

Sonderdruck aus:

Juristische Studiengesellschaft Jahresband 2021/2022

Mit Beiträgen von

Oriol Mir
Florian Jacoby
Giesela Rühl
Helen Keller
Claus Kreß



C.F. Müller

Der Ukraine-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot

Claus Kreß

Vortrag am 29. Juni 2022¹

Sehr geehrte, liebe Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich sehr, heute zu Ihnen sprechen zu dürfen. Ich muss Ihnen – ein wenig beschämt – gestehen, dass ich den Bundesgerichtshof erst heute zum ersten Mal betreten habe. Umso dankbarer bin ich Ihnen für die Einladung zum Vortrag. Dabei ist für mich ehrfurchtgebietend, im erlauchten Auditorium nicht wenige bekannte Gesichter zu erspähen, deren Arbeit ich seit Jahren auf das Höchste schätze.

I. Einführung

Weil sowohl der Gründungsvertrag des Internationalen Strafgerichtshofs als auch das deutsche Völkerstrafgesetzbuch in diesen Tagen ihren 20. Geburtstag feiern, hatte ich mir zunächst überlegt, Ihnen einige Gedanken zur Strafbefugnis der internationalen Gemeinschaft vorzutragen. Doch dann kam der 24. Februar dieses Jahres. Hiernach liegt eine völkerrechtliche Betrachtung des verheerenden Kriegs in der Ukraine für den Augenblick doch noch näher als Überlegungen zu den Grundlagen des Völkerstrafrechts.

Zu Putins Krieg gibt es völkerrechtlich natürlich mehr zu sagen, als es die Vortragszeit erlaubt. Allein bei einer völkerstrafrechtlichen Analyse würde es knapp mit der Zeit.² Im Übrigen würde ich hiermit wohl Eulen

1 Der Stil des am 29. Juni 2022 gehaltenen Vortrags wurde beibehalten, hinzugefügt wurden Überschriften und Belege. Einige Überlegungen zu dem Thema hatte der Verfasser bereits am 20. April 2022 vor der Kölner Juristischen Gesellschaft zum Vortrag gebracht.

2 Hierzu einführend *Kai Ambos*, Ukraine-Krieg und internationale Strafjustiz, *Deutsche Richterzeitung* 2022, 170 ff.; *Stefanie Bock*, Potentiale und Grenzen. Das

nach Karlsruhe tragen. Ich werde mich daher im Folgenden ganz auf Fragen im unmittelbaren Umfeld des völkerrechtlichen Gewaltverbots konzentrieren. Dabei werde ich versuchen, neben der rechtsdogmatischen Ebene die historische Dimension des Themas ebenso einzublenden wie einige rechtsprinzipielle Aspekte.

II. Hauptteil

1. „Eckstein der Satzung der Vereinten Nationen“ – Das völkerrechtliche Gewaltverbot

„Das Gewaltverbot ist ein Eckstein der Satzung der Vereinten Nationen.“ So hat es der Internationale Gerichtshof (IGH) in einem Urteil aus dem Jahr 2005 formuliert.³ Die Charakterisierung des Gewaltverbots als Eckstein ist ausgesprochen treffend: *Hans Kelsen* meinte zu Recht, es sei problematisch überhaupt von einer Völkerrechtsordnung zu sprechen, wenn alle von dieser Ordnung gewährten Rechte zur Disposition einer freien gegnerischen Entscheidung zum Krieg stünden.⁴

Doch genauso prekär stellt man sich die Völkerrechtsordnung herrschend⁵ noch 1919 vor, als in Paris über die Friedensverträge nach dem Ersten Weltkrieg beraten wurde. Vor allem der englische Premier *Lloyd George* und der französische Ministerpräsidenten *Clemenceau* dräng-

Völkerstrafrecht im Ukrainekrieg, *Osteuropa* 72 (2022), 87 ff.

3 International Court of Justice (ICJ), *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, I.C.J. Reports 2005, 168, 223 (Nr. 148).

4 *Hans Kelsen*, *General Theory of Law and State* (translated by Anders Wedberg), 1949, S. 331 ff., insbes. 340.

5 Unumstritten war die These vom *ius ad bellum* nie; s. hierzu im Überblick und m.w. Nachw. *Claus Kreß*, Shakespeares „Heinrich V.“ und das Recht des Krieges, *Juristen Zeitung* 2014, 1142-1144; die völkerrechtshistorische Debatte zu diesem Punkt hat mit dem Beitrag von *Agatha Verdebout*, *The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis*, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 223 Fahrt aufgenommen; s. *Tom Ruys*, *From passé simple to futur imparfait? A response to Verdebout*, *Journal on the Use of Force and International Law* 2 (2015), 3 ff.; *Jochen von Bernstorff*, *The Use of Force in International Law before World War I: On Imperial Ordering and the Ontology of the Nation-State*, *The European Journal of International Law* 29 (2018), 233 ff.; und nun insbesondere *Agatha Verdebout*, *Rewriting Histories of the Use of Force. The Narrative of ‘Indifference’*, 2021, *passim*.

ten auf ein internationales Strafverfahren gegen Wilhelm II. wegen der Entfesselung eines Angriffskriegs.⁶ Doch die Völkerrechtler der Siegermächte bedeuteten ihrer politischen Führung:

„The premeditation of a war of aggression (...) is conduct which the public opinion reproves and which history will condemn, but (...) a war of aggression may not be considered as an act directly contrary to positive law (...).”⁷

Zum entscheidenden Wandel vom klassischen völkerrechtlichen *ius ad*, zu einem *ius contra bellum*, kam es dann aber nicht schon mit der Schaffung des Völkerbunds,⁸ sondern erst 1928 mit dem Briand-Kellogg-Pakt, der nach den seinerzeitigen Außenministern Frankreichs und der Vereinigten Staaten benannt ist.⁹ Dieses völkervertragliche *Kriegsverbot* erstarkte wegen der weltweiten Zustimmung bereits in wenigen Jahren zu Völkergewohnheitsrecht.¹⁰ Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das *Kriegsverbot* in Artikel 2 Nr. 4 der Satzung der Vereinten Nationen zum *Gewaltverbot* weiterentwickelt. Der IGH spricht in seiner Judikatur¹¹ vom „Prinzip der Nichtanwendung von Gewalt in den internationalen Beziehungen“.¹² Hiermit macht der Gerichtshof neben der grundsätzlichen Bedeutung des Gewaltverbots auch dessen Verankerung im Völkergewohnheitsrecht deutlich.

6 Näher hierzu *William A. Schabas*, *The Trial of the Kaiser*, 2018, *passim*; knapp *Claus Kreß*, *Die Pariser Friedensverhandlungen und die Ursprünge des Völkerstrafrechts*, in: *Claus Kreß* (Hrsg.), *Paris 1919–1920: Frieden durch Recht?*, 2020, S. 61 ff.

7 *Commission on the Responsibility of the Authors of War and Enforcement of Penalties*, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, 29.3.1919, *The American Journal of International Law* 14 (1920), 118.

8 Zur prozeduralen Einhegung des Kriegs in der Völkerbundakte knapp *Randall Lesaffer*, *Too Much History: Form War as Sanction to the Sanctioning of War*, in: *Marc Weller* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015, S. 50–52.

9 Die Vorgeschichte des Kriegsächtungspakts findet sich spannend erzählt in *Oona A. Hathaway/Scott J. Shapiro*, *The Internationalists. How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, S. 101–130.

10 *Hathaway/Shapiro*, Fn. 9, S. 129 f.; *International Military Tribunal (Nuremberg)*, Judgment and Sentences of 1 October 1946, *The American Journal of International Law* 41 (1947), 172, 217–221.

11 Hierzu *Claus Kreß*, *The International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’*, in *Weller*, Fn. 7, S. 561 ff.

12 Zu den Nachw. s. *Kreß*, Fn. 10, S. 595 (dort Fn. 15–17).

2. Die fortgesetzte Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch die Russische Föderation

Die Russische Föderation verletzt das völkerrechtliche Gewaltverbot in der Ukraine nicht erst seit dem 24. Februar 2022.

a) Die Gewalteinsetze des Jahres 2014

Bis 1991 hatte die Ukraine einen eigenartigen Status: Sie war Teil der Sowjetunion und doch ursprüngliches Mitglied der Vereinten Nationen.¹³ Über alle Attribute von Staatlichkeit i. S. d. Völkerrechts verfügt die Ukraine seit 1991 im Ergebnis der Auflösung der Sowjetunion.¹⁴ Das Staatsgebiet der Ukraine umschließt die Krim ebenso wie die Gebiete der sogenannten Volksrepubliken. Auch Russland hatte dies alsbald anerkannt. In dem von Russland mitgezeichneten Budapester Memorandum von 1994 heißt es:

„The Russian Federation, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America reaffirm their commitment to Ukraine, in accordance with the principles of the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, to respect the independence and sovereignty and the existing borders of Ukraine.“¹⁵

Im Frühjahr 2014 wandte Russland erstmals völkerrechtswidrig Gewalt gegen die Ukraine an, und zwar auf der Krim. Diese steht seither unter russischer militärischer Besetzung.¹⁶ Im August 2014 griff Russland unter Verletzung des Gewaltverbots mit regulären Truppenverbänden und schweren Waffen in die Kämpfe zwischen den Streitkräften der Ukraine und den Separatisten im Osten des Landes ein. Die so-

13 Zur Geschichte der Verhandlungen über die Zuerkennung des Status als Gründungsmitglied der Vereinten Nationen an die Ukraine eingehend *Ruth B. Russell, A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940–1945, 1958, 433–437, 533–539, 584, 597–599, 636*; zur verfassungsrechtlichen Stellung der Ukraine innerhalb der Sowjetunion *Angelika Nußberger, Russia*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Volume VIII, 2012, S. 1047 (Rn. 81 f.)*.

14 Zum Streit über die völkerrechtliche Einordnung der Auflösung der Sowjetunion *Nußberger, Fn. 13, S. 1050–1052 (Rn. 93–108)*.

15 Art. 1 des Budapester Memorandums vom 5.12.1994; UN Doc. A/A/49/765; in demselben Sinn Art. 3 des 1997 zwischen der Russischen Föderation und der Ukraine geschlossenen Freundschaftsvertrags; 3007 United Nations Treaty Series 117.

16 *Claus Kreß/Christian Tams, Dichtung und Wahrheit. Was ist dran an Moskaus Argumentationsversuchen im Ukraine-Konflikt, Internationale Politik 2014, 16 ff.*

genannten Volksrepubliken Donezk und Lugansk verdanken ihre Existenz als faktische Entitäten eben diesem russischen Verstoß gegen das Gewaltverbot. Und ohne die fortgesetzte völkerrechtswidrige Intervention Russlands wären diese Regime nicht lebensfähig geworden und geblieben; es handelt sich um Marionettenregime.¹⁷

b) Der umfassende Gewalteininsatz Russlands seit dem 24. Februar 2022

Seit dem 24. Februar 2022 überzieht Russland die Ukraine nun umfassend mit Gewalt. Dass auch diese letzte Eskalation des russischen Gewalteinsetzes völkerrechtlich nicht zu rechtfertigen ist, ist inzwischen vielfach¹⁸ dargetan worden, jüngst etwa ausführlich von *Angelika Nußberger*¹⁹ und *Christian Tomuschat*²⁰ im lesenswerten Themenheft der Zeitschrift „Osteuropa“ unter dem Titel „Russlands Krieg gegen die Ukraine. Propaganda, Verbrechen, Widerstand“. Ich möchte es zu diesem Punkt daher kurz machen, um mich dann intensiver den Folgefragen zu widmen.

Zum besseren Verständnis des Nachfolgenden vorweg ein klein wenig zur etwas verwickelten friedenssicherungsrechtlichen Nomenklatur: Den Begriff der „Gewalt“ – „*force*“ – habe ich bereits wiederholt genannt. Gewalt ist das zentrale Merkmal der bereits angesprochenen völkerrechtlichen Verbotsnorm, des Gewaltverbots.²¹ Der zweite Begriff ist der des „bewaffneten Angriffs“ – „*armed attack*“. Er bezeichnet die zentrale Voraussetzung für die völkerrechtliche Erlaubnis zur Selbstverteidigung, auf die Artikel 51 der Satzung der Vereinten

17 *Otto Luchterhandt*, Die Vereinbarungen von Minsk über den Konflikt in der Ostukraine (Donbass) aus völkerrechtlicher Sicht, *Archiv des Völkerrechts* 57 (2019), 429–432.

18 Die bislang eingehendste Darstellung ist diejenige von *James A. Green/Christian Henderson/Tom Ruys*, Russia's attack on Ukraine and the *ius ad bellum*, *Journal on the Use of Force and International Law* 9 (2022), 4 ff.

19 *Angelika Nußberger*, Tabubruch mit Ansage. Putins Krieg und das Recht, *Osteuropa* 72 (2022), 51 ff.

20 *Christian Tomuschat*, Russlands Überfall auf die Ukraine. Der Krieg und die Grundfragen des Rechts, *Osteuropa* 72 (2022), 33 ff.

21 *Oliver Dörr*, Use of Force, Prohibition of, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Volume VIII, 2012, S. 609–611 (Rn. 11–20).

Nationen Bezug nimmt.²² Völkerrechtlich facettenreich ist sodann drittens der Begriff der Aggression – „*aggression*“.²³ Erste Facette: Im siebten Kapitel der Satzung der Vereinten Nationen findet sich der Begriff der Aggressionshandlung²⁴ – „*act of aggression*“. Stellt der Sicherheitsrat einen solchen „*act of aggression*“ fest, ist der Weg frei zur Aktivierung des Systems der kollektiven Sicherheit²⁵, bis hin zur Autorisierung von Maßnahmen militärischen Zwangs.²⁶ Zweite Facette: Im Völkergewohnheitsrecht bezeichnet der Begriff der Aggression einen durch seine Intensität qualifizierten Verstoß gegen das Gewaltverbot. Das Verbot der Aggression ist Teil des *ius cogens*, des zwingenden Völkerrechts²⁷, und seine Verletzung löst einige besondere Rechtsfolgen bei der Staatenverantwortlichkeit aus.²⁸ Schließlich die dritte Facette: Es gibt den Begriff des Aggressionskriegs – „*war of aggression*“. „Aggressionskrieg“ – gebräuchlicher ist im Deutschen die Rede vom Angriffskrieg – ist im Kern ein Begriff des Völkerstrafrechts. Er war das zentrale Merkmal des Verbrechens gegen den Frieden („*crime against peace*“), das nach dem Zweiten Weltkrieg in den Prozessen von Nürnberg

22 Tom Ruys, ‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice, 2010, passim.

23 Claus Kieß, Aggression, in: Robin Geiß/Nils Melzer (Hrsg.), The Oxford Handbook of the International Law of Global Security, 2021, S. 232 ff.

24 In der amtlichen deutschen Übersetzung der Satzung der Vereinten Nationen heißt es: „Angriffshandlung“.

25 Nico Krisch, Introduction to Chapter VII: The General Framework, in: Bruno Simma/Daniel Erasmus Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary. Volume II, 3. Auflage, 2012, S. 1237–1271.

26 Die Feststellung eines „*act of aggression*“ ist für die Aktivierung des kollektiven Sicherheitssystems der Satzung der Vereinten Nationen nicht konstitutiv; in Frage kommen alternativ die Feststellung eines Friedensbruchs „*breach of peace*“ oder diejenige einer Friedensbedrohung „*threat to the peace*“; Kieß, Fn. 23, S. 234 f.

27 Ob das völkerrechtliche Gewaltverbot *insgesamt* zwingendes Völkerrecht darstellt, ist entgegen verbreiteter Auffassung nicht unzweifelhaft (für umfängliche Nachw. zur h. M. André de Hoogh, *Jus Cogens* and the Use of Armed Force, in Weller, Fn. 8, S. 1161 ff.; gewichtige Gründe für die Gegenposition bei James Green, Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force, Michigan Journal of International Law 32 (2011), 215 ff.; der IGH jedenfalls hat eine entsprechende Feststellung bislang nicht getroffen; Kieß, Fn. 11, S. 571 (mit Nachw. dort in Fn. 52 f.); dementsprechend wird in der – freilich nicht abschließenden – Liste von *ius cogens*-Normen im Anhang zu den von der Völkerrechtskommission erarbeiteten *draft conclusions on peremptory norms of general international law* nur das Verbot der Aggression und nicht das des Gewaltverbots aufgeführt; (UN Doc. A/CN.4/L.967, 11.5.2022, 6).

28 S. den Entwurf der Völkerrechtskommission von *conclusion 19 on peremptory norms of general international law* (UN Doc. A/CN.4/L.967, 11.5.2022) (UN Doc. A/CN.4/L.967, 11.5.2022, 5); Kieß, Fn. 23, S. 244–246.

und Tokyo im Zentrum stand.²⁹ Hierzu noch diese historische Fußnote: Der Begriff Verbrechen gegen den Frieden verdankt sich dem sowjetischen Völkerrechtler *Aaron Trainin*, der seinerzeit zu den Beratern *Stalins* zählte.³⁰ Heute sprechen wir vom Verbrechen der Aggression („*crime of aggression*“), und dieses hat seine tatbestandliche Fassung in Art. 8 *bis* des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs gefunden.³¹ Zentrales Tatbestandsmerkmal ist eine „Aggressionshandlung, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Satzung der Vereinten Nationen darstellt“.³² Nach meiner Überzeugung entspricht dieses Ergebnis zähen diplomatischen Ringens im Kern dem alten Begriff des Angriffskriegs.³³

Nach dieser begrifflichen Vergewisserung nun zurück zum Ukrainekrieg: Russland hat sich zur Rechtfertigung seines Gewalteinsatzes auf das Recht zur Selbstverteidigung berufen. Dabei hat Russland immerhin die Verfahrenspflicht nach Art. 51 Satz 2 der Satzung der Vereinten Nationen erfüllt, dem Sicherheitsrat seinen Gewalteinsatz anzuzeigen. Anstelle der in einer solchen Anzeige üblichen kurzen völkerrechtlichen Begründung, ist dem russischen Brief die Rede Putins vom 24. Februar beigefügt.³⁴ Diese Rede ist recht lang³⁵, völkerrechtlich aber so wenig gehaltvoll, dass nicht einmal mit letzter Sicherheit

29 „To initiate a war of aggression (...) is not only an international crime; it is the supreme international crime (...);“ *International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences of 1 October 1946, The American Journal of International Law* 41 (1947), 172, 186; zu Nürnberg und Tokyo und dem Verbrechen gegen den Frieden näher *Kirsten Sellars, ‘Crimes against Peace’ and International Law*. 2013, S. 84–259. Der Nürnberger *acquis* gehört natürlich auch maßgeblich zum Kontext von Art. 26 GG.

30 *Francine Hirsch, Soviet Judgment at Nuremberg. A New History of the International Military Tribunal after World War II*, 2020, S. 7 f., 20 f., 35–43; *en passant* sei hier auch vermerkt, wie erheblich Russland die Entwicklung des Völkerrechts der bewaffneten Konflikte gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts beeinflusst hat; auch auf diesem Feld des Völkerrechts ist freilich jede Völkerrechtsfreundlichkeit aus der russischen Praxis verschwunden; dazu hochinstruktiv *Michael Riepl, Russian Contributions to International Humanitarian Law. A contrastive analysis of Russia’s historical role and its current practice*, 2022, *passim*.

31 *Carrie McDougall, The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Auflage, 2021, *passim*.

32 *Claus Kreß, The State Conduct Element*, in: Claus Kreß/Stefan Barriga (Hrsg.), *The Crime of Aggression: A Commentary*. Volume I, 2017, S. 412 ff.

33 *Kreß*, Fn. 32, S. 507–537.

34 UN Doc. S/2022/154, 24.2.2022.

35 Für eine erhellende Analyse *Nußberger*, Fn. 19, 52–58.

zu sagen ist, ob Russland sich auf das individuelle oder kollektive Selbstverteidigungsrecht oder auf beides berufen hat.

Wie dem auch sei, weder die Voraussetzungen von individueller Selbstverteidigung noch von kollektiver Selbstverteidigung sind erfüllt. Putin verwendet in seiner Rede viel Raum darauf, gegenüber der Ukraine ein russisches Bedrohungsempfinden zu artikulieren.³⁶ Einen zumindest unmittelbar bevorstehenden bewaffneten Angriff der Ukraine auf Russland hat Putin aber nicht ansatzweise dargelegt. Es bedarf daher keiner näheren Überlegungen zu Grund und Grenzen vorbeugender Selbstverteidigung im geltenden Völkerrecht³⁷, um festzustellen, dass Russland gegenüber der Ukraine kein individuelles Selbstverteidigungsrecht Zustand.

Über ein kollektives Selbstverteidigungsrecht verfügt Russland bereits deshalb nicht, weil es sich bei Donezk und Lugansk nicht um Staaten i. S. d. Völkerrechts handelt. Denn nur Staaten können – und dies nur im Fall eines gegen sie gerichteten bewaffneten Angriffs – durch ein entsprechendes Ersuchen das kollektive Verteidigungsrecht aktivieren. Putin hatte die beiden sogenannten Volksrepubliken zwar am 21. Februar als „Staaten“ anerkannt.³⁸ Doch sind hierdurch keine neuen Staaten i. S. d. Völkerrechts entstanden. Vielmehr missachtete Russland mit seiner Anerkennung die territoriale Integrität der Ukraine.³⁹ Anlass zu ernsthafter Diskussion hätte demgegenüber nur dann bestanden, wenn ein Teil der in der Ostukraine lebenden Zivilbevölkerung zuvor zum Ziel systematischer, schwerster Menschenrechtsverletzungen geworden wäre. Dann – aber nur dann – hätte sich – wie im Fall Kosovo – die völkerrechtlich sehr umstrittene Frage eines Rechts zur Sezession im Wege der Selbsthilfe gestellt; so wie die Frage eines Rechts, eine solche „*remedial secession*“ von außen militärisch zu unterstützen.⁴⁰ Putin hat in seiner Rede versucht, die Parallele zum Fall Kosovo dadurch he-

36 Näher Nußberger, Fn. 19, 61 f.

37 Björn Schiffbauer, Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht. Eine systematische Ermittlung des gegenwärtigen friedenssicherungsrechtlichen Besitzstandes aus völkerrechtsdogmatisch und praxisanalytischer Sicht, 2012, *passim*.

38 Putins Rede vom 21. Februar ist abgedr. in Osteuropa 72 (2022), 119 ff.

39 S. die auf *Just Security* publizierte Stellungnahme von Mitgliedern des mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot befassten Ausschusses der *International Law Association*; www.justsecurity.org/80454/statement-by-members-of-the-international-law-association-committee-on-the-use-of-force/, 4.3.2022.

40 Nußberger, Fn. 19, 59.

raufzubeschwören, dass er der Ukraine vorwarf, in der Ostukraine einen Völkermord zu begehen.⁴¹ Doch hat Russland auch diesen Vorwurf in tatsächlicher Hinsicht nicht ansatzweise belegt. Der Vorwurf war nach den Berichten der internationalen Beobachter des Geschehens in der Ostukraine auch nicht zu belegen.⁴² Die Ukraine hat den haltlosen russischen Völkermordvorwurf bekanntlich alsbald danach zum Anlass genommen, im Wege einer – so könnte man sagen – „negativen Feststellungsklage“ vor den IGH zu ziehen. Dieser hat Russland daraufhin im Wege einer vorläufigen Maßnahme aufgegeben, seinen Gewalteinsatz in der Ukraine einstweilen insgesamt einzustellen.⁴³

Auf ein Recht zur sogenannten humanitären Intervention hat sich Russland gar nicht erst berufen. Ob eine solche Erlaubnis zum Gewalteinsatz im humanitären Extremfall nach einem Veto im Sicherheitsrat als *ultima ratio* im Völkerrecht existiert⁴⁴, bedarf im Fall des Ukraine-Kriegs auch keiner Diskussion. Denn einen humanitären Extremfall gab es in der Ukraine zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht.⁴⁵

3. Die Bedeutung der russischen Negation des Gewaltverbots

Damit verletzt Russland seit dem 24. Februar 2022 das völkerrechtliche Gewaltverbot in der Ukraine noch deutlich umfassender als bereits 2014. Die Bilder der schrecklichen Folgen dieses Völkerrechtsverstoßes für die Menschen in der Ukraine erreichen uns täglich über die Medien. Neben diesen Folgen für den angegriffenen Staat drohen gerade in diesem Fall Folgen für die angegriffene Norm. Es handelt sich um die

41 Zu Russlands Blick auf den und Umgang mit dem Fall Kosovo bereits vor 2022 *Nußberger*, Fn. 19, 57–59; näher *Anna Melikov*, Die Interpretation des völkerrechtlichen Gewaltverbots und möglicher Ausnahmen. Russische Doktrin und Praxis, 2021, S. 226–228 und *passim*.

42 *Tomuschat*, Fn. 20, 38–39, der auch die Wege bezeichnet, auf denen die Russische Föderation ihren Vorwurf auf friedlichem Weg hätte geltend machen können.

43 ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Order v. 16.3.2022, noch nicht in I. C. J. Reports; www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf.

44 Die ganz überwiegende Ansicht im völkerrechtlichen Schrifttum verneint das; s. statt vieler *Nigel Rodley*, in: Weller, Fn. 8, S. 794; für eine nuanciertere Position demgegenüber *Claus Kreß*, Major Post-Westphalian Shifts ans Some Important Neo-Westphalian Hesitations in the State Practice on the International Law on the Use of Force, *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2014), 52–54.

45 *Tomuschat*, Fn. 20, 39.

grundlegende Infragestellung des völkerrechtlichen Gewaltverbots durch ein ständiges Mitglied desjenigen Gremiums der Vereinten Nationen, dem die „Hauptverantwortung für die Wahrung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit“ obliegt – dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen⁴⁶. In einem solchen Fall besteht die besondere Gefahr, dass das Gewaltverbot erodiert.

Das lässt ein zweites Mal an die Zwischenkriegszeit denken: Das neue Kriegsverbot erfreute sich zwar – wie gesagt – in Windeseile allgemeiner Zustimmung. Es geriet aber – nach dem ersten Sündenfall der japanischen Invasion in die chinesische Mandschurei – bereits spätestens mit Italiens Angriffskrieg gegen Abessinien 1935 erheblich unter Druck.⁴⁷ Der Berliner Politikwissenschaftler *Herfried Münkler* meint, spätestens nach Italiens Überfall hätte es einer entschiedenen internationalen Reaktion bedurft, um das noch junge Kriegsverbot vor seinem tatsächlichen Geltungsverlust zu bewahren.⁴⁸ Das meinte auch die deutsche Verteidigung im Nürnberger Prozess gegen die deutschen Hauptkriegsverbrecher: Der Kölner Völkerrechtler *Hermann Jahrreiß* plädierte hier – womöglich von *Carl Schmitt* inspiriert – sogar für einen juristischen Geltungsverlust des Kriegsverbots im Jahre 1939.⁴⁹

Münkler zufolge standen beim völkerrechtlichen Gewaltverbot die Zeichen bereits vor dem 24. Februar dieses Jahres auf Erosion: Da es denen, die dies – wie die USA und China – vermöchten, am Willen, und denen, die es – wie vor allem die europäischen Staaten – wollten, an der Fähigkeit, fehle, das völkerrechtliche Gewaltverbot tätig zu behüten, zeichne sich – so *Münkler* – der Übergang in eine völkerrechtliche Großraumordnung ab. In dieser würde das Gewaltverbot nur noch zwischen den Großräumen, aber nicht mehr innerhalb des je-

46 Art. 24 der Satzung der Vereinten Nationen.

47 *Hathaway/Shapiro*, Fn. 9, S. 172–174.

48 *Herfried Münkler*, Das Scheitern der Pariser Friedensordnung. Ein Lehrstück zur Verrechtlichung der internationalen Politik, in: *Kreß*, Fn. 6, S. 85.

49 „Wir stellen fest: Mindestens schon mehrere Jahre vor 1939 gab es in der Wirklichkeit des zwischenstaatlichen Lebens keine wirksame allgemeine völkerrechtliche Regelung über verbotene Kriege“; *Internationaler Militärgerichtshof*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Nürnberg 14.11.1945 – 1.10.1946, Veröffentlicht in Nürnberg, 1948, Amtlicher Text in deutscher Sprache, Band 17, S. 517; hierzu näher *Hathaway/Shapiro*, Fn. 8, S. 285–290; *Claus Kreß*, Hans Kelsen, Hermann Jahrreiß, Carl Schmitt und die Frage von Krieg und Frieden im Völkerrecht, in: *Hanns Prütting* (Hrsg.), *Festschrift 100 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität Köln 1919–2019*, S. 94 f.

weiligen Großraums gelten.⁵⁰ Es ist unübersehbar, dass sich die Politik des russischen Präsidenten in den Bahnen eines solchen – natürlich auch an *Schmitt* erinnernden⁵¹ – Großraumdenkens bewegt.⁵² Nach dem 24. Februar hat *Münkler* seine These zugespitzt und in der Feststellung gipfeln lassen: „Von einer globalen Geltung universeller Werte wird nicht mehr die Rede sein“.⁵³

4. Zu Rechtsfolgen der russischen Verletzung des Gewaltverbots und zu den bisherigen Reaktionen hierauf

Meines Erachtens unterschätzt *Münkler* die Resilienz des völkerrechtlichen Gewaltverbots.⁵⁴ Doch er zeigt mit dem bei ihm gewohnten Scharfsinn⁵⁵ auf, dass gegenwärtig nicht nur die Zukunft der Ukraine, sondern auch die des völkerrechtlichen Gewaltverbots auf dem Spiel steht.⁵⁶

a) Sicherheitsrat und Generalversammlung der Vereinten Nationen

Umso mehr galt es, in den Vereinten Nationen möglichst schnell ein möglichst entschiedenes Zeichen gegen Russlands Verletzung

50 *Münkler*, Fn. 48, S. 91 f.; zu früheren Einbrüchen von Großraumdenken in die Staatenpraxis zum völkerrechtlichen Gewaltverbot *Christian Marxsen*, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch, 2021, S. 283–317.

51 *Carl Schmitt*, Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht, 4. Auflage, 1941, *passim*; hierzu näher *Kreß*, Fn. 49, S. 87–89; *Marxsen*, Fn. 50, S. 315.

52 Hierzu in größerer historischer Perspektive *Gerd Koenen*, Russland gründlich entzaubert. Vom Ende eines deutschen Komplexes, Osteuropa 72 (2022), 24; s. auch *Otto Luchterhandt*, Präsident Putins Wandlung zum Autokraten und die Folgen für Russland, erscheint demnächst im Jahrbuch für Ostrecht 63 (2022), S. 13 ff.

53 *Herfried Münkler*, Gegen politische Romantik. Postheroische Gesellschaften müssen im Krieg vor allem die Nerven bewahren, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16.3.2022, 9.

54 So bereits *Claus Kreß*, Empörung eines verletzten Völkerrechtsbewusstseins. Die Reaktionen auf den Ukraine-Krieg können zu einer Stärkung des Gewaltverbots führen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 24.3.2022, 7; mit Blick auf frühere Versuchungen durch den Großraumgedanken ebenso *Marxsen*, Fn. 50, 316 f.

55 Zum Nutzen politikwissenschaftlicher Analysen für die Völkerrechtswissenschaft generell *Marxsen*, Fn. 49, S. 192–194.

56 Dies gilt umso mehr, als *Münkler* im Hinblick auf bereits vor dem 24. Februar 2022 bestehende Krisenanzeichen im Hinblick auf die – teils auch „westliche“ – Staatenpraxis zum völkerrechtlichen Gewaltverbot durchaus zuzustimmen ist; für eine Bestandsaufnahme *Claus Kreß*, Zur Lage des völkerrechtlichen Gewaltverbots, Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik 12 (2019), 453 ff.

des Gewaltverbots auszusenden. Der Weg dorthin führte über den Sicherheitsrat. Bereits am 25. Februar lag diesem ein Entschließungsentwurf zur Abstimmung vor, der das russische Vorgehen verurteilte.⁵⁷ Eine deutliche Mehrheit von 11 Mitgliedern im Rat stellte sich hinter diesen Entwurf.⁵⁸ Mexiko formulierte es besonders prägnant:

„(W)e are confronted with the invasion of one sovereign country by another, which constitutes a flagrant violation of Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations and also constitutes an act of aggression (...).“⁵⁹

China, Indien und die Vereinigten Arabischen Emirate enthielten sich, doch die Annahme der Resolution scheiterte erwartungsgemäß am russischen Veto.⁶⁰ Das System der kollektiven Sicherheit nach Kapitel VII der Satzung der Vereinten Nationen ließ sich daher im Ukraine-Krieg bis heute – entgegen dem normativen Ideal – nicht aktivieren.

Norwegen kritisierte die Einlegung des russischen Vetos in eigener Sache im Rat besonders deutlich:

„A veto cast by the aggressor undermines the purpose of the Charter. It is a violation of the very foundation of the Charter of the United Nations. Furthermore, in the spirit of the Charter of the United Nations, as a party to the dispute, Russia should have abstained from voting on the draft resolution.“⁶¹

Dennoch: Niemand im Sicherheitsrat hat die in der Wissenschaft inzwischen gelegentlich geäußerte⁶² These aufgegriffen, ein Veto könne seiner missbräuchlichen Einlegung wegen rechtlich unbeachtlich sein.⁶³

57 UN Doc. S/2022/155, 25.3.2022.

58 UN Doc. S/PV.8979 (provisional), 25.2.2022, 6.

59 UN Doc. S/PV.8979 (provisional), 25.2.2022, 5.

60 UN Doc. S/PV.8979 (provisional), 25.2.2022, 6.

61 UN Doc. S/PV.8979 (provisional), 25.2.2022, 7 f.

62 So nun insbesondere *Jennifer Trahan*, Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes, 2022, *passim*; speziell zum russischen Veto zum Ukraine-Krieg *dies.*, Aggression and the Veto, *Opinio Juris*, 28.2.2022; <https://opiniojuris.org/2022/02/28/aggression-and-the-veto/>.

63 Zur Geschichte der Verhandlungen zu Art. 27 Abs. 3 Satzung der Vereinten Nationen *Russel*, Fn. 13, S. 531–533 und zusammenfassend S. 944–966; aus neuerer Zeit s. *Nico Krisch*, The Security Council and the Great Powers, in: Vaughan Lowe/Adam Roberts/Jennifer Welsh/Dominik Zaum (Hrsg.), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice Since 1945*, 2008, S. 135–137. Sehr bemerkenswert ist, dass die Generalversammlung der Vereinten Nationen kurz nach dem russischen Veto eine Resolution angenommen hat, nach der sich die Versammlung nach der Einlegung eines Vetos im Sicherheitsrat zwingend eine

Statt solches anzunehmen, ist der Sicherheitsrat seiner auf den Korea-Krieg⁶⁴ zurückgehenden Praxis gefolgt, und hat zum elften Mal eine Notondersitzung der Generalversammlung einberufen.⁶⁵ Gegen einen solchen prozeduralen Beschluss ist kein Veto möglich.⁶⁶

Die Generalversammlung verabschiedete ihre *Uniting for Peace*-Resolution⁶⁷ am 1. März dieses Jahres mit einer deutlichen Zweidrittelmehrheit von 141 Stimmen gegen 5 bei 35 Enthaltungen.⁶⁸ Hierin wird der russische Gewalteinsatz – dem Entwurf im Sicherheitsrat folgend – als Aggression, also als schwere Verletzung des Gewaltverbots eingestuft.⁶⁹ Die Resolution ist rechtlich nicht verbindlich, aber dennoch sendet sie – auch bei 35 Enthaltungen – ein starkes Zeichen der verfassten internationalen Gemeinschaft gegen die Normverletzung aus.⁷⁰

b) Die militärische Unterstützung der Ukraine durch dritte Staaten

Ein starkes Zeichen – allerdings für sich genommen ein rein verbales Zeichen. Demgegenüber manifestiert sich die russische Negation der Norm täglich aufs Neue mit brachialer militärischer Gewalt. Wichtig ist daher, dass sich die Bedeutung der Generalversammlungsresolution in diesem Fall nicht in einem verbalen Zeichen erschöpft hat. Vielmehr hat die EntschlieÙung den völkerrechtlichen Rahmen, in den sich seither Gegenmaßnahmen dritter Staaten einfügen, mit der besonderen Autorität der Generalversammlung versehen. Nach den bisherigen Ausführungen sind diese Gegenmaßnahmen nicht nur für die Zukunft

Aussprache zu der entsprechenden Frage abhalten wird. Dasjenige Ratsmitglied, das das Veto eingelegt hat, soll in dieser Aussprache als erstes das Wort ergreifen; UN Doc. A/RES/76/262, 28.4.2022 (s. insbesondere die operativen Absätze 1 und 2).

64 *William Stueck*, *The United Nations, the Security Council, and the Korean War*, Lowe et al., Fn. 63, S. 265 ff.

65 UN Doc. S/RES/2623 (2022), 27.2.2022.

66 S. Art. 27 Abs. 2 der Satzung der Vereinten Nationen.

67 Näher hierzu im Licht der bisherigen Praxis *Dominik Zaum*, in: Lowe et al., Fn. 62, S. 154 ff.

68 UN Doc. A/ES-11/L.1, 1.3.2022.

69 S. den zweiten operativen Absatz der EntschlieÙung.

70 Überzeugend in diesem Sinn nach näherer Betrachtung des Abstimmungsverhaltens und unter Berücksichtigung auch der Tatsache, dass 12 Staaten der Abstimmung ferngeblieben sind, *Christian Walter*, *Der Ukraine-Krieg und das wertebasierte Völkerrecht*, *Juristen Zeitung* 2022, 475 f.

der Ukraine von existentieller Bedeutung, sondern auch für die Resilienz des Gewaltverbots von Gewicht. Zu den Gegenmaßnahmen gehört der gesamte Bereich der nicht-militärischen Sanktionen. Den hiermit verbundenen völkerrechtlichen Fragenkomplex klammere ich an dieser Stelle aus.⁷¹ Näher betrachten möchte ich dafür die militärische Unterstützung der Ukraine, und dies am deutschen Beispiel.

Dazu diese Vorbemerkung: Deutschland dürfte der Ukraine in Ausübung des Rechts zur kollektiven Selbstverteidigung mit eigener Waffengewalt zur Hilfe kommen, und zwar – in den weiten Grenzen der völkerrechtlichen Verhältnismäßigkeit – auch auf russischem Staatsgebiet.

Derrussische Angreifer hätte solche erlaubte kollektive Selbstverteidigung Deutschlands von Völkerrechts wegen zu dulden. Reagierte Russland demgegenüber auf eine solche erlaubte deutsche Verteidigung der Ukraine mit Gewalt gegen deutsche Ziele, so läge hierin eine weitere russische Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Ich mache diese Vorbemerkung deshalb, weil dieser eigentlich selbstverständliche Punkt in Anbetracht der Fixierung der politischen Debatte auf den Begriff der „Kriegspartei“ in der deutschen Öffentlichkeit – wie *Helene Bubrowski* luzide bemerkt hat⁷² – zunehmend aus dem Blick geraten ist: Bei dem hierzulande vielfach und von vielen bekräftigten Credo, Deutschland dürfe keinesfalls zur Kriegspartei werden, konnte man wiederholt den Eindruck gewinnen, Deutschland setzte sich ins Unrecht, würde es Kriegspartei, und Russland dürfte Deutschland dann in die Kampfhandlungen einbeziehen.⁷³ Hierbei drohen die Ebenen des Gewaltverbots und des Völkerrechts des internationalen bewaffneten Konflikts zu verschwimmen. Diese gilt es aber strikt zu trennen: Hiernach ist zwar richtig, dass Deutschland und Russland auf der Ebene des Völkerrechts des internationalen bewaffneten Konflikts gleich zu behandeln wären, würde Deutschland zur Partei eines solchen Konflikts mit Russland. Ein russischer Soldat beginge dann beispielsweise kein Kriegsverbrechen, griffe er ein militärisches deutsches Ziel an, ohne hierbei die Gefahr unverhältnismäßiger ziviler Begleitschäden

71 S. hierzu stattdessen etwa *Walter*, Fn. 70, 478 f.

72 *Helene Bubrowski*, Was Russland alles nicht darf. Welche Folgen hätte ein Eintritt Deutschlands in den Ukrainekrieg?, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 16.5.2022, 10.

73 *Bubrowski* ebda.

heraufzubeschwören. Doch höbe die Anwendbarkeit des konfliktvölkerrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes⁷⁴ die Bindung Russlands an das völkerrechtliche Gewaltverbot nicht auf. Die Gründe für die Selbstbeschränkung Deutschlands bei der militärischen Unterstützung der Ukraine sind also nicht völkerrechtlicher, sondern politischer Natur.

Völkerrechtlich interessant ist nun aber, wie die Zulässigkeit der deutschen Unterstützung der Ukraine durch die Lieferung von Waffen präzise zu erklären ist. Insoweit fällt auf, dass Deutschland es unterlassen hat, dem Sicherheitsrat diese Unterstützung anzuzeigen.⁷⁵ Indessen heißt es im zweiten Satz von Artikel 51 der Satzung der Vereinten Nationen:

„Maßnahmen, die ein Mitglied in Ausübung dieses Selbstverteidigungsrechts trifft, sind dem Sicherheitsrat sofort anzuzeigen.“

Diese Anzeigepflicht gilt auch im Fall der kollektiven Selbstverteidigung.⁷⁶ Nach außen hin hat die Bundesregierung ihre Nichtanzeige meines Wissens rechtlich nicht erläutert.

Ganz offenbar ist man der Überzeugung, dass die Waffenlieferungen nicht in Ausübung des kollektiven Selbstverteidigungsrechts erfolgen.⁷⁷ Das führt zu der Frage, ab welchem Punkt die Unterstützung fremder Gewaltanwendung völkerrechtlich in eine eigene umschlägt. Denn sobald ein Staat selbst Gewalt anwendet, bedarf es hierfür eines Erlaubnissatzes. Leistet ein Staat einem anderen hingegen lediglich Beihilfe zu dessen Gewalteinsetz, so ist diese Beihilfe ohne weiteres

74 *Mary Ellen O'Connell*, Historical Development and Legal Basis, in: Dieter Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4. Auflage, 2021, S. 20.

75 Vgl. demgegenüber Deutschlands Anzeige der kollektiven Selbstverteidigung zugunsten der vom sogenannten „Islamischen Staat“ angegriffenen Staaten in UN Doc. S/2015/946, 10.12.2015.

76 ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragu v. United States of America)*, Judgment of 27.6.1986, I. C. J. Reports 1986, 14, 105 (Nr. 200).

77 Kurz nach meinem Vortrag erhielt ich Kenntnis von der Antwort der Staatssekretärin im Auswärtigen Amt *Susanne Baumann* vom 18.5.2022 auf eine schriftliche parlamentarische Anfrage (BT-Drs. 20/1918, S. 39). Die Antwort entspricht der im Text formulierten Annahme. Sie lautet: „Die Bundesregierung und ihre Partner unterstützen die Ukraine durch die Lieferung von Waffen bei der Ausübung ihres individuellen Selbstverteidigungsrechts gegen den völkerrechtswidrigen Angriffskrieg Russlands. Diese völkerrechtskonformen Unterstützungsmaßnahmen überschreiten nicht die Schwelle zu einer kollektiven Ausübung des Selbstverteidigungsrechts.“

erlaubt, sofern der unterstützte Gewalteinsatz selbst zulässig ist. Die Antwort auf die Abgrenzungsfrage ist keineswegs glasklar. Der IGH hat in seinem ersten Grundsatzurteil zum Gewaltverbot aus dem Jahr 1986 die Waffenlieferungen der Vereinigten Staaten an die Contra-Rebellen im Bürgerkrieg in Nicaragua als Anwendung von Gewalt durch die USA selbst eingestuft.⁷⁸ Man spricht in solchen Fällen zumeist von indirekter Gewaltanwendung. Indessen ist die Staatenpraxis zur zwischenstaatlichen militärischen Unterstützung bei der Annahme eines indirekten Gewalteinsatzes des Unterstützers zurückhaltender.⁷⁹ Vorzugswürdig ist es daher, Deutschlands Waffenlieferungen an die Ukraine völkerrechtlich als erlaubte Beihilfe zur individuellen Selbstverteidigung der Ukraine einzuordnen.

Allerdings ist die soeben aufgeworfene Frage der Anzeigepflicht Deutschlands damit noch nicht erschöpfend behandelt. Das hängt mit einer weiteren Frage zusammen. Diese lautet, ob Deutschlands Unterstützung der Ukraine mit dem Neutralitätsrecht⁸⁰ vereinbar ist. Diese Frage stellt sich deshalb, weil Deutschland durch seine Waffenlieferungen an die Ukraine nicht zur Partei am internationalen bewaffneten Konflikt zwischen der Russischen Föderation und der Ukraine geworden ist.⁸¹ Das könnte nun aber bedeuten, dass Deutschland

78 ICJ ebda. 119 (Nr. 228), dazu *Kreß*, Fn. 11, S. 574.

79 Das ergibt sich besonders deutlich aus der vom IGH im Fall Nicaragua maßgeblich berücksichtigten Entschließung der Generalversammlung der Vereinten Nationen v. 24.10.1970 über die freundschaftlichen Beziehungen zwischen Staaten (UN Doc. A/RES/2625 (XXV)), bei der die Absätze 8 und 9 zum Gewaltverbot, die die „indirekte Gewaltanwendung“ in der Form der Unterstützung nicht-staatlicher Gewaltakteure betreffen, für Fälle der zwischenstaatlichen Unterstützung ohne Gegenstück geblieben ist.

80 Hierzu insgesamt *Michael Bothe*, in: *Fleck*, Fn. 74, S. 602 ff.

81 Insow. besteht – soweit ersichtlich – Einmütigkeit; s. statt aller *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Rechtsfragen der militärischen Unterstützung der Ukraine durch NATO-Staaten zwischen Neutralität und Konfliktteilnahme, WD 2 – 3000 – 019/22, S. 4. Einige weitere in dieser Ausarbeitung getroffene Aussagen zur Frage, wann die Schwelle zur Beteiligung am Konflikt erreicht ist, bieten demgegenüber Raum für Missverständnisse; insow. vorzugswürdig die Darlegungen von *Alexander Wentker*, At War: When do States Supporting Ukraine become Parties to the Conflict and What Would that Mean?; *ejiltalk*, 14.3.2022; www.ejiltalk.org/at-war-when-do-states-supporting-ukraine-or-russia-become-parties-to-the-conflict-and-what-would-that-mean/. Eine umfängliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen dafür, dass ein Staat einen internationalen bewaffneten Konflikt auslöst oder sich an einem bereits existierenden internationalen bewaffneten Konflikt als Partei beteiligt, liegt außerhalb des Rahmens dieses Vortrags.

an das Gebot des Neutralitätsrechts gebunden ist, keiner Partei am Konflikt Waffen zu liefern.⁸² Bejaht man eine solche Bindung, so bedürfte es eines speziellen Erlaubnissatzes, um der Feststellung einer deutschen Neutralitätsrechtsverletzung im konkreten Fall zu entgehen.

An diesem Punkt läge es nahe, zum kollektiven Selbstverteidigungsrecht zurückzukehren, und aus diesem den folgenden Erst-Recht-Schluss zu ziehen: Wenn das kollektive Selbstverteidigungsrecht wie gesehen die Ausübung deutscher Waffengewalt zugunsten der Ukraine rechtfertigen würde, so müsste gestützt auf dasselbe kollektive Selbstverteidigungsrecht *e fortiori* auch eine *prima facie* neutralitätswidrige Lieferung von Waffen an die Ukraine Verteidiger zulässig sein. Bei einer solchen Argumentation würde es allerdings zu einem völkerrechtlichen Drahtseilakt, zugleich auch das Unterlassen einer Anzeige nach Artikel 51 zu begründen⁸³ – womit sich mein kleiner Kreis um die Anzeigepflicht schließt.

Überlegen lässt sich auch, Deutschlands Waffenlieferungen als kollektive Gegenmaßnahme i. S. d. alten Repressalienrechts einzustufen, um die neutralitätsrechtliche Hürde auf diesem Weg zu nehmen. Dabei wäre die Ausstrahlungswirkung des kollektiven Selbstverteidigungsrechts zu bemühen, um für den speziellen Fall der Verletzung des Gewaltverbots

82 Hierzu im Überblick *Wolf Heintschel von Heinegg*, *Neutrality in the War against Ukraine*, *Articles of War*, 1.3.2022; <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/>.

83 Man müsste sich dann entgegen dem Wortlaut von Art. 51 Satz 2 der Satzung der Vereinten Nationen auf den Standpunkt stellen, dass dem Sicherheitsrat nicht jede Ausübung des kollektiven Selbstverteidigungsrechts anzuzeigen ist, sondern lediglich eine solche, bei der die Geltendmachung dieses Rechts erfolgt, um eine Anwendung von Gewalt zu rechtfertigen.

die – ansonsten hochumstrittene⁸⁴ – Befugnis zur Durchführung kollektiver Gegenmaßnahmen zu begründen.⁸⁵ Das mag sich hören lassen.

Doch es gibt, wie vor allem der Bonner Völkerrechtler *Stefan Talmon*⁸⁶ gezeigt hat, einen noch geraderen Weg, um darzutun, warum Deutschlands Waffenlieferungen an die Ukraine das Neutralitätsrecht nicht verletzen: Hiernach entfaltet das alte neutralitätsrechtliche Gebot, militärische Unterstützung zu unterlassen, im Völkerrecht der Gegenwart im Hinblick auf den Verteidiger keine Bindung mehr. Das strikt symmetrisch angelegte neutralitätsrechtliche Verbot der militärischen Unterstützung der Kriegsparteien ist fest mit dem Recht zum Krieg, dem *ius ad bellum* der klassischen Völkerrechtsepoche verbunden. In dieser Zeit schützte das Völkerrecht die Staaten nicht vor dem Eintritt eines Kriegszustands, sondern es zielte bescheidener lediglich darauf ab, die schädlichen Wirkungen des einmal begonnenen Kriegs durch ein Recht *im* Krieg, ein *ius in bello*, zu begrenzen. Das Neutralitätsrecht war gewissermaßen an der *Schnittstelle* zwischen Kriegs- und Friedensrecht angesiedelt. Seine Funktion bestand darin, einen normativen Anreiz gegen die räumliche Eskalation des Kriegsgeschehens zu setzen. Ob dem Neutralitätsrecht nach der kopernikanischen Wende im Völkerrecht, die das *ius contra bellum* des Briand-Kellogg-Pakts bedeutete, überhaupt noch eine sinnvolle Funktion zukommt, ist durchaus unsicher.⁸⁷

84 Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen hat die Frage, ob nicht unmittelbar betroffenen dritten Staaten im Fall der Verletzung einer *erga omnes* bindenden völkerrechtlichen Verhaltensnorm ein Recht zukommt, kollektive Gegenmaßnahmen durchzuführen, im Rahmen ihrer Arbeiten zur Staatenverantwortlichkeit für völkerrechtswidriges Verhalten offengelassen; s. die Formulierung von Artikelentwurf 54 im Stil eines dilatorischen Formelkompromisses und die ausdrückliche Feststellung im diesbezüglichen Kommentar, der Zustand des geltenden Völkergewohnheitsrechts sei „unsicher“; s. Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, volume II, Part Two, S. 137 (Text) und 139 (Nr. 6 f.) (Kommentar).

85 *Walter*, Fn. 70, 479 zieht diesen Gedanken heran, um die Zulässigkeit derjenigen nicht-militärischen Sanktionen zu rechtfertigen, die *prima facie* einer anwendbaren Verhaltenspflicht widersprechen.

86 *Stefan Talmon*, The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: the case of Ukraine, Bonn Research Papers on Public International Law. Paper No 20/2022, 6 April 2022, S. 8–20; <https://ssrn.com/abstract04077084>; diesem zust. *Walter*, Fn. 70, 478.

87 Zumeist wird diese Frage allerdings bejaht; s. vor allem *Wolff Heintschel von Heinegg*. Wider die Mär vom Tod des Neutralitätsrechts, in: Horst Fischer/Ulrike Froissart/Wolff Heintschel von Heinegg/Christian Rapp (Hrsg.) Krisensicherung

Diese Frage bedarf zur Begründung von *Talmons* vorzugswürdiger These aber keiner Antwort.

Denn jedenfalls gilt, dass das alte neutralitätsrechtliche Ziel der räumlichen Begrenzung der Kampfhandlungen seit der Hinwendung erst zu einem *Kriegs-* und dann zu einem *Gewaltverbot* keinen unbedingten Vorrang mehr beanspruchen kann. Diesen entscheidenden normativen Wandel hatte bereits der seinerzeitige Außenminister der USA, *Henry Stimson*, klar erfasst. Im Hinblick auf Staaten, die das neue Recht gegen den Krieg verletzten, sagte er:

„We no longer draw a circle around them and treat them with the punctilio of the duellist’s code. Instead we denounce them as lawbreakers.“⁸⁸

Das geltende Völkerrecht der Friedenssicherung ist also zentral der Verhinderung des Ausbruchs eines Kriegs und für den Fall eines rechtswidrigen bewaffneten Angriffs dem Schutz des Angriffsopfers verpflichtet. Ein solches Völkerrecht der Friedenssicherung muss im Übrigen daran interessiert sein, dass seine Fundamentalnorm, das Gewaltverbot, nicht erodiert.

Diese Erwägungen sprechen dafür, die Bindung dritter Staaten an das neutralitätsrechtliche Verbot von Waffenlieferungen insoweit aufzuheben, als es um den Staat geht, der sich gegen einen rechtswidrigen bewaffneten Angriff verteidigt. Man könnte hier von dem Ergebnis einer systemischen Integration des Gewaltverbots in das zuvor entstandene Neutralitätsrecht sprechen.

Verbreitet wird im Hinblick auf Deutschlands Haltung im Ukraine-Krieg von Nichtkriegführung anstelle von Neutralität gesprochen.⁸⁹ Der Begriff der „*non-belligerency*“ geht auf die Position zurück, die die Vereinigten Staaten im Zweiten Weltkrieg vor ihrem Kriegseintritt eine Zeit lang bezogen haben.⁹⁰ In dieser Phase unterstützte man Großbritannien massiv, aber eben unterhalb der Schwelle des Kriegseintritts. Und auch hier stellte sich die Frage der Vereinbarkeit

und Humanitärer Schutz, Festschrift für Dieter Fleck, 2004, S. 221 ff.; zur aktuellen Debatte etwa *Raul (Pete) Pedrozo*, Ukraine Symposium – Is the Law of Neutrality Dead?; <https://lieber.westpoint.edu/is-law-of-neutrality-dead/>.

88 *Henry L. Stimson*, The Pact of Paris: Three Years of Development, Foreign Affairs 11 (1932–1933), iv.

89 So etwa *Walter*, Fn. 70, 478.

90 Hierzu spannend *Hathaway/Shapiro*, Fn. 9, S. 168–179.

mit dem Neutralitätsrecht. Der damalige Justizminister der Vereinigten Staaten, *Robert Jackson*, der hierzu den Rat des seinerzeit weltweit führenden Völkerrechtlers, *Hersch Lauterpacht*, eingeholt hatte, begründete die Zulässigkeit des Vorgehens der USA im Kern so, wie ich es Ihnen soeben zu Deutschlands aktueller Haltung vorgeschlagen habe. Aus dem Begriff der „*non-belligerency*“ lassen sich die maßgeblichen völkerrechtlichen Erwägungen allerdings nicht ableiten. Den Begriff mag man verwenden; er ist recht verstanden aber nicht mehr als eine Bezeichnung des Ergebnisses der von dieser Begriffsbildung unabhängigen völkerrechtlichen Argumentation.

Das Gesetz, dass die Vereinigten Staaten im Zweiten Weltkrieg zur Unterstützung Großbritanniens erlassen hatten, hieß übrigens „*Lend-Lease Act*“. Das US-Gesetz vom 9. Mai 2022 zur militärischen Unterstützung der Ukraine heißt „*Ukraine Democracy Defense Lend-Lease Act*“.⁹¹ Geschichte hat einen langen Atem.

c) Fragen völkerrechtlicher Verantwortlichkeit

Ich möchte mit Ihnen nun einen Blick auf Rechtsfolgen werfen, von denen derzeit ungewiss ist, ob sie in der Zukunft praktisch wirksam werden können.

Es handelt sich einmal um die *Staatenverantwortlichkeit* der Russischen Föderation für die Aggression und zum anderen um die Frage der Strafbarkeit des *russischen Führungspersonals* für das *Verbrechen der Aggression*.

aa) Staatenverantwortlichkeit

Zunächst zur Staatenverantwortlichkeit. Wie *Elisabeth Günnewig* in einer schönen aktuellen Kölner Doktorschrift dargelegt hat, vollzog sich der Übergang von der Praxis des Kriegstributs des Verlierers zur Wiedergutmachungspflicht des für den Kriegsausbruch verantwortlichen Staats mit den Pariser Friedensverträgen nach dem Ersten Weltkrieg – und dies in Teilen *avant la lettre*.⁹² Seither beschränkt

91 136 STAT 1184 Public Law 117–118, May 9, 2022; www.congress.gov/117/plaws/publ118/PLAW-117publ118.pdf.

92 *Elisabeth Günnewig*, Schadensersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines *ius post bellum*, 2019, S. 75–134.

sich die unmittelbar einschlägige Staatenpraxis auf die Fälle der deutschen Angriffskriege im Zweiten Weltkrieg, des Überfalls des Irak auf Kuwait im Jahre 1990 und der Kriege zwischen Eritrea und Äthiopien einerseits und Uganda und der Demokratischen Republik Kongo andererseits, diese jeweils vom Ende des letzten Jahrhunderts.⁹³

Zwar ist diese Praxis nicht sehr dicht. Doch sie bestätigt, dass die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht des Staats zur Wiedergutmachung als Folge seines völkerrechtswidrigen Verhaltens auch im Fall der Verletzung des Gewaltverbots gilt.⁹⁴ Komplizierter zu beantworten sind Fragen der haftungsausfüllenden Zurechnung bestimmter Schadensposten zum völkerrechtswidrigen Gewalteinsatz. Gesichert zu sein scheint mir, dass die Ukraine auch die Kosten ihrer individuellen Selbstverteidigung geltend machen darf, soweit sie dieses Recht im Einklang mit dem Kampfführungsrecht ausübt.⁹⁵ Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob dritte Staaten entsprechend hierzu die Kosten ihrer militärischen Unterstützung der Ukraine geltend machen dürfen. Die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen zur Schadensregulierung nach der irakischen Aggression gegen Kuwait eingesetzte Kommission hatte die Ersatzfähigkeit derjenigen Kriegskosten abgelehnt, die den Alliierten im Zug ihrer Militäroperation zur Abwehr der irakischen Aggression entstanden waren, indessen ohne hierfür eine Begründung zu geben.⁹⁶ Eine spannende, soeben von *Christian Tomuschat* gestellte Frage ist ferner, ob dritte Staaten, die Kriegsflüchtlinge aus der Ukraine aufnehmen, hierfür eingesetzte öffentliche Mittel im Wege des Schadensersatzes geltend machen können.⁹⁷ In der Schadensregulierungspraxis nach dem irakischen Angriffskrieg finden sich jedenfalls Ansätze, die in die Richtung einer solchen Möglichkeit weisen.⁹⁸

93 Diese Praxis wird von *Günnewig* ebda. eingehend aufgearbeitet; nicht berücksichtigen konnte sie allein das aktuelle Urteil des IGH im Fall Demokratische Republik Kongo gegen Uganda; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 9.2.2022, noch nicht veröffentlicht in I. C. R. Reports; www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20220209-JUD-01-00-EN.pdf.

94 *Günnewig*, Fn. 92, S. 415.

95 Zum Stand des insoweit maßgeblichen Völkergewohnheitsrechts überzeugend *Günnewig*, Fn. 92, S. 386 f.

96 *Günnewig*, Fn. 92, S. 264 f., 389.

97 *Tomuschat*, Fn. 20, 41.

98 *United Nations Compensation Commission*, Report and Recommendations Made by The Panel of Commissioners Concerning Part One of the First Instalment of Claims

(bb) Strafbarkeit wegen eines Verbrechens der Aggression

Steht bei der Wiedergutmachungspflicht das Interesse des jeweils geschädigten Staats im Zentrum, so geht es bei der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit zentral um den Schutz der jeweils verletzten völkerrechtlichen Verhaltensnorm. Dem entsprach im Kern das völkerrechtspolitische Anliegen der Vereinigten Staaten im Zusammenhang mit dem historischen Nürnberger Prozess. Der uns bereits bekannte *Robert Jackson* brachte dies als Chefankläger seines Landes vor dem Gericht deutlich zum Ausdruck. Während *Hermann Jahrreiß* für die deutsche Seite wie gesehen die Geltungserosion des Kriegsverbots im Gefolge des Abessinien-Kriegs beschwor, attestierte Jackson dem Kriegsverbot Resilienz, zugleich aber auch das Bedürfnis der Bekräftigung nach der fundamentalen Infragestellung durch den deutschen Aggressor. In diesem Sinn rief er in seiner Eröffnungsrede aus:

„The ultimate step in avoiding periodic wars, which are inevitable in a system of international lawlessness, is to make statesmen responsible to law. And let me make clear that while this is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose it must condemn, aggression by other nations, including those which sit here now in judgment.“⁹⁹

„Including those which sit here now in judgment“ – der Schluss dieses kraftvollen Zitats klingt in Anbetracht des laufenden russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine besonders eindringlich nach. Es gehört zu den Irrungen und Wirrungen der historischen Entwicklung des Völkerstrafrechts, dass keineswegs nur Russland, sondern nicht zuletzt auch die Vereinigten Staaten dazu beigetragen haben, dass die Einlösung ihres Nürnberger Versprechens im Fall des Ukraine-Kriegs nicht nur tatsächliche, sondern auch größte rechtliche Schwierigkeiten bereitet.

Dabei gibt es in materiell-rechtlicher Hinsicht nichts zu deuteln: Gegen Präsident *Putin* besteht der Verdacht eines Verbrechens der

by Governments and International Organizations (Category „F“ Claims), UN Doc. S/AC.26/1997/6, 18.12.1997, S. 23 (Nr. 86).

99 Wiederabgedr. etwa in: Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, Buffalo: William S. Hein & Co., 2001, S. 45.

Aggression.¹⁰⁰ Denn bei dem allem Anschein nach von ihm gemeinsam mit anderen geplanten, vorbereiteten, eingeleiteten und ausgeführten russischen Gewalteinsetz gegen die Ukraine handelt es sich um eine Aggressionshandlung, die im Sinne von Artikel 8 *bis* Abs. 1 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Satzung der Vereinten Nationen darstellt.

Doch ist der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) in dieser Situation bis auf weiteres daran gehindert, seine erst mit Wirkung vom 17. Juli 2018 aktivierte Zuständigkeit¹⁰¹ über das Verbrechen der Aggression auszuüben: Denn die Russische Föderation ist dem Gründungsvertrag des IStGH bislang nicht beigetreten. Und im Fall einer Aggressionshandlung eines Nichtvertragsstaats kann der IStGH nur dann tätig werden, wenn ihm die betreffende Situation vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen überwiesen wird.¹⁰² Auf dieses im Vergleich zu den übrigen Völkerstraftaten strengere Zuständigkeitsregime hatten bei den Verhandlungen auch die Vereinigten Staaten gedrungen.¹⁰³ Zur Ironie der Geschichte des Völkerstrafrechts gehört übrigens auch, dass Frankreich und Großbritannien, die sich nach dem Ersten Weltkrieg als erste für die Kriminalisierung des Angriffskriegs eingesetzt haben, heute zu den großen Skeptikern zählen.¹⁰⁴

Nun hat es in der Geschichte des Völkerstrafrechts allerdings schon so manche Überraschung gegeben. Und zu deutlichen Entwicklungsschüben kam es zumeist in historischen Kristallisationsmomenten. Es ist daher

100 Ryan Goodman/Rebecca Hamilton, Model Indictment for Crime of Aggression against Ukraine: Prosecutor v. Vladimir Putin, Just Security, 14.3.2022; www.justsecurity.org/80669/model-indictment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine-vladimir-putin/; Open Society Justice Initiative, Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine, May 2022; www.justiceinitiative.org/publications/model-indictment-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine.

101 Der letzte hierzu erforderliche Schritt war die Annahme der Aktivierungsresolution (Resolution ICC-ASP/16/Res.5) durch die Vertragsstaatenversammlung des Internationalen Strafgerichtshofs am 14.12.2017; zu dem Weg zur Aktivierung näher Claus Kreß, Die Aktivierung der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs für das Verbrechen der Aggression, Archiv des Völkerrechts 56 (2018), 269 ff.

102 S. Artikel 15 bis Abs. 4 und 5 des IStGH-Statuts; für die entsprechende Stellungnahme des Anklägers des IStGH v. 25.2.2022; s. www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-been-closely-following.

103 Näher hierzu Claus Kreß/Leonie von Holzendorff, The Kampala Compromise on the Crime of Aggression, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1194–1199, 1201–1204, 1207–1210, 1215 f.

104 Hierzu näher Kreß, Fn. 101, 276–285.

wenig verwunderlich, dass gerade mit zunehmender Intensität – nur leider bislang ohne die Beteiligung der deutschen Diplomatie – über die Einsetzung eines Sondertribunals zum Verbrechen der Aggression und parallel hierzu über eine Änderung des Statuts des IStGH diskutiert wird.¹⁰⁵ Man wird sehen.

d) Friedensschluss bzw. Waffenstillstand

Ganz ungewiss ist augenblicklich auch, ob der Krieg durch einen Verhandlungsfrieden beendet wird. In diesem juristischen Vortrag lasse ich offen, ob der Abschluss eines Friedensvertrags mit Russland noch ein politisch sinnvolles Ziel sein, oder ob – wie etwa der Mannheimer Politikwissenschaftler *Peter Graf Kielmansegg* in einem nachdenklich stimmenden Aufsatz¹⁰⁶ meint – die Grundlagen hierfür entfallen sind und nur an einen Waffenstillstand gedacht werden kann, solange *Putin* an der Macht ist. Stattdessen möchte ich zum Schluss dieses Vortrags auf eine völkerrechtliche Hürde eingehen, die sich mit Blick auf einen Friedensvertrag im Zusammenhang mit dem Gewaltverbot ergäbe.

Nach Art. 52 der Wiener Vertragsrechtskonvention, die im maßgeblichen Punkt Völkergewohnheitsrecht wiedergibt, ist ein zwischen Staaten unter dem Einfluss der Drohung mit oder Anwendung von völkerrechtswidriger Gewalt geschlossener Vertrag nichtig. Hiernach ist der Weg zur völkerrechtlichen Anerkennung russischer Gebietsgewinne in der Ukraine selbst über einen Friedensvertrag solange verschlossen, wie die russischen Streitkräfte die betreffenden Gebiete militärisch besetzt halten oder die Wiederaufnahme von Feindseligkeiten bei Nichtabschluss eines solchen Vertrags sonst wie ein Damoklesschwert über der Ukraine schwebt. Diese Hürde erscheint zunächst unübersteigbar.

105 Aus der bereits reichhaltigen Literatur s. nur *Tom Dannenbaum*, Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression against Ukraine, Just Security, 10.3.2022; www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/; *Oona Hathaway*, A Crime in Search of a Court. How to Hold Russia Accountable, Foreign Affairs, 19.5.2022.

106 *Peter Graf Kielmansegg*, Putins Krieg, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.4.2022, 7; s. auch die in dieselbe Richtung weisenden Überlegungen von *Ralf Fücks* im Gespräch mit der Neuen Zürcher Zeitung v. 29.5.2022; www.nzz.ch/international/ralf-fuecks-putin-will-die-ukraine-heim-ins-reich-holen-ld.1685837.

Im Anschluss an Überlegungen der Salzburger Völkerrechtlerin *Kirsten Schmalenbach*¹⁰⁷ hat *Christian Walter* indessen erwogen, dem Sicherheitsrat zur Beendigung des Kriegs aus humanitären Gründen die Befugnis zuzusprechen, einen Friedensvertrag, der ukrainische Gebietsabtretungen beinhaltet, durch eine Maßnahme kollektiver Sicherheit rechtlich abzusichern, obgleich von einem im Sinne des Völkerrechts der Verträge hinreichend freien Willen der Ukraine nicht gesprochen werden kann.¹⁰⁸ Mit Blick auf die Autorität des völkerrechtlichen Gewaltverbots wäre das ein höchst prekärer Schritt. Indessen dürfte er tatsächlich im Rahmen der Befugnisse des Sicherheitsrats liegen. Denn die in Rede stehende Norm zur Nichtigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags dürfte nicht dem zwingenden Völkerrecht zuzurechnen sein, an das auch der Sicherheitsrat gebunden ist. Dem Sicherheitsrat wäre es hiernach im Rahmen seines weiten Beurteilungsspielraums gestattet, einem etwaigen Wunsch der Ukraine zu entsprechen, zur Vermeidung weiterer Opfer mit Russland einen Frieden zu schließen, der territoriale Zugeständnisse an den Aggressor einschließt.

Ich sagte: „einem etwaigen Wunsch der Ukraine entsprechend“. Dürfte der Sicherheitsrat von Rechts wegen noch einen Schritt weiter gehen und an irgendeinem Punkt auch gegen den Wunsch der Ukraine ein Ende der Kampfhandlungen verbindlich anordnen, etwa weil er eine unabsehbare Eskalation befürchtet? Ich meine, dass der Rat dies jedenfalls nicht in der Form darf, dass er dem russischen Aggressor einen Teil ukrainischen Staatsgebiets überträgt. Das ergibt sich bereits aus der im Kern (welt-)polizeilichen Funktion des Sicherheitsrats, die auf Gefahrenabwehr ausgerichtet ist und die dauerhafte Lösung von Statusfragen nicht einschließt.

Darüber hinaus trifft jeden Staat nach Völkergewohnheitsrecht die Pflicht zur Nichtanerkennung gewaltsamer Gebietserwerbe. Hier begegnet uns nochmals *Henry Stimson*.

Denn besagte Pflicht ist aus der sogenannten *Stimson*-Doktrin erwachsen, die der amerikanische Außenminister nach der oben bereits erwähnten ersten gravierenden Herausforderung für das neue Kriegsverbot, Japans Invasion in die chinesische Mandschurei im Jahre 1931, verkündet hat-

107 *Kirsten Schmalenbach*, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2. Auflage, 2018, S. 958 (Rn. 50).

108 *Walter*, Fn. 70, 481.

te.¹⁰⁹ Es spricht viel dafür, diese Nichtanerkennungspflicht insoweit dem zwingenden Völkerrecht zuzuweisen, als der fragliche Gebietserwerb aus einer Aggression hervorgegangen ist.¹¹⁰ Geht man hiervon aus, so wäre diese Pflicht der Staaten auch für den Sicherheitsrat nicht verfügbar.

Damit bleibt die Frage, ob der Sicherheitsrat Russland und die Ukraine verbindlich zu einem Waffenstillstand auffordern darf, und dies bei vorläufigem Einfrieren tatsächlicher russischer Gebietsgewinne, aber unter Offenhaltung aller territorialen Statusfragen. Auch eine solche Anordnung des Sicherheitsrats würde das Selbstverteidigungsrecht der Ukraine ganz empfindlich beschneiden. Dies umso mehr, weil eine Waffenstillstandslinie nach geltendem Völkerrecht nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer ihrerseits den Schutz des Gewaltverbots erfährt.¹¹¹ Dürfte der Sicherheitsrat das Selbstverteidigungsrecht der Ukraine derart beschränken, obgleich dieses in der Satzung der Vereinten Nationen als „inhärentes“ Recht – als „*inherent right*“ – der Staaten bezeichnet wird? Im ersten Satz von Artikel 51 der Satzung der Vereinten Nationen heißt es zum Verhältnis des Rechts auf Selbstverteidigung und der Befugnis des Sicherheitsrats, Maßnahmen kollektiver Sicherheit zu treffen, wie folgt:

„Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence, if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, *until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security* (Hervorh. von mir).“

Ist der Begriff des „internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit“ so zu verstehen, dass die Erfordernisse, diesem Ziel zu dienen, mit der weiteren Ausübung des Selbstverteidigungsrechts in Konflikt geraten kann? Die eingehendste Auseinandersetzung mit dieser Frage, die mir bekannt ist, hat der Genfer Völkerrechtler *Nico Krisch* vorgelegt. Er meint, die Satzung habe diese Frage nicht entschieden. Hieraus folgert er, der Sicherheitsrat sei nicht kategorisch

109 *Hathaway/Shapiro*, Fn. 9, S. 166–168.

110 Zu diesem Punkt trifft Absatz 2 von *conclusion.19 on peremptory Norms of general international law* der Völkerrechtskommission (UN Doc. A/CN.4/L.967, 11.5.2022, 5) keine Festlegung.

111 Dieser Punkt wurde in dem Krieg des Jahres 2020 zwischen Aserbeidschan und Armenien um Nagorny-Karabach relevant; hierzu eingehend *Tom Ruys/Felipe Rodriguez Silvestre*, *Military Action to Recover Occupied Land: Lawful Self-Defense or Prohibited Use of Force? The 2020 Nagorno-Karabakh Conflict Revisited*, *International Law Studies* 97 (2021), 682 ff.

daran gehindert, das staatliche Interesse an wirksamer Verteidigung dem Weltgemeinschaftsinteresse an der Vermeidung einer Eskalation des bewaffneten Konflikts unterzuordnen.¹¹² *Krischs* Analyse ist sehr umsichtig¹¹³, ich zögere indessen, seiner abschließenden Folgerung zuzustimmen. Nach meinem Eindruck gelangt man hier in die Nähe einer Frage, von der *Kelsen* sagen würde, sie sei rechtswissenschaftlich unentscheidbar.¹¹⁴ In einem möchte ich *Krisch* aber nachdrücklich zustimmen: Angenommen, der Sicherheitsrat hätte die in Rede stehende Befugnis, sollte er nur im Extremfall in Erwägung ziehen, von ihr Gebrauch zu machen. Denn anderes könnte – in den Worten *Krischs* – „eine Politik des *Appeasement* zum Standard machen, Aggressoren ermutigen und das zwischenstaatliche Gewaltverbot erheblich schwächen“.¹¹⁵

III. Schluss

Hersch Lauterpacht – er ist uns eben kurz begegnet – hat mit Blick auf die hier häufig besonders spannungsreiche Begegnung von Norm und Macht einmal bemerkt, das Völkerrecht siedele an der Grenze des Rechts.¹¹⁶ Gewaltverbot, Selbstverteidigungsrecht und kollektives Sicherheitssystem siedeln in diesem Sinn wohl an der Grenze des Völkerrechts.¹¹⁷ Im Ukraine-Krieg, in dem eine Veto- und Atommacht

112 *Nico Krisch*, Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit, 2001, S. 395–397; s. auch die sehr instruktiven Überlegungen von *Sebastian Graf Kielmannsegg*, An der Nahtstelle der Friedensordnung – Bedeutung und Grenzen des Selbstverteidigungsrechts im System kollektiver Sicherheit, Archiv des Völkerrechts 50 (2012), 298–314, bei denen der Stellenwert des Selbstverteidigungsrechts im Rahmen des Systems der kollektiven Sicherheit nach der Satzung der Vereinten Nationen höher veranschlagt wird als bei *Krisch*.

113 S. insbes. *Krisch* ebda. S. 243–272.

114 Ich denke hier an die Frage des Vorrangs im Hinblick auf eine staatliche bzw. die Völkerrechtsordnung; s. *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925 (hrsg. von Mathias Jestaedt, 2019), S. 312.

115 *Krisch*, Fn. 112, S. 397.

116 *Hersch Lauterpacht*, The Problem of revision of the Law of War, British Yearbook of International Law 29 (1952), 382.

117 *Lauterpacht* selbst hatte diese Folgerung nur für das Recht *im* Krieg gezogen. Sein berühmtes Wort lautet ebda: „(I)f international law is at the vanishing point of law, the laws of war are at the vanishing point of international law“. Doch man muss sich nur an den bekannten Satz des vormaligen US-amerikanischen Außenminister *Dean Acheson*im Rückblick auf die Kuba-Krise erinnern, um zu erkennen, dass das völkerrechtliche Gewaltverbot gemeinsam mit dem Völkerrecht der bewaffneten Konflikte in dem im Text angesprochenen Sinn an der Grenze des Völkerrechts

einen Angriffskrieg entfesselt hat, wird die Plausibilität dieses Gedankens augenfällig. Doch zugleich ist das Gewaltverbot des geltenden universellen Völkerrechts für den Bestand einer Rechtsordnung, die einen jeden Staat unabhängig von seiner Stärke schützt, konstitutiv, um nochmals an *Kelsens* Einsicht zu erinnern. Deshalb bedarf es gerade im gegenwärtigen bedrohlichen Moment der *Befestigung* der politisch prekären Grenze, die das völkerrechtliche Gewaltverbot der Ausübung staatlicher Macht in den internationalen Beziehungen setzt. Andernfalls droht – insoweit ist *Münkler* nicht zu widersprechen – der Wandel hin zu einer völkerrechtlichen Großraumordnung. In einem juristischen Vortrag wie diesem ist nicht mehr möglich als ein Grenzgang, bei dem – nach einer Vergewisserung des Grenzverlaufs – die Instrumente bestimmt werden, die zur Befestigung der Grenze zur Verfügung stehen. Über den Gebrauch dieser Instrumente entscheidet indessen im Kern die Politik.

Hierzu ganz zum Schluss nur diese völkerrechtspolitischen Bemerkungen: Die Ukraine hat die Entscheidung getroffen, ihre staatliche Existenz, ihre territoriale Unversehrtheit und die eigene Lebensweise zu verteidigen. Natürlich wären auch bei einer anderen Entscheidung völkerrechtliche Instrumente verblieben, um die Geltung des Gewaltverbots gegen dessen Verletzung zu behaupten. Doch ändert dies nichts daran, dass die Ukraine mit ihrer Verteidigung mittelbar auch der Resilienz des Gewaltverbots in einem sehr kritischen Moment einen aufopferungsvollen Dienst leistet. Der Ernst der Lage bleibt dramatisch – sowohl für die Ukraine als auch für die Zukunft des Gewaltverbots: Russland setzt seinen Angriffskrieg bis zum heutigen Tag mit brachialer Gewalt fort, China und Indien nehmen weiterhin eine abwartende Haltung ein, statt sich entschieden an die Seite der Ukraine und auf den Boden des geltenden Völkerrechts zu stellen, und wichtige Schwellenländer lassen es bislang an tätigem Beistand der Ukraine fehlen.

Selbst von den liberalen Staaten werden gewiss nicht alle legitimen Erwartungen erfüllt, die die Ukraine im Hinblick auf die Unterstützung ihres Abwehrkampfes hegt. Doch ist der Beistand für die Ukraine – zumal in Anbetracht der vom Aggressor aufgebauten Drohkulisse – auch

siedelt. *Acheson* hatte gesagt: „The power, position and prestige of the United States had been challenged by another state; and law simply does not deal with such questions of ultimate power – power that comes close to the sources of sovereignty“; *Proceedings of the American Society of International Law* (1963), 14.

über die rein symbolische Ebene hinaus alles in allem doch bedeutsam. Vielleicht darf bei aller Vorsicht gesagt werden, dass der tätige Beistand der liberalen Staaten – freilich nach einem deutlich zu langen Zögern Deutschlands¹¹⁸ – dem immerhin nahekommt, was *Graf Kielmansegg*¹¹⁹ „besonnene Tapferkeit“ genannt hat. Dies zusammen mit der zutiefst bewundernswerten Tapferkeit, die die Ukrainerinnen und Ukrainer an den Tag legen, gibt hinreichend Grund, die Zuversicht nicht sinken zu lassen: Weder der Ukraine in ihren völkerrechtlich anerkannten Grenzen noch dem universellen Gewaltverbot sollte das Sterbeglöckchen¹²⁰ geläutet werden.

118 Aus historischer Perspektive zu dem deutschen Zögern sehr lesenswert *Koenen*, Fn. 52, 19 ff. Zu einigen relevanten ethischen Fragen instruktiv *Jürgen Habermas*, Krieg und Empörung, *Süddeutsche Zeitung* v. 29.4.2022, S. 13 f., der dieses Zögern in der Tendenz für begründet hält und sowie die beeindruckende Replik von *Timothy Snyder* in der *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* v. 25.6.2022, S. 7. Zu den moralethischen Fragen im Zusammenhang mit dem Recht auf Selbstverteidigung in den internationalen Beziehungen umfassend *Cécile Fabre/Seth Lazar* (Hrsg.), *The Morality of Defensive War*, 2014, *passim*.

119 *Graf Kielmansegg*, Fn. 105.

120 Dem völkerrechtlichen Gewaltverbot das Sterbeglöckchen zu läuten hat spätestens seit dem bekannten Aufsatz des inzwischen verstorbenen, bedeutenden US-amerikanischen Völkerrechtlers *Thomas Franck*, *Who killed Article 2 (4)? – Or: Changing Rules Governing the Use of Force by States*, *American Journal of International Law* 64 (1970), 809 ff., Tradition. Dass der Patient bislang stets überlebt hat, sollte auch heute Mut machen.