

Staatenimmunität und Kriegsverbrechen

Prof. Dr. iur. NORMAN PAECH, Hamburg*

I. Einleitung: Zur Ausgangssituation

In den letzten Jahren hat die Frage der Staatenimmunität gegenüber ausländischen Gerichtsurteilen in der europäischen Rechtsprechung eine neue Bedeutung erlangt. Hintergrund sind die zahlreichen Klagen griechischer und italienischer Opfer des Faschismus und deren Hinterbliebenen, die die Bundesrepublik Deutschland auf Entschädigung wegen grauenvoller Massaker in den Jahren 1943/44 verklagt haben. Einen vorläufigen Höhepunkt hat die Auseinandersetzung Ende des Jahres 2008 erlangt, als die Bundesregierung eine Klage beim Internationalen Gerichtshof (IGH) gegen die Republik Italien wegen Verletzung ihrer staatlichen Immunität durch die italienische Gerichtsbarkeit einreichte.¹ Ausgangspunkt bildete die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch das Landgericht Livadia am 30. Oktober 1997² zu einer Entschädigungszahlung in Höhe von umgerechnet 55 Mio. DM an die Opfer und Hinterbliebenen eines Völkerrechtsverbrechens, welches SS und Wehrmacht am 10. Juni 1944 an den Einwohnern der Ortschaft Distomo in Böotien begangen hatten. Das Urteil war auf Grund der Revision der beklagten Bundesrepublik vom griechischen Areopag mit Entscheidung vom 20. Januar 2000³ bestätigt wor-

* Ich danke Herrn Björn Elberling und Rechtsanwalt Dr. Joachim Lau (Rom) für ihre Unterstützung.

¹ Federal Republic of Germany v. Italian Republic, Case No. 2008/44, v. 23. Dezember 2008. Vgl. *St. Kirchner*, Compensation and Immunity: Germany v. Italy at the ICJ, in *Jurist Forum*, 9.1.2009, abrufbar unter <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2009/01/compensation-and-immunity-germany-v.php>; *D. Akande*, Yet More on Immunity: Germany brings case against Italy before the ICJ, in *EJIL Talk! Blog*, 26.12. 2008, abrufbar unter <http://www.ejiltalk.org/yet-more-on-immunity-germany-brings-case-against-italy-before-the-icj/>.

² Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 137/1997. Offizielle Übersetzung des griechischen Außenministeriums. Auszugsweise deutsche Übersetzung in *Kritische Justiz* 2000, S. 472 ff. Zustimmung *Maria Gavounelli*, War Reparation Claims and State Immunity. In: *Revue hellenique de droit international publique* 50, 1997, S. 595 ff.

³ Areopag: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000. Unveröffentlichte Übersetzung aus dem Griechischen durch das deutsche Auswärtige Amt. Anmerkung von *M. Gavounelli*, *Ilias Bantekas*, in *The American Journal of International*

den, womit es in Rechtskraft erwuchs. Anschließende Vollstreckungsversuche der Klägerinnen in deutsches Vermögen in Griechenland scheiterten an der nach Art. 923 der griechischen Zivilprozessordnung notwendigen Zustimmung des griechischen Justizministers, die dieser bisher nicht erteilt hat. Vollstreckungsversuchen in der Bundesrepublik begegnet die Bundesregierung mit der Einrede der Immunität. Danach seien Klagen wie auch Vollstreckungsmaßnahmen von Privaten gegen einen fremden Staat grundsätzlich ausgeschlossen. Die Urteile von Livadia und des Areopags seien daher unter Verstoß gegen geltendes Völkerrecht ergangen, so dass eine Vollstreckung weder in Griechenland noch in Deutschland erfolgen dürfe.⁴ Die griechischen Gerichte hätten die Immunität der Bundesrepublik Deutschland nicht beachtet, die Urteile seien daher rechtswidrig ergangen. Sie dürften daher weder in Griechenland noch in der Bundesrepublik für vollstreckbar erklärt werden. Die Tatsache, dass sich die Gerichte in Griechenland – und ebenso die Gerichte in Italien in späteren Jahren – durchaus mit der Frage der Immunität auseinandergesetzt haben, jedoch zu einem anderen Ergebnis gekommen sind, zeigt bereits, dass die Rechtslage nicht so eindeutig ist. Angesichts drohender Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Livadia-Urteil in Italien und der erfolgreichen Klage eines ehemaligen Zwangsarbeiters vor dem italienischen Obersten Kassationsgerichtshof befürchtet die Bundesregierung eine Flut weiterer Verfahren. Sie hat deshalb am 23. Dezember 2008 eine Klage vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) gegen Italien eingereicht, mit der die Verletzung der Immunität der deutschen Gerichtsbarkeit durch die italienische Rechtsprechung gerügt wird.⁵ Im Folgenden geht es um die Prüfung, ob die Position der griechischen und italienischen Gerichte tatsächlich so aus dem Rahmen völkerrechtlich vertretbarer Argumentation fällt, dass ihre Urteile in den anderen Staaten weder anerkannt werden können noch vollstreckungsfähig sind, oder ob diese Position nicht vielmehr völkerrechtlich durchaus überzeugend ist.

Law (AJIL) 2001, Vol. 95, S. 198 ff.; *Elisabeth Handl*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Nr. 61/3, 2006.

⁴ Zur Unterstützung ihrer Rechtsmeinung hat sie ein Gutachten „Zur völkerrechtlichen Tragweite des Grundsatzes der Staatenimmunität“ der Professoren *Christian Tomuschat* von der Humboldt-Universität Berlin und *Stephen C. McCaffrey* von der University of Pacific, Sacramento, USA, vom 24. Oktober 2000 vorgelegt.

⁵ International Court Of Justice, Press Release No. 2008/44 v. 23. Dezember 2008. Die Antragschrift ist abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>.

II. Die kontroversen Positionen

1. Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile

Die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile ist nach deutschem wie nach europäischem Recht Gegenstand von Vorbehaltsklauseln, die trotz ihres unterschiedlichen Wortlauts doch weitgehende inhaltliche Ähnlichkeit aufweisen und die gleiche Schutzwirkung entfalten.⁶ Während es in § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO heißt:

„Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen, wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, dass mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist“,⁷

heißt es in Art. 34 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGGVO):⁸

„Eine Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Mitgliedsstaates, in dem sie geltend gemacht wird, offensichtlich widersprechen würde.“

Allerdings schreibt Art. 35 Abs. 3 EuGVVO auch vor, dass das nationale Gericht, bei dem die Vollstreckbarkeitserklärung des ausländischen Urteils beantragt wird, nicht befugt ist, das eventuelle Fehlen der internationalen Gerichtsbarkeit zu prüfen.

Das EuGVÜ findet nur in Zivil- und Handelssachen, nicht aber in „verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten“ Anwendung (Art. 1 Abs. 1 S. 1 und 2 EuGVVO). Die Frage, ob der Entschädigungsanspruch der Distomokläger auf Grund § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG nun wegen des einzuhaltenden Klageweges vor den ordentlichen Gerichten als zivilrechtlich einzustufen ist oder ob sie wegen des hoheitlichen Charakters der begangenen Kriegsverbrechen eine „verwaltungsrechtliche Angelegenheit“ darstellt und das Urteil daher nicht nach der EuGVVO zu vollstrecken ist, soll hier offen bleiben.⁹ Denn hier soll es darum gehen, ob ausländische Urteile der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung entsprechen, und das muss

⁶ Vgl. *Ch. Völker*, Zur Dogmatik des *ordre public*, 1998.

⁷ Nach Art. 323 und 905 der griechischen Zivilprozessordnung ist die Anerkennung eines ausländischen Urteils nicht gestattet, wenn das Gericht, welches dieses Urteil erlassen hat, unzuständig gem. der eigenen Gesetzgebung war.

⁸ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27. 9. 1968, BGBl. 1972 II S. 774, i. d. Fassung des Übereinkommens v. 25. 10. 1982, BGBl. 1988 II S. 453.

⁹ Der EuGH hat in seinem Urteil vom 15.2.2007 in der Sache *Irini Lechouritou u.a. / Bundesrepublik Deutschland* (Rs. C-292/05, Slg. 2007, I-1519) entschieden, dass Klagen auf Schadensersatz wegen Handlungen von Streitkräften keine Zivilsachen im Sinne der Verordnung seien. Vgl. zum Ganzen jüngst auch *P. Mankowski*, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit deutscher Zivilgerichte bei Menschenrechtsverletzungen, in: *B. von*

ohnehin auch bei ausländischen Urteilen in „verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten“ der Fall sein.

Sowohl die ZPO als auch die EUGVVO beziehen sich auf das, was klassischer Weise als *Ordre Public* einer Staatsordnung bezeichnet wird und die staatliche Rechts- und Sittenordnung, die unverzichtbaren Standards der jeweiligen nationalen Gesetzgebung und die dahinter stehenden fundamentalen Gerechtigkeitswertungen umschreibt. Der *Ordre Public* definiert einen Mindeststandard nationaler Rechtskultur, der bei der Anerkennung (d.h. im konkreten Fall der Vollstreckbarkeitserklärung) ausländischer Urteile nicht unterschritten werden darf. Er übt in Gestalt der Vorbehaltsklauseln also eine Kontroll- und Selektionsfunktion gegenüber ausländischen Rechtseinflüssen aus, um das erreichte Niveau der Rechtsstaatlichkeit vor Nivellierungen zu schützen. Der unterschiedliche Wortlaut der beiden Klauseln eröffnet jedoch nach allgemeiner Überzeugung keine unterschiedlichen Kontrollstandards eines weiteren oder engeren *Ordre Public*-Begriffs.¹⁰ Mit anderen Worten, die „öffentliche Ordnung des Staates“ gem. Art. 34 Nr. 1 EuGVVO stimmt weitgehend mit den „wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“ übereinstimmt. Das geht schon daraus hervor, dass unter der EuGVÜ, der Vorgängernorm zum EuGVVO, in über dreißig Jahren nur in zwei Fällen einem Urteil die Anerkennung wegen Verstoßes gegen Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ versagt worden ist.¹¹ Es kommt in jedem Fall darauf an, ob das Ergebnis ausländischer Rechtsanwendung mit den Gerechtigkeitsvorstellungen des inländischen Rechts unvereinbar ist.¹²

Die Überprüfung des ausländischen Urteils im Rahmen des *Ordre Public* stellt keine Berufungs- oder Revisionsinstanz dar, die sich auf den konkreten Inhalt und die Rechtsanwendung des Urteils bezieht.¹³ Da mag es

Hoffmann (Hrsg.), *Universalität der Menschenrechte – Kulturelle Pluralität*, 2009, 139–203.

¹⁰ Vgl. *Ch. Völker* (Anm. 6), S. 290.

¹¹ BGH v. 16. 9. 1993, NJW 1993, S. 3269 ff. Jüngstes Beispiel ist der Beschluss des BGH, mit dem einem ausländischen Urteil, welches einem Schuldner die Vertretung durch einen in der Verhandlung anwesenden zugelassenen Rechtsanwalt verweigerte, weil der Schuldner nicht erschienen war, die Anerkennung versagt wurde. BGH v. 26. 9. 2000, NJW 2000, S. 3289 ff. (Krombach/Bamberski). Dagegen wiederum B. Kempen, *Der Fall Distomo: griechische Reparationsforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland*, in: *H.J. Cremer, Th. Giegerich, D. Richter, A. Zimmermann* (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin, Heidelberg etc. 2002, S. 179 ff., 186. Ferner BGH v. 26. Juni 2003, AZ. III ZR 245/98 (Sfountouris), DVBl 2004, S. 37 ff. Vgl. auch *M. Rau*, *State Liability for Violations of International Humanitarian Law – The Distomo Case before the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2006, S. 701.

¹² Vgl. *B. Heß*, *Amtshaftung als „Zivilsache“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ*, in *IPRAX* 1994, H. 1 S. 10 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGH.

¹³ Vgl. *R. Geimer*, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, München 1995, S. 57.

zwischen deutschen und ausländischen Gerichten unterschiedliche Wertungen, Gewichtungen und Interpretationen geben. Der Ordre Public beschränkt sich auf deutliche Differenzen zu fundamentalen Wertvorstellungen und Prinzipien der deutschen Rechtsordnung, die durch das ausländische Urteil nicht verletzt werden dürfen. Zu der Schwere des Verstoßes muss eine hinlängliche Inlandsbeziehung hinzu kommen.¹⁴

Das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität (EuÜStI) vom 16. Mai 1972,¹⁵ welches die Beschränkung der Immunität auch auf hoheitliche Staatstätigkeit ausdehnt, formuliert allerdings in Art. 23 ein generelles Vollstreckungsverbot gegen das Vermögen eines anderen Vertragsstaates, es sei denn, dieser habe ausdrücklich in Schriftform darin eingewilligt. Der Gesetzgeber hat die Einschränkung des Rechtsschutzes des Einzelnen gegenüber dem Staat damit begründet, dass

„auf Grund der engen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten des Europarats davon ausgegangen werden kann, dass sich die Vertragsstaaten einem gegen sie ergangenen Gerichtsurteil unterwerfen werden.“¹⁶

Das ergibt sich bereits aus Art. 20 EuÜStL, der alle Staaten verpflichtet, die gegen sie rechtswirksam ergangenen Urteile zu befolgen.

Geimer sieht in der Regelung des Art. 23 zu Recht einen Widerspruch zum Völkergewohnheitsrecht, welches ein solches generelles Vollstreckungsverbot nicht kennt.¹⁷ Außerdem erlaubt das Übereinkommen selbst gem. Art. 24 und 26, dass die Vertragsstaaten dieses Vollstreckungsregime ausschließen, was bis auf Österreich und Zypern auch alle anderen Staaten – also auch die Bundesrepublik – getan haben.

2. Bundesgerichtshof, Areopag und Oberster Kassationsgerichtshof Italiens

Gegen die beiden *Distomo*-Urteile von Livadia und Athen werden eine Vielzahl von Einwänden vorgebracht, die sich zum einen grundsätzlich gegen die Anspruchsberechtigung von Individuen aus Kriegsschäden gegen den Schädigerstaat richten, zum anderen die Rechtsgrundlage der Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Zweifel ziehen.¹⁸ Vor allem

¹⁴ Zu beiden Voraussetzungen vgl. BGHZ 75, S. 167 ff.; BGHZ 88, S. 17 ff.; *Geimer* (Anm. 13), S. 112 ff., 126 ff.

¹⁵ EuÜStG v. 16. Mai 1972, in Kraft getreten am 11. Juni 1976. BGBl 1990 II, 34. Ratifiziert von Belgien, BRD, Großbritannien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Schweden und Zypern.

¹⁶ Zitiert nach *R. Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 1997, S. 207 Rz. 692.

¹⁷ *Geimer* (Anm. 13), S. 183 Rz. 589 und S. 207 Rz. 692.

¹⁸ Vgl. *B. Kempen* (Anm. 11), S. 187 ff. Das OLG Köln befand in seiner Zurückweisung der Berufung gegen das Urteil des LG im Fall *Sfountouris/BRD*, dass das gesamte deutsche Staatshaftungsrecht nicht auf die Situation in bewaffneten Konflikten „passe“ und „systemfremd“ sei, Urteil v. 27. August 1998. Auch der BGH befand in seinem Revisionsurteil

aber wird gerügt, dass für den Streitgegenstand im Distomo-Verfahren die Gerichtsbarkeit des griechischen Staates nicht gegeben war und somit die fehlende Zuständigkeit der beiden griechischen Gerichte die Anerkennung ihrer Urteile in der Bundesrepublik ausschließe.

Diese Ansicht vertritt vor allem der BGH in seinem Revisionsurteil in der Sache Sfountouris gegen Bundesrepublik Deutschland vom 26. Juni 2003:

„Nach dem völkerrechtlichen Grundsatz der (begrenzten) Staatenimmunität kann ein Staat Befreiung von der Gerichtsbarkeit – schon im Erkenntnisverfahren – eines fremden Staats beanspruchen, soweit es um die Beurteilung seines hoheitlichen Verhaltens („*acta iure imperii*“) geht [...]. Aus dieser herkömmlichen Sicht war Gegenstand des Prozesses vor dem Landgericht Livadeia ein hoheitliches Handeln deutscher Streitkräfte im besetzten Griechenland während des Zweiten Weltkriegs.“¹⁹

Die Entscheidung formulierte daher in ihrem ersten Leitsatz:

„Die Anerkennung des Urteils eines griechischen Gerichts, durch das die Bundesrepublik Deutschland wegen Kriegsverbrechen der deutschen Wehrmacht in Griechenland im Zweiten Weltkrieg zur Zahlung von Schadensersatz an verletzte griechische Staatsangehörige verurteilt wurde, ist ausgeschlossen, weil ein solches Urteil dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität widerspricht.“

Der BGH weist zusätzlich auf eine Entscheidung des Obersten Sondergerichts Griechenlands vom 17. September 2002 hin, in der dieser in einem ähnlich gelagerten Entschädigungsprozess gegen die Bundesrepublik Deutschland festgestellt hatte,

„dass es nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Völkerrechts nach wie vor eine allgemein anerkannte Norm dieses Rechts gibt, nach der es unzulässig ist, einen Staat vor dem Gericht eines anderen Staates auf Schadensersatz wegen irgendeines im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaats verübten Delikts, an dem in irgendeiner Weise (Art) Streitkräfte des beklagten Landes beteiligt waren, zu verklagen, und zwar sowohl im Kriegs- als auch im Friedensfall.“²⁰

Ferner weist es auf den Beschluss des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache Kalogeropoulou hin, in der dieser die Beschwerde der Kläger von Livadia gegen die Weigerung der griechischen Regierung, die nach der griechischen Zivilprozessordnung erforderliche Genehmigung zur Zwangsvollstreckung in Vermögen der Bundesrepublik Deutschland zu erteilen, für unzulässig erklärt hatte. Dort hatte der Gerichtshof erklärt, dass er es nicht für erwiesen halte,

im selben Fall: „Jedenfalls nach dem Verständnis des deutschen Amtshaftungsrechts in der Zeit bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs waren dem Staat zurechenbare militärische Handlungen während des Krieges im Ausland von dem Amtshaftungstatbestand des § 839 BGB i.V.m. Art. 131 WRV ausgenommen.“

¹⁹ BGH (Anm. 11), S. 38.

²⁰ BGH (Anm. 11), S. 38.

„dass es zum jetzigen Zeitpunkt eine Akzeptanz im Völkerrecht gäbe, wonach Staaten in Bezug auf Schadensersatzklagen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die in einem anderen Staat geltend gemacht werden, nicht mehr zur Immunität berechtigt sein sollten (s. Al-Adsani ./. Vereinigtes Königreich [sc. Nr. 35763/97 EGMR 2001 – XI], ebd., Rdn. 66). Demnach könne von der griechischen Regierung nicht verlangt werden, die Regel der Staatenimmunität gegen ihren Willen zu durchbrechen. Dies treffe jedenfalls auf den gegenwärtigen Stand im Völkerrecht zu, wie der Gerichtshof in der vorbezeichneten Rechtssache Al-Adsani erkannt hat, was aber eine Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrecht nicht ausschließt.“²¹

Das Landgericht von Livadia ist demgegenüber der Auffassung gewesen, dass die Berufung auf die Befreiung von der Gerichtsbarkeit in dem vorliegenden Fall – die Bundesrepublik hatte sich auf den Prozess gar nicht eingelassen – rechtsmissbräuchlich und in jedem Fall unbeachtlich gewesen wäre. Es hat im Einzelnen ausgeführt:

„Daneben wird gemäß der gegenwärtig herrschenden Meinung in der Theorie und Praxis des Völkerrechts, der auch dieses Gericht folgt, angenommen, dass ein Staat die Möglichkeit verliert, sich auf seine Exterritorialität zu berufen, wenn die streitige Handlung, wegen der er verklagt wird, unter Verletzung einer IUS COGENS-Norm vorgenommen worden ist. In diesem Fall wird angenommen, dass der beklagte Staat die Exterritorialität ausgeschlagen hat.“²²

Das Gericht führt diese Ausnahmeregelung auf die Spruchpraxis des Nürnberger Militärtribunals zurück und fährt fort:

„a) Wenn ein Staat völkerrechtliche Zwangsnormen verletzt, so kann er nicht berechtigterweise annehmen, dass ihm Exterritorialitätsrecht zuerkannt wird. Es wird folglich angenommen, dass er stillschweigend auf dieses Recht verzichtet hat. (CONSTRUCTIVE WAIVER THROUGH OPERATION OF INTERNATIONAL LAW)“

b) Staatshandlungen, die zwingende Vorschriften des Völkerrechts verletzen, haben nicht die Qualität hoheitlicher Handlungen. In diesen Fällen wird angenommen, dass der beklagte Staat nicht im Rahmen seiner Hoheitsgewalt gehandelt hat.

c) Handlungen, die den zwingenden völkerrechtlichen Normen zuwiderlaufen, sind unwirksam und können nicht Quelle rechtmäßiger Rechte, wie dem der Exterritorialität sein (Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes EX INJURIA JUS NON ORITUR).

d) Anerkennung der Exterritorialität für eine den zwingenden völkerrechtlichen Vorschriften zuwiderlaufenden Handlung wäre gleichbedeutend mit der Mitwirkung des nationalen Gerichts an der Verwirklichung einer Handlung, die von der internationalen Rechtsordnung scharf verurteilt wird.

²¹ EGMR, Kalegoropoulou und andere gegen Griechenland und Deutschland, Entscheidung vom 12.12.2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-X, S. 415, 428–429. Vgl. dazu T. Marktler, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo: Anmerkungen zur Entscheidung des EGMR vom 12. Dezember 2002, Kalegoropoulou und andere vs. Griechenland und Deutschland, in Zeitschrift für öffentliches Recht 2006, S. 463 ff.; K. Bartsch/B. Elberling, Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalegoropoulou et al. v. Greece and Germany Decision, in German Law Journal 2003, S. 477 ff.

Die gegen die BGH-Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht mit Entscheidung vom 15. Februar 2006 – 2 BVR 1476/03 – zurückgewiesen. Vgl. M. Rau (Anm. 11), 701.

²² Landgericht Livadia (Anm. 2), Urteilsausfertigung in der offiziellen Übersetzung S. 19.

e) Die Geltendmachung der Exterritorialität für streitige Handlungen, die zwingende völkerrechtliche Normen verletzt haben, wäre Rechtsmissbrauch. Und schließlich

f) ausgehend davon, dass der Grundsatz der territorialen Souveränität als fundamentale Norm der internationalen Rechtsordnung dem Grundsatz der Exterritorialität überlegen ist, kann ein Staat, der diesem Grundsatz durch unerlaubte Besetzung eines anderen Staates zuwider handelt, sich nicht für die Handlungen, die während der unerlaubten Besetzung begangen wurden, auf Exterritorialität berufen.²³

Der Areopag hat sich dieser Ansicht angeschlossen und unter Hinweis auf Art. 11 des Baseler Übereinkommens über die Immunität der Staaten von 1972²⁴ sowie etlicher ausländischer Immunitätsgesetze, Gesetzesentwürfe und Gerichtsentscheidungen die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts auf Grund der jüngeren Staatenpraxis anders als der BGH eingeschätzt. Er befand, dass Staaten keine Immunität mehr beanspruchen können, wenn es um die deliktische Haftung für unerlaubte Handlungen geht, die ihre Organe auf dem Territorium des Forumsstaates verübt haben:

„Angesichts dessen lässt sich eine allgemeine Übung der Staaten der internationalen Gemeinschaft feststellen, die als Recht akzeptiert wird, d.h. die Ausbildung eines internationalen Gewohnheitsrechtes, das nach Art. 28 § 1 der Verfassung einen untrennbaren Teil des inländischen Rechts mit erhöhter formeller Kraft bildet und nach dem die einheimischen Gerichte, in Ausnahme vom Prinzip der Exterritorialität, die internationale Gerichtsbarkeit haben, um Schadensersatzklagen (in denen auch Klagen auf geldliche Wiedergutmachung enthalten sind) wegen unerlaubter Handlungen zu verhandeln, die zum Schaden von Personen und ihres Vermögens auf dem Staatsgebiet des Forum von Organen eines ausländischen Staates begangen worden sind, die auf diesem Staatsgebiet zum Zeitpunkt der Ausführung der Delikte zugegen waren, selbst wenn es sich um Akte der souveränen Gewalt (*acta iure imperii*) handelte.“²⁵

Dieser Ansicht hat sich auch der Oberste Kassationsgerichtshof – Vereinigte Senate – von Italien²⁶ angeschlossen. Auch er kommt zu dem Ergeb-

²³ Landgericht Livadia (Anm. 2), S. 19, 20.

²⁴ Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität v. 16. Mai 1972, in Kraft getreten am 11. Juni 1976. BGBl. 1990 II, 35. Ratifiziert von Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Schweden und Zypern.

²⁵ Areopag (Anm. 3), S. 2 f. Das Urteil enthält allerdings ein Minderheitsvotum von fünf Richtern, das die Herausbildung eines Gewohnheitsrechts über die einschlägige Herausbildung von Gewohnheitsrecht hinaus bestreitet: „Das Europäische Abkommen des Jahres 1972 stellt keine vollständige Kodifizierung eines bereits vorgebildeten Gewohnheitsrechtes dar. Die Ausnahme von der Exterritorialität (Staatenimmunität) für Straftaten, die auf dem Gebiet des Staates des Forum von einem auf diesem Gebiet befindlichen Täter als Handlungen souveräner Gewalt (*iure imperii*) begangen worden sind, entsprach weder damals (1972), noch entspricht sie heute einer allgemein anerkannten (gewohnheitsrechtlichen) Norm des internationalen Rechts....“ S. 3 f. Ein Oberster Sondergerichtshof übernahm in seiner Entscheidung vom 17. September 2002 – Margellos – diese Meinung, so dass sich nunmehr zwei unterschiedliche höchstrichterliche Entscheidungen zur Immunitätsfrage in Griechenland gegenüberstehen. Vgl. *Maria Panezi*, Sovereign Immunity and Violations of Jus Cogens Norms, in *Revue hellénique du droit international public* 56, 2003, S. 199 ff.; *A. Auer*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2006, S. 449 ff.

²⁶ Oberster Kassationsgerichtshof Rom, *Luigi Ferrini v. Bundesrepublik Deutschland*, Urteil No. 5055–04 vom 6. November 2003, veröffentlicht am 30. Mai 2004, AZ. 11130/02.

nis, dass bei Kriegsverbrechen, die den in Distomo begangenen vergleichbar sind, eine Ausnahme von dem Grundsatz der Staatenimmunität anzunehmen ist. Er weicht allerdings in seiner Begründung von den griechischen Gerichten ab und stellt mehr auf die Schwere der Kriegsverbrechen ab:

„8.3. Wenn auch die Argumentation des griechischen Gerichts nicht vollkommen zu überzeugen vermag, ist seine Schlussfolgerung vollkommen zu teilen, wenn auch aus anderen als den angeführten Gründen.

9. Die Feststellung stellt keine Neuigkeit dar, dass internationale Verbrechen ‚die gesamte Menschheit bedrohen und eine Bedrohung für das internationale Zusammenleben darstellen‘ (so das Verfassungsgericht von Ungarn, 53/1993). Es handelt sich in der Tat bei den in Frage stehenden Delikten um eine besonders durch ihre Intensität oder Systematik charakterisierte schwere Verletzung fundamentaler Menschenrechte, die durch unumstößliche Normen in der internationalen Rechtsordnung verwurzelt sind und die an der Spitze der Internationalen Rechtsordnung stehen und welche gegenüber allen anderen konventionellen und gewohnheitsrechtlichen Normen Vorrang besitzen (Internationaler Strafgerichtshof für Ex-Jugoslawien, 10. Dezember 1998, *Furunduzija*, 153–55, 14. Januar 2000 *Kupreskic*, 520; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 21. November 2001, *Al-Adsani* ./ UK, 61), und somit auch gegenüber denjenigen betreffend der Staatenimmunität vorgehen.“²⁷

In den letzten fünf Jahren haben ca. 200 Opfer und ihre überlebenden Angehörigen deutscher Kriegsverbrechen (derzeit geht man von etwa 150 größeren Massakern aus) in insgesamt 50 Verfahren in Italien Deutschland auf Schadensersatz verklagt. Die Bundesregierung hat deswegen fast alle anhängigen Schadensersatzklagen vor den Obersten Kassationsgerichtshof gebracht. Dieser bestätigte jedoch seine bisherige Rechtsprechung und

Es geht um die Schadensersatzklage des Luigi Ferrini wegen Deportation im August 1944 in das Vernichtungslager Kahla in Deutschland, wo er bis zum 20. April 1945 für die Reichsmarschall Hermann Göring Werke und die Fa. Messerschmidt Kriegswaffen herstellen musste. Das Landgericht Arezzo und das Oberlandesgericht Florenz hatten der Einrede der Staatenimmunität der beklagten Bundesrepublik Deutschland stattgegeben, die Revision führte zur Zurückverweisung an das Landgericht Arezzo. Vgl. aus der umfangreichen Literatur zu diesem Urteil: *Olivia Barata*, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*. In: *Giustizia civile*, 2004, S. 1200 ff.; *Andrea Bianchi*, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italian Court of Cassation ruling on immunity from suit for damages for deportation and forced labor during World War II, in *American Journal of International Law* 99/1, 2005, S. 242 ff.; *P. De Sena, F. De Victor*, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law* 16, 2005, S. 89 ff.; *A. Gianelli*, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, S. 539 ff.; *Lorna McGregor*, *The Ferrini Decision*, in *International and Comparative Law*, Oktober 2005; *C. Focarelli*, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision*, in *International and Comparative Law Quarterly* 54, 2005, S. 951 ff.; *A. Gattini*, *War Crimes and State Immunity in The Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3/1, 2005, S. 224 ff.; *A.-I. Kargopoulos*, *Germany's use of sovereign immunity to block claims from WWII atrocities lacks basis in international law*, in *Jurist Hotline*, 5.1.2009, abrufbar unter <http://jurist.law.pitt.edu/hotline/2009/01/germanys-use-of-sovereign-immunity-to.php>.

²⁷ Oberster Kassationsgerichtshof Rom (Anm. 26), Übersetzung v. 30.5.2004, S. 15 f., Ziff. 8.3 u. 9.

wies mit einer Reihe von Beschlüssen alle Anträge zurück.²⁸ Die entscheidende Passage in diesem Zusammenhang lautet:

„[...] da bei dem gegenwärtigen Stand [des Völkerrechts, N.P.] kein sicheres und explizites völkerrechtliches Gewohnheitsrecht besteht, kann das Prinzip der Immunität des ausländischen Staates vor der Zivilgerichtsbarkeit wegen denjenigen hoheitlichen Handlungen, die der Staat begangen hat und die als schwerwiegende Verbrechen gegen die Menschlichkeit anzusehen sind, als abgeändert (derogato) angesehen werden.“

Der Gerichtshof hat die von der Bundesregierung angeführten ausländischen höchstrichterlichen Entscheidungen, wie z.B. des griechischen Sondergerichts vom 19. September 2002, des französischen Kassationsgerichts vom 26. Juni 2003, des Bundesgerichtshof vom 16. Dezember 2003 und des britischen House of Lords vom 14. Juni 2006 in der Sache Jones gegen Saudi Arabien, nicht als Ausdruck gewohnheitsrechtlichen Völkerrechts angesehen. Es hat vielmehr betont, dass sehr unterschiedliche Normen des Völkerrechts miteinander in Widerspruch treten können, wie z.B. das Immunitätsprinzip einerseits und das Verbot der Zwangsarbeit andererseits. Im Falle eines Aufeinandertreffens muss die nicht zu leugnende Antinomie bei einer systematischen Rechtsanwendung den Normen höheren Ranges den Vortritt einräumen. In seiner Entscheidung vom gleichen Tag, mit der er die Vollstreckbarkeit des Areopag-Urteils vom Januar 2000 in Italien ermöglichte, weist er den Immunitätseinwand mit eindeutigen Worten zurück:

„Jedoch befindet sich die Nichtanwendbarkeit der Immunität des ausländischen Staates auf die Zivilgerichtsbarkeit wegen sog. *acta iure imperii*, die sich als Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen, [...] vollständig im Einklang mit dem früheren von diesem Gericht, Vereinigte Senate, verkündeten Urteil Nr. 5044 aus 2004 (Ferrini), welches hier nochmals bekräftigt wird und in Übereinstimmung mit der Anerkennung des absoluten Primats der grundlegenden Werte der Freiheit und Würde des Menschen.“²⁹

Auch das Oberlandesgericht Florenz hat mit gleicher Begründung die Widerspruchsklage der Bundesregierung gegen die Vollstreckungsanerkennung des Livadia-Urteils von 1997 zurückgewiesen.³⁰

In seiner jüngsten Entscheidung von Anfang des Jahres 2009 hat der Oberste Kassationsgerichtshof noch einmal seine Rechtsprechung bestätigt und den Immunitätseinwand der deutschen Bundesregierung mit dem Hinweis auf das Ferrini-Urteil von 2004 zurückgewiesen.³¹ Bemerkens-

²⁸ Oberster Kassationsgerichtshof Rom – Vereinigte Senate –, Beschlüsse Nr. 14200–14208 vom 6.5.2008.

²⁹ Oberster Kassationsgerichtshof Rom – Vereinigte Senate –, Urteil Nr. 14199–08 v. 29.5..2008, Az. 24290/07.

³⁰ Oberlandesgericht Florenz, Urteil Nr. 1696/2008 vom 21. Oktober 2008.

³¹ Oberster Kassationshof Rom, Urteil Nr. 1072/2008 vom 13. Januar 2009 in der Strafsache gegen Milde. Es handelt sich um das Massaker der Panzerdivision Hermann Göring. Sie hatte nach einem Partisanenangriff in der Nähe von Arezzo, bei dem zwei deutsche Soldaten getötet worden waren, 203 Einwohnerinnen und Einwohner von Civitella nach einer Massenvergewaltigung ermordet und die Ortschaft niedergebrannt. Die Bundesrepublik,

wert sind die Ausführungen in Rn. 7 des Urteils zum Verhältnis der Menschenrechte zur internationalen Garantie des Rechtswegs gem. Art. 8 der Universalen Erklärung der Menschenrechte von 1948, die auch schon zum Zeitpunkt des Massakers allgemein anerkanntes Völkerrecht war, wie sich aus Art. 23 h HLKO ergibt:

„In der Tat, wenn es richtig ist, dass die Rechtsnormen, welche zum Schutz der Würde und Freiheit der Menschen entstanden sind, ihre Basis in universellen, unabänderlichen Prinzipien finden und als solche von der gesamten Internationalen Gemeinschaft anerkannt werden, dann erfordert die innere Kohärenz der Rechtsordnung unabdingbar von den Mitgliedern dieser Gemeinschaft und der besagten Opfer, welche die Verletzung erlitten haben, dass auf die Verletzung dieser Grundwerte eine repressive Reaktion nicht fehlen darf, insofern es keinen Sinn haben würde, das Primat der Grundrechte zu proklamieren, um dann in widersprüchlicher Weise die Zugangsmöglichkeit zu einem Richter auszuschließen und in dieser Weise Individuen die Möglichkeit zu verwehren, um die Wirksamkeit und den Vorrang derjenigen Grundrechte zu sichern, welche durch die kriminellen Handlungen eines Staates verletzt worden sind.“

3. Verstoß gegen den *Ordre Public*

Bereits diese kontroversen Positionen, die die höchstinstanzlichen Gerichte Griechenlands, Deutschlands und Italiens zur Frage der Staatenimmunität im Fall der Distomo-Verbrechen eingenommen haben, verbieten es, von einer eindeutigen Rechtssituation zu sprechen, die die griechischen Urteile als rechtswidrig qualifiziert. Nur zweifelsfrei rechtswidrige ausländische Urteile aber verstoßen gegen den deutschen *Ordre Public* und dürfen weder anerkannt noch vollstreckt werden. Dieses ergibt sich sowohl aus Art. 25 GG³² wie auch aus § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.³³ Dabei ist auseinander zu halten, dass sich die Möglichkeit, ein rechtswidriges Urteil nicht anzuerkennen, allein nach deutschem Recht richtet. Die Rechtswidrigkeit des Urteils selbst ergibt sich allerdings aus dem Widerspruch gegen das Völkerrecht oder wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts. Das bedeutet, dass nicht jede beliebige Rechtswidrigkeit, die ein deutsches Gericht in der ausländischen Rechtsprechung entdeckt, den deutschen *Ordre Public* verletzt, sondern nur erhebliche Rechtsverstöße. Entsprechend sind nach Art. 25 GG auch nur Verstöße gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ relevant. Die Möglichkeit der beklagten Bundesrepublik, auf bestimmte Einreden eines Rechtsverstoßes durch das ausländische Ge-

die im Adhäsionsverfahren als zivilrechtlich verantwortliche Partei von einigen Verwandten der Opfer verklagt wurde, war in erster Instanz zu ca. einer Mio. Euro Schadensersatz verurteilt worden.

³² Vgl. etwa I. Pernice, Art. 25, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 1998, S. 445 Rz. 32; M. Zuleeg, Art. 24 Abs. 3/Art. 25, in: R. Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied 1989, S. 1658 Rz. 38.

³³ Vgl. etwa R. Geimer, § 328 ZPO, in: R. Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Köln, S. 956, Rz. 6; H. Roth, § 328 ZPO, in: Stein, Jonas (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. IV/1, 1998, S. 396 f., Rz. 94.

richt zu verzichten (so z.B. auf die hier einschlägige Einrede der Staatenimmunität³⁴), kann sich wiederum nur auf Rechtspositionen beziehen, die nicht *ius cogens* sind. Wenn *R. Geimer* sagt, dass

„das Völkergewohnheitsrecht [...] allen Staaten [verbietet], gerichtliche Entscheidungen, die unter Verletzung der Regeln über die Immunitäten, Exemtionen und sonstigen Befreiungen von der Gerichtsbarkeit erlassen wurden,“³⁵

zu vollstrecken, so muss er den völkerrechtlichen Beweis für diese Behauptung schuldig bleiben, weil es ein derartiges absolutes Verbot im Völkerrecht nicht gibt. Ein solches Verbot ließe sich nur bei einem Verstoß gegen *ius cogens* gem. Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention begründen. Zu einem solchen zwingenden Recht gehört jedoch der Grundsatz der Staatenimmunität nicht.³⁶ Als Ausdruck der Souveränität eines Staates steht er wie alle Souveränitätselemente zur Disposition des Staates. Dieser kann darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang er auf ihnen im internationalen Verkehr gegenüber der Souveränität anderer Staaten beharren und sie gegebenenfalls durchsetzen will. Dieses sind Fragen der politischen Opportunität im Umgang mit der Staatengemeinschaft, die von Fall zu Fall unterschiedlich beantwortet werden.

Daraus folgt, dass nicht jeder Rechtsverstoß eines ausländischen Urteils seine Nichtanerkennung durch ein deutsches Gericht zur Folge hat. Diese Differenzierung übersieht auch das OLG Frankfurt a. Main, wenn es in seiner Entscheidung von 1980 feststellt:

„Ein Urteil, das die Normen des Völkerrechts über die Befreiung bestimmter Personen von der Gerichtsbarkeit des ausländischen Urteilsstaates verletzt, ist völkerrechtswidrig. Das Verbot, völkerrechtswidrige Urteile anzuerkennen, ist eine allgemeine Regel des Völkerrechts, die über Art. 25 Abs. 1 GG in das deutsche Recht transformiert ist. Daher ist die Urteilsanerkennung zu verweigern, wenn die völkerrechtlichen Normen über die Befreiung von der Gerichtsbarkeit des ausländischen Urteilsstaates nicht eingehalten werden kann.“³⁷

Nicht jeder Rechtsverstoß ist automatisch ein Verstoß gegen den *Ordre Public* i.S. des § 328 ZPO oder gegen eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“ gem. Art. 25 GG. Darüber hinaus ist generell fraglich, in welchen Fällen überhaupt die Immunität eines Staates durch ausländische Rechtsprechung verletzt wird. Denn schon 1963 stellte das Bundesverfassungsgericht in einem grundlegenden Urteil fest:

³⁴ Vgl. *H. Steinberger*, State Immunity, in *R. Bernhardt* (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law* (EPIL) 10 1987, 428 ff., 435 f.; *U. v. Schönfeld*, Die Immunität ausländischer Staaten vor deutschen Gerichten, in *NJW* 1986, S. 2980 ff., 2983.

³⁵ *Geimer* (Anm. 33).

³⁶ Vgl. *Steinberger* (Anm. 34).

³⁷ OLG Frankfurt a.M. v. 21 Oktober 1980, RIW/AWD 1980, 874.

„Eine allgemeine Regel des Völkerrechts, nach der die inländische Gerichtsbarkeit für Klagen gegen einen ausländischen Staat in Bezug auf seine nicht-hoheitliche Betätigung ausgeschlossen ist, besteht nicht. [...] In der Zeit bis zum ersten Weltkrieg ging die eindeutig überwiegende Staatenpraxis dahin, ausländischen Staaten unbeschränkt Immunität zu gewähren, sie also sowohl in bezug auf ihre hoheitliche als auch ihre nicht-hoheitliche Tätigkeit von inländischer Gerichtsbarkeit auszunehmen. Seitdem ist aber die Staatenimmunität ‚in einem Schrumpfungsprozess begriffen‘; ihre Geschichte ist zur ‚Geschichte des Ringens um Zahl, Art, und Umfang der Ausnahmen geworden.‘“³⁸

An Hand einer außerordentlich detaillierten und genauen Analyse der Entscheidungen nationaler Gerichte, völkerrechtlicher Verträge, der Kodifikationsbemühungen des Völkerbundes, der UNO sowie juristischer Nichtregierungsorganisationen und der Völkerrechtslehre war das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss gekommen, dass die einstmals geltende Regel von der unbeschränkten Staatenimmunität „nicht mehr als Regel des Völkergewohnheitsrechts angesehen werden kann.“³⁹ Zu diesem Ergebnis kam das Gericht nicht durch eine lückenlose Abkehr der nationalen Gerichte, Kodifikationen und Lehrmeinungen von der unbeschränkten Immunität, sondern auf Grund eines Befundes, der den Konsens zu dieser Frage durch viele abweichende Positionen und Tendenzen aufgekündigt sah.⁴⁰ So konnte es schließlich nur noch eine Immunitätsregel für hoheitliche Staatstätigkeit (*acta iure imperii*) feststellen, nicht aber mehr für nicht-hoheitliche Staatstätigkeit (*acta iure gestionis*), wo sich der Staat wie eine Privatperson am allgemeinen Geschäftsgeschehen beteiligt. Obwohl die Trennung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Tätigkeit nicht immer klar ist, hat sich diese neue Immunitätsregel jedoch seitdem als neuer Konsens herausgebildet.⁴¹ Einigkeit besteht dabei auch über die Gründe der Differenzierung und der Herausnahme der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit des Staates aus dem Privileg der Immunität: die Ausweitung des internationalen Handelsverkehrs und die zunehmend aktive Beteiligung des Staates an ihm. Wie es in dem berühmten „Tate-Letter“ des US-amerikanischen Außenministeriums vom 19. Mai 1952 heisst:

„The department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts.“⁴²

Dem schloss sich der US Supreme Court 1976 ausdrücklich an.⁴³

³⁸ BVerfG vom 30. April 1963, E 16, 27 ff., 33 f.

³⁹ BVerfGE 16, 61.

⁴⁰ Vgl. z.B. für die Prüfung der heterogenen Rechtsprechung S. 51.

⁴¹ Vgl. K. Ipsen/Cb. Gloria, Völkerrecht, 1999, S. 333 ff.; J. P. Müller/L. Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 2001, S. 444 ff.

⁴² Jahrbuch für internationales Recht (JIR) 7 (1956), S. 403 ff.

⁴³ Alfred Dunhill of London ./. The Republic of Cuba, 425 U.S. 682, 15 ILM (1976), 735.

III. Das Konzept der „eingeschränkten Immunität“

Diese Entwicklung im Interesse des freien Handelsverkehrs begann aber nicht erst mit dem Ende des Zweiten Weltkrieges, sondern geht auf die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg zurück. Das Schweizer Bundesgericht hat sich bereits in einer Entscheidung von 1918 zu dem Grundsatz der eingeschränkten Immunität bekannt,⁴⁴ nachdem bereits der Kassationshof von Florenz im Jahre 1886 die Gerichtsimmunität einem Staat nur bei hoheitlicher Tätigkeit eingeräumt hatte.⁴⁵ Weitere Entscheidungen zahlreicher europäischer Staaten folgten, sodass die ersten internationalen und nationalen Kodifikationen, die in den siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts Regeln zur Staatenimmunität fixierten, die eingeschränkte Souveränität als bereits internationalen Konsens und etablierten Standard übernahmen.

So finden sich entsprechende Einschränkungen der Immunität in Art. 11 des EuÜStI vom 16. Mai 1972 und, diesem Übereinkommen folgend, in nationalen Gesetzen wie z.B. in § 1605 des US-amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act⁴⁶ (FSIA) von 1976 und § 3 des State Immunity Act⁴⁷ (SIA) des Vereinigten Königreichs von 1978. Mit ähnlicher Konstruktion folgten diesen beiden Vorbildern eine Reihe anderer nationaler Gesetze: 1979 Singapur⁴⁸, 1981 Pakistan⁴⁹ und Südafrika⁵⁰, 1982 Kanada,⁵¹ 1985 Australien⁵² und 1994 Argentinien.⁵³

Auch die UN-Konvention zur Staatenimmunität,⁵⁴ die mit Resolution der UN-Generalversammlung vom 2.12.2004 verabschiedet wurde und auf Vorarbeiten der International Law Commission (ILC) seit Ende der Siebzigerjahre basiert, enthält eine eindeutige Beschränkung der Immuni-

⁴⁴ BG v. 13. März 1918, E 44 I, 49; *Müller/Wildhaber* (Anm. 41), S. 448 ff.

⁴⁵ Kassationshof Florenz v. 25. Juli 1886, Supplement to the American Journal of International Law (AJIL) 26 (1932), S. 622 f.

⁴⁶ ILM 1976, 1388.

⁴⁷ ILM 1978, 1123.

⁴⁸ State Immunity Act, UN Doc. ST/LEG/SER.B/20, 28 ff.

⁴⁹ State Immunity Ordinance, UN Doc. ST/LEG/SER.B/20, 34 ff.

⁵⁰ Foreign Sovereign Act, UN Doc. ST/LEG/SER.B/20, 34 ff.

⁵¹ Act to provide for state immunity in Canadian Courts, ILM 1982, 798 ff.

⁵² Foreign States Immunity Act, ILM 1986, 715 ff.

⁵³ *Immunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*, Ley 24.488. Boletín Oficial v. 28. Juni 1995.

⁵⁴ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, GA Res. 59/83 vom 2.12.2004 (noch nicht in Kraft). Vgl. dazu u.a. *G. Hafner, K. Schmalenbach*, UN-Konvention über Staatenimmunität und Kriegsfolgen, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 2006; *G. Hafner, U. Köhler*, The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. In: *Netherlands Yearbook of International Law* 35, 2004 S. 3 ff.; *D.P. Stewart*, The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, in *American Journal of International Law* 99, 2005, S. 194 ff.

tät auf hoheitliche Tätigkeiten (*acta iure imperii*). In Art. 10 Abs. 1 der Konvention heisst es:

„If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.“

Ähnliche Aussagen finden sich im Konventionsentwurf der International Law Association (ILA) von 1982⁵⁵ wie auch in der überarbeiteten Fassung vom 1994,⁵⁶ im Entwurf des Institut de Droit International von 1991⁵⁷ und in den 1967 veröffentlichten Thesen einer Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (These 30 und 62).⁵⁸

Das Konzept der eingeschränkten Immunität hat sich auch bei den Entwicklungsländern der sog. Dritten Welt, die in besonderer Weise auf ihre Souveränität bedacht sind, weitgehend durchgesetzt.⁵⁹ Dies zeigt sich zum einen bereits an der Tatsache, dass sich unter den oben genannten gesetzgebenden Staaten auch Länder wie Singapur, Pakistan, Südafrika und Argentinien befinden.⁶⁰ Daneben hat etwa das Inter-American Judicial Committee der Organization of American States – einer Organisation, der bis auf Kuba alle südamerikanischen Staaten angehören, die gemeinhin für ihr Beharren auf ihren Souveränitätsrechten bekannt sind – 1983 einen Konventionsentwurf vorgelegt, in dem die Immunität für das gerichtliche Erkenntnisverfahren auf *acta iure imperii* beschränkt ist.⁶¹

⁵⁵ Draft Articles for a Convention on State Immunity (Montreal draft), ILA, Report of the Sixtieth Conference – 1982, S. 5 ff., 325 ff.

⁵⁶ Final Report on Developments in the Field of State Immunity and Proposal for a Revised Draft Convention on State Immunity for the ILA Buenos Aires Conference 1994. ILA, Report of the Sixty-Sixth Conference, held at Buenos Aires, 1994, S. 22 ff.

⁵⁷ Resolution on State Immunity of the Institute of International Law, 1991, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 64-I, 1991, S. 84 ff., *RabelsZ* 56 (1992), S. 570 ff. Das IDI hatte sich bereits 1891 auf seiner Hamburger Tagung für ein restriktives Konzept der Immunität ausgesprochen – vgl. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 2, 1928, S. 1215.

⁵⁸ *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* Bd. 8, 1968, S. 1 ff., 159 ff., 283 ff.

⁵⁹ Dies gilt unabhängig von der Tatsache, dass die Entwicklungsländer die Einfügung einer Klausel zur Auslegung des Begriffs „commercial transaction“ (Art. 2 (2) der Konvention) durchgesetzt haben, die zu einer einschränkenden Auslegung dieses Begriffs genutzt werden könnte.

⁶⁰ Eine weitgehende Übereinstimmung von Entwicklungsländern mit dem Grundsatz der eingeschränkten Souveränität zeigt sich schließlich auch im „Report of the Committee on Immunity of States in respect of Commercial and other Transactions of a Private Character“ des Asian-African Legal Consultative Committee auf seiner dritten Sitzung Anfang 1960, der von Vertretern Burmas, Ceylons, Indiens, Indonesiens, des Irak, Japans, Pakistans, des Sudans, Syriens und der Vereinigten Arabischen Republik erstattet wurde.

⁶¹ Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States v. 21. Januar 1983, Art. 3. Allerdings wurde die absolute Immunität für Vollstreckungsakte beibehalten. Vgl. *J. Bröhmer*, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, S. 137.

Die Fülle dieser Dokumente und die Staatenpraxis⁶² lässt keine andere Schlussfolgerung zu, als dass sich bereits in den siebziger Jahren die Staaten nur noch in eingeschränkten Fällen, die sich vornehmlich auf ihre hoheitliche Tätigkeit beziehen, auf ihre Immunität berufen konnten. Es galt schon damals, wie es das Bundesverfassungsgericht 1977 zutreffend resümiert,

„dass es an einer Übung ermangelt, die hinreichend allgemein sowie von der notwendigen Rechtsüberzeugung getragen wäre, um eine allgemeine Regel des Völkergewohnheitsrechts zu begründen, der zufolge dem Gerichtsstaat die Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat in dessen Gerichtsstaat belegene Vermögensgegenstände schlechthin verwehrt wäre. Der Kreis der Staaten, die, wie ihre Rechtsprechung, Gesetzgebung oder Vertragspraxis belegen, Sicherungs- und Vollstreckungsmaßnahmen gegen fremde Staaten jedenfalls dann nicht ausschließen, wenn solche Maßnahmen aus Titeln, die über ein Verhalten *iure gestionis* des fremden Staates ergangen sind und in Vermögensgegenstände betrieben werden, die nicht-hoheitlichen Zwecken dienen, ist von solchem Gewicht, dass von einer *allgemeinen* Übung, die Zwangsvollstreckung kraft Völkerrechts als ausgeschlossen zu betrachten, derzeit nicht die Rede sein kann, wie immer das Erfordernis der Allgemeinheit einer Übung, soll sie eine Regel des Völkergewohnheitsrechts begründen, zu bestimmen sein mag.“⁶³

IV. Weitere Einschränkung der Immunität

1. *Souveränitätsverlust und Aufwertung des Menschenrechtsschutzes*

Bei diesem Stand der völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsregelung ist die Entwicklung jedoch nicht stehen geblieben. Auch die hoheitliche Tätigkeit der Staaten wurde nicht im Sanktuarium vollständiger Immunität belassen und vor den gerichtlichen Ansprüchen ausländischer Bürger geschützt. Das hängt einerseits mit der allgemeinen Umwertung der Souveränität und Unantastbarkeit hoheitlicher Funktionen zwischen den Staaten, andererseits mit der Aufwertung der Rolle des Menschen im Völkerrecht in der Folge der raschen Entwicklung des Menschenrechtsschutzes zusammen.

Die Herausbildung des europäischen Staatensystems basierte im wesentlichen auf der Begründung souveräner Herrschaft über ein Territorium mit definierten Grenzen. Sie war in gewisser Weise die Voraussetzung für das auch heute noch gültige Modell des Nationalstaates, der aus seiner Entwicklung einer demokratischen Verfassung im 19. Jahrhundert und seiner Ausgestaltung zum Sozialstaat im 20. Jahrhundert seine nachhaltige Legitimation schöpfte.⁶⁴ Mit der enormen Beschleunigung und

⁶² Vgl. S. *Sucharitkul*, Immunity of States, in: M. *Bedjaoui* (Hrsg.), *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, S. 327 ff., 332.

⁶³ BVerfG v. 13. Dezember 1977, E 46, S. 342 ff., 388 f.

⁶⁴ Vgl. J. *Habermas*, *Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung*, in U. *Beck* (Hrsg.), *Politik der Globalisierung*, 1998, S. 67 ff.

geographischen Ausdehnung internationaler Wirtschaftsaktivitäten, die den Kern dessen ausmacht, was unter dem Begriff der Globalisierung gefasst wird, spielen die nationalen Grenzen faktisch keine Rolle mehr. Das den Nationalstaat prägende Prinzip der Territorialität verliert immer mehr an legitimierender Kraft, da es keinen wirksamen Schutz mehr für die Bürgerinnen und Bürger gewährt. Und so wie die globalisierte Wirtschaft dem Staat zunehmend die Kontrolle über Menschen und Ressourcen streitig macht, entzieht sie sich den regulatorischen Zugriffen des Staates und oktroyiert ihm immer erfolgreicher ihre Bedingungen demokratischer und sozialstaatlicher Verwaltung des nationalen Raumes. Die staatliche Souveränität als Ausdruck des nationalen Gewalt- und Regulierungsmonopols lässt sich im Zeitalter der Globalisierung nur auf erweiterter Stufenleiter im Rahmen regionaler Integration und von Zusammenschlüssen wie z.B. der EU erhalten. Das Schwinden nationaler Souveränität wird hier durch die Delegation weitgehender Souveränitätsteile auf supranationale Institutionen kompensiert,⁶⁵ was wiederum die Erosion einzelstaatlicher Souveränität beschleunigt.

Der Prozess der „Denationalisierung“ und „Entsouveränisierung“ ist jedoch nicht nur eine Folge der wirtschaftlichen Dynamik der Globalisierung. Eine andere Dimension der Globalität ist die Aufwertung des Individuums mit den Mitteln des Völkerrechts durch die Ausdehnung und Effektivierung des Menschenrechtsschutzes. Wie *E. Riedel* in seiner Einführung zur neuesten Sammlung von Dokumenten und Deklarationen zu den Menschenrechten zutreffend schreibt:

„Der internationale Menschenrechtsschutz entfaltet am Ende des 20. Jahrhunderts einen der dynamischsten Entwicklungsprozesse des modernen Völkerrechts. Stand die erste Hälfte des Jahrhunderts noch ganz im Zeichen des nach innen und außen souveränen Nationalstaats, wuchs nach den schrecklichen Erfahrungen zweier Weltkriege das Bewusstsein, dass der Nationalstaat als traditioneller Garant von Bürgerrechten kläglich versagt hatte. Er hatte weder totalitäre Herrschaft zügeln, noch die beiden Weltkriege verhindern können. Mit der Schaffung der Vereinten Nationen 1945 gelang jedoch ein echter Durchbruch.“⁶⁶

Die Abstraktheit des Rechts postuliert ohnehin eine Option auf Universalität, d.h. die allgemeine Regelung aller auftretenden Fälle im Geltungsbereich der Norm. Zur Universalität der nationalen Rechtsordnung tritt die Globalität der internationalen Ordnung hinzu, welche die einzelnen heterogenen Rechtsordnungen mit dem Anspruch auf rechtliche Homogenität

⁶⁵ Vgl. *St. Oeter*, Europäische Integration und Nationalstaatlichkeit. Zum Souveränitätsdiskurs und der Frage nach der Legitimation der Staatsgewalt, in *Dialektik* 1998/3 S. 129 ff. Vgl. auch *U. Beck*, Wie wird Demokratie im Zeitalter der Globalisierung möglich? – Eine Einleitung, in: *Beck* (Anm. 64), S. 7 ff.

⁶⁶ *E. Riedel*, Der internationale Menschenrechtsschutz. Eine Einführung, in: *Bundeszentrale für politische Bildung* (Hrsg.), *Menschenrechte, Dokumente und Deklarationen*, 2004, S. 11 ff.

überwölbt und ihnen ihre Parameter aufzwingt.⁶⁷ Die Globalisierung der politischen und ökonomischen Lebenswelten zielt auf ihre Integration und Homogenisierung in einem weltweiten System, und die Universalisierung der Menschenrechte ist auf den gleichen Schutz aller Menschen in allen Regionen gerichtet. Auch dieser durchaus erfolgreiche Kodifizierungsprozess ist nicht ohne Einbußen nationalstaatlicher Souveränität – insbesondere in Europa – möglich gewesen. Die Errichtung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Tribunals für das ehemalige Jugoslawien hat den einzelnen Menschen aus seiner Objektkontrolle in eine Subjektkontrolle gegenüber dem Staat versetzt, was dieser mit erheblichen Souveränitätseinbußen bezahlen musste.

Dieser langsame aber stetige und unaufhaltsame Entsouveränisierungsprozess hat – wie oben dargestellt – den Immunitätsanspruch des Staates erfolgreich zugunsten des internationalen Wirtschaftsverkehrs eingeschränkt. War dies faktisch Anfang der siebziger Jahre erreicht und nicht mehr grundsätzlich bestritten, so ist der Prozess damit nicht zum Stillstand gekommen. Vielmehr ist seitdem auch der Immunitätsanspruch für hoheitliches Handeln – *acta iure imperii* – bestritten und in zahlreichen Fällen durchbrochen worden.

2. Verzicht

Zunächst ist vollkommen unstrittig, dass die Staaten auf ihre Immunität ausdrücklich verzichten können. Das ist sowohl in Art. 2 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität wie auch in § 1605 (a) (1) FSIA klargestellt. Auch in der Wissenschaft wird der Verzicht als selbstverständliches Recht eines beklagten Staates nicht in Frage gestellt.⁶⁸ Dies gilt sowohl für einen ausdrücklich erklärten wie einen stillschweigenden Verzicht. Letzterer (*implied waiver*) allerdings ist schwierig zu identifizieren und anzunehmen, wenn es wenig oder keine Anhaltspunkte in dem Verhalten des beklagten Staates gibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Staat, wie im vorliegenden Fall die Bundesrepublik, sich ausdrücklich auf Immunität beruft. Dennoch hat sich das Landgericht Livadia in seinem Urteil u.a. auf einen derartigen stillschweigenden Verzicht berufen:

„Wenn ein Staat völkerrechtliche Zwangsnormen verletzt, so kann er nicht berechtigterweise annehmen, dass ihm Exterritorialitätsrecht zuerkannt wird. Es wird folglich angenommen, dass er stillschweigend auf dieses Recht verzichtet hat. (CONSTRUCTIVE WAIVER THROUGH OPERATION OF INTERNATIONAL LAW)⁶⁹“

⁶⁷ Vgl. *N. Paech*, Globalisierung und Völkerrecht, in *Dialektik* 1998/3, S. 129 ff., 143.

⁶⁸ Vgl. *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 1990, S. 340; *A. Verdross*, *B. Simma*, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, 1984, S. 770; *Steinberger* (Anm. 34), S. 435 f.

⁶⁹ Landgericht Livadia (Anm. 2), vgl. o. S. 42.

In der Tat kann sich das Gericht auf Stimmen in der Literatur stützen, die bei der Verletzung zwingender Normen, die insbesondere dem Schutz der Individuen und der Menschenrechte dienen, dem Täter-Staat einen stillschweigenden Verzicht (implied waiver) unterstellen bzw. zumuten.⁷⁰ Die Tatsache, dass die AutorInnen eine solche Ausnahme dem US-Gesetzgeber zur Ergänzung des FSIA vorschlagen, deutet jedoch schon auf die juristischen Schwierigkeiten der Konstruktion und die nicht ausreichende Akzeptanz unter den Staaten. Denn ein solcher Verzicht müsste in vielen Fällen auch gegen den erklärten Willen eines Staates unterstellt werden, so dass die Ausnahme nicht mehr mit dem erklärten oder angenommenen Willen begründet werden kann, sondern eher als ein Fall der Rechtsverwirkung (forfeiture) zu gelten hätte. Diese Bedenken haben zweifellos den Areopag bewogen, seine im Ergebnis gleich lautende Entscheidung nicht mit dem „implied/constructive waiver“ zu begründen.⁷¹ Und auch der Römische Kassationsgerichtshof hat die Konstruktion des stillschweigenden Verzichts nicht übernommen.⁷² Darüber hinaus ist die Literatur⁷³ ebenso wie die einschlägige Rechtsprechung weitgehend ablehnend.

So verwarf der United States District Court for the Eastern District of New York ebenso wie die Berufungsinstanz die Klage zweier Ehemänner, deren Ehefrauen beim Lockerbie-Attentat ihr Leben verloren hatten, gegen Libyen wegen fehlender Gerichtsbarkeit. Die in § 1605 (a) (1) FSIA enthaltene „implied-waiver“-Klausel

(„foreign states shall not be immune from jurisdiction of the courts of the United States or of the States in any case [...] in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication“)

müsse nach der Intention des Kongresses eng ausgelegt werden.⁷⁴ Auch in einem anderen Fall verwarf der Court of Appeals for the District of Columbia Circuit die Konstruktion eines stillschweigenden Verzichts, der als Folge der Nazi-Verbrechen – eines unbestreitbar schweren Falles von Verletzung des *ius cogens* – der beklagten Bundesrepublik die Einrede der Immunität verwehren sollte, um dem Kläger den Rechtsweg vor einem US-

⁷⁰ So z.B. A. C. Belsky, M. Merva, N. Robt-Arriaza, Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violators of Peremptory Norms of International Law, in *California Law Review*, Vol. 77, 1989, S. 365 ff.; W. Pepper, Iraq's Crimes of State Against Individuals and Sovereign Immunity, in *Brooklyn Journal of International Law* 18 (1992), 313 ff., 369.

⁷¹ Areopag (Anm. 3), vgl. o. S. 41.

⁷² Oberster Kassationsgerichtshof Rom (Anm. 26), vgl. o. S. 43.

⁷³ So J. Bröhmer (Anm. 61), S. 191; M. Reimann, A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan Journal of International Law* 16, 1995, S. 403, 409, 414 f.

⁷⁴ Vgl. *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F. Supp. 306, 309; 101 F.3d 239 (2d Cir.), cert. denied, 117 S.Ct.1569 (1996). L. McKay, A New Take on Antiterrorism: *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*. In: *American University International Law Review* 1997, S. 439 ff.

Gericht zu eröffnen.⁷⁵ Es handelte sich um die Klage des jüdischen US-Bürgers Hugo Princz, der für Zwangsarbeit und KZ-Aufenthalte in Maidanek und Auschwitz Entschädigung vor US-amerikanischen Gerichten suchte, nachdem alle Versuche gescheitert waren, durch eines der deutschen Wiedergutmachungsprogramme Entschädigung zu bekommen.⁷⁶ Diese Entscheidung ist nicht unumstritten. Der Richter am District Court Stanley Sporkin hatte noch in erster Instanz 1992 der Bundesrepublik die Einrede der Immunität zu ihrer Verteidigung versagt:

„This Court finds that the Federal (Foreign) Sovereign Immunities Act has no role to play where the claims alleged involve undisputed acts of barbarism committed by a one-time outlaw nation which demonstrated callous disrespect for the humanity of an American citizen [...]. To allow otherwise would create a severe imbalance in the reciprocity and mutual respect which must exist between nations, and would work an intolerable injustice against the plaintiff and the principles for which this country stands.“⁷⁷

In der Berufungsentscheidung kam es zudem zu einem dissenting vote der Richterin Wald, die für diesen Fall § 1605 (a) (1) FSIA anwandte. In § 1605 sind eine Reihe von Ausnahmen von der Immunität aufgeführt, die mit dem ausdrücklichen oder stillschweigend angenommenen Verzicht (express and implied waiver) beginnen. Richterin Wald nahm einen solchen implied waiver der Bundesrepublik an:

„A foreign state that violates these fundamental requirements of a civilized world thereby waives its right to be treated as a sovereign. [...] Germany waived its sovereign immunity by violating the ius cogens norms of international law condemning enslavement and genocide.“⁷⁸

Die Verletzung von ius cogens durch derartige Verbrechen gehöre nicht mehr zur domain reservé eines Staates. Deutschland musste sich klar darüber sein, dass es verantwortlich gemacht würde

„for its heinous actions by another state, including the United States. [...] Because the Nuremberg Charter's definition of ‚crimes against humanity‘ includes what are now termed jus cogens norms, a state is never entitled to immunity for any act that contravenes a jus cogens norm, regardless of where or against whom that act was perpetrated. [...] Jus cogens norms are by definition nonderogable, and thus when a state thumbs its nose at such a norm, in effect overriding the collective will of the entire international community, the state can-

⁷⁵ Vgl. Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166, 1176 (D.C. Cir. 1994). Die Entscheidung wurde vom Supreme Court bestätigt, 513 U.S. 1121 (17. 1. 1995). Vgl. Reimann (Anm. 73).

⁷⁶ Zu den Einzelheiten vgl. *M. Reimann*, (Anm. 73); *M. Reimann*, Nazi-Verbrechen und Staatenimmunität: Kann die Bundesrepublik Deutschland von KZ-Opfern vor US-amerikanischen Gerichten verklagt werden? in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 1995, S. 123 ff.

⁷⁷ Princz v. Federal Republic of Germany, 813 F. Supp. 25, 26.

⁷⁸ Entscheidung v. 1. Juli 1994, (Anm. 75), Diss. Op. II S. 7 ff., 103 ILR (1996), S. 612 ff. *H.-P. Folz*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo: Zum Umgang mit ius cogens, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2006, 477, fordert einen strengen Maßstab bei der Feststellung völkergewohnheitsrechtlicher Ausnahmen von der Staatenimmunität.

not be performing a sovereign act entitled to immunity. [...] The only way to reconcile the FSIA's presumption of foreign sovereign immunity with international law is to interpret § 1605 (a) (1) of the Act as encompassing the principle that a foreign state implicitly waives its right to sovereign immunity in United States courts by violating jus cogens norms.⁷⁹

Die Richterin Wald blieb allerdings mit dieser Argumentation allein. Richter Ginsburg bestand demgegenüber auf dem Wortlaut der ausdrücklichen und stillschweigenden (implied) Verzichtsregelung des § 1605 (a) (1) FISA, über den hinaus ein Verzicht bei Verletzung von ius cogens nicht unterstellt werden könne:

„We think that something more nearly express is wanted before we impute to the Congress an intention that the federal courts assume jurisdiction over the countless human rights cases that might well be brought by the victims of all the ruthless military juntas, presidents-for-life, and murderous dictators of the world, from Idi Amin to Mao Zedong. Such an expensive reading of § 1605 (a) (1) would likely place an enormous strain not only upon our courts but, more to the immediate point, on our country's diplomatic relations with any number of foreign nations.“⁸⁰

Dass das juristisch ohnehin zweifelhafte Argument der Überlastung der Gerichte und Belastung der diplomatischen Beziehungen schon bald keine ausschlaggebende Bedeutung mehr für die Immunitätsfrage haben sollte, zeigen die Auseinandersetzungen um die Auslieferung des Ex-Präsidenten Augusto Pinochet. Die Richter der Kammer des House of Lords in Großbritannien haben ähnliche Erwägungen wie die Richterin Wald vom US Appeals Court dazu bewogen, Pinochet für die von ihm während seiner Präsidentschaft verübten Verbrechen die Immunität zu versagen. Verbrechen der Folter, des Verschwindenlassens oder der extralegalen Tötung stellen kein amtliches Handeln eines Präsidenten dar. Sie geschehen nicht nur jenseits hoheitlicher Kompetenz, sondern widersprechen ihr geradezu. Würde für sie Immunität gewährt, würde ihre völkerrechtliche Ächtung unterlaufen.⁸¹ Diese Immunitätseinschränkung ist zwar nur für die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Staatsorgans ausgesprochen worden, ist aber seiner Ratio nach auch auf die Staatshaftung anwendbar. Es würde dem zwingenden (ius cogens!) Schutzauftrag der Men-

⁷⁹ Entscheidung v. 1. Juli 1994, (Anm. 75), Diss. Op. II S. 16, 103 ILR (1996), S. 615 ff.

⁸⁰ 103 ILR (1996), S. 611.

⁸¹ House of Lords, Regina v. Bartle/Evans and the commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, judgement 25. November 1998, VIII, 6, IX, 2 ff., 38 I.L.M. 68 (1999). Dieses erste Urteil des House of Lords gegen Pinochet wurde jedoch wegen Befangenheit eines Richters aufgehoben. Die am 23. April 1999 folgende zweite Entscheidung verwehrte Pinochet die Immunität für alle Fälle von Folterungen nach dem 8. Dezember 1988 mit sechs gegen eine Stimme. Für Mord haben ihm allerdings fünf der Richter Immunität zuerkannt. House of Lords, Regina v. Bartle/Evans etc. ex parte Pinochet (appeal from the Divisional Court of the Queen's Bench Division) v. 24. März 1999, 38 I.L.M.(1999) S. 581 ff., The Weekly Law Reports 1999, S. 827 ff. Vgl. K. Ambos, Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht, in JZ 1999, S. 16 ff., 22; S. Wirth, Staatenimmunität für internationales Verbrechen – das zweite Pinochet-Urteil des House of Lords, in Jura 2000, S. 70 ff.

schenrechtspakte, der Antifolterkonvention, der Haager und Genfer Konventionen widersprechen, wenn er hinter der Immunitätseinrede verschwinden müsste. In den Worten von Lord Browne-Wilkinson in der zweiten Entscheidung des House of Lords:⁸²

„Finally, and to my mind decisively, if the implementation of a torture regime is a public function giving rise to immunity *ratione materiae*, this produces bizarre results. Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. Such immunity is necessary in order to prevent state immunity being circumvented by prosecuting or suing the official who, for example, actually carried out the torture when a claim against the head of state would be precluded by the doctrine of immunity. If that applied to the present case, and if the implementation of the torture regime is to be treated as official business sufficient to found an immunity for the former head of state, it must also be official business to justify immunity for his inferiors who actually did the torturing. Under the (Torture) Convention international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would all be entitled to immunity. It would follow that there can be no case outside Chile in which a successful prosecution for torture can be brought unless the State of Chile is prepared to waive its right to its officials immunity. Therefore the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention – to provide a system under which there is no safe haven for torturers – will have been frustrated. In my judgement all these factors together demonstrate that the notion of continued immunity for ex-heads of state is inconsistent with the provisions of the Torture Convention.“

Richter Lord Saville begründete dasselbe Ergebnis mit einem ausdrücklichen Verzicht der Mitgliedstaaten auf Immunität, der in dem Beitritt zur Folterkonvention zu sehen sei. Die Richter Lord Phillips und Millet hingegen lösten den Widerspruch zwischen den Bestimmungen der Folterkonvention und dem Immunitätsprivileg unter Hinweis auf Art. 5 II und 7 I der Folterkonvention. Denn diese fordern ausdrücklich, dass Folterer entweder vor Gericht gestellt oder ausgeliefert werden müssen. Außerdem könne es für internationale Verbrechen niemals strafrechtliche Immunität geben.⁸³ In derartigen Fällen wird sogar die Ansicht vertreten, dass gar nicht erst ein Immunitätsanspruch entstehe.⁸⁴

⁸² House of Lords v. 24. März 1994 (Anm. 81), S. 594, 595. Nach dieser Entscheidung bestimmte Innenminister J. Straw am 15. April 1999, dass das Ausweisungsverfahren fortgeführt werden könne und Pinochet wurde erneut wegen weiterer Anklagepunkte verhaftet.

⁸³ House of Lords, Ex parte Pinochet (24. März 1999), The Weekly Law Reports 1999, S. 827 ff., Saville S. 903 ff., Millet S. 913 ff., Phillips S. 925 ff.

⁸⁴ So *Ambos* (Anm. 81) S. 22 f. unter Hinweis auf *G. Dahm*, Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staaten, Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 153 ff., 170, 183. *A. Orakhelashvili*, State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong, in *European Journal of International Law (EJIL)* 18, 2008, S. 955 ff. folgert eine Immunitätsausnahme bei Folter auch aus der Antifolterkonvention selbst. Vgl. auch *K. Hall*, The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad, in *EJIL* 18, 2008, S. 921 ff.

Zwar beziehen sich all diese unterschiedlichen Argumentationen auf die strafrechtliche Immunität. Ihr gemeinsamer Grundgedanke – der der Immunitätsverweigerung wegen Rechtsmissbrauchs – lässt sich jedoch auch auf die zivilrechtlichen Haftungsfolgen für solche Verbrechen anwenden. Dies gilt auch in Anbetracht von Unterschieden zwischen zivil- und strafrechtlichen Verfahren, etwa der Tatsache, dass zivilrechtliche Verfahren von Privaten eingeleitet und betrieben werden und damit potentiell erheblichere Eingriffe in den Staatenverkehr bewirken können.⁸⁵

Der Schutz der Menschenrechte hat in der jüngeren Entwicklung des Völkerrechts eine derart überragende Bedeutung erlangt, dass ein Staat, der sich durch Beitritt zu den zahlreichen Konventionen den Menschenrechten verschrieben hat, diese Verpflichtung nicht dadurch unterlaufen kann, dass er die Bestrafung der Täter von Menschenrechtsverletzungen oder die Entschädigung von Opfern durch Immunitätsregeln verhindert. Der Schutz der funktionalen Souveränität eines Staates und der politischen Beziehungen zu ihm sind nicht derart vordringliche Interessen, dass ihnen gegenüber die Interessen der Opfer und der Schutz der Menschenrechte zurückgestellt werden dürfen.⁸⁶

Der Fall *Princz* hatte trotz seines unbefriedigenden Ausgangs für den Kläger über die Entscheidung hinaus interessante Konsequenzen. Die Bundesrepublik sah sich gezwungen, mit den USA ein Abkommen abzuschließen, indem sie sich verpflichtete, 2,1 Mio. US \$ für die Entschädigung an US-Bürger zu zahlen, die bis dahin keine Entschädigung erhalten hatten.⁸⁷ Auch der US Congress zog Konsequenzen, indem er in einem Amendement zum FSIA eine neue Ausnahme von der Immunität für Unrechtshandlungen hinzufügte,

„in which money damages are sought against a foreign state for the personal injury or death of a United State citizen occurring in such foreign state and caused by the torture or extrajudicial killing of that citizen, or by any act of genocide committed against that citizen, by such foreign state or by any official or employee of such foreign state while acting within the scope of his or her office or employment.“⁸⁸

Schon hier zeigt sich, dass in der US-amerikanischen Rechtspraxis die klassische Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *iure imperii* zugunsten des Rechtsschutzes für den Einzelnen, der Opfer eines Verbre-

⁸⁵ Zur Untauglichkeit der Verfahrensart als Unterscheidungskriterium vgl. *L. McGregor*, Addressing the Relationship between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment, in: *W. Kaleck/M. Ratner/T. Singelstein/P. Weiss* (Hrsg.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, 2007, S. 69, 82 ff.

⁸⁶ Im Sinne einer solchen Abwägung auch *Ambos* (Anm. 81), S. 23; *Bröhmer* (Anm. 61), S. 196, 94 f.; *Wirth* (Anm. 84), S. 76.

⁸⁷ Abkommen v. 19. September 1995, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/1390, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 21. September 1995, S. 7.

⁸⁸ House of Representative 934, 103d Cong. 1st Sess. 1 (1994). Verabschiedet am 7. Oktober 1994, 140 Congressional Record D 1243 (1994).

chens geworden ist, aufgegeben worden ist und auch *acta iure imperii* nicht mehr vollen Immunitätsschutz erhalten. Die Einzelfälle sollten sich häufen, in denen vor allem auf Grund der Schwere der Unrechtstaten eine Verweigerung des Rechtswegs für das Opfer allein aus den überkommenen Souveränitätsansprüchen der Staaten nicht mehr vermittelt werden konnte. Die Bedeutung des Menschenrechtsschutzes, die durch zahlreiche neue internationale Übereinkommen unterstrichen wurde, verlangte immer neue Ausnahmen, die teils von der Legislative, teils von der Judikative aber auch von der Exekutive durch individuelle Entschädigungsregelungen eingeführt wurden und die alten Immunitätsgrenzen durchbrachen.

3. Verwirkung

Die Frage ist allerdings, ob die erwiesene schwere Verletzung von *ius cogens* die Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf Immunität vor dem Gericht trotz ausdrücklich erklärten gegenteiligen Willens rechtfertigt.⁸⁹ Näher läge eine Verwirkung wegen missbräuchlicher Berufung auf die Souveränität gegenüber derartigen Verbrechen.

Diese These vertritt in der Tat *Juliane Kokott*.⁹⁰ Das Rechtsinstitut der Verwirkung (*forfeiture*) ist aus dem völkerrechtlichen Vertragsrecht bekannt, obwohl der Begriff in dem einschlägigen Art. 60 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention nicht vorkommt:

„Eine erhebliche Verletzung eines zweiseitigen Vertrags durch eine Vertragspartei berechtigt die andere Vertragspartei, die Vertragsverletzung als Grund für die Beendigung des Vertrags oder für seine gänzliche oder teilweise Suspendierung geltend zu machen.“

Der Verlust vertraglicher Ansprüche wegen grober Vertragsverletzung wird auch in den nationalen Rechtsordnungen als Verwirkung geführt. Wenn es vielleicht auch nicht als völkervertragsrechtliches oder völkergewohnheitsrechtliches Institut gelten kann, so hat es doch den Charakter eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes gem. Art. 38 IGH-Statut, welches einen Rechtsverlust an ein durch andere Normen verbotenes Handeln anknüpft. So wurde der Verlust des Botschaftsstatus als Verwirkung der diplomatischen Immunität nach den Schüssen aus dem libyschen Volksbüro

⁸⁹ Kritisch z.B. *Bröhmer*, (Anm. 61), S. 80 ff., 190 ff.; *J. A. Levy*, *As between Princz and King: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as applied to ius cogens violators*, in *Georgetown Law Journal Association*, 1998, S. 2703 ff. Auch der U.S. Court of Appeals in der Sache *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* hat die Klage der Angehörigen der Opfer des Bombenanschlages auf den Panam-Flug 103 über Lockerbie abgewiesen, da es gegen den erklärten Willen der libyschen Regierung in dem schweren Verbrechen keinen stillschweigenden Verzicht gem. § 1605 (a) (1) FSIA erkennen könne. 886 F. Supp. (1995) 306; 101 F.3d (1996) 239; cert. denied 117 S. Ct. (1997) 1569.

⁹⁰ *J. Kokott*, *Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen*, in: *U. Beyerlin* u.a. (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für R. Bernhardt, u.a., 1995, S. 135 ff.

in London 1984 intensiv diskutiert.⁹¹ Ebenso sind die verwandten Institute des Rechtsmissbrauchs (abuse of rights⁹²), des widersprüchlichen Verhaltens (estoppel⁹³) und von Treu und Glauben (good faith⁹⁴) im Völkerrecht bekannt. Ohne auf die Abgrenzung zwischen den einzelnen Instituten näher einzugehen,⁹⁵ ist die Folge der Verwirkung nicht der Verlust eines Rechts, sondern seine Suspendierung und Blockierung für den Rechtsinhaber. Zudem ist die Verwirkung von ius cogens- oder erga omnes-Normen nicht möglich, da Verwirkung an das Verhalten des Rechtsinhabers anknüpft und grundsätzlich nur solche Rechte verwirkbar sind, über die der Staat auch verfügen kann.⁹⁶ Zu letzteren gehört jedoch, wie bereits ausgeführt, die Immunität nicht. Umgekehrt beschäftigt sich die Diskussion um die Verwirkung von Souveränitätsrechten auch nur mit schweren Verstößen gegen Völkerrecht wie internationalen Verbrechen und gravierenden Menschenrechtsverletzungen, die sämtlich Verletzungen zwingenden Völkerrechts (ius cogens) beinhalten. Daraus folgert z.B. *J. Kokott*:

„Verstöße gegen das ius cogens führen sogar zur Nichtigkeit völkerrechtlicher Verträge (vgl. Art. 53 WVK); umso weniger könne ein einseitig das ius cogens verletzender Staat diesbezüglich irgendwelcher Rechtspositionen geltend machen. Ius cogens-Verletzungen sind zudem internationale Verbrechen. Sie berechtigen jedenfalls den Heimatstaat des verletzten Individuums [...] zu Repressalien. Wenn sogar einschneidende Repressalien, d.h. an sich völkerrechtswidrige Reaktionen, zulässig sind, dann kommt erst recht eine Verklagung vor den Gerichten anderer Staaten als das gegenüber sonstigen Repressalien unter Umständen mildere Mittel in Betracht. [...] Der ius-cogens-Menschenrechte verletzende Staat kann sich demnach vor keinem ausländischen Gericht auf seine Immunität berufen. Der Gedanke der Verwirkung von Souveränitätsrechten führt hier zur Anwendung des Universalitätsprinzips.“⁹⁷

Erst jüngst hat der Oberste Kassationsgerichtshof Italiens sein schon erwähntes Urteil in Sachen *Luigi Ferrini v. Bundesrepublik Deutschland*⁹⁸ auf den gleichen Grundgedanken der Unvereinbarkeit schwerer Verbrechen mit dem Anspruch auf Immunität gestützt:

⁹¹ Vgl. *K. Doehring*, Zum Rechtsinstitut der Verwirkung im Völkerrecht, in: *K.-H. Böckstiegel/H.-E. Folz* u.a. (Hrsg.), *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht*, FS I. Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 51 ff.; *F. A. Mann*, „Inviolability“ and Other Problems of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, in: *K. Hailbronner/G. Ress/T. Stein* (Hrsg.), *Staat und Völkerrechtsordnung*, FS K. Doehring, 1989, S. 553 ff., 563 f.

⁹² *A. Kiss*, Abuse of Rights, in *EPIL*, 1 1992, S. 4 ff.

⁹³ *J. P. Müller/T. Cottier, Estoppel*, in *EPIL* 7 1984, 78 ff.

⁹⁴ *A. d'Amato*, Good Faith, in *EPIL* 7 1984, S. 107 ff.

⁹⁵ Vgl. *Kokott* (Anm. 90). S. 137 ff.

⁹⁶ Dazu gehört z.B. nicht das Gewaltverbot. Vgl. allerdings *Cb. Tomuschat*, Gewalt und Gewaltverbot als Bestimmungsfaktoren der Weltordnung, in *Europa-Archiv* (EA), 36 1981, S. 325 ff, 332.

⁹⁷ *J. Kokott* (Anm. 90), S. 148 f.

⁹⁸ Anm. 26.

„Die Anerkennung der jurisdiktionellen Immunität der Staaten, die sich solcher Untaten [Kriegsverbrechen, N.P.] schuldig gemacht haben, steht in krassem Gegensatz zu den eben angeführten normativen Gegebenheiten, zumal eine solche Anerkennung die Wahrung jener Werte verhindert, deren Schutz nach dem Maßstab dieser Normen und Prinzipien, welche für die gesamte internationale Gemeinschaft von essentieller Bedeutung sind, so dass in besonders gravierenden Fällen verpflichtende Formen von Gegenmaßnahmen gerechtfertigt sein müssen. Es besteht kein Zweifel daran, dass der bestehende Gegensatz zu Gunsten der Normen mit höherem Rang gelöst werden muss, wie dies auch in den abweichenden Meinungen einer Minderheit der Richter (acht gegen neun) zum Ausdruck gebracht wurde, die dem Al-Adsani-Urteil beigefügt sind: Dies schließt unter den gegebenen Voraussetzungen aus, dass ein Staat sich auf die Immunitätsrechte ausländischer Staaten berufen darf. [...] Die Beachtung der unantastbaren Rechte des Menschen hat richtigerweise inzwischen die Bedeutung des Prinzips einer internationalen Grundordnung erlangt.“⁹⁹

Diese Argumentation findet ferner in der US-amerikanischen Diskussion über den Umgang mit schweren Menschenrechtsverletzungen breite Aufmerksamkeit mit der Folge einer weiteren Relativierung des Immunitätsprivilegs. So bezieht sich z.B. *M. Reimann* in der Auseinandersetzung mit der Princz-Entscheidung auf die Völkerrechtshierarchie, um den Widerspruch zwischen schweren Menschenrechtsverletzungen durch einen Staat und Immunitätseinrede gegen das klagende Opfer zu lösen. Die Gewährung von Immunität würde die vollständige Verweigerung des Rechtsweges für das Individuum bedeuten, welches bei schweren Menschenrechtsverletzungen nicht durch das Völkerrecht gedeckt wäre. Der Kern der Menschenrechte sei Teil des *ius cogens* im Völkerrecht, während die Immunität kaum noch ein Teil des einfachen Völkergewohnheitsrechtes sei. Bei einem Konflikt zwischen beiden Rechten müssten die Menschenrechte die Immunitätseinrede „ausstechen“.¹⁰⁰

*G.M. Ziman*¹⁰¹ unterstützt die Position, die Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen weiter einzuschränken. Insbesondere sieht er in der heterogenen und sehr widerspruchsvollen Rechtsprechung¹⁰² zu

⁹⁹ Oberster Kassationsgerichtshof (Anm. 26), Übersetzung v. 30. Mai 2004, Punkt 9.1, 9.2.

¹⁰⁰ *M. Reimann* (Anm. 73), S. 407, 419 ff.

¹⁰¹ *G. M. Ziman*, Holding Foreign Governments accountable for their Human Rights Abuses: A Proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, March 1999, 185 ff.

¹⁰² So lehnte z.B. der Second Circuit in *Filartiga v. Pena-Irala* die Immunität eines Polizisten in Paraguay gegenüber der Klage von Angehörigen eines Folteropfers unter Berufung auf den Alien Tort Claims Act ab, 630 F.2d 876 (2d. Cir. 1980). Allerdings verwarf der US Court of Appeal des DC Circuit in seiner Entscheidung im Fall *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* die *Filartiga*-Interpretation des ATCA. Der 9th Circuit wiederum lehnte die Immunität der philippinischen Regierung gegenüber der Klage der Angehörigen eines Folteropfers mit der Begründung ab, „that the FSIA covers a foreign official acting in an official capacity, but that official is not entitled to immunity for acts which are not committed in an official capacity“, *Trajano v. Marcos*, 978 F.2d 493, 497 (9th Cir. 1992). Drei Jahre vorher allerdings hatte der Supreme Court im Fall *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp.*, in dem es um den Angriff auf ein Schiff im Falkland-Krieg ging, die Klage wegen Menschenrechtsverletzung an der Immunität scheitern lassen, da diese Ausnahme nicht im

dieser Frage einen untragbaren Zustand. Er müsse durch den Kongress behoben werden, da die derzeit neun Ausnahmen des § 1605 FSIA keine überzeugende Handhabe für eine allgemeine Menschenrechtsausnahme biete. Sein Ansatz ist streng positivistisch auf ein weiteres Amendment zum § 1605 gerichtet, aber auch vor allem aus den eigenen Prinzipien der Immunitätsregelung ableitbar:

„As discussed above, the basic principles underlying sovereign immunity are international comity and reciprocity. Analogous to the doctrine of „unclean hands“ in courts of equity, a country could hardly claim the defense of comity when being haled into court for the mass murder of thousands of people. The responsible world community wholeheartedly condemns such abuses; there would be no question among reasonable people as to legitimacy of an amendment covering such abuses. With a new amendment covering human rights abuses the FSIA’s underlying principle of comity would still be intact. The only parties that would complain would be the offending governments themselves.“¹⁰³

Zudem verweist er auf das erst 1996 erlassene Anti-Terrorismus Amendment, welches dem Katalog der Ausnahmen in § 1605 (a) (7) einen weiteren Tatbestand hinzugefügt hat.¹⁰⁴ Ebenso dringlich sei eine Menschenrechts-Ausnahme, für die er weitgehende positive Wirkungen voraussagt:

„The passage of a new exception to the Foreign Sovereign Immunities Act that would cover human rights abuses by foreign nations would be welcomed by many. No longer would sovereign immunity be matter-of-factly invoked to shield abusive regimes from having to account for their human rights abuses. No longer would existing laws have to be contorted and assembled in odd combinations in the hope of abstaining theoretical jurisdiction over those regimes. No longer would sympathetic courts have to engage in manipulation, sleight of hand, and judicial fictions to fit such abuses into our existing legal framework.

A new human rights exception would make a more sensible and direct route available to litigants and the courts. The entire jurisprudence in this area – currently spread between the Alien Tort Claims Act, the State Action Doctrine, the Torture Victims Protection Act, and the Foreign Sovereign Immunities Act – would become more unified and consistent.“¹⁰⁵

Entschieden weiter geht *J.A. Levy*,¹⁰⁶ der in dem Immunitätsprivileg für Staaten, die *ius cogens* verletzt haben, einen Verstoß gegen die U.S.-Verfassung sieht:

„I argue that certain *ius cogens* norms (but not ordinary customary international law) are subsumed within the Constitution. To the extent the FSIA does not provide a statutory exception for claims arising from these *ius cogens* violations, it is unconstitutional.“¹⁰⁷

Katalog des § 1605 FSIA vorgesehen sei, 488 U.S. 428 (1989). Bereits 1987 hatte der 9th Circuit in dem Fall *Siderman de Blake v. Republic of Argentine*, in dem es um Entführung, Folter und Raub ging, die offensichtliche Verletzung von *ius cogens* nicht als ausreichend angesehen, den Immunitätsschutz Argentiniens zu durchbrechen, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1987).

¹⁰³ *G. M. Ziman* (Anm. 101), S. 207

¹⁰⁴ Vgl. dazu ausführlicher u. S. 51 ff.

¹⁰⁵ *G. M. Ziman* (Anm. 101), S. 212.

¹⁰⁶ *J. A. Levy*, *As between Princz and King: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as applied to Jus Cogens Violators*, in *Georgetown Law Journal* July 1998, 2703 ff.

¹⁰⁷ *Id.*, S. 2704.

Levy argumentiert unter Rückgriff auf die historische Verfassungsdiskussion, dass die Verfassungsväter mit dem neunten Amendment die fundamentalen zwingenden Menschenrechtsnormen integrieren wollten:

„Consistent with the positivist approach to American law, I argue that the entire corpus of *jus cogens humanum* norms is incorporated into the constitution through the Ninth Amendment. The text of the Ninth Amendment states: ‚The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.‘ Consistent with the amendment’s plain meaning and the Framers’ original intent, the evolving international law of *jus cogens humanum* can and should inform our interpretation of the Ninth Amendment. The Framers expected that *jus cogens humanum* norms would be guaranteed under the Ninth Amendment of the Constitution.“¹⁰⁸

Und zur Bestätigung zitiert er Justice Goldberg vom Supreme Court:

„The language and history of the Ninth Amendment reveal that the Framers of the Constitution believed that there are additional fundamental rights, protected from government infringement, which exist alongside those fundamental rights specifically mentioned in the first eight amendments.“¹⁰⁹

Wenn man akzeptiere, so seine Schlussfolgerung,

„that the Framers intended the Ninth Amendment to incorporate the ‚global bill of rights‘ which I term *jus cogens humanum*, we are lead to conclude that the violation of such constitutional rights implies a constitutional remedy in the form of a damages lawsuit against foreign sovereign violator in federal court. There is widespread acceptance of the general proposition that for every violation of vested right, there exists a legal remedy.“¹¹⁰

Daraus ergebe sich schließlich nur die Alternative im Rahmen des FSIA, dass entweder der stillschweigende Verzicht in § 1605 (a) (1) weiter ausgelegt werden müsse, um auch Klagen wegen Verletzung zwingender Menschenrechte trotz Immunitätseinrede zuzulassen, oder dass der FSIA um eine solche weitere Ausnahme ergänzt werden müsse.¹¹¹ Gegenüber der „verfassungskonformen Auslegung“ der ersten Alternative plädiert Levy für ein Amendment des FSIA. Dies habe den Vorteil der Klarheit und Unzweideutigkeit für die Gerichte für sich und könne sogar, wie es *A.C. Belsky* u.a.¹¹² hervorgehoben haben, „spur the development of international forums with effective authority to resolve individual claims.“ Vor kanadischen Gerichten hätte Hugo Princz zweifellos erfolgreich klagen können, da der Canadian State Immunity Act (CSIA) von 1982 in § 6 ganz allgemein vorsieht, dass

¹⁰⁸ Id., S. 2724 f.

¹⁰⁹ *Griswold v. Connecticut* 381 U. S. 479 (1965) 488. Diese Position wurde von Chief Justice Warren und Justice Brennan geteilt.

¹¹⁰ *Levy* (Anm. 106), S. 2728.

¹¹¹ Id., S. 2729 ff.

¹¹² *Belsky et al.* (Anm. 70), S. 404.

„a foreign state is not immune from jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (a) any death or personal injury [...] that must occur in Canada.“¹¹³

Dies stimmt mit der Einschätzung *J. Bröhmers* überein:

„The CSIA is in line with all modern national statutes in abolishing the *acta jure imperii-acta jure gestionis* distinction in regard to tortious conduct. The language clearly covers transboundary torts if the damage occurs in Canada. [...] [T]he language of sec. 6 would not preclude an individual who was subjected to torture outside Canada, has now found refuge in Canada and still suffers from the effects of the torture from bringing claims against the responsible state in Canada.“¹¹⁴

Als letzte Stimme derer, die für eine weitere Einschränkung des Immunitätsprivilegs plädieren, sei *N. Roht-Arriaza* zitiert. Sie nimmt die mit dem Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA) von 1996 in § 1605 (a) (7) eingefügte Terrorismus-Ausnahme zum Anlass, eine generelle Immunitätsausnahme bei Verletzungen von *jus cogens* zu normieren, anstatt immer weitere konkrete Ausnahmen zu formulieren:

„Rather than continue to carve out narrowly-tailored exceptions which as body lack coherence, Congress should simply acknowledge that the common denominator of the violations is that they are so serious and universally condemned that their transgression necessarily implies a foregoing of immunity whether or not the state is considered at the time to be a sponsor of terrorism. It should in short, codify an implied waiver for violations of *jus cogens* norms.“¹¹⁵

Diese zahlreichen Stimmen bestätigen das Resümee, welches schon nach der Diskussion des „stillschweigenden Verzichts“ (implied waiver) gezogen wurde:¹¹⁶ Zwar kann ein allgemeiner stillschweigender Immunitätsverzicht oder eine Verwirkung bei schweren Menschenrechtsverletzungen heute gewohnheitsrechtlich noch nicht nachgewiesen werden. Es gibt jedoch immer dringlicher werdende Forderungen, im Bereich der Menschenrechtsverletzungen die Ausnahmen von der *jure imperii*-Immunität auszudehnen. Etliche Gerichte sind bereits zu einer derartigen Praxis übergegangen. Das hat zur Folge, dass aber auch nicht mehr von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung uneingeschränkter Immunität für Tätigkeiten *iure imperii* ausgegangen werden kann. Die Immunitätsregelung entlang der Grenze zwischen Tätigkeiten *iure imperii* und *iure gestionis* ist weitgehend hinfällig. Denn, wie *J. Hatfield-Lyon* sagt,

¹¹³ *Levy* (Anm. 106), S. 2733. § 6 CSIA verlangt nur, dass der Schaden in Kanada eingetreten ist, nicht aber das den Schaden auslösende Ereignis.

¹¹⁴ *Bröhmer* (Anm. 61), S. 99.

¹¹⁵ *N. Roht-Arriaza*, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Human Rights Violations: One Step Forward, Two Steps Back?* in *Berkeley Journal of International Law* 1998, S. 71 ff., 84.

¹¹⁶ Vgl. o. S. 53.

„there is no logical explanation why engaging in commercial activity, which is perfectly lawful behavior, should disentitle a state to sovereign immunity, whereas engaging in the most egregiously shocking violations of inalienable human rights, certainly not lawful under the law of nations, should entitle a state to sovereign immunity.“¹¹⁷

Soweit eine solche Verwirkung auf den *ius cogens*-Charakter der verletzen Normen gestützt wird, haben allerdings in letzter Zeit eine Reihe von Autoren mit verschiedenen Begründungen argumentiert, dass ein solcher Ansatz von strukturell falschen Annahmen ausgehe. In Wirklichkeit liege nämlich gar keine Kollision zwischen der verletzen *ius cogens*-Norm und der Staatenimmunität vor, da erstere eine Frage des materiellen Rechts, letztere dagegen nur die prozessuale Durchsetzbarkeit betreffen.¹¹⁸ Hierzu ist zu sagen, dass eine Befassung mit *jus cogens*-Normen, die deren besonderen Status im völkerrechtlichen Normengefüge ernst nimmt, den Schluss durchaus nahe legt, dass solche Normen auch einen prozessualen Inhalt haben, eine Normenkollision also durchaus vorliegt.¹¹⁹

Schließlich ist auch die Tatsache, dass die UN-Konvention zur Staatenimmunität¹²⁰ *jus cogens* mit keinem Wort erwähnt,¹²¹ kein Gegenargument gegen die darauf gestützte Einschränkung von Staatenimmunität. Denn die Frage nach den Wirkungen von *jus cogens*-Verstößen für die Staatenimmunität war bei den Vorarbeiten zur Konvention gar nicht behandelt worden.¹²²

¹¹⁷ J. Hatfield-Lyon, Nelson v. Saudi-Arabia: An Opportunity for Judicial Enforcement of International Human Rights Standards, in American Society of International Law Proc. 86, 1992, S. 331 ff., 335.

¹¹⁸ So etwa H. Fox, The Law of State Immunity, 2. Aufl., 2008, S. 150 ff.; A. Gattini, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, Journal of International Criminal Justice 2005, 235 ff.; E. de Wet, The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law, in EJIL 15, 2004, S. 97 ff.

¹¹⁹ Dies lässt sich auf verschiedenerelei Art und Weise begründen – vgl. Bartsch/Elberling (Anm. 21), S. 486 ff.; Orakbelashvili (Anm. 84), S. 963 ff.; L. McGregor, Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, in European Journal of International Law 18, 2007, S. 903, 906 ff. Vgl. zum Ganzen auch McGregor (Anm. 85); X. Yang, *Jus Cogens* and State Immunity, in New Zealand Yearbook of International Law 3, 2006, S. 131 ff.

¹²⁰ (Anm. 54).

¹²¹ Hierauf beruft sich etwa Ed Bates, State Immunity for Torture, in HRLR 7, 2007, S. 651 ff. Ähnlich H. Fox, In Defence of State Immunity: Why the UN Convention of State Immunity is Important, in ICLQ 55 (2006), S. 399 ff.

¹²² S. McGregor (Anm. 119), S. 904 und 919. Dieselbe Autorin äußert allerdings Bedenken, dass die Konvention die Entwicklungen, bei *ius cogens*-Verletzungen die Staatenimmunität immer weiter einzuschränken, abbrechen könnte: L. McGregor, State Immunity and *Jus Cogens*, in ICLQ 55 (2006), S. 437 ff. Aus ähnlich Erwägungen heraus tritt C.K. Hall, UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol, in ICLQ 55 (2006), S. 411 ff., de lege ferenda für ein Zusatzprotokoll zur Konvention ein, das eine solche Wirkung der Konvention ausschließen soll.

Allerdings ist festzustellen, dass in den letzten Jahren neben dem deutschen Bundesgerichtshof auch das britische House of Lords¹²³ und der Supreme Court von Ontario¹²⁴ Entscheidungen getroffen haben, die dem hier festgestellten Trend, Staatenimmunität bei ius cogens-Verstößen zu versagen, entgegenstehen. Inwieweit diese Entscheidungen, die in der Rechtswissenschaft durchaus kritisch aufgenommen wurden,¹²⁵ die Entwicklungen der nächsten Zeit bestimmen werden, bleibt abzuwarten.

4. Deliktsklauseln der nationalen Immunitätsgesetzgebung

Eine der für die Distomo-Klage wichtigen Ausnahmen, die infolge einer langwierigen gerichtlichen und politischen Auseinandersetzung gesetzlich eingeführt wurde und die Immunität für *acta iure imperii* weiter einschränkt, ist die Deliktsklausel, die beispielhaft in § 1605 (a) (5) FSIA formuliert wird:

„A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case

(5) [...] in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to

- (A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
- (B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit or interference with contract rights.“

Diese Ausnahme spielte bei der Entscheidung des Columbia District Courts in der Klage *Letelier v. Republic of Chile* eine bedeutsame Rolle.¹²⁶ Im Jahre 1976 war der ehemalige chilenische Außenminister Orlando Letelier und sein US-amerikanischer Assistent Ronni Moffit durch eine Autobombe in Washington getötet worden. Intensive Nachforschungen ergaben, dass der Mord entweder vom Chef des chilenischen Geheimdienstes General Manuel Contreras oder vom Chef der Militärjunta General Augusto Pinochet selbst in Auftrag gegeben worden war. Die Angehö-

¹²³ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (Kingdom of Saudi Arabia) and others*, [2006] UKHL 26 UKHL 26. Zust. *Bates* (Anm. 121).

¹²⁴ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Ont. C.A., 2004 CanLII 871. Zust. Anm. *G. van Ert*, in: *Canadian Yearbook of International Law* 2004, S. 607 ff.

¹²⁵ Zur Entscheidung des House of Lords vgl. *Orakhelashvili* (Anm. 84) sowie die Entscheidungsanmerkung von *E. Steinerte/R. M.M. Wallace*, in *American Journal of International Law* 100, 2006, S. 901 ff.; zur kanadischen Entscheidung siehe *N.B. Novogrodsky*, *Immunity for Torture: Lessons from Bouzari v. Iran*, in *EJIL* 18 (2008), S. 939, 948 ff.

McGregor (Anm. 85), S. 78–82 sieht solche Entscheidungen als einen Ausfluss des dualistischen Völkerrechtsverständnisses dieser Staaten an, die den Gerichten den Blick auf das völkerrechtlich Gebotene verstellt.

¹²⁶ *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F.Supp. 665 (D.D.C. 1980); 63 ILR (1982), 378.

rigen der beiden Opfer erhoben deshalb 1978 Klage gegen Chile, seine Geheimpolizei und die an dem Anschlag vermutlich Beteiligten vor dem U.S. District Court des District of Columbia. Chile verweigerte die Teilnahme an dem Prozess mit der Einrede, dass ein politisches Attentat – welches es natürlich bestritt, begangen zu haben – auf jeden Fall ein hoheitlicher Akt sei, der selbst nach der restriktiven Immunitätstheorie unter staatliche Immunität fielen. Der District Court verwarf diese Einrede und erließ ein Versäumnisurteil, in dem es sich auf die Ausnahme des § 1605 (a) (5) FSIA stützte.

Chile hatte in einer diplomatischen Note auf die Berichte der Judiciary Committees beider Häuser verwiesen, in denen diese als besonderes Ziel der Vorschrift herausgestellt hatten, die Entschädigungsprobleme bei Verkehrsunfällen zu regeln:

„The purpose of section 1605 (a) (5) is to permit the victim of a traffic accident or other non-commercial tort to maintain an action against a foreign state to the extent otherwise provided by law.“¹²⁷

Daraus folgte die chilenische Regierung, dass es die Absicht des Kongresses gewesen sei, nur private Unrechtstaten wie Autounfälle u.ä. von der an sich zu gewährenden Immunität auszunehmen. Das Gericht jedoch folgte dieser Ansicht auf Grund einer genauen Analyse des Wortlauts nicht und beschied unzweideutig:

„Although the unambiguous language of the act makes inquiry almost unnecessary, further examination reveals nothing in its legislative history that contradicts or qualifies its plain meaning. The relative frequency of automobile accidents and their potentially grave financial impact may have placed that problem foremost in the minds of Congress, but the applicability of the Act was not so limited, for the committees made it quite clear that the Act ‚is cast in general terms as applying to all tort actions for money damages‘ so as to provide recompense for ‚the victim of a traffic accident or other non-commercial tort‘. Further, any notion that the Congress wished the courts to go outside the scheme promulgated by legislative action to determine the extent to which the defense of foreign immunity could be invoked is foreclosed by the committee reports that not only state that ‚this bill ... sets forth the sole and exclusive standard to be used in resolving questions of sovereign immunity raised by foreign states before Federal and State courts in the United States, but also provide that the burden of proof shall be upon the foreign state to present evidence‘ that the plaintiff’s claim relates to a public act of the foreign state—that is, an act not within the exceptions in section 1605–1607.“¹²⁸ [...] Thus, it is apparent that the terms of section 1605 (a) (5) set the sole standard under which any claim of sovereign immunity must be examined.“¹²⁸

¹²⁷ 19 International Legal Materials (I.L.M.) 409 (1980), S. 422. Vgl. auch *S. Sucharitkul* (Anm. 62), S. 337.

¹²⁸ 19 I.L.M. 409, 423, 424. Auch bei der Klage der Angehörigen des ermordeten chinesischen Dissidenten Liu gegen die Volksrepublik China ließ das U.S. District Gericht die Einrede der Immunität unter Anwendung der Ausnahme gem. § 1605 (a) (5) nicht zu, 892 F. 2d (9th Cir. 1989) 1419, cert. denied 113 A.Ct (1990) 27.

Das Gericht zitiert zudem einen Satz der Judiciary Committees, der seine Ansicht voll unterstützt:

„Section 1605 (a) (5) is directed primarily at the problem of traffic accidents but is cast in general terms as applying to all tort actions for money damages.“¹²⁹

Da das Gericht in dieser Immunitätsausnahme keine Unterscheidung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Unrechtstaten und auch keine Gegen Ausnahme für politische Attentate im Ausland sah, verurteilte es die Republik Chile und sprach den Klägern in einer weiteren Entscheidung¹³⁰ eine Entschädigung von 5 Mio. US \$ zu.

Auch in dem Fall *Liu v. Peoples Republic of China*,¹³¹ in dem es um die Ermordung des taiwanesischen Dissidenten Henry Liu auf amerikanischem Boden durch Agenten Chinas ging, hat das Berufungsgerichts des 9. Bezirks der USA seine Zuständigkeit bejaht. In diesem Fall akzeptierte es eine Ausnahme von der Immunität für *acta iure imperii* gem. § 1605 (a) (5), unter die es auch die Ermordung durch Geheimdienstagenten fasste.

In der folgenden Untersuchung geht es zunächst (a) um den Umfang und die Struktur der Deliktsklauseln, sodann (b) um ihre Anwendbarkeit auf Kriegsverbrechen und (c) den Unterschied zwischen Kriegszerstörungen und Kriegsverbrechen sowie (d) um die Frage, welche Rechtsordnung angewandt werden kann und schließlich (e) um das Problem der Rückwirkung.

a) Umfang und Struktur der Deliktsklauseln

Dennoch wird gegen diese Klausel eingewandt, dass ihre Anwendung in der aktuellen Praxis noch zu unklar sei und dass sie keineswegs weltweit anerkannt sei.¹³² Dieser Ansicht widersprechen allerdings zahlreiche nationale und internationale Deliktsklauseln, deren Anwendung im konkreten Einzelfall zwar schwierig sein mag, deren Wortlaut und Intention aber durchaus klar und deutlich ist. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität von 1972, auf das sich vor allem der Areopag in seiner Entscheidung bezogen hat, und dessen Art. 11 lautet:

„A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.“¹³³

¹²⁹ 19 I.L.M., 409, 422.

¹³⁰ *Letelier v. Republic of Chile*, 502 F. Supp. 259 (D.D.C. 1980).

¹³¹ *Liu v. Peoples Republic of China*, 642 F.Supp. 297 (N. D. Cal. 1986).

¹³² So z.B. S. *Sucharitkul* (Anm. 62), S. 337.

¹³³ Amtliche Übersetzung in BGBl 1990 II, 35: „Ein Vertragsstaat kann vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaats Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen,

Er formuliert die weitestgehende Auflösung des Immunitätsprinzips, indem er auf die traditionelle Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* ganz verzichtet und diese durch ein Territorialprinzip ersetzt. Geschah das schädigende Ereignis auf dem Territorium des Forumstaates und befand sich der Schädiger zu der Zeit auf dem Territorium, so ist eine Immunitätseinrede ausgeschlossen. Selbst wenn man berücksichtigt, dass das Europäische Immunitätsabkommen erst von acht Staaten ratifiziert worden ist,¹³⁴ kann man doch davon ausgehen, dass mit der Aufnahme einer Deliktsklausel in die Gesetze der größten westlichen Länder ein starker Einfluss auf den völkergewohnheitsrechtlichen Status einer derartigen Immunitätsausnahme ausgeübt wird.

Der kanadische Text¹³⁵ orientiert sich ebenso wie § 7 des Singapore State Immunity Act von 1979, § 6 des South African Foreign States Immunities Act 87 von 1981 und § 13 des australischen Foreign States Immunities Act von 1985 an dem britischen Sovereign Immunity Act (SIA) von 1978, der in § 5 bestimmt:

„A State is not immune as respects proceedings in respect of
 (a) death or personal injury; or
 (b) damage or loss of tangible property
 caused by an act or omission in the United Kingdom.“

Dieser Trend wird durch verschiedene Entwürfe für internationale Abkommen unterstrichen, die ebenfalls Ausnahmebestimmungen für deliktisches Unrecht enthalten.

So hat die ILA in ihrem 1994 überarbeiteten Montrealer Entwurf von 1981 in Art. III F die Berufung auf Immunität für Handlungen ausgeschlossen:

„Where the cause of action relates to:
 1. Death or personal injury; or
 2. Damage to or loss of property,
 and the act or omission which caused the death, injury or damage either occurred wholly or partly in the forum State or if that act or omission had a direct effect in the forum state.“

wenn das Verfahren den Ersatz eines Personen- und Sachschadens betrifft, das schädigende Ereignis im Gerichtsstaat eingetreten ist und der Schädiger sich bei Eintritt des Ereignisses in diesem Staat aufgehalten hat.“

¹³⁴ Vgl. o. Anm. 24. Die Konvention ist am 11. Juni 1976 nach der Ratifizierung durch Belgien, Österreich und Zypern in Kraft getreten. Danach ist das Abkommen noch von der Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien, Luxemburg, den Niederlanden und der Schweiz ratifiziert worden.

¹³⁵ Vgl. o. Anm. 51. Lediglich das Immunitätsgesetz von Pakistan hat keine Deliktsklausel. Ob das Immunitätsgesetz von Argentinien eine Deliktsklausel enthält, ist eine Frage der Interpretation. Art. 3 bestimmt jedoch eine Ausnahme für „delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio“, wobei offen bleibt, ob darunter auch Delikte fallen, die zwar im Ausland begangen worden sind, deren Schaden aber im Inland eingetreten ist. Vgl. *J. Bröhmer* (Anm. 59), S. 101.

Auch das Institut de Droit International hat seinen Baseler Entwurf von 1991¹³⁶ mit einer Deliktisklausel in Art. II (e) versehen:

„The organs of the foreign State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State.“

Das Inter-American Judicial Committee der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) hat 1983 einen Konventionentwurf zur Immunitätsregelung vorgelegt, der in Art. 6 (e) ebenfalls eine Deliktisklausel enthält. Nach ihr erhält ein Staat keine Immunität

„in proceedings for losses and damages on tort liabilities arising from the activities mentioned in art. 5, paragraph one.“

Der Hinweis auf Artikel 5 bezieht sich auf wirtschaftliche Tätigkeiten. Forderungen können sich also nur aus Delikten in Zusammenhang mit „ordinary trade operations“ (Art. 5) ergeben.

Schließlich enthält die 2004 durch die UN-Generalversammlung verabschiedete Immunitätskonvention in Art. 12 eine solche Regelung:

„Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.“

Die Gesamtheit der nationalen und internationalen Gesetze wie Gesetzentwürfe ist so eindeutig und überzeugend, dass man die Einschätzung der völkerrechtlichen Situation durch § 454 US-amerikanischen Restatement ohne Einschränkung übernehmen kann:

„Under international law, a state is not immune from the jurisdiction of the courts of another state with respect to claims in tort for injury to persons or property in the state of the forum.“

Das bedeutet, dass auch die allmählich völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Deliktisklausel die iure-imperii-Immunität weiter einschränkt und damit die traditionelle Grenzziehung für die Immunität zwischen *acta iure gestionis* und *iure imperii* definitiv aufhebt. Das Urteil des Areopag, welches sich in der Immunitätsfrage im wesentlichen auf die gewohnheitsrechtliche Geltung der Deliktisklausel stützt, die in dem Europäischen Immunitätsabkommen, den zahlreichen nationalen Gesetzen und den internationalen Gesetzesentwürfen nur zum Ausdruck kommt, ist insofern überzeugend und rechtsfehlerfrei. Die Tatsache, dass eine Minderheit von fünf Mitgliedern des Gerichts dieser Ansicht nicht folgen mochte und es

¹³⁶ Vgl. o. Anm. 57.

immer wieder Stimmen gibt, die auf der strikten Staatenimmunität für jegliche hoheitliche Staatstätigkeit bestehen, ändert daran nichts. Denn sie bewegt sich gegen die allgemeine Tendenz der weiteren Immunitätseinschränkung.

b) Deliktsklausel nicht auf Kriegsverbrechen anwendbar?

Ob dieses Ergebnis allerdings auch auf Fälle wie die Verbrechen von Dismoto angewandt werden kann, mag auf Grund der Kommentare zu den einzelnen Gesetzen und Entwürfen zweifelhaft sein. Denn die offiziellen Kommentierungen des Europarats, der Judiciary Committees des US-Kongresses oder des ILC beziehen sich im Wesentlichen auf Verkehrsunfälle mit Auto, Bahn oder auf Wasserstraßen, die gemeinhin durch Versicherungen abgedeckt werden. Die Einschränkung der Immunität hat in diesen Fällen die Reduzierung des Versicherungsrisikos im Auge. Allerdings wird in allen diesen Texten dies nur als die Hauptstoßrichtung („primarily“, „essentially“, „confined principally to insurable risks“) oder wie beim „Explanatory Report“ des Europarats als ein Beispiel möglicher Anwendung aufgeführt. Nirgends wird dies als ausschließlicher Anwendungsfall der Deliktsklausel behauptet. So hat die ILC in ihrer Kommentierung zu Art. 12 des Entwurfs, der in der UN-Konvention umgesetzt wurde, festgestellt:

„In addition, the scope of article 12 is wide enough to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination.“¹³⁷

Und der Autor des Baseler Entwurfes des Institut de Droit International, I. Brownlie, hat unter Hinweis auf den Letelier-Fall klar gemacht, dass die Deliktsausnahme von der Immunität auch für vorsätzlich begangenes Unrecht gilt,

„that the conception of the visiting State takes the normal risks generated by its activities applies with no less force when the conduct concerned is *ultra vires* and abusive, as in the case of an assassination.“¹³⁸

Die Kommentierung der Judiciary Committees zu § 1605 (a) (5) vermag diese indes nicht zu stützen. Denn dort heißt es:

„Section 1605 (a) (5) its directed primarily at the problem of traffic accidents but is cast in general terms as applying to all tort actions for money damages. [...] The purpose of section 1605 (a) (5) is to permit the victim of a traffic accident or other non-commercial tort to maintain an action against a foreign state to the extent otherwise provided by law.“¹³⁹

¹³⁷ Yearbook ILC 1991, Vol. II, Part Two, S. 45.

¹³⁸ I. Brownlie, *Comporary Problems Concerning the Jurisdictional Immunities of States – Definitive Report and Draft Set of Resolutions*. In: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 62–I, 1987, S. 81.

¹³⁹ *Letelier v. Republic of Chile* (Anm. 130).

Wie bereits weiter oben¹⁴⁰ ausgeführt, hatte die Republik Chile diese Passagen zur Begründung ihrer Immunitätseinrede zitiert. Aber das Gericht hatte allein mit dem Hinweis auf die genaue Lektüre des Wortlauts („applying to all tort actions“, „or other non-commercial tort“) die Ansicht als abwegig verworfen, die Deliktsklausel beziehe sich nur auf Verkehrsunfälle und ähnliche Formen privaten Unrechts.¹⁴¹

Es ist in der Tat auch nicht einsehbar, dass bei einem fahrlässigen Auto-unfall eines Staatsbediensteten die Berufung auf die Immunität nicht möglich sein kann, wohl aber dann, wenn der Bedienstete das Auto für ein Attentat benutzt. Die Tatsache, dass die Kommentierungen vornehmlich auf Verkehrsunfälle zurückgreifen, ist der nicht unrealistischen Annahme geschuldet, dass vorsätzliche Vergehen und Verbrechen von Staatsbediensteten, wenn überhaupt, zu den seltensten Ausnahmen staatlichen Handelns gehören. Wenn sie jedoch, wie im Falle geheimdienstlicher oder polizeilicher Tätigkeiten (Attentate, Folter), geschehen, dann soll sich auch der Staat nicht vor seiner Verantwortung durch die Immunitätseinrede schützen können. Das Schutzbedürfnis der Bürger ist bei Verkehrsunfällen nicht größer als bei Attentaten oder Folter.

Schließlich ist die Anwendung der Deliktsklausel auch nicht durch Art. 31 des Europäischen Immunitätsabkommen ausgeschlossen wird, in dem es heißt:

„Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.“

Auch hier sollte allerdings bereits der Wortlaut hinlänglich deutlich machen, dass es sich nicht um Fälle der kriegerischen Besetzung von Feindesland handelt, sondern um die Stationierung bewaffneter Truppen in einem anderen Mitgliedsstaat des Übereinkommens. Es geht hier um die Wiederherstellung des Immunitätsprivilegs für Handlungen befreundeter Truppen, die im Rahmen bi- oder multilateraler Verträge (z.B. NATO oder EU) in einem Nachbarland stationiert sind. Man kann hierin auch die Erweiterung diplomatischer Immunität auf das Militär sehen. Schon der Wortlaut („on the territory of another Contracting State“) lässt keinen Zweifel daran, dass es sich hier um Immunität zwischen Staaten im Vertrags- also Friedenszustand handelt und nicht um Staaten im Kriegszustand mit militärischen Auseinandersetzungen.

Das wird besonders deutlich an der gleichen Immunitätsregelung für Streitkräfte in § 16 (2) des britischen SIA von 1978:

¹⁴⁰ Vgl. o. S. 64.

¹⁴¹ Letelier v. Republic of Chile (Anm. 130).

„This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.“

Truppen eines anderen Staates, die sich im Vereinigten Königreich aufhalten, können nur befreundete Truppen in Friedenszeiten sein, die sich mit der Zustimmung der britischen Regierung auf britischem Territorium befinden, sei es zu Besuch, zur Ausbildung oder zu gemeinsamen Manövern. Das ergibt sich insbesondere aus dem Verweis auf den Visiting Forces Act von 1952. Die fast identische Bestimmung des State Immunity Acts von Singapur bestätigt diese Interpretation, wenn es in § 19 (2) heißt:

„Part II does not apply to

(a) proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in Singapore and in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act.“

Letzte Zweifel an dieser Interpretation werden von dem Canadian State Immunity Act¹⁴² ausgeräumt, der in seinem § 15 eine Sonderregelung für Streitkräfte fremder Staaten, die auf kanadischem Territorium stationiert sind, vorsieht:

„Where, in any proceeding or other matter to which a provision of this Act and a provision of the *Visiting Forces Act* or the *Diplomatic and Consular Privileges and immunities Act* apply, there is a conflict between such provisions, the provision of this Act ceases to apply in such matter to the extent of the conflict.“

Diese Vorschrift bedeutet, dass für Militär sowie für diplomatisches und konsularisches Personal die Immunität auch dort erhalten bleibt, wo der Immunity Act eine Ausnahme vorsieht. Über die Immunitätsregelung während oder nach militärischen Auseinandersetzungen wie im Falle Distomo sagen die Vorschriften aller dieser Gesetze nichts aus. Sie taugen daher nicht als Gegenausnahme zur Immunitätsausnahme der Deliktsklausel bei Kriegsverbrechen.

Militärische Kriegseinsätze sind zweifellos ebenso hoheitliche Tätigkeiten wie die Stationierung oder Manövertätigkeit. Das gilt auch für Exzestaten wie das Massaker von Distomo, die nicht mehr aus den Notwendigkeiten der normalen Kriegsführung oder Besetzung heraus begründbar sind, selbst wenn die Heeresleitung derartige Verbrechen im Rahmen der Partisanenbekämpfung gebilligt hat, und die Täter auch später nie zur strafrechtlichen Verantwortung herangezogen worden sind.¹⁴³

¹⁴² Vgl. o. S. 64.

¹⁴³ Vgl. J. A. Kämmerer, Kriegsverbrechen oder Kriegsverbrechen? Zur rechtlichen Beurteilung der Massenexekutionen von Zivilisten durch die deutsche Besatzungsmacht im Zweiten Weltkrieg, in *Archiv des Völkerrechts* 37, 1999, S. 283 ff.; N. Paech, Wehrmachtverbrechen in Griechenland, in *Kritische Justiz* 3/1999, S. 381 ff.; E. Rondholz, „Schärfste Maßnahmen gegen die Banden sind notwendig...“ Partisanenbekämpfung und Kriegsverbrechen in Griechenland. Aspekte der deutschen Okkupationspolitik 1941–1944, in: A. Meyer (Hrsg.), *Repression und Kriegsverbrechen. Die Bekämpfung von Widerstands- und*

Gehen wir von dem traditionellen Grundsatz der Immunität für hoheitliche Tätigkeiten aus, so würden alle Vergehen und Verbrechen während dieser Tätigkeiten Immunität beanspruchen können. Um dieses offensichtlich für alle Bereiche hoheitlicher Tätigkeit unbefriedigende Ergebnis zu korrigieren, wurden die Deliktsklauseln eingerichtet, die für (tortious conduct) die Immunität aufgehoben haben. Sie beseitigen allerdings nicht die umfassende Immunität für diplomatisches und konsularisches Personal. Mit den zitierten Ausnahmenvorschriften für armed forces wurden die Streitkräfte dem diplomatischen Personal gleichgestellt, allerdings eben nur im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeiten als mit Zustimmung des Gaststaates stationierte Streitkräfte.

Die Stellung diplomatischer Missionen lässt sich in gar keiner Weise mit der Stellung einer Besatzungsmacht auf fremdem Staatsgebiet vergleichen. Daraus allerdings die Konsequenz zu ziehen, dass für die Tätigkeiten und das Unrecht beider Gruppen gleichermaßen Immunität vor den Gerichten einzuräumen sei, ist abwegig. Die Vorschriften in den Immunitätsgesetzen, die die Streitkräfte betreffen, zeigen, dass die jeweiligen Gesetzgeber das Problem dieser besonderen Gruppe durchaus erkannt haben und regeln wollten. Die Regelungen lassen zudem keinen Zweifel daran, dass der Schutz vor Immunitätsausnahmen nur für die Streitkräfte gelten, die mit Zustimmung des Gaststaates dort stationiert sind. Hätten sie auch Kriegsverbrechen in den Schutz vor den Immunitätsausnahmen der Deliktsklauseln einbeziehen wollen, müsste sich das klar aus dem Wortlaut ergeben.

c) Unterschied zwischen Kriegszerstörungen und Kriegsverbrechen

Soweit es um Schadensersatzansprüche aus Verletzung von Menschenrechten insbesondere durch Kriegsverbrechen geht, macht *J. Bröhmer* eine Unterscheidung zwischen solchen Verletzungen, die spezifische, isolierte und gezielt identifizierte Individuen betreffen und solche Verletzungen, die unterschiedslos wie z.B. in einem bewaffneten Konflikt die Bevölkerung treffen.¹⁴⁴ Während bei ersteren ein direktes Verhältnis zwischen Staat und Individuum mit überschaubaren Ansprüchen entsteht, ist in kriegerischen Konflikten zumeist die Konfrontation zweier Staaten der Kern, und die Verletzung der Individuen die wenn auch regelmäßige Auswirkung. Die Verletzung internationalen Rechts während eines Krieges ist gegen den Feind als solchen gerichtet, nicht gegen individuelle Mitglieder. Demgegenüber ist die Ermordung oder Folterung von politischen Gegnern sowie die gezielte Vernichtung von Zivilisten als Vergeltungsaktion wie im Falle

Partisanenbewegungen gegen die deutsche Besatzung in West- und Südeuropa, Beiträge zur nationalsozialistischen Gesundheits- und Sozialpolitik 14, 1997, S. 130 ff.

¹⁴⁴ *Bröhmer* (Anm. 61) S. 204 ff.

Distomo allein gegen diese speziellen Individuen gerichtet. Im ersten Fall ist die Verletzung der Rechte der Individuen nur der Reflex der Verletzung der Souveränität des Staates, im zweiten Fall ist es umgekehrt: die Verletzung der Rechte des Staates ist nur der Reflex der Verletzung der Rechte der Individuen. Auch das humanitäre Völkerrecht der Haager und Genfer Konventionen macht diesen Unterschied, indem es die normale Kriegsführung innerhalb der Konventionsgrenzen ohne Sanktionen lässt, aber die Verletzung der Konventionsregeln als Kriegsverbrechen mit Schadensersatzpflicht (Art. 3 Haager Landkriegsordnung (HLKO), Art. 91 I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen von 1977) ahndet. *Bröhmer* will den Immunitätsanspruch des Staates bei den zwischenstaatlichen kriegerischen Konflikten gelten lassen, nicht aber bei den mehr auf die Individuen zielenden schweren Verbrechen. Hier müsse der Rechtsschutz der Individuen auf jeden Fall Vorrang vor dem Souveränitätsanspruch haben. Er unterstreicht diese Differenzierung mit quantitativen Argumenten der unübersehbaren Anspruchsflut bei Kriegen und den eher überschaubaren Ansprüchen bei individualisierten Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen. Nur letztere könne man Zivilgerichten anvertrauen, Massenklagen aus Kriegsgeschehen überforderten diese jedoch, da sie zudem Widerklagen der anderen Seite provozieren würden. Er entgeht somit dem immer wieder gehörten Vorbehalt, dass die Einschränkung der Immunität bei Kriegsaktivitäten zu einer unzumutbaren Überforderung der Gerichte führen könnte.

Es ist in der Tat einsehbar, dass die Immunität des Staates gegenüber Individualansprüchen aus allgemeinen Kriegszerstörungen erhalten bleibt. Dieses sind Ansprüche, die den üblichen Reparationsabkommen zwischen den Staaten nach dem Krieg vorbehalten bleiben. Um derartige Fälle handelt es sich aber gerade bei den Massakern von Distomo, Kalavrita, Kommeno und anderen Orten nicht, selbst wenn es sich um Massenverbrechen handelt. Ihr Zweck war die gezielte Vergeltung für die Unterstützung von Partisanen. Es handelte sich um begrenzte Terroraktionen gegen einen bestimmten Kreis von Personen, gegen bestimmte Ortschaften oder ein bestimmtes Areal. Die Aktionen sollten ein weithin abschreckendes Signal haben, um jede Unterstützung für die Partisanentätigkeit zu unterbinden. Selbst wenn mehrere Hundert Personen jeweils das Opfer der Massaker waren, handelte es sich doch um individualisierte Kriegsverbrechen, vereinzelte Ereignisse, die klar von den allgemeinen Kriegszerstörungen unterscheidbar sind. Die Kriegsaktivitäten im besetzten Griechenland wurden nach der Invasion weitgehend vom Partisanenkampf bestimmt. Im Unterschied zum klassischen Krieg spezialisierte er sich auf Einzelaktionen mit allerdings regionalen Schwerpunkten. Gegenüber diesem Kampfgeschehen stellten die Massaker von Distomo, Kalavrita u.a. als sog. Vergeltungsaktionen an vollkommen wehrlosen und überraschten Zivilisten

noch einmal eine weitere Individualisierung der Kriegsverbrechen dar. In sich abgeschlossen und sowohl zeitlich als auch örtlich und in ihren Auswirkungen kalkuliert und begrenzt, stellen diese Exekutionen solche Verbrechen dar, über die auch von Kommunal- und Landgerichten entschieden werden kann.¹⁴⁵

Der Souveränitätsvorbehalt der Immunitätseinrede hat gegenüber derartig schwerwiegenden Kriegsverbrechen keinen Vorrang, um sich gegen den Schutz- und Entschädigungsanspruch der betroffenen Individuen durchzusetzen. Nicht nur Art. 3 des IV. Haager Abkommens (HLKO) sondern auch die Schutzfunktion des humanitären Völkerrechts zugunsten des Einzelnen würden einem Souveränitätskonzept geopfert werden, welches mit den verschiedenen Funktionen des Staates nicht mehr begründbar ist. Die Furcht vor Massenansprüchen und finanzieller Überforderung des Staates ist also rechtlich irrelevant, darüberhinaus aber auch unbegründet. Wie der Fall Hugo Princz und die angedrohten Sammelklagen der ZwangsarbeiterInnen aus den USA zeigen, stehen der modernen zwischenstaatlichen Entschädigungspraxis vertragliche Mittel zur Verfügung, die sowohl den Ansprüchen der Geschädigten wie dem Schutzbedürfnis des Staates bzw. der von ihm unterstützten Firmen gerecht wird.

Aus all diesen Erwägungen ist nicht ersichtlich, dass sich der Areopag mit seinem Urteil gegen das geltende Völkerrecht gestellt hätte.

d) Anwendung der Rechtsordnung des Forumstaates?

Dem Urteil des Areopag wird z.T. entgegengehalten,¹⁴⁶ er habe mit seiner Qualifikation des Massakers als nicht unmittelbar kriegsbedingtes Handeln zu Unrecht die Rechtsordnung des Forumstaates angewandt. Der Areopag hat in seinem Urteil mit vollem Recht auf den Unterschied zwischen dem normalen Kriegsgeschehen und besonderen Kriegsverbrechen im Krieg hingewiesen. Er hat die Reparationen in Form zwischenstaatlicher Vereinbarungen nach dem Krieg wegen Schadensersatzansprüchen aus dem normalen Kriegsgeschehen als die adäquate Regelung anerkannt und für sie das Privileg der Immunität eingeräumt.¹⁴⁷ Er hat jedoch die Einrede der Immunität für alle die Fälle ausgeschlossen, in denen

„es um Schadensersatzansprüche wegen Delikten (gewöhnlich Verbrechen gegen die Menschlichkeit) geht, die nicht unausweichlich als reflexartige Folge des Krieges die Zivilbevölkerung allgemein treffen, sondern einen beschränkten Personenkreis an einem konkreten Ort, der in keiner Verbindung zu den bewaffneten Zusammenstößen steht und der

¹⁴⁵ Id., S. 207.

¹⁴⁶ Etwa von den Verfassern des Gutachtens, auf das sich die Bundesregierung berufen hatte (Anm. 4).

¹⁴⁷ Areopag (Anm. 3), Übersetzung S. 4.

sich in keinerlei Weise, direkt oder indirekt (z.B. durch die Gewährung von Unterstützung oder die Anstiftung von Kriegshandlungen), an den Kampfhandlungen beteiligt.“¹⁴⁸

Insbesondere gilt dies für den Status der Besetzung, in dem nach Art. 43 IV. Haager Landkriegsordnung von 1907 (HLKO)¹⁴⁹ die Besatzungsmacht die öffentliche Ordnung und das öffentliche Leben wieder herzustellen und zu garantieren sowie die Landesgesetze zu beachten hat. Der Areopag hat für diesen Fall präzisiert, dass

„von der Exterritorialität (Staatenimmunität) nicht die verbrecherischen Handlungen der Organe dieser Besatzungsmacht gedeckt (werden), die unter Missbrauch ihrer souveränen Gewalt als Vergeltungsmaßnahmen für Sabotageakte von Widerstandsgruppen zu Lasten konkreter, zahlenmäßig beschränkter, am Kampf völlig unbeteiligter und unschuldiger Bürger begangen werden, was im übrigen auch gegen das von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannte Prinzip verstößt, wonach Menschen nicht für die Taten eines anderen bestraft werden dürfen.“¹⁵⁰

Man kann dieser Rechtsansicht nicht vorwerfen, dass sie eine Sonderregelung auf der Basis der Rechtsordnung des Forumstaates sei und sich gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts wende. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer frühen Entscheidung¹⁵¹ jedem Staat eingeräumt, die Qualifikation einer Staatsstätigkeit nach der Rechtsnatur des Aktes als hoheitlich oder nicht-hoheitlich und damit die Entscheidung über die Immunitätseinrede nach seinem eigenen nationalen Recht vorzunehmen. Das Gericht hat diese Freiheit in einer späteren Entscheidung mit den Grenzen des Völkerrechts versehen und ausgeführt,

„dass der landesrechtlichen Qualifikation einer staatlichen Betätigung als Akt iure gestionis [mit der Folge des Ausschlusses der Immunitätseinrede, N.P.] völkerrechtliche Schranken gezogen sind. Danach dürfe das nationale Recht insoweit nur mit der Maßgabe herangezogen werden, dass vom hoheitlichen Bereich und damit von der Immunität nicht solche Handlungen des Staates ausgenommen werden dürfen, die nach der von den Staaten überwiegend vertretenen Auffassung zum Bereich der Staatsgewalt im engeren und eigentlichen Sinn gehören.“¹⁵²

Das Völkerrecht kann also zur Korrektur der Entscheidung nach nationalen Rechtsstandards führen. Bei der Einstufung des Massaker von Dismoto als hoheitliches Handeln durch den Areopag ist allerdings kein Dissens zum Völkerrecht erkennbar, welches für diese Frage ohnehin keine bestimmten Kriterien entwickelt hat. Die weitere Qualifikation als Kriegsverbrechen, die nicht als reflexartige Folge des normalen Kriegsgeschehens für die Zivilbevölkerung – modern gesprochen: Kollateralschäden – anzusehen sind, steht ebenfalls nicht im Widerspruch zum humanitären Völ-

¹⁴⁸ Areopag (Anm. 3), Übersetzung S. 4.

¹⁴⁹ RGBl. 1910, S. 107.

¹⁵⁰ Areopag (Anm. 3), S. 4.

¹⁵¹ BVerfGE 16, S. 27 ff., 62 f.

¹⁵² BVerfGE 46, S. 342 ff., 393 f.

kerrecht. Insofern kann dem Areopag nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe zu Unrecht die Rechtsordnung des Forumstaates angewandt.

e) Rückwirkungsverbot der Immunitätsausnahmen?

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob die Deliktsklauseln auch auf die bereits 1944 begangenen Verbrechen anwendbar sind oder ob dem das Rückwirkungsverbot entgegensteht. So heißt es etwa in Art. 35 Abs. 1 und 3 des erst 1976 in Kraft getretenen Europäischen Immunitätsabkommens:

„The present Convention shall apply only to proceedings introduced after its entry into force. Nothing in this Convention shall apply to proceedings arising out of, or judgements based on acts, omissions or facts prior to the date on which the present Convention is opened for signature.“¹⁵³

Auch § 23 Abs. 3 des britischen SIA bestimmt, dass Regelungen nicht Anwendung finden sollen auf

„proceedings in respect of matters that occurred before the date of the coming into force of this Act.“

Während andere nationale Immunitätsgesetze keine Auskunft über die Rückwirkungsfrage geben, findet sich Art. 4 der UN-Immunitätskonvention ebenfalls eine Nichtrückwirkungsklausel:

„Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which jurisdictional immunities of States and their property are subject under international law independently of the present Convention, the present Convention shall not apply to any question of jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the entry into force of the present Convention for the States concerned.“

Die Formulierung unterscheidet sich insofern von den beiden vorangegangenen, dass sie nur auf das Verfahren (proceedings) abhebt, nicht aber auf die Schadensursachen (acts, facts, matters), so dass deren zeitliches Ereignis keine Bedeutung für das Rückwirkungsverbot haben dürfte. Auf jeden Fall dürften diese drei Texte nicht ausreichen, um ein gewohnheitsrechtliches Rückwirkungsverbot festzustellen, welches auch für die Verfahren gilt, die erst nach der gesetzlichen Bestimmung eingeleitet worden sind, sich aber auf Ereignisse davor beziehen, wie im Fall *Distomo*.

Zudem haben etwa US-amerikanische Gerichte die Immunitätsausnahme des § 1605 (a) (5) FSIA rückwirkend angewandt. In einem Fall¹⁵⁴

¹⁵³ Deutsche Übersetzung: Dieses Übereinkommen ist nur auf Verfahren anzuwenden, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet werden. Dieses Übereinkommen ist nicht auf Verfahren und Entscheidungen anzuwenden, die Handlungen, Unterlassungen oder Tatbestände aus der Zeit, bevor das Übereinkommen zur Unterzeichnung aufgelegt worden ist, zum Gegenstand haben.“

¹⁵⁴ Von *Dardel v. Union of Socialist Republics*, 623 US 246 (D.D.C. 1985), 77 ILR (1988), 258.

bezog sich die Klage gegen die Sowjetunion aus dem Jahre 1984 auf völkerrechtswidrige Verhaftung und Gefangenschaft im Frühjahr 1945. Das Gericht stützte sein Versäumnisurteil ohne weitere Diskussion der Rückwirkungsfrage auf § 1605 (a) (5) FSIA. In einem anderen Fall¹⁵⁵ ging es um den Abschuss ziviler Flugzeuge aus den USA durch Kubanische Luftstreitkräfte im Februar 1996, zwei Monate bevor der AEDPA die Terrorismusklausel als weitere Immunitätsausnahme in den FSIA unter § 1605 (a) (7) einfügte. Da der AEDPA selbst bestimmte, dass der neue Absatz im FSIA

„shall apply to any cause of action arising before, on, or after the date of the enactment of this Act“,

hatte das Gericht keine Probleme, die Immunitätsausnahme auch rückwirkend anzuwenden. Auch die Klage von Hugo Princz scheiterte nicht an der Rückwirkungsfrage. Vielmehr berief sich das Gericht auf § 1602 FSIA, in dem es heißt:

„Claims of foreign states to immunity should henceforth be decided by courts of the United States and of the States in conformity with the principles set forth in this chapter“,

und entschied:

„This suggests that the FSIA is to be applied to all cases decided after its enactment, i.e. regardless of when the plaintiff’s cause of action may have accrued.“¹⁵⁶

Schließlich hat der US Supreme Court im Fall *Austria v. Altman*, der die Immunitätsausnahme hinsichtlich rechtswidriger Enteignungsausnahmen nach § 1605 (a) (3) FSIA betraf, entschieden, dass der FSIA auch auf Ereignisse während bzw. kurz nach dem Zweiten Weltkrieg anwendbar sei: Die Frage sei,

„whether anything in the FSIA or the circumstances surrounding its enactment suggests that we should not apply it to petitioners 1948 actions. Not only do we answer this question in the negative, but we find clear evidence that Congress intended the Act to apply to preenactment conduct.

To begin with, the preamble of the FSIA expresses Congress’ understanding that the Act would apply to all postenactment claims of sovereign immunity. That section provides: ‚Claims of foreign states to immunity should *henceforth* be decided by courts of the United States and of the States in conformity with the principles set forth in this chapter.‘ [...] [T]his language suggests Congress intended courts to resolve *all* such claims in conformity with the principles set forth in the Act, regardless of when the underlying conduct occurred.“¹⁵⁷

¹⁵⁵ *M. Alejandro v. The Republic of Cuba*, 996 F. Supp. 1239 (1997).

¹⁵⁶ Hugo Princz (Anm. 78, 80), 103 ILR (1996), 604, 606. Richter Wald erwähnt in ihrem abweichenden Votum allerdings auch die Entscheidung in der Klage Djordjevich v. Bundesminister der Finanzen, die die Rückwirkung des FSIA auf Vorgänge aus dem Jahre 1941 abgelehnt hat, 103 ILR (1996), 612, 614.

¹⁵⁷ *Republic of Austria et al. v. Maria v. Altmann*, 541 US 677. Zu diesem Fall vgl. die Anm. v. *Ch. H. Brower III*, in *AJIL* 99 (2005), S. 236 ff.; *C. M. Vázquez*, *Altmann v. Austria and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), S. 207 ff.

Nach diesen Grundsätzen steht ein Rückwirkungsverbot der Entschädigungsklage der Distomo-Opfer nicht entgegen. Das Massaker von 1944 stellt einen klaren Verstoß gegen Art. 23 der Haager Landkriegsordnung von 1907 (HLKO) dar. Das haben auch das LG Bonn und das OLG Köln festgestellt:

„Verstoßen wurde insbesondere gegen die kriegsvölkerrechtlichen Verbote, Angehörige des feindlichen Volkes meuchlerisch zu töten (Art. 23 b Anlage zur HLKO) und feindliches Eigentum zu zerstören (Art. 23 g Anlage zur HLKO). Von der Art des Vorgehens und seinen Auswirkungen her stellt sich das von der damaligen militärischen Führung als ‚Sühnemaßnahme‘ bezeichnete Geschehen als Massaker an der Zivilbevölkerung dar.“¹⁵⁸

Sowohl die griechischen wie die deutschen Gerichte nehmen einen Völkerrechtsverstoß an, der grundsätzlich zu einer

„Haftung der Beklagten für die im Jahre 1944 begangenen Kriegsverbrechen [führt und sie] zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet.“¹⁵⁹

War der Haftungsgrund also bereits 1944 lange vor dem Inkrafttreten der Immunitätsgesetze eingetreten, so konnte jedoch ein Verfahren zur Geltendmachung dieses Schadensersatz vor dem sog. 2+4-Vertrag vom September 1990 auf Grund des Londoner Schuldenabkommens von 1952¹⁶⁰ und zweiseitiger Vereinbarungen zwischen den Regierungen der Bundesrepublik und Griechenland gar nicht in Gang gesetzt werden.¹⁶¹ Beide Regierungen hatten 1960 ein Abkommen über die Zahlung von 115 Mio. DM wegen nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen abgeschlossen. Obwohl sich der Vertrag nach seinem Wortlaut nur auf „die aus Gründen ihrer Rasse, Glaubens oder der Weltanschauung“ durch den Nationalsozialismus Verfolgten bezog, also Verbrechen wie die von Distomo nicht umfasste, meinte die Bundesregierung in einer Note ihres Staatssekretärs im Auswärtigen Amt Scherpenberg, dass damit alle Ansprüche seitens Griechenlands abgegolten seien. Der griechische Botschafter Ypsilanti antwortete darauf:

„Die Regierung des Königreichs Griechenland stimmt mit dieser Auffassung der Regierung der Bundesrepublik überein. Sie behält sich jedoch vor, mit dem Verlangen nach Regelung weiterer Forderungen, die aus nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen während Kriegs- und Besatzungszeit herrühren, bei einer allgemeinen Prüfung gem. Art. 5 Abs. 2 des Abkommens über deutsche Auslandsschulden vom 27. Februar 1953 heranzutreten.“¹⁶²

Dieser Vorbehalt blieb ohne deutschen Einspruch und entsprach genau Art. 5 Abs. 2 Londoner Schuldenabkommen:

¹⁵⁸ OLG Köln v. 27. August 1998, AZ: 7U 167/97, Urteilsausfertigung S. 12.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Die Bundesrepublik ist dem Abkommen am 27. Februar 1953 beigetreten.

¹⁶¹ Vgl. zum Folgenden bereits *Paech* (Anm. 143), S. 389 f.

¹⁶² Beide Briefe in: BGBl. II 1961, 1598.

„Eine Prüfung der aus dem zweiten Weltkrieg herrührenden Forderungen von Staaten, die sich mit Deutschland im Kriegszustand befanden oder deren Gebiet von Deutschland besetzt worden war, und von Staatsangehörigen dieser Staaten gegen das Deutsche Reich und im Auftrage des Deutschen Reichs handelnde Stellen oder Personen, ... wird bis zur endgültigen Regelung der Reparationenfrage zurückgestellt.“

Das Londoner Schuldenabkommen unterschied sehr deutlich zwischen Forderungen von Staaten und von Personen. Es blieb den Gläubigerstaaten und der Bundesrepublik allerdings unbenommen, einzelne ihrer Forderungen bereits vor der „endgültigen Regelung der Reparationsfrage“ vertraglich zu regeln. Der Vertrag von 1960 hat dies nur für Forderungen auf Entschädigung zugunsten der „aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder Weltanschauung“ Verfolgten getan. Alle anderen Reparations- und Schadensersatzforderungen ließ er unberührt. Noch 1995 ging das Auswärtige Amt davon aus, dass die Wiedergutmachungsleistungen aus dem Vertrag von 1960 nicht für Verbrechen wie die von Distomo vorgesehen waren. In einem Brief an einen Überlebenden von Distomo schrieb der Deutsche Botschafter:

„Nach Auffassung der Bundesregierung sind Vergeltungsaktionen wie gegen das Dorf Distomo nicht als NS-Tat zu definieren, deren Opfer wegen ihrer Rasse, ihrer Religion oder ausdrücklicher Antihaltung geschädigt worden sind, sondern als Maßnahme im Rahmen der Kriegführung, denn sie stellten Reaktionen auf Partisanenangriffe dar. Sie fallen deshalb nicht unter die Regelung des Bundes zur Entschädigung von NS-Unrecht, sondern unter den Fragenkomplex Reparationen.“¹⁶³

Das Londoner Schuldenabkommen hat die Bundesrepublik nicht endgültig entlastet, sondern nur einen Aufschub der Entschädigungszahlungen bis zu einem Friedensvertrag mit den anspruchsberechtigten Staaten gewährt. Dass das auch der Bundesregierung bekannt war, bestätigt die Warnung des deutschen Botschafters an das Auswärtige Amt im Jahr 1969, nachdem die griechische Regierung das Thema Reparationen wieder angesprochen hatte:

„Durch das Londoner Schuldenabkommen... gelang es dank des Entgegenkommens unserer amerikanischen Freunde, die gewaltigen Reparationsforderungen der Feindstaaten... bis zum Abschluss eines Friedensvertrages zurückzustellen, d.h. unsere Gegner des letzten Weltkrieges ad kalendas graecas zu vertrösten... Es müsst doch unser Interesse sein, diesen Zwischenzustand des Nichtzustandekommens eines Friedensvertrages so lange wie möglich aufrechtzuerhalten, um diese Forderungen unserer einstigen Gegner durch Zeitablauf einer Verwirkung oder Verjährung zuzuführen. Anders ausgedrückt: Man sollte schlafende Hunde nicht wecken.“¹⁶⁴

Die möglichen Forderungen Griechenlands waren in der Tat nicht unerheblich. Auf der Pariser Konferenz der Siegermächte von 1946 wurden die griechischen Schadensersatzansprüche auf 7,5 Mrd. US-Dollar geschätzt.

¹⁶³ Brief an Herrn Argyris N. Sfountouris v. 23. Januar 1995. In: Athener Zeitung v. 2. Januar 1998.

¹⁶⁴ Zitiert nach Hagen Fleischer, WDR v. 17. Juni 1998.

Darin waren nicht einmal die Forderungen aus einer Zwangsanleihe enthalten, die das Deutsche Reich 1942 bei der Bank von Griechenland aufgenommen hatte, um die Besatzungskosten zu decken. In dem Pariser Abkommen von 1946¹⁶⁵ heißt es unter Teil I in Art. 3:

„Die Signatarmächte (darunter auch Griechenland) kommen untereinander überein, dass ihre jeweiligen Anteile an den Reparationen – wie sie durch das vorliegende Abkommen bestimmt werden – von ihnen als Abgeltung aller ihrer Forderungen und aller Forderungen ihrer Staatsangehörigen gegen die deutsche Regierung oder deutsche Regierungsstellen angesehen werden. Dies gilt für Forderungen öffentlicher oder privater Natur, die aus den Kriegsverhältnissen entstanden sind, einschließlich der Kosten der deutschen Besetzung, der während der Besetzung entstandenen Clearing-Konten und der Forderungen der Reichskreditkassen.“

Aus dem Abkommen geht hervor, dass es lediglich eine quotenmäßige Aufteilung der Reparationen zwischen den Alliierten festlegen wollte, ohne den gesamten Reparationsumfang zu bestimmen, den die Deutschen zu leisten hatten.¹⁶⁶ Auch später ist es nie zu einer Auszahlung zugunsten Griechenlands oder griechischer Staatsangehöriger in irgendeiner Form gekommen. Einige Jahre später wurden in den sog. Bonner Verträgen¹⁶⁷ die Fragen der Reparationen auf einen Friedensvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Alliierten oder ein besonderes Abkommen verschoben.

Ein Friedensvertrag ist mit Griechenland niemals abgeschlossen worden. Doch wird allgemein der Moskauer Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland v. 12. September 1990, der sog. 2+4-Vertrag, als eine solche friedensvertragliche Regelung angesehen, die den Aufschub des Londoner Schuldenabkommens beendet hat.¹⁶⁸ Nichts spricht allerdings dafür, in dem 2+4-Vertrag einen endgültigen Verzicht der Gläubigerstaaten auf noch bestehende Reparationsforderungen zu sehen, wie es das LG Bonn getan hat.¹⁶⁹ Erstens ist die Reparationsfrage mit keinem Wort erwähnt, und zweitens hätten die Vertragschließenden rechtlich nicht wirksam auf Ansprüche Dritter verzichten können.¹⁷⁰

Am 9. November 1966 hatte die griechische Regierung schließlich in einer Verbalnote die Bundesregierung auf die noch ausstehende Rückzah-

¹⁶⁵ Vollständiger Text in *American Journal of International Law* 20 (1946), Supp. 117–134.

¹⁶⁶ Vgl. *I. Seidl-Hohenveldern*, *Kriegsentschädigung*, in: *K. Strupp/H.-J. Schlochauer* (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 2, *Berlin* 1962, S. 337 ff., 340 f.

¹⁶⁷ Teil VI des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besetzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) v. 26. Mai 1952 in der Fassung des Pariser Protokolls vom 23. Oktober 1954.

¹⁶⁸ Vgl. *B. W. Eichhorn*, *Reparationen als völkerrechtliche Deliktshaftung*, 1992, S. 143 ff.; *D. Rauschnig*, *Beendigung der Nachkriegszeit mit dem Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland*, in *DVB1* 1990, 1275 ff., 1279.

¹⁶⁹ LG Bonn, Urteil v. 23. Juni 1997, mit dem es den Anspruch eines Opfers von Diktator auf Entschädigung abwies. *AZ: I O 358/95*, S. 10 ff. Näheres bei *Paech* (Anm. 143).

¹⁷⁰ Vgl. Art. 34 WVK v. 23. 5. 1969.

lung der Zwangsanleihe von 1942 während der Besatzungszeit hingewiesen. Die deutsche Regierung verwies im März 1967 auf das Moratorium des Londoner Schuldenabkommens und vertröstete die griechische Regierung auf die Zeit nach einem Friedensvertrag. Als dieser mit dem 2+4-Vertrag angenommen werden konnte, wandte sich die Regierung erneut mit einer Verbalnote am 14. November 1995 an die Bundesregierung und bat um die Aufnahme von Gesprächen über die noch offen stehenden Forderungen, was allerdings nicht geschah.

Aus diesen Vorgängen geht eindeutig hervor, dass die staatlichen Reparations- und die individuellen Entschädigungsforderungen weder durch Erfüllung noch durch Verzicht oder Verjährung erloschen sind. Sie zeigen zudem, dass die Forderungen gar nicht vor dem Abschluss des 2+4-Vertrag vor Gericht eingeklagt werden konnten, da das Moratorium des Londoner Schuldenabkommens auch die individuellen Entschädigungsansprüche umfasste. Die Bundesregierung war sich dieser Situation bewusst und hat sich verschiedene Male auf diesen Aufschub berufen. Es wäre also rechtsmissbräuchlich, wenn die Bundesregierung nun ihre Immunitätseinklage auf ein Rückwirkungsverbot der immunitätsaufhebenden Deliktsklausel stützen würde, da das Verfahren zur Einforderung der Entschädigung erst seit dem 12. September 1990 möglich war. Der Areopag konnte somit die z.Zt. seiner Urteilsfindung bestehenden Immunitätsausnahmen auch auf schadensbegründende Ereignisse anwenden, die sich Jahrzehnte zuvor ereignet hatten.

Die mitunter von der Bundesregierung gemachten Hinweise über den bis dahin geleisteten Umfang der Entschädigungszahlungen der Bundesrepublik haben mit den Fragen der Immunitätsregelungen nichts zu tun. Sie rechtfertigen schon gar nicht den Vorwurf, dass die Erfüllung noch offener Forderungen nach über fünfzig Jahren plötzlich das gesamte bisherige System, nach dem Wiedergutmachung erfolgt ist, umstoßen würde. Ein solcher Vorwurf müsste auch die nach ernsthaften Klagedrohungen und schwierigen Verhandlungen schließlich gefundene Stiftungs-Lösung zur Entschädigung der Zwangsarbeiter treffen.

5. Terrorismusklausel

Wie bereits erwähnt, war jedoch mit der Deliktsklausel die Reihe der Ausnahmen von der Staatenimmunität noch nicht beendet. Die zunehmende Bedeutung der Menschenrechte für die Bürgerinnen und Bürger aller Staaten sowie die Erkenntnis, dass der Schutz der Menschenrechte gegen die Übergriffe der eigenen Staatsorgane wirksamer gestaltet werden müsse, führte dazu, Klagemöglichkeiten für die Opfer in den USA auch dann zu schaffen, wenn sich die Menschenrechtsverletzungen im Ausland ereignet haben. Mit dem Alien Tort Claims Act (ATCA) von 1789 hatten die USA

bereits eine materielle gesetzliche Grundlage für derartige Klagen, notwendig war jedoch noch eine Vorschrift, die das formelle Hindernis der Immunitätseinrede für derartige *acta iure imperii* überwinden konnte. Dies geschah 1996 mit dem Antiterrorism and Effective Death Penalty Act,¹⁷¹ der dem FSIA unter § 1605 (a) (7) eine neue Ausnahme hinzufügte. Nach ihm soll eine Immunitätseinrede vor einem Gericht der USA in allen Fällen ausgeschlossen sein,

„[...] in which money damages are sought against foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extra judicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or recourse [...] for such an act if such act or provision of material support is engaged in by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency, except the court shall decline to hear a claim under this paragraph

- (A) if the foreign state was not designated as a state sponsor of terrorism [...] at the time the act occurred, unless later so designated as a result of such act; and
- (B) even if the foreign state is or was so designated, if
 - (i) the act occurred in the foreign state against which the claim has been brought and the claimant has not afforded the foreign state a reasonable opportunity to arbitrate the claim in accordance with accepted international rules of arbitration; or
 - (ii) neither the claimant nor the victim was a national of the United States [...] when the act upon which the claim is based occurred.“

Der Rahmen der hier erfassten Taten ist weiter als der normalerweise unter dem Begriff des Terrorismus subsumierten Verbrechen. Denn es ging in der Tat nicht nur um die Konkretisierung einer neuen Immunitätsausnahme, sondern um die wirksame Erweiterung des Schutzes vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen. Genau genommen fallen die in Abs. 7 genannten Tatbestände auch unter die Deliktisklausel des § 1605 (a) (5). U.a. jedoch auf Grund der Ausnahme (B)¹⁷² war diese Klausel offensichtlich ungeeignet, den Schutz gegen diese zwar nicht neuen aber sich häufenden und stärker ins öffentliche Bewusstsein gelangenden Taten wirksam zu gewährleisten. Eine Reihe erfolgreicher Klagen auf der Basis dieser Terrorismusklausel macht das deutlich.

So war die Klage dreier Opfer gegen den Iran wegen ihrer Verschleppung in Beirut durch die vom Iran unterstützte Hisbollah-Bewegung zunächst an der Immunität gescheitert.¹⁷³ Erst nach Inkrafttreten der Terrorismusklausel des § 1605 (a) (7) FSIA sah sich das Gericht in der Lage, die Immunitätseinrede zu überwinden, indem es die Klausel ohne weitere Diskussion rückwirkend anwendete.¹⁷⁴

¹⁷¹ 36 ILM (1996), 759.

¹⁷² Vgl. o. S. 64.

¹⁷³ *Cicippio u.a. v. Islamic Republic of Iran*, US Court of Appeals (D. C. Circuit 1994, 107 ILR (1997), 296.

¹⁷⁴ *Cicippio u.a. v. Islamic Republic of Iran*, 18 F.Supp. 2d 62. Vgl. auch *W. D. Zaffuto*, A „Pirates Victory“: President Clinton’s Approach to the new FSIA Exception leaves the Victims empty handed, in *Tulane Law Review* December 1999, 685 ff., 704 ff.

Die Klage der Angehörigen der bei einem Bombenattentat ums Leben gekommenen Alisa Michelle Flatow gegen die Islamische Republik Iran war sofort erfolgreich, da der District Court des District of Columbia es als erwiesen ansah, dass die für den Anschlag auf den Reisebus im Gaza-Streifen verantwortliche palästinensische Gruppe Islamischer Jihad vom Iran maßgebliche Unterstützung erhalten hatte.¹⁷⁵ Das Distrikt-Gericht sah auch hier keine Probleme, § 1605 (a) (7) rückwirkend anzuwenden. Es verurteilte den Iran zu einer Entschädigung in Höhe von 247 Mio. US-Dollar.

Ebenfalls kam es bei der Klage der Angehörigen dreier Opfer des Abschusses ihrer Flugzeuge über der Kubanischen Küste zu einer rückwirkenden Anwendung der Terrorismusklausel.¹⁷⁶ Auch hier konnte sich die verklagte Regierung Kubas nicht mit der Immunitätseinrede gegen die Verurteilung zu knapp 62 Mio. US-Dollar für jedes Opfer wehren.¹⁷⁷

Die Einfügung der Terrorismusklausel in § 1605 (a) (7) FSIA war u.a. auch eine Reaktion auf die unbefriedigende Entscheidung in Sachen *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*.¹⁷⁸ In diesem Fall hatten die hinterbliebenen Ehegatten zweier Opfer des Lockerbie-Attentats vergeblich gegen den libyschen Staat auf Entschädigung geklagt. Sowohl das Distriktgericht des Eastern District of New York als auch der Second Circuit als Berufungsgericht sahen ihre Zuständigkeit gegeben. Mangels ausdrücklicher Immunitätsausnahme im FSIA argumentierte jedoch der Second Circuit, dass allein die Verletzung von *ius cogens* noch nicht als stillschweigender Verzicht (*implied waiver*) von der Immunität gewertet werden könne. Unmittelbar danach unterzeichnete US-Präsident Clinton am 23. April 1996 den Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act, der die Terrorismusklausel als weitere Ausnahme von der Immunität in den FSIA einfügte.

Die Tatsache, dass die Klausel nur gegenüber Staaten angewandt werden kann, die formell als „a state sponsor of terrorism“ bezeichnet worden sind, bedeutet zwar eine Einschränkung des Wirkungsbereichs, schwächt

¹⁷⁵ *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998). Vgl. auch *Zaffuto* (Anm. 174), S. 704 f. und *J. W. Glannon, J. Atik*, Politics and Personal Jurisdiction: Suing State Sponsors of Terrorism under the 1996 Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act, in *Georgetown Law Journal* 1999, 675 ff.

¹⁷⁶ *Alejandre v. Republic of Cuba* (Anm. 155). Vgl. auch *Zaffuto* (Anm. 174), 702 f. Vgl. zur Rückwirkung bereits o. S. 78 und u. S. 86.

¹⁷⁷ Die Clinton-Administration verhinderte allerdings eine Freigabe der in den USA blockierten Vermögen der verurteilten Staaten, um die Forderungen der erfolgreichen Kläger zu befriedigen. Vgl. die Auseinandersetzung dazu bei *W. D. Zaffuto* (Anm. 174).

¹⁷⁸ *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F. Supp. 309; 121 F.3d 239 (2d Cir.), cert. denied 117 S. Ct. 1569 (1996). Vgl. *McKay* (Anm. 74) und *K.E. Sealing*, „State Sponsors of Terrorism“ are entitled to due process too: the amended Foreign Sovereign Immunities Act is unconstitutional, in *American University International Law Review* 1999, 395 ff.

aber nicht die grundsätzliche Bedeutung der Ausnahme. Gegenwärtig befinden sich Iran, Nordkorea, Sudan und Syrien auf der Liste, die aber jederzeit beliebig ergänzt werden kann. Denn die Entscheidung trifft der Außenminister auf der Grundlage des Export Administration Act von 1979 oder des Foreign Assistance Act von 1961. Die Klausel könnte also praktisch für alle existierenden Staaten durch den US-Außenminister jederzeit in Kraft gesetzt werden.

a) Terrorismusklausel nicht auf Kriegsverbrechen anwendbar?

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Terrorismusklausel auf kriegerische Auseinandersetzungen anwendbar ist. Der Princz- und der Smith-Fall haben unterschiedliche Varianten staatlichen Terrorismus zum Gegenstand. Während der Smith-Fall staatlich unterstützten Terror einzelner Täter außerhalb kriegerischer Vorkommnisse zum Gegenstand hatte, betrifft der Princz-Fall direkten staatlichen Terror im Rahmen der nationalsozialistischen Kriegsführung. Hätte es z. Zt. der Klage bereits die Terrorismusklausel gegeben, wären beide Prozesse zweifellos erfolgreich für die Kläger ausgegangen. Denn sie scheiterten nicht an der Terrorismusdefinition sondern an dem Fehlen der Immunitätsausnahme. Die in § 1605 (a) (7) FSIA genannten Tatbestände „torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources“ mögen zwar in erster Linie auf Terrorakte in normalen Zeiten zielen. Seit dem Terroranschlag vom 9. September 2001 ist jedoch die Grenzlinie zwischen Friedens- und Kriegszeiten angesichts eskalierender Terroraktivitäten und militärischer Reaktionen auf sie unscharf geworden, wie sich aus den wiederholten Versicherungen der US-Administration ergibt, dass sich die USA im Krieg mit dem internationalen Terrorismus befinde. Nichts in dem Wortlaut der Klausel deutet darauf hin, dass sie nicht auch auf Terrorakte gegen die Zivilbevölkerung im Verlauf von Kriegen anwendbar ist.

Es wurde bereits darauf hingewiesen,¹⁷⁹ dass das Amendement zum FSIA, mit dem die Terrorismusklausel eingeführt wurde, auch eine unmittelbare Reaktion auf den unbefriedigenden Ausgang des Princz-Verfahrens war. Der Kongress wollte offensichtlich derartige Verbrechen des Nationalsozialismus nicht mit dem Privileg der Immunität begünstigen. Bei dem Distomo-Verbrechen handelt es sich um einen Terrorakt gegen die Zivilbevölkerung, der aus dem allgemeinen Kriegsgeschehen herausfällt und die Kriegsregeln der Haager Konventionen vollkommen missachtet.¹⁸⁰ Er ereignete sich zwar während der Zeit der rechtswidrigen Besetzung Griechenlands, hatte aber nichts mit der normalen Kriegsführung zwi-

¹⁷⁹ Vgl. o. S. 58.

¹⁸⁰ Vgl. bereits o. S. 70.

schen zwei Staaten zu tun. Er richtete sich gezielt auf die Terrorisierung einzelner konkreter Gruppen und Individuen und entspricht damit z.B. den Terrorismusmerkmalen, wie sie im United States Code als Verletzung der Strafgesetze der USA oder anderer Staaten umschrieben werden,

„to intimidate or coerce a civilian population [...]; to affect the conduct of a government by assassination or kidnapping [...]“¹⁸¹

Das Europäische Parlament hat 1996 eine Definition verabschiedet, nach der Terrorismus als

„eine kriminelle Handlung anzusehen [ist], die unter Anwendung von Gewalt oder Drohung mit Gewalt politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Strukturen in Rechtsstaaten ändern will und sich somit von Widerstandsaktionen in Drittstaaten unterscheidet, die sich gegen Staatsstrukturen richten, die ihrerseits terroristischen Charakter haben.“¹⁸²

Hier wird die besondere Situation der Befreiungskriege angesprochen, die ihre Rechtfertigung im Selbstbestimmungsrecht der Völker finden und nicht als Terrorismus illegalisiert werden können.¹⁸³ Das schließt jedoch nicht aus, dass auch im legitimen Befreiungskrieg Terrorakte vorkommen, wenn die Regeln der Haager und Genfer Konventionen nicht eingehalten werden. Die Definition verweist darauf, dass Terrorismus also grundsätzlich unabhängig von Krieg und Frieden ist. Eine unterschiedliche Immunitätsregelung ist weder politisch einleuchtend noch rechtlich dem § 1605 (a) (7) FSIA zu entnehmen.

b) Rückwirkungsverbot der Terrorismusklausel?

Auch der Hinweis auf die Rückwirkungssperre des § 1605 (f) FSIA vermag die Bundesrepublik in einem Fall wie *Distomo* nicht vor einem griechischen Gericht zu immunisieren. Die Vorschrift lautet:

„No action shall be maintained under subsection (a) (7) unless the action is commenced not later than 10 years after the date on which the cause of action arose. All principles of equitable tolling, including the period during which the foreign state was immune from suit, shall apply in calculating this limitation period.“

Bei der Berechnung dieses Begrenzungszeitraums (*limitation period*) ist das Moratorium des Londoner Schuldenabkommens, welches die Geltendmachung jeglichen Entschädigungsanspruches ausgeschlossen und auf den Zeitpunkt nach einem Friedensvertrag verschoben hat, auf jeden Fall zu berücksichtigen. Selbst wenn der Entschädigungsgrund 50 Jahre vor seiner

¹⁸¹ Zitiert nach *Sealing* (Anm. 178), 434.

¹⁸² Abl. C 55 vom 24. Februar 1997. Vgl. *T. Stein/Cb. Meiser*, Die Europäische Union und der Terrorismus, in *Die Friedens-Warte* 76, 2001, S. 33 ff.

¹⁸³ Vgl. Art. 1 Abs. 4 I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. Aug. 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte v. 8. Juni 1977, BGBl. 1990 II, S. 1551.

gerichtlichen Geltendmachung entstanden ist, kann ihm die Rückwirkungssperre des § 1605 (f) nicht entgegengehalten werden, wenn die Parteien für diesen Zeitraum den Anspruch einvernehmlich (Londoner Schuldenabkommen 1953, Notenwechsel 1961) haben ruhen lassen. Es wäre in hohem Grade rechtsmissbräuchlich, dieses Entgegenkommen jetzt der klagenden Partei entgegenzuhalten, um eine Entschädigung endgültig zu umgehen. Hier kann auf die Erörterung des Problems im Rahmen der Deliktsklausel verwiesen werden.¹⁸⁴

c) Terrorismusklausel Völkergewohnheitsrecht?

Dies alles würde jedoch nur dann gelten, wenn auch die Terrorismusklausel als Ausnahme von der Immunität für *acta iure imperii* allgemein anerkannt wäre. Derzeit haben sie aber nur die USA in ihr Immunitätsgesetz übernommen. Das verweist zwar auf die Praxis eines Staates, ist aber zweifellos nicht genug, um bereits von einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Geltung einer solchen Immunitätsausnahme zu sprechen. So haben sich z.B. Kuba und der Iran seinerzeit geweigert, den Urteilen entsprechend Schadensersatz zu zahlen, so dass sich die US-Regierung veranlasst sah, den Klägern die ihnen zuerkannten Entschädigungen zu zahlen. Demgegenüber zeigt sich jedoch eine Tendenz in der Rechtsprechung auch dort, wo es keine ausdrückliche Rechtsgrundlage gibt, den Grundgedanken der Terrorismusklausel für eine Ausnahme von der Immunität heranzuziehen. Beispielhaft ist der Fall *S. Al-Adsani v. Government of Kuwait et al.*,¹⁸⁵ in dem der englische Court of Appeal der Kuwaitischen Regierung die Immunitätseinrede gegen die Klage eines Opfers des Geheimdienstes mit britischer und kuwaitischer Staatsangehörigen wegen physischer und mentaler Folgen von Folter in einer Vorfrage verweigerte. Richter Evans stützte seine Entscheidung nicht auf die Unrechtsausnahme des § 5 SIA, sondern meinte, dass der Kläger „a good arguable case“ präsentiere und dass

„since the intention of the State Immunity Act was to give effect to the European Convention of 1972, and more generally, to give effect of the rules of customary international law as was explained by Lord Diplock in the *Alcom Case* [1984] AC 580, then the argument will be that the reference to immunity in section 1 (i) of the Act is a reference to immunity in accordance with public or general international law [...] there is at the very least a reluctance under public international law to give any legal status to acts of torture such as here alleged.“¹⁸⁶

¹⁸⁴ Vgl. o. S. 69.

¹⁸⁵ *S. Al-Adsani v. Government of Kuwait et al.*, Supreme Court of Judicature, Court of Appeal, v. 21. Januar 1994, No. FC 93/6212/E.

¹⁸⁶ Zitiert nach *J. Bröhmer* (Anm. 61), S. 94. Die Klage zur Hauptsache wurde dann allerdings wegen Staatenimmunität abgewiesen und die Beschwerde vor dem Europäischen Gericht für Menschenrechte war ebenfalls mit neun gegen acht Stimmen nicht erfolgreich.

V. Ergebnis: Erosion der Staatenimmunität

Dieses Zögern, Folterhandlungen einen Rechtsvorteil (Immunitätseinrede) zu Lasten des Opfers zu verschaffen, ist Ausdruck der gestiegenen Bedeutung des Menschenrechtsschutzes, gegenüber dem auch der Souveränitätsanspruch des Staates zurückstehen muss. Wenn es auch noch keinen allgemeinen Konsens über den Ausschluss der Immunität bei Verletzung der Menschenrechte, von *ius cogens* oder bei Terrorakten gibt, so schält sich jedoch eine immer stärkere Tendenz in Rechtsprechung und Gesetzgebung heraus, in derartigen Fällen die Immunität der Staaten weiter zu begrenzen. Es führt in der Tat zu bizarren Ergebnissen und ist nicht mehr vermittelbar, dass sich der Staat bei seiner Geschäftstätigkeit im Interesse des internationalen Wirtschafts- und Handelsverkehrs nicht mehr auf seine Immunität berufen kann, ihm dieses Privileg aber nach wie vor bei kriminellen Machenschaften und verbrecherischen Aktivitäten im Rahmen seines politischen, d.h. „hoheitlichen Handelns“ eingeräumt werden soll. Die immer zahlreicher werdenden Ausnahmen von der Immunität in diesen Fällen signalisieren nicht nur eine generelle Auflösung des Immunitätsprinzips angesichts der Aufwertung der Menschenrechte, sondern auch eine universelle Akzeptanz dieser Entwicklung, die nicht nur auf die USA und Großbritannien beschränkt ist. Jüngstes Beispiel ist das Urteil des Obersten Kassationsgerichtshofs Italiens in der Sache Ferrini und die Bestätigung seiner Rechtsprechung in nachfolgenden Verfahren.¹⁸⁷

Diese Entwicklung mag noch nicht ausreichen, sich schon von der Immunität als notwendiges Element staatlicher Souveränität vollständig zu verabschieden, aber die Tendenz zeigt eher in die Richtung dorthin als zurück zur Wiederherstellung des alten Immunitätsprivilegs. Auf jeden Fall macht sie deutlich, dass auch die noch verbliebene Immunität bei Fällen „hoheitlichen Handelns“ immer seltener Schutz vor ausländischen Gerichten gibt und somit schon gar nicht mehr von einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel ausnahmsloser Immunität bei *acta iure imperii* gesprochen werden kann.¹⁸⁸

Unterstrichen wird dieser Befund dadurch, dass diese Tendenz älter ist als die hier zitierten Urteile und in die unmittelbare Nachkriegszeit zurückgeht, als die Fragen der Reparation und Entschädigung aus dem Zweiten Weltkrieg noch virulent waren. So hat bereits 1951 der englische Völkerrechtler und ehemalige Richter am Internationalen Ständigen Gerichtshof in Den Haag Sir Hersch Lauterpacht die Meinung vertreten:

¹⁸⁷ Vgl. o. Anm. 26 ff.

¹⁸⁸ So auch K. E. Beys, Die Staatenimmunität unter dem Aspekt des Europäischen Rechts, in *Dike International* 2002, S. 916 ff., 922.

„Thus no legitimate claim of sovereignty is violated if the courts of a state assume jurisdiction over a foreign state with regard to contracts concluded or torts committed in the territory of the state assuming jurisdiction. On the contrary, the sovereignty, the independence and the equality of the latter are denied if the foreign state claims as a matter of right – as a matter of international law – to be above the law of state within the territory of which it has engaged in legal transactions or committed acts entailing legal consequences according to the law of that state.“¹⁸⁹

Und er fasst seine Ausführungen in dem kurzen Resümee zusammen:

„Both the limited degree of the usefulness of that distinction [zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii*, N.P.] for the future development of this branch of international law and its significance as implying the elimination of the principle of immunity as a general rule of international law have been indicated in the article above.“¹⁹⁰

Damals konnte er sich für seine Aussage über die „Beseitigung des Immunitätsprinzips“ allenfalls auf die Praxis Belgiens und Italiens stützen, während er die besonders strengen Vertreter der Immunität wie USA und Großbritannien als „increasingly precarious exceptions“¹⁹¹ kritisierte. Fünfzig Jahre später ist von der orthodoxen Position nichts mehr übrig geblieben. Im Gegenteil, die USA und Großbritannien, aber auch die EU waren es, die durch ihre Gesetze und Rechtsprechung die Erosion des Immunitätsprinzips bis zu seiner Beseitigung vorangetrieben haben.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung lassen sich folgende Ergebnisse zusammenfassen:

1. Ein allgemein gültiger gewohnheitsrechtlicher Satz, dass Staaten gegenüber Klagen ausländischer Bürger durch die Einrede der Immunität in jedem Fall geschützt sind, hat im Völkerrecht des 20. Jahrhunderts nicht mehr bestanden.

2. Die Einbeziehung der Staaten in den internationalen Wirtschafts- und Handelsverkehr sowie die gesteigerte Bedeutung der Menschenrechte und der Ausbau des Menschenrechtsschutzes haben die zunehmende Beschränkung der Immunität der Staaten bewirkt.

3. Die Beschränkung der Immunität gilt aber nicht nur für geschäftsförmiges Verhalten des Staates im allgemeinen Wirtschaftsverkehr (*acta iure gestionis*), sondern auch für hoheitliches Handeln (*acta iure imperii*) im weitesten Rahmen von Menschenrechtsverletzungen. Die alte Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* ist hinsichtlich der Immunitätsfrage zumindest durchlässig geworden

4. Die fortschreitende Erosion des Immunitätsprinzips ist nicht auf die USA beschränkt, sondern hat sich allmählich universell durchgesetzt.

¹⁸⁹ H. Lauterpacht, Jurisdictional Immunities of Foreign States, in: British Yearbook of International Law 28 (1951), 229.

¹⁹⁰ Id., S. 272.

¹⁹¹ Id., S. 272.

5. Im Bereich hoheitlichen Handelns versagt die Einrede der Immunität bei schweren Delikten und terroristischen Handlungen, zu denen insbesondere auch Kriegsverbrechen gehören.

6. Kriegsverbrechen sind staatliches Handeln unter Verletzung des humanitären Völkerrechts, für die keine Immunität beansprucht werden kann. Sie sind zu unterscheiden von militärischem Handeln, dessen Zerstörungen sich innerhalb des humanitären Völkerrechts bewegen und für die Immunität beansprucht werden kann.

7. Diese Ausnahmen von der Immunität sind auch insofern auf Schadensereignisse von vor 60 Jahren anwendbar, als ihrer prozessualen Geltendmachung in der Zwischenzeit Umstände entgegenstehen, die einvernehmlich zwischen dem Gläubiger- und Schuldnerstaat geschaffen worden sind.

8. Ein ausländisches Urteil, welches auf diesen Grundsätzen aufbaut und der beklagten Bundesrepublik die Einrede der Immunität verwehrt, hält sich im Rahmen des geltenden Völkerrechts. Ihm kann eine Vollstreckbarkeitserklärung nach deutschem Recht nicht mit dem Vorwurf völkerrechtswidriger Nichtbeachtung des Immunitätsschutzes verwehrt werden.

9. Die Überprüfung ausländischer Urteile im Rahmen des *Ordre Public* erstreckt sich lediglich auf eindeutige Rechtsverstöße, die mit der eigenen Rechtskultur nicht vereinbar sind. Unterschiedliche Interpretationen und Rechtsauffassungen im Rahmen des geltenden Völkerrechts spielen dabei keine Rolle.

Summary

The immunity of states from foreign lawsuits is a direct expression of the sovereignty of states. It is, however, limited to acts by sovereign authority (*acta iure imperii*) and is not in conflict with lawsuits against acts by management authority (*acta iure gestionis*). Therefore, acts by sovereign authority are out of reach of the jurisdiction of another state, opposed to acts by non-sovereign authority, i.e. commerce or economic transactions. This strict distinction has been questioned in recent publications and breached by several laws and court decisions. Well-known amongst these court decisions is the judgement of the Greek Areopag in the so-called *Distomo* lawsuit, which convicted the Federal Republic of Germany to pay compensations for severe war crimes and crimes against humanity committed by the SS and the Wehrmacht. The inquiry at hand supports the emerging tendency to approve the submission of such crimes and severe violations of human rights to foreign courts, and not to let them fail on the ground of the sovereignty of the state.

The controversial positions that the highest courts of Greece, Germany and Italy assumed in regard to this issue, lead to the conclusion that the judgements of the Greek court cannot generally be qualified as illegal. Yet, only judgements which are considered illegal with absolute certainty defy the German *Ordre Public* and must not be recognized and carried out.

This study outlines the development from an absolute immunity to a limited immunity, which prevailed in numerous codifications since the early seventies, especially in Europe, the United States and Great Britain. It goes along with a limitation of the sovereignty of

states, especially in the field of international trade and economy. This is a proceeding trend; particularly the appreciation of the preservation of human rights further limited the sovereignty of the states. Moreover, the options of implied waiver and forfeiture are being discussed as further limitations of immunity.

The most frequent offence clauses which are grounded on international laws of immunity imply a further erosion of the protection of immunity. Highly controversial within this debate is the question, if this includes war crimes as well. This study, however, concludes that these clauses, likewise the terrorism clauses, can be applied to severe war crimes as committed in Distomo. This is also not invalidated by the prohibition of ex post facto laws.