

# Der Fall *Pinochet*: Aufbruch zu neuen Ufern bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen?

Roland Bank\*

## I. Einleitung

Die Verhaftung des ehemaligen chilenischen Diktators Augusto Pinochet Ugarte und die letztinstanzliche Aufrechterhaltung des gegen diesen gerichteten Haftbefehls durch das House of Lords haben weltweite Aufmerksamkeit gefunden. Der Fall schien prädestiniert, um in die Völkerrechtsgeschichte einzugehen, da hier zum ersten Mal in Frage stand, ob ein ehemaliges Oberhaupt eines Staates sich vor einem nationalen Gericht eines anderen Staates strafrechtlich für Menschenrechtsverletzungen zu verantworten habe. Zudem enthält der Fall Berührungspunkte mit so wichtigen völkerrechtlichen Fragen wie nach dem Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens und der Bedeutung der "United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment" (UNCAT) aus dem Jahr 1984.<sup>1</sup>

In seinem Urteil vom 24. März 1999 hat das britische House of Lords mit sechs zu eins Stimmen entschieden, daß Pinochet für diejenigen ihm vorgeworfenen Taten keine Immunität genießt, die nach dem 8. Dezember 1988, dem Tag des Inkrafttretens der UNCAT für das Vereinigte Königreich, begangen wurden. Die Tatsache, daß das Urteil nach seiner Verkündung sowohl von Anhängern Pinochets als auch von dessen Gegnern als Sieg gefeiert wurde, ist symptomatisch für seine Komplexität. In der Tat führt die Abgabe von eigenen Voten mit jeweils neuen Begründungsnuancen durch alle sechs die Mehrheitsmeinung tragenden Richter dazu, daß die tragenden Gründe der Entscheidung nicht auf Anhieb erkennbar sind. Nur die *ratio decidendi* kann jedoch Präzedenzwirkung innerhalb des Vereinigten Königreichs entfalten und das Ausstrahlungspotential des Urteils auf Gerichte und Strafverfolgungsbehörden anderer Staaten beeinflussen.

Nach einer Zusammenfassung der Prozeßgeschichte (unten II.) sollen die im letzten Urteil des House of Lords aufgeworfenen Fragen und die hierzu vorgebrachten Argumente auch unter Berücksichtigung der vorausgegangenen Entscheidungen im Fall *Pinochet* analysiert werden. Die beiden zentralen Fragestellungen lauten dabei: Welche der Pinochet vorgeworfenen Taten stellen *extradition crimes* nach britischem Recht dar (unten III.)? Genießt Pinochet Immunität für demnach auslieferungsfähige Taten (unten IV.)?

---

\* Dr. iur. Wissenschaftlicher Referent am Institut. Ich danke Dr. Rainer Grote und Jan Woischnik für ihre wertvollen Hinweise.

<sup>1</sup> In deutscher Übersetzung abgedruckt in: BGBl 1990 II, 247.

## II. Prozeßgeschichte

Am 16. Oktober 1998 wurde Augusto Pinochet Ugarte in London auf der Grundlage eines vorläufigen Haftbefehls der britischen Behörden, der seinerseits auf einem von den spanischen Behörden ausgestellten internationalen Haftbefehl beruhte, unter Hausarrest gestellt. In diesem Haftbefehl wurde Pinochet die Ermordung von spanischen Bürgern in Chile in der Zeit zwischen dem Militärputsch im Jahre 1973 und Ende 1983 vorgeworfen. Ein weiterer provisorischer Haftbefehl, in dem die Sicherstellung von Pinochets Strafverfolgung unter anderem wegen Folter, Geiselnahme und Verabredung zum Mord angestrebt wird, erging wenige Tage später durch die britischen Behörden anlässlich eines zweiten in Spanien ausgestellten internationalen Haftbefehls.

Um gegen die Freiheitsentziehung vorzugehen, wandte sich Pinochet an den High Court of Justice.<sup>2</sup> Dieser entschied am 28. Oktober 1998, daß der erste Haftbefehl ungültig sei, da für Mord keine extra-territoriale, d. h. unabhängig vom Begehungsort bestehende Straf- und Verfolgbarkeit bestanden habe, die Voraussetzung für die Auslieferungsfähigkeit der Taten ist. Der zweite Haftbefehl wurde zwar nicht mangels ausweisungsfähiger Delikte für ungültig erachtet, scheiterte jedoch nach einstimmiger Ansicht der drei Richter<sup>3</sup> an der Immunität, die Pinochet für in Ausübung öffentlicher Funktionen begangene Straftaten genieße. Die *order of certiorari* gegen beide Haftbefehle wurde hinsichtlich des zweiten Haftbefehls ausgesetzt bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist. Angesichts der offensichtlichen Bedeutung des Falles und des großen internationalen Interesses wurde *leave to appeal* zum House of Lords gewährt. Das House of Lords entschied am 25. November 1998 mit drei zu zwei Stimmen, daß Pinochet keine Immunität zu komme, soweit ihm Folter vorgeworfen werde.<sup>4</sup> Kernargument der Richtermehrheit war, daß Pinochet zwar für in Ausübung seines Amtes vorgenommene Handlungen auch nach der Beendigung des Amtes Immunität genieße, Folter jedoch nicht als Ausübung öffentlicher Aufgaben angesehen werden könne.

Wenige Tage später, am 9. Dezember 1998, entschied der britische Innenminister Jack Straw, daß das Auslieferungsverfahren weitergehen könne. Als bekannt wurde, daß Lord Hoffmann als einer der Lordrichter, die an dem genannten Urteil des House of Lords mitgewirkt und im Sinne der Richtermehrheit gestimmt hatten, eine wichtige Funktion bei einer mit Amnesty International verbundenen Organisation ausübte, legte Pinochet über seine Anwälte gegen das Urteil des

<sup>2</sup> Die Klage enthielt vier Punkte: Gegen jeden der beiden Haftbefehle wurde sowohl ein *habeas corpus*-Verfahren als auch ein Antrag auf *leave to move for judicial review* gestellt.

<sup>3</sup> Der High Court of Justice, Queen's Bench Division, war besetzt mit den Richtern Lord Bingham of Cornhill (Lord Chief Justice of England and Wales), Collins und Richards. Das Urteil kann im Internet unter der Adresse <http://www.law.wits.ac.za/docs/pinochet.html> abgerufen werden.

<sup>4</sup> Gegen Immunität von Pinochet stimmten Lord Nicholls, Lord Steyn und Lord Hoffmann, für Immunität und damit gegen den *appeal* des Crown Prosecution Service stimmten Lord Slynn of Hadley und Lord Lloyd of Berwick. Das Urteil ist abgedruckt in den All England Law Reports: *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte*, [1998] 4 All ER, 897 ff. (im folgenden zitiert als "Pinochet No. 1").

House of Lords vom 25. November 1998 Beschwerde wegen des Anscheins der Befangenheit von Lord Hoffmann ein. Daraufhin hob das House of Lords am 17. Dezember 1998 einstimmig das erste Urteil des obersten britischen Gerichts auf.<sup>5</sup> In Anwendung des Grundsatzes "justice must not only be done but also seen to be done" sowie dessen Konkretisierung "a man may not be a judge in his own cause" bejahten die Richter den Anschein der Befangenheit. Die Organisation, deren Vorsitz Lord Hoffmann führte, war nach Ansicht der Richter eng mit Amnesty International verwoben<sup>6</sup> und damit mit einer Gruppierung, der erlaubt worden war, in einer Art faktischer Parteistellung in das erste Verfahren vor dem House of Lords einzugreifen.<sup>7</sup>

So kam es zur erneuten Verhandlung des Falles vor dem House of Lords und dem endgültigen Urteil vom 24. März 1999. An diesem Urteil waren insgesamt sieben Richter beteiligt, um in Anbetracht der Aufhebung des ersten Urteils des House of Lords die Glaubwürdigkeit der neuen Entscheidung zu stärken. Das Urteil bezieht sich nicht nur auf die im Haftbefehl vorgeworfenen Straftaten, sondern auch auf die im Auslieferungsantrag und in dazu nachgereichten Ergänzungen wesentlich ausgeweiteten Vorwürfe.

### III. *Extradition crimes*

Zunächst stellte sich die Frage, inwieweit die Pinochet vorgeworfenen Taten Grund für eine Auslieferung darstellen konnten, also nach britischem Recht als *extradition crimes* einzustufen waren. Auslieferungsfähig sind dem Extradition

<sup>5</sup> Durch die Lordrichter Browne-Wilkinson, Goff, Nolan, Hope und Hutton.

<sup>6</sup> Lord Hoffmann, einer der Lordrichter, die an der ersten Entscheidung beteiligt waren, ist Direktor und Vorsitzender von Amnesty International Charity Limited (AICL), einer gemeinnützigen Organisation, die diejenigen Aspekte der Arbeit von Amnesty International (AI) ausführt, die als gemeinnützig anerkannt sind; Hoffmann ist weder angestellt noch wird er von der Organisation bezahlt. Als Beleg für die enge Verwobenheit von AI und AICL wird angeführt, daß sie teilweise dieselben Räumlichkeiten teilen, AICL Veröffentlichungen von AI herausgibt, u. a. 1993 einen Bericht über Chile und den Umgang mit Menschenrechtsverletzungen während der Militärdiktatur, sowie v. a. daß die Direktoren von AICL durch das International Executive Committee von AI bestellt werden. Vgl. *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 2), [1999] 1 All ER, 577 ff. (im folgenden zitiert als "Pinochet No. 2").

<sup>7</sup> Ein automatischer Ausschluß vom Verfahren ist dann anzunehmen, wenn ein Richter entweder selbst Partei ist oder ein materielles Interesse an dem Ausgang des Falles hat. Ein solcher Fall lag nach Ansicht der Richter hier vor: Zwar kann man auch nach dem Eingreifen der Organisation Amnesty International in das Verfahren, die damit faktische Parteistellung erlangte, nicht davon sprechen, daß Hoffmann selbst Partei geworden sei; jedoch habe er durch seine Tätigkeit für AICL und deren Verwobenheit mit AI ein Interesse am Ausgang des Falles. Die Intervention von AI begründete zwar keine formale Parteistellung, dennoch verfolgte AI wie der Crown Prosecution Service und die spanische Regierung ein bestimmtes Ergebnis im vorliegenden Fall. Die Auswirkungen von derartigen Interessen will das Gericht allerdings auf Fälle aktiver Rollen des fraglichen Richters in der betreffenden Organisation begrenzt wissen: "Only in cases where a judge is taking an active role as trustee or Director of a charity which is closely allied to and acting with a party to the litigation should a judge normally be concerned either to recuse himself or disclose the position to the parties", *Pinochet No. 2 per Lord Browne-Wilkinson*, 589.

Act 1989 zufolge – vereinfacht gesagt – nur Verbrechen, die sowohl in dem die Auslieferung beantragenden Land als auch im Vereinigten Königreich strafbar sind (*double criminality rule*). Was den Begehungsort betrifft, müssen die Taten entweder in dem die Auslieferung beantragenden Land – also in diesem Fall Spanien – begangen worden sein oder es muß eine vom Begehungsort unabhängige, sog. extra-territoriale Strafbarkeit in dem die Auslieferung begehrenden Land und im Vereinigten Königreich bestehen.<sup>8</sup> Vom Territorialitätsprinzip erfaßt waren lediglich die Vorwürfe, die sich auf die Verabredung zu Mord und Folter in Spanien beziehen.

Hinsichtlich der Ermordung von spanischen Staatsangehörigen in Chile war keine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip ersichtlich, so daß diese Taten nicht als *extradition crimes* einzustufen waren und einer Auslieferung somit nicht zugrundegelegt werden konnten. Anderes gilt für die Pinochet vorgeworfenen Folterungen, die in Chile verübt wurden. In Umsetzung der Verpflichtungen aus der UNCAT durch den Criminal Justice Act 1988<sup>9</sup> wurde Folter als extra-territoriale Straftat im britischen Recht verankert.<sup>10</sup> Damit stand fest, daß alle nach Inkrafttreten dieses Gesetzes am 29. September 1988 verübten Folterungen die Voraussetzungen des Extradition Act erfüllten.

Hinsichtlich der verbleibenden vor diesem Datum begangenen Taten, die angesichts des Schwerpunkts der Repression in den Jahren nach dem Putsch am

<sup>8</sup> Section 2 Extradition Act 1989:

“(1) In this Act (...) “extradition crime” means (a) conduct in the territory of a foreign state (...) which if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which, however described in the law of the foreign state, (...) is so punishable under that law; (Anmerkung: Mit “foreign state” ist hier Spanien gemeint, also das die Auslieferung beantragende Land.) b) an extra-territorial offence against the law of a foreign state (...) which is punishable under that law with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which satisfies – (i) the condition specified in subsection (2) below; or (ii) all the conditions specified in subsection (3) below.

(2) The condition mentioned in subsection (1) (b)(i) above is that in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.

(3) (a) that the foreign state (...) bases its jurisdiction on the nationality of the offender; (b) that the conduct constituting the offence occurred outside the United Kingdom; and (c) that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months or any greater punishment.”

<sup>9</sup> Section 134 Criminal Justice Act 1988 lautet: “A public official or person acting in an official capacity, whatever his nationality, commits the offence of torture if in the United Kingdom or elsewhere he intentionally inflicts severe pain or suffering (...)”.

<sup>10</sup> Nach deutscher Strafrechtsdoktrin wird zwischen Erstreckung des materiellen Strafrechts auf extraterritoriale Sachverhalte durch die Vorschriften des sogenannten “Internationalen Strafrechts” in §§ 3–7 StGB und der gerichtsverfassungsrechtlich-prozessualen Zuständigkeit unterschieden, wobei allerdings § 6 Nr. 9 StGB sowohl die Verfolgbarkeit als auch die materielle Strafbarkeit festlegt, vgl. A. Schönke/H. Schröder-Eser, StGB Kommentar (25. Auflage, 1997), Vorbemerkung zu §§ 3–7, Rn. 1, § 6, Rn. 10. In der Terminologie der Lordrichter wird zwischen diesen beiden Ebenen nicht unterschieden. So gehen die Richter beispielsweise ohne weiteres davon aus, daß mit Section 134 Criminal Justice Act 1988 sowohl ein *extra-territorial offence* geschaffen als auch *extra-territorial jurisdiction* etabliert wurde.

11. September 1973 auch den Schwerpunkt der Vorwürfe gegen Pinochet bildeten, stellen sich zwei weitere Fragen, die von den Richtern in unterschiedlicher Intensität erörtert wurden. Zum einen fragt es sich, ob der Extradition Act für eine Auslieferung verlangt, daß die vorgeworfenen Taten<sup>11</sup> bereits im Zeitpunkt der Tat strafbar waren oder ob eine Strafbarkeit im Zeitpunkt der Auslieferung genügt. Nur in letzterem Fall wären durch die Einführung der extraterritorialen Straftat der Folter im Jahre 1988 auch alle zuvor begangenen Folterungen auslieferungsfähig geworden. Zum anderen ist, selbst wenn demnach eine Einstufung von vor dem Inkrafttreten des Section 134 Criminal Justice Act 1988 begangenen Folterstraftaten als *extradition crime* mangels einer ausdrücklichen, im *statute law* vorgesehenen extra-territorialen Straf- und Verfolgbarkeit nicht möglich sein sollte, zu fragen, ob nicht eine extra-territoriale Straf- und Verfolgbarkeit aufgrund Völkergewohnheitsrechts anzunehmen ist.

### 1. Strafbarkeit im Vereinigten Königreich erforderlich schon im Tatzeitpunkt?

Der Frage, ob der Extradition Act eine Strafbarkeit der einem Auslieferungsbegehren zugrundeliegenden Tat im Vereinigten Königreich bereits im Zeitpunkt der Tatbegehung erfordert oder vielmehr die prinzipielle Strafbarkeit im Zeitpunkt der Auslieferung genügt, wurde im endgültigen Urteil des House of Lords sowie im Urteil des High Court einige Aufmerksamkeit geschenkt. Dagegen waren die Lordrichter im ersten Urteil des House of Lords fast gar nicht darauf eingegangen.

Während sowohl der High Court als auch der einzige Lordrichter, der auf die Frage im ersten Urteil des House of Lords eingeht, aus dem Wortlaut ("would constitute" statt "would have constituted") folgern,<sup>12</sup> daß eine Strafbarkeit zum Zeitpunkt der Auslieferung genüge, kommen die Lordrichter des letzten Urteils des House of Lords zu dem gegenteiligen Schluß. Das zentrale Argument wird von Lord Browne-Wilkinson angeführt, der auf die Entstehungsgeschichte des Extradition Act 1989 abstellt: Die zuvor bestehende Gesetzeslage des Extradition Act 1870, der teilweise ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Tat Bezug nahm, sollte im Hinblick auf den für die Strafbarkeit relevanten Zeitpunkt nicht geändert

<sup>11</sup> Folter war nach englischem Recht natürlich bereits vor Inkrafttreten von Section 134 Criminal Justice Act 1988 strafbar, allerdings nur wenn die Tat innerhalb des Vereinigten Königreichs begangen wurde. Eine extra-territoriale Strafbarkeit bestand nicht.

<sup>12</sup> Streitpunkt war hier die Auslegung der folgenden Passagen des Section 2 Extradition Act 1989: "conduct in the territory of a foreign state (...) which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence (...)" (Section 2 (1) (a) Extradition Act 1989)

"(...) equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom" (Section 2 (2) Extradition Act 1989)

"(...) (a) that the foreign state (...) bases its jurisdiction on the nationality of the offender; (...) and (c) that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom (...)" (Section 2 (3) Extradition Act 1989) (Hervorhebungen durch den Autor).

werden, wie sich aus der Abwesenheit jeglicher Diskussionen zu diesem Punkt bei der Erarbeitung des Gesetzes ergebe.<sup>13</sup>

Mit dieser Formel wurde die Zahl der auslieferungsfähigen Straftaten im Ergebnis bereits stark reduziert: Übrig blieben nur die Vorwürfe, die sich auf die Verabredung von Mord und Folter in Spanien beziehen sowie auf Folterungen in Chile, die nach dem 29. September 1988 begangen wurden – dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Foltertatbestandes im Criminal Justice Act 1988.

## 2. Extra-territoriale Straf- und Verfolgbarkeit von Folter als völkerrechtliches Verbrechen

Obwohl demnach die Einstufung der Pinochet vorgeworfenen Fälle von Folter als *extradition crimes* in der Zeit vor dem 29. September 1988 aufgrund des *statute law* abgelehnt wurde, wäre doch eine völkergewohnheitsrechtlich begründete extra-territoriale Gerichts- und Strafbarkeit zu diskutieren gewesen. Das Völkergewohnheitsrecht ist anders als das Völkervertragsrecht, das einer Umsetzung in *statute law* bedarf, Bestandteil des *common law* und daher im Vereinigten Königreich direkt anwendbar.<sup>14</sup>

Diese Möglichkeit wird jedoch von den meisten Richtern in der endgültigen Entscheidung des House of Lords gar nicht in Erwägung gezogen. Allein Lord Millet geht dieser Frage nach und kommt zu dem Ergebnis, daß eine zeitliche Beschränkung der auslieferungsfähigen Folttervorwürfe nicht angenommen werden könne. Millet zieht die Praxis des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals und ihre Bestätigung durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen sowie die Urteile des Israelischen Obersten Gerichtshofes im Fall *Eichmann* und des United States Supreme Court im Auslieferungsverfahren gegen Demjanjuk<sup>15</sup> heran, um darzulegen, daß für gewisse Verbrechen universelle Gerichtsbarkeit völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sei. Davon umfaßt sind nach Ansicht Millets solche völkerrechtlichen Verbrechen, die *ius cogens* verletzen und so schwerwiegend und zahlreich sind, daß sie als Angriff auf die Völkerrechtsordnung aufzufassen sind.<sup>16</sup>

Zur Begründung des Erfordernisses einer *ius cogens*-Verletzung zitiert Millet die Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals im Fall *Furundzija*, das vom *ius cogens*-Charakter des Folterverbotes auf die universelle Strafgewalt eines jeden Staates geschlossen hatte.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Pinochet No. 3 per Lord Browne-Wilkinson, 838f.

<sup>14</sup> Aufgrund der sogenannten *doctrine of incorporation*, P. Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 1997, 69.

<sup>15</sup> Wichtig ist hier vor allem das Zitat aus der *Demjanjuk*-Entscheidung des Supreme Court: "International law provides that certain offences may be punished by any state because the offenders are enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and punishment", *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468 aff'd. 776 F. 2d. 571.

<sup>16</sup> Pinochet No. 3 per Lord Millet, 911.

<sup>17</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judgment of 10 December 1998, para. 156: "[...] at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *ius cogens* character bestowed by the inter-

Für das Kriterium des Angriffs auf die Völkerrechtsordnung werden von Millet die geschichtliche Entwicklung einer universellen Gerichtsbarkeit, die zunächst nur für Kriegsverbrechen angenommen worden sei, sich dann aber in Richtung einer Einbeziehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit außerhalb von kriegerischen Auseinandersetzungen entwickelt habe, sowie der *Eichmann*-Fall und die Statuten der Internationalen Strafgerichtshöfe herangezogen.<sup>18</sup>

Beide Bedingungen, deren Erfüllung nach Millets Auffassung schon im Zeitpunkt der frühesten dem Auslieferungsantrag zugrundegelegten Taten (1973) eine universelle Straf- und Verfolgbarkeit zu begründen vermochte, seien im Fall *Pinochet* angesichts der systematischen und weitverbreiteten Anwendung von Folter erfüllt, so daß das Vereinigte Königreich bereits zu diesem Zeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich universelle Gerichtsbarkeit besessen habe.<sup>19</sup>

Die Verabschiedung der UNCAT im Jahre 1984 spiele lediglich insoweit eine Rolle, als damit das völkerrechtliche Verbrechen der Folter dahin gehend modifiziert worden sei, daß ab diesem Zeitpunkt auch einzelne Folterungen als völkerrechtliches Verbrechen einzustufen seien.<sup>20</sup>

Die Frage einer völkergewohnheitsrechtlich begründeten Ausübung universeller Gerichtsbarkeit durch nationale Gerichte wird von den anderen Richtern allenfalls im Zusammenhang mit ihrer Argumentation zur Frage der Immunität angesprochen. So hatte Lord Browne-Wilkinson festgestellt, daß Folter nicht nur ein völkerrechtliches Verbrechen darstelle, sondern auch die Annahme von universeller Gerichtsbarkeit rechtfertige. Die Ausführungen Browne-Wilkinsons implizieren, daß die UNCAT nicht die universelle Gerichtsbarkeit geschaffen, sondern nur die Verpflichtung zwischen den Mitgliedstaaten etabliert habe, einen Folterer, der sich im eigenen Hoheitsgebiet befindet, entweder auszuliefern oder selbst zu verfolgen (*aut dedere aut indicare*).<sup>21</sup> In späteren Passagen seines Votums stellt Browne-Wilkinson allerdings klar, daß eine universelle Gerichtsbarkeit erst durch die UNCAT etabliert worden sei,<sup>22</sup> so daß die obigen Ausführungen entweder mißverständlich formuliert sind oder in Widerspruch zur Hauptlinie seiner Argumentation stehen.

Dagegen konstatiert Lord Phillips eine Tendenz im Völkerrecht, für völkerrechtliche Verbrechen eine universelle Gerichtsbarkeit durch die Einrichtung von

---

national community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction.”

<sup>18</sup> *Pinochet* No. 3 *per* Lord Millet, 911.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 912.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Pinochet* No. 3 *per* Lord Browne-Wilkinson, 841: “The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are ‘common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution’ (...) I have no doubt that long before the Torture Convention of 1984 state torture was an international crime in the highest sense. But there was no tribunal or court to punish international crimes of torture. Local courts could take jurisdiction (...) But the objective was to ensure a general jurisdiction so that the torturer was not safe wherever he went.”

<sup>22</sup> *Ibid.*, 847.

internationalen Gerichten zu etablieren. Daraus lassen sich nach Phillips' Ansicht jedoch keine Folgerungen für eine universelle Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte ableiten. Wie bereits Lord Slynn im ersten Urteil des House of Lords<sup>23</sup> verweist auch Lord Phillips darauf, daß es für die Feststellung einer völkergewohnheitsrechtlichen Begründung für die Ausübung universeller Gerichtsbarkeit durch nationale Gerichte an der entsprechenden Staatenpraxis fehle.<sup>24</sup> Auf eine Differenzierung zwischen internationalen und nationalen Gerichten zielte auch die Argumentation von Lord Lloyd im ersten Urteil des House of Lords. Lloyd meinte, die Errichtung internationaler Gerichte spreche dafür, daß nationale Gerichte anderer Staaten keine Gerichtsbarkeit in den betreffenden Fällen ausüben könnten, da ansonsten die Einrichtung internationaler Gerichte überflüssig wäre.<sup>25</sup>

### 3. Kritik

Die Auslegung des Extradition Act 1989 hinsichtlich der Anknüpfung an den Tatzeitpunkt für die Anwendung der *double criminality rule* auf das Vereinigte Königreich ist unter britischen Juristen offenbar auf einige Überraschung gestoßen.<sup>26</sup> In der Tat war mit einem solchen Ansatz kaum zu rechnen gewesen, nachdem die Vorinstanz eindeutig zu dem gegenteiligen Ergebnis gekommen war und die Lordrichter im ersten Urteil des House of Lords diese Einschätzung weitgehend kommentarlos und somit scheinbar selbstverständlich ihren weiteren Untersuchungen zu Grunde gelegt hatten.

Der Literatur zum Auslieferungsverfahren ist zu dieser Frage wenig zu entnehmen.<sup>27</sup> Allerdings scheint der Sinn und Zweck der *double criminality rule* darin gesehen zu werden, nicht jemanden einem strafrechtlichen Verfahren und möglicherweise einer Freiheitsentziehung auszusetzen, wenn das vorgeworfene Verhalten im Vereinigten Königreich gar nicht strafbar ist.<sup>28</sup> In der Tat war Folter vor dem Inkrafttreten des Criminal Justice Act 1988 im Vereinigten Königreich nach *statute law* nicht strafbar, wenn die Tat nicht im Vereinigten Königreich begangen wurde. Dieses teleologische Argument wird von den Lordrichtern im dritten Urteil des House of Lords jedoch nicht vorgebracht.<sup>29</sup> Statt dessen wird historisch

<sup>23</sup> Pinochet No. 1 *per* Lord Slynn, 913.

<sup>24</sup> Pinochet No. 3 *per* Lord Phillips, 923 f.

<sup>25</sup> Pinochet No. 1 *per* Lord Lloyd, 930.

<sup>26</sup> Vgl. etwa *Economist*, March 27<sup>th</sup> – April 2<sup>nd</sup>, 39 f.

<sup>27</sup> Vgl. etwa die Passagen über die *double criminality rule* bei M. Forde, *The Law of Extradition in the United Kingdom*, 1995, 109 ff.; A. Jones, *Jones on Extradition*, 1995, 10 f., 38 f.; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, 1991, 47 ff. Nur V.E. Hartley Booth, *British Extradition Law and Procedure*, Vol. I, 1980, 50, weist im Zusammenhang mit Auslieferungsverträgen darauf hin, daß der beantragende Staat normalerweise darauf achte, daß die vorgeworfene Straftat *at the time of requisition* im Auslieferungsvertrag aufgelistet ist.

<sup>28</sup> Vgl. Gilbert (Anm. 27), 52.

<sup>29</sup> Dies wäre aber möglich gewesen, nachdem die teleologische Interpretation von Gesetzestexten in den vergangenen Jahrzehnten wachsenden Eingang in die britische Gerichtspraxis gefunden hat. Vgl. Nachweise bei K. Zweigert/H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 1998, 266 f.

argumentiert, was angesichts des Schweigens der Gesetzesmaterialien zu dem fraglichen Punkt nur wenig überzeugt.

Noch überraschender ist, daß die Frage einer völkergewohnheitsrechtlichen Strafbarkeit von Folter und einer diesbezüglichen Gerichtsbarkeit für nationale Gerichte von nur einem Richter als mögliche Begründung für das Vorliegen von *extradition crimes* untersucht wird. Die Tatsache, daß die Frage von einigen Richtern im Zusammenhang mit der Immunität erörtert wird, läßt diesen systematischen Mangel nur noch deutlicher hervortreten.

Inhaltlich sprechen gewichtige Gründe dafür, daß der Ansatz Lord Millets richtig ist, eine universelle Gerichtsbarkeit für Folter anzunehmen, soweit diese als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen ist, nicht aber für einzelne Folterungen. Allerdings unterschlägt Millet in seiner Argumentation die weiteren Ausführungen des Jugoslawien-Tribunals in dem von ihm zitierten Fall *Furundzija*, das eine universelle Gerichtsbarkeit hinsichtlich Folter offenbar auch für einzelne Folterstraftaten für gegeben hält, und zwar nicht anknüpfend an die UNCAT, sondern an die Einstufung des Folterverbotes als *ius cogens*.<sup>30</sup>

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß die Staaten bei der Ausarbeitung der UNCAT nicht davon ausgegangen zu sein scheinen, eine universelle Gerichtsbarkeit für einzelne Folterungen habe bereits bestanden. Dies zeigen die Verhandlungen über Art. 5 (2) UNCAT, in deren Verlauf die Einführung einer durch die Mitgliedstaaten auszuübenden universellen Gerichtsbarkeit diskutiert und schließlich akzeptiert wurde.<sup>31</sup>

In der Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen über den Schutz aller Personen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe aus dem Jahre 1975, die die Basis für die spätere Konvention legte, ist die Frage der universellen Gerichtsbarkeit nicht angesprochen. Auch dies spricht dafür, daß eine universelle Gerichtsbarkeit für einzelne Fälle für Folter vor Inkrafttreten der UNCAT nicht bestand.

---

<sup>30</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judgment of 10 December 1998, para. 156: "Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in *Eichmann*, and echoed by a USA court in *Demjanjuk*, it is the universal character of the crimes in question i.e. international crimes which vest in every State the authority to try and punish those who participated in their commission." Zu den angesprochenen Referenzen in der Rechtsprechung vgl. *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann* 36 I.L.R. 298; *In the Matter of the Extradition of John Demjanjuk*, 612 F. Supp.544, 558 (N.D. Ohio 1985); zur Diskussion des Universalitätsprinzips hinsichtlich Kriegsverbrechen vgl. *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S.1016, 106 S.Ct. 1198, 89 L. Ed. 2d 312 (1986).

<sup>31</sup> Vgl. J.H. Burgers/H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture – A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1988, 78 ff.

Was Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrifft, so kann eine universelle Gerichtsbarkeit in erster Linie bereits aus der Praxis des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals abgeleitet werden.<sup>32</sup> Wie das Gericht ausführt, haben die Alliierten durch die Einrichtung des Tribunals lediglich gemeinsam so gehandelt wie jeder von ihnen allein hätte handeln können.<sup>33</sup> Als zweites Argument sprechen für eine universelle Gerichtsbarkeit diejenigen Fälle, in denen Staaten eine solche in Abwesenheit derjenigen Voraussetzungen ausgeübt haben, die üblicherweise die Ausübung einer nationalen Gerichtsbarkeit begründen.<sup>34</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die in mehreren Staaten erlassenen Gesetze zur Verfolgung von Kriegsverbrechen zu nennen, die auf der Annahme einer universellen Gerichtsbarkeit für diese Verbrechen basieren.<sup>35</sup> Die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlich begründeten Gerichtsbarkeit findet eine weitere ausdrückliche Bestätigung in einer Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen zu Prinzipien der internationalen Kooperation bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen.<sup>36</sup>

Während die o.g. Beispiele größtenteils an der einen oder anderen Stelle des dritten Urteils des House of Lords aufgegriffen werden, ergibt sich ein weiteres

<sup>32</sup> Freilich wurden diese Verbrechen zunächst noch im Kontext mit kriegerischen Auseinandersetzungen untersucht. Die Anknüpfung an einen bewaffneten Konflikt wurde jedoch bereits im Kontrollratsgesetz Nr. 10 aufgegeben. Vgl. Art. II (1) (c) Allied Control Council Law No. 10, 20. Dezember 1945, abgedruckt bei M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), 590. Dies führte zu der Rechtsprechung der US-Militärgerichte, die betont, daß "(...) crimes against humanity are, in international law, completely independent of either crimes against peace or war crimes", *United States v. Ohlendorf*, *Trials of War criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Bd. IV, 49. Vgl. auch A. Zimmermann, *Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, ZaöRV 1998, 47 (54f.).

<sup>33</sup> "The allied forces (...) have done together what any one of them might have done singly; for it is not to be doubted that any nation has the right to set up special courts to administer law", *Trial of the Major War Criminals*, Vol. 22, 461.

<sup>34</sup> Außer der Annahme universeller Gerichtsbarkeit in den Fällen *Eichmann* durch israelische und *Demjanjuk* durch US-amerikanische Gerichte finden sich weitere Nachweise bei Bassiouni (Anm. 32), 512, 524: Im *Alemelo Trial* nahm ein britisches Militärgericht an, daß "every independent state has in International Law jurisdiction to punish pirates and war criminals in its custody regardless of the nationality of the victim or the places where the offence was committed." (1 *Law Reports of Trials of War Criminals* 35 [1949], 42). Im Fall *In re Eisenträger* stützte sich die US Militärkommission auf universelle Gerichtsbarkeit für Kriegsverbrechen (14 *Law Reports of Trials of War Criminals* 8 [1949], 15). Auch das "British Manual of Military Law" konstatiert ausdrücklich die Existenz einer universellen Gerichtsbarkeit für Kriegsverbrechen, vgl. Bassiouni (Anm. 32), 520. Diese Beispiele beziehen sich zwar weitgehend auf Kriegsverbrechen, die gleichstufige Nennung der Piraterie deutet jedoch an, daß die Begründung für eine universelle Gerichtsbarkeit im Charakter der Vorwürfe als völkerrechtliche Verbrechen gesehen wird und nicht in der Begehung im Kontext einer kriegerischen Auseinandersetzung.

<sup>35</sup> Derartige Gesetze sind aus Australien, Kanada und dem Vereinigten Königreich bekannt. Vgl. die Nachweise bei Bassiouni (Anm. 32), 511 f.

<sup>36</sup> Resolution on Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition, and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity. G.A. Res. 3074, UN GAOR Supp. (No. 30), 78. Nr. 1 dieser Prinzipien lautet: "War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment" (Hervorhebung durch den Autor).

Argument aus den Verhandlungen über das Statut für den Internationalen Strafgerichtshof. Hier hatte insbesondere die deutsche Delegation betont, daß Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen jeden Staat betreffen und daher auch von jedem Staat verfolgt werden könnten, unabhängig davon, wo, von wem und gegen wen diese Verbrechen verübt werden.<sup>37</sup> Auch die Tatsache, daß der Internationale Strafgerichtshof schließlich nicht mit umfassend universeller Strafgewalt ausgestattet wurde,<sup>38</sup> spricht nicht gegen die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel, die u. a. für Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine universelle Gerichtsbarkeit für nationale Gerichte konstatiert. Im Gegenteil, die Existenz einer solchen Regel war gerade eine Voraussetzung, um die Ausstattung des Internationalen Strafgerichtshofs mit universeller Gerichtsbarkeit überhaupt ernsthaft diskutieren zu können. Ohne eine universelle Gerichtsbarkeit für nationale Gerichte anzunehmen wäre es nicht möglich gewesen, den Internationalen Strafgerichtshof vertraglich mit einer solchen auszustatten: Sonst wäre die Verpflichtung verletzt worden, nicht die Rechte und Positionen dritter Staaten zu beeinträchtigen.<sup>39</sup>

Diese Argumentation greift angesichts der materiellen Strafkompetenz der internationalen Strafgerichtshöfe lediglich für Folterungen, die als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen sind. Ob sich angesichts der Ausführungen des Jugoslawien-Gerichtshofs im Fall *Furundzija* eine Regel herausbilden wird, wonach für sämtliche Verletzungen von *ius cogens*, also auch für einzelne Folterungen, nationale Gerichte universelle Gerichtsbarkeit ausüben können, bleibt abzuwarten.

Der Einwand der fehlenden Praxis einer universellen Gerichtsbarkeit für nationale Gerichte durch Lord Slynn im ersten Urteil des House of Lords ist insoweit berechtigt, als in der Tat nicht gerade eine überwältigende Anzahl von entsprechenden Fällen existiert. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die von nationalen Gerichten vorgenommene Bejahung einer universellen Gerichtsbarkeit offenbar nicht auf Kritik gestoßen ist.<sup>40</sup> Zudem ist zu bedenken, daß die strafrechtliche Verfolgung von Menschenrechtsverbrechen vor ausländischen Gerichten bisher ohnehin eine seltene Ausnahme dargestellt hat – allerdings wohl aus anderen Gründen als denen einer fehlenden universellen Gerichtsbarkeit. Vielmehr dürften dabei diplomatische Erwägungen und praktische Gesichtspunkte eine Rolle gespielt haben, wie die bei Ermittlungen durch ausländische Strafverfolgungsbehörden zu erwartenden Probleme.

Schließlich überzeugt auch der von Lord Lloyd im ersten Urteil des House of Lords geltend gemachte Einwand nicht, internationale Gerichte seien überflüssig, wenn nationale Gerichte universelle Gerichtsbarkeit besäßen. Zum einen ermöglichen die internationalen Gerichte gerade eine Strafverfolgung ohne diploma-

<sup>37</sup> Dies berichtet C. Stahn, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, EuGRZ 1998, 577 (587).

<sup>38</sup> Vgl. Art. 12 Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9.

<sup>39</sup> Vgl. Zimmermann (Anm. 32), 47 (85).

<sup>40</sup> Pinochet No. 3 per Lord Millet, 909. Ebenso Malanczuk (Anm. 14), 113.

tische Implikationen, wie sie einer Verfolgung durch nationale Gerichte anderer Staaten in Ausübung einer universellen Gerichtsbarkeit oft entgegenstehen. Zum anderen ist die Gerichtsbarkeit der internationalen Strafgerichte komplementär zu einer eventuellen nationalen Zuständigkeit, wie in den jeweiligen Statuten ausdrücklich festgehalten ist.<sup>41</sup>

#### IV. Immunität

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Unterscheidung zwischen der Immunität eines amtierenden und der eines ehemaligen Staatsoberhauptes: Die Immunität eines amtierenden Staatsoberhauptes ist eine solche *ratione personae*, die alle denkbaren Akte umfaßt, auch eventuelle völkerrechtliche Verbrechen; die Immunität eines ehemaligen Staatsoberhauptes ist eine solche *ratione materiae*, d. h. beschränkt auf die in Ausübung der amtlichen Eigenschaft begangenen Handlungen.

Diese Unterscheidung wird aufgrund einer Interpretation der Rechtslage nach dem State Immunity Act 1978 getroffen, der hinsichtlich der Immunität von Staatsoberhäuptern auf den Diplomatic Privileges Act 1964 verweist, der wiederum die Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen in britisches Recht inkorporiert. Damit ist die Regelung des Art. 39 Abs. 2 jener Konvention, der nach Beendigung der Amtszeit eine Immunität nur für in amtlicher Eigenschaft begangene Handlungen vorsieht, mit den "notwendigen Modifizierungen"<sup>42</sup> auch auf ehemalige Staatsoberhäupter anzuwenden. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des State Immunity Act ergibt, sollen damit alle Handlungen von Staatsoberhäuptern während ihrer Amtszeit unabhängig vom Begehungsort umfaßt sein.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Vgl. Art. 9 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia (Res. 827 (1993) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 25.5.1993); Art. 8 Statute of the International Tribunal for Rwanda (Resolution 955 (1994) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 8.11.1994); Präambel, Art. 1, Art. 17 Statute for the International Criminal Court. Allerdings weist Art. 17 des ICC Statute eher darauf hin, daß eine universelle Gerichtsbarkeit für die im Statut genannten völkerrechtlichen Verbrechen nicht vorausgesetzt wird: "the case is being prosecuted by a State which has jurisdiction over it" (Art. 17 Abs. 1 *lit.* a). Allerdings ist die Aussagekraft hinsichtlich eventuell bestehender oder sich entwickelnder völkerrechtlicher Regeln beschränkt, da die Artikel aus Teil II des Statuts solche Regeln außer zu Zwecken des Statuts weder beschränken noch überhaupt berühren sollen (Art. 10 des Statuts).

<sup>42</sup> Originalwortlaut: "subject (...) to any necessary modifications", Section 20 (1) State Immunity Act 1978.

<sup>43</sup> Ein Problem war hier deswegen gesehen worden, weil sich der Diplomatic Privileges Act 1964 und die Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen auf das Verhalten von Diplomaten in im Gastland beziehen. Eine Beschränkung der Immunitätsvorschriften auf das Verhalten von Staatsoberhäuptern im Gastland, also hier auf Verhalten im Vereinigten Königreich, hätte nicht nur für diesen Fall dazu geführt, daß hinsichtlich des Verhaltens Pinochets im Heimatland keine Aussagen aus dem Gesetz abzuleiten gewesen wären, sondern hätte allgemein zu weitgehender Bedeutungslosigkeit der Vorschriften im Hinblick auf Staatsoberhäupter geführt. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt jedoch, daß eine umfassende Einbeziehung des Verhaltens von Staatsoberhäuptern unabhängig vom Begehungsort gewollt war. Eine Beschränkung auf einen Aufenthalt im Vereinigten Königreich im ursprünglichen Gesetzestext war mit eben dieser Begründung wieder herausgenommen worden. Vgl. Pinochet No. 3 *per* Lord Browne-Wilkinson, 845 f.

Aufgrund dieses Ansatzes, den prinzipiell fast alle beteiligten Richtern nicht nur im letzten Urteil des House of Lords, sondern auch im Urteil des High Court und im ersten House of Lords-Urteil teilen, wird festgestellt, daß Pinochet hinsichtlich aller ihm vorgeworfenen Morde Immunität *ratione materiae* genießt.<sup>44</sup>

Das zentrale Problem des Falles war die Frage, ob und inwieweit Pinochet Immunität *ratione materiae* für die ihm vorgeworfenen Folterungen genießt. Als Ergebnis des letzten Urteils des House of Lords im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners kann man festhalten, daß für Folter ab Inkrafttreten der UNCAT für die beteiligten Staaten jedenfalls dann keine Immunität *ratione materiae* gelten kann, wenn die Taten sich als Teil eines systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung und somit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen. Dagegen bleiben die Begründung für die Verweigerung von Immunität sowie Ansätze einer weiterreichenden Verneinung von Immunität angesichts von sechs unterschiedlichen Urteilsbegründungen auch innerhalb der Richtermehrheit umstritten.

Die verschiedenen vertretenen Ansätze lassen sich unter drei Modelle subsumieren, die jeweils weitere Differenzierungen in den Begründungen beinhalten. Das erste Modell (Lords Browne-Wilkinson und Hutton) fußt auf dem Ansatz, daß Folter nicht in Ausübung öffentlicher Funktionen begangen werden könne. Daher sei der Tatbestand des entsprechend anzuwendenden Art. 39 (2) der Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen für eine Immunität *ratione materiae* nicht erfüllt (Tatbestandslösung). Dies war auch der Ansatz, den die Mehrheit der Richter im ersten Urteil des House of Lords herangezogen hatte, um die Immunität zu verneinen.<sup>45</sup> Die Vertreter des zweiten Modells (Lords Salville, Millet und Hope) nehmen einen Wegfall der Immunität aufgrund der UNCAT an (Aufhebungslösung). Schließlich kommt Lord Phillips in einem dritten Modell zu dem Ergebnis, daß Pinochet schon im Hinblick auf die ersten ihm vorgeworfenen Taten keine Immunität *ratione materiae* genieße, da eine solche mit dem Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens der Folter inkompatibel sei (Inkompatibilitätslösung). In seiner *dissenting opinion* lehnt Lord Goff die Revision mit der Begründung ab, Pinochet genieße für die ihm vorgeworfenen Taten umfassende Immunität.

---

<sup>44</sup> Anderer Ansicht sind insoweit nur Lord Millet im Hinblick auf die Verabredung von Mord in Spanien sowie Lord Phillips in Bezug auf die Anwendung des State Immunity Act. Lord Millet geht davon aus, daß Immunität *ratione materiae* nicht in Anspruch genommen werden könne, soweit die Straftat in dem Land begangen wurde, das die Strafverfolgung durchführt (*forum state*), hier also Spanien (Pinochet No. 3 *per* Lord Millet, 913). Nach Ansicht von Phillips gewährt der State Immunity Act keine Immunität für irgendwelches Verhalten eines Staatsoberhauptes außerhalb des Vereinigten Königreichs, da die Immunität von Diplomaten, die sich auf im Gastland begangene Taten beschränkt, auf Staatsoberhäupter entsprechend angewandt würde. Phillips geht jedoch grundsätzlich von einer Immunität *ratione materiae* für ehemalige Staatsoberhäupter kraft Völkergewohnheitsrechts aus (Pinochet No. 3 *per* Lord Phillips, 926).

<sup>45</sup> Vgl. hierzu K. A m b o s, Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht, JZ 1/1999, 16 ff. (19 ff.).

## 1. Tatbestandslösung

Da der Tatbestand der Immunität *ratione materiae* in entsprechender Anwendung des Art. 39 Abs.2 der Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen verlangt, daß die inkriminierten Handlungen in Ausübung der "dienstlichen Tätigkeit"<sup>46</sup> begangen wurden, argumentieren die Vertreter dieser Lösung, daß schon der Tatbestand der Immunität gewährenden Vorschrift nicht erfüllt sei: Folter könne nicht in Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" begangen werden. Dahinter steht die Idee, daß "dienstliche Tätigkeit" als konstitutives Merkmal einer völkerrechtlich gewährten Immunität selbst völkerrechtlich definiert sei, also nur völkerrechtlich nicht verbotene und nicht kriminalisierte Akte umfassen könne. Differenzen bestehen hingegen hinsichtlich des Zeitpunkts, ab dem Folter nicht mehr als Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" betrachtet werden kann.

*a) Folter kann nicht in Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" begangen werden, seitdem die UNCAT für das Vereinigte Königreich in Kraft getreten ist (Lord Browne-Wilkinson)*

Unter Hinweis auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts seit dem Nürnberger Kriegsverbrechertribunal konstatiert Lord Browne-Wilkinson, daß sich Folter lange vor dem Beschluß der UNCAT zu einem vom Kontext der Kriegsverbrechen unabhängigen völkerrechtlichen Verbrechen entwickelt habe. Dennoch habe vor dem Inkrafttreten der UNCAT die Existenz eines völkerstrafrechtlichen Verbrechens der Folter keinen ausreichenden Grund für die Aufhebung der Immunität darstellen können. Eine universelle Zuständigkeit und Verpflichtung zur Verfolgung von Folterern durch nationale Gerichte habe nicht bestanden. Diese Lücke sei erst durch die UNCAT geschlossen worden, unter der sich alle Mitgliedstaaten verpflichtet haben, Folter zu verbieten und unter Strafe zu stellen. Daher könne unter den völkerrechtlich determinierten Begriff der "dienstlichen Tätigkeit" nicht etwas subsumiert werden, was völkerrechtlich gerade verboten und kriminalisiert werde.<sup>47</sup>

Als zusätzliche Argumente gegen die Immunität Pinochets nach dem Inkrafttreten der UNCAT führt Browne-Wilkinson an, daß die Gewährung von Immunität "bizarre" Ergebnisse zeitigen würde: Immunität *ratione materiae* gelte in gleichem Umfang für Staatsoberhäupter wie für ihre Untergebenen; es könne jedoch nicht beabsichtigt gewesen sein, bei Abschluß der UNCAT mit den Staatsoberhäuptern die Hauptverantwortlichen zu entlasten. Zudem würde die Bedingung der Involvierung von Amtsträgern in die Foltertat gemäß der UNCAT dazu führen, daß praktisch alle Folterer Immunität genießen würden, so daß ein Verfahren außerhalb des Heimatstaates nur dann möglich wäre, wenn dieser die Immunität aufheben würde.<sup>48</sup> Weiterhin habe Chile mit seinem Beitritt zur UNCAT

<sup>46</sup> So die Übersetzung von Art. 39 Abs.2 Vienna Convention on Diplomatic Relations im BGBl 1964 II, 958.

<sup>47</sup> Pinochet No. 3 *per* Lord Browne-Wilkinson, 847.

<sup>48</sup> *Ibid.*

anerkannt, daß alle Unterzeichnerstaaten ("signatory states" [sic!]) auch in Chile begangene Folterstraftaten verfolgen könnten. Im Ergebnis genieße Pinochet ab dem 8. Dezember 1998, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konvention im Vereinigten Königreich, keine Immunität *ratione materiae*.<sup>49</sup>

*b) Folter kann nicht in Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" begangen werden, seitdem es ein völkerrechtliches Verbrechen darstellt (Lord Hutton)*

Lord Hutton geht davon aus, daß bei Einführung der extra-territorialen Straftat der Folter durch den Criminal Justice Act im September 1988 Folter bereits als völkerrechtliches Verbrechen und das Folterverbot als *ius cogens* einzustufen gewesen sei, wie die Einrichtung der internationalen Tribunale gezeigt habe. Auch die UNCAT habe diese Einstufung vorausgesetzt und lediglich das Verbot von Folter durch bestimmte Maßnahmen stärken wollen. Hutton hebt hervor, daß sowohl in der Charta des Nürnberger Tribunals (Art. 7),<sup>50</sup> in den Aussagen des Nürnberger Tribunals selbst,<sup>51</sup> in den Bestätigungen dieser Prinzipien durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>52</sup> und durch die Arbeiten der International Law Commission<sup>53</sup> als auch in den Statuten der Gerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien<sup>54</sup> und Ruanda<sup>55</sup> sowie des Internationalen Strafgerichtshofs<sup>56</sup> jeweils die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Staatsoberhäuptern ausdrücklich genannt sei. Zudem sei im Rahmen der UNCAT die Strafverfolgung von Folterern in fremden Staaten nicht durch eine ausdrückliche Aufhebung der Immunität durch den Heimatstaat bedingt; vielmehr seien die Mitgliedstaaten umfassend verpflichtet, einen in ihrem Territorium befindlichen ausländischen Folterer zu verfolgen. Hutton kommt zu dem Schluß, daß Folter angesichts der völkerrechtlichen Kriminalisierung nicht als "dienstliche Tätigkeit" angesehen werden kann. Zwar nimmt er dabei ausdrücklich Bezug auf die UNCAT, geht aber davon aus, daß Folter jedenfalls am 29. September 1988 nicht mehr als "dienstliche Tätigkeit" eingestuft werden konnte.<sup>57</sup> Daraus ist zu folgern, daß nach Huttons Meinung die

<sup>49</sup> *Ibid.*, 848.

<sup>50</sup> Charter of the International Military Tribunal, 8 U.N.T.S. 279, Annex.

<sup>51</sup> "The principle of international law which, under certain circumstances, protects the representatives of a state (...) cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law", zitiert in: 1950 Report of the International Law Commission (UN Doc. A/1316 [1950], Nr. 103).

<sup>52</sup> GAOR A/1316, 5<sup>th</sup> Session, Annex XII.

<sup>53</sup> 1950 Report of the International Law Commission (UN Doc. A/1316 [1950]), Principle III: "The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as head of state or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law"; 1954 International Law Commission draft code of offences against the peace and security of mankind (UN Doc. A/2693 [1954]), Article III: "The fact that a person acted as head of state or as responsible Government official does not relieve him of responsibility for committing any of the offences defined in the code."

<sup>54</sup> Art. 7 (2) Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia.

<sup>55</sup> Art. 6 (2) Statute of the International Tribunal for Rwanda.

<sup>56</sup> Art. 27 (1) Rome Statute of the International Criminal Court.

<sup>57</sup> Pinochet No. 3 *per* Lord Hutton, 899.

Einstufung von Folter als "dienstliche Tätigkeit" unabhängig vom Inkrafttreten der UNCAT nicht mehr möglich war: Die Konvention trat sowohl für Chile als auch für das Vereinigte Königreich erst nach dem 29. September 1988 in Kraft.

Angesichts der Regelungen der UNCAT, welche die Mitgliedstaaten ausdrücklich verpflichten, sämtliche Akte von Folter unter Strafe zu stellen (Art. 4 UNCAT), betont Hutton, daß auch ein einziger Akt von Folter ein völkerrechtliches Verbrechen darstelle (und zwar nicht etwa nur innerhalb des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit) und nicht als "dienstliche Tätigkeit" angesehen werden könne.

Lord Phillips stützt die Ablehnung von Immunität im vorliegenden Fall auf andere Erwägungen (s.u. 3.) und hält den State Immunity Act 1978 im vorliegenden Fall für unanwendbar. Hilfsweise verweist jedoch auch Phillips für den Fall einer Anwendung der betreffenden Regelungen darauf, daß völkerrechtliche Verbrechen nicht als "dienstliche Tätigkeit" im Sinne des Gesetzes angesehen werden könnten.

Diese Linie war auch von der Richtermehrheit in dem später aufgehobenen ersten Urteil des House of Lords vertreten worden. Die zentrale Passage war von Lord Nicholls formuliert worden: Die an eigenen Staatsangehörigen oder Ausländern verübte Folter werde völkerrechtlich nicht als dienstliche Tätigkeit eines Staatsoberhauptes angesehen. Das Völkerrecht habe klargestellt, daß bestimmte Taten, einschließlich Folter, kein akzeptables Verhalten darstellten; dies gelte mindestens genauso für Staatsoberhäupter wie für jedermann.<sup>58</sup>

Nicholls geht davon aus, daß schon vor 1973 für völkerrechtliche Verbrechen keine Immunität bestanden habe. Dies ergebe sich aus dem Statut und dem Urteil des Nürnberger Internationalen Militärtribunals, deren Bestätigung durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen 1946 sowie der Resolution der Generalversammlung zur Kooperation bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen aus dem Jahr 1973.<sup>59</sup>

Ein anderer Richter, Lord Steyn, setzte sich in dem ersten Urteil zudem mit dem Argument des High Court auseinander, es mangle an einer klaren Abgrenzung, für welche Verbrechen eine Immunität angenommen werden könne und für welche nicht. Der Schlußfolgerung des High Court, ehemalige Staatsoberhäupter

<sup>58</sup> Pinochet No. 1 *per* Lord Nicholls, 939: "In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution. (...) International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. All states disavow the use of torture as abhorrent, although from time to time some still resort to it. Similarly, the taking of hostages (...) has been outlawed. (...) (I)nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law."

<sup>59</sup> United Nations Resolution on Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity (Anm. 36).

sollten daher für jegliche nicht privat begangene Verbrechen Immunität genießen, wird entgegengehalten, daß bei einer solchen Wertung auch Hitler für die Anordnung der "Endlösung" Immunität genossen hätte. Zudem muß nach Steyns Ansicht eine Abgrenzung möglich sein, da es Fälle gebe, für die offensichtlich keine Immunität im Rahmen der Ausübung öffentlicher Ämter beansprucht werden könne, etwa wenn ein Staatsoberhaupt aus Wut seinen Gärtner umbringt oder die Anwendung von Folter anordnet, nur um sich an dem Leiden des Opfers zu weiden.<sup>60</sup>

### c) Kritik

Die Lösung mittels einer entsprechenden Interpretation des Tatbestandes für eine Immunität *ratione materiae* hat nicht nur aufgrund ihrer Einfachheit eine große Überzeugungskraft. Ein Nachteil des Ansatzes besteht zwar auf den ersten Blick darin, daß man einerseits mit der Einheitlichkeit der Völkerrechtsordnung argumentiert, um die Immunität für völkerrechtlich kriminalisierte Handlungen zu verneinen, andererseits die scheinbar synonymen Begriffe der "dienstlichen Tätigkeit" (i.S. der Immunitätsvorschriften) und des "Handelns in amtlicher Eigenschaft" (i.S. des Foltertatbestandes der UNCAT) uneinheitlich auslegt. Dennoch erscheint es nachvollziehbar, die genannten Begriffe angesichts ihrer völlig unterschiedlichen Zielsetzungen differenzierend zu interpretieren.

Die Argumentation Browne-Wilkinsons weist allerdings Schwachpunkte auf, soweit er die UNCAT heranzieht, um den Tatbestand der Immunität *ratione materiae* zu modifizieren. Es ist nicht überzeugend, die Folter durch staatliche Stellen erst ab Inkrafttreten der UNCAT nicht mehr unter den Begriff der "dienstlichen Tätigkeit" subsumieren zu wollen. Das Argument, daß nicht im völkerrechtlichen Sinne etwas "dienstliche Tätigkeit" sein könne, was völkerrechtlich verboten und kriminalisiert werde, greift auch schon für Sachverhalte vor Inkrafttreten der UNCAT. Schließlich erkennt Browne-Wilkinson selbst ausdrücklich an, daß Folter schon vor dem Inkrafttreten der UNCAT völkerrechtlich verboten und kriminalisiert war.

Auch die Feststellung Browne-Wilkinsons, die Annahme einer Immunität *ratione materiae* für Folterungen führe in Anbetracht der UNCAT zu "bizarren" Ergebnissen, ist zwar als solches nachvollziehbar, vermag jedoch nicht die These zu stützen, daß ab dem Inkrafttreten der UNCAT der Tatbestand für eine Immunität *ratione materiae* umdefiniert werden sollte. Dies muß jedenfalls gelten, wenn man wie Browne-Wilkinson die UNCAT nicht als Grund für das Entstehen eines neuen oder die Modifizierung eines bereits bestehenden völkerrechtlichen Verbrechens ansieht. Schließlich kann der Hinweis auf die (Mit-)Verantwortung eines Amtsträgers als konstitutives Element der Folterdefinition im Sinne der UNCAT nicht als Begründung für die Modifizierung des Immunitätstatbestandes ab Inkrafttreten der UNCAT herangezogen werden. Die Involvierung von Amts-

<sup>60</sup> Pinochet No. 1 *per* Lord Steyn, 945.

trägern war nämlich jedenfalls seit der Erklärung der UN Generalversammlung zum Schutz gegen Folter vom 9. Dezember 1975<sup>61</sup> als Element des gewohnheitsrechtlichen Folterverbots anerkannt.<sup>62</sup>

Im Ergebnis ist also die Argumentation mit dem Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens, wie sie von Lord Hutton und auch von der Richtermehrheit im ersten Urteil des House of Lords favorisiert worden war, überzeugender. Eine weitere Frage ist dann noch, ob und ab wann einzelne Akte von Folter als völkerrechtliches Verbrechen einzustufen sind. Diese Frage konnte im vorliegenden Fall angesichts der Einordnung der gegen Pinochet erhobenen Vorwürfe in die Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit allerdings offenbleiben.

## 2. Aufhebungslösung

Die Vertreter dieses Ansatzes gehen davon aus, daß die Anwendung von Folter durch staatliche Stellen zwar den Tatbestand der Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" im Sinne der ehemaligen Staatsoberhäuptern zu gewährenden Immunität *ratione materiae* erfülle, diese jedoch seit Inkrafttreten der UNCAT aufgehoben worden oder weggefallen sei. Dabei greifen auch diejenigen Ansätze, die eine ausdrückliche oder implizite Aufhebung der Immunität durch die Konvention verneinen, auf einen durch die Vertragsstaaten durch den Beitritt zur Konvention gesetzten Gegenakt zur ansonsten bestehenden Immunität zurück. Dieser Gegenakt ist einer (impliziten) Aufhebung zumindest ähnlich.

### a) Umfassende Aufhebung der Immunität *ratione materiae* zwischen den Mitgliedstaaten der UNCAT (Lord Salville)

Lord Salville argumentiert in seinem sehr kurzen Votum, daß die Mitgliedstaaten der UNCAT übereingekommen seien, die Immunität für ehemalige Staatsoberhäupter für in Ausübung des öffentlichen Amtes begangene Folter untereinander aufzuheben. Auch die Folter durch Staatsoberhäupter falle so eindeutig unter das Konzept der "Folter durch amtliche Stellen" i.S. der Konvention, daß die Aufrechterhaltung der Immunität schon ausdrücklich hätte angesprochen werden müssen, wollte man ihren Fortbestand insoweit noch bejahen. Salville stuft also die Regelungen der UNCAT als eine ausdrückliche und eindeutige Aufhebung der

<sup>61</sup> Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. General Assembly Resolution 3452 (XXX), abgedruckt in GAOR 30<sup>th</sup> Session Supplement No. 34 (A/10034), 91 f.

<sup>62</sup> Kommt man dennoch zu dem Ergebnis, daß das Inkrafttreten der UNCAT Auswirkungen auf den Tatbestand für eine Immunität *ratione materiae* habe, so deutet Browne-Wilkinson's Hinweis auf die mit dem Beitritt Chiles verbundene Anerkennung der Strafgewalt aller "Unterzeichnerstaaten" auf den 30.10.1988 hin, als das Abkommen für Chile in Kraft trat. Im Ergebnis will Browne-Wilkinson allerdings auf das Inkrafttreten des Abkommens für das Vereinigte Königreich abstellen (8.12.1988). Dies ist konsequent wenn man seine Argumentation dahin verstehen will, daß der Tatbestand der Immunität durch die UNCAT zwischen den Mitgliedstaaten abgeändert wurde, also auf diejenigen Staaten begrenzt ist, für die die Konvention in Kraft getreten ist.

Immunität *ratione materiae* im Hinblick auf die Strafverfolgung in anderen Mitgliedstaaten ein.<sup>63</sup>

*b) Inkompatibilität der UNCAT mit Immunität ratione materiae (Lord Millet)*

Nach Ansicht von Lord Millet schließen sowohl die UNCAT als auch der Straftatbestand in Section 134 des Criminal Justice Act 1988 das Bestehen einer Immunität *ratione materiae* hinsichtlich von Folterungen aus. Die Involvierung von Amtsträgern sei konstitutives Element des Foltertatbestandes im Sinne der Konvention und des Criminal Justice Act 1988 und sei daher mit einer Immunität für in amtlicher Eigenschaft begangene Handlungen unvereinbar.<sup>64</sup>

Zudem sei die Annahme, daß die Immunität Pinochets vor britischen Gerichten nur durch ausdrückliche Erklärung durch die chilenische Regierung gegenüber dem Vereinigten Königreich hätte aufgehoben werden können, mit dem Sinn und Zweck der Konvention unvereinbar. Die UNCAT ziele vielmehr gerade darauf ab, Mitgliedstaaten zu Maßnahmen gegen ausländische Folterer zu verpflichten, weil man sich insofern nicht auf die Behörden des Heimatstaates verlassen könne.<sup>65</sup>

Auch Lord Phillips argumentiert hilfsweise, daß die Annahme einer solchen Immunität mit der Konvention nicht in Einklang zu bringen sei, da ansonsten sämtliche von der UNCAT erfaßten Handlungen durch eine eventuelle Immunität *ratione materiae* geschützt wären.<sup>66</sup>

*c) Wegfall der Immunität mit Inkrafttreten der UNCAT, jedoch beschränkt auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Lord Hope)*

Lord Hope nimmt zwei völkerrechtlich anerkannte Ausnahmen von der Immunität *ratione materiae* für amtliche Handlungen an: Zum einen könne eine solche Immunität nicht bestehen, wenn die Handlungen lediglich unter dem Deckmantel der Amtlichkeit begangen werden, in Wirklichkeit aber privater Natur sind (beispielsweise das amtlichen Anordnen von Folter zur sadistischen Belustigung des Herrschers). Zum anderen falle die Immunität weg, wenn die fraglichen Handlungen völkerrechtliches *ius cogens* verletzen, wobei allerdings die Immunität lediglich vor internationalen Tribunalen, nicht aber vor nationalen Gerichten anderer Staaten aufgehoben sei.<sup>67</sup>

Weiter argumentiert Hope, durch die UNCAT sei weder eine ausdrückliche (wie eigentlich laut Art. 32 (2) der Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen erforderlich) noch eine implizite Aufhebung der Immunität vereinbart

<sup>63</sup> Pinochet No. 3 per Lord Salville, 903.

<sup>64</sup> Pinochet No. 3 per Lord Millet, 913: "The official or governmental nature of the act, which forms the basis of the immunity, is an essential ingredient of the offence. No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence."

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Pinochet No. 3 per Lord Phillips, 925.

<sup>67</sup> Pinochet No. 3 per Lord Hope, 881 f.

worden. Die Frage der Immunität sei während der Arbeiten am Entwurf der Konvention nicht aufgeworfen worden; da die Tatbestandsbedingungen für einen einzelnen Akt von Folter im Sinne der Konvention sehr weit gefaßt seien, könne man nicht davon ausgehen, daß die Staaten insoweit jemals einer Aufhebung der Immunität von Staatsoberhäuptern zugestimmt hätten.<sup>68</sup>

Hope kommt jedoch zu dem Schluß, daß für die durch die Praxis der internationalen Straftribunale etablierten Verbrechen gegen die Menschlichkeit keine Immunität für ehemalige Staatsoberhäupter vor ausländischen Gerichten gelten könne, wenn deren Heimatstaat die UNCAT ratifiziert habe.<sup>69</sup> Im vorliegenden Fall heißt das nach Hopes Ansicht, daß Pinochet seit Inkrafttreten der Konvention für Chile am 30. Oktober 1988 keine Immunität hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Fälle von Folter mehr genießt.

#### d) Kritik

Es ist eindeutig, daß eine Immunität *ratione materiae*, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eines jeden Amtsträgers für in offizieller Eigenschaft begangene Handlungen vor ausländischen Gerichten verhindert, nicht mit Wortlaut und Ziel der UNCAT zu vereinbaren ist. Die Annahme einer ausdrücklichen Aufhebung (Lord Salville) erscheint allerdings angesichts des Fehlens einer Aufhebungsklausel in der Konvention als etwas konstruiert. Insofern wäre es überzeugender gewesen, auf eine implizite, aber eindeutige Aufhebung der Immunität für Folterungen im Sinne der Konvention abzustellen.

Gegen die Konstruktion von Salville läßt sich indessen nicht das von Lord Slynn im ersten Urteil vorgebrachte Argument einer fehlenden ausdrücklichen Erwähnung von Staatsoberhäuptern im Text der UNCAT einwenden. Slynn hatte die UNCAT den Statuten der Internationalen Straftribunale und der Genozidkonvention gegenübergestellt, wo jeweils ausdrücklich festgehalten ist, daß die Begehung der Tat in der Funktion des Staatsoberhauptes nicht vor einer Verfolgung schütze.<sup>70</sup> Zwar ist dieses Argument auf den ersten Blick nicht ohne eine gewisse systematische Überzeugungskraft. Ihm ist jedoch entgegenzuhalten, daß die verschiedenen Statuten der internationalen Gerichtshöfe die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern umfassend festlegen und die Staatsoberhäupter lediglich klarstellend neben sonstigen *government officials* aufgezählt werden. Mit anderen Worten treffen die Statuten der internationalen Gerichtshöfe gerade nicht – wie von Slynn suggeriert – eine Unterscheidung zwischen ehemaligen Staatsoberhäuptern und sonstigen Amtsträgern. Am deutlichsten ist dies im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (Art. 27 Abs. 1) formuliert:

<sup>68</sup> *Ibid.*, 884f.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 886: "(...) once the machinery which it [the Convention] provides was put in place to enable jurisdiction over such crimes to be exercised in the courts of a foreign state, it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date (...)."

<sup>70</sup> Pinochet No. 1 *per* Lord Slynn, 917.

“Dieses Statut findet auf alle Personen ohne jede Unterscheidung aufgrund einer amtlichen Eigenschaft Anwendung. Insbesondere entbindet die amtliche Eigenschaft als Staatsoberhaupt (...) oder Angehöriger des öffentlichen Dienstes keinesfalls von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach diesem Statut.”<sup>71</sup>

Es ist nicht ersichtlich, warum die identische Formulierung der “amtlichen Eigenschaft” in der UNCAT und im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes nicht in beiden Fällen Staatsoberhäupter einschließen sollte.

Der Ansatz von Lord Millet konstatiert einen neuen Grund für eine vertraglich bedingte Aufhebung der Immunität, den Grund der Inkompatibilität. Dabei bleibt unklar, inwiefern sich dieser Grund von einer impliziten vertraglichen Aufhebung unterscheiden soll. Daneben leidet der Ansatz daran, daß er nicht nur an das Inkrafttreten der UNCAT anknüpft, sondern auch Section 134 des Criminal Justice Act 1988, der bereits vor der Konvention im Vereinigten Königreich in Kraft trat, für unvereinbar mit irgendeiner Immunität *ratione materiae* erklärt. Dies würde heißen, daß der zukünftige Mitgliedstaat einer Konvention die Auswirkungen der Konvention gegenüber einem anderen Staat, für den die Konvention ebenfalls noch nicht in Kraft getreten ist, einseitig herbeiführen könnte. Die Immunität konnte aber wohl nur durch Völkergewohnheitsrecht oder durch Chile selbst, also nach dieser Argumentation durch Chiles Ratifizierung der UNCAT, aufgehoben worden sein.

Die Konstruktion von Lord Hope überzeugt wenig: Zunächst verneint er, daß die UNCAT in irgendeiner Weise die Immunität von ehemaligen Staatsoberhäuptern vor ausländischen nationalen Gerichten aufhebe, zieht dann jedoch eben diese Konvention zur Bestimmung des Zeitpunkts heran, ab dem die Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor nationalen Gerichten möglich sein soll und eine Immunität wegfällt. Hier werden die Ebenen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Schutzbereiches der UNCAT unzulässigerweise vermischt. Man kann die mit dem Inkrafttreten der UNCAT für einen neuen Mitgliedstaat verbundene Anerkennung der Ausübung extra-territorialer Gerichtsbarkeit durch andere Mitgliedstaaten nur so verstehen, daß diese jeden Einzelfall von Folter umfaßt. Wenn man also den Wegfall der Immunität an die Anerkennung der Ausübung extra-territorialer Gerichtsbarkeit durch Ratifizierung der UNCAT anknüpft, kann das nur heißen, daß für keine einzige Folterhandlung Immunität beansprucht werden kann.

Überzeugender wäre eine deutliche Trennung zwischen der Begründung extra-territorialer Gerichtsbarkeit auf der einen Seite und der Frage der Immunität auf der anderen Seite. So wäre es immerhin schlüssig, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – unter Verneinung einer völkergewohnheitsrechtlichen universellen Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte auch im Hinblick auf völkerrechtliche Verbrechen eine völkerrechtsvertragliche extra-territoriale Gerichtsbar-

---

<sup>71</sup> Übersetzung durch den Autor. Der englische Originaltext lautet: “This statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State (...) or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute (...)”.

keit für alle Foltertaten mit dem Inkrafttreten der UNCAT zwischen den Mitgliedstaaten annehmen würde. Im Rahmen dieser Argumentation wäre es dann folgerichtig, wenn man die Ablehnung der Immunität auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit beschränken würde, da nur bei diesen Delikten eine Strafverfolgung vor den internationalen Straftribunalen möglich ist. Das hieße aber, daß der Wegfall der Immunität für solche Straftaten bereits lange vor dem Inkrafttreten der UNCAT angenommen werden müßte.

### 3. Inkompatibilitätslösung

#### a) *Inkompatibilität von Immunität ratione materiae und dem Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens (Lord Phillips)*

Lord Phillips geht davon aus, daß der State Immunity Act nicht auf den hier vorliegenden Fall anwendbar sei, da er nur die Handlungen von Staatsoberhäuptern während ihres Aufenthalts im Vereinigten Königreich umfasse. Eine Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wie von Lord Browne-Wilkinson vorgenommen, sei nicht zulässig, da die entsprechende Anwendung der Regeln für leitende Diplomaten eine klare Interpretation im Sinne einer Beschränkung auf Handlungen auf dem Territorium des Vereinigten Königreichs vorgebe.<sup>72</sup>

Im übrigen sei die Immunität für ehemalige Staatsoberhäupter auf zivilrechtliche Klagen beschränkt: Auch die Immunität *ratione materiae* beruhe auf dem Prinzip, daß ein Staat nicht über den anderen zu Gericht sitzen könne. Eine zivilrechtliche Verurteilung treffe aber außer den Amtsträger selbst im Falle von Handlungen, die in amtlicher Eigenschaft vorgenommen wurden, auch den Staat, der für zugesprochene Schadenersatzleistungen aufkommen müsse.<sup>73</sup> Diese Überlegungen träfen jedoch nicht zu auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit eines ehemaligen Staatsoberhauptes. Daher kommt Phillips zu dem Schluß, daß die Regeln für Immunität, wie sie im Hinblick auf eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit entwickelt worden sind, nicht auf die neuen Entwicklungen im Völkerstrafrecht anzuwenden sind, die mit der Annahme einer Immunität *ratione materiae* unvereinbar seien.<sup>74</sup>

Wie die verschiedenen Regelungen für internationale Straftribunale zeigten, gebe es für völkerrechtliche Verbrechen, wie sie Pinochet vorgeworfen werden,

<sup>72</sup> Pinochet No. 3 per Lord Phillips, 926.

<sup>73</sup> Umfassend zur Staatenimmunität in Schadenersatzverfahren wegen Menschenrechtsverletzungen J. Bröhm er, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997.

<sup>74</sup> Pinochet No. 3 per Lord Phillips, 924: "(...) no established rule of international law requires state immunity *ratione materiae* to be accorded in respect of prosecution for an international crime. International crimes and extra-territorial jurisdiction in relation to them are both new arrivals in the field of public international law. I do not believe that state immunity *ratione materiae* can co-exist with them. The exercise of extra-territorial jurisdiction overrides the principle that one state will not intervene in the internal affairs of another."

keine Immunität. Die Regelungen, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern ausdrücklich feststellen, seien ebenso wie die entsprechende Regelung in der Genozidkonvention (Art. IV) lediglich deklaratorischer Natur.<sup>75</sup>

#### b) Kritik

Die Phillips' Ansatz zugrundeliegenden Annahmen sind in zweierlei Hinsicht ungewöhnlich und wohl kaum haltbar. Zum einen sind dem relevanten *statute law* zufolge die für Diplomaten geltenden Regeln den notwendigen Anpassungen ("necessary modifications") zu unterziehen, um sie auf Staatsoberhäupter anzuwenden. Es erscheint als methodisch fragwürdig, im Hinblick auf einen so ausfüllungsbedürftigen Begriff wie "necessary modifications" die hier sehr aufschlußreiche Entstehungsgeschichte des Gesetzes völlig unbeachtet zu lassen, wie Phillips es fordert. Zum anderen hält die überwiegende Lehre eine strafrechtliche Immunität *ratione materiae* für ehemalige Staatsoberhäupter auch völkergewohnheitsrechtlich für gegeben.<sup>76</sup>

Letztlich wären diese beiden problematischen Annahmen nicht nötig gewesen, um mit der Argumentation, für völkerstrafrechtliche Verbrechen gebe es keine Immunität *ratione materiae*, eine Immunität Pinochets zu verneinen. Dieses völkerrechtliche Argument hätte bei der Auslegung des State Immunity Act und der Übertragung der Regeln über diplomatische Immunität auf ehemalige Staatsoberhäupter berücksichtigt werden können, wie es der Lösung der Richter Browne-Wilkinson und Hutton entspricht. Es ist bezeichnend, daß auch Phillips diesen Ansatz hilfsweise anführt.

4. Abweichende Meinung von Lord Goff: Immunität ist weder allgemein für völkerrechtliche Verbrechen noch durch die UNCAT aufgehoben

#### a) Argumentation Lord Goffs

In seiner *dissenting opinion* konstatiert Lord Goff, daß Pinochet umfassende Immunität für sämtliche Handlungen – auch für Folter – genieße, die er in Ausübung "dienstlicher Tätigkeit" begangen hat. Dies ergebe sich aus dem State Immunity Act und der entsprechenden Anwendung des Art. 39 (2) Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen.

Außer in den Fällen einer Verfolgung vor internationalen Strafgerichten sei auch bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit keine Praxis zu erkennen, die auf eine Aufhebung der Immunität von ehemaligen Staatsoberhäuptern hindeuten würde.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Vgl. nur K. Ipsen, *Völkerrecht*, 1990, 344f.; A. Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, *Recueil des cours/Académie de Droit International de la Haye* 247 (1994-III), 9 (89).

Ohnehin könne im vorliegenden Fall angesichts der als auslieferungsfähig eingestuften Vorwürfe (ein Fall von Folter sowie zwei Fälle der Verabredung zur Folter) nicht von einer systematischen und weitverbreiteten Folterkampagne die Rede sein, so daß der Fall nicht die Schwelle der "Verbrechen gegen die Menschlichkeit" erreiche.<sup>77</sup>

Eine Aufhebung der Immunität könne sich hier allein aus der UNCAT ergeben, wofür es allerdings an dem erforderlichen ausdrücklichen Verzicht mangle. Ein impliziter Verzicht auf Immunität sei allenfalls durch Auftreten in einem konkreten Verfahren möglich, nicht aber durch die Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Abkommens, wenn dieses keine ausdrückliche Aufhebungsklausel enthalte.<sup>78</sup> Das Erfordernis einer ausdrücklichen Aufhebung der Immunität könne auch nicht durch die Konstruktion umgangen werden, Folter stelle keine Ausübung von "dienstlicher Tätigkeit" dar.<sup>79</sup> Zudem finde sich in den *travaux préparatoires* zur UNCAT keinerlei Hinweis auf eine Absicht der Staaten zur Aufhebung der Immunität, die angesichts der hohen Anzahl der Unterzeichnerstaaten auch nicht anzunehmen sei.<sup>80</sup> Schließlich verweist Goff auf eine Kommentierung von Art. 5 (1) der UNCAT (Verpflichtung zur Etablierung von Gerichtsbarkeit für bestimmte Fälle) in der Literatur, in der mögliche Ausnahmen hinsichtlich der Verfolgung von durch besondere Immunitäten geschützten Personen erwähnt werden.<sup>81</sup>

Nach Goffs Meinung sollte man eine implizite Aufhebung jedenfalls aus Gründen der Opportunität ablehnen. Anderenfalls könne die UNCAT den Mitgliedstaaten illegitime Möglichkeiten eröffnen, etwa das Aushebeln von im Tatortland erlassenen Amnestien oder die Einleitung von politisch motivierten Straf- und Auslieferungsverfahren beispielsweise gegen nordirische Polizisten.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Pinochet No. 3 *per* Lord Goff, 864.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 857.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 859.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 862.

<sup>81</sup> *Ibid.*, mit Verweis auf *Burgers/Danielius* (Anm. 31), 131 (im Urteil wird versehentlich auf S.31 verwiesen).

<sup>82</sup> Pinochet No. 3 *per* Lord Goff, 861. Opportunitätserwägungen sind auch im Rahmen der Act of State Doctrine möglich. Auf diesen Ansatz hatten sich im ersten Urteil die beiden Richter Slynn und Lloyd hilfsweise berufen, um den *appeal* abzuweisen. Lord Slynn hatte argumentiert, daß, wenn Immunität bestehe, gleichzeitig aufgrund der Act of State Doctrine die Ausübung der Gerichtsbarkeit abgelehnt werden könne, da die *official acts* auch als *acts of State* in diesem Sinne anzusehen seien (Pinochet No. 1 *per* Lord Slynn, 918f.). Lord Lloyd hatte ausgeführt, die Fragen der Immunität und der Auslieferung betreffen sensible Bereiche der staatlichen Beziehungen zwischen Spanien und Chile, zwischen die das Vereinigte Königreich geraten sei, so daß das Gericht seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben sollte. Dem stehe nicht die Tatsache entgegen, daß in der Entscheidung über die Auslieferung durch den Innenminister Zweckmäßigkeitserwägungen einfließen könnten, da der Schaden im Hinblick auf Chile bereits mit der jetzigen Entscheidung angerichtet werde. Ähnlich könne man nicht auf die eigentliche Entscheidung durch spanische Gerichte verweisen. Schließlich hebe auch die Inkorporierung der Folterkonvention und ihrer umfassenden Verpflichtung zu Strafverfolgung oder Auslieferung nicht die Pflicht zur Abwägung der Act of State Doctrine auf (Pinochet No. 1 *per* Lord Lloyd, 934f.).

*b) Kritik*

Die Argumente Goffs für die Gewährung von Immunität greifen nicht durch.

Soweit Goff eine ausdrückliche Aufhebung der Immunität in der UNCAT verlangt, sei zugegeben, daß eine solche in der UNCAT in der Tat nicht formuliert ist. Allerdings erkennen auch Goff und die von ihm zitierten Autoritäten an, daß eine Aufhebung von Immunität implizit möglich ist, wenngleich als Beispiel hierfür insbesondere Einlassungen zur Begründetheit in einem konkreten Gerichtsverfahren genannt werden. Die Mitgliedstaaten der UNCAT hatten jedoch ausdrücklich zugestimmt, daß extra-territoriale Gerichtsbarkeit über ihre eigenen Amtsträger durch andere Mitgliedstaaten ausgeübt werden kann und daß andere Mitgliedstaaten unabhängig vom Willen des Heimatstaates gegebenenfalls einen solchen Amtsträger ausliefern oder selbst verfolgen müssen. Daher ist als *ratio legis* deutlich erkennbar, die Strafverfolgung in anderen Staaten vom Willen des Heimatstaates unabhängig machen zu wollen. Dieser Zweck würde völlig konterkariert, würde man dem Heimatstaat die Berufung auf Immunität gewähren, die für jeden Amtsträger möglich wäre. Daher schließt die Konvention notwendigerweise eine umfassende Aufhebung der Immunität ein.

Dagegen spricht nicht die von Goff angeführte Stimme aus der Literatur, die sich auf Art. 5 (1) a UNCAT bezieht. Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten nämlich zur Begründung von Gerichtsbarkeit für auf dem eigenen Territorium begangene Folterungen. Die in der angeführten Passage erwähnten Immunitäten umfassen daher insbesondere die Handlungen eines ausländischen Diplomaten während seiner Amtszeit. Zudem akzeptieren die zitierten Autoren nur solche Immunitäten, die generell für kriminelle Akte gelten, was stark für einen Bezug auf die Immunität *ratione personae* etwa von Diplomaten während ihrer Amtszeit spricht. Dagegen lassen sich aus dieser Passage keinerlei Aussagen hinsichtlich der Immunität *ratione materiae* ableiten, die in privater Eigenschaft begangene Straftaten nicht einschließt.

Wie bereits oben erläutert, leidet das Argument der fehlenden Praxis in der vorliegenden Frage daran, daß eine umfangreiche Praxis der strafrechtlichen Verfolgung ehemaliger Staatsoberhäupter durch fremde Staaten nicht zu erwarten ist und die wenigen Fälle nicht auf Kritik gestoßen sind.

Warum Opportunitätserwägungen bei der rechtlichen Bewertung der Frage, ob durch die UNCAT eine Aufhebung der Immunität *ratione materiae* erfolgt ist, einfließen sollen, bleibt unklar. Immerhin ist der Befürchtung Goffs von politisch motivierten Strafverfahren gegen vermeintliche Folterer entgegenzuhalten, daß die Einleitung eines solchen Verfahrens in jedem Fall schwere diplomatische Komplikationen mit sich bringt, welche die Vertragsstaaten der UNCAT vermutlich in aller Regel nur bei gut dokumentierten Fällen riskieren werden.

### V. Präzedenzwirkung des Urteils

Angesichts der vielfältigen Begründungen stellt sich die Frage, inwieweit das Urteil möglicherweise eine Präzedenzwirkung entfalten wird. Eine solche kann nur im Hinblick auf die *ratio decidendi* bestehen; allen übrigen Ausführungen kommt möglicherweise eine gewisse *persuasive authority* zu.

(1) Für die *double criminality rule* nach dem Extradition Act kommt es hinsichtlich der Strafbarkeit im Vereinigten Königreich auf den Zeitpunkt der Tat und nicht auf den der Auslieferung an. Dieses Ergebnis wird von allen Lordrichtern im abschließenden Urteil getragen, wenn auch mitunter nicht ausdrücklich.<sup>83</sup> Allerdings gehört diese Frage strenggenommen nicht zu den tragenden Gründen der Entscheidung für das Endergebnis, sondern stellt vielmehr eine Art *second leg* dar. Der Zeitraum der für eine Auslieferung in Frage kommenden Taten wird von der Mehrheit der Richter durch die Gewährung von Immunität für alle Taten bis zum 8. Dezember 1988 noch enger gefaßt als der durch die Beschränkung auf *extradition crimes* (Taten bis zum 29. September 1988) vorgegebene. Daher hätte es zur Begründung auch genügt, allein auf die Immunitätserwägungen abzustellen. Insofern ist die Präzedenzwirkung in diesem Punkt eingeschränkt.

(2) Hinsichtlich der Frage nach der Ausübung einer universellen Gerichtsbarkeit über Folter durch nationale Gerichte wird das Urteil kaum Präzedenzwirkung entfalten. Daß jeder Mitgliedstaat der UNCAT verpflichtet ist, die Strafgerichtsbarkeit für in anderen Mitgliedstaaten begangene Folter zu begründen, ist aus der Konvention unmittelbar ersichtlich. Fraglich ist dagegen, inwieweit unabhängig von der UNCAT, also für Mitgliedstaaten vor dem Inkrafttreten dieser Konvention sowie für Nicht-Mitgliedstaaten, eine Zuständigkeit für die Verfolgung von Folter aufgrund des Prinzips universeller Gerichtsbarkeit anzunehmen ist. Diesbezüglich hat das Urteil keinerlei Klarheit geschaffen. Eingegangen auf diese Frage ist lediglich Lord Millet, der eine universelle Gerichtsbarkeit nationaler Gerichte für Verbrechen gegen die Menschlichkeit bejaht. Die übrigen Richter gehen auf die Frage im Zusammenhang mit der Gerichtsbarkeit nicht ein, was allerdings nicht als implizite Ablehnung der Meinung von Lord Millet interpretiert werden und daher keine Präzedenzwirkung entfalten kann.

(3) Im Hinblick auf die Immunität bleibt als kleinster gemeinsamer Nenner festzuhalten, daß ab dem Inkrafttreten der UNCAT in den beteiligten Staaten ein für Folter mitverantwortlicher Amtsträger keine Immunität *ratione materiae* vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates beanspruchen kann. Während ein Richter (Lord Hope) eine Immunität *ratione materiae* nur verneint, wenn die vorgeworfene Folter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen ist, kommen vier Richter zu dem Schluß, daß schon für isolierte, einzelne Foltertaten keine Immunität bestehen könne (Lords Browne-Wilkinson, Salville, Millet, Hut-

<sup>83</sup> Lord Goff und Lord Millet verweisen nur pauschal auf die von Lord Browne-Wilkinson vortragene Meinung, ohne zu sagen, daß sie gerade hinsichtlich des Zeitpunkts zur Anwendung der *double criminality rule* mit ihm übereinstimmen. Pinochet No. 3 *per* Lord Goff, 848; *per* Lord Millet, 904.

ton). Da die Pinochet vorgeworfenen Taten nach nahezu einhelliger Ansicht die Schwelle der Verbrechen gegen die Menschlichkeit überschreiten, kann man hinsichtlich der Ausführungen zum Wegfall der Immunität bei einzelnen Folterakten strenggenommen nicht von *ratio decidendi* sprechen: Die Schwelle der "Verbrechen gegen die Menschlichkeit" war jedenfalls erreicht, so daß eine Feststellung, ob auch im Hinblick auf einzelne Foltertaten Immunität *ratione materiae* abzulehnen ist, eigentlich nicht notwendig war. Angesichts der verschiedenen Begründungen und der Variationen in den zeitlichen Anknüpfungspunkten wird dem Ergebnis, Immunität sei auch für einzelne Folterakte aufgehoben, auch nur eine geringe *persuasive authority* zukommen.

Die geringe Präzedenzwirkung des Urteils läßt sich symptomatisch an dem Schicksal des Ansatzes darlegen, der das erste Urteil des House of Lords getragen hatte. Hier hatte die Richtermehrheit klar darauf abgestellt, daß Folter nicht als Ausübung öffentlicher Funktionen anzusehen sei und somit der Tatbestand für eine Immunität *ratione materiae* nicht erfüllt sei. Auf diesen Ansatz stützen auch in der letzten Entscheidung des House of Lords zwei Richter, Browne-Wilkinson und Hutton, ihre Argumentation. Ein weiterer, Lord Phillips, greift hilfsweise darauf zurück, und zwei weitere Richter weisen den Ansatz allenfalls implizit zurück (Lords Salville und Millet). Es ergibt sich also insoweit alles andere als ein klares Bild, das britische oder gar ausländische Gerichte veranlassen könnte, sich hinsichtlich der hier so genannten Tatbestandslösung an der Autorität des House of Lords zu orientieren.

### VI. *Schlußbemerkung*

Während das erste Urteil des House of Lords eine klare Linie vertreten hatte und damit potentiell große Präzedenzwirkung hätte entfalten können, läßt das abschließende Urteil der sieben Lordrichter vor allem Unklarheit zurück, so daß ihm nur geringe Präzedenzwirkung zukommen wird.

Wie in der Kritik zu den einzelnen Ansätzen dargelegt wurde, zeigt keine der von den Richtern im dritten Urteil des House of Lords vorgetragenen Begründungen ein vollständig konsistentes und überzeugendes Modell auf. Dem ist noch hinzuzufügen, daß das Fehlen einer Diskussion des Völkerstrafrechts im Hinblick auf das Vorliegen von *extradition crimes* vor dem Hintergrund einzelner Richtervoten besonders kraß ins Auge fällt. Insbesondere erscheinen die Begründungen von Hutton und in eingeschränktem Maße auch die von Phillips hinsichtlich des Wegfalls der Immunität unter Anknüpfung an das Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens zwar als einleuchtend; wenn man aber zu einem solchen Ergebnis kommt, ist in keiner Weise ersichtlich, warum man sich nicht mit einer völkergewohnheitsrechtlich begründeten Straf- und Verfolgbarkeit dieser Verbrechen im Vereinigten Königreich vor dem Inkrafttreten des Criminal Justice Act 1988 beschäftigt, noch dazu, wenn man – wie Phillips – den Begriff der extra-territorialen Gerichtsbarkeit ausdrücklich in seiner Argumentation verwendet.

Das Urteil hat die eigenartige Konsequenz, daß die Verfolgung Pinochets wegen in Chile verübtem Mord nicht möglich ist, wegen dort verübter Folter aber schon. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß für Mord weder nach britischem *statute law* noch nach Völkergewohnheitsrecht eine extra-territoriale Straf- und Verfolgbarkeit besteht. Soweit das Ergebnis im Fall Pinochet mit der UNCAT begründet wird, leuchtet der Unterschied unmittelbar ein, da für Mord eben kein vergleichbarer völkerrechtlicher Vertrag besteht. Wird aber das Ergebnis mit dem Konzept des völkerrechtlichen Verbrechens begründet, erscheint das Ausklammern der Mordvorwürfe wenig überzeugend, da politische Morde in Chile ebenso wie die Pinochet vorgeworfene Verantwortlichkeit für Folterungen aufgrund des damit verbundenen, groß angelegten oder systematischen Angriffs auf einen Teil der Zivilbevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen sind. Auch diesbezüglich vermißt man die Diskussion einer völkergewohnheitsrechtlichen Straf- und Verfolgbarkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch nationale Strafbehörden.

Im Ergebnis ist der Fortschritt sehr begrenzt, den die Entscheidung für die Bemühungen bringt, Täter und Beteiligte schwerer Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Die Bedeutung der UNCAT dürfte angesichts der ihr in den Begründungen der Lordrichter eingeräumten prominenten Rolle durch die Entscheidung des House of Lords zwar wesentlich gestärkt worden sein. Außerdem wird sich nunmehr im Verhältnis der Vertragsstaaten vermutlich die Ansicht durchsetzen können, daß der extra-territorialen Verfolgung von Folterern durch einen Vertragsstaat nicht eine Immunität *ratione materiae* aufgrund eines Handelns in amtlicher Eigenschaft entgegengehalten werden kann. Insofern bleibt die Wirkung jedoch auf das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der UNCAT begrenzt. Folglich bleibt es den einzelnen Staaten – also gegebenenfalls einem menschenrechtsverletzenden Regime – überlassen, durch die Entscheidung über die Ratifizierung der UNCAT den Zeitpunkt zu bestimmen, ab dem sie eine, gegebenenfalls durch ausländische Gerichte zu beurteilende, strafrechtliche Verantwortlichkeit für ihre Handlungen übernehmen wollen. Dies gilt jedenfalls für isolierte Fälle von Folter. Dagegen bleibt nach der Entscheidung offen, ob in amtlicher Eigenschaft handelnde Täter selbst für völkerrechtliche Verbrechen wie etwa Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor ausländischen Gerichten Immunität genießen, wenn sich die Aufhebung der Immunität nicht aus einem völkerrechtlichen Vertrag wie der UNCAT ableiten läßt.

Immerhin mag die Entscheidung auch als Zeichen der wachsenden Bereitschaft in den Mitgliedstaaten der zum Schutz gegen Folter geschaffenen Konventionen gewertet werden, ihre vertraglichen Verpflichtungen zum Schutz gegen Folter zu erfüllen.<sup>84</sup> Zudem hat die Entscheidung die internationale Aufmerksamkeit auf die

<sup>84</sup> Als weiteres Indiz für eine solche Tendenz sei der im März 1999 durchgeführte Besuch des European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in der Türkei angeführt. Im Verlauf dieses Besuches hat sich die Delegation mit dem einige Tage zuvor in die Türkei verbrachten Anführer der PKK, Abdullah Öcalan, ohne Über-

Möglichkeit einer extra-territorialen Verfolgung von mutmaßlichen Folterern gelenkt, so daß es durchaus denkbar erscheint, daß zukünftig auch die Strafverfolgungsbehörden anderer UNCAT-Mitgliedstaaten Verfahren gegen mutmaßliche Folterer einleiten.<sup>85</sup> Dafür spricht auch die Tatsache, daß in Reaktion auf Pinochets Festnahme durch die britischen Behörden gegen diesen in mehreren anderen europäischen Ländern Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sind.<sup>86</sup> Zudem ist kürzlich ein Fall bekannt geworden, in dem die schottischen Strafverfolgungsbehörden gegen einen Folterer aus einem nordafrikanischen Land unter Annahme extra-territorialer Gerichtsbarkeit vorgehen.<sup>87</sup> Auch in Frankreich sind in jüngster Zeit Ermittlungsverfahren wegen exterritorial begangener Folter eingeleitet worden.<sup>88</sup> In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß sich Gerichte anderer Staaten nicht unbedingt an der engen Auslegung des House of Lords hinsichtlich der Begründung von Gerichtsbarkeit orientieren werden.<sup>89</sup> Angesichts des mit der Verfolgung einer im Ausland begangenen Tat verbundenen Ermittlungsaufwands ist allerdings kaum damit zu rechnen, daß einzelne Foltertaten häufig Gegenstand einer Verfolgung sein werden. Vielmehr wird sich die extra-territoriale Strafverfolgung weitgehend auf Verbrechen beschränken, welche die Schwelle der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erreichen, jedenfalls soweit nicht das Opfer eines Folteraktes Staatsangehöriger des ermittelnden Staates ist.

---

wachung durch türkische Sicherheitskräfte über dessen Behandlung durch die türkischen Behörden unterhalten können (vgl. CPT Press Release 4.3.1999). Daß die Türkei in diesem Fall ihre internationalen Verpflichtungen aus der Europäischen Konvention zur Verhütung der Folter erfüllt hat, war nicht nur vor dem Hintergrund der politisch extrem aufgeheizten Situation spektakulär, sondern auch wenn man bedenkt, daß bis zu diesem Zeitpunkt Öcalan lediglich ein 20-minütiges Gespräch mit den Verteidigern in Anwesenheit von Sicherheitskräften gewährt worden war.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu auch K. Ambos/G. Ruegenberg/J. Woischnik, *Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976–1983) begangene Taten des "Verschwindenlassens"?*/Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit, EuGRZ 1998, 468. Eine universelle Gerichtsbarkeit wird hier für Genozid erwogen, bleibt im Ergebnis in Anbetracht der Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des Genozidtatbestandes für die Vernichtung politischer Gruppen offen (s. S. 478). Folter dagegen wird nicht in die Vorwürfe einbezogen.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu Ambos (Anm. 45), 16ff. (17). Demnach wurden offenbar Strafanzeigen gegen Pinochet in Belgien, Deutschland (vgl. hierzu K. Ambos/J. Woischnik, *Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zur Strafverfolgung Pinochets in Deutschland*, <http://www.iuscrim.mpg.de/Aktuelles>; zur Gerichtsstandbestimmung vgl. BGH, *Beschluß v. 18.11.1998 – 2 Ars 471/98 und 474/98*), Frankreich, Italien, Österreich, Schweiz, Schweden, Dänemark und Norwegen gestellt.

<sup>87</sup> UN Press Release HR/CAT/98/29 vom 9.11.1998, "Committee Against Torture opens twenty-first session". Die Anklage ist allerdings inzwischen vom Crown Office in Edinburgh fallengelassen worden (REDRESS: Press release 27 May 1999).

<sup>88</sup> Amnesty International: Press Release 5 July 1999, Mauritania, AI Index: AFR 38/03/99.

<sup>89</sup> So geht das o.g. Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht davon aus, daß mit Einführung der universellen Strafgewalt durch Ratifizierung der UNCAT i.V.m. § 6 Nr. 9 StGB diese Strafgewalt auch rückwirkend bestehe, vgl. Ambos/Woischnik (Anm. 86), 2f. Wenn man jedoch davon ausgeht, daß durch § 6 Nr. 9 StGB nicht nur die Verfolgbarkeit durch deutsche Gerichte, sondern auch die materielle Strafbarkeit konstituiert wird (Schönke/Schröder-Eser [Anm. 10], § 6 Rn. 10) erscheint dies schwerlich mit dem Rückwirkungsverbot vereinbar. Für eine zuvor bestehende Strafbarkeit der Auslandstat ist daher doch auf eine völkergewohnheitsrechtliche Begründung zurückzugreifen.

## The *Pinochet* Case: Heading for New Shores in the Prosecution of Human Rights Violations?

The arrest of the former Chilean dictator Augusto Pinochet Ugarte and the confirmation of the arrest warrant by the House of Lords in its judgment of March 24, 1999, have attracted worldwide attention. The case seemed to open a new chapter in the history of international law, since this was the first time that a court was called upon to decide whether a former head of State can be liable to prosecution and punishment before a foreign national court for human rights violations. The case raised questions regarding important and relatively new developments in international law, such as the concept of an international crime and the significance of the 1984 United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (UNCAT).

Although six of seven judges supported the result that Pinochet can be held liable for torture carried out after December 8, 1988 – the date when the UNCAT entered into force in the United Kingdom – it was far from clear what constituted the *ratio decidendi* of the case since each of the majority judges provided a different reasoning. It therefore seems worthwhile to submit the tiers of argumentation to a critical review and to consider how far the judgment is likely to constitute a precedent.

The judgment concerned two legal problems. The first was how far the crimes Pinochet was accused of constituted “extradition crimes” under British extradition law. The second was whether Pinochet was immune from prosecution and punishment and therefore also from extradition proceedings due to his position as a former head of State.

With regard to the question of extradition crimes, the majority of the Lords read the relevant passage in the Extradition Act 1989 as containing a requirement that the action of the accused be punishable according to the law of the United Kingdom not only at the time of the extradition request but already at the time when the crime was committed. This interpretation of the Extradition Act 1989 was based on rather weak evidence from the legislative history of the Act, although the wording pointed in a different direction. Since torture was only punishable if committed in the United Kingdom until the extraterritorial crime of torture was introduced by the Criminal Justice Act 1988, any case of torture committed in Chile until that date could not constitute an extradition crime. Moreover, murder still does not constitute an extraterritorial offence and therefore can only form part of an extradition if committed within the United Kingdom or the requesting state. Therefore, of all the crimes alleged only one case of torture after September 29, 1988 and those charges relating to conspiracy to murder and torture in Spain survived the “extradition crime” test.

Only Lord Millet took up the challenge to discuss whether torture may have been an extraterritorial offence under customary international law already before it was laid down in statute by the Criminal Justice Act 1988. He concluded that this was indeed the case for such cases of torture covered by the concept of “crimes against humanity”, i.e. forming part of a widespread or systematic attack against a civilian population. Therefore, accor-

<sup>90</sup> Summary by the author.

ding to Lord Millet all cases of torture Pinochet was accused of constituted “extradition crimes”.

The omission of the other judges to discuss “crimes against humanity” as a basis for jurisdiction of British courts already in the 1970s constitutes the most remarkable gap in this important judgment. Indeed, most convincing arguments to be derived from international legal documents and national practice support Millet’s view. In addition to those arguments mentioned in the House of Lords’ judgment, it is in particular the recent negotiations on the statute for the International Criminal Court which provide further evidence for this view. The assumption of a universal jurisdiction for international crimes mentioned in the statute was the precondition for discussing the possibility of providing the International Criminal Court with universal jurisdiction by treaty – to do so would have violated the norms of the international law of treaties if there was no universal jurisdiction for every state with regard to international crimes.

While there is some evidence (in particular in the recent *Furundzija* judgment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) for the recognition of single acts of torture as international crimes providing universal jurisdiction for every state, it cannot be said that a rule of customary international law has evolved so far in this respect.

With regard to immunity it may be distilled as a lowest common denominator that immunity *ratione materiae* for a former head of State ceases to apply to crimes of torture after the UNCAT has entered into force in the States involved. In contrast to that, the reasons for the rejection of immunity and approaches for denying immunity beyond the concept mentioned remained disputed. The different arguments may be subsumed under three models which partly contain further differentiations. The first model (Lords Browne-Wilkinson and Hutton) is based on the statement that torture cannot be carried out in the exercise of public functions since the UNCAT has entered into force for the United Kingdom (Browne-Wilkinson) or since torture constitutes an international crime (Hutton). Therefore, the conditions for immunity *ratione materiae* according to Art. 39 para. 2 of the Vienna Convention of the Law of Treaties which has been incorporated into British law are not fulfilled. The second model (Lords Salville, Millet and Hope) focuses on the assumption that immunity has been withdrawn by acceding to the UNCAT – however, according to Lord Hope’s approach only for crimes against humanity. Finally, in a third model Lord Phillips comes to the conclusion that none of the torture cases alleged against Pinochet is shielded from prosecution because immunity *ratione materiae* is incompatible with the concept of the international crime of torture.

None of these models provides a fully convincing approach either because they are inconsistent in themselves or because they draw on arguments which make the ignorance of the question of a universal jurisdiction under customary international law extremely artificial. Moreover, as far as reference to crimes against humanity is relied upon in order to give reasons for the rejection of immunity it is unconvincing not to exclude the murders alleged against Pinochet from immunity since they, too, are to be subsumed under the concept of crimes against humanity.

Moreover, the judgment is very limited in its potential for serving as a precedent. The limitation of extraditable offences to those cases alleged to have been carried out after the extraterritorial offence of torture was established in British statute law only constitutes a “second leg”. Since the limitation of the period during which offences alleged against

Pinochet has been limited even more by the immunity considerations the restriction of the period by the concept of "extradition offences" has been rendered redundant. No relevance as a precedent may be assumed for the case with regard to universal jurisdiction of national courts in cases of torture and crimes against humanity since this question was evaded by the majority of the court. With regard to the question of immunity, the case may serve to a certain extent as a precedent in so far as it states that with the entering into force of the UNCAT immunity *ratione materiae* cannot exist for torture committed by an official of a member state at least if the torture alleged constitutes a crime against humanity. Although four of seven judges argue that this is the case for single cases of torture and not only if the torture alleged may be subsumed under the concept of crimes against humanity, the judgment does not constitute a precedent in this regard: since the atrocities Pinochet was accused of clearly constituted crimes against humanity one may say that the differentiation between single cases of torture and crimes against humanity was not strictly necessary and therefore falls outside the scope of *ratio decidendi*.

The progress brought about by the judgment with a view to efforts of bringing to justice those persons responsible for the worst human rights violations consequently seems rather limited. While having enhanced the prominence of the UNCAT, the broad reference to this treaty limits the significance of the judgment to the relationship between member states on the other. This means that it remains in the hands of a state whether its actions will be open to scrutiny by criminal jurisdiction even if they amount to the worst human rights violations. However, the case may serve as an incentive in other States to initiate proceedings against extraterritorial human rights violations since it has broken a kind of taboo and has shown that within the framework of the UNCAT prosecution for torture may extend to the highest level of government. Moreover, not all judicial authorities abroad may feel bound by the restrictive position of the House of Lords regarding the questions of jurisdiction and immunity.