

Archiv des Völkerrechts

Herausgegeben von
Sigrid Boysen · Markus Tobias Kotzur
Robert Uerpmann-Witzack

Claus Kreß

Die Aktivierung der Zuständigkeit
des Internationalen Strafgerichtshofs
für das Verbrechen der Aggression

Sebastian Rödl

Freiheit als Recht

Andreas Kulick

Die humanitäre Repressalie –
Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?

Johann Laux

A New Type of Evidence?

Jing Lu

Reflections on the Questions regarding
Chagos Archipelago Put to the ICJ



Band 56 Heft 3  September 2018

Herausgeberin und Herausgeber:

Professorin Dr. *Sigrid Boysen*, Hamburg; Professor Dr. *Markus Tobias Kotzur*, Hamburg;
Professor Dr. *Robert Uerpmann-Witzack*, Regensburg.

In Verbindung mit:

Professor Dr. *Thomas Bruha*; Professor Dr. Dr. h.c. (Univ. Athen) Dr. h.c. (Univ. Istanbul)
Philip Kunig; Dr. *Walter Rudolf*, Membre de l'Institut de Droit International, Professor
Dr. Dr. h.c. rer. publ. (Univ. St. Gallen) *Daniel Thürer*, Membre de l'Institut de Droit Inter-
national.

Ständige Mitarbeiter:

Professor Dr. *Wolfgang Benedek*, Graz; Professor Dr. h.c. *Jochen A. Frowein*, Membre de
l'Institut de Droit International, Heidelberg; Professor Dr. *Peter Hilpold*, Innsbruck; Pro-
fessor Dr. *Knut Ipsen*, ehem. Präsident des Deutschen Roten Kreuzes, Bochum; Professor
Dr. *Zdzisław Kędzia*, Genf; Professor Dr. *Paolo Picone*, Rom.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Redaktion
Sebastian von Massow, B.A. (Hons) (Oxon), G.D.L.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das
Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme
zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für
die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu
den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/avr.

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeit-
schrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte
wenden Sie sich an rights@mohrsiebeck.com. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen,
Beiträge und Berichte trägt ausschließlich der Verfasser die Verantwortung. Manuskript-
einsendungen sind zu richten an:

Redaktion Archiv des Völkerrechts
Institut für Internationale Angelegenheiten
der Universität Hamburg
Rothenbaumchaussee 33
20148 Hamburg

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang
zum Online-Volltext enthalten. Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um
Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: brixner@mohrsiebeck.com. Um
den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite:
www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatperso-
nen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel

© 2018 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen – Die Zeitschrift und alle in ihr enthalte-
nen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne die Zustimmung des Ver-
lags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N. Druck: Müller + Bass, Tübingen.
ISSN 0003-892X

Zitierweise: AVR

Archiv des Völkerrechts
56. Band · 3. Heft

Inhalt dieses Heftes

Abhandlungen

<i>Claus Kreß</i> : Die Aktivierung der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression	269
<i>Sebastian Rödl</i> : Freiheit als Recht	289
<i>Andreas Kulick</i> : Die humanitäre Repressalie – Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?	303
<i>Johann Laux</i> : A New Type of Evidence? Cyberinvestigations, Social Media, and Online Open Source Video Evidence at the ICC	324

Beiträge und Berichte

<i>Jing Lu</i> : Reflections on the Questions regarding Chagos Archipelago Put to the ICJ	361
---	-----

Besprechungen

<i>Frank Schorkopf</i> : Staatsrecht der internationalen Beziehungen Referent: <i>Jannis Lennartz</i>	380
<i>Sigrid Lorz</i> : Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten Referent: <i>Matthias Kloth</i>	382
<i>Tania Fabricius</i> : „Aufarbeitung von in Kolonialkriegen begangenen Unrecht. Anwendbarkeit und Anwendung internationaler Regeln des bewaffneten Konflikts und nationalen Militärrechts auf Geschehnisse in europäischen Kolonialgebieten in Afrika“ Referent: <i>Jörn Axel Kämmerer</i>	384
<i>Christy Shucksmith</i> : The International Committee of the Red Cross and its Mandate to Protect and Assist – Law and Practice Referent: <i>Linus Mübrel</i>	386

Abhandlungen

Die Aktivierung der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. CLAUS KRESS LL.M. (Cambridge)*
Professor an der Universität zu Köln, Direktor des Instituts
für Straf- und Strafprozessrecht und des Instituts
für Friedenssicherungsrecht

I. Versailles, Nürnberg, Tokyo und Rom: Erste Meilensteine auf einem langen Weg

Während einer Wahlkampagne im November 1918 erklärte der britische Premierminister David Lloyd George in einer Rede:

„Somebody... has been responsible for this war that has taken the lives of millions of the best young men in Europe. Is not one to be made responsible for that? All I can say is that if that is the case there is one justice for the poor and wretched criminal, and another for kings and emperors.“¹

Während die Botschaft des Premierministers Applaus unter seinen Zuhörern hervorrief, fiel die Reaktion der Diplomaten wenig enthusiastisch aus. In ihrem Bericht vom 29. März 1919 kam die Commission on the Responsibility of the Authors of the War and Enforcement of Penalties zu folgendem Ergebnis:

* Der Aufsatz ist in englischer Sprache unter dem Titel „On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression“ im *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), S. 1–17, erschienen. Der Verfasser dankt Oona Hathaway und Scott Shapiro für wertvolle Hinweise und Svenja Raube für ihre Hilfe bei der Erstellung der deutschen Fassung. Der Verfasser hat an den Verhandlungen zum Verbrechen der Aggression von 1998 an in den deutschen Regierungsdelegationen beratend mitgewirkt. Die in diesem Aufsatz zum Ausdruck gebrachten Überzeugungen müssen den offiziellen deutschen Positionen indessen nicht in jedem Punkt entsprechen.

¹ Der erste Teil dieses Aufsatzes greift Teile (und dort ausgewiesene Zitate) aus *C. Kreß*, Introduction: The Crime of Aggression and the International Legal Order, in *C. Kreß/S. Barriga* (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary* (2017), Band 1, S. 1–18, auf. Den frühen Teil der internationalen Debatte über das Thema behandelt die ausgezeichnete Monographie von *K. Sellars*, *Crimes Against Peace and International Law* (2013) eingehend.

„The premeditation of a war of aggression, dissimulated under a peaceful pretence, then suddenly declared under false pretexts, is conduct which the public conscience reprovcs and which history will condemn, but by reason of the purely optional character of the institutions at The Hague for the maintenance of peace ... a war of aggression may not be considered as an act directly contrary to positive law, or one which can be successfully brought before a tribunal such as the Commission is authorized to consider under its terms of reference.“

Diese Feststellung, die im Einklang mit der wohl überwiegender Völkerrechtslehre des 19. Jahrhunderts stand, deutete das Scheitern des ersten Versuchs bereits an, einen Präzedenzfall für die internationale Kriminalisierung des Angriffskriegs zu schaffen.² Doch dieses Scheitern war zugleich der Prolog für fruchtbare Debatten in der Zwischenkriegszeit und die Prozesse nach dem Zweiten Weltkrieg.

Schon die Commission on Responsibilities hatte ihrer trockenen Schlussfolgerung zum geltenden Recht den Hinweis angefügt: „It is desirable that for the future penal sanctions should be provided for such grave outrages against the elementary principles of international law.“ In der Zwischenkriegszeit wurde dieser Wunsch von derjenigen Bewegung von Gelehrten aufgegriffen, die entscheidend zur Herausbildung der Wissenschaft vom Völkerstrafrecht beigetragen haben. Das Verbrechen der Aggression nahm eine herausragende Stellung insbesondere in Vespasian Pellas „Plan d'un code repressif mondial“ (1935) ein. Allerdings stellte Pella selbst rückblickend fest: „States did almost nothing between the two wars to bring about an international system of justice.“ Auch Großbritannien hatte sich in dieser Zeit zu den Skeptikern gesellt. 1927 erklärte der britische Außenminister Austen Chamberlain im House of Commons, dass eine Definition der Aggression auf eine „Falle für den Unschuldigen und einen Wegweiser für den Schuldigen“ („a trap to the innocent and a signpost for the guilty“) hinauslaufen würde.³ Indessen markierte der Kellogg-Briand Pakt auf der zwischenstaatlichen Ebene 1928 den Übergang des *ius ad bellum* zu einem *ius contra bellum*.⁴ Der Pakt verabschiedete sogar die Idee, dass die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs als solche einen gerechten Grund, eine *iusta causa*, für die Kriegführung darstellen könnte, aus dem positiven Völkerrecht. Dieser völkerrechtliche Vertrag fand großen Anklang und trat bereits 1929 in Kraft.

² Für einen schönen Beitrag über diesen ersten Versuch, siehe *K. Sellars*, *The First World War, Wilhelm II and Article 227: The Origin of the Idea of Aggression in International Criminal Law*, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 19–48.

³ Dieses Zitat hat Berühmtheit erlangt. *M. Koskeniemi* greift es in seinen jüngsten Überlegungen zum Thema bereits im Titel auf; siehe *dens.*, „A trap for the Innocent...“, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1359–1385.

⁴ Dieser ist das Herzstück des faszinierenden und zuletzt intensiv diskutierten Buchs von *Oona A. Hathaway* und *Scott J. Shapiro*, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (2017).

Als am Ende des 2. Weltkrieges die Entscheidung fallen sollte, die Beteiligung an Deutschlands Angriffskriegen zum Gegenstand strafrechtlicher Verfolgung zu machen, wurde der Pakt zum rechtlichen Bezugsdokument. Die Tatsache, dass dieser keine strafrechtliche Sanktion vorsah, war den Beteiligten dabei natürlich bewusst. Doch nun behielt der völkerrechtspolitische Wille der Siegermächte, einen schöpferischen Präzedenzfall zu schaffen, die Oberhand. Vor dem Nürnberger Tribunal brachte der britische Chefankläger Hartley Shawcross dies wie folgt zum Ausdruck: „If this be an innovation, it is an innovation which we are prepared to defend and justify.“ Und Robert Jackson, der charismatische US-Chefankläger, der eine zentrale treibende Kraft hinter dem zu schöpfenden Präzedenzfall war, gab das berühmte Versprechen ab: „And let me make clear that while this is first applied against German aggressors, the law includes, if it is to serve a useful purpose it must condemn, aggression by other nations, including those which sit here now in judgment.“ Die britische Delegation in Nürnberg konnte sich durch eine nur kurze Zeit zurückliegende, eindrucksvolle Stellungnahme ihres Beraters Hersch Lauterpacht (der im Begriff war, sich als ein weltweit führender Völkerrechtler zu etablieren) ermutigt fühlen: „The law of any international society worthy of the name must reject with reprobation the view that between nations there can be no aggression calling for punishment.“ Die Verteidigung antwortete mit einer Berufung auf das Legalitätsprinzip. Nicht ohne Eloquenz plädierte der Kölner Völkerrechtslehrer Hermann Jahrreiß wie folgt:

„[T]he regulations of the [London] Charter negate the basis of international law, they anticipate the law of a world state. They are revolutionary. Perhaps in the hopes and longings of the nations the future is theirs. The lawyer, and only as such may I speak here, has only to establish that they are new, revolutionarily new. The laws regarding war and peace between states had no place for them – *could* not have any place for them. Thus they are criminal laws with retroactive force.“

Doch wie vielleicht zu erwarten war, befürwortete das Nürnberger Urteil mit Nachdruck den Standpunkt der Anklage. Das Gericht erklärte sogar: „To initiate a war of aggression... is not only an international crime; it is the supreme international crime...“⁵

Nachdem das Nürnberger und das ihm nachfolgende Tokyoter⁶ Urteil die Völkerstraftat der Führung eines Angriffskriegs gemeinsam mit der Bestätigung der Nürnberger Prinzipien durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen herauskristallisiert hatten, sollten die Entwicklun-

⁵ Für eine umfassende Auswertung der Nürnberger und Tokyoter Urteile sowie der Urteile in den Nachfolgeprozessen im Hinblick auf die crimes against peace, siehe C. McDougall, *The Crimes against Peace Precedent*, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 49–112.

⁶ Das Tokyoter Urteil erging zur Frage des Angriffskriegs anders als sein Nürnberger Vorläufer nicht einstimmig, und auch die abweichenden Voten von Tokyo sind Teil des langen Wegs nach New York. Für eine eingehende Analyse, siehe K. Sellars, *The Legacy of the Tokyo Dissents on Crimes against Peace*, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 113–141.

gen über die folgenden Jahrzehnte hinweg wieder größere Ähnlichkeit mit dem Zustand in der Zwischenkriegszeit annehmen. Die Satzung der Vereinten Nationen (SVN) hatte das Verbot des Kriegs zwar bereits 1945 zum völkerrechtlichen Gewaltverbot erweitert und sich überdies angeschickt, dieses Verbot durch ein – gegenüber demjenigen der Völkerbundsatzung anspruchsvolleres – System der kollektiven Sicherheit weiter zu befestigen. Aber an einem internationalen Instrumentarium, um die junge völkerstrafrechtliche Norm gegen den Angriffskrieg zur Anwendung zu bringen, sollte es bis auf Weiteres ebenso fehlen wie an einer entsprechenden nationalen Strafverfolgungspraxis. In den 1950er Jahren hatte Bert Röling, der niederländische Richter am Tokyoter Tribunal, die pessimistische Stimmung der Zeit auf den Punkt gebracht: „It would be a remarkable and astonishing thing: to find a generally acceptable definition of aggression.“ Das Jahr 1974 widerlegte Rölings Skepsis nicht, obwohl der Generalversammlung am 14. Dezember desselben Jahres die Annahme ihrer Resolution 3314 im Konsens gelang.⁷ Denn die Definition der Aggression, die im Anhang der Resolution enthalten ist, erweist sich bereits bei etwas näherer Betrachtung als ein Dokument von beträchtlicher konstruktiver Ambiguität.⁸ In unserem Zusammenhang ist besonders bedeutsam, dass zwischen Angriffshandlung i.S.d. Art. 39 der SVN und Angriffskrieg unterschieden wird und dass nur letzterer Begriff in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 des Anhangs zu Resolution 3314 mit der Idee der Völkerstrafbarkeit in Verbindung gebracht wird. Der hiernach für das Völkerstrafrecht ganz offenbar zentrale Begriff des Angriffskriegs wurde aber 1974 ebenso wenig definiert, wie die historischen Präzedenzfälle eine ausdrückliche Definition hervorgebracht hatten. Rölings Skepsis sollte selbst in den 1990er Jahren nachhallen, als das Völkerstrafrecht im Übrigen seine Renaissance erlebte. Denn diese umfasste das Nürnberger und Tokyoter Erbe des „Verbrechens gegen den Frieden“ zunächst nicht bzw. nur rudimentär. Die Satzungen der internationalen Straftribunale für das frühere Jugoslawien (1993) und Ruanda (1994) führten ein solches Verbrechen nicht einmal auf. Und 1998 in Rom wurde das Verbrechen der Aggression, (so) wie das Verbrechen gegen den Frieden heute genannt wird, nur dank eines Kompromisses in allerletzter Minute, der auf einen Vorschlag der Bewegung der Blockfreien Staaten⁹

⁷ Definition of Aggression, GA Res. 3314 (XXIX), 14 December 1974.

⁸ Eingehend *T. Bruha*, The General Assembly's Definition of the Act of Aggression, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 142–177.

⁹ Amendments Submitted by the Movement of Non-Aligned Countries to the Bureau Proposal (A/CONF.183/C.1/L.59), 14. Juli 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.75, abgedruckt in: *S. Barriga/C. Krefß*, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* (2012), S. 315. Die arabischen Staaten (erinnert sei bei dieser Gelegenheit vor allem an das Wirken von Prof. Mohammed Aziz Shukri von der Universität Damaskus) waren seinerzeit besonders aktiv gewesen. Die arabischen Staaten dürfen nun daran erinnert werden, dass sie zum damaligen Zeitpunkt wiederholt äußerten, dass die fehlende Zuständigkeit des Gerichtshofs

zurückzuführen ist, überhaupt in Art. 5 Abs. 1 d) des IStGH-Statuts aufgenommen. Dabei machte der zweite Absatz von Art. 5 IStGH-Statut in dessen ursprünglicher Fassung deutlich, dass der IStGH erst noch ermächtigt werden musste, seine Zuständigkeit für dieses Verbrechen tatsächlich auszuüben.¹⁰ Denn einmal mehr hatte sich eine Übereinkunft über eine Definition des Verbrechens als unmöglich erwiesen.¹¹

II. Liechtensteins Auftritt: Princeton und Kampala

Die ganz große Mehrheit der Staaten war allerdings nicht dazu bereit, auf Dauer zu akzeptieren, dass das Verbrechen der Aggression – für die Zwecke der Praxis – vom *corpus* der Völkerstrafataten ausgenommen bleiben sollte. Seit 2003¹² machten sich Liechtensteins Ständiger Vertreter bei den Vereinten Nationen, Botschafter Christian Wenaweser, und sein Rechtsberater Stefan Barriga mit der Unterstützung einer ganzen Reihe illustrier Persönlichkeiten, darunter allen voran der unerschütterliche ehemalige Nürnberger Ankläger Benjamin Ferencz¹³ und Jordaniens¹⁴ eindrucksvoller Diplomat, Botschafter Prinz Zeid Ra’ad Al Hussein (seit 2014 ist er Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte), mit

über das Verbrechen der Aggression ein wichtiges Hindernis für sie darstelle, das IStGH-Statut zu ratifizieren. Für eine detaillierte Analyse der politischen Position arabischer Staaten, siehe *M.M. El Zeidy*, *The Arab World*, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 960–992.

¹⁰ Ziffer 7 der Schlussakte der Rom-Konferenz (UN Doc. A/CONF.183/13, 17. Juli 1998, abgedruckt in: *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 331) erteilte der Vorbereitungskommission für den IStGH das Mandat, „(an) acceptable provision on the crime of aggression for inclusion in this Statute“ vorzubereiten.

¹¹ Für eine detaillierte Darstellung der Verhandlungen während der Rom-Konferenz, siehe *R.S. Clark*, *Negotiations on the Rome Statute*, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 244–270. Für eine Dokumentation der Diskussion und der eingereichten Vorschläge zwischen 1995 und 1998, siehe *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 201–331.

¹² Kein wesentlicher Fortschritt war zwischen 1998 und 2002 erzielt worden. Die Arbeit während dieser Jahre schildert *R.S. Clark*, *Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 859–890, und sie ist dokumentiert in *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 334–419.

¹³ *B.B. Ferencz’ monumentale Dokumentation Defining International Aggression – The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis* (2 Bände, 1975) ist ein Standardwerk. Für Bens bewegenden persönlichen Rückblick auf den langen Weg, siehe *B.B. Ferencz*, *Epilogue. The Long Journey to Kampala: A Personal Memoir*, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1501–1519. Bens Sohn, Professor Donald Ferencz, Gründer des *Global Institute for the Prevention of Aggression*, hat zwischenzeitlich die Fackel von seinem Vater übernommen und den Verhandlungen vor allem in ihrer Schlussphase zahlreiche Beiträge gewidmet. Für Dons Darstellung der Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression, siehe *D.M. Ferencz*, *Aggression Is No Longer a Crime in Limbo*, *FICHL Policy Brief Series* Nr. 88 (2018).

¹⁴ Jordanien hat in den Verhandlungen kontinuierlich eine aktive und konstruktive Rolle eingenommen, und das gilt auch für das Finale von New York im Dezember 2017.

unermüdlichem Einsatz daran, dieser Mehrheitsposition zu entsprechen. So kam es zu einem Momentum, das sich letzten Endes als unaufhaltsam erweisen sollte.¹⁵ 2009 wurde innerhalb der Special Working Group on the Crime of Aggression, die von der Vertragsstaatenversammlung eingesetzt worden war, Einigkeit über den Entwurf einer materiell-rechtlichen Definition des Verbrechens erzielt.¹⁶ Dieser Konsens sollte sich auch nachdem die USA 2009 an den Verhandlungstisch zurückgekehrt waren als robust erweisen.¹⁷ Der Kern der Tatbestandsfassung lautet wie folgt:

„For the purpose of this Statute, ‚crime of aggression‘ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.“

Das Schwellenerfordernis, demzufolge die Angriffshandlung die SVN offenkundig verletzen muss, bildete den Schlüssel für die Einigung beim schwierigsten materiell-rechtlichen Aspekt der Verhandlungen, der Formulierung des staatlichen Verhaltens.¹⁸ Die zweifache Funktion der Schwellenklausel ist es, eine quantitative („by its gravity and scale“) und eine qualitative („by its character“) tatbestandliche Grenze zu ziehen. Der qualitativen Dimension kommt hierbei hervorgehobene Bedeutung zu. Sie berücksichtigt die Tatsache, dass der unumstrittene Kern des Gewaltver-

¹⁵ Die gleichermaßen substantiierten und transparenten Diskussionen zwischen den Jahren 2003 und 2009, die sich in wichtigen Teilen in der inspirierenden Atmosphäre des Campus der Universität Princeton abspielten, die von der Gastfreundlichkeit des Liechtenstein Institute on Self-Determination an der Woodrow Wilson School getragen wurden und die deswegen auch als Princeton Process bezeichnet werden, sind dokumentiert in *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 422–724. Eine eher kritische Einschätzung der Ergebnisse findet sich in *O. Solera*, *Defining the Crime of Aggression* (2007); für eine eindringende Behandlung im Französischen, siehe *M. Kamto*, *L'aggression en droit international* (2010).

¹⁶ Der Entwurf der materiell-rechtlichen Definition wurde schon bald durch einen Entwurf von Elementen des Verbrechens der Aggression ergänzt. Australien und Samoa haben zu den entsprechenden Arbeiten in besonderem Maß beigetragen, indem sie im März 2009 ihre Montreux Draft Elements vorlegten. Für einen detaillierten Bericht über die Verhandlungen, siehe das von den australischen Delegierten *F. Anggadi*, *G. French* und *J. Potter* geschriebene Kapitel *Negotiating the Elements of the Crime of Aggression*, in *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 58–80.

¹⁷ Die materiell-rechtliche Definition wurde in Kampala (nur) insoweit diskutiert, dass die US-Delegation vorschlug, dieser Definition eine ganze Reihe von „Understandings“ beizufügen (für die genaue Formulierung des amerikanischen Vorschlags, siehe *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 751–752). Dass endgültige Einigkeit über die zwei einschlägigen „Understandings“ zwischen den USA und dem Iran vermittelt werden konnte, ist ein weiteres bemerkenswertes Element des langen Wegs, der in diesem Aufsatz skizziert wird. Für einen detaillierten Bericht über die entsprechenden Verhandlungen, siehe *C. Kreß* u.a., *Negotiating the Understandings on the Crime of Aggression*, in *S. Barriga/C. Kreß* (Fn. 9), S. 81–97. Für die Perspektiven der Delegationen des Irans und der USA siehe *D. Momtaz/E. B. Hamaneh*, Iran, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1174–1197 bzw. *H.H. Kobi/T.T. Buchwald*, United States, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1290–1299.

¹⁸ Für eine umfassende Analyse, siehe *C. Kreß*, *The State Conduct Element*, in *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 412–564.

bots von bestimmten (praktisch durchaus erheblichen) Grauzonen umgeben ist, welche gleichermaßen Gegenstand ausgefeilter rechtlicher Debatten wie rechtspolitischer Kontroversen sind. Gewalteinsätze, die in einen dieser Bereiche fallen, bleiben kraft der Schwellenklausel außerhalb der materiellen Völkerstrafbarkeit. Hierdurch wird die Definition, so wie es für einen Völkerstraftatbestand geboten ist, im Völkergewohnheitsrecht verankert. Zugleich gewährleistet die Schwellenklausel, dass der IStGH sich nicht mit Fragen beschäftigen muss, die jedenfalls derzeit (noch) nicht nur rechtlich, sondern auch politisch hoch kontrovers sind.

Die Übereinkunft über die materiell-rechtliche Definition des Verbrechens machte es möglich, das Verbrechen der Aggression auf die Tagesordnung der ersten Revisionskonferenz des IStGH-Statuts zu setzen, die 2010 in der ugandischen Hauptstadt Kampala abgehalten wurde. Aufgrund anhaltender Kontroversen über das Zuständigkeitsregime und die Rolle des UN-Sicherheitsrats mussten in Kampala,¹⁹ wie schon 1998 in Rom, zunächst die Konferenzuhren gestoppt werden, bevor in letzter Sekunde ein Kompromiss gefunden werden konnte.²⁰ Nach diesem Kompromiss verfügt der VN-Sicherheitsrat bei der Frage, ob der IStGH zur Durchführung eines Verfahrens wegen des Verdachts des Verbrechens der Aggression zu ermächtigen ist, über kein Monopol. Andererseits sind die Bedingungen für die Ausübung der Zuständigkeit des Gerichtshofs für das Verbrechen der Aggression nach den Vertragsänderungen von Kampala deutlich restriktiver als die Voraussetzungen für die Ausübung seiner Zuständigkeit für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Insbesondere gilt, dass die Ausübung der Zuständigkeit für das Verbrechen der Aggression gemäß Art. 15*bis* des IStGH-Statuts dann, wenn die betreffende Situation dem Gerichtshof nicht vom Sicherheitsrat überwiesen worden ist, von der Zustimmung der Staaten der betroffenen Territorien und der Nationalität der beteiligten Personen abhängt.²¹

¹⁹ Siehe das von C. Kreß und P. Webb herausgegebene Symposium zu dem Thema „Aggression: After Kampala“ in *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), S. 3–288. Für eine ausgezeichnete monographische Bearbeitung der Ergebnisse von Kampala, siehe C. McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2013). Für eine Sammlung von Aufsätzen, unter Einschluss einer Reihe belgischer Perspektiven, siehe G. Dive, B. Goes und D. Vandermeersch, *From Rome to Kampala: The First 2 Amendments to the Rome Statute* (2012).

²⁰ Für eine detailliertere Darstellung der Verhandlungen in Kampala, siehe C. Kreß/L. von Holtendorff, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, *JICJ* 8 (2010), S. 1179–1217. Für einen akribischen Bericht über die Verhandlungen von 1998 bis 2010, siehe S. Barriga, *Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression*, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 3–57.

²¹ Für eine Analyse des in Kampala formulierten Zuständigkeitsregimes, siehe A. Zimmermann, *Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties*, *Journal of International Criminal Justice*, 10 (2012), S. 209–227. Für eine umfassende Analyse derselben Thematik mit nicht selten von Zimmermanns Thesen abweichenden Ergebnissen, siehe die drei mitein-

III. Die letzte Hürde

Doch sogar der in Kampala erreichte Konsens begründete noch nicht den Durchbruch. Stattdessen wurden zwei zusätzliche Voraussetzungen für die Aktivierung der Zuständigkeit des Gerichtshofs für das Verbrechen festgelegt. Gemäß Art. 15*bis* Abs. 2 und 3 und Art. 15*ter* Abs. 2 und 3 des IStGH-Statuts bedurfte die Aktivierung einmal der Ratifikation oder Annahme der Vertragsänderungen durch 30 Vertragsstaaten und zum anderen der entsprechenden Entscheidung der Vertragsstaaten, die nach dem 1. Januar 2017 zu treffen war und dieselbe Mehrheit erforderte, die für die Annahme eines Vorschlags zu einer Vertragsänderung des Statuts benötigt wird. Nachdem die erste Bedingung erfüllt worden war,²² konnte die Aktivierungsentscheidung auf die Tagesordnung der sechzehnten Sitzung der Versammlung der Vertragsstaaten gesetzt werden, die zwischen dem 4. und dem 14. Dezember 2017 in New York stattfinden sollte.

Der Weg zur Aktivierung erwies sich hier als weit mehr als lediglich letzte zeremonielle Schritte. Grund hierfür war der schon unmittelbar nach der Annahme der Vertragsänderungen in Kampala zu Tage getretene und zwischenzeitlich nicht gelöste Streit über einen Aspekt des Zuständigkeitsregimes für Situationen ohne Überweisung durch den VN-Sicherheitsrat. Insoweit war (und ist) unbestritten, dass die Absätze 4 und 5 von Art. 15*bis* dem Gerichtshof die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über ein mögliches Verbrechen der Aggression verwehren, das auf dem Gewalteinsatz eines Nichtvertragsstaats beruht. Demgegenüber gab es einen Dissens über die genauen Voraussetzungen für die Ausübung der Zuständigkeit des Gerichtshofs im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten. Im Wesentlichen die zwei folgenden Rechtsanschauungen standen einander gegenüber:

Nach der ersten Ansicht ist es dem Gerichtshof verwehrt, seine Zuständigkeit für ein Verbrechen der Aggression auszuüben, das entweder auf dem Gebiet oder durch einen Angehörigen eines Vertragsstaates be-

ander eng verbundenen Kapitel von *S. Barriga/N. Blokker* „Entry into Force and Conditions for the Exercise of Jurisdiction: Cross-Cutting Issues“, „Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals“ und „Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on State Referrals and *Proprio Motu* Investigations“ in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 621–674.

²² Es ist nur ein weiteres erwähnenswertes Element des langen Wegs, den dieser Aufsatz beschreibt, dass es gerade Palästina war, die die 30. Ratifizierungsurkunde hinterlegte. Man durfte gewiss Erleichterung darüber empfinden, dass bald weitere Ratifikationen folgten, sodass die Frage der Staatlichkeit Palästinas die Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression nicht mit einer zusätzlichen Schwierigkeit befrachtete. Was die Rolle Palästinas bei den Verhandlungen in New York angeht, so wird der palästinensische Delegierte *Majed Bamyä* allen Teilnehmern aufgrund seiner herausragenden Eloquenz in Erinnerung bleiben. Für einen gedankenreichen israelischen Blick auf die Gesamtverhandlungen, siehe *R.S. Schondorf/D. Geron*, Israel, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1198–1216.

gangen worden sein soll, wenn dieser Staat die Vertragsänderungen von Kampala nicht ratifiziert hat. Diese restriktive Position setzt bei Art. 121 Abs. 5 Satz 2 IStGH-Statut an. Diese Norm, so wird argumentiert, habe jedem Vertragsstaat ein entsprechendes Recht verliehen, die Ausübung der Zuständigkeit des IStGH für das Verbrechen der Aggression auszuschließen, und dieses Recht könne den Vertragsstaaten nach Völkervertragsrecht nicht ohne deren (durch die Ratifikation einer entsprechenden Vertragsänderung zu erklärende) Zustimmung wieder genommen werden.

Nach der Gegenauffassung ergibt sich aus Art. 15 *bis* Abs. 4 IStGH-Statut, dass der jeweilige Vertragsstaat dem IStGH durch die Ratifizierung der Vertragsänderungen von Kampala die in Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut alternativ aufgeführten Anknüpfungspunkte für die Zuständigkeitsausübung verschafft. Hiernach kann der Gerichtshof seine Zuständigkeit für ein mögliches Verbrechen der Aggression insbesondere auch dann ausüben, wenn dieses auf dem Gebiet des betreffenden Vertragsstaats durch einen Staatsangehörigen eines anderen Vertragsstaates begangen worden sein soll. Auf die Ratifikation der Vertragsänderungen von Kampala durch diesen anderen Vertragsstaat kommt es nach dieser Position nicht an. Allerdings ist es diesem anderen Vertragsstaat möglich, den Gerichtshof an der Ausübung seiner Zuständigkeit durch eine zuvor abgegebene Erklärung i.S.v. Art. 15 *bis* Abs. 4 IStGH-Statut zu hindern, dass dieser Staat die Ausübung der Zuständigkeit des IStGH in einem solchen Fall nicht akzeptiere. Diese permissivere Position bestreitet nicht, dass mit Art. 15 *bis* IStGH-Statut ein von Art. 121 Abs. 5 Satz 2 IStGH-Statut abweichendes Zuständigkeitsregime begründet worden ist. Damit werde den Vertragsstaaten allerdings kein durch letztere Norm vermitteltes Recht ohne deren Zustimmung genommen. Denn Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut in seiner ursprünglichen Fassung habe die Vertragsstaaten speziell im Hinblick auf das Verbrechen der Aggression dazu ermächtigt, „...the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction“ festzulegen. Von dieser Ermächtigung, die die Befugnis eingeschlossen habe, eine von Art. 121 Abs. 5 S. 2 IStGH-Statut abweichende *lex specialis* zu formulieren, hätten die Vertragsstaaten in Kampala Gebrauch gemacht.

Zusammengefasst und auf den praktisch entscheidenden Punkt zugezspielt: Der Dissens betraf nur solche Situationen, die dem Gerichtshof nicht durch den VN-Sicherheitsrat überwiesen werden. In solchen Situationen läuft die Kontroverse im Kern auf die Frage hinaus, ob ein Vertragsstaat, der die Vertragsänderungen von Kampala nicht ratifiziert hat, eine Erklärung nach Art. 15 *bis* Abs. 4 IStGH-Statut abgeben muss, um den IStGH an der Ausübung seiner Zuständigkeit für ein Verbrechen der Aggression zu hindern, das sich aus einem offenkundig völkerrechtswidrigen Gewalteinsatz dieses Vertragsstaats gegen einen solchen Vertragsstaat ergeben mag, der die Vertragsänderungen von Kampala ratifiziert hat.

IV. New York – Bauarbeiten an einer letzten Brücke

Während des diplomatischen Prozesses, der vor der Vertragsstaatenversammlung in New York auf den Weg gebracht worden war, um die Herbeiführung der Aktivierungsentscheidung während der Versammlung im Dezember zu erleichtern, bestätigte sich, dass der soeben referierte Dissens fortbestand. So wurden die bekannten rechtlichen Argumente und Gegenargumente ausgetauscht und zu Protokoll gegeben.²³ Bereits im März 2017 hatten Kanada,²⁴ Kolumbien, Frankreich, Japan, Norwegen²⁵ und Großbritannien ein Papier mit ihrer restriktiven Position vorgelegt.²⁶ Liechtenstein, und dann Argentinien,²⁷ Botswana,²⁸ Samoa, Slowenien²⁹ und die

²³ Report on the Facilitation on the Activation of the Jurisdiction of the International Criminal Court over the Crime of Aggression (ICC-ASP/16/24), 27. November 2017, Abs. 11–22 („Report on the Facilitation ...“).

²⁴ Kanadas starke Unterstützung für die restriktive Position sowohl vor als auch in New York war mehr als erstaunlich, weil dieser Staat in Kampala, nachdem er einen Vorschlag i.S.d. restriktiven Position gemacht hatte, gemeinsam mit Argentinien, Brasilien und der Schweiz den Weg zum abschließenden Kompromiss gewiesen hatte, siehe C. Krefß/L. von Holtendorff (Fn. 20), S. 1200–1240.

²⁵ Norwegen hatte seit geraumer Zeit eine skeptische Grundhaltung zum Verhandlungsprozess insgesamt eingenommen; für entsprechende Überlegungen des langjährigen Leiters der norwegischen Delegation, Botschafters Rolf Einar Fife, siehe: Norway, in C. Krefß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1242–1263.

²⁶ Report on the Facilitation... (Fn. 23), Annex II A. Einige andere Staaten, darunter insbesondere Australien, Dänemark und Polen gaben ebenfalls ihre Unterstützung für die restriktive Position zu Protokoll.

²⁷ Argentinien behielt in New York die aktive Rolle bei, die dieser Staat bereits in und vor Kampala gespielt hatte (siehe hierzu C. Krefß/L. von Holtendorff (Fn. 20), S. 1202–1204). Die Tatsache, dass die Präsidentin des IstGH, die frühere argentinische Diplomatin *Silvia Fernández de Gurmendi* eine der zwei frühen Koordinatoren der Arbeitsgruppe zum Verbrechen der Aggression war, sei an dieser Stelle ebenso in Erinnerung gebracht wie die Tatsache, dass das „Coordinator’s Discussion Paper“ vom 11. Juli 2002 (C. Krefß/S. Barriga (Fn. 9), S. 412–414) in den nachfolgenden Verhandlungen als wichtiger Bezugspunkt diente.

²⁸ Botswanas wichtige Rolle während der Verhandlungen zum Verbrechen der Aggression ist nur ein Ausdruck der führenden Rolle dieses Staates in der Unterstützung der Errichtung einer internationalen Straferichtbarkeit. Insbesondere Botschafterin *Athalia Molokomos* zahlreiche prinzipientreue (und dadurch gewichtige) Beiträge zu den Verhandlungen zum Verbrechen der Aggression werden in Erinnerung bleiben.

²⁹ Sloweniens konstruktive Rolle während der Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression verdient eine besondere Hervorhebung. Im Dezember 2017 bereicherte die slowenische Delegierte *Danijela Horvat* die Verhandlungen mit einer ganzen Reihe durchdachter, unterschiedener und eloquenter Beiträge. Gleiche Anerkennung gebührt den Delegierten *Shara Duncan Villalobos* aus Costa Rica, *Vasiliki Krasa* aus Zypern, *Päivi Kaukoranta* aus Finnland, *James Kingston* aus Irland und *Martha Papadopoulou* aus Griechenland für ihre wertvollen Beiträge. Im Fall von Griechenland wird die wichtige Rolle, die dessen frühere Diplomatin *Phani Dascalopoulou-Livada* lange Jahre gespielt hat, in Erinnerung bleiben.

Schweiz³⁰ antworteten hierauf mit der Darlegung ihrer permissiveren Position.³¹

Man hätte es hierbei belassen, die Zuständigkeit des IStGH aktivieren, und es dem Gerichtshof überlassen können, die Streitfrage bei Bedarf zu entscheiden. Dem Aufruf der Schweiz für einen solchen „simple activation approach“ schlossen sich mehr als 30 Delegationen an.³² Doch die Anhänger der restriktiven Position scheuten mehrheitlich das Risiko, dass sich der Gerichtshof, nach Aktivierung seiner Zuständigkeit, gegen ihre Auffassung entscheiden könnte. Diese Vertragsstaaten strebten daher an, dass ihre Position in der die Aktivierungsentscheidung begleitenden Resolution bestätigt und so durch alle Vertragsstaaten akzeptiert würde. Bald nachdem sich die Delegationen der Vertragsstaaten am 4. Dezember in New York versammelt hatten, begannen die langen Verhandlungen, meisterhaft geleitet durch die österreichische Vermittlerin Nadia Kalb, die vom Leiter der österreichischen Delegation Konrad Bühler unterstützt wurde.³³ Dabei entwickelten die Diplomaten ein bemerkenswertes Maß an Einfallsreichtum, um eine letzte Brücke über den Graben zwischen den zwei einander entgegengesetzten Positionen zu schlagen.

Der Kern einer solchen Brücke sollte darin bestehen, beiden Lagern zu erlauben, ihre jeweilige rechtliche Position über die Aktivierungsentscheidung hinaus beizubehalten und dabei den Vertragsstaaten, die die restriktive Position einnahmen, eine rechtliche Absicherung auch für den Fall zu geben, dass der Gerichtshof sich im Fall des Falls der „permissiveren Position“ anschließen sollte. Eine Variante einer solchen Absicherung hätte darin bestanden, das übereinstimmende Verständnis der Vertragsstaaten zum Ausdruck zu bringen, dass die Mitteilung durch einen Vertragsstaat an den Kanzler, dass dieser Staat die restriktive Position befürwortet, vom Gerichtshof für den Fall hilfsweise als eine Erklärung i.S.v. Art. 15*bis* Abs. 4 IStGH-Statut zu betrachten sei, dass sich der Gerichtshof für die

³⁰ Die Schweiz führte die aktive Rolle weiter, die sie bereits in Kampala eingenommen hatte (hierzu C. Kreß/L. von Holtzendorff (Fn. 20), S. 1202–1204). In New York nahm die Schweiz eine führende Rolle bei der Unterstützung des simple activation approach ein.

³¹ Report on the Facilitation ... (Fn. 23), Annex II B und C.

³² Letter of 7 December 2017 by the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations to all Permanent Representatives of States Parties to the Rome Statute (liegt Verf. vor).

³³ Die beiden österreichischen Diplomaten erhielten sachkundige Unterstützung von Dr. Astrid Reisinger-Coracini von der Universität in Salzburg, die an den Verhandlungen seit 1999 teilgenommen und seitdem auch zahlreiche wichtige wissenschaftliche Beiträge zum Thema geleistet hat.

permissivere Position entscheiden sollte.³⁴ Brasilien,³⁵ Portugal und Neuseeland³⁶ entwickelten eine zweite Variante, die es jedem Vertragsstaat bei entsprechendem Wunsch erlaubt hätte, in eine durch den Präsidenten der Vertragsstaatenversammlung zu erstellende und an den Kanzler zu übermittelnde Liste aufgenommen zu werden. Die Vertragsstaatenversammlung hätte dann feststellen sollen, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit für das Verbrechen der Aggression nicht über Angehörige von Listenstaaten oder Taten auf deren Gebiet solle ausüben dürfen.³⁷

³⁴ Professor Dapo Akande und Verf. hatten einen gemeinsamen Entwurf formuliert, der diesen Gedanken umsetzte. Da Professor Akande und Verf. zu der zugrunde liegenden rechtlichen Kontroverse gegensätzlicher Auffassung waren, bestand die Hoffnung, dass ein solcher Entwurf als aufrichtiger Versuch eines Brückenschlags betrachtet würde. Deutschland übermittelte den Entwurf an die österreichische Vermittlerin, ohne sich den Entwurf zu eigen zu machen. Der Vorschlag wurde in New York verschiedentlich als „Non-German Non-Paper“ bezeichnet. Das „Discussion Paper, Rev. 1, 11 December 2017“ (liegt Verf. vor) der Vermittlerin nahm Elemente des Papiers auf. Im weiteren Verlauf der New Yorker Verhandlungen formulierte Verf. den Kern des *Akande/Krefß*-Entwurfs wie folgt neu: „Confirming that any statement made by a State Party, individually or collectively, that it *subscribes to the view noted in preambular paragraph 4* shall (*when made in writing and communicated to the Registrar*) be regarded as also fulfilling the conditions required for a declaration referred to in article 15 *bis*, paragraph 4, *while recognizing that the issuance of any such statement would be without prejudice to that State maintaining its view that, in the absence of its own ratification or acceptance of the amendments, no declaration referred to in article 15 bis paragraph 4, is necessary to preclude the Court from exercising jurisdiction over the crime of aggression, arising from an act of aggression allegedly committed by that State Party.*“ (Hervorhebung im Original).

³⁵ Brasilien hatte schon in Kampala eine wichtige Rolle gespielt (C. Krefß/L. von Holtzendorff (Fn. 20), S. 1202–1204. In New York arbeitete Brasilien in der Person seines Delegierten Patrick Luna unermüdlich an einer letzten Brücke. Für die brasilianische Haltung zu den Verhandlungen im Ganzen, siehe M. Biato/M. Böhlke, Brazil, in C. Krefß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1117–1130.

³⁶ Neuseelands Mitwirkung zeugt von einer bemerkenswerten Kompromissbereitschaft, weil dieser Staat zugleich deutlich machte, die restriktive Position für zutreffend zu halten. Die drei den Entwurf tragenden Delegationen unterstrichen damit eindrucksvoll, dass es bei entsprechendem Willen möglich war, eine Brücke zwischen den entgegengesetzten Ansichten zu finden. Schweden nahm in New York eine ähnlich konstruktive Position ein wie Neuseeland. Damit führte Schweden die hilfreiche Rolle weiter, die dieses Land bereits während des „Princeton Prozesses“ eingenommen hatte, insbesondere durch die Beiträge seines Delegierten Pal Wrangé.

³⁷ Siehe „Additions by Brazil, Portugal and New Zealand to the Discussion Paper“, 11. Dezember, 13:00 Uhr (liegt Verf. vor). Siehe auch ICC-ASP/16/L.9, 13. Dezember 2017, OP 1, und die Erläuterungen des Schweizer Delegierten Nikolas Stürchler in seinem Blog-Eintrag: *The Activation of the Crime of Aggression in Perspective*, EJIL: Talk! Blog of the European Journal of European Law, 26. Januar 2018, einsehbar unter <https://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/> (Zuletzt aufgerufen am 3. Mai 2018).

V. Durchbruch ohne Brücke: Eine denkwürdige Nacht am Hauptsitz der Vereinten Nationen

Gegen Ende der Vertragsstaatenversammlung von New York stellte sich indessen heraus, dass Frankreich und Großbritannien nicht bereit waren, eine solche Brücke zu beschreiten. Die Forderung dieser beiden Staaten blieb unverändert: Ihre restriktive Position sei in der die Aktivierungsentscheidung begleitenden Resolution festzuschreiben. Die französische und britische Intransigenz beschwor eine höchst delikate Lage herauf. Rechtlich wäre es möglich gewesen einen Entwurf i.S.e. simple activation oder einer Brücke zur Abstimmung zu bringen. Doch nicht nur wäre der Ausgang einer Abstimmung unsicher gewesen,³⁸ sondern es stellte sich auch die ernste Frage, ob es klug gewesen wäre, bei einer politisch so sensiblen Frage im offenen Dissens zu entscheiden. Frankreich und das Vereinigte Königreich zu überstimmen, war damit praktisch keine Option. Das aber bedeutete, dass die recht große Gruppe von Vertragsstaaten, die von der rechtlichen Vorzugswürdigkeit der permissiveren Position überzeugt waren, vor der schmerzhaften Wahl stand, entweder eine Formulierung der Aktivierungsresolution zu akzeptieren, die, aus ihrer Perspektive, in die Richtung einer „Änderung der Änderung (von Kampala)“ deutete, oder zuzusehen, wie sich das für die Aktivierung der Zuständigkeit des Gerichts jetzt offen stehende Fenster auf ungewisse Zeit schließen würde.³⁹

In dieser Lage mussten die Konferenzuhren auf dem langen Verhandlungsweg ein letztes Mal angehalten werden. Die Delegationen hatten nun einen Resolutionsentwurf der beiden Vizepräsidenten der Vertragsstaatenversammlung vorliegen, denen die österreichische Vermittlerin die Aufgabe übertragen hatte, einen letzten Einigungsversuch zu unternehmen. Die „Draft resolution proposed by the Vice Presidents“ gab die französische und britische Forderung⁴⁰ in Form des folgenden operativen Absatzes wieder:

„The Assembly of States Parties ...

2. *Confirms* that, in accordance with the Rome Statute, the amendments to the Statute regarding the crime of aggression adopted at the Kampala Review Conference enter into force for those States Parties which have accepted the amendments one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance and that in case of a State referral or *proprio motu* investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments; ...“

³⁸ Zu diesen Unsicherheiten, siehe Stürchler (Fn. 37).

³⁹ Dieser Punkt wird deutlich artikuliert durch Stürchler (Fn. 37).

⁴⁰ Für die erste Vorlage dieser Forderung in Textform, siehe Report on the Facilitation... (Fn. 23), Annex III *sub A*.

Um die bedingungslose Kapitulation vor der Forderung Frankreichs und Großbritanniens abzufedern, lautete der folgende Absatz wie folgt:

„3. Reaffirms paragraph 1 of article 40 and paragraph 1 of article 119 of the Rome Statute in relation to the judicial independence of the judges of the Court; ...“

Letzteres stellt nicht mehr als den Ausdruck der Selbstverständlichkeit dar, dass die Vertragsstaatenversammlung den Gerichtshof als das zur Anwendung des Rechts berufene Organ nicht zu ersetzen vermag. Dieser Absatz ließ sich daher schwerlich anders als ein lediglich symbolisches Zugeständnis an die vielen Delegierten deuten, die aufgerufen waren nachzugeben. Doch Frankreich zeigte sich selbst mit diesem Entwurf nicht ganz zufrieden und schlug, von Großbritannien unterstützt, vor, den zuletzt genannten Absatz in die Präambel zu verschieben. Als die Schweiz⁴¹ widersprach, hatte das Drama in New York seinen Höhepunkt erreicht. Nun bestand die kaum zu glaubende Möglichkeit, dass etwa ein Jahrhundert lang währende Verhandlungen mit dem Ziel der Begründung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression im allerletzten Augenblick an der Frage scheitern würden, ob ein kurzer, im Kern symbolischer Passus in der Präambel oder im operativen Absatz der abschließenden Resolution Aufnahme finden sollte.

In diesem höchst prekären Moment trugen die Delegierten von Südafrika,⁴² Samoa⁴³ und Portugal,⁴⁴ und zwar jeder von ihnen auf eine eigene, erinnerungswürdige Art und Weise, dazu bei, einen Kollaps der Verhandlungen zu verhindern. Nach dem entsprechenden kurzen Intermezzo und

⁴¹ Der formelle Schweizer Widerspruch entsprach gewiss der Haltung einer größeren Zahl von Delegationen. Nach der Erinnerung von Verf. hatten insbesondere Zypern und Südafrika ihr fehlendes Verständnis für Frankreichs letzten Zug deutlich gemacht.

⁴² Südafrika hatte die Idee der Ausübung der Zuständigkeit des Gerichtshofs über das Verbrechen der Aggression über die Jahre hinweg insbesondere durch seinen Delegierten André Stemmet beharrlich unterstützt (für Südafrikas politische Position im Hinblick auf die Gesamtverhandlungen, siehe A. Stemmet, *South Africa*, in C. Krefß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1271–1284). Bemerkenswerterweise hat Südafrika seinen Kurs selbst bei der Vertragsstaatenversammlung in New York nicht geändert, bei der derselbe Staat erneut laut die Möglichkeit in Betracht zog, die Gemeinschaft der Vertragsstaaten zu verlassen.

⁴³ Samoa ist ein weiterer kleiner Staat, der wichtige Beiträge zu den Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression geleistet hat. Insbesondere die unzähligen gedankenreichen (und nicht selten erheiternden!) Beiträge des Samoaner Delegierten Professor Roger S. Clark bilden einen wertvollen Teil der travaux préparatoires. Samoas letzter Beitrag zum Gelingen der Verhandlungen bestand darin, in dem kritischsten Moment der Verhandlungen, in der Person von Delegationsleiter Aliiioaiga Feturi Elisaia eine nicht-juristische Perspektive einzunehmen und die versammelten Delegationen darauf hinzuweisen, was aus einer weltbürgerlichen Perspektive auf dem Spiel stand.

⁴⁴ Portugal war von einem frühen Zeitpunkt an eine wichtige Stimme in den Verhandlungen (siehe z.B. „1999 Proposal by Greece and Portugal“ in C. Krefß/S. Barriga (Fn. 9), S. 343). In New York bestach Portugals Delegierter Mateus Kowalski durch Weisheit, Fairness und Eleganz. Verf. möchte bei dieser Gelegenheit überdies an die zahlreichen wichtigen Beiträge der verstorbenen Völkerrechtslehrerin und Rechtsberaterin des portugiesischen Außenministeriums Paula Escarameia erinnern.

nachdem er die Feststellung getroffen hatte, dass der französische Änderungsvorschlag auf Widerstand gestoßen war, fragte Vizepräsident Sergio Ugalde aus Costa Rica ein letztes Mal, ob der Vorschlag der Vizepräsidenten konsensfähig sei. Hiernach stieg die Spannung im Verhandlungssaal ein letztes Mal. Nach diesem letzten dramatischen Moment der Stille war klar, dass Frankreich und Großbritannien sich dagegen entschieden hatten, die mit so harten Bandagen geführte Auseinandersetzung zu einem Zusammenstoß eskalieren zu lassen: Der Vorschlag der Vizepräsidenten war im Konsens angenommen worden.⁴⁵

VI. Der Klügere gibt nach

Mit der Annahme des oben zitierten operativen zweiten Absatzes der Aktivierungsresolution hat eine große Zahl von Staaten ein Zugeständnis gemacht, das schmerzhaft anmuten musste. Hierfür verdienen diese Staaten hohe Anerkennung: Sie waren von ihrer permissiveren Position überzeugt, und die offenkundige Sorge der Gegenseite, mit der gegenteiligen Ansicht beim Gerichtshof zu unterliegen, konnte diese Überzeugung nur vertiefen. Dennoch hatten diese Staaten sich vor und in New York aufrichtig und gründlich bemüht, eine Brücke zur Gegenseite zu schlagen, um am Ende feststellen zu müssen, dass zwei Staaten, die sich wegen der Angst vor einer Abstimmung in der stärkeren Verhandlungsposition befanden, zu keinem Entgegenkommen bereit waren. Und nach alledem waren diese Staaten am Ende aufgefordert nachzugeben.⁴⁶

⁴⁵ Die „Draft resolution proposed by the Vice-Presidents of the Assembly. Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression“, ICC-ASP/16/L.10, 14. Dezember 2017 wurde zur Resolution ICC-ASP/16/Res.5. *Nikolas Stürchler* entsinnt sich in seinem Blog (Fn. 37), dass der Konsens „at around Friday 0:40 AM“ erzielt war.

⁴⁶ In diesem kritischen Moment der New Yorker Verhandlungen erhoben auch viele Vertreter der Zivilgesellschaft ihre Stimmen, um für das letzte Entgegenkommen zu werben. Dabei empfanden auch viele der Repräsentanten von Nichtregierungsorganisationen das geforderte Zugeständnis als schmerzhaft. Dieser Beitrag der Zivilgesellschaft „zu sehr später Stunde“ ist im Hinblick darauf bemerkenswert, dass die Nichtregierungsorganisationen bei den Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression zuvor eine weitaus weniger aktive Rolle gespielt hatten, als bei den römischen Verhandlungen über das IStGH-Statut (für eine detaillierte Analyse, siehe *N. Weisbord*, *Civil Society*, *C. Kreß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1310–1358). Insbesondere die nicht-staatlichen Delegierten Dr. David Donat Cattin, Professor Donald Ferencz, Jutta Bertram Nothnagel, Professor Jennifer Trahan und Professor Noah Weisbord verdienen Anerkennung für ihre substantiierten, den Erfolg der Verhandlungen befördernden Beiträge, die sie über die Jahre hinweg in der einen oder anderen Form leisteten.

Durch ihre Entscheidung, dies zu tun,⁴⁷ zeigten diese Staaten, dass sie das große Bild nicht aus den Augen verloren hatten. Sieht man den juristischen Streit, der über so lange Zeit so viel geistige Energie beansprucht hatte, im Angesicht der historischen Dimension des Konsenses der Vertragsstaaten, die Zuständigkeit des Gerichtshofs für das Verbrechen der Aggression zu aktivieren, so verblasst er, auch wenn man seine politische Seite mitbedenkt, bis fast zur Bedeutungslosigkeit.⁴⁸ Die historische Dimension zeigt sich etwa daran, dass Deutschland,⁴⁹ Japan⁵⁰ und Ita-

⁴⁷ Es ist zu verstehen, dass viele dieser Staaten ihr Zugeständnis auf das aus ihrer Perspektive nötige Minimum beschränkten und ihre Rechtsposition in ihren Erklärungen zur Stimmabgabe nicht aufgaben. In der Liechtensteiner Begründung der Position des Staates (liegt Verf. vor), erklärte z.B. Botschafter Christian Wenaweser: „we are of the firm view that the Court, in exercising its jurisdiction over the crime of aggression, must and will apply the law contained in the Kampala amendments“.

⁴⁸ In der liechtensteinischen Stimmerklärung brachte Botschafter Wenaweser Gedanken zum Ausdruck, die auch in zahlreichen anderen Erklärungen anklangen:

„The historic significance of the decision we have taken today to activate the Court’s jurisdiction over the crime of aggression cannot be overstated. Never has humanity had a permanent international court with the authority to hold individuals accountable for their decisions to commit aggression – the worst form of the illegal use of force. Now we do. ... We are disappointed that a few States conditioned such activation on a decision that reflects a legal interpretation on the applicable jurisdictional regime over the crime of aggression that departs from the letter and spirit of the Kampala compromise, and which aims to severely restrict the jurisdiction of the Court and curtail judicial protection for States Parties. Our reasons for joining the decision are twofold: ... Second, we believe that the importance of the activating jurisdiction has to be our overriding goal.“

Ähnlich klug endet *Stürchlers* Blog (Fn. 37):

„In all of this, let us not forget that the activation of the crime of aggression is meant to be a contribution to the preservation of peace and the prevention of the most serious crimes of concern to the international community as a whole. More than 70 years after the Nuremberg and Tokyo trials, the ICC has received the historic opportunity to strengthen the prohibition of the use of force as enshrined in the UN Charter and completed the Rome Statute as originally drafted. This is the perspective we should preserve.“

⁴⁹ Schon auf der römischen Konferenz hatte Deutschland die Aufnahme des Verbrechens der Aggression in die Zuständigkeit des IStGH dezidiert unterstützt. Entsprechend schnell griff Deutschland in Rom den Vorschlag der Bewegung der Blockfreien Staaten auf, der in den ursprünglichen Art. 5 Abs. 2 IStGH-Statut mündete (Fn. 9). Deutschland wirkte sodann bei der Formulierung von Absatz 7 der Schlussakte der Rom Konferenz (UN Doc. A/CONF.183/13, 17 July 1998, Fn. 10) mit. An dieser Stelle wäre es ein schweres Versäumnis, nicht die außergewöhnliche Rolle zu würdigen, die der zu früh verstorbene deutsche Diplomat, Hans-Peter Kaul, der später der erste deutsche Richter am IStGH werden sollte, im Laufe der Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression gespielt hat. In seinen persönlichen Erinnerungen an die Konferenz von Rom, von denen man sich wünscht, sie mögen bald auch in englischer Sprache vorliegen, beschreibt Kaul die für das weitere Schicksal des Verbrechens der Aggression entscheidenden Augenblicke der Konferenz (H.-P. Kaul, Der Beitrag Deutschlands zum Völkerstrafrecht, in *C. Safferling/S. Kirsch* (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik* (2014) S. 51–84, insbes. 67–68). Während des Princeton Prozesses, fungierte ein deutscher Delegierter als einer der drei Sub-Koordinatoren. In Kampala war Deutschland Vermittler bei den Verhandlungen über die US-amerikanischen Vorschläge für Understanding. Die deutsche Delegationsleiterin in Kampala, Botschafterin Dr. Susanne Wasum-Rainer hat die deutsche Haltung in ihrem Kapitel „Germany“, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1149–1157 zu Papier gebracht. Bei dem Streit, der den New Yorker Verhandlungen zugrunde lag, hat Deutschland die Position eingenommen, keine Position zu be-

lien⁵¹ nicht nur dem Konsens beigetreten waren, sondern jeweils auf eine eigene Weise zum Zustandekommen des Konsenses beigetragen hatten. Denn diese drei Staaten im Besonderen hatten durch ihre Angriffskriege vor und während des zweiten Weltkriegs auch die durch den Kellogg-Briand-Pakt begründete „New Legal Order“ (Hathaway und Shapiro) angegriffen, die der Durchbruch von New York weiter befestigt.⁵²

ziehen. Man wollte so dazu beitragen, die praktische Bedeutung der Frage nicht größer zu machen als sie ist, und man konnte sich so, falls nötig, zur Verfügung stellen, um am Ende als ehrlicher Makler zu vermitteln. Während der letzten Stunden in New York demonstrierte der deutsche Delegationsleiter, Botschafter Michael Koch, vor und hinter den Kulissen, dass dieses deutsche Versprechen ernst gemeint war. Deutschlands Beitrag zu den Verhandlungen über das Verbrechen der Aggression, angefangen vom Vorfeld der Konferenz in Rom und bis kurz nach der Konferenz von Kampala, wird dokumentiert und eingeordnet in C. Kreß, *Germany and the Crime of Aggression*, in S. Linton, G. Simpson/W.A. Schabas (Hrsg.), *For the Sake of Present and Future Generations. Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark* (2015), S. 31–51.

⁵⁰ Japans anhaltend skeptischer Blick auf den Tokyoter Prozess ist bekannt. *Hathaway und Shapiro* (Fn. 4), S. 133 ff. geben ihren Lesern einen faszinierenden Einblick in den Hintergrund dieser Haltung. Umso wichtiger ist es, darauf hinzuweisen, dass Japan die Idee, dass der IStGH seine Zuständigkeit über das Verbrechen der Aggression ausüben solle, unzweideutig unterstützte. Hinsichtlich der den Verhandlungen in New York 2017 zugrundeliegenden rechtlichen Kontroverse hatte Japan, vielleicht klarer und konsistenter als jeder andere Staat, die restriktive Position als die richtige Rechtsansicht bezeichnet und begründet (siehe hierzu das von dem japanischen Delegationsleiter in Kampala, dem zu früh verstorbenen Botschafter Ichiro Komatsu, verfasste Kapitel Japan, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1217–1233 und insbesondere 1231–1232). In Anbetracht dessen ist Japans Rolle in den Verhandlungen in New York 2017 besonders hervorzuheben. Während der japanische Delegationsleiter in New York, Generaldirektor Masahiro Mikami, keinen Zweifel an der japanischen Rechtsüberzeugung aufkommen ließ, zeigte er große Sensibilität für die Perspektive der Gegenseite und deutete schließlich sogar Japans Bereitschaft an, das Überqueren der Brücke in Betracht zu ziehen. Mit der Republik Korea hat ein weiterer asiatischer Staat die Idee der Ausübung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression kontinuierlich unterstützt (für die Perspektive eines wissenschaftlichen Beraters verschiedener koreanischer Delegationen, siehe Y.S. Kim, *Republic of Korea (South Korea)*, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1234–1241). Während der New Yorker Verhandlungen im Dezember 2017 blieb die Republik Korea allerdings still.

⁵¹ Auch Italien hat seit dem Beginn der Verhandlungen eine unterstützende Haltung eingenommen (siehe z.B. den bereits 1997 von Ägypten und Italien unterbreiteten Vorschlag (C. Kreß/S. Barriga (Fn. 9), S. 226–227). Auch an die Beiträge des ehemaligen italienischen Diplomaten und früheren Richters am IStGH, Mauro Politi, in der frühen Phase der Verhandlungen ist an dieser Stelle zu erinnern (für eine hilfreiche Sammlung kurzer Kommentierungen der Verhandlungen durch einflussreiche Stimmen vor Beginn des Princeton Prozesses, siehe M. Politi/G. Nesi (Hrsg.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression* (2004)). Während Italien während des „Princeton Prozesses“ wie auch in Kampala wohl keine führende Rolle eingenommen hat, war das Land, durch seinen Delegierten Salvatore Zappalà, unter den ersten Delegationen, die die österreichische Vermittlung in ihren brückenbildenden Bemühungen unterstützte, als die New Yorker Verhandlungen 2017 ihre Schlussphase erreicht hatten. Schließlich, und man ist fast versucht, hier das Schicksal am Werk zu sehen, war es der italienische Vizepräsident der Vertragsstaatenversammlung, Botschafter Sebastiano Cardì, der bei der konsensualen Annahme der Aktivierungsresolution das Ko-Präsidium innehatte.

⁵² *Hathaway und Shapiro* (Fn. 4), S. 131 ff. erzählen diese Geschichte eindringlich.

VII. Der Gerichtshof übernimmt das Steuer

Gemäß dem ersten operativen Absatz der Aktivierungsresolution ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs am 17. Juli 2018 aktiviert worden. Durch diese letzte kleine zeitliche Streckung statteten die Vertragsstaaten den Gerichtshof mit ein wenig Raum aus, um die noch notwendigen Verfahrensregelungen zu treffen, um es der Vorverfahrensabteilung des IStGH zu ermöglichen, ihre zuvor nicht vorhandene genuin richterliche Funktion nach Art. 15*bis* Abs. 8 des IStGH-Statut wahrzunehmen.⁵³ Vom 17. Juli 2018 an ist es am Gerichtshof zu signalisieren, wie er das neue Recht im IStGH-Statut in der Praxis anwenden wird. Einiges spricht dafür, dass es ratsam wäre, würde die Chefanklägerin frühzeitig die Kernbotschaft aussenden, dass sie das in Art. 8*bis* Abs. 1 IStGH-Statut enthaltene Schwellenerfordernis, wonach die Definition des Verbrechens der Aggression nur den Einsatz massiver und eindeutig völkerrechtswidriger Gewalt eines Staates erfasst, ernst nehmen wird. Ein solches Signal könnte dazu beitragen, die verbleibenden – und durchaus verständlichen⁵⁴ – Zweifel darüber zu zerstreuen, ob

⁵³ Die Verantwortlichen im Gerichtshof sind gut beraten, sich hierbei der umfassenden Analyse von *E. Chaitidou/F. Eckelmans/B. Roche*, The Judicial Function of the Pre-Trial Division, in: *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 752–815 zuzuwenden.

⁵⁴ Es ist nicht leicht, zu verstehen, warum Frankreich, unter Botschafter Francois Alabrune, und Großbritannien, unter Botschafter Ian MacLeod, in New York nicht bereit waren, die ihnen angebotene Brücke zu beschreiten. Es fragt sich sogar, ob die beiden Staaten nicht eine größere Rechtssicherheit zu ihrem Vorteil (so wie sie ihn definiert haben) erreicht hätten, wenn sie den von Professor Akande und Verf. gewiesenen Weg gegangen wären. (Zu den nun möglicherweise doch noch bestehenden Zweifelsfragen im Zusammenhang mit dem zweiten operativen Absatz der Aktivierungsresolution, die in diesem Beitrag keiner näheren Betrachtung unterzogen werden, siehe *Stürchler* (Fn. 37)). Indessen ist sehr wohl verständlich, warum etliche Staaten, die auch in der absehbaren Zukunft in rechtlichen Grauzonen militärisch aktiv sein dürften, noch vorsichtig abwarten, wie der Gerichtshof die materielle Definition des Verbrechens interpretieren wird, bevor sie bereit sind, die Ausübung der Zuständigkeit des IStGH zu akzeptieren. Auch sollte anerkannt werden, dass Frankreich und Großbritannien die einzigen beiden ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates sind, die bis dato das IStGH-Statut ratifiziert haben und dass diese beiden Staaten auch im Hinblick auf das Verbrechen der Aggression am Ende ein Zuständigkeitsregime akzeptiert haben, das den Sicherheitsrat nicht mit einem Monopol über die Verfahrenseinleitung ausstattet. Festgehalten seien an dieser Stelle die wichtigen Beiträge der früheren britischen Diplomatin Elizabeth Wilmshurst zu den Verhandlungen. In einer Reihe bemerkenswerter Stellungnahmen (siehe *C. Krefß* (Fn. 16), S. 515–516 (dort mit Fn. 570)) hat Wilmshurst die übrigen Delegierten insbesondere an die Notwendigkeit erinnert, die materielle Definition des Verbrechens der Aggression fest im Völkergewohnheitsrecht zu verankern. Für die Perspektiven der britischen und französischen Verhandlungsführer zu den Vertragsänderungen von Kampala, siehe *E. Belliard*, France bzw. *C. Whomersley*, United Kingdom in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1143–1148 bzw. 1285–1289. Die hier aufscheinende Intensität der Kontroverse über die Rolle des Sicherheitsrats vermittelt eine lebhaftige Idee davon, wie viel schöpferischer Geist gezeigt werden musste, um zu einer Übereinkunft zu gelangen. Man vergleiche hierzu auch etwa das energische Plädoyer der chinesischen Diplomaten L. Zhou, China, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1133–1138) für ein Sicherheitsratsmonopol mit Indiens erbitterter Opposition gegen eine starke Rolle des Sicherheitsrates, wie sie der

der Gerichtshof nicht doch in die brennend-aktuellen rechtlichen Kontroversen über vorbeugende Selbstverteidigung,⁵⁵ Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche bewaffnete Angriffe⁵⁶ und genuin humanitäre Interventionen eingreifen könnte.⁵⁷ Sobald die Staaten aber darauf vertrauen können, dass der Gerichtshof von diesen rechtlichen Grauzonen Abstand halten wird, mag gehofft werden, dass die Zahl der Ratifikationen signifikant steigen wird. Denn dann wird es nicht zuletzt für die Siegermächte des Zweiten Weltkriegs, deren Richter in Nürnberg und Tokyo die großen schöpferischen Präzedenzfälle gegen den Angriffskrieg setzten, überaus schwierig werden, der Welt plausibel zu machen, warum sie ihr eigenes zukunftsweisendes völkerrechtliches Erbe weiterhin nicht annehmen möchten.

VIII. Epilog: Unvollkommener und dringlicher Appell an das Gewissen der Menschheit

Die materielle Definition des Verbrechens der Aggression ist so eng wie eine Definition des Verbrechens im Völkerrecht sein sollte. Die Bedingungen für die Ausübung der Zuständigkeit des Gerichtshofs für das Verbrechen sind demgegenüber deutlich strenger als wünschenswert. Den Durchbruch vom Dezember 2017 in New York aus dem zuletzt genannten Grund geringzuschätzen, ist verfehlt. Russland hat jüngst eine zentrale rote Linie überschritten und gewaltsam fremdes Territorium annektiert.⁵⁸ Nordko-

indische Diplomat N. Singh (India, in C. Kreß/S. Barriga (Fn. 1), S. 1164–1165, 1168–1171) zum Ausdruck bringt.

⁵⁵ Zu der intensiven aktuellen Debatte siehe zuletzt die Reden des britischen und australischen Attorney-General (abgedruckt in EJIL Talk! Blog on the European Journal of International Law, online verfügbar unter <https://www.ejiltalk.org/the-modern-law-of-self-defence/> und <https://www.ejiltalk.org/the-right-of-self-defence-against-imminent-armed-attack-in-international-law/#more-15255> (Zuletzt abgerufen am 4. Mai 2018). Für eine Analyse der antizipatorischen Selbstverteidigung im Kontext des State Conduct Element beim Verbrechen der Aggression, siehe C. Kreß (Fn. 18), S. 473–479.

⁵⁶ Die Rechtsfragen des Gewalteinsatzes gegen den „Islamischen Staat“, die viele Staaten auf das Ersuchen des Irak hin in Syrien durchführten, waren beispielsweise in den Köpfen der Delegierten höchst präsent, als über die Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH über das Verbrechen der Aggression diskutiert wurde. Für eine Analyse im Kontext des State Conduct Element des Verbrechens der Aggression, siehe C. Kreß (Fn. 18), S. 462–467.

⁵⁷ Auch die intrikate Frage des vom VN-Sicherheitsrat nicht autorisierten Gewalteinsatzes zur Abwendung einer humanitären Katastrophe hat im Hintergrund zu den Verhandlungen eine wichtige Rolle gespielt. Für eine Analyse im Kontext des State Conduct Element des Verbrechens der Aggression, siehe C. Kreß (Fn. 18), S. 489–502, und 524–526.

⁵⁸ Betrachtet man Russlands wichtige Rolle auf dem langen Weg, die in diesem Aufsatz beschrieben wird, nimmt die Betrübnis über die offenkundige Verletzung des Gewaltverbots im Fall der Krim noch zu. Die Tatsache, dass Politik und Recht in Russlands Beiträgen zu unserer Diskussion stets untrennbar verflochten waren, ist keine Sonderheit der russischen Haltung und gibt keinen Grund nicht anzuerkennen, dass Russland erwähnenswerte Textvorschläge bereits vom Jahr 1933 an unterbreitete (zu Maxim Litvinovs Entwürfen S. Barriga/C. Kreß (Fn. 9), S. 126–127). Russlands Rolle vor Nürnberg wird von *Hatha-*

rea und die USA haben in den letzten Jahren wiederholt atomkriegerische Drohungen ausgetauscht, ohne dem völkerrechtlichen Gewaltverbot hierbei erkennbar größere Beachtung zu schenken. Bei der Niederschrift dieses Aufsatzes hat die Türkei eine größere militärische Intervention in Syrien begonnen und dabei nicht den Eindruck erweckt, das Gewaltverbot habe für die türkische Staatsführung einen nennenswerten Stellenwert.⁵⁹ In einer solche Zeit ist das Signal, das durch die Aktivierung der Zuständigkeit des IStGH für das Verbrechen der Aggression an das Gewissen der Menschheit ausgesandt wird, nicht nur bedeutsam – es ist dringlich.

Summary

In the early hours of 15 December 2017, the Assembly of States Parties to the Rome Statute made the decision to activate the International Criminal Court's jurisdiction over the crime of aggression from 17 July 2018 onwards. The activation resolution was adopted after intense negotiations about one aspect of the jurisdictional regime, which had remained controversial since the adoption of the Kampala amendments on the crime of aggression. The New York breakthrough completes the work of the Rome and Kampala conferences and marks the culmination of a fascinating century-long journey. With all its imperfections, the consensus reached at the United Nations headquarters sends a timely appeal to the conscience of mankind about the fundamental importance of the prohibition of the use of force in any international legal order aimed towards the preservation of world peace.

way und *Shapiro* (Fn. 4, S. 257) in Erinnerung gerufen. Stalin hatte die Bildung eines Gerichtshofs ab einem bestimmten Zeitpunkt unterstützt und in dieser Phase mit Stimson geradezu ein odd couple gebildet. (Stalins und Stimsons Übereinstimmung ging hierüber allerdings nicht weit hinaus, da Stalin auf einen Schauprozess aus war). Im Zusammenhang mit Nürnberg sei auch daran erinnert, dass es der russische Professor A.N. Trainin war, der den Nürnberger und Tokyoter Begriff des crime against peace prägte (siehe *A.Y. Vishinsky* (Hrsg.), *Hitlerite Responsibility Under Criminal Law*, übersetzt von *A. Rothstein* (1945), S. 37). Für Russlands aktive Rolle im Kalten Krieg, siehe z.B. *Sellars* (Fn. 4), S. 119–126, 130–138 und *Bruha* (Fn. 8), S. 150–154. Der russische Vorschlag aus dem Jahr 1999, '1999 Proposal of the Russian Federation' (*C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 9), S. 339) ist ebenso kurz, wie er sich als ungeeignet erwies, einen Konsens herbeizuführen. Er beharrt einmal auf dem Nürnberger und Tokyoter Begriff des war of aggression und postuliert zum anderen ein Monopol des Sicherheitsrats. Bei alledem ist es bemerkenswert, dass die zwei russischen Diplomaten Genady Kuzmin und Igor Panin in ihrem Beitrag *Russia*, in *C. Krefß/S. Barriga* (Fn. 1), S. 1264 erklären: „Russia is satisfied with the outcome of the Review Conference with regard to the definition of the crime of aggression.“

⁵⁹ Die gleichlautenden türkischen Briefe an den VN-Generalsekretär und an den Präsidenten des VN-Sicherheitsrats (S/2018/53) nehmen zwar immerhin auf das Recht auf Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN Bezug, skizzieren indessen keinen Sachverhalt, der diesen Rechtsanspruch tragen könnte. Stattdessen nehmen die Formulierungen gefährlich unklar Bezug auf die „responsibility attributed to Member States in the fight against terrorism“, so als könnte eine solche „responsibility“ eine rechtliche Grundlage für einen Gewalteininsatz auf fremdem Territorium ohne die Zustimmung des Gebietsstaats und ohne ein entsprechendes Mandat des Sicherheitsrats darstellen.