

Bilaterale Nichtüberstellungsabkommen der Vereinigten Staaten und Art. 98 Abs. 2 des Römischen Statuts zur Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs

Von Richter Björn Sendel, Hamburg*

I. Einleitung

Nachdem insbesondere auf Initiative der USA nach dem zweiten Weltkrieg die Militärtribunale von Nürnberg (IMT) und Tokio (IMTFE), sowie in den 90er Jahren die UN-Tribunale ICTY für das ehemalige Jugoslawien und ICTR für Ruanda für geographisch und zeitlich beschränkte Strafverfolgung als internationale Strafspruchkörper geschaffen wurden, ist mit Inkrafttreten des Römischen Statuts am 1. Juli 2002 das lang anvisierte Ziel eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs verwirklicht worden. Allerdings ist der Gerichtshof weder Besatzungsgericht noch Nebenorgan der Vereinten Nationen, sondern eine eigenständige internationale Organisation mit jetzt 104 Mitgliedstaaten. Zu diesen zählt mit Brasilien nur einer der zehn bevölkerungsreichsten Staaten der Welt.¹ Insbesondere die USA üben sich nicht nur in Abstinenz zu dem Statut, dem Bill Clinton aus taktischen Gründen für einige Zeit seine Unterschrift geliehen hatte,² sondern betreiben seit Jahren eine massive Gegenkampagne gegen den IStGH, die sich nach dem Amtsantritt George W. Bushs weiter verstärkt hat. Teil dieser Kampagne ist der Abschluss von Nichtüberstellungsabkommen, deren völkerrechtliche Implikationen nachfolgend untersucht werden sollen.

II. Gründe für die amerikanischen Vorbehalte und ASPA

Die amerikanischen Einwände beruhen im Wesentlichen auf der Befürchtung, dass amerikanische Politiker und Militärangehörige vor dem IStGH durch den unabhängigen Ankläger angeklagt werden könnten.³ Dies gilt insbesondere für au-

*Der Autor war vier Jahre lang – durch den DAAD vermittelt – an der Juristischen Fakultät der Eötvös-Loránd-Universität in Budapest am Lehrstuhl für Völkerrecht in der Lehre tätig. Seit seiner Rückkehr nach Deutschland ist er Lehrbeauftragter in der Abteilung Strafrecht der Universität Hamburg und Richter im Land Schleswig-Holstein.

¹ Die aktuelle Liste der Vertragsparteien findet sich unter <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html>. Alle Internetquellen sind vom Stand 3.3.2007, wenn dies nicht anders vermerkt wird.

² Die Unterzeichnung am 31.12. 2002 – genau genommen durch Clintons Sonderbotschafter Scheffer – diente im wesentlichen dazu, als Signatarstaat an der weiteren Ausarbeitung des IStGH-Regelwerks teilhaben zu können. Die Unterschrift wurde – völkerrechtlich unbedenklich – von Präsident Bush am 6. Mai 2003 durch Schreiben von Unterstaatssekretär Bolton zurückgezogen (sogenanntes „unsigned“). Das Schreiben ist unter <http://www.amicc.org/docs/bolton.pdf> abrufbar.

³ Eine klare Analyse hierzu bietet *Biegi*, Die humanitäre Herausforderung: der International Criminal Court und die USA, 2004, S. 158 f.; vgl. auch *Bolton*, Courting Danger –

ßenpolitische Entscheidungen. Das in Art. 12⁴ verankerte Territorialitätsprinzip ermöglicht auch die Strafverfolgung der Angehörigen von Nichtvertragsstaaten. Die USA empfinden dies als eine Einschränkung ihrer Souveränität.⁵ Dabei spielt eine Rolle, dass neben den „core crimes“ Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen das Römische Statut in Art. 5 Abs. 2 auch das „Verbrechen der Aggression“ als Straftatbestand vorsieht.⁶ Solange aber keine Definition dieses Begriffes vorliegt – auf die sich die Völkergemeinschaft seit über einem halben Jahrhundert nicht einigen kann –, und auch keine Bestimmung, wie die Gerichtsbarkeit bezüglich des Verbrechens auszuüben ist, ist eine Strafverfolgung ausgeschlossen.⁷

What's wrong with the International Criminal Court, National Interest, Winter 1998/99, der ausführt: „The main concern should be for the president, the cabinet officers who comprise the National Security Council, and other senior civilian and military leaders responsible for our defense and foreign policy. They are the potential targets of the politically unaccountable Prosecutor created in Rome.“ Abrufbar unter: http://www.aei.org/publications/pubID.9791.filter.all/pub_det ail.asp.

⁴ Soweit nicht anders bezeichnet sind Artikel solche des Statuts von Rom zur Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs. Die deutsche Übersetzung ist unter <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Voelkerrecht/IStGH/Materialien/RoemischesStatut.pdf> abrufbar.

⁵ „An appalling breach of American sovereignty“, so Senator Helms vor dem US-Senat am 10.5.01, 147 Congressional Records, S4814-01; beispielhaft auch: *Dempsey*, Reasonable Doubt – The Case against the proposed International Criminal Court, Cato Policy Analysis No 311 vom 16.7.98, S. 6, der den IStGH auch als Superrevisionsinstanz fürchtet, abrufbar unter <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-311.pdf>; Senator Helms erklärte in seiner Rede vor dem UN-Sicherheitsrat am 20.1.2000: „The Court's supporter argue that Americans should be willing to sacrifice some of their sovereignty for the noble cause of international justice. International law did not defeat Hitler, nor did it win the Cold War. What stopped the Nazi march across Europe, and the Communist march across the world, was the principled projection of power by the world's greatest democracies [...]. No UN institution – not the Security Council, not the Yugoslav tribunal, not a future ICC – is competent to judge the foreign policy and national security decisions of the United States.“ (zitiert nach AJIL 2000, 352).

⁶ *Mayerfeld*, Human Rights Quarterly 25 (2003), 93 (107); *Biegi* (Fn. 3), S. 157.

⁷ Art. 5 Abs. 2 lautet: „Der Gerichtshof übt die Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression aus, sobald in Übereinstimmung mit den Artikeln 121 und 123 eine Bestimmung angenommen worden ist, die das Verbrechen definiert und

Gegenüber diesen Ängsten der USA wird gerade aus Europa immer wieder gebetsmühlenartig auf das Komplementaritätsprinzip des Art. 17 verwiesen.⁸ Die USA könnten danach Menschheitsverbrecher mit US-Staatsbürgerschaft ihrer eigenen Justiz übergeben. Die Gerichtsbarkeit des IStGH träte dann hinter derjenigen der US-Gerichte zurück. Der unabhängige Ankläger werde im Ermittlungsverfahren von der Vorverfahrenskammer kontrolliert.⁹ Im übrigen müsse das Aggressionsverbrechen nun mit einer 7/8-Mehrheit der IStGH-Vertragsstaaten definiert werden,¹⁰ was eine Bestimmung entgegen den US-Interessen ausschließe.

Der letzte Punkt erscheint einleuchtend, insofern die aktuellen Vorschläge¹¹ eine Kopplung an eine UN-Sicherheitsratsresolution nach Kapitel VII der UN-Charta mit der Folge vorsehen, dass die USA durch ihr Vetorecht auch für die Zukunft keine Verfolgung wegen völkerrechtswidriger Angriffe wie zum Beispiel gegen den Irak im Jahre 2003¹² zu befürchten hätten.

Art. 17 greift allerdings nur, wenn ein Staat „willens und in der Lage“ ist, die Strafverfolgung selbst ernsthaft durchzuführen.¹³ Es ist durchaus möglich, dass diese Klausel auch auf eine mangelnde Strafverfolgung in den USA angewendet werden könnte,¹⁴ auch ohne dass der IStGH-Ankläger „politisch motiviert“ wäre. Sowohl im Vietnamkrieg¹⁵ als auch

während der aktuellen Militärpräsenz im Irak¹⁶ ist es nur zu wenigen – in der Regel milde geführten – Strafverfahren gegen niedere Ränge gekommen, wenn die entsprechenden Taten an die breite Öffentlichkeit gedrungen sind. Die offene Praxis völkerrechtswidriger Inhaftierungen mit zumindest folterähnlichen Methoden im Gefangenenlager auf der Militärbasis Guantánamo Bay¹⁷ vervollständigt dieses Bild. Es ist keine amerikanische Eigenheit, sondern ein allgemeines Phänomen, dass im vergangenen Jahrhundert durch die eigene politische oder militärische Führung begangene Menschheitsverbrechen in der Regel nur durch andere Staaten oder nach einem Regime- bzw. Systemwechsel zur Anklage gekommen sind.¹⁸

Andere US-amerikanische Argumente spielen eine untergeordnete Rolle. Völkerrechtlich wird geltend gemacht, dass das Statut ein Vertrag zu Lasten Dritter,¹⁹ Tatbestände zu unbestimmt²⁰ oder nicht geltendes Völkergewohnheitsrecht seien, bzw. das Weltrechtsprinzip für diese nur zum Teil gelte,²¹ Aspekte, die für die USA bei den früheren Tribunalen offensichtlich keine Rolle spielten.²²

Weltpolitisch – und nicht nur in den USA – wird gegen den IStGH eingewendet, dass er die Optionen der Konfliktlö-

wegen Kriegsverbrechen in Vietnam von den US-Gerichten verurteilten US-Soldaten mit 20 beziffert (S. 176).

¹⁶ Zu den Vorfällen in Abu Ghraib und darauf folgender strafrechtlicher Ermittlungen: *Basak*, HV 2005, 85 (91); ebenso *Fischer-Lescano*, German Law Journal No 3 (March 2005), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=583>.

¹⁷ Situations of Detainees in Guantánamo Bay, Gemeinsamer Bericht von fünf Berichterstattern der UN-Menschenrechtskommission vom 15.2.2006, abrufbar unter:

<http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.120.pdf>, S. 21-27.

¹⁸ Für Deutschland ist auf die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse hinzuweisen, bei denen von 1803 nach dem 1. Weltkrieg auf Druck der Alliierten eingeleiteten Verfahren es nur bei 13 zu prozessualen Verhandlungen vor deutschen Gerichten gekommen ist. In 9 Prozessen sind dann 6 Angeklagte freigesprochen und 6 weitere verurteilt worden, deren Strafen aber nur im geringsten Teil vollstreckt wurde. (*Ahlbrecht* [Fn. 15], S. 41); vgl. auch *Hankel*, Die Leipziger Prozesse, 2003, S. 103.

¹⁹ Vgl. *Hafner/Boon/Rübesame/Huston*, EJIL 1999, 108, (117 f.).

²⁰ *Morrison*, in: Zimmermann (Hrsg.) „International Criminal Law and the Current Development of Public Law“, Symposium 2002, S. 75, bzgl. der Öffnungsklausel für Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

²¹ *Wedgwood*, AJIL 1999, 93, 99.

²² Dies dürfte seinen Grund darin gehabt haben, dass es sich bei den früheren Tribunalen IMT, IMTFE, ICTR und weitgehend auch dem ICTY um ex post-Tribunale gehandelt hat, bei denen absehbar war, dass US-amerikanische Staatsbürger nicht angeklagt werden sollten. Der IStGH bezieht sich aber nur auf Sachverhalte, die nach dem Inkrafttreten des Statuts am 1.7.2002 erfolgen, ist also ein ex ante-Tribunal. Zu den Begriffen eingehend *Asanjan/Reisman*, AJIL 2005, 385.

die Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit im Hinblick auf dieses Verbrechen festlegt. Diese Bestimmung muss mit den einschlägigen Bestimmungen der Charta der Vereinten Nationen vereinbar sein.“

⁸ *Zimmermann/Scheel*, Vereinte Nationen 2002, 137; *Stahn*, ZaöRV 60, 631 (646 ff.); *Zwangenburg*, EJIL 1999, 124 (130 f.); *Bruer-Schäfer*, Der Internationale Strafgerichtshof, 2001, S. 345.

⁹ Dies ergibt sich aus Art. 15 Abs. 3 des Statuts.

¹⁰ Art. 121 Abs. 4; nach anderer Meinung kommt Art. 121 Abs. 5 in Betracht, wonach die Änderungen nur diejenigen Vertragsstaaten betreffen, die sie auch annehmen; zum Meinungsstand vgl. Protokoll des informellen Treffens der Special Working Group on the Crime of Aggression der Vertragsstaatenversammlung des IGH, 21.-23.6.2004, S. 6 unter http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-3-SWGCA-INF.1-crime_of_aggression_-_English.pdf; für Nichtvertragsstaaten hat diese Unterscheidung keine Bedeutung.

¹¹ Eine Aufstellung findet sich unter:

<http://www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm>. Zur Debatte in der Preparatory Commission: *Politi*, in: *Politi/Nesi* (Hrsg.), The International Criminal Court and the Crime of Aggression, 2004, S. 43 ff.

¹² Für viele: *Bruha*, in: *Ambos* (Hrsg.), Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004, S. 242.

¹³ Art. 17 Abs. 1 lit. (a); dabei ist zu beachten, dass es sich hier rechtstechnisch um die Ausnahme einer Ausnahme handelt.

¹⁴ *Scheffer*, AJIL 1999, 12 (19).

¹⁵ Beispielhaft über das Son My bzw. My Lai-Verfahren: *Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, S. 175 ff., der die Zahl der

sung dadurch einschränkt, dass die Möglichkeiten von Amnestien beschränkt werden.²³ Im US-Kongress bedeutsam war, dass US-Bürgern vor dem IStGH einige Justizgrundrechte²⁴ der US-Verfassung entzogen seien.²⁵

Der US-Kongress hat dann nach mehreren Anläufen den „*American Servicemembers' Protection Act (ASPA)*“²⁶ beschlossen, der ein sehr weitgehendes Zusammenarbeitsverbot mit dem IStGH²⁷ aus den oben genannten Gründen²⁸ vorsieht. Der ASPA wurde im August 2002 in Kraft gesetzt.

In Section 2007 des ASPA ist auch vorgesehen, dass US-Militärhilfe an die meisten²⁹ Vertragsstaaten des IStGH ein-

gestellt werden muss,³⁰ wenn diese sich nicht entweder aus dem IStGH zurückziehen oder ein Abkommen „gemäß Artikel 98 des Römischen Statuts“ abschließen, das verhindert, dass US-Personal in diesem Land Strafverfolgung durch den IStGH ausgesetzt wird.³¹

Im *Nethercuff Amendment*³² wurde dies auch auf zivile Hilfsleistungen ausgedehnt, allerdings unter Ausnahme der sogenannten Millenium-Staaten.³³

III. Non-Surrender Agreements

In der Folge haben die USA nach eigenen Angaben³⁴ bis Mai 2005 in einem Zeitraum von knapp drei Jahren unter massivem politischen Druck 100 solcher Abkommen abgeschlossen. Dabei ist aber unklar, wie viele dieser Abkommen Rechtsgültigkeit erlangt haben oder noch der Ratifikation bedürfen³⁵ und wie viele der Abkommen Signatarstaaten und Vertragsstaaten des Römischen Statuts betreffen. Vor allem mit Nichtvertragsstaaten³⁶ sind auch reziproke Abkommen geschlossen worden. Ein Überblick aus NGO-Quellen listet 48 Vertragsstaaten auf, die Abkommen unterzeichnet haben, von denen aber 2006 erst 24 in Kraft getreten sein sollen.³⁷

²³ *Wedgwood* (Fn. 21), S. 95 ff.; eingehend zum Thema: *Gavron*, ICLQ 2002, 91, die argumentiert, dass durch den IStGH mehrere Gründe für Amnestieregelungen wegfallen, insbesondere die Unfähigkeit der Staaten, die Prozesse selbst zu führen. Vgl. auch *Bartelt*, AdV 2005, 187.

²⁴ Dabei geht es vor allem um das Jury-Prinzip, obwohl auch teilweise geltend gemacht wird, vor dem IStGH gebe es nicht die Möglichkeit, einen Zeugen ins Kreuzverhör zu nehmen oder die Angeklagten müssten sich selbst belasten (Rep. Delay in seiner Rede vor dem Repräsentantenhaus zur Begründung des ASPA 2000 am 14.6.2000, 146 Congressional Records E 1012-03), was allerdings nicht der Rechtslage entspricht, vgl. Art. 55 (Ermittlungsverfahren) und 67 (Hauptverhandlung). Ein anderer Kritikpunkt ist, dass das Statut nicht die Vernehmung von Zeugen vom Hörensagen verbiete (hierzu ausführlich: *Borten*, Hearsay and the Rights of the Accused: A Comparison of U.S. Law and Anticipated Practices of the International Criminal Court, abrufbar unter <http://www.amicc.org/docs/Borten%20Hearsay.pdf>).

²⁵ Auch dieses Argument greift nicht, da US-Bürger überall in der Welt nach dem dortigen Strafverfahrensrecht behandelt werden. „The US Constitution does not travel with US citizens.“ (*Forsythe*, Human Rights Quarterly 24 [2002], 974 [1988]); das US-Verteidigungsministerium hält auch nicht alle Gerichtsverfahren anderer Staaten für grundsätzlich unfair, weil sie nicht US-Verfahrensrecht entsprechen, sondern formuliert 14 Minimalkriterien; 1998 wurden 5.092 Fälle durch Strafverfahren in Gastgeberländern verfolgt, zum 1.6.1999 verbüßten 41 US-Militärangehörige Freiheitsstrafen in ausländischen Gefängnissen, Quelle: <http://www.globalsecurity.org/military/facility/sofa.htm>.

²⁶ Das Gesetz ist abrufbar unter: http://www.amicc.org/docs/ASPA_2002.pdf.

²⁷ Dort Section 2004; sehr bedeutsam auch das Verbot, geheime Informationen an den IStGH weiterzugeben, Section 2006.

²⁸ Vgl. Section 2002, dort vor allem Absätze 7 bis 11.

²⁹ Ausgenommen sind die wichtigsten Verbündeten, nämlich u.a. die NATO-Staaten, Australien, Ägypten, Israel, Japan, Jordanien, Argentinien, Südkorea, Neuseeland (wichtige Bündnispartner außerhalb der NATO) und Taiwan (Section 2007 lit. (d)). Taiwan, Japan, Ägypten und Israel sind allerdings nicht IStGH-Vertragsstaaten, ebenso (noch) nicht die NATO-Staaten Türkei und Tschechische Republik.

³⁰ Allerdings hat der US-Präsident einen Ermessensspielraum, Ausnahmen zuzulassen, wenn dies im nationalen Interesse wichtig erscheint, Section 2007 lit. (b). Von diesem Recht hat Präsident Bush im Oktober 2006 so weitgehend Gebrauch gemacht, dass nur noch Brasilien, Venezuela und Irland keine Militärhilfe mehr erhalten (vgl. Factsheet Coalition for an International Criminal Court, Dezember 2006, abrufbar unter http://www.iccnw.org/documents/CICCFS-UpdateWaivers_11Dec06_final.pdf). Diese Ausnahmen gelten nicht für Beschränkungen nach dem Nethercuff Amendment.

³¹ Für den Bereich der militärischen Ausbildung ist dies durch eine Gesetzesänderung im Oktober 2006 wieder aufgehoben worden (vgl. Factsheet Coalition for an International Criminal Court, Dezember 2006, abrufbar unter: http://www.iccnw.org/documents/CICCFS-UpdateWaivers_11Dec06_final.pdf).

³² In Kraft gesetzt am 14.11.2005, Gesetzestext abrufbar unter: <http://www.amicc.org/docs/Nethercutt%202006.pdf>.

³³ Dabei handelt es sich um 16 besonders arme Staaten, die unter die Förderung des Millenium Challenge Act of 2003 fallen.

³⁴ Presseerklärung des State Department vom 03. Mai 2005 abrufbar unter: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2005/45573.htm>.

³⁵ Eines der ersten Abkommen, das unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Römischen Statuts mit dem EU- und NATO-Bewerberland und IStGH-Vertragsstaat Rumänien unterzeichnet wurde, ist anscheinend nie in Kraft getreten. Nach dem NATO-Beitritt bestand für Rumänien diesbezüglich keine Notwendigkeit mehr.

³⁶ Vgl. das Abkommen mit Indien, abrufbar unter: <http://www.amicc.org/docs/IndiaBIA.pdf>.

³⁷ Mit Afghanistan, Albanien, Antigua und Barbuda, Bosnien-Herzegowina, Botswana, Jordanien, Kolumbien, Demokratische Republik Kongo, Osttimor, Mazedonien, Gambia,

Mit Vertragsstaaten haben die USA in der Regel ein einseitiges Abkommen geschlossen, dass die Nichtüberstellung von US-Bürgern, die sich im Vertragspartnerland aufhalten, an den IStGH – bzw. an einen dritten Staat zur Überstellung an den IStGH – verbietet, sofern die USA nicht zustimmen. Diese Abkommen sind mit einer Frist von einem Jahr kündbar und verweisen jeweils in der Präambel auf Artikel 98.³⁸

Der Personenkreis bezieht sich auf „... current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of the United States of America.“³⁹

Die häufig gebräuchliche Bezeichnung *Bilateral Immunity Agreement (BIA)* ist insofern irreführend, als die Abkommen keine Immunität gegenüber der nationalen Strafgerichtsbarkeit des Gastlandes bewirken. Es geht allein um die Nichtüberstellung – direkt oder indirekt – an den IStGH. Weder wird eine Pflicht zur Herausgabe an die US-Behörden noch eine Straffreiheit begründet. Auch eine vorläufige Festnahme auf Begehren des IStGH ist nicht ausgeschlossen. Die Bezeichnung Nichtüberstellungsabkommen (*Non-Surrender Agreement, NSA*)⁴⁰ ist daher angebracht. Ob die Bezeichnung Art. 98-Abkommen zutreffend ist, hängt davon ab, ob es sich bei den NSA um Abkommen im Sinne des Art. 98 handelt.

IV. Art. 98 Römisches Statut

Art. 98 Abs. 1 betrifft Staaten- und diplomatische Immunität. Die hier untersuchten Abkommen beziehen sich auf Absatz 2, der lautet:

„(2) The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender.“⁴¹

Georgien, Ghana, Guyana, Honduras, Kamerun, Komoren, Malawi, Nigeria, Panama, Sierra Leone, Tadschikistan, Uganda und Kambodscha. Quelle: Factsheet International Coalition for the International Criminal Court, abrufbar unter http://www.iccnw.org/documents/CICCFS_BIAstatus_current.pdf (Stand: 11.12.2006); die Quelle weist darauf hin, dass zehn dieser Abkommen als Exekutivabkommen ohne Zustimmung der Parlamente zustande gekommen seien, was in manchen Ländern bedenklich sei.

³⁸ Vgl. Abkommensentwurf mit Albanien, abrufbar unter: <http://www.amicc.org/docs/AlbaniaBIA.pdf> sowie Musterentwurf in deutscher Übersetzung in EuGRZ 2002, 664-665.

³⁹ Ebda.

⁴⁰ Zum Begriff vgl. *Benzing*, UNYB 8/2004, 181(183).

⁴¹ Die amtliche deutsche Übersetzung lautet: „Der Gerichtshof darf kein Überstellungsersuchen stellen, das vom ersuchten Staat verlangen würde, entgegen seinen Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften zu handeln, denen zufolge die Überstellung eines Angehörigen des Entsendestaates an den Gerichtshof der Zustimmung dieses Staates bedarf, sofern der Gerichtshof nicht zuvor die Zusammenar-

Art. 98 Abs. 2 bedeutet eine Ausnahme von der Überstellungspflicht der Vertragsstaaten gemäß Artikel 89 Abs. 1 S. 2⁴². Die Pflicht zur Genehmigung des Transits von zu überstellenden Personen gemäß Artikel 89 Abs. 3 ist hiervon nicht betroffen.

Zu bestimmen sind die Kriterien, die für ein Abkommen gemäß Art. 98 Abs. 2 gelten müssen. Welche Personengruppen können unter ein solches Abkommen fallen und was dürfen solche Abkommen regeln? (1.) Sind nur Abkommen erfasst, die vor dem Beitritt zum Statut abgeschlossen werden? (2.) Dürfen die Abkommen dazu führen, dass Menschenrechtsverbrechen dauerhaft straflos bleiben? (3.)

1. Möglicher Anwendungsbereich der Abkommen

Abkommen gemäß Art. 98 Abs. 2 können nur solche zwischen einem Nichtvertragsstaat und einem Vertragsstaat sein. Nur der Vertragsstaat hat Zusammenarbeitsverpflichtungen gegenüber dem IStGH. Nur der Nichtvertragsstaat kann seine Zustimmung gegenüber dem Vertragsstaat zur Überstellung an den IStGH verweigern. Vertragsstaaten haben ihre Zustimmung durch Beitritt zum Statut gegeben.

a) „Zielgruppe“

Viel diskutiert ist die Frage, auf welche Personengruppe sich eine völkerrechtliche Übereinkunft beziehen darf. Vielfach wird vertreten, dass Art. 98 Absatz 2 sich alleine auf SOFA (Sending of Forces Agreements),⁴³ also militärische Stationierungsabkommen beziehe. Das ergebe sich aus der Formulierung „*sending state*“, der in SOFA gebräuchlich sei.⁴⁴ Damit könnten nur Soldaten und sonstige Angehörige der Truppen mit militärischem Auftrag erfasst werden. Die USA hatten bereits in den Verhandlungen vor Rom eine entsprechende Regelung vorgeschlagen, um ihre in aller Welt stationierten Truppen vor dem IStGH zu schützen und dabei die bereits vereinbarten SOFA im Blick.⁴⁵

Gegen die Beschränkung hierauf spricht aber, dass anscheinend bereits in den Verhandlungen in Rom auch Auslieferungsabkommen ins Auge gefasst wurden.⁴⁶ Die Verwendung in SOFA schließt ohnehin die anderweitige Verwendung des Wortes „*sending*“ nicht aus. Sinn und Zweck von Art. 98 Abs. 2 ist es, die Vertragsstaaten nicht in eine Situation zu bringen, in denen zwei gleichwertige völkerrechtliche

beit des Entsendestaates im Hinblick auf die Zustimmung zur Überstellung erreichen kann.“

⁴² „State parties shall [...] comply with requests for arrest and surrender.“

⁴³ Bzw. SOMAs (Sending of Mission Agreements) wie die bei UN-Missionen ausgehandelten Vereinbarungen zwischen Aufenthalts- und Entsendestaats ausgehandelten Vereinbarungen genannt werden.

⁴⁴ Internes Gutachten des Rechtsdienstes der EU-Kommission, EuGRZ 2002, 469, mit Hinweis auf den Text des englischen Originals in HRLJ 2002, 158.

⁴⁵ *Scheffer*, JICJ 3 (2005), 333 (339).

⁴⁶ *Prost/Schmuck*, in: Triffterer (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 98 Rn. 6.

Verpflichtungen miteinander kollidieren. Auch der textliche Zusammenhang mit Art. 98 Abs. 1 weist daraufhin, dass es sich hier auch um Zivilisten handeln kann, die sich im Land aufhalten, ohne hierfür diplomatische Immunität zu genießen.

Dabei ist neben stationierten Soldaten an jeglichen Einsatz von Personen zu einem bestimmten Zweck im Vertragsstaat zu denken, der mit dem Entsendestaat als Staat verbunden ist: z.B. Sicherheitsunternehmen im staatlichen Auftrag, staatlich vermittelte (Hochschul-)Lehrer oder Entwicklungshelfer, Mitarbeiter von Kulturinstituten etc., nicht aber urlaubende Soldaten, die im Nachbarland eingesetzt sind, Ex-Außenminister auf privater Geschäftsreise, Söldner im Auftrag eines anderen Staates als dem Entsendestaat, nicht staatlich vermittelte NGO-Mitarbeiter, Touristen etc.

Auch Ortskräfte, gleichgültig welcher Staatsangehörigkeit, können nicht dazu gehören, da es bei einer „Entsendung“ darauf ankommt, dass die betroffenen Personen aufgrund einer staatlichen Maßnahme durch den Entsendestaat ihre Anwesenheit auf dem Territorium des Vertragsstaates begründen.⁴⁷ Dies setzt im Übrigen notwendig voraus, dass der Aufenthaltsstaat von der Entsendung zumindest Kenntnis hat.

b.) Nur Staatsangehörige des Entsendestaates ?

Aufgrund des englischen Originalwortlautes des Art. 98 Abs. 2 („a person of *that* State“) scheint es zunächst, dass Entsandte nur die Staatsangehörigen des Entsendestaates sein können, nicht aber z.B. Angehörige von Drittstaaten, die der Entsendestaat entsendet. Die nicht verbindliche deutsche Übersetzung („eines Angehörigen des Entsendestaates“) verstärkt diesen Eindruck. Allerdings würde diese Auslegung den Anwendungsbereich für Auslieferungsabkommen praktisch auf null reduzieren. Schaut man auf den französischen („une personne relevant de cet État“) und den spanischen („a una persona sujeta a la jurisdicción de ese estado“)⁴⁸ Originalwortlaut⁴⁹ so findet sich dort nur der Hinweis, dass die Person dem Staat unterstehen muss. Vergleicht man die englische Version mit der Wortwahl in Art. 12 Abs. 2b., so findet sich dort die Bezeichnung „The State of which the person accused of the crime is a national.“ Dies soll die Staatsangehörigkeit ausdrücken. Der Verzicht in Art. 98 Abs. 2 auf die Bezeichnung „national“ deutet daraufhin, dass die Zugehör-

⁴⁷ Crawford/Sands/Wilde, Joint Opinion vom 5.6.2003, S. 20 Ziff. 43, das Gutachten ist abrufbar unter:

<http://www.iccnw.org/documents/SandsCrawfordBIA14June03.pdf>.

⁴⁸ Die französische Bezeichnung „relevant de“ wird hier mit „unterstehen“ zu übersetzen sein. Das spanische: „sujeta a la jurisdicción de ese estado“ bezieht sich auf Personen, die „der Gerichtsbarkeit dieses Staates unterliegen“.

⁴⁹ Die französische und die spanische Fassung sind abrufbar unter:

http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Statut_du_rome_120704-FR.pdf

bzw.

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

rigkeit zum Entsendestaat aufgrund der Entsendung auch ohne Staatsangehörigkeit entstehen kann. Die unverbindliche deutsche Übersetzung kann hieran nichts ändern. Ein Abkommen gemäß Art. 98 Abs. 2 muss sich deshalb nicht auf Staatsangehörige des Entsendestaates beschränken.⁵⁰

c) Muss die Übereinkunft auch die Entsendung selbst regeln?

Zunächst sind unter völkerrechtlichen Übereinkommen im Sinne von Art. 98 Abs. 2 solche Entsendeabkommen zu verstehen, die eine Entsendung in den Vertragsstaat allgemein regeln und in deren Nebenbestimmungen eben auch die Zuständigkeit für strafrechtliche Delikte der betroffenen Personengruppe geregelt wird.

Es stellt sich die Frage, ob auch Abkommen darunter fallen können, die ausschließlich die Nichtverfolgung von Staatsangehörigen des Entsendestaates durch den IStGH zum Zweck haben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Staaten nicht verpflichtet sind, die anderweitigen Bedingungen einer Entsendung völkervertragsrechtlich zu regeln. Es ist durchaus denkbar, dass die Entsendung von Fachkräften in der Entwicklungshilfe oder in der Katastrophenhilfe sowie der Einsatz von Ermittlern durch informelle Absprachen geregelt werden. Abkommen, die ausschließlich die Strafverfolgung entsandter Staatsangehörige regeln, sich aber nicht auf den Entsendezweck oder auch auf einzelne andere Entsendeabkommen beziehen, können aber als Querschnittsabkommen Geltung erlangen. Den Vertragsparteien steht es frei, diese Aspekte in einem einzigen Vertrag oder auch in verschiedenen Abkommen z.B. zur Stationierung von Militärangehörigen, zur Entsendung von Hochschullehrern, zur Entsendung von Entwicklungshelfern jeweils gesondert zu vereinbaren. Materieellrechtlich existiert kein Unterschied zwischen diesen Optionen, so dass auch Vereinbarungen, die allein Regelungen über die Strafverfolgung von Entsandten zum Gegenstand haben, Abkommen im Sinne von Artikel 98 Abs. 2 sein können.

d) Zusammenfassung

Insofern können nur völkerrechtliche Vereinbarungen zwischen einem Vertragsstaat und einem Nichtvertragsstaat des Römischen Statuts Art. 98 Abs. 2 entsprechen, die sich auf den Aufenthalt von Personen beliebiger Staatsangehörigkeit beziehen, deren Anwesenheit in einem Vertragsstaat aufgrund einer staatlichen Handlung durch einen anderen Staat gründet, von dem der Vertragsstaat Kenntnis erlangt hat.

⁵⁰ Weitere Voraussetzung dürfte bei Nicht-Staatsangehörigen aber sein, dass diese auch der Gerichtsbarkeit des Entsendestaates unterstehen (vgl. insbesondere den spanischen Wortlaut, Fn. 48), was in Ausnahmefällen nämlich bei Strafvorfällen, die vor der Entsendung und nicht im Zusammenhang mit einer offiziellen Tätigkeit ihren Ursprung haben, zu Problemen führen könnte. Ein Sonderproblem ergäbe sich zudem, wenn der Entsendestaat einen Angehörigen des Aufenthaltsstaates entsendet.

2. *Muss das NSA vor der Unterzeichnung oder dem Inkrafttreten des Statuts abgeschlossen werden oder ist dies auch danach möglich?*

Vielfach wird vorgetragen, dass Art. 98 Abs. 2 nur diejenigen völkerrechtlichen Übereinkünfte erfasst, die vor Beitritt des jeweiligen Staates zum Römischen Statut abgeschlossen wurden. Denn den Zweck, nämlich eine Kollision völkerrechtlicher Verpflichtungen zu vermeiden, könne der Vertragsstaat von nun an erreichen, indem er keine den Verpflichtungen aus dem Statut widersprechenden Übereinkünfte mehr eingehe. Setzen sie sich der Gefahr der Pflichtenkollision durch Abschluss neuer Abkommen aus, so sei dies ein Verstoß gegen das Römische Statut.⁵¹ Gäbe man den Staaten die Möglichkeit, sich neu in eine Kollisionslage zu begeben, so könnten sie selbst bestimmen, dass und wie sie sich ihren Verpflichtungen aus dem Statut wieder entziehen, ein sicherlich berechtigtes teleologisches Argument.⁵²

Der Wortlaut des Art. 98 Abs. 2 spricht allerdings keine Beschränkung aus, sondern spricht nur von „*obligations under international agreements*“ während in Art. 90 Abs. 6 von „*existing international obligations*“ die Rede ist. Die deutsche Übersetzung verwischt diesen Unterschied.⁵³ Auch in Art. 93 Abs. 3 heißt es: „*existing fundamental legal principle of general application*“. Wenn in Artikel 98 Abs. 2 also nur bereits bestehende völkerrechtliche Übereinkünfte gemeint gewesen sein sollen, so wäre dies mit dem Zusatz „*existing*“ auszudrücken gewesen.⁵⁴

Gerade Auslieferungsabkommen können und sollen auch im Einzelfall geschlossen werden. Gleiches gilt für neue Stationierungsabkommen. Wechselt zum Beispiel ein Vertragsstaat den Bündnispartner, so wäre ihm unter Umständen nicht möglich, die Stationierung von Soldaten zu den gleichen Bedingungen zu vereinbaren, wie dies zuvor geregelt war, insbesondere keine umfassende Regelung über konkurrierende strafrechtliche Gerichtsbarkeit. Auch Naturkatastrophen können dazu führen, dass kurzfristig Soldaten und zivile Helfer entsandt werden sollen, deren Entsendung durch die Unterwerfung des Aufenthaltslandes unter die Gerichtsbarkeit des IStGH erschwert werden könnte.

Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass dies durch das Statut verhindert werden sollte.

Es kommt deshalb grundsätzlich nicht darauf an, ob die völkerrechtlichen Übereinkommen vor oder nach dem Beitritt des Vertragsstaates zum Römischen Statut getroffen wurden.

⁵¹ So *Meißner*, Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, 2003, S. 133 (134), der weitere Gründe aufführt, die hier unter 3. behandelt werden.

⁵² Vgl. *Benzing* (Fn. 40), S. 216-218, der auch historische Argumente bemüht; im Ergebnis auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, S. 114.

⁵³ Art. 90 Abs. 6: „ist der ersuchte Staat jedoch völkerrechtlich verpflichtet“; Art. 98 Abs. 2: „aus völkerrechtlichen Übereinkünften“.

⁵⁴ Vgl. *Crawford/Sands/Wilde* (Fn. 47), S. 18 Ziff. 38.

3. *Muss das Abkommen Strafflosigkeit ausschließen?*

Sinn und Zweck des Statuts ist, dass die Begehung von Menschheitsverbrechen nicht mehr straflos bleiben soll.⁵⁵ Hierfür hat das Statut aber Grenzen gesetzt, die sich insbesondere in Artikel 11 und 12 manifestieren. Dort zeigen sich die zeitlichen und geographischen Grenzen.

Zu klären ist, inwiefern Artikel 98 Abs. 2 weitere Grenzen setzt, oder ob ein Abkommen gemäß Artikel 98 Abs. 2 des Römischen Statuts dafür Sorge tragen muss, dass Menschheitsverbrechen nicht aufgrund des Abkommens straflos bleiben.⁵⁶

Im Gegensatz zum ILC-Entwurf von 1994⁵⁷ sieht Art. 98 Abs. 2 nicht vor, dass nach Rücksendung an den Entsendestaat eine Strafverfolgung erfolgen muss. Daraus kann geschlossen werden, dass Art. 98 Abs. 2 auch solche völkerrechtlichen Vereinbarungen erfasst, in denen eine Strafverfolgung durch den Entsendestaat nicht garantiert ist. Dies bedeutet aber nicht, dass das Statut hier generell und unbegrenzt die Möglichkeit der Strafflosigkeit in Kauf nimmt. Strafgerichtsbarkeit kann neben dem Entsendestaat (aktives Personalitätsprinzip), auch der Staat eventueller Opfer (passives Personalitätsprinzip), der Staat des Tatorts (Territorialitätsprinzip) sowie nachrangig für viele der in Art. 6 bis 8 des Römischen Statuts genannten Tatbestände⁵⁸ auch jeder andere Staat nach dem Weltrechtsprinzip ausüben. Die gegenüber dem ILC-Entwurf veränderte Fassung bedeutet lediglich, dass der Strafverfolgung durch den Entsendestaat keine Sonderrolle bei der Verhinderung von Strafflosigkeit zugebilligt wird. Dies ist auch sachgerecht, da Entsendevereinbarungen nicht notwendigerweise die Rücküberstellung zum Zwecke der Strafverfolgung an den Entsendestaat vorsehen müssen. Dies ist zwar in der Vergangenheit in vielen SOFA⁵⁹ so vorgesehen worden, der Begriff der Entsendeabkommen im Sinne von Art. 98 Abs. 2 ist aber weiter zu verstehen.⁶⁰ Auch im

⁵⁵ Siehe den vierten Absatz der Präambel des Statuts: „bekräftigend, dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen und dass ihre wirksame Verfolgung durch Maßnahmen auf einzelstaatlicher Ebene und durch verstärkte internationale Zusammenarbeit gewährleistet werden muss“.

⁵⁶ So verlangen es zumindest *Crawford/Sands/Wilde* (Fn. 47), S. 22 Ziff. 50.

⁵⁷ Art. 53 und 54 ILC-Entwurf, abgedruckt in: Bassiouni (Hrsg.), *The Statute of the International Criminal Court – A Documentary History*, 1998, S. 670, 671.

⁵⁸ Ausgenommen sind jedenfalls die völkergewohnheitsrechtlich noch nicht anerkannten Tatbestände des Statuts wie z.B. Art. 7 Abs. 2 i.-g.) und Art. 8 Abs. 2 b.) iii.), iv.) und xvi.) sowie möglicherweise Art. Abs. 2 c.) und e.). Diese Abweichungen zwischen Statut und völkergewohnheitsrechtlicher Anerkennung schlagen sich zum Teil auch in der Abfassung des deutschen Völkerstrafgesetzbuches nieder.

⁵⁹ Vgl. zum Beispiel Art. VII NATO-Truppenstatut, der eine konkurrierende Strafgerichtsbarkeit mit weitgehendem Vorrang auf Ausübung für den Entsendestaat regelt.

⁶⁰ Vgl. oben IV. 1. a.).

Zusammenhang mit Artikel 98 Abs. 2 soll Strafflosigkeit nicht akzeptiert werden.

Zwar verringert jede Ausnahme von der Überstellungspflicht unvermeidlich die Dichte der Strafverfolgung und erhöht so die theoretische Wahrscheinlichkeit, dass es zu Strafflosigkeit kommt. Solange dies aber nur im unerheblichen Maße geschieht, weil die Strafverfolgung durch einen Nationalstaat weiterhin wahrscheinlich bleibt, ist dies in Abwägung zwischen dem Normzweck des Art. 98 Abs. 2 (Vermeidung von Pflichtenkollisionen) und dem Sinn und Zweck des Statuts (Beseitigung der Strafflosigkeit) hinnehmbar. Ein Abkommen kann Art. 98 Abs. 2 aber nicht entsprechen, wenn es die Wahrscheinlichkeit, dass Menschheitsverbrechen straflos bleiben, erheblich erhöht.⁶¹

V. NSA und Art. 98 Abs. 2

Das oben Gesagte zeigt, dass eine Differenzierung nach Abschlussdatum von NSA nicht notwendig ist, um ihr Verhältnis zu Art. 98 Abs. 2 zu beurteilen.

1. Personenkreis

Eindeutig ist aber der Personenkreis der NSAs viel zu weit gefasst. Die Aufnahme jedes US-Bürgers („nationals“), der sich auf dem Staatsgebiete des Vertragspartners aufhält, geht weit über die Möglichkeiten eines Art. 98-Abkommens hinaus. Dies gilt auch für alle Nicht-US-Bürger, die durch die Formulierung „employees (including contractors)“ in die NSA mit einbezogen sind. Nicht von Entsendeabkommen gemäß Art. 98 Abs. 2 durch die USA erfasst werden können insbesondere ehemalige Politiker in nicht-offizieller Mission, US-Amerikaner, die dauerhaft im Land leben, in anderen Ländern stationierte US-Soldaten, Touristen (Nicht-Entsandte). Erfasst werden könnten aber neben im Land stationierten Soldaten z.B. Mitarbeiter des Peace Corps oder USAIDs, Angehörige von privaten Sicherheitsdiensten, Ermittler des FBI, der CIA und der DEA, insofern sie von den USA in das Aufenthaltsland zur Ausübung ihrer Tätigkeit entsandt wurden und die Regierung des Gastlandes Kenntnis von ihrer Entsendung⁶² hat.

Allerdings stellt sich die Frage, ob der zu weit gefasste Anwendungsbereich schon dazu führt, dass die NSA keine Abkommen im Sinne von Art. 98 Abs. 2 sind oder ob sie für die von Art. 98 Abs. 2 erfasste Personengruppe (Entsandte) im Wege einer Art „geltungserhaltenden Reduktion“ fortgelten. Dabei ist zu bedenken, dass die USA auch zwei Abkommen bezüglich verschiedener Personengruppen, nämlich der Entsandten und der Nicht-Entsandten schließen könnten. In diesem Falle wäre das erste Abkommen diesbezüglich

⁶¹ Dieses Ergebnis hat möglicherweise Auswirkungen auch auf bestehende SOFA, die die ausschließliche Jurisdiktion des Entsendestaates vorschreiben. Im Rahmen dieser Untersuchung kann hierauf nicht weiter eingegangen werden.

⁶² Ohne Kenntnis läge keine Entsendevereinbarung vor, es reicht aber die allgemeine Kenntnis über die Anwesenheit in der jeweiligen Funktion; persönliche Daten müssen eben so wenig bekannt sein wie das genaue Aufgabengebiet.

eines gemäß Art. 98 Abs. 2, das zweite nicht. Materiellrechtlich muss aber unerheblich bleiben, ob zwei gesonderte Abkommen vorliegen oder diese zwei in eine völkerrechtliche Übereinkunft gefasst werden. Daher sind die NSA bezüglich des Personenkreises als Entsendeabkommen im Sinne des Art. 98 Abs. 2 anzusehen, insofern sie sich auf Entsandte beziehen.⁶³

2. Strafflosigkeit

Die NSA entsprechen aber nur den Maßstäben des Art. 98 Abs. 2, wenn ihr Abschluss die Wahrscheinlichkeit der Strafflosigkeit von Menschheitsverbrechen nicht erheblich erhöht. Klargestellt werden muss allerdings nochmals, dass die NSA nicht die Rücküberstellung an die USA vorsehen und auch nicht die Ausübung der nationalen Gerichtsbarkeit durch das Aufenthaltsland ausschließen.

Der Ausschluss der Überstellung an den IstGH durch die NSA erhöht nicht automatisch die Wahrscheinlichkeit einer Strafflosigkeit. Aufgrund des Komplementaritätsprinzips ist bei ernsthafter Strafverfolgung auf nationaler Ebene ebenso die Überstellung ausgeschlossen, da bereits Ermittlungsmaßnahmen des IstGH gem. Artikel 18 Abs. 2 i.V.m. Artikel 17 Abs. 1 lit. a.) unzulässig wären.⁶⁴

Die Präambel der NSA enthält zur Strafverfolgung auf staatlicher Ebene in der Regel eine der folgenden Formulierungen:

„Considering that the Parties have each expressed their intention to, where appropriate, investigate and prosecute war crimes, crimes against humanity, and genocide alleged to have been committed by their respective officials, employees, military personnel and nationals.“⁶⁵ Oder:

„Considering that the Government of the United States has expressed its intention to investigate and to prosecute where appropriate acts within the jurisdiction of the International Criminal Court alleged to have been committed by its officials, employees, military personnel or other nationals of the United States of America.“⁶⁶

Wenn die USA die ernsthafte Strafverfolgung selbst übernehmen, so wäre Strafflosigkeit keinesfalls wahrscheinlicher geworden. Allerdings hat die Klausel keine Verfolgungspflicht der USA zum Gegenstand, insbesondere die Formulierung „where appropriate“ stellt die Aufnahme der Strafverfolgung in das Ermessen der USA.

⁶³ Scheffer (Fn. 45) befürchtet, dass der ICC eine solche Reduktion ablehnt und schlägt daher vor, die USA sollten durch Erklärung deutlich machen, dass als „nationals“ nur Zivilangehörige bei der Stationierung von Streitkräften verstanden werden („civilian component of a military deployment“).

⁶⁴ Der Ankläger kann allerdings Vorermittlungsmaßnahmen gemäß Art. 18 Abs. 1 durchführen, bis ihm die Ermittlungen auf nationaler Ebene bekannt gemacht werden.

⁶⁵ Vgl. NSA mit den Philippinen, abrufbar unter: <http://www.amicc.org/docs/PhilippinesText13May03.pdf>.

⁶⁶ Vgl. NSA mit Rumänien, abrufbar unter: http://www.amicc.org/docs/Romania_98_2.pdf.

Wie oben bereits dargelegt,⁶⁷ geht es den USA bei Abschluss der NSA nicht allein darum, dem ungeliebten Spruchkörper IStGH Steine in den Weg zu legen, sondern auch die Strafverfolgung bestimmter einflussreicher Personengruppen nach dem Völkerstrafrecht vollständig zu verhindern. Wäre dies anders, hätten die NSA keine Funktion, da ansonsten das Komplementaritätsprinzip greifen würde und es nicht zu einem Überstellungsersuchen nach Art. 89 Abs. 1 kommen könnte.

Ebenso gilt, dass der Hauptanwendungsbereich, in dem Überstellungsersuchen des IStGH erfolgen werden,⁶⁸ Tatort- und Opferstaaten betreffen werden, die entweder nicht willens oder nicht in der Lage sind, das Strafverfahren gegen US-Bürger zu führen.

Die Bewertung der Wahrscheinlichkeit muss daher von dem *worst case scenario* ausgehen, dass sowohl die USA als auch Tatort- und Opferstaat das Strafverfahren nicht ernsthaft betreiben werden.

Daher ist der Maßstab, ob die Voraussetzungen des Art. 98 Abs. 2 vorliegen, dass ein Strafverfahren gegen den jeweiligen US-Bürger durch den Aufenthaltsstaat nach dem Weltrechtsprinzip⁶⁹ geführt werden kann, der Aufenthaltsstaat also zur ernsthaften Strafverfolgung willens und in der Lage ist.⁷⁰

Problematisch ist, dass die betroffenen Staaten zumeist diejenigen sind, die dem politischen Druck aus Washington am ehesten nachgeben. Die ernsthafte Strafverfolgung setzt voraus, dass der Aufenthaltsstaat über eine entwickelte Strafrechtspflege verfügt. Diese müsste ein Verfahren bezüglich eines Verbrechens durchführen können, das in einem anderen Staat durch einen US-Bürger begangen wurde und – sofern es nicht Tatort- oder Opferland ist – das Weltrechtsprinzip dem Statut des IStGH entsprechend prozess- und materiellrechtlich implementiert haben.

Von den etwa 24 Vertragsstaaten des IStGH,⁷¹ die mit den USA ein wirksames NSA abgeschlossen haben, dürfte kaum einer diese Voraussetzungen erfüllen. Den meisten werden schon die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen

zur Durchführung eines solchen Prozesses fehlen, denn es handelt sich um kleinere oder wirtschaftsschwache Staaten, die zum Teil schon größere Probleme bei der Strafverfolgung von Menschheitsverbrechen gegenüber den eigenen Staatsbürger haben.⁷²

Die Implementierung des Weltrechtsprinzips dürfte – mit Ausnahme derjenigen Tatbestände, bei denen dies die spezifischen Konventionen bereits vorsehen, wie Völkermord⁷³ und Folter⁷⁴ – bei vielen Vertragsstaaten noch nicht umgesetzt sein.

Eine andere Möglichkeit wäre, die Strafverfolgung größeren IStGH-Vertragsstaaten zu überlassen, bei denen die eben genannten Voraussetzungen bereits vorliegen. Die Anwendung des Weltrechtsprinzips *in absentia* ist aber mit weiteren Schwierigkeiten verbunden. Auch viele größere Vertragsstaaten haben diese Möglichkeit wohl bewusst nicht oder nur eingeschränkt in die nationale Gesetzgebung übernommen. In der Bundesrepublik besteht diese Einschränkung zum Beispiel darin, dass die Entscheidung über die Einleitung eines Strafverfahrens nicht einer unabhängigen Stelle übertragen wurde, sondern einem politischen Beamten, dem Generalbundesanwalt, der auch aufgrund politischer Opportunität entscheidet.⁷⁵ Geeignet wären also nur Staaten, in denen die Ermittlungstätigkeit von unabhängigen Organen durchgeführt wird, wie das in Spanien der Fall zu sein scheint. Um die Wahrscheinlichkeit der Straflosigkeit zu vermindern, müsste der Vertragsstaat des NSA mit diesem anderen Vertragsstaat aber bereits ein Abkommen treffen, da eine Überstellung dorthin sonst ungewiss wäre.⁷⁶

⁶⁷ Vgl. oben II.

⁶⁸ Bislang ist nur ein – erfolgreiches – Ersuchen an die Demokratische Republik Kongo im Fall Lubanga bekannt (vgl. Pressemitteilung des IStGH vom 17.3.2006, abrufbar unter: http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=132.html).

Für Norduganda existieren lediglich Haftbefehle gegen fünf führende Mitglieder der Lord Resistance Army (LRA). Die betroffenen Personen sind aber flüchtig (vgl. Pressemitteilung des IStGH vom 14.10.2005: Warrant of Arrest unsealed against five LRA commanders, abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/114.html>.

Zur Situation in Norduganda und dem state referral: *Akhavan*, *AJIL* 2005, 403).

⁶⁹ Wenn das Aufenthaltsland auch Tatortland ist, gilt vorrangig das Territorialitätsprinzip.

⁷⁰ Diese Voraussetzungen müssen aber nicht in den NSA selbst geschaffen werden, so aber *Crawford/Sands/Wilde* (Fn. 47), S. 22 Ziff. 50, die offensichtlich allein auf die Strafverfolgung der USA abstellen

⁷¹ Vgl. Fn. 37.

⁷² Vgl. Jahresbericht amnesty international 2005 für den Zeitraum 1.1.-31.12.2004 zu den IStGH-Vertragsstaaten Demokratische Republik Kongo (S. 87), Afghanistan (S. 263 [265]), Kambodscha (S. 299 [300]), Kolumbien (S. 219), Osttimor (S. 355 [356]), Uganda (S. 163), Sierra Leone (S. 126).

⁷³ Völkermordkonvention vom 9.12.1948, BGBl. 1954 II S. 730; vgl. auch BGH, Urt. v. 30. April 1999 – 3 StR 215/98 zur Auslegung des Art. 6 der Konvention.

⁷⁴ Art. 5 des Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, BGBl. 1990 II, S. 246.

⁷⁵ Vgl. *Keller*, GA 2006, 25 [34] mit Verweis auf § 147 GVG; aufschlussreich die Entscheidung der Bundesanwaltschaft, nicht gegen hohe US-amerikanische Funktionsträger wegen der Vorfälle in Abu Ghraib zu ermitteln, obwohl sich einige von Ihnen in Deutschland befinden, Pressemitteilung der Bundesanwaltschaft vom 10.2.2005, abzurufen unter: <http://www.bundesanwaltschaft.de/de/showpress.php?newsid=163>; dazu und zu der zurunde liegenden Strafanzeige ausführlich *Fischer-Lescano* (Fn. 16).

⁷⁶ Dieses Abkommen wäre dann wieder eines gemäß Art. 98 Abs. 2, da es die Abrede enthalten müsste, dass der andere Vertragsstaat (z.B. Spanien) den US-Bürger dann nicht an den IStGH überstellt.

Solche Abkommen scheint es aber nicht zu geben und sind für die nahe Zukunft auch nicht wahrscheinlich.⁷⁷ Entsprechendes müsste von der Exekutive initiiert werden, die an solchen Verfahren meist kein Interesse hat.

Die NSA sind daher nur im Bezug auf entsandte US-Bürger Abkommen gemäß Art. 98 Abs. 2, sofern die jeweiligen Vertragsstaaten des NSA willens und in der Lage sind, ernsthafte Strafverfolgung gegen entsandte US-Bürger selbst durchzuführen, was in der Regel nicht der Fall sein dürfte. Im Folgenden soll erörtert werden, wie sich dies auf die Praxis auswirkt.

VI. Rechtsfolgen für die Praxis

1. IStGH

Zunächst bedeutet der Umstand, dass die NSA in der Regel keine Abkommen gemäß Artikel 98 Abs. 2 sind, dass der IStGH in seinem Recht, gemäß Art. 89 Abs. 1 gegenüber Vertragsstaaten die Überstellung von Personen zu verlangen, nicht eingeschränkt ist.

Sollte ein Vertragsstaat der Überstellungspflicht nicht nachkommen, so kann der IStGH den IGH anrufen. Zwangsmaßnahmen stehen ihm aber nicht zur Seite.⁷⁸

2. Vertragsstaaten

Die NSA dürften durch Vertragsstaaten des Römischen Statuts – die formalen Erfordernisse vorausgesetzt – wirksam abgeschlossen sein. Eine Einschränkung ihrer Vertragsabschlusskompetenzen kann sich aus einem völkerrechtlichen Vertrag für die Vertragsstaaten nicht ergeben, da beide Verträge rechtlich gleichrangig sind.

Auch aus der Wiener Vertragsrechtskonvention ergibt sich kein Vorrang des einen oder anderen Vertrages. Die Regelung des Art. 30 Abs. 4a, i.V.m. Abs. 3 WVK, wonach der spätere Vertrag gelten soll, bezieht sich nur auf Verträge, die von beiden Staaten geschlossen worden sind. Art. 30 Abs. 4b WVK bezieht sich wiederum nur auf das Verhältnis der

beiden Staaten zueinander. Die Norm regelt aber nicht den Vorrang einer Vertragspflicht vor der anderen.⁷⁹

Ebenso wenig zieht der Umstand, dass die meisten Vertragsstaaten erst nach massivem politischen und wirtschaftlichen Druck ein NSA unterzeichnet haben, die Unwirksamkeit des Abkommens nach sich, denn der Entzug von freiwillig gewährter Militärhilfe ist kein Zwangsmittel i.S.v. Art. 52 WVK.⁸⁰

NSA und Römisches Statut existieren daher nebeneinander, entfalten aber Rechtswirkungen nur für die jeweiligen Vertragsparteien. Ein NSA gilt nicht für den IStGH und seine übrigen Mitglieder, das Römische Statut nicht für die USA. Der Vertragspartner der USA beim NSA muss hingegen seine Pflichten aus beiden Verträgen erfüllen. Kollidieren diese Pflichten, dann hat dieser Staat das Problem allein. Allerdings tritt eine Pflichtenkollision nicht schon bei Abschluss beider Verträge ein, sondern erst dann, wenn der IStGH gemäß Art. 89 Abs. 1 die Überstellung einer von den USA in den Vertragsstaat entsandten Person verlangt. Der Vertragsstaat hat dann immer noch die Möglichkeit, die Voraussetzungen für die Anwendung des Komplementaritätsprinzips zu schaffen,⁸¹ denn gemäß Art. 18 Abs. 3 kann die Entscheidung des IStGH zur Aufnahme der Strafverfolgung jederzeit revidiert werden, wenn bedeutende Veränderungen, insbesondere die Aufnahme von ernsthafter Strafverfolgung durch nationale Behörden eintreten.

Erst wenn dies dem Aufenthaltsstaat nicht gelingt, wird er sich in der einen oder anderen Weise vertragsbrüchig machen. Der Hinweis, schon der Abschluss eines NSA bedeute eine Verletzung der Obliegenheiten aus dem Römischen Statut,⁸² bezieht sich dann wohl eher auf einen antizipierten Vertragsbruch.⁸³ Denn dem IStGH sind Verpflichtungen gegenüber Nichtvertragsstaaten gleichgültig, solange der Vertragsstaat seiner Überstellungspflicht nach Art. 89 Abs. 1 S. 2 tatsächlich nachkommt. Aus diesem Grund kann auch keine Rechtspflicht für Vertragsstaaten angenommen werden, das NSA zu kündigen.

3. Signatarstaaten

Auch zahlreiche Signatarstaaten des Römischen Statuts haben NSA mit den USA unterzeichnet. Auch hier wird einge-

⁷⁷ Im Fall des ehemaligen tschadischen Herrschers Habré ist dieser Lösungsweg zumindest angedacht worden, nachdem die Gerichte des Aufenthaltsstaates Senegal zunächst ihre Zuständigkeit verneint hatten, vgl. amnesty international, Pressemitteilung vom 16.11.05, abrufbar unter:

<http://www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/0/286ae4b71e967b7fc12570bb003ad017?OpenDocument>. Die Auslieferung an das zur Aufnahme und Strafverfolgung bereite Belgien scheiterte dann an der mangelnden senegalesischen Kooperation. Nach einer Gesetzesänderung ist ein Verfahren im Senegal jetzt jedoch möglich, vgl. Dossier TRIAL/Schweiz unter: http://www.trial-ch.org/de/trial-watch/profil/db/legal-procedures/hissene_habre_87.html; zur Vorgeschichte: Marks, in: Macedo (Hrsg.), *Universal Jurisdiction*, 2004, S. 131.

⁷⁸ Diese könnten nur gemäß Kapitel VII der UN-Charta durch den UN-Sicherheitsrat verhängt werden, insbesondere wenn es sich – wie im Falle von Darfur – um eine Überweisung desselben handelt. Da die USA aber hierbei ein Vetorecht hätten, kommt diese Variante bei einer Überstellungsverweigerung aufgrund eines NSA nicht in Betracht.

⁷⁹ Ausführlich zu der Thematik vgl. Benzing (Fn. 40), S. 223-231.

⁸⁰ Insofern ist die Darstellung rechtlich gesehen nicht korrekt, die NSA seien überwiegend “nicht freiwillig“ abgeschlossen worden (so aber Stein, in: Bröhmer u.a. [Hrsg.], *Festschrift für Georg Ress*, 2005, S. 303), schließlich war die Unterzeichnung nicht alternativlos. Andere IStGH-Vertragsstaaten, z.B. Barbados, hatten ihre US-Militärhilfe so ursprünglich verloren bis Präsident Bush im Oktober 2006 von seinem Ausnahmeermessen (Waiver) Gebrauch machte, vgl. Fn. 30.

⁸¹ Vgl. hierzu oben V. 2.

⁸² Stein (Fn. 80).

⁸³ Wobei interessanterweise immer vorausgesetzt wird, der Vertragsstaat werde die Verpflichtung aus dem NSA erfüllen, nicht aber die aus dem Römischen Statut.

wendet, dies sei gemäß Art. 18 WVK unzulässig.⁸⁴ Dieser Einwand ist aber schon aufgrund der Kündigungsklausel der NSA widerlegt. Denn Art. 18 WVK verlangt nur, dass Maßnahmen unterlassen werden, die die Vertragserfüllung schon vor Inkrafttreten verhindern. Nicht verlangt ist aber, sich bereits nach Unterzeichnung vertragskonform zu verhalten. Ansonsten wäre ein Unterschied zwischen Vertrags- und Signatarstaaten nicht zu erkennen. Wenn die Signatarstaaten das NSA vor Beitritt zum Statut kündigen können, so ist nicht einmal die Gefahr einer Pflichtenkollision zu erkennen.

4. Nichtvertragsstaaten/Pflichtenkollision bei Sicherheitsratsresolution

Für Nichtvertragsstaaten zum Römischen Statut – auch die USA – kommen Pflichtenkollisionen allenfalls dann in Betracht, wenn sich eine Pflicht zur Zusammenarbeit aus der UN-Mitgliedschaft ergibt, nämlich dann, wenn der UN-Sicherheitsrat eine Resolution gemäß Kapitel VII der UN-Charta zur Überweisung eines Falles an den IStGH nach Art. 13b.) des Römischen Statuts beschließt. Eine solche Zusammenarbeitspflicht geht aufgrund von Art. 103 UN-Charta allen anderen Vereinbarungen vor, so dass es hier nicht dem einzelnen Staat überlassen bleibt zu entscheiden, welche Verpflichtung er erfüllen will. Auch für Vertragsstaaten würde sich dieser Konflikt zugunsten einer Überstellung an den IStGH auflösen. Allerdings haben die USA bei der bisher einzigen derartigen Resolution 1593 (zur Situation in Darfur/Sudan⁸⁵) ihre Vetomacht dergestalt genutzt, dass eine Verfolgung von (entsandten) US-Bürgern bereits in der Resolution selbst ausgeschlossen wurde.⁸⁶

VII. Zusammenfassung

Die als „Non-Surrender Agreements“ zu bezeichnenden Abkommen der USA sind in der Regel keine Abkommen gemäß Art. 98 Abs. 2 des Römischen Statuts. Nur wenn die Vertragspartner der USA, die auch Vertragsstaaten des IStGH sind, gewährleisten, dass eine Strafverfolgung wegen Menschenrechtsverbrechen unabhängig vom Tatort ernsthaft durchgeführt werden kann, sind NSA als mit Art. 98 Abs. 2 konform anzusehen, soweit sie sich auf tatsächlich von den

USA entsandte Personen beziehen. Dies sind Personen beliebiger Staatsangehörigkeit, deren Anwesenheit aufgrund einer staatlichen Handlung durch die USA gründet, von dem der Vertragspartner Kenntnis erlangt hat.

Der Abschluss eines NSA, das nicht Art. 98 Abs. 2 entspricht, bedeutet ebenso wenig wie der Verzicht auf die Kündigung eines bestehenden NSA eine Pflichtverletzung nach dem Römischen Statut. Begehrt der IStGH die Überstellung eines US-Bürgers von einem seiner Vertragsstaaten, so kann dieser in eine Pflichtenkollision geraten, die nur durch ernsthafte Strafverfolgung durch eine nationale Strafgerichtsbarkeit aufzulösen ist. Hierfür bietet sich die Strafverfolgung nach dem Weltrechtsprinzip in diesem oder einem anderen Vertragsstaat an.

VIII. Fazit

Die immensen diplomatischen Bemühungen der USA sind sicherlich ein politischer Affront gegenüber den Staaten, die den IStGH tragen, insbesondere die westlichen Verbündeten in der EU und in Kanada. NSA sind letztlich das Resultat einer nervösen Überreaktion und Teil einer destruktiven Kampagne, die dem Vertrauen der Staatengemeinschaft und damit der Neigung der Staaten, mit dem IStGH zusammenzuarbeiten, sicherlich geschadet hat. Als Ausdruck des *exceptionalism* der USA wird die – sicherlich nicht unbegründete Sorge – geschürt, der IStGH könnte in Zukunft ebenso mit zweierlei Maß messen wie der UN-Sicherheitsrat, wenn es um die Bewertung von Menschenrechtsverletzungen in Staaten geht, die ständige Mitglieder des Sicherheitsrates oder mit diesen eng verbündet sind.

Völkerrechtlich ist die Ausbeute der USA gering, denn diejenigen Staaten, die zur Überstellung verpflichtet waren, bleiben es auch. Der Abschluss von NSA mit Nichtvertragsstaaten scheint nur bezüglich der sonst möglichen Weiterüberstellung an Vertragsstaaten rechtliche Signifikanz zu haben. Die NSA haben daher kaum völkerrechtliche Bedeutung, die die Arbeit des IStGH einschränkt. Auch der politische Schaden dürfte geringer sein als der der massiven Maßnahmen, die die USA im UN-Sicherheitsrat, beispielsweise durch die Resolutionen 1422 und 1487 zur „Immunität“ der Angehörigen von Nichtvertragsstaaten bei UN-Missionen veranlasst haben⁸⁷ oder die Weigerung, Informationen der US-Geheimdienste an den IStGH weiter zu geben.⁸⁸

⁸⁴ Crawford/Sands/Wilde (Fn. 47), S.22 Ziff. 52-55.

⁸⁵ UN-Sicherheitsratsresolution 1593, vgl. UN-Pressemitteilung SC/8351 vom 31.3.2005, abrufbar unter: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm>.

⁸⁶ Auf Druck der USA wurde der operative Absatz 6 aufgenommen:

„Decides that nationals, current or former officials or personnel from a contributing State outside Sudan which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to operations in Sudan established or authorized by the Council or the African Union, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State.“ Brasilien hat sich aus Opposition gegen diesem Absatz enthalten, ebd.

⁸⁷ Der deutsche Text der Resolution 1422 ist abgedruckt in EuGRZ 2002, 664; kritisch zu den Resolutionen: Jain, EJIL 16 (2005), 239; ebenfalls kritisch: Herbst, EuGRZ 2002, 581.

⁸⁸ Im Falle Darfur ist die strikte Nichtzusammenarbeit nach der Resolution 1593 von den USA relativiert worden, was nach Section 2015 des ASPA auch möglich ist, da es sich nicht um Strafverfolgungsmaßnahmen gegenüber US-Bürgern handelt. Insofern agiert der IStGH nach der Überweisung durch den Sicherheitsrat ähnlich wie der ICTY. Fletcher/Ohlin sprechen von „Two Courts in One“, dies., JICJ 2006, 428, je nachdem ob eine Überweisung durch den Sicherheitsrat erfolgt oder der Ankläger nach einem state referral bzw. von Amts wegen ermittelt.

Letztlich war die Unterzeichnung eines NSA für Länder, die auf Unterstützung der USA angewiesen sind, als das kleinere Übel gegenüber dem Austritt aus dem IStGH anzusehen, so dass die NSA paradoxerweise dafür gesorgt haben, dass die Zahl der IStGH-Vertragsstaaten weiter wachsen konnte.

Da der Abschluss von weiteren NSA nicht mehr im größeren Umfang zu erwarten ist und der Zenit des US-amerikanischen Unilateralismus wohl überschritten sein dürfte, können die Vertragsstaaten sich darauf konzentrieren, die Fähigkeit, Strafverfahren wegen Menschheitsverbrechen führen zu können, in allen Vertragsstaaten zu verbessern. Zielsetzung des IStGH ist ohnehin nicht, dass alle Taten in Den Haag verhandelt werden. Vielmehr sollen die Staaten der Welt durch den IStGH dazu veranlasst werden, Weltrechtspflege zu betreiben. Dieses Ziel kann auch ohne Überstellung von US-Bürgern nach Den Haag erreicht werden.

Summary:

The USA have signed about 100 so-called Bilateral Immunity Agreements or Article 98 Agreements with other countries as part of the US campaign to secure US citizens not to be persecuted by the International Criminal Court (ICC).

These agreements, which should better be called Non-Surrender Agreements (NSA), generally do not meet the criteria of Article 98 (2) of the Rome Statute. Only if states party to the ICC provided for efficient persecution of crimes according to Articles 6-8 of the Rome Statute on the national level, such agreements could avoid contradicting obligations in the event of an ICC request for surrender to the partner country. The NSA may only refer to persons officially sent by the USA no matter what their citizenship is. They cannot cover other US nationals like tourists, business people, former government officials, mercenaries, etc.

Nevertheless ICC member states did not violate the Rome Statute by concluding NSA with the USA. A violation would only have occurred if it caused impunity of crimes under the jurisdiction of the ICC. The signing of an NSA does not per se cause impunity. Even if a request for surrender would be issued by the ICC to this country, the country could still fulfil both obligations (non-surrender to the ICC and preventing impunity) by either trying the suspect itself or surrendering the accused to a third country capable and willing to put him on trial, e.g. on the basis of universal jurisdiction. Only the country's failure to do so could be regarded as a breach of international law.