

Gerechtigkeit oder Populismus?

Vortrag („key-note speech“) vom 2. Juli 2004 anlässlich der Feier zum zehnjährigen Bestehen des Menschenrechtszentrums der Universität Potsdam

Christian Tomuschat, Humboldt-Universität zu Berlin

Vor wenigen Tagen sprach ein Arbeitsgericht (Conseil des prud'hommes) in dem beschaulichen Städtchen Draguignan in der Provence einem ehemaligen französischen Zwangsarbeiter auf seine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland einen erheblichen Geldbetrag zu, nicht weniger als 276.224 Euro: 76.224 Euro als Arbeitsentgelt und 200.000 Euro als Ausgleich für immateriellen Schaden. Das Gericht berief sich nach einem in der Zeitung „Libération“ erschienenen Artikel auf die neue französische Zivilprozessordnung, auf das „règlement“ des Europarats (?), auf den Nürnberger Prozess wie auch auf die Gesetze der Vichy-Regierung. Ist es nicht recht und billig, einem Manne, dem seinerzeit in den Jahren 1943 bis 1945 bitteres Unrecht widerfahren war, endlich Genugtuung zukommen zu lassen? Ist es nicht eine elementare Forderung der Gerechtigkeit, dass erlittene Schäden ausgeglichen werden? Louis Rougé, heute 82 Jahre alt, war als junger Mann von 20 Jahren als Angehöriger der Résistance von der französischen Vichy-Miliz aufgegriffen worden und nach Kiel verschickt worden, wo er in einem Eisenbahnreparaturwerk arbeiten musste, ehe er endlich im Mai 1945 befreit wurde. Die Bundesrepublik Deutschland war in dem Verfahren nicht beteiligt, sie hat offenbar angekündigt, sie werde Rechtsmittel einlegen und sich auf die ihr zustehende Immunität berufen.

Wenige Monate zuvor hatte der italienische Kassationshof eine ähnliche Entscheidung erlassen. Mit Urteil vom 11. März 2004 setzte sich das Gericht in einem ebenfalls von einem ehemaligen Kriegsoffer angestregten Verfahren über den Einwand des deutschen Staates hinweg, die Klage müsse an dem Grundsatz der Immunität scheitern. Der Kläger, Luigi Ferrini, heute 78 Jahre alt, wurde im August 1944 zur Zwangsarbeit von Italien nach Deutschland verbracht, wo er in der Rüstungsindustrie zum Einsatz kam. Seinen Angaben nach wurde ihm in dem Lager, wo er untergebracht war, eine allen Regeln der Menschlichkeit hohnsprechende Behandlung zuteil. Was also lag näher, als ihm nun endlich Gerechtigkeit widerfahren zu lassen?

Bekannt ist im übrigen, dass der griechische Areopag in einem Urteil vom 4. Mai 2000 in der Distomo-Sache¹ ebenfalls den Standpunkt eingenommen hat, dass Deutschland der Einwand der Immunität nicht zur Seite stehe. Distomo ist der Name eines Ortes in Griechenland, der Deutschland heute noch Schande macht. Nach dem Überfall einer griechischen Partisaneneinheit auf deutsche Truppenverbände war von einer Einheit der Waffen-SS in dem Ort ein Massaker angerichtet worden, dem vor allem Frauen, Kinder und Greise, insgesamt über 300 Personen, zum Opfer fielen. Griechischen Gerichten fiel es schwer, die in den 90er Jahren von den Hinterbliebenen erhobenen Klagen als unzulässig abzuweisen. Auch der Areopag segelte auf dieser Welle mit. Eine Zeitlang sah es so aus, als ob aus dem rechtskräftigen Endurteil in das Goethe-Institut in Athen vollstreckt werden würde. In letzter Minute konnten diese Versuche abgewendet werden. Im übrigen erklärte später (Urteil vom 17. September 2002) das Oberste griechische Sondergericht, dass nach wie vor am Grundsatz staatlicher Immunität festzuhalten sei.

In allen drei Fällen stand in der Tat der Zulässigkeit der in einem fremden Staat gegen Deutschland erhobenen Klage der klassische Grundsatz der Immunität entgegen. Kann aber dieser Grundsatz von einem Staate geltend gemacht werden, der sich selbst in schwerster Weise gegen das Recht vergangen hat? Ist nicht die Immunität eine Gabe des Rechts, die ebenfalls Rechtstreue voraussetzt? Der italienische Kassationshof geht diesen Argumentationsweg. Er weist auf neuere Rechtsentwicklungen hin, vor allem auf das Aufkommen der Rechtsfigur des *jus cogens* wie auch auf die Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und schließlich auch auf eine im Jahre 1996 erlassene Bestimmung des amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act, wonach „rogue States“ im Hinblick auf Folter, außergerichtliche Hinrichtung, Flugzeug-Sabotage und Geiselnahme die Immunität abgesprochen wird.

Die Verschleppung von Luigi Ferrini nach Deutschland wertet der Kassationshof in der Tat als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Von diesen Prämissen aus ist es nur noch ein kurzer Schritt bis zu der These, dass die Immunität weichen müsse. Geht man von einer hierarchischen Ordnung im Völkerrecht der Gegenwart aus, die nach Wertstufen gegliedert ist, so hat die Immunität keine großen Chancen. Sie erscheint eher als „technischer“ Rechtssatz, als ein Attribut des souveränen Staates, das selbstverständlich gegenüber jedem anderen Rechtssatz zurücktreten muss, hinter dem höherwertige Rechte und Interessen stehen.

¹ Kurze Schilderung in ILM 42 (2003), S. 1027.

In der Tat schützen die Regeln des humanitären Rechts das Leben, die körperliche Integrität und die Freiheit der menschlichen Person, Rechtsgüter, die besondere Hochachtung verdienen. Es erscheint auf den ersten Blick eigentlich nur natürlich, dass im Konfliktfall den auf dem Spiel stehenden Individualrechten der Vorrang gebühren muss.

Es ist deutlich, dass in den geschilderten Fällen die Richter unter starkem emotionalem Druck standen. Kann man eigentlich einer „gerechten“ Klage den Erfolg versagen? Niemand wird behaupten wollen, dass die Richter nicht nach bestem Wissen und Gewissen entschieden hätten. Aber liegt nicht auch für sie in einem solchen Falle eine gewisse Versuchung darin, sich zu profilieren, zu zeigen, dass sie in der Lage sind, sich über ein bloß „formales“ Recht hinwegzusetzen? Muss man nicht in einer Ausnahmesituation auch außergewöhnliche Entscheidungen treffen können? Carl Schmitt wird meist nur für einen von der Exekutive festgestellten Ausnahmezustand ins Spiel gebracht. Hier stellt sich die Frage, ob nicht auch der Richter aufgerufen ist, unter ungewöhnlichen Umständen ungewöhnlich zu handeln.

Ruhige Überlegung erweist, dass die Dinge etwas komplexer sind, als sie jüngst das Arbeitsgericht in Draguignan und der Kassationshof in Rom angenommen haben. Während man in der Entscheidung aus Draguignan offenbar vergeblich nach einer kohärenten Argumentation sucht, hat man sich in Rom schon bemüht, den eigenen Standpunkt zu untermauern. Aber es ist doch eher ein Potpourri unterschiedlicher Gründe zustande gekommen. Das Gericht stützt sich im wesentlichen auf die unmittelbar kraft Völkerrechts bestehende Strafbarkeit von Tätern schwerer Verbrechen. Schon hier wird man stutzig, denn es ist doch offensichtlich eine elementare Notwendigkeit, zwischen Einzelpersonen und ihrem Staatsverband zu unterscheiden. Niemand kann Einwendungen dagegen haben, dass einem Übeltäter der Prozess gemacht wird. Es handelt sich um seine eigene Verantwortlichkeit. Er muss für die von ihm selbst begangenen Taten einstehen. Aber die Zurechnung zu einem Staat als juristischer Person muss nicht genau derselben Sachlogik folgen. Denn wenn ein Staat haftbar gemacht wird, werden dabei auch Personen in die Verantwortung gezogen, die mit der strafbaren Handlung nichts zu tun haben, eben das gesamte Kollektiv, das unter dem Namen „Staat“ erfasst wird, in den vorliegenden Fällen mitsamt den Gegnern und Opfern des nationalsozialistischen Regimes. Man muss aus diesem Grunde genau nachdenken über die Möglichkeiten – und Unmöglichkeiten – einer Zurechnung und kann sich nicht allein auf die Perspektive des Einzelfalls beschränken.

Aber wie steht es vor allem mit dem *jus-cogens*-Argument? Ist nicht dieses Argument schlagkräftig und kaum zu widerlegen? Auch hier ist eine scharfe Analyse hilfreich. Verbindlich war schon zu der Zeit des II. Weltkrieges der Rechtssatz, dass niemand, keine Zivilperson, aus ihrer Heimat verschleppt werden darf, auch nicht während eines bewaffneten Konflikts. Nach Art. 46 der Haager Landkriegsordnung, des damals maßgebenden Rechtsregimes, waren die Grundrechte der Bürger in einem besetzten Gebiet zu achten. Vor allem diese Vorschrift stand einer Verschleppung entgegen. Im Nürnberger Prozess wurde deswegen auch „enslavement“ und „deportation ... committed against any civilian population“ als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gewertet. Von *jus cogens* sprach bis zum Jahre 1945 außer einigen akademisch tätigen Völkerrechtlern niemand. Aber die für Nürnberg statuierte Strafbarkeit zeigt, dass das Verschleppungsverbot eine besondere Kategorie der Höherrangigkeit aufweist.

Freilich: Man muss zwischen einem Satz des *jus cogens* und seinen Rechtsfolgen unterscheiden. *Jus cogens* – gehen wir von der heutigen Klassifizierung aus – war der Satz: niemand darf verschleppt werden. Würden heute zwei Staaten einen Vertrag abschließen, der die Vertreibung oder Verschleppung einer bestimmten Volksgruppe vorsieht, so wäre ein solcher Vertrag nichtig. Dieses ist eine Rechtsfolge. Darüber ist man sich allgemein einig. Es ist zwei oder mehr Staaten untersagt, sich durch Vertrag auf die Verfolgung von Zielen zu einigen, welche von der Völkerrechtsordnung als verbrecherisch betrachtet werden. Daraus folgt aber nicht, dass nun alle anderen traditionellen Regeln über die juristische Bewertung völkerrechtlicher Delikte ebenfalls zurücktreten müssten. Die Bewertung einer Handlung als verbrecherisch ist eine Sache – die Ableitung von Rechtsfolgen aus dieser Handlung ist eine andere Sache. So ist etwa die internationale Gemeinschaft in ihrem Urteil über die humanitäre Intervention zu Recht sehr zurückhaltend. Die Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens führt nicht automatisch zum Verlust der Rechte, die aus dem Prinzip der souveränen Gleichheit folgen: nach wie vor steht auch ein Staat, der sich eines völkerrechtlichen Verbrechens schuldig gemacht hat, unter dem Schutz des Gewaltverbots – wenn nicht das verbrecherische Treiben ein schlechthin unerträgliches Ausmaß erreicht hat. Auch für die Zulässigkeit von Klagen vor dem Internationalen Gerichtshof gilt Ähnliches: das Prinzip, dass die Zuständigkeit internationaler Gerichte auf Konsens beruht, wird nicht außer Kraft gesetzt. Einen Staat, der ein Genozid begangen hat, kann man nicht einfach vor dem IGH verklagen, es sei denn, der Beklagte habe die Genozid-Konvention aus dem Jahre 1948 ratifiziert und damit die Zuständigkeitsklausel des Art. IX der Konvention angenommen. Mit anderen

Worten, es muss in jedem einzelnen Falle sorgfältig geprüft werden, ob die behauptete Rechtsfolge aus der Verletzung einer Primärnorm des *jus cogens* mit zwingender Notwendigkeit aus dieser Primärnorm abgeleitet werden kann.

Wie steht es in dieser Hinsicht mit der staatlichen Immunität? Ist sie wirklich nur eine technische Norm, die man ohne viel Federlesens ins Abseits stellen kann? Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass grundsätzlich jedenfalls nach dem Recht, das in den Jahren von 1939 bis 1945 galt, kein Staat für schadensverursachende hoheitliche Handlungen den betroffenen ausländischen Privatpersonen unmittelbar haftete. Vielmehr waren Verletzungen der geltenden Regeln des humanitären Rechts im Verhältnis von Staat zu Staat nach den Regeln der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit geltend zu machen. Auf dieser Ebene wurden generell die Folgen eines Krieges bereinigt, vor allem deshalb auch, weil sich die Folgen einer bewaffneten Auseinandersetzung mit ihren vieltausendfachen Auswirkungen rein faktisch gar nicht im Wege von Individualklagen bereinigen lassen. Bis heute hat sich im übrigen eine abweichende Praxis, welche den vom IGH aufgestellten Kriterien für einen neuen Gewohnheitsrechtssatz genügt, nicht gebildet – wenn man davon ausgeht, und man darf wohl davon ausgehen, dass ein Federstrich des Gesetzgebers der USA nicht sogleich in der internationalen Gemeinschaft neues Recht schafft.

Im Hinblick auf Deutschland ist das klassische Verfahren auch nach dem II. Weltkrieg eingeschlagen worden. Schon im Potsdamer Abkommen, wenige Schritte von hier entfernt, legten die Siegermächte fest, dass die kollektive staatliche Einheit Deutschland den Siegermächten – wiederum als kollektiven Einheiten – durch Reparationen Ersatz zu leisten habe. Industrierwerke wurden in Deutschland abgebaut, das gesamte deutsche Auslandsvermögen wurde beschlagnahmt, und schließlich musste Deutschland im Zwei-plus-Vier-Vertrag von 1990 zur Wiedererlangung der staatlichen Einheit auf rd. 100.000 qkm deutschen Gebiets verzichten. Ganz offensichtlich lag diesen Maßnahmen die Prämisse zugrunde, dass damit die Kriegsschäden abgegolten werden sollten. Die Immunität darf man in diesem Zusammenhang als ein Hilfsinstrument sehen, welches sicherstellt, dass in der Tat die Auseinandersetzung über den Ersatz der Kriegsverluste auf die völkerrechtliche Ebene beschränkt bleibt, wo ein angemessener Ausgleich erfolgen kann.

Würde man jetzt die Tore der nationalen Gerichte für Klagewillige öffnen, so würde Deutschland 60 Jahre nach Kriegsende nochmals zur Wiedergutmachung herangezogen. Aber

nicht nur dies. Was ausländischen Klägern recht ist, müsste deutschen Klägern billig sein. So könnten die Hinterbliebenen sowjetischer Kriegsgefangener, die in Deutschland infolge der unsäglichen Befehle des Oberkommandos der Wehrmacht zu Tode gekommen sind, vor russischen Gerichten gegen Deutschland klagen, deutsche Kriegsgefangene, die lange Jahre nach Kriegsende noch irgendwo in Sibirien Zwangsarbeit leisten mussten, würden vor deutschen Gerichten klagen, Opfer deutscher Luftangriffe auf England wären berechtigt, vor britischen Gerichten Schadensersatzklagen anzustrengen, die Opfer von Bombenangriffen auf die Zivilbevölkerung in Hamburg und Dresden würden in Deutschland die Gerichte bemühen. Man könnte sich im übrigen vorstellen, dass die Opfer westlicher Kolonialherrschaft in Afrika beginnen würden, in ihren Heimatstaaten ebenfalls den Rechtsweg zu beschreiten. Kurzum, ein infernalischer Tanz würde losgetreten, der zwar den Anwälten nützen, im übrigen aber nur Unfrieden stiften würde, da selbstverständlich keiner der Verurteilten bereit wäre, die gegen ihn ergangenen Entscheidungen zu honorieren.

Gut gemeint mögen die drei eingangs genannten Urteile sein. Aber gut gemeint ist nicht gut. Die klassische Methode der Streitregelung im Verhältnis von Staat zu Staat hat ihren deutlichen Sinn. Jedenfalls das Massenunrecht lässt sich mit individuellen Streitverfahren nicht bereinigen, zumal auch die kollektive Bereinigung Züge eines im Völkerrecht an sich nicht existierenden Konkursverfahrens trägt. Mehr kann nicht verlangt werden, als was das Volk, das von seiner Führung in das Verderben gerissen worden ist, zu leisten vermag. Wer nur auf die individuelle Rechtsposition achtet, legt sich Scheuklappen an. Les droitsdel'hommistes n'ont pas raison, würde mein Kollege Alain Pellet sagen. Der Grundfehler liegt in der Annahme, dass es sich bei den Regeln über die Wiedergutmachung von Verletzungen des *jus cogens* ebenfalls um Normen des *jus cogens* handeln würde. Die hier einschlägigen Normen des *jus cogens* lauten: kein Zivilist darf in einem bewaffneten Konflikt bewusst zum Ziel militärischer Angriffe gemacht werden, niemand darf von einer Besatzungsmacht aus seinem Heimatland verschleppt werden. Welche Rechtsfolgen sich aber aus einem Verstoß gegen diese Primärnormen ergeben, ist eine andere Frage. Es bedarf sorgfältiger Abwägung, welche Sekundärnormen insoweit die angemessene Lösung bieten.

Lassen Sie mich einen Sprung machen und einen Blick auf die gegenseitige Extremposition werfen. Bekannt ist die Not der Gefangenen in dem Lager Guantánamo auf Kuba. Seit Anfang 2002 werden dort über 600 Personen festgehalten, meist ehemalige Taliban-Kämpfer und wohl auch eine Reihe von Anhängern der Terrorgruppe Al Kaida. Über Monate und Jahre

wurde den Betroffenen jeder Zugang zur Außenwelt verwehrt. Zunächst wurden nicht einmal die Angehörigen benachrichtigt. Kontakte zu Anwälten oder Gerichten wurden systematisch unterbunden. Die Betroffenen wurden so gehalten, als ob sie nur Treibgut, bloße Objekte, aber nicht menschliche Wesen wären. Als es dritten Personen gelang, einen Fall zumindest vor die amerikanischen Gerichte zu bringen, führte im Falle *Khaled A.F. Al Odah v. United States* das Bundesberufungsgericht in Washington in einem Urteil vom 11. März 2003 aus, dass in der Tat den Inhaftierten keinerlei Rechtsschutz zustehe. Über Seiten hinweg wurde ausgeführt, dass Guantánamo ein Teil von Kuba sei, demzufolge nicht US-amerikanischer Souveränität unterstehe und deshalb auch nicht in die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte falle. Diese Entscheidung liest sich, als ob die Richter nie in ihrem Leben etwas von dem Rechtsinstitut des Habeas Corpus gehört hätten – jenes Verfahrens, das eine gerichtliche Kontrolle jeder Freiheitsentziehung fordert und das man als eine der kräftigsten Wurzeln der Menschenrechtsbewegung überhaupt bezeichnen kann. So drängt sich die Frage auf: Hatten sich die Richter opportunistisch den Positionen der Regierung angepasst, oder hatten sie sich von patriotischer Begeisterung so sehr anstecken lassen, dass sie bereit waren, das Prinzip des richterlichen Rechtsschutzes auf dem Altar der Staatsraison zu opfern? Antworten auf diese Frage wird man nie erhalten. Fest steht nur, dass die Richter das Rechtsschutzbegehren der Inhaftierten mit reichlich fadenscheinigen Gründen abwiesen.

Glücklicherweise hat der Supreme Court dieser Flucht der richterlichen Gewalt aus der Verantwortung ein Ende bereitet und nunmehr durch Urteil vom 28. Juni vor wenigen Tagen eindeutig festgestellt, dass Guantánamo, da es unter „plenary and exclusive jurisdiction“ der USA stehe, auch der Aufsicht der amerikanischen Gerichte unterstehen müsse. Rechtsmittel gegen die weitere Inhaftierung dürfen also nicht *a limine* abgewiesen werden. Jede andere Entscheidung, wie sie insbesondere von dem dissentierenden Richter Scalia befürwortet wurde, der seine Kollegen mit rüden Worten kritisiert, wäre einer schweren Niederlage des Rechtsstaatsgedankens gleichgekommen. Freilich erklärt sich der Supreme Court mit einer fast lebenslänglichen Inhaftierung der Betroffenen einverstanden (Urteil *Hamdi*, S. 12), solange der Kampf gegen den Terror in Afghanistan nicht endgültig gewonnen ist. Hierzu ist freilich das letzte Wort noch nicht gesprochen, da der Supreme Court sich nur in allgemeinen Wendungen zu der einschlägigen Rechtsfrage äußert.

Da in diesem Raum zwei Personen anwesend sein, die früher dem Menschenrechtsausschuss nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte angehört haben, darf

kritisch im übrigen angemerkt werden, dass der Supreme Court den Pakt, den die USA im Jahre 1992 ratifiziert haben, mit keinem Wort erwähnt. Die gesamte Argumentation dreht sich um die Auslegung des amerikanischen Rechts, insbesondere des Urteils *Eisentrager* aus dem Jahre 1950 wie auch der Vorschrift des Gesetzes über Habeas Corpus (28 U.S.C. §2241), obwohl der Pakt zu solchen Fällen der Inhaftierung manches zu sagen hat (Artikel 9). Es liegt auf der Hand, dass die von den USA bei der Ratifikation des Paktes abgegebene Erklärung über dessen innerstaatliche Nichtanwendbarkeit zu einer ganz augenfälligen Völkerrechtsblindheit geführt hat. Auch wenn dem Pakt innerstaatlich eine Geltung unmittelbarer Art ermangelt, hätte er doch zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herangezogen werden können. Aber die völkerrechtlichen Verpflichtungen der USA, auch solche aus dem allgemeinen Völkerrecht, werden von allen Richtern bewusst – oder doch vielleicht nur unbewusst? - übergangen.

Es kann hier nicht darum gehen, die beiden Urteile *Rasul v. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* im einzelnen darzustellen. Festgehalten sei nur, dass endlich der Supreme Court dem Versagen der unteren Gerichte bis hinauf zur Ebene der Bundesberufungsgerichte ein Ende bereitet und damit das Ansehen der USA als Rechtsstaat gerettet hat.

Gibt es eine Lehre, die sich aus den geschilderten Fällen ziehen lässt? Meines Erachtens ja. Die Lehre ist einfach. Sie lautet, der Richter möge sich in einer rechtsstaatlichen Demokratie, wo er tatsächliche Entscheidungsfreiheit besitzt, weder von einer Woge patriotischer Emotionalität überrollen lassen noch eine Taktik schlauer Anpassung an populistische Strömungen einschlagen. Aber natürlich muss er auch in der Lage sein, die Tragweite seiner Entscheidungen überhaupt zu überblicken. So wird man die Entscheidung des Conseil des Prud'hommes aus Draguignan in einem milderen Lichte sehen als die Entscheidung des Bundesberufungsgerichts in Washington vom 11. März 2003 oder gar die Entscheidung des italienischen Kassationshofs vom 11. März 2004. Auch wenn man anerkennt, dass alles im Fluss ist, dass das Recht niemals stillsteht, sollte man doch nicht zögern, Verirrungen auch als solche zu bezeichnen. Der Sache der Menschenrechte ist am besten gedient mit der Normalität des Rechts. Der Sprung in den Ausnahmezustand sollte die Ausnahme bleiben.