den Weisungen des Rates bzw. des Ratskomitees, denen es unterstellt ist, sowie denen des Ausschusses.

2. *Fazit:*

Der völkerrechtliche Exkurs hat gezeigt, daß der deutsch-französische Verteidigungs- und Sicherheitsrat Voraussetzungen erfüllt, die es erlauben würden, ihn als Internationale Organisation zu qualifizieren. Auch wenn man dem nicht folgt, wird man kaum bestreiten können, daß er von seiner Struktur und Anlage her ein entsprechendes völkerrechtliches Entwicklungspotential⁷¹ hat, das indes politischer Aktivierung bedarf⁷². Die Staats- und Regierungschefs sind, wie die Vergangenheit zeigt, auch in dieser Hinsicht für manche Überraschung gut. Erinnerung sei an die Initiative des damaligen Premierministers und Präsidentschaftskandidaten Balladur zur Erneuerung des Elysée-Vertrags (Elysée II)⁷³ während der Präsidentschaftskampagne 1994/95. Die Völkerrechtspraxis kennt überdies genügend Beispiele, bei denen zwischenstaatliche Konferenzen sich im Laufe der Zeit zu Internationalen Organisationen verfestigt haben.

69 § 3 der Geschäftsordnung des Sekretariats, vgl. FN 50.

70 Im Gegensatz zu den sog. *Ständigen Vertretern*, die als Delegationsleiter z. B. bei der NATO oder WEU akkreditiert sind und nationalen Weisungen unterliegen.

71 Auch das Sekretariat ist so konzipiert, daß es – militärisch gesehen – durchaus *aufwuchsfähig* ist.

72 *Joseph Rovon*, der *Grandseigneur des Franco-Allemand*, plädiert z. B. für ein gemeinsames D/F Generalsekretariat mit weitgehenden Entscheidungskompetenzen für alle Bereiche der deutsch-französischen Beziehungen, da seiner Ansicht nach der Begriff des „Auslands“ und die Kategorien der Außenpolitik mit den klassischen Instrumenten der Diplomatie dem bilateralen Sonderverhältnis immer weniger gerecht werden (Leitartikel in Documents 2/1996).

73 Die mehr als nur eine wahltaktische „Eintagsfliege“ war, vgl. *Balladur*, Pour un nouveau traité de l'Elysée, in *Le Monde*, 30.11.1994, und auch von Premierminister *Jospin* im Wahlkampf 1997 wieder aufgenommen wurde.

* * *

Über diese völkerrechtlichen Fragen einen Dialog mit den französischen Partnern zu führen, erscheint gerade im Hinblick auf das 10jährige Jubiläum des Gründungsprotokolls des Deutsch-Französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrats am 22.01.1998 und wegen des unterschiedlichen französischen Souveränitätsverständnisses durchaus reizvoll. Gelegenheit dazu könnte sich möglicherweise bei einer der nächsten Deutsch-Französischen Völkerrechtstagungen ergeben.



Rechtsprobleme einer deutsch-französischen Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen

Von Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg, Augsburg

Einführung

Mit seiner Entscheidung vom 12. Juli 1994¹ hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, daß deutsche Streitkräfte in integrierte Verbände von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG eingegliedert oder deutsche Soldaten an militärischen Aktionen dieser Systeme unter deren militärischem Kommando beteiligt werden können. Allerdings setzt dies voraus, daß der Gesetzgeber der Einordnung Deutschlands in das System gegenseitiger kollektiver Sicherheit nach Art. 24 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG zugestimmt hat und Eingliederung oder Beteiligung in Gründungsvertrag oder Satzung, die der Zustimmung unterliegen haben, bereits angelegt sind.² Zudem bedarf grundsätzlich jeder konkrete Einsatz der vorherigen konstitutiven Zustimmung des Bundestages („Parlamentsvorbehalt“)³, es sei denn, es handelt sich um die Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste oder Hilfeleistungen im Ausland, bei denen die Soldaten nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind, oder um einen Fall der Gefahr im Verzug.⁴

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat – so scheint es – der in ihrem Vorfeld, wenn auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführten, letztlich aber politischen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit eines Auslandseinsatzes „out of area“ ein Ende bereitet.⁵ Insbesondere der Beteiligung von Einheiten der Bundeswehr an Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen steht das Grundgesetz nicht entgegen. Indes verdeutlicht die unmittelbar nach Verkündung

1 BVerfGE, 90, 286 (= NJW 1994, 2207).

2 Ebd., 351.

3 Ebd., 381 ff.

4 Ebd., 388. Bei Gefahr im Verzug ist die Bundesregierung aber nur berechtigt, „vorläufig den Einsatz von Streitkräften zu beschließen und an entsprechenden Beschlüssen in den Bündnissen oder internationalen Organisationen ohne vorherige Einzelermächtigung durch das Parlament mitzuwirken und diese vorläufig zu vollziehen.“ Sie muß „in jedem Fall das Parlament umgehend mit dem so beschlossenen Einsatz befassen. Die Streitkräfte sind zurückzurufen, wenn es der Bundestag verlangt.“

5 Vgl. allein D.-E. Khan/M. Zöckler, Germans to the Front? or Le malade imaginaire, EJIL 3 (1992), 163-177; V. Löwe, Unendliche Geschichte, notwendiger Streit – Die Auseinandersetzung um deutsche „Blauhelme“, Vereinte Nationen 1994, 1-7; T. Stein, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, in: J. Abr. Frowein/T. Stein, Rechtliche Aspekte einer Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Friedenstruppen der Vereinten Nationen, Berlin u.a. 1990, S. 17-30; sowie die Diskussionsbeiträge, ebd., S. 31 ff.

der Entscheidung einsetzende politische und rechtliche Diskussion⁶, daß seitens des Gerichts naturgemäß allenfalls hinsichtlich der den Streitgegenstand bildenden Einsätze die allseits gewünschte Klarstellung erfolgt ist.

Demgemäß sind – vorbehaltlich der Zustimmung des Deutschen Bundestages – traditionelle Friedenssicherungsaktionen („Blauhelme“) von der Ermächtigung des Art. 24 Abs. 2 GG ebenso umfaßt wie „robustes“ peacekeeping und militärische Zwangsmaßnahmen, wenn sie unter der militärischen Befehlsgewalt der Vereinten Nationen durchgeführt werden.⁷ Insoweit handelt es sich um mit der Zugehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu den Vereinten Nationen „typischerweise verbundene“ Aufgaben; der Einsatz der Bundeswehr würde „im Rahmen und nach den Regeln“ dieses Systems kollektiver Sicherheit stattfinden. Das Zustimmungserfordernis ist aber keineswegs bis in alle Einzelheiten geklärt. Auch die Einordnung eines konkreten Einsatzes in eine der vorgenannten Kategorien wird nicht immer frei von Zweifeln sein. Besondere Probleme stellen sich, wenn sich die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen zur Durchführung von Friedenssicherungsaktionen internationaler Organisationen oder Einrichtungen bedienen, d. h. wenn sich deutsche Soldaten an militärischen Unternehmungen auf der Grundlage des Zusammenwirkens von Sicherheitssystemen beteiligen. In weiten Bereichen umstritten bleibt die Einordnung von Einsätzen zur Friedenssicherung, die zwar nach Maßgabe einer Entschließung der Vereinten Nationen, nicht indes unter deren Befehlsgewalt durchgeführt werden. Darüber hinaus stellt sich angesichts der „neuen Aufgaben“ von NATO und WEU die Frage nach der Zulässigkeit des Auslandseinsatzes der Bundeswehr, wenn die betreffende Aktion zwar von einem dieser Bündnisse beschlossen worden ist, sie aber nicht auch auf eine Entschließung der Vereinten Nationen gestützt werden kann. Schließlich bleibt offen, ob die Bundesrepublik Deutschland – allein oder im Zusammenwirken mit anderen Staaten – auch außerhalb des Rahmens bestehender Systeme kollektiver Sicherheit Friedenssicherungsaktionen durchzuführen berechtigt wäre.

6 Dazu Ch. Tomuschat, *Le juridisme fait place à la politique. L'arrêt de la Cour Constitutionnelle allemande du 12 Juillet 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes*, *Annuaire Français de Droit International* XL (1994), 371-378; G. Nolte, *Bundeswehreinätze in kollektiven Sicherheitssystemen*. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 54 (1994), 652-685; D. Blumenwitz, *Das Parlamentsheer nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994. Rechtliche Vorgaben für ein künftiges „Entsendegesetz“*, in: F. I. Majoros/A. A. Steinkamm/B. W. Krack (Hrsg.), *Politik – Geschichte, Recht und Sicherheit*, Festschrift für Gerhard Ritter, Würzburg 1995, S. 311-323; W. Heintschel v. Heinegg/U. R. Haltern, *The Decision of the German Federal Constitutional Court of 12 July 1994 in Re Deployment of the German Armed Forces „Out of Area“*, *Netherlands International Law Review* XLI (1994), 285-311; D. König, *Putting an End to an Endless Constitutional Debate? The Decision of the Federal Constitutional Court on 'Out of Area' Deployment of German Armed Forces*, *GYIL* 38 (1995), 103-128; C. Kress, *The External Use of German Armed Forces – the 1994 Judgment of the Bundesverfassungsgericht*, *ICLQ* 44 (1995), 414-426; W. Schroeder, *Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte friedenssichernder Bundeswehreinätze – BVerfG, NJW 1994, 2207, JuS 1995, 398-405*.

7 BVerfGE 90, 286, 351 ff. Vgl. ferner G. Nolte, *ZaöRV* 54 (1994), 660 f.; D. König, *GYIL* 38 (1995), 126 f.

A. Deutsch-französische Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen

I. Die verfassungs- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen

1. Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen

Die Beteiligung deutscher Streitkräfte an Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 24 Abs. 2 GG, soweit es sich um eine typischerweise mit der Zugehörigkeit zu den Vereinten Nationen verbundene Aufgabe handelt und der Einsatz nach den Regeln dieses Systems kollektiver Sicherheit stattfindet.⁸ Die jeweilige Aktion muß von dem zuständigen Organ beschlossen werden und in der Satzung der Vereinten Nationen zumindest angelegt sein. Friedenstruppen und ihre friedenssichernden Einsätze sind somit, obgleich insoweit Organisationsformen und Handlungsbefugnisse aus Kapitel VI und VII SVN kombiniert werden⁹, Bestandteil des VN-Systems, hat sich das „Blauhelm“-Konzept doch in der praktischen Handhabung der Satzung entwickelt. Dies war dem Gesetzgeber im Zeitpunkt seiner Zustimmung zu dem im Jahre 1973 vollzogenen Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Organisation der Vereinten Nationen¹⁰ auch bekannt. Folglich macht es auch keinen Unterschied, ob die Friedenstruppen hinsichtlich des Waffeneinsatzes auf Selbstverteidigung beschränkt sind oder ob dieser der Sicherung bzw. Durchsetzung des Mandats zu dienen bestimmt ist.¹¹ Auch das sog. „multifunctional peacekeeping“, wie es gegenwärtig durch IFOR praktiziert wird, ist, wie sich aus der „Agenda für den Frieden“ und ihrem Nachtrag¹² ergibt, in ausreichendem Maße in der SVN angelegt. Dies gilt erst recht in bezug auf militärische Zwangsmaßnahmen. Eines Sonderabkommens gemäß Art. 43 SVN bedarf es nicht. Militäreinsätze können auch mit den Vereinten Nationen ad hoc freiwillig gestellten Truppen durchgeführt werden. Die entsprechende Vereinbarung bedarf nicht der Zustimmung des Gesetzgebers nach Art. 59 Abs. 2 GG.¹³ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß die Bundesregierung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gehindert ist, aufgrund eines Standby-Arrangements den Vereinten Nationen Streitkräfte auch für Einsätze zur Verfügung zu stellen, die nicht in Europa oder in dessen Umfeld stattfinden. Die Bundesregierung hat demgemäß kürzlich ihre Bereitschaft bekundet, „in Einzelfällen aktiv an Konfliktlösungen in anderen Regionen“ teilzunehmen.¹⁴ Da auch bei Einsätzen

8 BVerfGE 90, 286, 345.

9 Ebd., 352. Zur Rechtsgrundlage vgl. auch *J. Abr. Frowein*, Der völkerrechtliche Status von VN-Friedenstruppen und seine Bedeutung für das deutsche Recht, in: *ders./T. Stein* (Anm. 5), S. 1-15, 3.

10 Gesetz vom 6.6.1973 (BGBl. II S. 430).

11 Dazu *M. Bothe*, nach Art. 38, Rdn. 37, in: *B. Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen – Kommentar, München 1991.

12 Agenda für den Frieden, UN Doc. A/47/277-S/24111 (teilweise abgedruckt in: Europa-Archiv 24 [1992], D 657 ff.); Nachtrag, UN Doc. A/50/60. Dazu *W. Heintschel v. Heinegg*, Der Nachtrag zur „Agenda für den Frieden“ – Nichts Neues zur Friedenssicherung –, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 1995 (Heft 2), S. 77-82

13 BVerfGE 90, 286, 378 f.

14 So die Antwort der Bundesregierung auf Frage 31 der Großen Anfrage (BT-Drucks. 13/4287), BT Drucks. 13/5181 vom 2.7.1996.

der Bundeswehr im Rahmen von Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen den multinationalen Befehlshabern lediglich „operational command“ bzw. „operational control“, nicht aber „full command“ übertragen wird, kommt nicht Art. 24 Abs. 1 GG zur Anwendung.¹⁵ Es handelt sich vielmehr, da es an der „Durchgriffswirkung“ fehlt, um eine „Beschränkung von Hoheitsrechten“ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG, die von der Zustimmung des Gesetzgebers zum Beitritt zu den Vereinten Nationen umfaßt ist. In diesem Zusammenhang sei betont, daß die die Befehlsstrukturen kennzeichnenden Begriffe nicht immer einheitlich verwendet werden.¹⁶

Umstritten bleibt allerdings nach wie vor, ob auch eine Beteiligung deutscher Streitkräfte an Aktionen vom Typ „Golfkrieg II“ von der verfassungsrechtlichen Ermächtigung in Art. 24 Abs. 2 GG gedeckt wäre.¹⁷ Wie *Bothe* kurz nach Verkündung zu Recht feststellte, läßt sich der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht eindeutig entnehmen, daß die Deutschen an einem Konflikt nach dem Modell des Golfkriegs teilnehmen könnten.¹⁸ Gleichwohl steht damit nicht fest, daß ein Einsatz, für den lediglich eine Ermächtigung durch den Sicherheitsrat erfolgt ist, der aber nicht unter seiner militärischen Befehlsgewalt durchgeführt wird, außerhalb des Rahmens der Vereinten Nationen stattfindet. Das wäre in der Tat nur dann zweifelsfrei der Fall, wenn der Sicherheitsrat gänzlich untätig bliebe und die Bundesregierung – außerhalb von NATO und WEU – sich zur (völkerrechtlich zulässigen) Nothilfe entschließen würde.¹⁹ Nun soll hier nicht die im Schrifttum bereits ausgiebig geführte Diskussion über die rechtliche Einordnung der mit Resolution 678 den mit Kuwait kooperierenden Staaten erteilten Ermächtigung fortgeführt werden, sind doch die Argumente ausgeschöpft.²⁰ Vielmehr wollen wir uns darauf beschränken, uns unter Hinweis auf den Inhalt dieser und der nachfolgenden Resolutionen²¹, auf Art. 48 SVN sowie auf die Unterscheidung zwischen der organisationsrechtlichen Zurechnung von Streitkräften einerseits und der funktionell-rechtlichen Qualifikation einer Aktion als der eines kollektiven Sicherheitssystems andererseits²²

15 BVerfGE 90, 286, 353. Zu diesen Begriffen vgl. ZDv 1/50 (insoweit wiedergegeben ebd., 308).

16 Vgl. etwa NATO's New Force Structures, NATO Basic Factsheet No. 5 (January 1996), wo sich die folgende Feststellung findet: „In general most NATO forces remain under full national command in peacetime. Exceptions to this rule are the integrated staffs in the various NATO military headquarters; parts of the integrated air defence structure, including the Airborne Early Warning and Control System (AWACS) forces; some communications units; and the Standing Naval Forces as well as other elements of the Alliance's Reaction Forces“ (Hervorhebungen vom Verf.).

17 Dafür *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 660 ff.; *D. König*, GYIL 38 (1995), 127; *C. Kress*, ICLQ 44 (1995), 417; dagegen *Ch. Tomuschat*, AFDI XL (1994), 375; *W. Schroeder*, JuS 1995, 404.

18 *M. Bothe*, Rätsel aus Karlsruhe, Der Spiegel 30/1994, S. 28-29.

19 Beachte, daß sich *Nolte* (ZaöRV 54 [1994], 684) nur auf den Fall bezieht, daß Nothilfe im Rahmen von NATO und WEU geleistet wird.

20 Vgl. u. a. *O. Schachter*, United Nations Law in the Gulf Conflict, AJIL 85 (1991), 452-473; *Ch. Greenwood*, Iraq's Invasion of Kuwait: Some Legal Issues, NZWehr 1991, 45-57; *M. Pechstein*, Der Golfkrieg – Völkerrechtliche und grundgesetzliche Aspekte, Jura 1991, 461-467.

21 Dazu *W. Heintschel v. Heinegg*, Die Resolution 687 (1991) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen – Die Bedingungen für das Zustandekommen eines förmlichen Waffenstillstands zwischen dem Irak und den mit Kuwait kooperierenden Staaten, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1991 (Heft 1/2), S. 38-42.

22 *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 661 f.

für die Vereinbarkeit eines lediglich auf eine Ermächtigung des Sicherheitsrats gestützten Einsatzes der Bundeswehr mit Art. 24 Abs. 2 GG auszusprechen.

Lediglich vereinzelt ist bislang erörtert worden, ob auch ein Einsatz auf der Grundlage einer Empfehlung der Generalversammlung oder des Sicherheitsrats im Rahmen des VN-Systems erfolgen und damit von Art. 24 Abs. 2 GG erfaßt würde.²³

Gemäß Art. 39 SVN kann der Sicherheitsrat auch Empfehlungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des internationalen Friedens und der Sicherheit geben, denen freilich keine rechtliche Bindungswirkung zukommt. Daher stellen darauf gestützte Aktionen keine Zwangsmaßnahmen dar. Wenngleich der Sicherheitsrat mit einer Empfehlung in aller Regel auch seiner Rechtsüberzeugung Ausdruck verleihen wird und daher möglicherweise eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der empfohlenen Maßnahme spricht²⁴, ist sie funktionell-rechtlich nicht mehr als solche der Vereinten Nationen zu qualifizieren, da es an dem erforderlichen Mindestmaß an Kontrolle durch den Sicherheitsrat fehlt. Sie erfolgt dann zwar noch „nach den Regeln“, nicht aber „im Rahmen“ der Vereinten Nationen.

Nichts anderes gilt, wenn die Generalversammlung von den mit Resolution 377 (V)²⁵ geschaffenen Eingriffsmöglichkeiten Gebrauch macht. Danach soll sie befugt sein, den Mitgliedstaaten Empfehlungen für Kollektivmaßnahmen zu geben, wenn die Voraussetzungen des Art. 39 SVN vorliegen und der Sicherheitsrat sich mit der betreffenden Situation befaßt hat, aber infolge des Fehlens der Einigkeit seiner ständigen Mitglieder bei der Ausübung seiner Hauptverantwortung für die Wahrung des internationalen Friedens und der Sicherheit gescheitert ist.²⁶ Wenngleich gute Gründe für die Rechtmäßigkeit der uniting-for-peace-Resolution sprechen²⁷, so daß auch eine Empfehlung von Kollektivmaßnahmen im Einklang mit der SVN steht, handelt es sich auch in diesem Fall nicht mehr um eine Aktion „im Rahmen“ der Vereinten Nationen.

Demgemäß kommt Art. 24 Abs. 2 GG bei Vorliegen lediglich einer Empfehlung der Vereinten Nationen als verfassungsrechtliche Grundlage nicht in Betracht, es sei denn, die Bundeswehr würde im Rahmen von NATO oder WEU zum Einsatz kommen. Es kommt dann in der Tat darauf an, ob Art. 87a Abs. 2 GG als „zweites Standbein“ herangezogen werden kann.²⁸

23 D. Blumenwitz, *Entsendegesetz* (Anm. 6), S. 322; W. Schroeder, *JuS* 1995, 400.

24 So J. Abr. Frowein, in: B. Simma (Anm. 11), Art. 39 Rdn. 31 ff., 34.

25 UN Doc. GA/RES/377 (V) vom 3.11.1950.

26 Es kann in diesem Zusammenhang, wie die jüngsten Ereignisse zeigen, keineswegs davon die Rede sein, „mit Ende des Kalten Krieges habe sich die Pattsituation im Sicherheitsrat erledigt“, so daß die Resolution künftig nicht mehr angewendet werden dürfte. So aber W. Schroeder, *JuS* 1995, 400.

27 Dazu statt vieler B. Nolte, Stichwort: *Uniting for Peace*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch Vereinte Nationen*, 2. Aufl., München 1991.

28 D. Blumenwitz, *Entsendegesetz* (Anm. 6), S. 322.

2. Das Erfordernis vorheriger parlamentarischer Zustimmung

a) Zum Anwendungsbereich des „Parlamentsvorbehalts“

Auch wenn der Einsatz deutscher Streitkräfte nach Art. 24 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, weil er im Rahmen und nach den Regeln des Systems kollektiver Sicherheit der Vereinten Nationen erfolgt, bedarf es noch der – regelmäßig vorhergehenden – parlamentarischen Entscheidung über den konkreten Einsatz. Dieses Zustimmungserfordernis gilt bei Einsätzen der Bundeswehr im Rahmen von Resolutionen des Sicherheitsrats unabhängig davon, ob den Streitkräften Zwangsbefugnisse nach Kapitel VII SVN eingeräumt sind und wie die Kommandostrukturen ausgestaltet sind.²⁹ Ist man bereit, der vorrangig rechtshistorischen Herleitung des „Parlamentsvorbehalts“ durch das Bundesverfassungsgericht zuzustimmen, so ist diese klare Bestimmung seines Anwendungsbereichs durchaus zu begrüßen, sind doch – wie das Gericht zu Recht feststellt – „die Grenzen zwischen traditionellen Blauhelmeinsätzen und solchen mit der Befugnis zu bewaffneten Sicherungsmaßnahmen in der Realität fließend geworden“.³⁰ Allerdings stellt sich die Frage, worin der Unterschied zwischen dem Einsatz im Rahmen von UNOSOM II und der ausdrücklich vom Zustimmungserfordernis ausgenommenen Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste und Hilfeleistungen im Ausland liegt. Eine Abgrenzung nach den jeweiligen Befugnissen kommt nicht in Betracht. Auch bei Hilfsdiensten und Hilfeleistungen im Ausland ist den Soldaten der Waffeneinsatz zur Selbstverteidigung gestattet. Auf die grundsätzliche Zulässigkeit des Waffeneinsatzes kommt es daher ebensowenig an wie auf die tatsächlich übernommene und durchgeführte Aufgabe. Entscheidend ist vielmehr, ob die Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn sie einen Kampfauftrag erfüllen oder zum Waffeneinsatz zur Durchsetzung des Mandats ermächtigt werden, sondern auch, wenn sie, wie in Somalia, zwar lediglich logistische Unterstützung, humanitäre Hilfe oder in sonstiger Weise Hilfsdienste leisten, aber in eine Kommandostruktur einbezogen sind, die ein auf Kapitel VII SVN gestütztes Mandat erfüllt. Nicht die deutsche Beteiligung, sondern die Aktion als Ganze ist mithin für die Abgrenzung entscheidend. Allgemein läßt sich sagen, daß das Zustimmungserfordernis immer dann gilt, wenn in bezug auf das Einsatzgebiet³¹ die Voraussetzungen von Art. 39 SVN bejaht worden sind oder es überhaupt an friedlichen Rahmenbedingungen fehlt.³² Friedliche Rahmenbedingungen herrschen beispielsweise bei der Hilfe in Katastrophenfällen, aber auch dann, wenn der internationale Friede oder die internationale Sicherheit wiederhergestellt sind. Vom Zustimmungserfordernis ausgenommen war demgemäß auch der Einsatz deutscher Minenabwehrverbände im Persischen Golf.

Der Vollständigkeit halber sei im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des „Parlamentsvorbehalts“ darauf hingewiesen, daß die bloße Möglichkeit der Ver-

29 BVerfGE 90, 286, 387.

30 Ebd., 387 f.

31 Demgemäß bedurften die deutschen Hilfsflüge nach Goma während der Ruanda-Krise nicht der Zustimmung des Bundestages.

32 Ebenso W. Schroeder, JuS 1995, 405.

wicklung in bewaffnete Auseinandersetzungen das Zustimmungserfordernis noch nicht auslöst.³³ Da das Bundesverfassungsgericht nur den konkreten Einsatz von der vorherigen Zustimmung des Bundestages abhängig macht, ist die Bundesregierung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gehindert, sich an der Planung von Auslandseinsätzen zu beteiligen.

b) Zum Umfang der Zustimmung

Der unmittelbar aus der Verfassung herzuleitende Parlamentsvorbehalt dient der Kontrolle der Bundesregierung und bewirkt die Mitübernahme der Verantwortung des Parlaments für den konkreten Auslandseinsatz der Streitkräfte. Indes wird durch das Zustimmungserfordernis der der Regierung von der Verfassung für außenpolitisches Handeln gewährte Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit nicht berührt. Daher wird dem Bundestag weder eine Initiativbefugnis noch eine Kompetenz hinsichtlich der Modalitäten, den Umfang und die Dauer eines Einsatzes verliehen.³⁴ Vielmehr ist das Parlament darauf beschränkt, einem von der Bundesregierung beabsichtigten Einsatz die Zustimmung zu erteilen oder zu versagen. Die parlamentarische Kontrolle und Mitübernahme von Verantwortung sind mithin auf das Ob eines Einsatzes beschränkt. Das Wie bleibt dem Eigenbereich der Regierung vorbehalten. Allerdings können sich die Umstände eines Einsatzes durch unvorhersehbare Ereignisse derart ändern, daß eine Aktion schnell einen anderen Sinn erhält. Dann aber stellt sich die Frage, ob es entweder einer erneuten bzw. erweiterten parlamentarischen Legitimation bedarf oder ob der Bundestag gar zur Rücknahme seiner Zustimmung berechtigt wäre.

Die Antwort wird sich in aller Regel aus dem Bundestagsbeschluß und seinen Grundlagen ergeben. Die bisherige Praxis verdeutlicht, daß die Anträge der Bundesregierung nicht auf das Ersuchen beschränkt sind, der Bundestag möge beispielsweise dem Einsatz bewaffneter Streitkräfte in Bosnien-Herzegowina zustimmen.³⁵ Vielmehr wird immer auch der jeweilige, vergleichsweise detaillierte Kabinettsbeschluß in Bezug genommen und in der Begründung im Wortlaut wiedergegeben.³⁶ Dann aber, um bei dem Beispiel zu bleiben, erstreckt sich die parlamentarische Legitimation des deutschen Beitrags zur Absicherung des Friedensvertrages von Dayton von vornherein auf die in der Beschlußvorlage dargelegten Modalitäten und vor allem auch auf den dort genannten Zeitraum von „längstens

33 D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), S. 316.

34 BVerfGE 90, 389.

35 BT Drucks. 12/8303 vom 19.7.1994 (Deutsche Beteiligung an Maßnahmen von NATO und WEU zur Durchsetzung von Beschlüssen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen zum Adria-Embargo und Flugverbot über Bosnien Herzegowina); BT Drucks. 13/1802 vom 26.6.1995 (Deutsche Beteiligung an den Maßnahmen zum Schutz und zur Unterstützung des schnellen Einsatzverbands im früheren Jugoslawien einschließlich der Unterstützung eines eventuellen Abzugs der VN-Friedenstruppen); BT Drucks. 13/3122 vom 28.11.1995 (Deutsche Beteiligung an den militärischen Maßnahmen zur Absicherung des Friedensvertrages für Bosnien-Herzegowina); BT Drucks. 13/3708 (Deutsche Beteiligung an der Unterstützung der VN-Übergangsadministration für Ostslawonien [United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium = UNTAES) durch die multinationale Friedenstruppe für Bosnien-Herzegowina [IFOR]).

36 Mit dieser Praxis verhindert die Bundesregierung in der Tat die von G. Nolte (ZaöRV 54 [1994], 682 f.) beschworenen Gefahren.

zwölf Monaten“.³⁷ Sollen die deutschen Verbände andere als die im Kabinettsbeschuß genannten Aufgaben übernehmen oder dort länger verweilen, fehlt es an der erforderlichen parlamentarischen Zustimmung, so daß es in der Tat eines erneuten bzw. erweiterten Bundestagsbeschlusses bedarf. Dies ist, wenn man so will, eine Folge der Praxis der Bundesregierung, ihren von der Verfassung für außenpolitisches Handeln gewährten Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit freiwillig zu beschränken. Daraus darf jedoch nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, eine erneute bzw. erweiterte Zustimmung sei bereits immer dann erforderlich, wenn sich, etwa bei einer Eskalation, die im Zeitpunkt der Beschlußfassung gegebenen Umstände ändern.³⁸ Es sei daran erinnert, daß das Bundesverfassungsgericht alle Einsätze bewaffneter Streitkräfte im Rahmen von Resolutionen des Sicherheitsrats dem Zustimmungserfordernis unterstellt, eben weil die Grenzen zwischen den verschiedenen Einsatzformen in der Realität fließend geworden sind und der Begriff der Selbstverteidigung heute in einem aktiven Sinne verstanden wird. Jedem Einsatz ist somit die Möglichkeit der Eskalation immanent. Allenfalls bei einer grundlegenden Änderung der bei der Beschlußfassung gegebenen Umstände und Einsatzbedingungen wird man daher einen erneuten bzw. erweiterten Legitimationsakt fordern können. Die Grenzziehung erscheint insoweit unproblematisch, wird doch, wenn sich die Umstände tatsächlich derart ändern sollten, daß ein Einsatz einen gänzlich anderen Sinn erhält, in aller Regel ein erweitertes bzw. neues Mandat des Sicherheitsrats erforderlich werden.

Ist ein konkreter Einsatz bei einer grundlegenden Änderung der Umstände oder im Falle der Selbstbeschränkung der Bundesregierung nicht mehr von der Zustimmung des Bundestages umfaßt und damit verfassungswidrig, bleibt noch die Frage nach der Rücknehmbarkeit der Zustimmung, wenn der Einsatz noch im Rahmen der parlamentarischen Zustimmung verbleibt. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich insoweit auf die Feststellung, der Bundestag könne „lediglich einem von der Bundesregierung beabsichtigten Einsatz seine Zustimmung versagen oder ihn, wenn er ausnahmsweise ohne seine Zustimmung schon begonnen hat, unterbinden“.³⁹ Wenn im Schrifttum geltend gemacht wird, dies sei nicht notwendig abschließend gemeint⁴⁰, so wird übersehen, daß sich das „lediglich“ auch auf den zweiten Teil des Nebensatzes bezieht. Auch ist nichts dafür ersichtlich, daß die der Bundesregierung vorbehaltene Bestimmung der Dauer in einem engen Sinne, d. h. eines Zeitrahmens verstanden werden muß, den das Parlament „sinnvollerweise nur verantworten konnte“.⁴¹ Hierdurch würden angesichts der Konturenlosigkeit solcher Begriffe wie „sinnvoll“ die verfassungsgerichtlichen Vorgaben und der exekutive Eigenbereich unnötig aufgeweicht oder gar bedeutungslos. Zwar trifft es zu, daß die Forderung, der Bundestag sei bei seiner Beschlußfassung an die mit seiner Zustimmung zustande gekommenen rechtlichen Festlegungen über den Einsatz bewaff-

37 So Zf. 5 des in BT Drucks. 13/3122 wiedergegebenen Beschlusses der Bundesregierung vom 28.11.1995.

38 So aber G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 681. Offengelassen von D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), S. 316.

39 BVerfGE 90, 286, 389.

40 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 680.

41 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 681.

netter Streitkräfte gebunden, auf das vom Bundestag einzuhaltende Verfahren bezogen ist und der Wortlaut der Urteilsbegründung insoweit keine eindeutigen Aussagen gegen eine Rücknahmebefugnis ergibt. Die – abschließend gemeinte – Bestimmung der Grenzen des Zustimmungserfordernisses erfolgt aber im Anschluß an diese Ausführungen zum Verfahren. Darf der der Regierung von der Verfassung gewährte Eigenbereich durch den Parlamentsvorbehalt nicht berührt werden, ist die Rücknahme einer einmal erteilten Zustimmung mithin unzulässig, wenn der betreffende Einsatz (noch) von ihr gedeckt ist. Nichts anderes folgt aus der Ausnahmevorschrift des Art. 115 I Abs. 2 S. 1 GG, die den Bundestag berechtigt, den Verteidigungsfall jederzeit für beendet zu erklären. Dabei kann hier dahinstehen, ob Ausnahmevorschriften überhaupt analogiefähig sind. Angesichts der fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlage ist sie jedenfalls nicht auf Streitkräfteeinsätze im Rahmen von kollektiven Sicherheitssystemen entsprechend anwendbar. Der Verteidigungsfall betrifft eben in erster Linie die Bundesrepublik Deutschland und ihre Existenz. Im System des Grundgesetzes ist es durchaus konsequent, die Entscheidung darüber dem Parlament als einzigem unmittelbar demokratisch legitimierten Organ vorzubehalten. Anders verhält es sich im Bereich der auswärtigen Beziehungen, zu dem auch der Auslandseinsatz der Streitkräfte im Rahmen von Systemen kollektiver Sicherheit zu zählen ist. Dieser ist weitgehend der Regierung vorbehalten, weil er trotz der vom Bundesverfassungsgericht durchaus in seine Überlegungen einbezogenen Möglichkeit der Eskalation eben nicht von einer dem Verteidigungsfall vergleichbaren „potentiell existentiellen Bedeutung“⁴² ist.

Obwohl die mit dem Parlamentsvorbehalt verbundenen Schwierigkeiten in Theorie und Praxis nicht unüberwindbar sind, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in der Tat nicht nur ein „Entsendegesetz“⁴³, sondern auch die mit Art. 24 Abs. 1 GG zur Verfügung stehende Möglichkeit der einfachgesetzlichen Übertragung von Hoheitsrechten⁴⁴ ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

II. Möglichkeiten einer deutsch-französischen Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen

1. Gemeinsame Aktionen außerhalb bestehender Bündnisstrukturen

Für eine deutsch-französische Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen, die nicht unter Nutzarmmachung oder im Rahmen bestehender Bündnisstrukturen stattfindet, sind unterschiedliche, über gemeinsame Übungen und Manöver hinausgehende Szenarien denkbar. Angesichts entsprechender Überlegungen etwa unter den Mitgliedstaaten der WEU könnten Deutschland und Frankreich zum Zweck der Friedenssicherung eine „coalition of the willing“⁴⁵ bil-

42 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 682.

43 D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), *passim*.

44 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 676 f.

45 So der WEU-Ministerrat in Abs. 162 seiner Erklärung von Madrid vom 14. November 1995, *WEU Council of Ministers, European Security: a Common Concept of the 27 WEU Countries* (= gopher://marvin.stc.nato.int:70/00/Other_International/weu/COM/concepte.txt).

den oder gemäß dem sog. „lead-nation“-Modell auf eine Krise reagieren.⁴⁶ Indes ist es müßig, darüber zu spekulieren, solange es an den für eine Zusammenarbeit im eigentlichen Sinne dieses Begriffs unabdingbaren bi- bzw. multilateralen Strukturen oder gar an dem politischen Willen fehlt.

a) Sanitätsdienste

Was vorhandene Strukturen anbelangt, so kann zunächst auf die Vereinbarung vom 30. November 1993 zwischen den Verteidigungsministern⁴⁷ der beiden Länder hingewiesen werden. Diese hat zum Ziel, den „gemeinsamen Einsatz der Mittel der Vertragsparteien zur sanitätsdienstlichen Unterstützung im Rahmen humanitärer Hilfeleistung zu regeln und zu koordinieren sowie die Planung, Vorbereitung und Durchführung dieser Aktionen zu erleichtern.“ Wenngleich ausweislich von Art. 1 Abs. 1 vorrangig humanitäre Hilfeleistungen in Ländern der Dritten Welt ins Auge gefaßt sind, verdeutlicht der die Kostenerstattung regelnde Art. 11, daß Einheiten des französischen und des deutschen Sanitätsdienstes auch einer internationalen Organisation, etwa den Vereinten Nationen, zur Verfügung gestellt werden können. Freilich ergeben sich in bezug auf diese Form der deutsch-französischen Zusammenarbeit keine nennenswerten völker- oder verfassungsrechtlichen Probleme, setzt gemäß Art. 1 Abs. 2 die Anwendung der Vereinbarung doch voraus, daß die nationalen zuständigen Stellen – das ist für die Bundesrepublik Deutschland das Auswärtige Amt – unter Wahrung der nationalen verfassungsrechtlichen Grenzen den Einsatz veranlaßt haben und die Regierung des Einsatzlandes dem zugestimmt hat. Einer Zustimmung seitens des Bundestages bedarf es grundsätzlich nicht, es sei denn, die Sanitätseinheiten sind im vorstehenden Sinne in bewaffnete Unternehmungen einbezogen.

b) Eurokorps

Wenngleich die humanitäre Hilfeleistung jedenfalls auch ein Bestandteil von Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen sein kann, ist von weit größerem Interesse, ob Frankreich und Deutschland zudem über Strukturen verfügen, die sie in die Lage versetzen, militärische Einsätze zur Friedenssicherung eigenständig durchzuführen. Im Jahre 1988 wurde nicht nur der gemeinsame Verteidigungs- und

46 Auch insoweit sei auf die Erklärung von Madrid verwiesen, in deren Abs. 164 die WEU-Staaten erklären: „In addition to an individual nation's response to a crisis, there is also the possibility that a *cooperative response* could be mounted by several nations acting *under the direction of a 'lead nation'* which would be responsible for the command arrangements for the operation, as well as other aspects such as transport and common logistics. In this case, political support could be provided by WEU, which could also help to coordinate national contributions to the operation. Such an operation would remain however under the full responsibility of the individual nation or group of nations“ (Hervorhebungen vom Verf.).

47 Vereinbarung zwischen dem Bundesminister der Verteidigung und dem Minister der Verteidigung der Französischen Republik über die Zusammenarbeit des französischen und deutschen Sanitätsdienstes bei gemeinsamen humanitären Hilfeleistungen, Bonn, 30.11.1993.

Sicherheitsrat geschaffen⁴⁸, sondern auch die Aufstellung der mittlerweile einsatzbereiten deutsch-französischen Brigade beschlossen.⁴⁹ Indes ist nichts dafür ersichtlich, daß dieser gemeinsame Truppenverband gegenwärtig als solcher für einen Einsatz, sei es zur Hilfeleistung, sei es zu Kampfzwecken, ernsthaft in Betracht gezogen wird oder werden kann. Dagegen spricht insbesondere, daß die deutsch-französische Brigade seit dem 1. Oktober 1994 dem Eurokorps auch im Frieden mit operational command unterstellt ist⁵⁰, so daß ihr Einsatz allenfalls im Rahmen des Eurokorps denkbar erscheint.

In diesem Zusammenhang wird mitunter gerne auf eine Äußerung des damaligen französischen Präsidenten *Mitterand* verwiesen, der einem Bericht von *Le Monde* vom 24./25. Mai 1992, mithin einen Monat vor Verabschiedung der Petersberg-Erklärung, zufolge die Auffassung vertreten haben soll, der Einsatz des Eurokorps in Jugoslawien wäre erörtert worden, hätte es bestanden und ließe es die deutsche Verfassung zu.⁵¹

Das Eurokorps funktioniert nach dem Modell vertiefter Integration und ist in der Tat nicht nur für die gemeinsame Verteidigung der Verbündeten und für humanitäre Aufgaben vorgesehen, sondern auch für Einsätze zur Aufrechterhaltung und Wiederherstellung des Friedens im Rahmen der Vereinten Nationen.⁵² Einem Einsatz des Eurokorps stünden mithin keine nennenswerten verfassungsrechtlichen Bedenken im Wege, wenn er auf der Grundlage einer Resolution des Sicherheitsrats erfolgte und die erforderliche Beteiligung des Bundestages sichergestellt wäre, da die ermächtigten Staaten sich bei der Durchführung selbstverständlich auch bestehender integrierter Verbände bedienen können.

Angesichts der – freilich vagen – Aufgabenbeschreibung des Korps und der Art seiner Bewaffnung wird angenommen, das Korps sei auch für Aktionen vom Typ Golfkrieg II zum Einsatz außerhalb Europas vorgesehen.⁵³ Dies mag zutreffen, bedeutet indes nicht, daß Deutschland und Frankreich sowie die anderen mittlerweile ebenfalls am Eurokorps beteiligten Staaten⁵⁴ seinem Einsatz auch außerhalb bestehender Bündnisstrukturen zuzustimmen bereit sind. Endgültigen Aufschluß geben könnte lediglich die noch im Verhandlungsstadium befindliche „Straßburger Übereinkunft“, die den vertragsrechtlichen Rahmen für das Eurokorps bilden soll. Wie-

48 Protokoll über die Schaffung eines deutsch-französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrats, Paris, 22.1.1988, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, BGBl. 1988 II, S. 1150 (abgedruckt in: Europa-Archiv 1988, D. 131 f.). Dazu *J. Jessel*, Les protocoles du 22 Janvier 1988: Une nouvelle étape de la coopération franco-allemande dans le domaine de la défense et de la sécurité, *Annuaire Français de Droit International* XXXIV (1988), 823-837.

49 Zur deutsch-französischen Brigade vgl. *K. Dau*, Rechtliche Rahmenbedingungen einer deutsch-französischen Brigade, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 1989, 177-186, 178 ff.; *P. Klein/E. Lippert*, Die deutsch-französische Brigade als Beispiel für die Militärische Integration Europas, SOWI-Arbeitspapier Nr. 53, München, Juli 1991.

50 Das Eurokorps, Reihe Stichworte für die Öffentlichkeitsarbeit und Truppeninformation (Stand: November 1995).

51 Vgl. *O. Ischebeck*, 30 Jahre nach dem Elysée-Vertrag, *Sicherheit und Frieden* 1993, 44-47, 47.

52 Das Eurokorps (Anm. 50).

53 *O. Ischebeck*, *Sicherheit und Frieden* 1993, 47.

54 Dies sind neben Deutschland und Frankreich Belgien, Luxemburg, Spanien und demnächst die Niederlande.

wohl offen ist, ob die Parteien den Einsatz des Korps auf den Rahmen bestehender Bündnisse und der weiterentwickelten Europäischen Union beschränken oder es bei der allgemein gehaltenen Aufgabenbeschreibung belassen werden, spricht die Entwicklung der letzten Jahre wohl eher für eine Beschränkung auf den Einsatz im Rahmen von NATO und WEU.⁵⁵ Doch selbst wenn ein eigenständiger Einsatz des Korps theoretisch denkbar ist, ist die tatsächliche Möglichkeit eher skeptisch zu beurteilen. Es erscheint wenig plausibel, daß – wie *Gordon*⁵⁶ zutreffend feststellt – Frankreich und Deutschland bereit wären, Friedenswahrung, Friedenssicherung oder humanitäre Einsätze zu übernehmen, deren Durchführung ihre Verbündeten abgelehnt haben. Tatsächlich war es bislang wahrscheinlicher, daß Frankreich solche Aktionen zusammen mit Großbritannien (wie in Jugoslawien) oder den Vereinigten Staaten (wie in Somalia und im Irak-Kuwait-Konflikt) statt mit der Bundesrepublik Deutschland durchführte.⁵⁷ Diese Einschätzung wird, zumindest indirekt, selbst durch die gemeinsame Erklärung des deutsch-französischen Verteidigungs- und Sicherheitsrates zum Abschluß der Tagung in Dijon am 5. Juni 1996⁵⁸ bestätigt, hat der Rat den gemeinsamen Willen beider Länder, der „deutsch-französischen Zusammenarbeit im Bereich der Verteidigung und der Sicherheit neuen Schwung zu verleihen“, doch ausdrücklich auf den europäischen Kontext beschränkt und im übrigen die transatlantische Partnerschaft beschworen. Auch die Bereitschaft der Bundesrepublik Deutschland, künftig in vollem Umfang auch an militärischen Friedenssicherungsaktionen teilzunehmen, wird schwerlich eine verstärkte, spezifisch deutsch-französische Zusammenarbeit in diesem Bereich zur Folge haben. Im Gegenteil, die Annäherung Frankreichs an die Atlantische Allianz beruht gerade auf der Erkenntnis, daß die Europäer ohne Mitwirkung der USA zu einem militärisch abgestützten Krisenmanagement nicht in der Lage sind.

2. Gemeinsame Aktionen im Rahmen von NATO und WEU

Eine deutsch-französische Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen der Vereinten Nationen ist, wie die bisherige Praxis hinreichend zeigt, mithin wohl nur vorstellbar, soweit sie im Rahmen von NATO und WEU stattfindet. Dies um so mehr, als insbesondere das „multifunctional peacekeeping“ umfassende und komplexe Aufgaben stellt, die nur durch koordinierte Maßnahmen und nach Maßgabe

55 Es besteht Übereinstimmung zwischen den beteiligten Staaten, daß das Eurokorps gleichgewichtig sowohl Aufgaben im Rahmen der Nordatlantischen Allianz als auch der Westeuropäischen Union übernehmen kann. Einzelheiten über seinen Einsatz im Rahmen der NATO enthält das sog. SACEUR-Abkommen vom 21. Januar 1993. Bei der Ministertagung der WEU am 19. Mai 1993 haben Deutschland und Frankreich das Eurokorps als „Forces Answerable to WEU“ (FAWEU) benannt. Die Beziehungen zwischen der WEU und dem Eurokorps als FAWEU sind in besonderen Vereinbarungen geregelt. Vgl. Das Eurokorps (Anm. 50).

56 *Ph. H. Gordon*, Die deutsch-französische Partnerschaft und die Atlantische Allianz, *Arbeitspapiere zur internationalen Politik* Nr. 82, Bonn 1994, S. 27. Vgl. auch *K. Feldmeyer*, Mit dem Eurokorps nach Bosnien?, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 29. September 1995, S. 1.

57 Zur französischen Sicht des Eurokorps vgl. auch *A. Sauder*, *Souveränität und Integration. Französische und deutsche Konzeptionen europäischer Sicherheit nach dem Ende des Kalten Krieges* (1990-1993), Baden-Baden 1995, S. 292 ff.

58 <http://www.bundesregierung.de/inland/bpa/bulletin/96061912.html>.

bestehender Verfahren erfüllt werden können.⁵⁹ Gegenwärtig verfügt nur die NATO über die erforderlichen Strukturen und Fähigkeiten. Indes werden zur Zeit auch die operationellen Fähigkeiten der WEU aufgebaut.⁶⁰ Bevor die faktischen Möglichkeiten eines gemeinsamen Vorgehens im Rahmen dieser beiden Organisationen einer näheren Betrachtung unterzogen werden können, bedarf es indes einer Klärung der mit dem Zusammenwirken von Sicherheitssystemen verbundenen Rechtsfragen

a) Rechtsprobleme des Zusammenwirkens kollektiver Sicherheitssysteme

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts umfaßt die Einwilligung des Gesetzgebers in die Einordnung der Bundesrepublik Deutschland in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit und in die damit einhergehende Beschränkung von Hoheitsrechten gemäß Art. 24 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auch die Beteiligung deutscher Soldaten an militärischen Unternehmungen auf der Grundlage des Zusammenwirkens von Sicherheitssystemen in deren jeweiligen Rahmen.⁶¹ Eben weil die Zusammenarbeit „im jeweiligen Rahmen“ der beteiligten Systeme erfolgen muß, ist auch bei einer zunächst auf Art. 24 Abs. 2 GG beschränkten Beurteilung⁶² von entscheidender Bedeutung, auf welche völkerrechtlichen Grundlagen sie gestützt werden kann.⁶³ In diesem Zusammenhang stellen sich zwei Fragen:

- Nach Maßgabe welcher Vorschriften ist der Sicherheitsrat berechtigt, Organisationen wie NATO und WEU in seine Friedenssicherungsaktionen einzubeziehen?
- Wird mit den konkreten Einsätzen der Aufgabenbereich der mit der Durchführung betrauten Systeme/Organisationen gewahrt?

aa) Das Rechtsverhältnis zwischen den Vereinten Nationen und der NATO bzw. WEU

In bezug auf die NATO- und WEU-Einsätze im ehemaligen Jugoslawien beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht auf die Feststellung:

„Durch die im Rahmen von NATO und WEU durchgeführten Operationen leisten deren Mitgliedstaaten ihren Beitrag zur Durchsetzung des für sie als Mitglieder der Vereinten

59 Vgl. statt vieler *D. Lightburn*, NATO and the Challenge of Multifunctional Peacekeeping, NATO Review 44 (1996, No. 2), 10-14. *Lightburn* zufolge zeichnet sich das „multifunctional peacekeeping“ durch folgende Charakteristika aus: „security conditions that are complex, unpredictable and dangerous combined with a serious humanitarian situation of some description (for example, starvation, terror, ethnic cleansing, mass refugee movement, genocide).“

60 Vgl. allein den Bericht der Bundesregierung über die Tätigkeit der Westeuropäischen Union für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1996, BT Drucks. 13/5463 vom 28.8.1996.

61 BVerfGE 90, 286, 351.

62 Es trifft folglich nicht zu, daß die völkerrechtlichen Kompetenzen nur für Art. 59 Abs. 2 GG von Bedeutung sind. So aber *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 659.

63 Es soll hier nicht Gegenstand der Untersuchung sein, ob Defensivbündnisse Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit sein können. Jedenfalls sind nach Auffassung des BVerfG (E 90, 286, 349 f.) NATO und WEU Systeme kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG, weil sie strikt auf die Friedenswahrung verpflichtet sind.

Nationen gemäß Art. 41 in Verbindung mit Art. 48 SVN verbindlichen Embargos. Im institutionellen Rahmen dieser internationalen Organisationen erfüllen die daran beteiligten Mitgliedstaaten ihre Pflicht zur Unterstützung der Sicherheitsrats-Beschlüsse. NATO und WEU werden auf diese Weise in das VN-Friedenssicherungssystem einbezogen. Sie stützen ihr Handeln ausweislich der Ratsbeschlüsse vom 10. Juli 1992 auf die die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen autorisierenden Sicherheitsrats-Beschlüsse Nrn. 713, 724 und 757. Gleiches gilt für die von der NATO ausgeführte Aufgabe, mit ihrem Frühwarnverband AWACS das vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen verhängte Flugverbot im Luftraum über Bosnien-Herzegowina gemäß den Resolutionen Nrn. 781 und 816 zu überwachen und seine Einhaltung nötigenfalls militärisch durchzusetzen.⁶⁴

Unter Hinweis auf die Oberhoheit des Sicherheitsrats ist im Schrifttum daraus gefolgert worden, „les unités de l'OTAN sont réduites au rôle de bras exécutif, serviteur de l'ONU“, sie mithin lediglich Hilfsfunktionen erfüllten.⁶⁵ Gleichwohl bleibt offen, gemäß welcher Rechtsgrundlage der Sicherheitsrat NATO und WEU in das Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen einbezogen hat. In diesem Zusammenhang begegnet man wiederholt der Position, das Rechtsverhältnis zwischen den Vereinten Nationen und NATO bzw. WEU bestimme sich nach Kapitel VIII SVN.⁶⁶ NATO und WEU seien in ein Näheverhältnis zu den Vereinten Nationen gerückt, das es rechtfertige, sie zur Kerngruppe der gegenwärtig vorhandenen Regionalorganisationen zu zählen. Demgemäß dürften NATO und WEU jede (Zwangs-)Maßnahme ergreifen, zu der die zuständigen Organe der Vereinten Nationen sie ermächtigten.⁶⁷ Rechtsgrundlage für den Einsatz des AWACS-Verbandes und die NATO-/WEU-Operationen in der Adria sei somit Art. 53 Abs. 1 S. 2 SVN in Verbindung mit der jeweiligen Resolution des Sicherheitsrats.⁶⁸

Diese Auffassung beruht indes auf einem in der Völkerrechtspraxis so nicht nachweisbaren Verständnis der Begriffe „regionale Abmachungen“ und „regionale Einrichtungen“ in Art. 52 und 53 SVN. Ihr ist zwar zuzugeben, daß NATO und WEU unter die entsprechenden Definitionen⁶⁹ subsumiert werden können, und daß dem allein ihre Einordnung als Systeme kollektiver Selbstverteidigung nicht entgegengehalten werden kann.⁷⁰ Doch selbst wenn die Vereinten Nationen NATO und WEU als regionale Abmachungen oder Einrichtungen anerkennen sollten, könnte diese die Selbsteinordnung der beiden Staatenverbindungen nicht überwinden, die folglich nicht unberücksichtigt bleiben darf. Nun mag die Entwicklungsgeschichte von NATO und WEU einige Anhaltspunkte aufweisen, die für eine Qualifikation im Sinne des Art. 52 SVN sprechen.⁷¹ Fehlt es aber an einer ausdrücklichen oder zu-

64 BVerfGE 90, 286, 354 f.

65 Ch. Tomuschat, AFDI XL (1994), 376.

66 G. Nolte, Die „neuen Aufgaben“ von NATO und WEU: Völker- und verfassungsrechtliche Fragen, ZaöRV 54 (1994), 95-123, 99 ff.; J. Niewerth/T. Rehr-Zimmermann, Der Einsatz der NATO zur Streitbeilegung nach der UN-Charta. Eine Untersuchung der Überwachung des Flugverbotes über Bosnien-Herzegowina durch die NATO, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1994 (Heft 4), 186-194, 187 ff.

67 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 101, 113.

68 J. Niewerth/T. Rehr-Zimmermann, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1994, 193.

69 Vgl. statt vieler W. Hummer/M. Schweitzer, zu Art. 52, Rdn. 30 ff., in: B. Simma (Anm. 11).

70 G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 98 ff.

71 Ebd.

mindest konkludenten Erklärung, eine regionale Abmachung oder Einrichtung im Sinne von Kapitel VIII SVN sein zu wollen⁷², ginge die Anerkennung durch die Vereinten Nationen ins Leere. Die WEU hat offengelassen, ob Kapitel VIII auf sie anwendbar ist, und damit zu erkennen gegeben, daß sie jedenfalls gegenwärtig noch nicht dazu bereit ist, daß Kapitel VIII auf sie zur Anwendung kommt.⁷³ Der NATO Generalsekretär *Willy Claes* hat in einem an den Generalsekretär der Vereinten Nationen gerichteten Schreiben vom 10. März 1995 gar festgestellt:

„Turning to the matter of cooperation between the UN and regional and other international organizations, let me repeat that NATO does not consider itself a regional arrangement under Chapter VIII of the Charter.“⁷⁴

Der Erklärungsversuch über Kapitel VIII SVN ist zudem, wenn auch zu Recht auf den besonderen Rechtsstatus der AWACS-Verbände hingewiesen wird⁷⁵, nicht erforderlich, zumal er recht gekünstelte, den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht werdende Konstruktionen impliziert. Für die rechtliche Einordnung der Einbeziehung von NATO und WEU in das Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen, die von einer unmittelbaren Ermächtigung streng zu unterscheiden ist, sind die Regelungen in Kapitel VII SVN durchaus angemessen und ausreichend.⁷⁶

Wenn der Sicherheitsrat in der Präambel von Resolution 816 die Vorschriften von Kapitel VIII in Erinnerung ruft⁷⁷, so bedeutet dies nicht, daß die ausdrücklich neben den regionalen Abmachungen genannten internationalen Organisationen zwingend als Einrichtungen im Sinne von Art. 52 SVN anzusehen sind. Vielmehr wird durch die Bezugnahme auf Kapitel VIII den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit vor Augen gehalten, statt durch internationale Organisationen auch durch regionale Abmachungen tätig zu werden. Die ausschließlich auf Kapitel VII gestützte Ermächtigung in Absatz 4 des operativen Teils der Resolution entfaltet weder für die regionalen Organisationen noch für die regionalen Abmachungen unmittelbare Rechtswirkungen, sondern lediglich für die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen.⁷⁸ Dies entspricht den Vorgaben in Art. 48 Abs. 2 SVN, wonach die Beschlüsse von den Mitgliedstaaten unmittelbar sowie durch Maßnahmen in den geeigneten internationalen Einrichtungen durchgeführt werden. Kommen die ermächtigten Mitgliedstaaten überein, zur Durchführung eines Beschlusses Namen, Organe oder Sachmittel einer internationalen Organisation in Anspruch zu nehmen, so hält sich diese Vorgehensweise innerhalb des von der SVN vorgegebenen Rahmens. Die NATO wur-

72 In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß nicht allein die Anerkennung der OAU als Regionalorganisation durch die Vereinten Nationen, sondern auch das konkludente Einverständnis der OAU mit dieser Einordnung die Anwendbarkeit von Kapitel VIII SVN rechtfertigt.

73 UN Doc. S/25996/Add. 2.

74 Annex to POLADS(95)31, SG/95/146.

75 *J. Niewerth/T. Rehr-Zimmermann*, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1994, 186.

76 Ebenso *W. Schroeder*, JuS 1995, 401, der betont, von einer Regionalisierung der Friedenssicherung gemäß Art. 53 SVN könne nicht gesprochen werden.

77 „Recalling the provisions of Chapter VIII of the Charter of the United Nations“.

78 „Authorizes Member States, [...] acting nationally or through regional organizations or arrangements [...]“.

de bei der Durchsetzung des Flugverbots mithin nicht als NATO, sondern als Werkzeug der allein ermächtigten Mitgliedstaaten tätig.⁷⁹

Ebenso verhält es sich in bezug auf IFOR, auch wenn gerne betont wird, es handele sich um eine NATO-Operation „under the political direction and control of the Alliance's North Atlantic Council“ und daß „overall military authority is in the hands of NATO's Supreme Allied Commander Europe (SACEUR).“⁸⁰

Bekanntlich war in Anhang 1-A des Abkommens von Dayton der Sicherheitsrat aufgefordert worden,

„to adopt a resolution by which it will authorize Member States or regional organizations and arrangements to establish a multinational military Implementation Force.“⁸¹

Insoweit bestand Einigkeit zwischen den Parteien des Abkommens, „that this Implementation Force may be composed of ground, air and maritime units from NATO and non-NATO nations“ und daß „NATO may establish such a force, which will operate under the authority and subject to the direction and political control of the North Atlantic Council (,NAC') through the NATO chain of command.“⁸²

In Resolution 1031⁸³, in der im Gegensatz zu Resolution 816 keine Bezugnahme auf Kapitel VIII SVN erfolgt, werden dann aber nicht die Mitgliedstaaten oder regionale Organisationen und Abmachungen ermächtigt, sondern

„the Member States acting through or in cooperation with the organization referred to in Annex 1-A of the Peace Agreement to establish a multinational implementation force (IFOR) under unified command and control in order to fulfil the role specified in Annex 1-A and Annex 2 of the Peace Agreement.“

Wenngleich mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf Anhang 1-A des Friedensabkommens von Dayton die hervorgehobene Rolle der NATO anerkannt wird⁸⁴, werden „unified command and control“ nicht ihr, sondern IFOR übertragen.⁸⁵ IFOR ist ein multinationaler Verband, der von den VN-Mitgliedstaaten durch oder in Zusammenarbeit mit der NATO errichtet worden ist. Identisch mit der NATO ist er nicht. Also ist auch hier der Beitrag der NATO darauf beschränkt, die Bemühungen der beteiligten Staaten zu koordinieren und zu unterstützen: „NATO is a mere provider of C³I to IFOR, and each member State maintains individually its accountability to the Security Council as the mandating authority of the operation.“⁸⁶ Es sind folglich die Staaten, die in Ausführung eines auf Kapitel VII gestützten Mandats des Sicher-

79 Vgl. auch NATO's Role in Peacekeeping in the Former Yugoslavia, NATO Basic Fact Sheet No. 4 (February 1996).

80 NATO's Role in the Implementation of the Bosnian Peace Agreement, NATO Basic Fact Sheet No. 11 (January 1996).

81 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina vom 14. Dezember 1995, Annex 1A Military Aspects of the Peace Settlement, Art. 1 Abs. 1 (a).

82 Ebd., Art. 1 Abs. 1 (b).

83 UN Doc. S/RES/1031 (1995) vom 15.12.1995.

84 Angesichts der Erfahrungen mit UNPROFOR wäre das Abkommen von Dayton ohne diese starke Einbeziehung der NATO wahrscheinlich nicht zustande gekommen.

85 Ebenso *N. Figà-Talamanca*, The Role of NATO in the Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina, EJIL 7 (1996), 164-175, 168.

86 Ebd., 170. C³I = command, control, communication and intelligence.

heitsrats handeln und so ihre Pflichten als Mitglieder der VN erfüllen. Durch ihr vereintes Handeln nutzen sie gemeinsame Ressourcen. Im Wege dieser Einbeziehung der NATO werden mithin die nationalen Beiträge lediglich gebündelt.⁸⁷

Der Befund, daß nicht NATO oder WEU als solche, vielmehr die Mitgliedstaaten die Sicherheitsrats-Beschlüsse gemäß Art. 48 Abs. 2 SVN „in den geeigneten internationalen Einrichtungen“ durchführen, ist nicht von lediglich akademischem Interesse und hat eine nicht zu unterschätzende Bedeutung insbesondere für die Frage der Befugnisse von IFOR gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher.

In Anhang 1-A des Friedensabkommens von Dayton werden lediglich die Parteien – mithin die Republik Bosnien-Herzegowina, die Föderation Bosnien-Herzegowina und die Serbische Republik – verpflichtet, mutmaßliche Kriegsverbrecher zu ergreifen und mit dem Strafgerichtshof zusammenzuarbeiten.⁸⁸ Das Abkommen von Dayton berührt indes keineswegs die in Resolution 827 und in Art. 29 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien⁸⁹ niedergelegte Rechtspflicht *aller Staaten*, mit dem Gerichtshof voll zusammenzuarbeiten und alle Maßnahmen zu ergreifen, die nach ihrem innerstaatlichen Recht notwendig sind, um den Bestimmungen der Resolution und des Statuts nachzukommen.⁹⁰ Insbesondere müssen die Staaten den Rechtshilfeersuchen entsprechen und den Anordnungen nach Art. 29 des Statuts Folge leisten. In Resolution 1031 bestätigte der Sicherheitsrat sowohl die allgemeine Pflicht zur Zusammenarbeit als auch, „that all States shall cooperate fully with the International Tribunal for the Former Yugoslavia and its organs in accordance with the provisions of resolution 827 (1993) of 25 May 1993 and the Statute of the International Tribunal, and shall comply with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under article 29 of the Statute, and calls upon them to allow the establishment of offices of the Tribunal.“⁹¹ Am 16. Dezember 1995 beschloß der NAR, daß das IFOR-Personal alle wegen Kriegsverbrechen Angeklagten festzunehmen haben, wenn es mit ihnen in Kontakt kommt. Zudem wurde anlässlich des Abschlusses eines nicht für die Veröffentlichung vorgesehenen Memorandum of Understanding zwischen SHAPE und dem Internationalen Strafgerichtshof am 9. Mai 1996 in einer Presseerklärung⁹² betont, daß

„it is NAC policy for IFOR to detain and transfer to the ICTY persons indicted for war crimes, when coming into contact with them in carrying out its duties as defined by the

87 Zur „Bündelungstheorie“ und den mit ihr verbundenen Rechtsproblemen vgl. G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 670 ff.; ferner die Antwort der Bundesregierung auf Frage 27 der Großen Anfrage (Anm. 14).

88 Art. IX Abs. 1 lit. (g) und Art. X Anhang 1-A.

89 UN Doc. S/RES/827 (1993) vom 25.5.1993. Eine deutsche Übersetzung der Resolution und des ihr beigefügten Statuts findet sich in BT Drucks. 13/57 vom 29.11.1994.

90 So auch N. Figà-Talamanca, EJIL 7 (1996), 171 ff.; R. W. D. Jones, The Implications of the Peace Agreement for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ebd., 226-244, 239. In bezug auf das Abkommen von Dayton vertritt Jones (ebd., 238) gar die Auffassung: „Annex 1-A does not explicitly confer on IFOR the authority to execute the Tribunal’s arrest warrants. Nevertheless, it is clear that IFOR, unlike UNPROFOR, may use force to accomplish its task, and its task is to ensure compliance by the Parties with Annex 1-A. Compliance includes cooperation with the Tribunal under Article X, and co-operation pre-eminently involves the arrest of accused persons.“

91 SC/RES 1031 (Anm. 83), Abs. 4.

92 Press Statement on Signing of the Memorandum of Understanding between Shape and the International Tribunal for Former Yugoslavia, Press Release (96) 74 vom 9. Mai 1996.

military annex of the Peace Agreement.[...] IFOR will continue to support the Tribunal in theatre, to the fullest extent possible.⁹³

Demgemäß wurde ein Untersuchungsteam des Tribunals in Srebrenica aktiv unterstützt, am 13. Juni 1996 wurden die zwei mutmaßlichen Kriegsverbrecher *Delic* und *Landzo* mit NATO-Flugzeugen von Sarajewo nach Den Haag transportiert.⁹⁴

Die Tatsache, daß das MoU von SHAPE vereinbart worden ist, und der NAR, nicht aber die Mitgliedstaaten individuell, die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Strafgerichtshof bekräftigten, ändert nichts am Fortbestand ihrer soeben festgestellten Rechtspflichten. Vielmehr stellt das Tätigwerden der NATO-Organen lediglich einen Beitrag zur Koordination der Aktivitäten der Mitglieder und der mit der NATO zusammenarbeitenden Staaten dar. Auch Art. 59 *bis* der Beweis- und Verfahrensregeln des Strafgerichtshofes, wonach eine Übermittlung der Haftbefehle nunmehr auch an eine internationale Einrichtung erfolgen kann⁹⁵, ist ein Beitrag zur Verfahrensvereinfachung. Von einer unmittelbaren Verpflichtung der NATO kann mithin nicht ausgegangen werden. Die Streitkräfte der an IFOR beteiligten Staaten dürfen sich mithin in den ihrer Kontrolle unterstehenden Gebieten nicht darauf beschränken, mutmaßliche Kriegsverbrecher, für die ein Haftbefehl vorliegt, nur dann festzunehmen und dem Strafgerichtshof zu überstellen, wenn sie zufällig mit ihnen in Kontakt kommen sollten. Ein besonderes Problem stellt sich freilich für die Staaten, die – wie die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 16 Abs. 2 GG – aufgrund ihrer Rechtsordnungen gehindert sind, eigene Staatsangehörige an das Ausland auszuliefern.⁹⁶

Angesichts des vorstehenden Befundes ist es höchst bedenklich, wenn sich kürzlich auf der Tagung der NATO-Verteidigungsminister in Bergen lediglich drei Minister dafür ausgesprochen haben, IFOR solle nach mutmaßlichen Kriegsverbrechern fahnden und bei ihrer Festnahme aktiv mitwirken.⁹⁷ Der auch von *Richard Goldstone* beklagte fehlende politische Wille zur intensiveren Zusammenarbeit kann der

93 Vgl. auch die nahezu gleichlautende Stellungnahme in Press Release (96) 26 vom 14. Februar 1996. Auf ihrer Berliner Tagung bekräftigten die NATO-Außenminister am 3. Juni 1996 in Abs. 10 ihres Kommuniqués: „Die Ergreifung von Kriegsverbrechern und die Untersuchung von Kriegsverbrechen sind essentiell, um Gerechtigkeit und einen dauerhaften Frieden in Bosnien und Herzegowina wiederherzustellen. [...] IFOR arbeitet [...] mit dem internationalen Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien bei der Untersuchung von Kriegsverbrechen [mit] und dabei, Kriegsverbrecher vor Gericht zu bringen“; Kommuniqué des Nordatlantikrates, Berlin, 3. Juni 1996, Abs. 6 (Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin Nr. 47, Bonn, 12.6.1996, S. 505 ff.).

94 NATO Airlifts Persons Indicted for War Crimes to The Hague, Press Release (96) 93 vom 13. Juni 1996.

95 Art. 59 *bis* lautet im hier interessierenden Zusammenhang: „Notwithstanding Rules 55 to 59, on the order of a Judge, the Registrar shall transmit to an appropriate authority or international body a copy of a warrant for the arrest of an accused, on such terms as the Judge may determine, together with an order for his prompt transfer to the Tribunal in the event that he be taken into custody by that authority or international body [...]“.

96 Demgemäß ist im Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien vom 10.4.1995 (BGBl. I S. 485) nur die Überstellung ausländischer Angeklagter vorgesehen.

97 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.9.1996, S. 8 („Die Nato für ein neues Bosnien-Mandat“).

Stellung des Strafgerichtshofs wie auch dem Völkerrecht im allgemeinen nur zum Nachteil gereichen.⁹⁸

bb) Die Kompetenzen von NATO und WEU

Bislang konnten die Kompetenzen von NATO und WEU nach Maßgabe ihrer (modifizierten) Gründungsverträge ausgeblendet bleiben, da sie für das Verhältnis zu den Vereinten Nationen und zu Dritten ohne Bedeutung sind.⁹⁹ Anders verhält es sich aber in bezug auf das Innenverhältnis, darf doch eine internationale Organisation immer nur nach Maßgabe ihrer vertraglich begründeten Aufgabenzuweisung tätig werden. Sollte sich weder im Washingtoner noch im Brüsseler Vertrag eine Grundlage für die Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats finden, „läge in der entsprechenden Verwendung der Organisation entweder eine Vertragsverletzung, oder solche Maßnahmen müßten erst durch einen zusätzlichen Vertrag ermöglicht werden“.¹⁰⁰ Es geht nicht an, die Erklärungen der NATO- und der WEU-Organen entweder als bloße politische Absichtserklärungen zu qualifizieren oder sie der „Grauzone der informellen Änderungsauslegung“ zuzuordnen. *Nolte* ist zuzustimmen, wenn er in seiner Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts feststellt, beide Richtergruppen hätten damit „nicht nur unnötige Rechtsunsicherheit geschaffen“, sondern sich auch mit einer „zumindest unvollständigen und damit irreführenden Bewertung der völkerrechtlichen Rechtslage“ begnügt.¹⁰¹ In der Tat wäre es überzeugender gewesen, hätten sich beide Richtergruppen bereit gefunden, die Unterstützung der Vereinten Nationen als in den Gründungsverträgen von NATO und WEU angelegt anzuerkennen.¹⁰² NATO und WEU sind der Friedenswahrung verpflichtete Bündnisse. Ihre Mitgliedstaaten bekennen sich in den Gründungsverträgen ausdrücklich zu den Zielen der Vereinten Nationen. Finden sie sich bereit, die mit der Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen typischerweise verbundene Aufgabe der Friedenssicherung unter Nutzung des institutionellen Rahmens der beiden Bündnisse zu erfüllen, so mag dies nicht zu den typischen Aufgaben der Regionalorganisationen gehören, ist aber gleichwohl in den Gründungsverträgen angelegt. Den entsprechenden Erklärungen kommt dann lediglich eine Konkretisierungswirkung zu. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß dieser Befund nur Geltung beanspruchen kann, soweit die Durchsetzung von Beschlüssen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen in Frage steht, mithin nur für den Fall, daß NATO, WEU und die Vereinten Nationen im Bereich der Friedenssicherung einander ergänzen. Die Einbeziehung von NATO und WEU in andere (regionale) kollektive Sicherheitssysteme ist in ihren Gründungsverträgen ebenso wenig angelegt wie von diesen Organisationen autonom gefaßten Beschlüsse, Aufgaben der Friedenssicherung wahrzunehmen.¹⁰³

98 Vgl. *P. Moore*, Hague Tribunal Chief Blasts NATO for Not Arresting War Criminals, in: OMRI Special Report, Pursuing Balkan Peace, No. 38, 24 September 1996 (<http://www.omri.cz/Publications/SR/BalkanPeace/SR.960924.html>).

99 So zu Recht *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 669.

100 *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 670. Vgl. auch *W. Schroeder*, JuS 1995, 402.

101 *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 673. Zustimmung *C. Kress*, ICLQ 44 (1995), 423 f.

102 Dazu ausführlich *G. Nolte*, ZaöRV 54 (1994), 98 ff.

103 Dazu unten unter B.

b) Frankreichs Stellung im Atlantischen Bündnis

Trotz der von Außenminister *Hervé de Charette* auf dem Brüsseler Treffen des NAR am 5. Dezember 1995 angekündigten Annäherung Frankreichs an die Allianz¹⁰⁴ ist gegenwärtig die NATO als solche in nur eingeschränktem Maße das geeignete Forum für eine deutsch-französische Zusammenarbeit bei Friedenssicherungsaktionen. Dem steht Frankreichs Stellung im Atlantischen Bündnis (immer noch) entgegen. Nun nimmt Frankreich wieder an den Tagungen der Verteidigungsminister sowie des Militärausschusses teil. Der integrierten Kommandostruktur der NATO wird es aber auch weiterhin nicht angehören. Verteidigungsminister *Millon*¹⁰⁵ hat kürzlich klargestellt, die Mitarbeit beschränke sich auf „appropriate NATO military bodies which do not encroach on her sovereignty“. Ausgenommen blieben „those areas relating to integrated armed forces and nuclear policy“. Eine Zusammenarbeit Frankreichs auf der Ebene integrierter militärischer Strukturen setzt mithin auch in Zukunft eine entsprechende, auf den Einzelfall beschränkte bilaterale Vereinbarung voraus.

Diese selektive, von einer vollständigen Rückkehr in die Allianz weit entfernte Politik ist, wie die Teilnehmer einer Konferenz des American Council on Germany wohl zu Recht feststellten, Ausdruck des neuen französischen Realismus.¹⁰⁶ Frankreich ist sich, wie bereits bemerkt, darüber im klaren, daß die Europäer ohne die NATO bzw. ihre Strukturen zu einem militärisch abgestützten Krisenmanagement nicht in der Lage sind. Mit der Planungszelle, den FAWEU und der ins Auge gefaßten humanitarian task force sind die operationellen Fähigkeiten der WEU unbestreitbar verbessert worden.¹⁰⁷ Gleichwohl ist die Entwicklung eigener WEU-Kommando- und Streitkräftestrukturen nicht vorgesehen. Ziel des französischen Schrittes ist es daher, die europäische Sicherheits- und Verteidigungsidentität innerhalb der Allianz zu stärken und vor allem, sich über den Militärausschuß die gewünschte politische Kontrolle über NATO-Strukturen und –Mittel zu sichern, wenn die Europäer im Rahmen der WEU zum Handeln entschlossen, die USA sich aber allenfalls eingeschränkt zu beteiligen bereit sind.¹⁰⁸ Zudem wären die Aussichten für eine spezifisch deutsch-französische Zusammenarbeit selbst dann nicht besonders günstig, wenn Frankreich sich aufgrund einer besonderen Vereinbarung zu einer engeren Kooperation mit den integrierten militärischen NATO-Strukturen verpflichtete. Wie die Auswechslung des Oberkommandos über die IFOR-Truppen jüngst verdeutlicht hat, wird Frankreich weiterhin enger mit den USA und Großbritannien kooperieren. Diese Regelung soll für das IFOR-Nachfolge-Mandat Bestand haben, obgleich sich die Bundesrepublik Deutschland bereit erklärt hat, sich daran – anders als bisher – mit einem Einsatzverband zu beteiligen.¹⁰⁹

104 NATO-Reform stärkt Rolle der Europäer in der Allianz/Frankreich erwägt vollständige Rückkehr in das Bündnis, *Süddeutsche Zeitung* vom 4.6.1996.

105 *Ch. Millon, France and the Renewal of the Atlantic Alliance*, NATO Review No. 3 (1996), 13-16.

106 Vgl. *K.-D. Frankenberger*, Unabgeschlossene Debatten. NATO-Erweiterung, neue Aufgaben, Frankreichs Rolle, *Amerikas Wille*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 27.2.1996, S. 12

107 Vgl. den Bericht der Bundesregierung oben Anm. 60.

108 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 6.12.1995 („Rückkehr mit Wenn und Aber“).

109 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 9.9.1996 („Deutschland in der Leitung der Ifor-Truppen nicht vertreten“).

Besser stellen sich die Aussichten auf eine deutsch-französische Zusammenarbeit im Rahmen der NATO freilich dar, soweit ein Einsatz des Eurokorps – und damit der deutsch-französischen Brigade – in Betracht kommt. Wie gesehen, ist das Eurokorps auch für Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung, einschließlich Maßnahmen zur Herbeiführung des Friedens im Rahmen der Vereinten Nationen vorgesehen.¹¹⁰ Dies kann auch dadurch geschehen, daß das Korps eingesetzt wird, wenn der NAR ein militärisches Handeln aufgrund eines Mandats des Sicherheitsrats beschließt. Für die Erfüllung von Aufträgen der Allianz zur Krisenvorsorge und Konfliktbewältigung kann das Korps im gesamten Verantwortungsbereich Allied Command Europe im Rahmen der Krisenreaktionskräfte eingesetzt werden. Einzelheiten für einen Einsatz des Eurokorps im Rahmen der NATO enthält ein besonderes Abkommen, das im Dezember 1992 zwischen dem SACEUR, dem französischen Generalstabschef und dem Generalinspekteur der Bundeswehr ausgehandelt wurde. Die zuständigen NATO-Gremien haben das Verhandlungsergebnis beraten; der NATO-Rat hat am 22. Dezember 1992 zugestimmt. Das Abkommen wurde am 21. Januar 1993 in Brüssel unterzeichnet.¹¹¹ Dem Abkommen gemäß¹¹² kann das Eurokorps unter operational command der NATO gestellt werden. Dies gibt SACEUR nach Ermächtigung durch Frankreich und Deutschland die Kompetenz, darüber zu entscheiden, wann und wo das Korps eingesetzt wird. Als Ausdruck einer europäischen Verteidigungsidentität jedoch wird das Korps „normalerweise“ nur als Einheit eingesetzt und bleibt unter dem Befehl des Korps-Kommandeurs. Eine Aufteilung des Korps ist nur mit Zustimmung des deutsch-französischen Sicherheits- und Verteidigungsrates möglich.¹¹³ Frankreich erklärte sich damit einverstanden, daß das Korps nicht nur für die europäische Verteidigung, sondern auch für friedenswahrende Missionen unter das Kommando der NATO gestellt werden könnte. Die für die Einsätze des Korps erforderliche Operationsplanung muß freilich in besonderen Abkommen geregelt werden. Insoweit kann aber davon ausgegangen werden, daß diese weitgehend den geltenden NATO-Verfahren entsprechen werden.

c) Zusammenarbeit im Rahmen der WEU

Angesichts der vorstehenden Einschätzung der französischen Politik ist eine deutsch-französische Zusammenarbeit wahrscheinlicher, wenn die WEU in Ausübung ihrer im Gründungsvertrag angelegten Kompetenzen beschließt, im Einzelfall eine friedenserhaltende Operation der Vereinten Nationen zu unterstützen.¹¹⁴ Gemäß der Petersberg-Erklärung vom 19. Juni 1992 setzt dies voraus¹¹⁵, daß

110 Vgl. oben die Ausführungen zu Anm. 52. Im Juni 1996 fand die Übung „Pegasus 96“ statt, mit der die Reaktionsfähigkeit des Korps geprobt wurde; vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11.6.1996, S. 2.

111 Das Eurkorps (Anm. 50).

112 Wiewohl das Abkommen nicht zur Veröffentlichung vorgesehen ist, sind die nachfolgenden Einzelheiten mittlerweile bekannt geworden. Vgl. A. Sauder, *Souveränität und Integration* (Anm. 54), S. 277.

113 Ph. H. Gordon, *Deutsch-Französische Partnerschaft*, S. 27; K. Feldmeyer, *Einbindung des deutsch-französischen Korps in das Atlantische Bündnis*, FAZ vom 5.12.1992.

114 Vgl. auch A. Sauder, *Souveränität und Integration* (Anm. 54), S. 297 f.

115 Quelle: Weißbuch 1994. Vgl. auch <http://www.bmvg.government.de/Sicherheitspolitik/Politik.html>.

- der Einsatz im Einklang mit den Bestimmungen der SVN steht,
- der Beschluß der WEU einstimmig erfolgt,
- jedem Mitgliedstaat die souveräne Entscheidung über eine Beteiligung vorbehalten bleibt und
- Planung und Durchführung der Aktion mit den Verpflichtungen und erforderlichen militärischen Vorkehrungen des Atlantischen Bündnisses im Rahmen der kollektiven Verteidigung vereinbar sind.

Da die Entwicklung eigener WEU-Kommando- und Streitkräftestrukturen nicht vorgesehen ist, sollen für diese „neuen“ WEU-Aufgaben bestehende Verbände herangezogen werden. Allerdings sind die bislang unternommenen Schritte noch nicht so weit gediehen, daß gegenwärtig ein wirklich eigenständiger Einsatz unter dem Kommando der WEU möglich erscheint.

Für die Durchführung des Petersberg-Mandats sollen der WEU zunächst die sog. „Forces Answerable to WEU“ (FAWEU) zur Verfügung stehen. Zu den als FAWEU benannten Streitkräften gehören neben nationalen Einheiten multinationale Verbände wie das Eurokorps, der anglo-niederländische amphibische Verband, die multinationale Division des ACE Rapid Reaction Corps (ARCC), EUROFOR, EUROMARFOR und demnächst das I. deutsch-niederländische Korps.¹¹⁶ Indes ist das FAWEU-Konzept bislang noch nicht in einer Weise in die Praxis umgesetzt worden „that would confirm the existence of a WEU capability effectively to generate force packages.“¹¹⁷

Darüber hinaus ist der Einsatz sog. Allierter Streitkräftekommandos (Combined Joint Task Forces, CJTF) vorgesehen. Das CJTF-Konzept hatten die Staats- und Regierungschefs auf dem Brüsseler NATO-Gipfel im Januar 1994 angekündigt. Es bedeutet, daß die NATO bereit ist, „to make collective assets of the Alliance available, on the basis of consultations in the North Atlantic Council, for WEU operations undertaken by the European Allies in pursuit of their common Foreign and Security Policy“.¹¹⁸ Seine eigentliche Billigung fand es jedoch erst zwei Jahre später auf dem Berliner Treffen des Nordatlantikrates auf Außenministerebene am 3. Juni 1996.¹¹⁹ Indem es eine „flexiblere und beweglichere Dislozierung von Kräften auch für neue Aufgaben ermöglicht“, soll dieses Konzept „die Durchführung von NATO-Eventualfalloperationen, die Nutzung trennbarer, jedoch nicht getrennter militärischer Fähigkeiten bei Operationen unter der Führung der WEU sowie die Beteiligung von Staaten außerhalb der Allianz an Operationen wie IFOR erleichtern.“¹²⁰ Es handelt sich bei den CJTF mithin um Streitkräfte, die unter der politischen Kontrolle und strategischen Richtlinienkompetenz der WEU ohne Beteili-

116 WEU Council of Ministers, WEU Contribution to the European Intergovernmental Conference, Abs. 38 (http://gopher/marvin.stc.nato.int:70/00/Other_International/weu/COM/igce.txt); WEU Council of Ministers, Common Concept (Anm. 45), Abs. 170.

117 WEU Council of Ministers, Contribution (Anm. 116), Abs. 40. Vgl. ferner D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), S. 317, insbesondere Fn. 27.

118 Vgl. NATO Basic Factsheet No. 3, The European Security and Defence Identity (March 1996).

119 Dazu U. Bergdoll, Das Bündnis, europäisch renoviert, Süddeutsche Zeitung vom 4.6.1996.

120 Communiqué des Nordatlantikrates (Anm. 93), Abs. 6.

gung der USA operieren können. Die NATO stellt dabei einzelne Teile ihrer Kommandostrukturen und Aufklärungskräfte nach dem sog. „Doppelhut-Prinzip“ zur Verfügung. Die Einzelheiten des CJTF-Konzepts sind indes noch nicht geregelt.¹²¹ Mit der Ausarbeitung von Empfehlungen zu seiner Umsetzung ist gegenwärtig der Militärausschuß befaßt. Der ständige Rat ist beauftragt worden, bis zum Dezember dieses Jahres „geeignete Maßnahmen und Vorkehrungen“ zu entwickeln. Zu den Vorkehrungen, die nach Ansicht der NATO-Außenminister eingehender Ausarbeitung bedürfen¹²², gehören:

- die Regelungen für die Identifizierung und Freigabe von Fähigkeiten, Kräften, Hauptquartieren und Teilen von Hauptquartieren der NATO zur Nutzung durch die WEU für Aufgaben, die von der WEU durchgeführt werden sollen;
- alle erforderlichen Ergänzungen bestehender Regelungen für den Informationsaustausch zur Durchführung von WEU-Operationen;
- die Frage, wie Konsultationen mit dem Nordatlantikrat über die Nutzung der NATO-Kräfte und –Fähigkeiten geführt werden einschließlich der Beobachtung durch die NATO über die Nutzung dieser Kräfte.¹²³

Freilich wird auch die WEU ihre Strukturen den neuen Gegebenheiten und Möglichkeiten anpassen müssen.¹²⁴ Diese Anpassung läßt sich, da ja lediglich die für eine effektive Zusammenarbeit mit der NATO bei Friedenssicherungsaktionen erforderlichen Voraussetzungen geschaffen werden, ohne weiteres mit Art. IV des Brüsseler Vertrages in Einklang bringen. Zwar sind mit der Einrichtung der Planungszelle und des Lagezentrums erste Schritte unternommen worden. Jedoch ist die WEU gegenwärtig noch nicht in der Lage, größere Operationen durchzuführen. In ihrem in Madrid verabschiedeten gemeinsamen Konzept zur europäischen Sicherheit haben die WEU-Minister diejenigen Gebiete identifiziert, auf denen Verbesserungen erforderlich sind.¹²⁵ In ihrem ebenfalls in Madrid beschlossenen Beitrag zum europäischen Regierungsgipfel stellen sie im Zusammenhang mit den sog. Petersberg-Operationen fest:

„At the present stage, WEU should aim to be able to plan and control a Petersberg operation at up to Corps level, taking into account factors such as complexity, intensity and duration. To reach such a level of capability will require inter alia the development of a WEU exercise programme aimed at the coordination of forces and political/military control during operations as well as the use of the Alliance's assets and capabilities in particular the successful implementation of the CJTF concept. Regarding the appropriate

121 Vgl. auch Meeting of the North Atlantic Council in Defence Ministers Session, Brussels, 13 June 1996, Final Communiqué, Press Communiqué M-NAC(DM)-2(96)89.

122 Ein erster Schritt in Richtung auf die erforderliche Abstimmung zwischen NATO und WEU stellt die am 6. Mai 1996 unterzeichnete Sicherheitsvereinbarung dar. Vgl. Signature of Security Agreement Between NATO and WEU, NATO Press Release (96) 66 vom 2. Mai 1996

123 Communiqué des Nordatlantikrates (Anm. 93), Abs. 8.

124 Dazu J. Cutileiro, WEU's Operational Development and Its Relationship to NATO, NATO Review 43 (1995, No. 5), 8-11.

125 Vgl. WEU Council of Ministers, Common Concept (Anm. 45), Abs. 172: crisis management mechanisms, including procedures for force generation and assembly, and command and control procedures; reconnaissance and intelligence; strategic and in-theatre transport capabilities; standardisation and interoperability; the European defence industrial base.

means for carrying out its missions, undoubtedly WEU has made some advances but much remains to be done to endow itself with the necessary capabilities to fulfil its tasks. In this respect, in addition to Allied assets and capabilities, including the CJTF concept, WEU must keep reflecting on the operational assets that it may require for its operations.¹²⁶

Es ist, wie die WEU-Minister in ihrer Erklärung von Birmingham am 7. Mai 1996 feststellten, zudem erforderlich, die Fähigkeiten des Lagezentrums und der Planungszelle sowie die Planung von Übungen und möglichen Einsätzen zu verbessern.¹²⁷

Durch das CJTF-Konzept werden die militärischen Fähigkeiten der WEU somit in der Tat ausgebaut.¹²⁸ Indes darf nicht verkannt werden, daß die WEU trotz der Berliner Beschlüsse und der Betonung, daß die Beziehungen zwischen NATO und WEU auf der Grundlage der „Prinzipien der Komplementarität und Transparenz“ erweitert und vertieft werden sollen, von einer eigenständigen europäischen Militärallianz immer noch weit entfernt ist. Im Gegenteil, sie entwickelt sich wohl eher zu einem mehr oder weniger unselbständigen „europäischen Subunternehmer“ der NATO.¹²⁹ Ausweislich des Kommuniqués der NATO-Außenminister erfolgt die Bestimmung von Formen trennbarer, jedoch nicht getrennter Fähigkeiten, Kräfte und Unterstützungspotentiale „in der Allianz“. Die Teile von Hauptquartieren und Führungspositionen, die erforderlich wären, um WEU-Operationen zu führen und durchzuführen, werden „nach Maßgabe der Entscheidung des Nordatlantikrates“ bereitgestellt. Die zur Umsetzung erforderlichen Pläne werden innerhalb der NATO entwickelt und der WEU lediglich zur „Prüfung und Billigung“ zugeleitet. Die Freigabe von Kräften und Fähigkeiten der NATO für WEU-geführte Operationen setzt in jedem Fall die Billigung durch den NAR voraus. Dieser behält es sich zudem vor, „sich über ihre Verwendung durch Beobachtung unter fachlicher Beratung durch die Militärbehörden der NATO sowie durch regelmäßige Konsultationen mit dem WEU-Rat unterrichtet [zu] halten und ihre Verwendung ständig [zu] prüfen.“¹³⁰ Es trifft daher den Kern, wenn *Frankenberger* feststellt:

„Die Offerte größerer Selbständigkeit, in die die Alliierten Streitkräftekommandos verpackt wurden, nimmt sich bei Licht besehen als eine moderne Form der amerikanischen

126 WEU Council of Ministers, Contribution (Anm. 116), Abs. 40.

127 WEU Council of Ministers, Birmingham Declaration, Abs. 8 (gopher://marvin.nc3a.nato.int: 70/00/Other_International/weu/COM/birming.txt).

128 WEU Council of Ministers, Common Concept (Anm. 45), Abs. 171: „Cooperation between WEU and NATO will help considerably to reinforce European efforts in peacekeeping and other contingency missions. In this context, there is an urgent need to finalize work on the CJTF concept, as agreed at the Alliance Summit in January 1994, to make a vital contribution to providing WEU with an operational multinational command capability. The readiness of the Alliance to make collective assets and capabilities available for WEU operations is fundamental to ensuring that WEU has access to a sufficiently wide range of capabilities, whilst avoiding costly and unnecessary duplication.“ Vgl. auch WEU Council of Ministers, Contribution (Anm. 116), Abs. 27; *K. Kaiser*, Europa muß sich auf sich selbst besinnen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3.6.1996, S. 12.

129 So *K.-D. Frankenberger*, Subunternehmer der NATO. Die Reform des Bündnisses, die WEU und die Interessen Amerikas, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. Juni 1996, S. 14. Vgl. ferner *H. van Mierlo*, The WEU and NATO: Prospects for a More Balanced Relationship, NATO Review 43 (1995, No. 2), 7-10.

130 Kommuniqué des Nordatlantikrates (Anm. 93), Abs. 7.

Führung aus – modern deshalb, weil sie ein im Ausmaß begrenztes militärisches Handeln der Europäer zuläßt, fördert, aber unter Aufsicht der Nato stellt.“¹³¹

Es ist folglich immer noch zum großen Teil Wunschdenken, wenn die WEU-Minister feststellen, die Alliierten Streitkräftekommandos „illustrate the full backing given by the Alliance to the development of the European security and defence identity which [...], in the longer term perspective of a common defence policy within the Union, might in time lead to a common defence, compatible with that of the Atlantic Alliance.“¹³²

B. Friedenssicherung ohne Beteiligung der Vereinten Nationen

I. Individuelle Aktionen

Das Bundesverfassungsgericht hat sich weder direkt noch indirekt zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Bundeswehreinsetzes geäußert, der nicht im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, mithin nicht nur ohne Mandat der Vereinten Nationen, sondern auch außerhalb von NATO und WEU stattfindet. Abgesehen von traditionellem peacekeeping, d. h. Friedenssicherung mit Zustimmung der Konfliktparteien, ist daher nach wie vor offen, ob die Bundeswehr in folgenden Situationen eingesetzt werden könnte¹³³:

- Rettung deutscher Staatsangehöriger im Ausland („humanitäre Intervention“),
- Verteidigung eines Staates, mit dem die Bundesrepublik Deutschland nicht durch ein System kollektiver Sicherheit verbunden ist, und
- Intervention in einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.

Während der Einsatz zur Rettung deutscher Staatsangehöriger im Ausland nicht als Friedenssicherungsaktion charakterisiert werden und daher hier unberücksichtigt bleiben kann¹³⁴, handelt es sich bei den verbleibenden denkbaren Einsatzformen sehr wohl um Maßnahmen zur Wiederherstellung bzw. Sicherung des Friedens. Zudem sind sie mit dem Völkerrecht vereinbar, sind sie doch entweder nach Art. 51 SVN oder wegen des Hilfeersuchens der Regierung bzw. aller Bürgerkriegsparteien gerechtfertigt. Freilich darf nicht verhehlt werden, daß, wie das Beispiel Afghanistan hinreichend vor Augen geführt hat, die Grenzen zur grundsätzlich verbotenen einseitigen Intervention fließend sein können. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt als Rechtfertigungsgrundlage, darüber besteht Einigkeit, nicht Art. 24 Abs. 2 GG, sondern wohl nur Art. 87a Abs. 2 GG in Betracht, so daß es darauf ankommt, ob diese Einsätze „zur Verteidigung“ erfolgen.¹³⁵ Insoweit scheint es nahezuliegen, den Begriff „Verteidigung“ im Lichte des Völkerrechts auszule-

131 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. Juni 1996, S. 14.

132 WEU Council of Ministers, Common Concept (Anm. 45), Abs. 71.

133 D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), S. 321 f.

134 Gleichwohl sei darauf hingewiesen, daß die Zulässigkeit der humanitären Intervention zum Schutze eigener Staatsangehöriger im Ausland weiterhin umstritten ist.

135 Vgl. statt vieler D. König, GYIL 38 (1995), 128; D. Blumenwitz, Entsendegesetz (Anm. 6), S. 320 f.

gen.¹³⁶ Dies ist indes in der Lehre höchst umstritten und entspricht bislang nicht der Staatspraxis. Insbesondere der letztgenannte Aspekt spricht angesichts der Offenheit des Wortlauts von Art. 87a Abs. 2 GG gegen ein zu extensives Verständnis.

II. Kollektive Aktionen

Wiewohl hier nicht die Auffassung geteilt wird, Art. 24 Abs. 2 GG beschränke ein deutsches Engagement von vornherein auf Einsätze im Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme, so ist es doch höchst unwahrscheinlich, daß die gegenwärtige oder eine zukünftige Bundesregierung einen Einsatz der Bundeswehr beschließt, der nicht wenigstens im Rahmen von NATO oder WEU durchgeführt wird. Freilich gilt auch diesbezüglich die Einschätzung, daß eine deutsch-französische Zusammenarbeit weniger im Rahmen der NATO als solcher, sondern eher unter der Ägide der WEU, also lediglich unter Nutzbarmachung von NATO-Strukturen in Betracht kommt. Wie gesehen, verfügt die WEU wohl in absehbarer Zeit über die operationellen Fähigkeiten, die sie in die Lage versetzen, aus eigener Initiative oder aufgrund einer Entscheidung im Rahmen der GASP Friedenssicherungsaktionen durchzuführen. Wie aber die Verlautbarungen des WEU-Rates seit dem Jahre 1992 verdeutlichen, sind nicht nur Operationen zur Unterstützung der Vereinten Nationen bzw. der OSZE im Einzelfall, sondern auch weitere, bislang nicht im Brüsseler Vertrag „angelegte“ Einsätze Gegenstand der Planungen oder zumindest der Überlegungen zur europäischen Sicherheits- und Verteidigungsidentität.

In ihrer Erklärung von Lissabon vom 15. Mai 1995 begrüßen die WEU-Minister den gemeinsamen Vorschlag des Vereinigten Königreichs und Italiens über die Errichtung einer „WEU humanitarian task force“ sowie der Inanspruchnahme militärischer Mittel in humanitären Krisen und fordern den ständigen Rat und die Planungszelle auf, „to complete the work on this subject as a matter of priority“ bzw. „to take forward as a matter of urgency its generic planning in this area“.¹³⁷ Zudem bekunden sie ihr Interesse „in the initiative by France and the United Kingdom on peace-keeping and conflict prevention in Africa“.¹³⁸ In der gemeinsamen Stellungnahme zur europäischen Sicherheit vom 14. November 1995 (Madrid) werden die neuen Risiken identifiziert, denen sich Europa gegenüber sieht. Diese reichen von einer schweren Mißachtung der Menschenrechte nationaler Minderheiten¹³⁹, über bewaffnete Gruppen, die „outside the law or without proper democratic control“ operieren¹⁴⁰, bis hin zu internationalem Terrorismus¹⁴¹, exzessiven Truppenkonzentrationen¹⁴² und der unkontrollierten oder illegalen Migration.¹⁴³ Zudem werden die Möglichkeiten untersucht, im Rahmen nicht nur der Vereinten Natio-

136 C. Kress, ICLQ 44 (1995), 421 m.w.N.

137 WEU Council of Ministers, Lisbon Declaration, Abs. 6 (gopher://marvin.stc.nato.int:70/00/ Other_International/weu/COM/weu1505.95).

138 Ebd., Abs. 7.

139 Ebd., Abs. 33.

140 Ebd., Abs. 34.

141 Ebd., Abs. 53.

142 Ebd., Abs. 34.

143 Ebd., Abs. 58 ff.

nen, sondern auch der EU und der WEU, die Anstrengungen afrikanischer Staaten zur Friedenssicherung zu unterstützen:

„The promotion of security and stability in Africa has been identified as an important concern of the WEU countries. European countries are currently examining the possibilities of supporting the efforts of Africa itself to promote the preservation of peace, the search for reconciliation and the achievement of sustainable and socially balanced development through good governance. WEU itself is considering the role it might play in support of peacekeeping and conflict prevention by African states.“¹⁴⁴

Solche Einsätze begegnen, wenn sie zwar unter der Befehlsgewalt der WEU, nicht aber aufgrund eines Mandats des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen stattfinden sollten, erheblichen rechtlichen Bedenken. Geht es noch an, die Einbeziehung der WEU in das Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen als im Brüsseler Vertrag angelegt anzuerkennen, sind eigenständige, militärisch abgesicherte friedenssichernde Einsätze der WEU nicht mehr vom Brüsseler Vertrag gedeckt und damit auch nicht von der Zustimmung des Gesetzgebers zu der Eingliederung der Bundesrepublik Deutschland in dieses System gegenseitiger kollektiver Sicherheit.¹⁴⁵ Das Integrationsprogramm der WEU ist nicht auf derart weitreichende Modifikationen angelegt, die dieser Organisation ein vollständig geändertes Erscheinungsbild geben würden. Es geht daher zu weit, wenn aus dem der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrundeliegenden weiten Begriff des kollektiven Sicherheitssystems der Schluß gezogen wird, daß

„in addition to NATO/WEU actions under the UN umbrella and NATO/WEU collective self-defence actions under Article 51 of the Charter, Germany's armed forces may – on the basis of Article 24(2) – participate in every independent NATO/WEU military operation that is permissible under public international law and can be said to create or secure peace.“¹⁴⁶

Eigenständige friedenssichernde Operationen der WEU, die nicht aufgrund eines Mandats des Sicherheitsrats stattfinden, gehören nicht zu den typischen Aufgaben der WEU. Eine Beteiligung der Bundeswehr würde mithin nicht „nach den Regeln“ dieses kollektiven Sicherheitssystems erfolgen und wäre nicht mehr nach Art. 24 Abs. 2 GG gerechtfertigt, es sei denn, der Gesetzgeber stimmt einer entsprechenden Änderung des Brüsseler Vertrags zu.

Zum Abschluß sei darauf hingewiesen, daß eine Beteiligung an einer WEU-Operation, die nicht der Verteidigung zu dienen bestimmt ist, auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn sie aufgrund einer entsprechenden Anfrage der EU stattfinden soll.¹⁴⁷ Die Zustimmung des deutschen Gesetzgebers zum EUV und dessen Art. J.4 ist dar-

144 Ebd., Abs. 157. Vgl. auch Abs. 114.

145 Ebenso W. Schroeder (JuS 1995, 405), der feststellt: „Friedenssicherung außerhalb ihrer Bündnisgebiete zählt nicht zu den vertraglich fixierten Aufgaben von NATO und WEU, sondern ist Bestandteil der neuen europäischen Sicherheitsarchitektur, die nach Ansicht des BVerfG ‚erst allmählich‘ Gestalt gewinnt und noch nicht eine rechtsverbindliche Form erreicht hat.“

146 C. Kress, ICLQ 44 (1995), 419. Vgl. auch G. Nolte, ZaöRV 54 (1994), 660 ff., 684

147 Zu entsprechenden Überlegungen vgl. allein WEU Council of Ministers, Contribution (Anm. 116), Abs. 76 ff. Freilich scheint der politische Wille zu einer echten GASP ohnehin nicht besonders ausgeprägt zu sein. Vgl. J. Santer, The European Union's Security and Defense Policy. How to Avoid Missing the 1996 Rendez-Vous, NATO Review 43 (1995, No. 6), 3-9.

auf beschränkt, daß die WEU die Entscheidungen und Aktionen der EU ausarbeiten und durchführen soll, die verteidigungspolitische Bezüge haben. Nun verdeutlichen die Aktivitäten innerhalb der WEU, daß die Mitgliedstaaten augenscheinlich von einem weiten Begriff der „Verteidigung“ auszugehen bereit sind.¹⁴⁸ Gleichwohl können auch nicht im Wege einer – extensiven – Auslegung des EUV der WEU „neue“ Aufgaben zugewiesen werden, die nicht wenigstens im Brüsseler Vertrag angelegt sind.¹⁴⁹

Zusammenfassende Schlußbetrachtung

Solange Friedenssicherungsaktionen aufgrund eines Mandats des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen durchgeführt werden, stehen einer Beteiligung deutscher Soldaten keine nennenswerten verfassungs- noch völkerrechtliche Hindernisse entgegen. Die verfassungsrechtliche Grundlage findet sich in Art. 24 Abs. 2 GG und der Zustimmung des Gesetzgebers zu der Eingliederung Deutschlands in das System kollektiver Sicherheit der Vereinten Nationen. Das Gleiche gilt, wenn die NATO und die WEU in das VN-Friedenssicherungssystem einbezogen werden. Die gegenwärtig hinsichtlich des sog. Parlamentsvorbehalts bestehenden Unsicherheiten könnten durch eine Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 24 Abs. 1 GG bzw. durch Verabschiedung eines „Entsendegesetzes“ ausgeräumt werden. Allerdings sind die Aussichten auf eine spezifisch deutsch-französische Zusammenarbeit in diesem Bereich nur insoweit positiv zu bewerten, als ein Einsatz des Eurokorps oder eine Kooperation der Sanitätsdienste der beiden Länder in Betracht kommt.

Obgleich das Bundesverfassungsgericht bereit ist, NATO und WEU als Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit zu qualifizieren, ist eine Beteiligung der Bundeswehr an autonom von diesen Organisationen beschlossenen Operationen, die mithin nicht aufgrund eines Mandats des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen stattfinden, mangels entsprechender Ergänzung der Gründungsverträge und der erforderlichen Zustimmung des deutschen Gesetzgebers zur Zeit aus verfassungs- und völkerrechtlichen Gründen ausgeschlossen.

148 Vgl. allein *WEU Council of Ministers*, Contribution (Anm. 116), Abs. 19.

149 Ebd., Abs. 83 ff.

La coopération franco-allemande en matière de maintien de la paix

Par Pierre-Marie Dupuy, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)¹

I. Différence des données juridiques de base concernant, dans les deux pays, les conditions de participation des contingents militaires nationaux aux opérations de maintien de la paix

1. Le thème de la coopération franco-allemande en matière de maintien de la paix peut *a priori* surprendre. Les deux pays coopèrent en bien des domaines, politique, économique, monétaire, social, de façon sans doute plus approfondie qu'en cette matière. Cet objectif, qui plus est, n'est pas circonscrit à l'action des États européens et c'est plus généralement à l'échelle universelle, dans le cadre des Nations Unies, que les principales actions sont entreprises. Par excellence, donc, la coopération en matière de maintien de la paix universelle échappe à l'étroitesse de la dimension bilatérale.

2. Poser le problème en ces termes manifeste cependant l'intérêt de le traiter dans l'optique des relations entre les deux États dont la coopération est sans conteste la plus déterminante pour l'avancement de la construction européenne. A travers lui, c'est une part de la politique européenne commune en matière de maintien de la paix sinon même, plus largement, de politique étrangère qui est ainsi abordée. Qui plus est, l'examiner présente d'autant plus d'intérêt que la France et l'Allemagne, à cet égard comme à bien d'autres, manifestaient au départ des „cultures“ et, donc, des comportements très différents, cependant que les données constitutionnelles sont également contrastées dans chacun des deux pays.

3. La France se réclame volontiers d'une tradition d'universalisme qui remonte à la Révolution française (avec toutes ses ambiguïtés). Elle affirme, parfois maladroitement, parfois avec panache, la mission qu'elle se reconnaît par fidélité à son histoire, pour défendre les droits de l'homme et des peuples. Elle revendique haut et fort sa place au sein des membres permanents du Conseil de sécurité. Elle suscite souvent l'agacement de ses partenaires, et, notamment, de la presse allemande, qui parle alors avec ironie de la „Grande Nation“, par cette prétention, parfois inconstante, à la défense des valeurs universelles. En contrepartie, pourtant, elle n'hésite

¹ L'auteur tient à remercier tout particulièrement ses collègues *Mario Bettati*, *Jean Klein* et *Elisabeth Zoller* pour leurs contributions respectives au groupe de travail dont les réflexions ont servi de base au présent rapport. Il remercie également Monsieur *Marc Guillaume*, délégué aux affaires juridiques internationales auprès du ministère des armées, pour l'aide très précieuse qu'il lui a apportée, notamment pour lui transmettre des informations et lui faire part de ses réflexions, tirées de la pratique.

pas à exposer la vie de ses soldats, sans que l'accord général de sa population, quoiqu'implicite, lui ait été jusqu'ici contesté, ce qui est encore sans équivalent de l'autre côté du Rhin.

L'Allemagne, tout au contraire, a été profondément marquée par la défiance à l'égard de toute intervention internationale, et, particulièrement, de toute action armée qui pourrait rappeler fâcheusement un passé militaire présent dans toutes les mémoires. Les français, malheureusement dans leur majorité peu avertis des choses de l'Allemagne contemporaine, ignorent ou sous-estiment d'ailleurs généralement la profondeur des convictions pacifistes de la population allemande.

3. Sa „Kultur der Zurückhaltung“ („culture de retenue“) a pourtant marqué la politique étrangère de l'Allemagne fédérale, avant et après la réunification. Cette attitude avait, par exemple, été particulièrement illustrée par le Bundessicherheitsrat (Conseil de sécurité fédéral). Il avait estimé, en 1982, qu'aux termes de l'article 87a de la Loi fondamentale, la Bundeswehr ne pouvait pas être engagée en dehors de la zone couverte par le Traité de l'Atlantique Nord. En 1988 encore, le ministre des affaires étrangères, *Hans Dietrich Genscher*, en réponse à une question de *Horst Ehmke*, président du groupe parlementaire du SPD au Bundestag, avait même précisé que la règle précitée ne souffrait pas d'exception. L'Allemagne a, par la suite, y compris durant la guerre du Golfe, préféré soutenir financièrement que militairement l'action des alliés en faveur du rétablissement d'une situation conforme aux exigences du droit international.

4. Pourtant, durant les dernières années, des pressions diverses ont été exercées sur elle, notamment par le Secrétaire-général des Nations Unies, pour qu'elle se joigne aux efforts de la „communauté internationale“ en faveur du maintien de la paix. Ses velléités d'obtention d'un statut de membre permanent du Conseil de sécurité, qui serait en accord avec son poids économique mais aussi avec une influence politique grandissante, l'incitaient par ailleurs à sortir de sa „retenue“ traditionnelle.

Ceci s'est traduit par un engagement de plus en plus marqué dans des opérations de maintien de la paix, depuis la participation aux antennes médicales mises en place au Cambodge à sa participation effective à des opérations impliquant la mobilisation de forces d'intervention armée. A partir du printemps 1993, elle envoyait des bâtiments de guerre dans l'Adriatique pour surveiller l'embargo décidé par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Il restait encore une réticence de principe à l'engagement de forces armées terrestres aux côtés des contingents français et britanniques dans le cadre de la FORPRONU.

C'est ici que l'on peut marquer la différence existant cette fois dans la situation constitutionnelle respective des deux Etats en ce qui concerne la participation des forces armées nationales à des initiatives internationales de maintien de la paix.

5. En France, l'autorité compétence pour décider une opération de maintien de la paix est le Président de la République. Sur base de l'article 15 de la Constitution, il est en effet „le chef des armées“ et l'on s'accorde à voir généralement un „domaine

réservé" dans son pouvoir de commandement, même si cette notion a fait l'objet de controverses.

La question principale est celle de savoir si et dans quelle mesure les compétences constitutionnelles du Président de la République sont ou non conditionnées par une autorisation parlementaire préalable.

Aucune ne fut demandée par le Président *Giscard d'Estaing*, pourtant initiateur de ce type d'actions, lorsqu'il fit sauter en 1978 les parachutistes français sur Kolwesi, au Zaïre, pour sauvegarder les ressortissants français et belges mais aussi mater la rébellion. Un débat parlementaire eut cependant lieu après coup, comme, plus tard, en 1983, à propos de l'intervention française au Tchad.

Dans le cadre des opérations de maintien de la paix décidées par les Nations Unies, la position de principe est que la participation française à de telles actions n'est qu'une application de la Charte de l'O.N.U. L'autorisation parlementaire pour de telles participations est donc réputée avoir été donnée par anticipation lorsque les chambres donnèrent leur accord pour ratifier la Charte.

6. On doit cependant constater qu'à propos de l'engagement, il est vrai numériquement important, des troupes françaises aux côtés des alliées lors de la guerre du Golfe, le Président *Mitterand* exclut „qu'il puisse songer un jour à engager la France dans un conflit armé sans mettre la représentation nationale en mesure d'exercer la plénitude de ses droits"². Le Premier Ministre engagea la responsabilité du gouvernement sur la base de l'article 49 (1) de la Constitution en soumettant au Parlement une déclaration sur la politique française au Moyen Orient, laquelle fut massivement approuvée. Cependant, avant même que le Parlement se prononce, le Président de la République avait fait savoir par son porte-parole que le vote des députés et des sénateurs n'aurait pas un caractère suspensif de la décision d'engager les troupes françaises dans l'opération armée.

Il s'agissait d'„associer“ les parlementaires à la décision présidentielle³. Il reste, comme le note *E. Zoller*, que le précédent de la guerre du Golfe invite à opérer une distinction entre les opérations de maintien de la paix qui impliquent „conflit armé“ et les autres. A l'inverse de celles-ci, celles-là sembleraient ne pas pouvoir être entreprises sans intervention parlementaire préalable.

7. On sait combien la situation est différente en Allemagne, du moins, combien elle a suscité de débats et de polémiques, jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe du 12 juillet 1994. Balayant les objections faites par l'opposition à la constitutionnalité de l'engagement des troupes allemandes dans des opérations de maintien de la paix, la Cour a déclaré pour l'essentiel constitutionnelles les décisions prises en ce sens par le gouvernement fédéral. Elle rejetait ainsi la conception

2 Déclaration du Premier Ministre à l'Assemblée Nationale, Journal Officiel Débats Ass. Nat. 12 Décembre 1990, p. 6748.

3 Voir *E. Zoller*, Droit des relations extérieures, Paris, PUF 1992, pp. 239-242.

restrictive selon laquelle les troupes allemandes ne pourraient être utilisées que pour la défense au sens de l'article 87a al.2 de la Loi fondamentale⁴.

La participation de la Bundeswehr à l'opération navale organisée par l'OTAN et l'UEO, tendant à faire contrôler le respect de l'embargo décrété par le Conseil de sécurité de l'ONU sur base de ses résolutions 713 (1991) et 757 (1992) à l'égard de l'ex-Yougoslavie; sa participation à l'opération aérienne organisée par l'OTAN pour faire respecter l'interdiction de vols militaires en application des résolutions 781 (1992) et 816 (1993); enfin, la participation de la Bundeswehr à l'opération ONUSOM II en Somalie se voyaient ainsi validées. La Bundeswehr doit pouvoir participer activement à un système de sécurité collective auquel elle est partie et qui comporte une composante militaire. Le critère fondamental retenu à cet égard par la Cour Constitutionnelle est précisément la mission de maintien de la paix impartie aux contingents nationaux des Etats membres de l'ONU.

C'est dans un tel contexte, ayant ultérieurement autorisé la participation de contingents allemands à l'IFOR pour assurer l'application des accords de Dayton, que l'on doit rappeler brièvement la dynamique des opérations de maintien de la paix, principalement dans le cadre des Nations Unies.

II. La dynamique des opérations de maintien de la paix

8. La France insiste de longue date, instruite par son expérience directe des engagements de ses troupes dans des opérations de maintien de la paix, sur la nécessité d'une clarification du mandat donné aux contingents nationaux participant à de telles opérations.

Cette nécessité est d'autant plus nettement ressentie que la palette des types d'opérations s'est considérablement enrichie depuis le début des années quatre-vingt dix. Une nouvelle typologie des opérations sous mandat des Nations Unies s'est imposée, qui trouve un renfort, tout au moins initial, dans l'Agenda pour la paix présenté par le Secrétaire-général des Nations Unies le premier juillet 1992⁵.

Le maintien de la paix traditionnel suppose l'assentiment des parties, l'obtention préalable d'un cessez-le-feu, et la limitation du recours à la force par les casques bleus au seul cas de légitime défense. On reste dans l'esprit général du chapitre VI de la Charte.

La „restauration de la paix“ présente avec la situation précédente plus d'une analogie. Aucun adversaire n'est encore déclaré. On définit l'attitude des troupes des Nations Unies comme celle de l'„impartialité active“! Les casques bleus s'interposent toujours entre les belligérants mais le contexte général est beaucoup plus

4 Voir *Ch. Tomuschat*, Les opérations des troupes allemandes à l'extérieur du territoire allemand, in *AFDI*, 1993, pp. 451-467; du même auteur, Le juridisme fait place à la politique: l'arrêt de la Cour Constitutionnelle allemande du 12 Juillet 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes, in *AFDI* 1994, pp. 371-378.

5 Voir *Ch. Zorngbibe*, La France, l'ONU et le maintien de la paix, Paris, PUF, 1996, 162 p.

difficile et tendu. Il caractérise notamment les situations proches de la guerre civile. L'usage de la force fondé sur le chapitre VII de la Charte est autorisé dans des limites élargies afin de permettre la réalisation du mandat de „restauration“ reçu par les casques bleus.

L'„imposition de la paix“ constitue l'étape ultime. Ici, la force des Nations Unies fait la guerre ouvertement contre un ennemi déclaré. Les objectifs de l'opération sont clairement établis. On se situe bien entendu dans le cadre du chapitre VII, même si l'on sait que le Comité d'Etat-major prévu à l'article 43 pour coordonner les actions entreprises n'est pas encore à même de réaliser sa mission conformément à la Charte.

9. Dans ce contexte élargi, on sait que le nombre et la nature des opérations des Nations Unies effectivement engagées sur le terrain depuis le début de la décennie quatre-vingt dix a cru à une vitesse extrêmement rapide.

Les difficultés nombreuses rencontrées sur le terrain, notamment dans l'ex-Yougoslavie, ont en particulier suscité les critiques acerbes des officiers généraux français responsables de la FORPRONU, en particulier les généraux *Morillon*, *Cot* et *Janvier*. Ce sont les règles d'engagement des forces chargées d'une opération de maintien de la paix qui ont fait l'objet des plus vives critiques, avec celle adressée aux conditions dans lesquelles le Secrétaire-général était représenté sur place par son délégué spécial, Monsieur *Akashi*.

10. S'agissant des règles d'engagement, on sait qu'un modèle des dites règles est remis aux commandants de chaque force. Ces derniers font des propositions pour les adapter à la configuration de chaque cas. De telles propositions sont ensuite soumises à l'approbation de deux départements du Secrétariat. L'un est le département des affaires juridiques (Office of Legal Affairs). L'autre est le département des opérations de maintien de la paix (Department of Peace Keeping Operations). Le Commandant de la force reçoit alors le document qu'il promulgue sous le nom de „règle d'engagement de la force ... X“.

La nature juridique d'un tel document n'est pas dépourvue d'ambiguïté, dans la mesure où il est désigné le plus souvent sous le terme de „directive“ ou „guidance“, cependant qu'une force obligatoire lui est reconnue, qu'il puise dans la résolution pertinente du Conseil de sécurité. Le contingent de casques bleus concerné n'y trouve bien entendu pas la seule source du droit qu'il doit observer. Il est également soumis au respect des principes du droit humanitaire, aux règles disciplinaires propres à chaque contingent national, aux règles du droit international de la responsabilité applicables, ainsi qu'à toute autre source de droit pertinente, comme, par exemple, les accords passés entre les pays membres fournisseurs de troupes et l'organisation elle-même. Entre 1948 et 1988, les treize opérations lancées par les Nations Unies ont généré un ensemble de règles coutumières substantielles et de procédure autour de l'idée directrice d'engagement minimum, voire, de non-engage-

ment⁶. L'ouverture du feu de doit en principe être envisagée, comme on l'a dit plus haut à propos des forces classiques, dans les seuls cas de légitime défense. Ceci s'applique cependant aussi à la défense des installations, du matériel et du bon déroulement des opérations.

11. Dans le cas de la FORPRONU, cette dernière, contrairement à l'ONUSOM (Somalie) après mars 1993 n'avait pas pour mission d'imposer la paix mais seulement d'accompagner et de protéger les efforts humanitaires. On a du cependant constater sur le terrain l'ambiguïté de ses règles d'engagement gouvernant l'usage du feu. Ces règles étaient rédigées en des termes insuffisamment précis, en renvoyant notamment aux principes classiques de restriction du recours aux armes aux cas de légitime défense. Mais le tout est dilué dans un ensemble qui faisait prévaloir la „riposte à une attaque directe“. La primauté de la diplomatie conduite par Monsieur *Akashi*, d'abord soucieux d'accord, a par ailleurs grandement entravé la liberté d'action de la force. Enfin, la disparité de sa composition et la participation de contingents inégalement entraînés pour ce genre d'opérations réalisa également une difficulté d'ordre technique, accrue par la complexité de la chaîne de commandement rattachant la force à l'autorité du Secrétaire-général.

On comprend, dans ces conditions, que le commandement général de la force ainsi que les contingents français, quant à eux très entraînés, aient souvent manifesté leur vive contrariété devant la réalité de la situation. A un moindre degré, les forces allemandes engagées dans la même force ont manifesté également leur désapprobation devant les insuffisances politiques et techniques de l'entreprise. L'ensemble de ces insuffisances a incité les uns et les autres à envisager des réformes assez importantes pour mettre l'Organisation mieux à même de réaliser sa tâche principale, qui demeure celle de maintien de la paix.

III. La recherche d'une adaptation aux données nouvelles du maintien de la paix

A. Propositions dans le cadre des Nations Unies:

12. Dans un document remis au Secrétaire-général de l'ONU le 18 janvier 1996⁷, le gouvernement français réagissait favorablement aux premières propositions de révision des orientations de l'Organisation que M. *B. Boutros-Ghali* avait formulées dans au Supplément à l'Agenda pour la Paix, du 3 janvier 1995.

La France marquait son accord avec les distinctions établies par le Secrétaire-général entre la diplomatie préventive, le maintien de la paix stricto sensu, la consolidation de la paix après les conflits, et la reconstitution des structures politiques et économiques concernées. Elle soulignait cependant sans ambiguïté qu'il est des cas

6 Voir *P. Tavernier*, *Les casques bleus*, Paris, PUF, Collection Que sais-je? 1996, 127 p.; en partic. les deux derniers chapitres.

7 Doc. ONU A/50/869; S/1996/71.

dans lesquels il faut prévoir de recourir à la force pour imposer ce qui n'est pas encore accepté, à commencer, le cas échéant, par la présence même des troupes des Nations Unies: de telles opérations doivent être décidées sur le fondement du chapitre VII de la Charte. Ces interventions comportent néanmoins un risque d'escalade. Le nombre de telles opérations ne saurait donc être multiplié. Elles doivent être „non pas neutres mais impartiales“.

Ceci veut dire que les termes du mandat peuvent contrarier les buts de l'une des parties belligérantes sur le terrain plus que ceux de l'autre mais la force des Nations Unies devrait respecter les termes de son mandat de la même manière à l'égard de tous; elle doit rester en position d'arbitre et apparaître comme telle⁸.

13. Du point de vue technique, la France insistait dans le même document sur la nécessité d'améliorer la capacité de réaction rapide des Nations Unies. Elle préconisait pour ce faire de mettre en œuvre et de perfectionner le système des modules de forces en attente mis en place en 1994. Elle souhaitait également la constitution de modules d'intervention rapide au sein du système des forces en attente, caractérisés par la brièveté de leurs délais de déploiement qui s'échelonnait entre deux et dix jours. La France avait par ailleurs annoncé, lors de la réunion du Conseil de sécurité au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement du 31 janvier 1992 qu'elle était disposée à fournir aux Nations Unies, dans un délai total d'une dizaine de jours, jusqu'à deux contingents de mille hommes chacun.

La France faisait enfin toute une série de suggestions techniques précises pour renforcer les capacités d'état-major des Nations Unies (développement des capacités de planification, amélioration des structures de commandement).

14. Diverses propositions ont été faites, non seulement par la France mais par bien d'autres Etats membres, pour renforcer la capacité militaire du Conseil de sécurité, dont il serait toutefois très hasardeux de dire si elles ont des chances sérieuses de se réaliser, notamment dans le contexte actuel, à la fois marqué par le ralentissement sensible des activités de l'Organisation en ce domaine et par la persistance d'une grave crise financière, alimentée en large part par les Etats-Unis, à qui elle sert de moyen de pression.

15. On a évoqué plusieurs mesures envisageables. Ainsi, de la création d'une force de réaction rapide mise à la disposition du Conseil de sécurité, lui-même aidé par un état-major permanent (proposition canadienne). On a aussi proposé la transformation du comité d'Etat-major prévu dans la Charte (articles 43 et suivants) en comité militaire consultatif, ouvert aux Etats contributeurs de troupes. Il aurait en particulier la tâche de coordonner et d'interpréter les renseignements; d'évaluer les options militaires proposées; de contrôler les opérations sur le terrain; d'établir une concertation permanente entre les Etats membres en matière militaire.

⁸ Voir Bulletin du Centre d'Information des Nations Unies, Paris, en collaboration avec l'Association Française pour les Nations Unies, mars 1996, n° 18, pp. 46-50.

16. On envisagerait parallèlement un renforcement de la capacité militaire du Secrétaire-général. Le département des opérations de maintien de la paix ne serait en rien dépossédé de ses prérogatives actuelles par la création des nouvelles structures évoquées au paragraphe précédent. En particulier, la planification d'opérations futures et la définition améliorée des règles d'engagement, la coordination des moyens répartis entre les différents théâtres d'opérations, l'évaluation et le contrôle des opérations constitueraient, davantage encore, des fonctions de ce département. Le Secrétaire-général disposerait d'un instrument de suivi global des opérations et d'un état-major particulier.

D'une façon générale, le département des opérations de maintien de la paix devrait bénéficier du concours direct des Etats membres pour accentuer sa professionnalisation dans le domaine militaire.

17. L'ensemble de ces propositions pose des problèmes à l'ensemble des Etats membres. Par définition consacrées à l'amélioration des mécanismes de maintien de la paix au niveau universel, elles ne relèvent nullement en premier lieu de la coopération franco-allemande en particulier, même si cette dernière peut constituer un appui non négligeable pour faire aboutir les réformes nécessaires.

Du point de vue institutionnel, on sait qu'aujourd'hui la France, loin de demeurer hostile à la dévolution à l'Allemagne d'un siège permanent au sein du Conseil de sécurité, a au contraire manifesté à plusieurs reprises ouvertement qu'elle considérerait une telle attribution comme opportune (la même remarque valant également à l'égard du Japon). On doit en revanche constater que de larges secteurs de l'opinion, à l'intérieur de l'Allemagne elle-même, demeurent très réticents, voire hostiles à cette intégration de leur pays au nombre des membres permanents. Ils en connaissent en effet le prix à payer, particulièrement en termes de disponibilité nationale pour la contribution à la gestion des crises internationales de toutes sortes, y compris par l'envoi de soldats allemands sur divers théâtres d'opération dont l'expérience yougoslave a permis de démontrer le caractère potentiellement dangereux. Même si l'on peut aujourd'hui constater une certaine évolution de l'opinion allemande à l'égard des opérations de maintien de la paix, la „culture de retenue“ et le pacifisme signalés plus haut continuent à marquer de leur empreinte la position du parti d'opposition S.P.D. en particulier.

18. Une question plus directement en rapport avec la coopération franco-allemande dans le cadre du maintien de la paix concerne la possibilité de l'engagement de l'Eurocorps constitué à leur initiative dans de telles opérations. On sait que la pratique a évolué très récemment positivement en cette matière. Cependant, pour ce qui concerne la période examinée lors du colloque franco-allemand au sein duquel la présente communication a trouvé sa place (septembre 1996), on devait encore constater à l'époque le refus des autorités allemandes de l'engagement de cette force d'action rapide au sein de l'IFOR, force constituée dans le cadre de l'OTAN pour veiller à la mise en œuvre des accords de Dayton. Ce refus manifestait précisément le décalage sensible entre l'évolution des positions gouvernementales et la prise en compte par elles des retards de l'opinion. La suite a prouvé que les choses

n'étaient nullement figées. On sait, en effet, que l'Eurocorps est désormais engagé, depuis la fin de l'année 1996, au sein de la Force de stabilisation (SFOR) qui a succédé à l'IFOR. En date du 23 janvier 1997, le Secrétaire-général de l'OTAN avait déjà fait parvenir à celui des Nations Unies son premier rapport sur les opérations de la nouvelle force.

B. Propositions dans le cadre régional européen:

19. On doit ici brièvement examiner l'incidence du titre V du traité de Maastricht sur les opérations de maintien de la paix. On sait que ce traité affirme que „l'Union et ses Etats membres définissent et mettent en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune“. A ce titre, et malgré la prudence souvent dénoncée du traité en la matière, l'Union de l'Europe Occidentale est enfin considérée en principe comme le bras armé de l'Union européenne. Cette organisation de défense apporte un potentiel à l'Union européenne, comme le souligne à juste titre *Charles Zorgbibe*⁹.

20. La coordination par l'UEO des contributions de plusieurs Etats membres ou la conduite opérationnelle d'une action de maintien de la paix avec des moyens mis à sa disposition par les Etats membres sont des scénarios envisageables, tout comme la co-responsabilité d'une opération avec une autre organisation politico-militaire, ainsi que la coopération UEO-OTAN l'a prouvé, dans le cas de la surveillance de l'embargo en Adriatique par un état-major commun.

On sait par ailleurs les Nations Unies attachées au développement de leur coopération avec les organisations régionales dans le cadre du maintien de la paix, conformément au chapitre VIII de la Charte. Elle a à cet égard placé en particulier sa coopération avec la CSCE devenue ensuite OSCE dans ce cadre juridique. On notera toutefois que, d'un point de vue strict, l'OTAN apparaît comme une organisation régionale de défense mutuelle, rattachable au chapitre VII par l'intermédiaire de l'article 5I, et non une organisation politique régionale¹⁰.

21. D'une façon générale, le choix important opéré par la France en faveur d'un rapprochement avec la structure militaire intégrée de l'OTAN ne peut *a priori* que faciliter la coopération franco-européenne et la coordination des actions de l'UEO et de l'OTAN. Dès sa conférence de presse du 16 mars 1995, le nouveau Président de la République, Monsieur *Jacques Chirac*, avait en effet déclaré que „la poursuite de la construction européenne ne pourra se faire sans que la France reconnaisse que ses propres intérêts vitaux et ceux de ses partenaires sont de moins en moins dissociables“. La position commune adoptée par la France et l'Allemagne, cette dernière étant pourtant traditionnellement très atlantiste, se manifeste à plusieurs égards. On notera, en particulier, sa réalisation dans le cadre des négociations en cours avec les Etats-Unis pour l'obtention en faveur d'un européen du commande-

⁹ Voir *Charles Zorgbibe*, op. cit. supra, p. 97 et s.

¹⁰ Voir en particulier *Marc Perrin de Brinchambaut*, Les relations entre les Nations Unies et les systèmes régionaux, in SFDI, Colloque de Rennes, Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pp. 97-106.

ment du flanc sud de l'Alliance. D'une manière ou d'une autre, une certaine „européanisation“ de l'OTAN devrait de toute façon être décidée au sommet de Madrid, prévu pour juillet 1997.

22. Il reste que, dans le cadre plus étroit de la Conférence intergouvernementale sur la réforme de l'Union européenne, dont les travaux semblent assez ralentis par rapport au programme initial, on a suggéré une sorte de synthèse des positions respectivement défendues par la France et l'Allemagne en ce qui concerne la création des moyens institutionnels d'une politique européenne de sécurité commune.

C'est ainsi qu'a été évoquée la possibilité de constituer le Conseil des ministres de l'Union européenne en une sorte de Conseil de sécurité de l'Union. Il serait composé des ministres des affaires étrangères et de la défense des Etats membres ainsi que du Président de la Commission; il serait chargé de conduire, dans le cadre des orientations définies par le Conseil européen des chefs d'Etat et de gouvernement, les actions diplomatiques et de maintien de la paix entreprises au nom de l'Union.

En tout état de cause, dans le domaine de la défense et de la politique commune, notamment en matière de contribution européenne au maintien de la paix internationale, les deux Etats, France et Allemagne, devront s'affirmer dans l'avenir comme ce qu'ils ont été déjà jusqu'à présent: le levain dans la pâte de la construction commune ...

Schlußbemerkungen

Von Prof. Dr. Christian Tomuschat, Berlin

Mit dem heute zu Ende gehenden Kolloquium ist ein weites und reiches Feld abgeschritten worden. Keineswegs hat man sich darauf beschränkt, eine juristische Debatte zu führen. Auch der politische Rahmen des Themas und seine tatsächlichen Gegebenheiten sind berücksichtigt worden. Gerade als Völkerrechtsjurist kann man diese Ausweitung der Debatte in benachbarte Disziplinen hinein nur begrüßen, verhilft sie doch dazu, jede positivistische Einseitigkeit zu verhindern, die dem politischen Charakter des Gegenstandes wenig angemessen wäre. Vielleicht sind an diesem Punkte allerdings die Akzente etwas unterschiedlich gesetzt worden. Wie mir scheint, ist man auf französischer Seite etwas offener hin zu den politischen Kriterien, während die deutschen Teilnehmer größeren Wert darauf gelegt haben, die maßgebenden Texte zur Entfaltung zu bringen.

Fragen der militärischen Verteidigung gehören zu den Essentialia einer jeden Verfassungsordnung. Sie sollten demgemäß jedenfalls im Rechtsstaat mit höchster Genauigkeit geregelt sein. Traditionell stützt sich die Exekutive auf die militärische Gewalt als einen der Hauptpfeiler ihrer Herrschaftsmacht. Es hat im Verfassungsstaat langer Anstrengungen bedurft, um das militärische Element rechtlich einzu binden und in das allgemeine Schema einzuordnen, welches postuliert, daß alle öffentliche Gewalt vom Volke ausgehen müsse. In einer auf den ersten Blick erstaunlichen Weise sind allerdings sowohl das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland wie auch die Verfassung der V. Französischen Republik davor zurückgeschreckt, Festlegungen zu treffen, die jeden Zweifel über das Kompetenzgefüge ausschließen.

Es ist bekannt, daß in der Bundesrepublik in der Geburtsstunde des Jahres 1949 jeder Gedanke an eine Wiederaufrüstung sowohl wegen der noch bestehenden alliierten Besatzungsherrschaft wie auch wegen des Widerwillens der Deutschen gegen jede Art von Kriegsdienst verpönt war. Als dann ab 1953 die Wiederaufstellung einer deutschen Streitmacht akut wurde, kam es zu schweren Verfassungskämpfen, die auch die eigentliche juristische Arbeit überschatteten. So gelang der Ministerialbürokratie mit ihren den parlamentarischen Entscheidungsprozeß vorbereitenden Textvorlagen kein Meisterstück, wenn man bedenkt, daß bis heute Unklarheit darüber herrscht, welche Aussage eigentlich mit der Zentralvorschrift des Art. 87a GG getroffen werden sollte. Alle die Bundeswehr betreffenden Vorschriften haben bis heute ihren Charakter als Flickwerk an einem ohne die Dimension der militärischen Verteidigung konzipierten Gebäude nicht abstreifen können. Dem Verfassungsjuristen mag diese Unvollkommenheit reizvoll erscheinen. Politisch gesehen bedeutet sie nach wie vor, daß die Bundeswehr in gewisser Weise im Abseits steht.

In Frankreich sind es andere Gründe, welche den Verfassungstext in eine lapidare Einsilbigkeit hineingezwungen haben. Die Verfassungsgebung des Jahres 1958 stand

ganz unter dem Präsidialgedanken, und es wäre demgemäß als widersinnig erschienen, die Amtsbefugnisse des Präsidenten in das Korsett kleinlicher Detailvorschriften zu fesseln. Obwohl gleichzeitig der Conseil constitutionnel entstand, bekannte man sich doch zu einem Primat des Politischen. Daß der Einsatz militärischer Verbände in den Kompetenzbereich der Exekutive falle, wurde für selbstverständlich gehalten. Keine Neigung bestand andererseits, eine genaue Grenzlinie zwischen den Zuständigkeitsbereichen von Staatspräsident und Premierminister zu ziehen. Dieser wurde als eine Art Assistent des Staatspräsidenten gesehen, betraut damit, dem Staatspräsidenten die lästigen Geschäfte des Alltags abzunehmen. So war es fast zwangsläufig, daß man über einige recht substanzarme allgemeine Aussagen zur militärischen Gewalt nicht hinauskam.

Auch die Regelungen im EU-Vertrag (J-Artikel) lassen wenig an inhaltlicher Griffigkeit erkennen. Hier sind es wiederum andere Gründe, welche den auffälligen Mangel an Präzision erklären. Während in der nationalen Verfassungsordnung jeweils feststeht, daß es eine militärische Gewalt gibt, und nur zu klären ist, wie die Zuständigkeiten zur Verfügung über diese Gewalt zu verteilen sind, lautet auf der Ebene des europäischen Rechts die große Frage, ob und inwieweit überhaupt das bisher fast ausschließlich ökonomisch orientierte Integrationssystem eine militärische Komponente erhalten soll. Daß alle Staaten hier eine gewisse – und teilweise sogar sehr prononcierte – Zurückhaltung zeigen, ist leicht verständlich. Militärfragen sind Souveränitätsfragen. Wer sich hier seiner Hoheitsbefugnisse entledigt, kann sich allzuleicht mit der Behauptung konfrontiert sehen, er habe seine Staatlichkeit aufgegeben.

In Deutschland haben alle diese Ungereimtheiten und Unstimmigkeiten eine weit- aus größere Bedeutung als in Frankreich, denn hinter jedem verfassungsrechtlichen Vorgang steht hier – je nach der Sicht des Betrachters als Retter oder als Ungeheuer – das Bundesverfassungsgericht. Sein Kompetenzkatalog ist so weit gefaßt, daß ihm im Grunde nichts zu entgehen vermag, sofern nur die Parteien – oder auch nur einer der Streitbeteiligten – ein Interesse daran haben, eine verbindliche Entscheidung über das streitige Interpretationsproblem herbeizuführen. Herr Heintschel von Heinegg hat sehr anschaulich über diese vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragenen Verfassungskämpfe berichtet, die in dem Urteil zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr mit einer innovativen Lösung beendet worden sind. Der von den Karlsruher Richtern mehr erfundene als gefundene „Parlaments“-Vorbehalt beteiligt jedenfalls den Bundestag an sämtlichen Entscheidungen über militärische Auslandseinsätze und schafft so neben Art. 59 Abs. 2 GG ein neues Bindeglied der Kooperation zwischen Exekutive und Legislative im Bereich der Außenpolitik. Es war interessant zu hören, daß es in Frankreich dazu insofern eine Parallele gibt, als Präsident Mitterrand im Golfkrieg die Erklärung abgab, er werde unter Wahrung seines Rechtsstandpunkts, daß er die alleinige Befehlsgewalt besitze, Frankreich jedenfalls nur nach vorheriger Konsultation der Nationalversammlung in einen bewaffneten Konflikt führen. Was in Deutschland rigoros – und sicher allzu weitgehend – mit Rechtsbegriffen umschrieben worden ist, hat man also in Frankreich als politische – und damit flexible – Maßgabe etabliert.

Der brüchige rechtliche Untergrund hat nicht verhindern können, daß sich zwischen unseren beiden Ländern vielfältige Strukturen und Verfahren der Zusammenarbeit entwickelt haben. Dies ist in gewisser Weise erstaunlich, stößt der Jurist bei seiner Arbeit, wie uns geschildert worden ist, immer wieder auf Lücken, Distanzierungen, Zurückhaltung – ja selbst Geheimhaltung.

Herr Frowein hat versucht, uns mit den Mysterien des Art. J.4 des EU-Vertrages vertraut zu machen. Seinem nüchternen Juristenverstand ist es gelungen, der Vorschrift einiges an faßbaren Inhalten abzugewinnen. Art. J.4 bleibt dennoch im wesentlichen eine Zukunftsperspektive. Es handelt sich um eine der Bestimmungen, die, wie man im Verhältnis Deutschlands zu seinen östlichen Nachbarstaaten immer so schön gesagt hat, mit Leben erfüllt werden müssen. Man kann sie aber auch links liegen lassen – dann nützen alle schönen Textbefunde nichts.

Zu Eurokorps und deutsch-französischer Brigade haben wir sehr genaue Vorträge gehört. Was frappieren muß, ist die Tatsache, daß hier etwas ohne stützenden Legalitätsrahmen gewachsen ist. Weder gibt es in Deutschland ein spezielles Gesetz, welches die bloßen innerstaatlichen Aspekte regelt, noch gar hat man den Versuch gemacht, ein Gesetz über die Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG zu verabschieden. Interessant ist zu diesem Problem auch die Unterschiedlichkeit der Akzentsetzungen. Während Herr Weckel betont hat, wie gut man mit dem NATO-Truppenstatut als Rechtsgrundlage arbeiten könne, sind von Herrn Stein mehr die Lücken und Unzulänglichkeiten unterstrichen worden.

Eine Erklärung für den verwirrenden Gesamtzustand kann offensichtlich nur eine politische Analyse liefern. Der Grundpfeiler der europäischen Verteidigung ist und bleibt die NATO. Das wird im Grunde auch von französischer Seite aus nicht verkannt. Gegenüber dem atlantischen Bündnis ist alles andere mehr oder weniger nur schmückendes Beiwerk. Zu einem echten, nämlich auch allein funktionsfähigen europäischen Sicherheitssystem aufzubrechen, hieße, wieder den Schatten der Vergangenheit zu begegnen, nämlich dem Scheitern des Vertrages über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft im Jahre 1954. Dieses Trauma sitzt noch tief im kollektiven Gedächtnis der beteiligten Nationen. Damals konnte nach kurzer Zeit ohne größere Schwierigkeiten mit Hilfe der USA eine Ersatzlösung gefunden werden. Heute würde es aber darum gehen, sich von den USA freizumachen. Wenn unter diesem Vorzeichen ein Vertragswerk scheitern würde, so könnte dies leicht zum Grabgesang für die Europäische Union insgesamt werden. Vorsicht und nicht überstürzende Eile ist also angesagt.

Hinzukommt, daß heute keine unmittelbare militärische Bedrohung Europas mehr besteht. So ist das Eurokorps polemisch auch als eine Theatertruppe bezeichnet worden. Es hat gewiß seine symbolische Bedeutung. Aber für seine Existenz gibt es keine eigentliche drängende Notwendigkeit. Man wollte experimentieren – und konnte sich diesen Luxus auch leisten.

Den Kitt für eine gemeinsame europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik müßten handfeste gemeinsame Interessen liefern. Hier ergibt die empirische Untersuchung, die uns Herr Guilhaudis vorgestellt hat, daß Frankreich als anerkannte Nuklearmacht sich in einer ganz anderen Interessenlage als die Bundesrepublik

Deutschland befindet und weitaus mehr Gemeinsamkeiten mit Großbritannien aufweist. Beklagt wurde gerade in dieser Hinsicht die mangelnde Solidarität der Verbündeten, die sich sehr konkret im Abstimmungsverhalten in der Generalversammlung der Vereinten Nationen gezeigt hat. Allerdings war es für den deutschen Partner nicht leicht, angesichts mangelnder vorheriger Konsultation zu den französischen Atomtests im Pazifik eine solche – offenbar als vorbehaltlos gewünschte – Solidarität – zu wahren. Auch durch seine ständige Mitgliedschaft im Sicherheitsrat, die ja auch mit seiner Stellung als Nuklearmacht zusammenhängt, hebt sich Frankreich von der Bundesrepublik ab und reiht sich in eine natürliche Verbindung mit Großbritannien ein. Von einer natürlichen Interessengemeinschaft kann also insofern keine Rede sein.

Nachdem die EU seit dem Jahre 1995 mit Finnland, Österreich und Schweden einen kräftigen Zuwachs an neutralen Staaten erfahren hat, muß der Aufbau einer gemeinsamen Sicherheitspolitik noch größere Schwierigkeiten bereiten. Wenig Schubkraft in dieser Richtung kann man sich auch von einer künftigen Osterweiterung erhoffen, welche die Interessenvielfalt nur noch weiter verstärken wird. Die Chancen, daß Art. J.4 des EU-Vertrages einen Zuwachs an Kräften erfährt, stehen insgesamt also nicht gut.

Auch Deutschland muß sich schließlich erst in der neuen Welt zurechtfinden, die nach 1989 entstanden ist. Die neue Rolle als volkreichster Staat in Mitteleuropa, der eine eigenständige Rolle zu spielen vermag, hat es bisher noch gar nicht recht wahrgenommen. Sämtliche Politik war über 40 Jahre lang durch den Ost-West-Konflikt geprägt, der Deutschland ganz selbstverständlich an die Seite des Westens und insbesondere des amerikanischen Verbündeten zwang. So wird man auch nicht davon ausgehen können, daß sich Deutschland um jeden Preis einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik mit Haut und Haar verschreiben würde.

Muß nun die Empfehlung lauten, es sollten für eine gemeinsame europäische Politik klare Rechtsvorschriften erarbeitet werden, um damit den Boden für ein erfolgreiches Handeln in der Zukunft zu schaffen? Niemand hat einen solchen geradlinigen Vorschlag gemacht. Er würde gewiß auch die Möglichkeiten eines juristischen Kraftpotentials überschätzen. Auf der Ebene des Völkerrechts sind Rechtsnormen keine Selbstläufer. Es müssen stets erneut die Akteure gefunden werden, die bereit sind, aus Eigennutz – oder gelegentlich sogar im Interesse der Staatengemeinschaft als solcher – für die Durchsetzung des Gesollten einzutreten. Eine *ambiguïté constructive* kann auch von Nutzen sein, da sie es gestattet, in einem Prozeß von *trial and error* der Praxis geduldig einzelne Lösungen auf ihre Brauchbarkeit zu testen, ohne daß gleich ein fertiger Gesamtentwurf vorgelegt werden müßte. Auch das System der UN-Friedenstruppen ist ja in seiner jetzigen Form mit seinen vielfältigen Variationen ein Kind der Empirie, wie Herr Dupuy sehr eindringlich geschildert hat. Niemals wäre es einem internationalen Gesetzgeber möglich gewesen, von vornherein die Wesensmerkmale der unterschiedlichen Typen von Operationen festzulegen. Gerade im internationalen Bereich, wo die Hindernisse und Hemmelemente sich nur schwer *ex ante* abschätzen lassen, hat das Experiment seinen legitimen Platz. Freilich darf die Suche nach den richtigen Lösungen nicht zu Lasten des

einfachen Soldaten gehen, der auf eine Friedensmission geschickt wird. Hier gibt es eine Grenze, für die das Lob der Flexibilität nicht gelten kann.

Insgesamt müssen wohl die Chancen für eine europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik heute als ungünstiger als noch vor zehn Jahre beurteilt werden. Es ist eine neue internationale Landschaft entstanden, die von den Fesseln der jahrzehntelang vorherrschenden Bipolarität befreit ist. Angesichts des Wegfalls des Zwangs zur Einordnung in einen der großen Blöcke erscheint den Staaten die Souveränität jedenfalls in ihrem militärischen Kernbereich als ein Gut, über das nur mit äußerster Zurückhaltung disponiert werden sollte. Hinzu kommt, daß die Europäische Union gegenwärtig in eine Dynamik hineingetrieben wird, die ihr möglicherweise schon morgen die heute noch vertrauten Züge genommen haben wird. Wurde die Europäische Gemeinschaft weithin und überwiegend sehr existentiell als Teil der eigenen Identität empfunden, so entwickelt sich eine immer weiter ausgedehnte Europäische Union fast zwangsläufig zu einer Superstruktur, die alle Kennzeichen fremder Herrschaft aufzuweisen scheint.

Überdies dürfen die Eigengesetzlichkeiten einer Verteidigungspolitik nicht aus dem Auge verloren werden. Jede demokratisch gewählte Regierung muß ihre Entscheidungen gegenüber dem Wähler rechtfertigen. Am leichtesten läßt sich moralisch und politisch die Notwendigkeit einer Selbstverteidigung begründen, die nur von radikal pazifistischen Kreisen in Frage gestellt wird. Geht man auch nur einen Schritt über die Selbstverteidigung hinaus, so setzt man sich unvermeidlich der politischen Kritik aus, wie auch die lange Jahre in der Bundesrepublik Deutschland geführte streitige Diskussion gezeigt hat. Schlagworte wie etwa europäischer Neo-Imperialismus, unnötiges Blutvergießen, Militarisierung der Außenpolitik etc. sind dabei leicht zur Hand. All diesen Wust von überholten Wortformeln müßten die politischen Entscheidungsträger resolut zur Seite schaffen, wenn sie eine gemeinsame Politik konzipieren und ins Werk setzen wollten. Ob dieser Kraftakt in Zeiten geleistet werden kann, wo sich konkret bewaffnete Konflikte nicht abzeichnen, muß dahinstehen. Die Erfahrung lehrt eher, daß Verteidigungsbündnisse die Bedrohung von außen brauchen, um sich im Innern zu festigen.

Insgesamt landet die rechtliche Betrachtung letzten Endes bei politischen Wertungen. Zwar soll sich der Jurist in erster Linie mit dem Normenbestand befassen, aber er darf doch auch die faktischen Rahmenbedingungen nicht vernachlässigen. Mir scheint, daß auf unserem Kolloquium die richtige Mitte zwischen rechtlicher und politischer Analyse getroffen worden ist.



Aspects juridiques d'une politique européenne de sécurité et de défense

Serge Sur, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Conclusions générales

Un mot pour commencer sur l'atmosphère de ces échanges: Au-delà des contributions très savantes et des débats très riches qui font la substance de cet ouvrage, on peut parfois discerner deux tonalités différentes, deux sensibilités, deux perceptions de la situation actuelle de la sécurité en Europe et des perspectives qui s'ouvrent à elle. La première est résolument optimiste et considère qu'avec la fin de la partition de l'Europe, une réconciliation générale est en cours et qu'aucun problème majeur ne saurait survenir, au moins en termes de sécurité, à échéance prévisible. La seconde, plus pessimiste, constate un certain attentisme, un marasme des projets, l'existence latente de forces de décomposition qui pourraient demain déboucher sur des situations conflictuelles dont l'ex-Yougoslavie montre cruellement qu'on ne sait ni comment les prévenir ni comment les résoudre.

On doit dépasser ces deux approches opposées, ou plutôt les concilier: l'optimisme est certainement dangereux, mais le pessimisme est irréaliste. L'optimisme est dangereux parce qu'on ne saurait jamais oublier que, dans ces domaines, il faut toujours raisonner sur la base de la pire hypothèse, être prêt à envisager la survenance du scénario le plus redoutable, ne serait-ce que pour prévenir sa réalisation. C'est là une règle élémentaire de sagesse qu'aucun responsable ne peut méconnaître.

En revanche, le pessimisme veut ignorer les progrès essentiels qui se sont produits depuis l'apparition des Communautés européennes. Elles ont été conçues, en dépit d'un détour économique, comme un instrument visant à établir une paix structurelle entre les anciens ennemis, à rendre entre eux une guerre future non seulement impensable mais impossible. Sur ce plan, elles ont pleinement atteint leur objectif, et leur contribution à la paix, à l'enracinement d'une paix fondatrice, spécialement entre l'Allemagne et la France, est sans égal. En même temps, au-delà d'elles-mêmes, à l'égard des autres Etats, elles constituent un irremplaçable pôle de stabilité en Europe, et l'Union européenne dispose désormais d'une force d'attraction considérable.

On ne saurait dès lors mettre en cause la capacité des pays européens de trouver en eux les principes et les ressources qui permettent l'organisation de leur propre sécurité. Tel est bien l'objet de nos réflexions. „Aspects juridiques d'une politique européenne de sécurité et de défense“: ils associent une dimension juridique et une dimension politique. Les juristes sont par vocation particulièrement inté-

ressés par les questions de méthode, par les processus et les procédures, en l'occurrence de recomposition et de développement de mécanismes de sécurité en Europe (I). Ils n'ignorent pas pour autant les questions de fond, d'autant moins qu'en pratique les questions de fond se ramènent souvent à des questions de procédure, que les entreprises se définissent davantage par leurs moyens concrets que par leurs objectifs déclaratoires (II).

I. Questions de méthode

(a) Avant de chercher à caractériser la démarche actuellement suivie, on peut commencer par une comparaison avec les méthodes qui ont été celles de l'après-deuxième guerre mondiale, période de référence qui a immédiatement précédé la phase actuelle. Or cette comparaison est une opposition, et même une opposition radicale.

Quels sont en effet les traits majeurs de cette époque? On peut les ramener à trois.

- D'abord, des percées conceptuelles collectives qui ont débouché sur des réalisations multilatérales ou régionales: la création de l'ONU, dont on sait qu'elle est construite autour de l'impératif absolu du maintien de la paix et de la sécurité; puis, fruit de la division entre les anciens alliés, ses fondateurs et ses principaux membres, la formation de l'Alliance Atlantique et des Communautés européennes. Dans une certaine mesure, ces institutions, ces instruments ont tiré les conséquences de l'échec d'une organisation universelle de la paix en se rabattant sur des objectifs plus limités géographiquement, avec des moyens techniquement différents, dans un contexte de conflit et non plus d'entente. Il n'y a donc pas de continuité entre la tentation universelle et les réalisations régionales, mais au contraire une rupture, voire un recul. Toutes ces entreprises sont ambitieuses et tranchées, même si elles ne sont pas cohérentes. Cinquante ans plus tard, nous vivons toujours sur cet héritage. Il représente toujours un élément fondateur avec lequel toute nouvelle construction doit compter, sinon à partir duquel elle doit s'organiser.
- Ensuite, on est frappé par le recours fréquent à des décisions et comportements unilatéraux, fondés sur les nécessités de la défense et de la sécurité nationales. Ainsi, le développement d'une force de dissuasion française, ou le retrait de ce pays des commandements intégrés de l'OTAN; mais aussi la dialectique des décisions qui conduit, de part et d'autre de la frontière Est-Ouest, à l'implantation des „Euromissiles“ – la décision unilatérale soviétique conduisant à des réactions dont le caractère otanesque ne saurait dissimuler l'origine américaine; ou encore l'Initiative de Défense Stratégique (I.D.S.) qui joue un rôle si important dans l'effondrement de l'URSS.
- Enfin, une méthode de gestion des antagonismes Est-Ouest, la politique de maîtrise des armements ou *Arms Control*, qui conduit à la permanence d'un dialogue stratégique, à une gestion commune de la dissuasion nucléaire. Elle

ne se limite certes pas à l'Europe, mais c'est bien l'Europe, et avec elle la sécurité européenne qui en est le cœur puisque là se trouve la principale zone de contact et d'affrontement virtuel entre les blocs. Cette politique peut bien se dérouler dans un cadre multilatéral – par exemple pour ce qui est de la non-prolifération; le dialogue américano-soviétique n'en est pas moins le cœur, et par là l'Europe, la plupart des Etats européens sont en fait dépossédés de la maîtrise de leur propre sécurité. Au fond, dans ce cadre, et même dans ces différents cadres, l'Europe n'a guère qu'une signification géographique. Elle est pour la sécurité un espace, et même plutôt un espace d'insécurité qui se nourrit des antagonismes qui la divisent contre elle-même.

(b) Il s'agit désormais de tout autre chose, et l'on pourrait presque opposer terme à terme les démarches suivies. D'une façon générale, elles sont beaucoup moins ambitieuses, moins tranchées, plus flexibles, plus empiriques et tâtonnantes.

– D'abord, les bouleversements récents n'ont entraîné aucune percée conceptuelle et le temps n'est pas celui des prophètes. On peut risquer quelques explications: les percées conceptuelles résultent de défis. Les sauts qualitatifs sont des réponses à des crises: la volonté d'éviter le retour d'une situation comparable à celle qui a conduit à la seconde guerre mondiale pour les Nations Unies; la guerre froide pour l'Alliance Atlantique et même pour les Communautés européennes, associée à la nécessité de prévenir le retour d'un antagonisme franco-allemand. Cette dialectique entre crise et dépassement a également caractérisé, sur un mode mineur, les étapes de la construction communautaire.

Or l'apaisement actuel en Europe ne rend pas nécessaire de telles révisions déchirantes, au moins à court terme. La Yougoslavie aurait certes pu en fournir l'occasion. Mais au fond chacun semble s'être tacitement entendu sur un traitement minimal, sur une politique inavouée du cordon sanitaire. Dès lors que le champ de bataille était délimité et fermé, les risques de contagion maîtrisés, l'attentisme et l'opportunisme pouvaient prévaloir. Observons que l'existence de l'Union européenne a joué un rôle positif, même peu spectaculaire: elle a évité que les divergences d'analyses, voire d'intérêts, entre ses membres ne débouchent sur un conflit entre eux, elle a exorcisé les démons de Sarajevo. Elle a donc maintenu la sécurité entre ses membres. Certes, elle n'a pu faire davantage, et notamment ni prévenir un éclatement conflictuel de la Yougoslavie ni régler ce conflit. Son utilité extérieure a donc été pour le moins restreinte, et c'est ce passage ou ce progrès que l'on doit rechercher désormais.

Il faut ajouter, comme explication supplémentaire, que l'échec de la C.E.D. voici plus de quarante ans est toujours perçu comme un contre-exemple. Une percée apparente peut être contre-productive. Il est plus prudent, dans la bonace actuelle, d'entreprendre une longue marche à petits pas, d'autant plus que l'Union européenne a d'autres priorités. Certes, la construction européenne a toujours eu et conserve un objectif fondamental de sécurité, mais elle reste fidèle à sa con-

duite initiale de détour, qui implique que l'on pose d'abord les questions économiques.

- Ensuite, on constate un déclin de l'unilatéralisme, au moins pour ce qui concerne les Etats européens. En témoigne la renonciation définitive de la France aux essais nucléaires, sa contribution active à la négociation d'un traité d'interdiction générale, l'accent mis sur le thème de la „dissuasion concertée“, son rapprochement avec l'Alliance Atlantique. En témoigne également la thématique de la politique extérieure et de sécurité commune, la volonté de faire de l'U.E.O. le „bras armé“ de l'Union, les coopérations militaires, les efforts pour développer des politiques d'armement solidaires. Plus largement, dans le cadre paneuropéen, en témoigne enfin le concept émergent mais prometteur de „sécurité coopérative“. Ce concept n'est encore qu'imparfaitement défini mais on voit qu'il a une dimension méthodologique essentielle: il s'agit de mettre l'accent sur la transparence, les mesures de confiance, les procédures de consultation, la concertation – bref de limiter au maximum l'unilatéralisme en matière de défense et de sécurité.
- Enfin, et dans le même esprit, la démarche contemporaine repose sur la recherche de l'accord le plus général possible, dans l'esprit et le prolongement du processus d'Helsinki. Cela entraîne l'insistance sur l'égalité entre Etats, sur la réciprocité des comportements. Cela entraîne également que l'on ne puisse s'accorder que sur le plus grand commun dénominateur, qui est nécessairement minimal.

Dans ces conditions, on doit s'appuyer sur les institutions existantes, en tentant éventuellement de les utiliser à d'autres fins. Ces institutions, comme toute bureaucratie, tendent naturellement à persévérer dans leur être, à se survivre en s'adaptant au moindre coût à un nouveau contexte, voire à de nouvelles tâches. On voit ainsi l'OTAN s'intéresser aux opérations de maintien de la paix, affirmer sa disponibilité pour toute une série d'actions qui s'éloignent de l'esprit initial de la légitime défense collective. On voit la CSCE aspirer à se transcender en OSCE. On voit l'UEO chercher un rôle, avec plus de perspectives aujourd'hui qu'hier. On voit l'Union européenne explorer les voies d'une politique étrangère et de sécurité commune.

La pluralité de ces institutions, leur concurrence virtuelle débouchent alors sur une sorte de géométrie dans l'espace, qui doit s'accommoder d'une pluralité des instances. On connaît le triangle OTAN-UE-UEO, mais il faut sans doute l'élargir à un pentagone, puisqu'on doit lui ajouter l'OSCE et même l'ONU. On n'a donc plus à faire à un simple triangle, mais à un pentagone. Dans une certaine mesure, l'alternative est entre ce pentagone et le Pentagone: ou bien ces relations multiples mais européennes peuvent s'harmoniser, ou bien le risque est d'être en fait subordonné aux décisions unilatérales et extérieures du Pentagone.

(c) Cette opposition des démarches se réfracte sur le plan juridique. D'un côté, on trouve un droit „dur“, éventuellement institutionnel, qui crée une rupture ouverte avec les situations antérieures: la Charte des Nations Unies, le Pacte At-

lantique, les Traités communautaires, les traités et accords de maîtrise des armements. Ces instruments obligatoires comportent des engagements formels. De l'autre, on rencontre un droit „mou“, flottant, des processus plus que des obligations, un effort pour canaliser des comportements volontaires davantage que des engagements juridiquement consolidés. L'Acte final d'Helsinki, en 1975, inaugure cette pratique des engagements politiques mais non juridiques, suscitant la perplexité des juristes et leurs interrogations sur cette catégorie incertaine que constitue les „instruments concertés non conventionnels“.

Certes, la panoplie est plus large, mais un même principe d'incertitude ou d'inaboutissement paraît la dominer: les engagements solennels ne sont pas obligatoires; les traités conclus n'entrent pas en vigueur; les engagements obligatoires sont équivoques, comme le Traité de Maastricht; les conférences débouchent sur d'autres conférences. La répétition les caractérise souvent, ou une sorte de patinage normatif. A des textes spectaculaires mais déclaratoires s'ajoutent des instruments plus techniques et plus discrets. Certains même sont difficiles à connaître, conservent une opacité bureaucratique qui traduit leur mode d'élaboration. A la difficulté d'analyse de ces instruments et de leurs effets s'ajoute une difficulté de simple connaissance. La prudence des administrations dès lors que sont en cause les questions de défense et de sécurité peut l'expliquer mais pas toujours la justifier.

(d) Derrière des démarches qui relèvent souvent du bricolage juridique, apparaissent les problèmes de fond. Le problème central est peut-être le suivant: A l'Europe espace, et espace d'insécurité, parviendra-t-on à substituer une Europe puissance, gérant elle-même ses propres affaires de sécurité? Observons qu'il ne s'agirait pas de la même Europe: l'Europe espace va de Brest à Vladivostock, elle comprend tous les Etats du continent. L'Europe puissance ne saurait être que l'Union européenne, donc une Europe restreinte, en dépit des perspectives de son élargissement. Elle est déjà un pôle de sécurité et de stabilité, tant pour ses membres qu'à l'extérieur. Peut-elle aller au-delà? La sécurité de l'Europe peut-elle être pleinement une sécurité européenne?

Même si le renforcement de l'Union européenne est une perspective non seulement souhaitable mais encore plausible, il n'en demeure pas moins qu'il passe par l'initiative des Etats. La dynamique institutionnelle provient des Etats, concrètement de leurs gouvernements, et plus précisément encore de l'entente entre les gouvernements Allemand et Français. Mais elle n'est certainement pas exclusive, d'autres coopérations bilatérales ou sous-régionales sont également très positives. Mais voici un domaine où le partenariat franco-allemand démontre encore sa capacité de pilotage. Au fond l'instrument fondateur demeure le Traité de l'Elysée. On se souvient de ses vicissitudes. Elles ont tenu à l'intervention dans ce couple d'un troisième homme, les Etats-Unis. Il est clair qu'un fonctionnement efficace de cette entente, tourné vers le renforcement de l'Union et de l'UEO dans le domaine de la sécurité et de la défense passe par une certaine distanciation de l'Allemagne à l'égard des Etats-Unis. Le rapprochement intervenu entre

la France et l'Alliance Atlantique paraît de nature à la favoriser plutôt qu'à l'en-traver.

II. Progrès sur le fond assez lents

L'édifice futur de la sécurité européenne, s'il doit être construit, demeure encore à l'état de chantier. On ne dissociera pas à cet égard ce qui relève du champ de l'Union européenne et ce qui concerne l'Europe dans son ensemble, ou une éventuelle Europe puissance de l'actuelle Europe espace. La constitution de la première ne peut se faire que dans le cadre de la seconde, l'incorporer dans ses perspectives sinon dans ses institutions. Il est juste de reconnaître que l'on ne voit pas encore le dessein général. Certes, le bilan actuel est loin d'être négligeable. Il est même important. Mais l'essentiel reste à faire.

(a) L'importance du bilan déjà acquis peut s'apprécier en termes de perceptions, de positions et d'instruments.

- Les perceptions ont évolué en ce sens que le besoin d'une politique commune est de plus en plus ressenti, même s'il est ressenti par le vide. Les désastres de l'ex-Yougoslavie en particulier en ont cruellement illustré la nécessité autant que l'absence. Dès lors il n'existe plus de questions tabou, tout peut faire l'objet de discussions et l'espace virtuellement ouvert à la coopération en est indubitablement élargi.
- Les positions se sont rapprochées sur de nombreux points, qu'il s'agisse de la non prolifération des armes de destruction massive, de l'interdiction complète et définitive des essais nucléaires, du rapprochement entre la France et l'OTAN, de l'élargissement de l'Alliance, de la possibilité désormais ouverte à l'Allemagne de participer à des actions militaires extérieures, de la coopération menée au sein de l'IFOR, du processus de paix au Proche et Moyen Orient. Certes, ce rapprochement reste limité et fragile. On le constate avec ce même Proche et Moyen Orient, ou avec la persistance de sensibilités différentes à l'égard des situations d'urgence en Afrique.
- Des instruments nouveaux sont venus concrétiser cette évolution. Ils en soulignent tout autant les limites. L'Eurocorps ne regroupe que quelques Etats, et on pourrait soutenir qu'il soulève plus de problèmes qu'il n'en résout. Sur le plan juridique, on a un peu le sentiment qu'il s'agit d'un passe-murailles, que l'on s'efforce de l'organiser et de le développer d'une façon en quelque sorte virtuelle, en ne changeant que le minimum des règles et pratiques existantes. Surtout, il soulève un problème fondamental d'articulation entre le politique et le militaire. Comment se défendre de l'impression que, jusqu'à présent, l'Eurocorps est un symbole politique plus qu'un outil militaire? En d'autres termes, on a voulu apporter une réponse militaire symbolique à un problème politique de fond qui n'a pas été résolu.

Ce problème, c'est celui d'une conception commune de la sécurité et des actions qu'elle peut impliquer. Or cette conception n'existe pas vraiment. Sur un plan paneuropéen, la notion de sécurité coopérative peut avoir des perspectives prometteuses. Sur le plan de l'Union européenne, elle n'est pas adaptée puisqu'il s'agit d'aller au-delà. Il ne s'agit pas seulement du rôle stabilisateur et préventif que remplit l'Union. Il s'agit de définir un cadre d'actions communes, de leurs motivations, de leurs finalités, de leurs moyens. Il ne sert à rien de disposer d'un outil si l'on n'a pas une vision commune de ses fonctions et de l'opportunité de son emploi. A cet égard, au-delà de l'inertie des pays neutres ou neutralistes, on doit constater qu'existent des appréciations différentes entre les principaux Etats sur, par exemple, la portée des opérations de maintien de la paix.

Il ne faut donc pas surestimer l'apport d'un instrument militaire, ni même, le cas échéant, de la possibilité d'actions communes. Après tout, voici environ un siècle, l'Europe avait su dépêcher, sous commandement allemand, un corps expéditionnaire commun en Chine lors de la guerre des Boxers. Cela n'a pas empêché ces mêmes Etats de s'affronter, quelques années plus tard, dans une guerre immense et fratricide qui a été à la fois le tombeau de l'Europe et le berceau de son actuelle union. Cet exemple doit illustrer la primauté du politique: Politique d'abord. Il ne saurait suffire de répondre à des problèmes politiques par des symboles militaires. Ce qui s'est passé dans l'ex-Yougoslavie en est une autre illustration.

Au surplus, doit-on ramener la sécurité à la défense? C'est là une approche trop étroite. La sécurité présente beaucoup d'autres aspects, entre autres une dimension préventive, une dimension économique, une dimension politique. Des progrès dans ces domaines conditionnent et au minimum doivent accompagner les autres. Un exemple, qui montre l'articulation entre défense, économie et politique, est fourni par les efforts en faveur d'une restructuration des industries de défense, et par la recherche de coopérations européennes à cette fin. On peut également songer aux coopérations dans des domaines de technologie avancée, comme l'espace. Si ces efforts aboutissent, ils donneront une substance nouvelle et concrète à l'identité européenne, si souvent affirmée. Ils appelleront des instruments juridiques diversifiés, propres à chacune des dimensions et à chaque forme de coopération.

(b) Dès lors, l'essentiel reste à faire. Au-delà même d'une conception, sinon commune, du moins cohérente de la sécurité et de la défense, la question reste posée de l'existence de l'Europe en ces domaines. Cette existence, on peut l'envisager sur trois plans: par rapport à l'Europe elle-même; par rapport aux Etats-Unis; par rapport au reste du monde.

– Par rapport à elle-même, l'Europe doit définir son contenu, ses limites et plus profondément sa nature. Il lui faut ainsi déterminer l'extension de sa configuration géographique, les critères, le rythme de l'élargissement. Il lui faut convenir des mécanismes de prise de décision, en sachant s'accommoder des différences de capacité et d'attitude de ses membres – ceux qui, neutres ou neutralistes,

souhaitent rester à l'écart, ceux qui à l'inverse sont prêts à participer à des coopérations renforcées.

Surtout, la question de fond est celle de la légitimité de l'Europe. Elle ne peut s'exprimer par des processus bureaucratiques, technocratiques et au mieux gouvernementaux. Elle doit dépasser les procédures opaques, confidentielles, voire secrètes, déborder du cercle des experts et techniciens. Si la défense suppose l'engagement moral et physique des populations, elle requiert leur adhésion civique. Elles doivent savoir au nom de quoi et pourquoi on les engage, au nom de quoi on leur demande éventuellement l'impôt du sang. Peut-on combattre et mourir sous un drapeau européen? Au nom de quelle légitimité? Au-delà des dispositifs et d'une sorte de meccano administratif et militaire, les juristes connaissent bien l'importance décisive de la légitimité, qui domine au fond l'ensemble du droit public.

Or la légitimité de l'ensemble des partenaires est démocratique et sa traduction commune est celle de l'Etat de droit. Il est souhaitable que les deux convergent car l'Etat de droit n'est qu'un leurre si ce droit n'a pas un fondement démocratique. Force est de constater que l'apport des eurojuristes et des technojuristes est à cet égard insuffisant. L'Allemagne, pour des raisons qui lui sont propres, a entamé avant les autres cet effort sur elle-même, à l'occasion de débats d'ordre constitutionnel. C'est non seulement d'une adhésion démocratique de principe que l'Europe a besoin mais d'une démocratisation plus concrète de ses institutions et de leur dynamique.

– Par rapport aux Etats-Unis, les équivoques sont actuellement multiples. Il est clair que toute affirmation, tout progrès dans la construction d'une vision européenne de la sécurité se traduira pas un autonomie accrue à l'égard des Etats-Unis. Non qu'il s'agisse de leur retrait, que personne ne souhaite. En même temps, chacun convient que l'OTAN doit rester, tant sur le plan politique que militaire, le cadre de la présence américaine. L'évolution nécessaire de ce cadre dépend des membres européens de l'Alliance et des Etats-Unis eux-mêmes. Du côté européen, le rapprochement de la France facilite les choses. Mais la France ne revient manifestement pas, si l'on peut dire, en chemise et la corde au cou. Elle semble souhaiter un véritable partenariat Europe - Etats-Unis, qui suppose que ses partenaires européens rejoignent cette conception.

La question, vue d'Europe, est donc de savoir quel degré d'autonomie les pays européens sont prêts à demander ou à accepter. Vue du côté américain, elle est de savoir quelle distanciation, quelle capacité de décision et d'action autonome les Etats-Unis sont disposés à consentir, voire à encourager. Une longue tradition voit dans l'OTAN un instrument de domination et de contrôle américain sur l'Europe occidentale. Ce ne serait pas un grand progrès si l'affirmation d'une identité de sécurité européenne en faisait simplement un relais de l'hégémonie américaine, lui permettant de s'exercer à moindres coûts financiers, militaires et politiques. Cette ambiguïté ne sera sans doute pas simple à lever, mais elle le sera d'autant moins que l'Europe ne se présentera pas comme une interlocutrice parlant un seul langage. Un exemple illustre le défaut d'une position commune à

l'égard des Etats-Unis, même s'il excède à la fois les problèmes de sécurité et le cadre de l'OTAN: c'est celui de la reconduction de M. Boutros Ghali comme Secrétaire général des Nations Unies. On peut penser que les Etats-Unis n'auraient pas pu prendre une position unilatérale aussi tranchée si l'Europe puissance, dont les membres virtuels sont collectivement, et de loin, les premiers contributeurs à l'organisation, avait existé.

— Quant au reste du monde, on peut soulever ici, parmi beaucoup d'autres, la question de l'articulation entre les responsabilités des Etats européens individuellement considérés et celles qui pourraient incomber à une Europe devenue entité collective sur le plan de la sécurité. On sait que l'admission de l'Allemagne comme membre permanent du Conseil de sécurité fait l'objet d'un large accord, que le principe en est admis en fait et que ce n'est pas ce point qui retarde l'élargissement de la composition du Conseil. L'Europe en retirera à coup sûr un surcroît d'influence mais aussi de responsabilités. Elles ne feront pour autant pas disparaître les responsabilités historiques spécifiques d'autres membres permanents, comme le Royaume-Uni ou la France. Ces responsabilités ne peuvent être facilement ni européanisées ni jetées par dessus-bord.

*

En toute hypothèse on peut penser que le processus d'élaboration d'une politique européenne de sécurité et de défense, qui empruntera des formes juridiques diverses et probablement en partie inédites, sera long. Pour qu'il en soit autrement, et à défaut d'un principe organisateur qui n'est ni défini intellectuellement ni politiquement accepté, il faudrait l'urgence d'une crise appelant des réponses immédiates et des sauts qualitatifs. On peut au demeurant craindre qu'elle n'ait l'effet inverse d'un processus de décomposition, tant les amorces demeurent fragiles.

En contrepartie, la lenteur même des progrès indique que ces questions ne sont pas pour l'instant prioritaires. L'Europe puissance ne peut sans doute s'affirmer qu'à travers une série d'étapes successives, chacune d'elles comportant une priorité et une seule. Dans l'immédiat c'est la monnaie unique qui constitue cette priorité. Une sorte d'empirisme organisateur paraît présider à la détermination de ces étapes, et ce n'est pas une si mauvaise méthode. On sait bien au surplus que, à l'arrière-plan, le souci de paix et de sécurité demeure la raison cachée et comme l'obsession silencieuse de la dynamique européenne.

septembre 1996