

ISSN 0937-5414
G 10364

HUMANITÄRES VÖLKERRECHT

Informationsschriften

2/2003

Deutsches Rotes Kreuz 

Herausgeber:

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Generalsekretariat, Carstennstraße 58, 12205 Berlin-Steglitz, Tel. (0 30) 8 54 04-0, Fax (0 30) 8 54 04-4 50, Internet: www.drk.de

Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, Telefon (02 34) 32-2 73 66, Telefax (02 34) 32-1 42 08, Internet: www.ifhv.de

ISSN 0937-5414

Manuskripte: Herausgeber und Redaktion haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor den Herausgebern alle Rechte für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts, insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt das Recht, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung der Herausgeber in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- oder Fernsendsendung, im Magnettonverfahren oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Bezug:

Erscheinungsweise vierteljährlich; Abonnementpreis jährlich EUR 30,- (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versandkosten); Einzelpreis EUR 7,70 (inkl. MwSt. 7% und zzgl. Porto und Versand EUR 0,51)

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Verlagsbüro München, Herzogstraße 75, 80796 München, Telefon (0 89) 30 65 80-20, Telefax (0 89) 30 65 80-68, E-Mail: verlag@drkservice.de

Das Abonnement kann nur schriftlich mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende beim Verlag gekündigt werden.

Verlag:

DRK-Service GmbH, Linzer Straße 21, 53604 Bad Honnef, Telefon (0 22 24) 9 18-2 27, Telefax (0 22 24) 9 18-229, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstr. 16, 80999 München, Telefon (0 89) 54 82 17-0, Telefax (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

Prof. Dr. Horst Fischer, Bochum; verantwortlicher Redakteur dieser Ausgabe; **Dozent Dr. Hans-Joachim Heintze**, Bochum; Redaktionsassistent: **Noëlle Quéniwet LL.M.**, Bochum

Ständige Mitarbeiter:

Georg Bock, Bochum; **Dr. Cristina Churruza Muguruza**, Bochum; **Prof. Dr. Dennis T. G. Dijkzeul**, Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Frankfurt (Oder); **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Dr. Claus Kreß LL.M.**, Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Gießen; **Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Dr. Heike Spieker**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeletch Worku LL.M.**, Bochum

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Andreas v. Block-Schlesier, Brüssel; **Ralph Czarnecki LL.M.**, Berlin; **Dr. Knut Dörmann**, Genf; **Avril J.M. McDonald LL.B.**, M.A., LL.M., Den Haag; **Sascha Rolf Lüder**, Hagen

Editorial 63

Das Thema

The International Committee of the Red Cross and International Humanitarian Law

David P. Forsythe 64

Forum

Verbreitung

Die präemptive Selbstverteidigung im Lichte des Völkerrechts

Oskar Matthias Frhr. von Lepel 77

Prävention oder Präemption?

Volker Kröning 82

Ethische Grundsätze militärischer Reaktionen

Hans-Gerd Angel 83

Rogue States, the Axis of Evil, and the Ethical Debate

Bernard J. Dougherty 87

Praxis

Der aktuelle Fall: Die belgische Justiz als Wächter über die Menschenrechte? Das Urteil der „Cour de cassation de Belgique“ im Fall Sharon vom 12. Februar 2003

Markus Rau 92

Panorama

Konferenzen

Harvard-Konferenz zum humanitären Völkerrecht, 27.–29. Januar 2003

Reinhard Haßenpflug und Stephan Weber 100

20. Bogenhausener Gespräche: „Völkerrecht im 21. Jahrhundert – Gestaltwandel der Konflikte“. Vortragsveranstaltung der Münchner Studentenverbindung Danubia. München-Bogenhausen, 8.–9. März 2003

Jan P. P. Ganschow 102

Individuelle und kollektive Selbstverteidigung in Zeiten neuer Bedrohungen: Das Selbstverteidigungsrecht im Umbruch. 13. Tagung der Rechtsberater der Bundeswehr und der Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Bad Teinach, 21.–22. März 2003

Mareile Lettau und Frauke Weber 103

Besprechungen

Dennis Dijkzeul/Yves Beigbeder, Rethinking International Organizations: Pathology and Promise

James P. Muldoon 108

Gisela Manske, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit

Sascha Rolf Lüder 108

Gerhard Beestermöller (Hrsg.), Die humanitäre Intervention – Imperativ der Menschenrechtsidee? Rechtsethnische Reflexionen am Beispiel des Kosovo-Krieges

Hans-Joachim Heintze 110

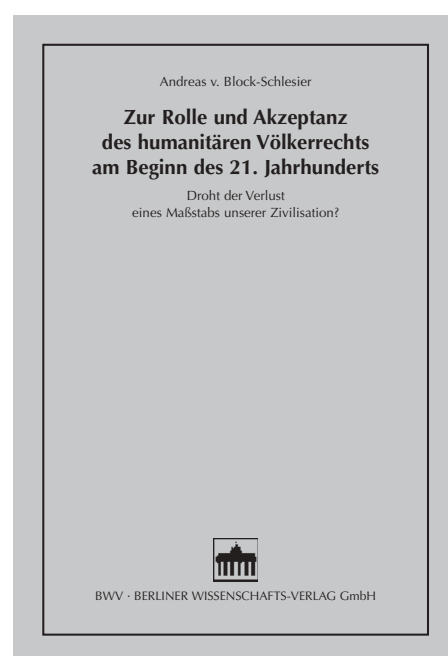
Andreas v. Block-Schlesier

Zur Rolle und Akzeptanz des humanitären Völkerrechts am Beginn des 21. Jahrhunderts Droht der Verlust eines Maßstabs unserer Zivilisation?

Vor 54 Jahren setzten die Bevollmächtigten der ersten Signatarstaaten ihre Unterschrift unter die Vier Genfer Abkommen vom 12. August 1949. Obwohl die Genfer Abkommen eine Entwicklung des in bewaffneten Konflikten anwendbaren humanitären Völkerrechts fortsetzen, die mit der Unterzeichnung der ersten Genfer Konvention am 22. August 1864 begonnen hatte, wird nach den Erfahrungen der vergangenen Jahre deutlich, daß das humanitäre Völkerrecht mit einem wirksamen Durchsetzungsmechanismus ausgestattet sein muß, wenn die Beachtung und damit auch die Akzeptanz des humanitären Völkerrechts keinen Schaden nehmen soll.

Geschieht die Mißachtung des humanitären Völkerrechts aus Unkenntnis, aufgrund des Verlustes von Wertmaßstäben oder in bewußter Ablehnung eines humanitären Grundkonsenses? Nach inzwischen fast 30 Jahren im Dienste humanitärer Organisationen verspürte der Autor den Wunsch, Bilanz zu der Frage der Akzeptanz des humanitären Völkerrechts in unserer heutigen Gesellschaft zu ziehen. Bei der Analyse haben die weltweiten Konflikte wie auch die gesellschaftliche Entwicklung in Deutschland gezeigt, daß zunehmende Akzeptanzprobleme für das humanitäre Völkerrecht bestehen und ein Umdenken erforderlich ist.

BWV
aktuell



Andreas v. Block-Schlesier
**Zur Rolle und Akzeptanz
des humanitären Völkerrechts
am Beginn des 21. Jahrhunderts**
*Droht der Verlust eines Maßstabs
unserer Zivilisation?*

2003, 141 S., kart.

24,- €, 42,20 SFr

ISBN 3-8305-0519-1



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH

Axel-Springer-Str. 54 b • 10117 Berlin • Tel: 030 / 841770-0 • Fax: 030 / 841770-21

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • <http://www.bwv-verlag.de>

Editorial

Die vorliegende Ausgabe der „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“ wendet sich einleitend einem grundsätzlichen völkerrechtstheoretischen Problem zu, das immer wieder zu intensiven Diskussionen führt: dem Verhältnis des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) zum humanitären Völkerrecht. Dazu äußert sich der bekannte amerikanische Wissenschaftler Professor *David P. Forsythe* von der Universität von Nebraska. Angesichts der Rolle, die das IKRK auch im jüngsten Golfkrieg wieder gespielt hat, erscheint der Redaktion die Veröffentlichung gerade zu diesem Zeitpunkt als sehr angeraten. Unterstreichen möchten wir zudem die hohe Reputation, die das IKRK genießt und die dazu führt, dass die Berichte dieser Institution, anders als die so mancher „embedded journalists“, große Glaubwürdigkeit verdienen. Gerade deshalb kann das IKRK seiner Aufgabe, allen Opfern eines bewaffneten Konflikts zu Hilfe zu kommen, gerecht werden.

Neben den prinzipiellen Darlegungen *Forsythe's* bedürfen die jüngsten Ereignisse bezüglich des Irak natürlich der völkerrechtlichen Würdigung. Wir sind deshalb den Veranstaltern der wohleingeführten Bad Teinacher „Tagung der Rechtsberater der Bundeswehr mit den Konventionsbeauftragten des DRK“ sehr dankbar, dass sie uns wiederum einige grundlegende Referate zu Veröffentlichung überlassen haben, um sie somit einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. *Freiherr von Lepel* untersucht den Begriff der präemptiven Selbstverteidigung, der in der Verteidigungsdoktrin der Regierung der USA neuerdings eine herausgehobene Bedeutung bekommen hat. Ergänzt werden diese Ausführungen durch eine Darstellung von *Volker Kröning* MdB unter dem Titel „Prävention oder Präemption?“, die er in den Defense News vom 31. März 2003 veröffentlicht hat. Wir bedanken uns bei ihm für die Erlaubnis, diese Stellungnahme in deutscher Sprache veröffentlichen zu dürfen.

Mit den Artikeln von *Hans-Gerd Angel* und *Bernard J. Dougherty* drucken wir zwei weitere Vorträge ab, die in Bad Teinach gehalten wurden und dort eine rege Diskussion provozierten. Wer sich ein Gesamtbild über die Tagung verschaffen will, den verweisen wir auf den ausführlichen Konferenzbericht von *Mareile Lettau* und *Frauke Weber* in der „Panorama“-Rubrik dieser Zeitschrift.

Der aktuelle Fall wurde von *Markus Rau* bearbeitet und befasst sich mit der schlagzeilenträchtigen Entscheidung der belgischen Rechtspflege im Fall *Sharon*. Die üblichen Rubriken enthalten *wiederum* Konferenzberichte und Rezensionen.

Last but not least erlaubt sich die Redaktion erneut den Hinweis, dass alle Beiträge in den „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“ die Meinungen der Autoren reflektieren. Die Redaktion identifiziert sich nicht notwendigerweise mit deren Positionen.

Die Redaktion

The International Committee of the Red Cross and International Humanitarian Law

David P. Forsythe*

“No century [compared to the twentieth century] has had better norms and worse realities.” Rieff, R., *A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis*, Simon and Schuster, New York, 2002, p. 70.

Apparently the phrase “international humanitarian law” (IHL) was first used by the International Committee of the Red Cross (ICRC) in 1953.¹ In this article I will first show that there remains lack of clarity about the precise scope of IHL. Then I will show that there is often confusion about its relation to international human rights law (HRL). Finally I will show that in relation to IHL the ICRC, which is the guardian of this law, exercises three roles by whatever name: helping to develop the law, helping to disseminate the principles and rules of the law, and helping to apply the law. The central point of this essay is not to provide a legal commentary on the specifics of IHL, but rather to discuss its practical relevance to victims of conflicts through the efforts of the ICRC.

A theme running throughout this article is that one can overemphasize IHL as a technical legal subject compared to humanitarian diplomacy. Just as some authors, including some law professors, believe that much attention to human rights has become legalistic, with too much attention to legal technicalities,² so I believe that that much attention to humanitarian affairs has become legalistic. There is too much attention to the abstract logic of precise legal wording, and not enough accurate attention to the realities of humanitarian protection in the field. Up until about 1993, there were very few international or national court cases judicially specifying the details of IHL. That law was applied, to the extent that it was applied, mostly through the soft law process of diplomacy and military training rather than through the hard law process of court adjudication. When ICRC representatives in Sierra Leone or Liberia faced child soldiers on drugs armed with automatic weapons, the details of IHL were about as relevant as theoretical physics. It is well to recall that in Somalia in the early 1990s “[v]irtually no one with a weapon had heard of the Geneva Conventions [...]”³

Without doubt IHL is important to the ICRC. Certainly it is sometimes useful for the ICRC to be able to point to IHL and say to a belligerent that the international community has approved this or that norm to regulate the process of war. Thus IHL gives the ICRC a legal basis from which to make requests to protagonists in armed conflicts. In some cases a legal argument may be helpful. But in many cases IHL is no more than a vague background factor that, while contributing to the legitimacy of ICRC humanitarian endeavors in certain circles, does not come remotely close to guaranteeing success to ICRC efforts in the field.

For the most part, absent IHL the ICRC would continue to do most of what it is doing, and in the same way. For all of the legal profession’s emphasis on IHL, the ICRC remains basically a pragmatic humanitarian actor relying mostly on moral rather than legal approaches to protecting those victimized by conflicts. It is ironic but true that the ICRC helps develop IHL primarily for others. In much of its own field work it stresses pragmatic and relative accomplishments, certainly not rigorous legal justice.

Moreover, reference to IHL can sometimes actually defeat what the Agency is trying to accomplish, since authorities may deny the ICRC access to victims in order to prioritize claims to state sovereignty. Often the ICRC has to promise not to mention IHL, in order to gain access to persons of concern. Furthermore, much ICRC activity occurs in situations of domestic troubles or tensions or what the United Nations sometimes calls complex emergencies. These situations are not covered, or not clearly covered, by IHL. In short, IHL is important but not as important as most law professors suggest.⁴

We would do well at the outset of this chapter to remember the famous commentary by the distinguished British legal expert Hersch Lauterpacht: “if international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of interna-

* David P. Forsythe is Charles J. Mach Distinguished Professor of Political Science at the University of Nebraska, United States of America. This article is drawn from a book project now in progress, the working title of which is *The Humanitarians: the International Committee of the Red Cross*. Among those who commented on earlier drafts, I am especially grateful to Bill Schabas and Mutuma Ruteere.

¹ Schindler, D., “Significance of the Geneva Conventions for the contemporary world,” (1999) 836 *International Review of the Red Cross* 715–729, note 4.

² An-Na’im, A. A., “The Legal Protection of Human Rights in Africa: How to do More with Less,” in Sarat, A. & Kearns, T.R. (eds.), *Human Rights: Concepts, Contests, Contingencies*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2001. See also Rieff, *supra*, p. 282: the Western human rights movement relies on an “essentially legalistic framework [...]”

³ Leaning, J., “When the System Doesn’t Work: Somalia 1992,” in Cahill, K. M., (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, Basic Books, New York, 1993, p. 112.

⁴ The term “complex emergencies” came into use at the UN precisely to allow international action to go forward while bypassing discussion of whether IHL applied. Some governments, faced with instability perhaps combined with natural disaster, agreed to cooperation with international action as long as no reference was made to unpleasant things – such as a possible armed conflict. For example, admission of internal armed conflict indicated loss of control of part of the country’s territory, and/or recognition of a certain success by opponents. States, having negotiated IHL, found wisdom in bypassing its formal application. A rigorously legal approach to international relations is not always a good thing. Diplomatic flexibility has its progressive role to play.

tional law.”⁵ To the extent that this commentary remains accurate, IHL – comprising the bulk of the law of war – constitutes a weak reed on which to lean.

1. International Humanitarian Law: Boundaries

1.1. Some History

More distant history records instances of rules for the limitation of war in the name of humanity. These trace back thousands of years and derive from various cultures. Without doubt, however, more modern western history gave a push to the laws of war. Winston Churchill, for example, held that Joan of Arc when captured in 1430 benefited for a time from European traditions for “warring aristocrats” that made her a prisoner of war.⁶ To the argument that all such limitations in the west were nothing more than a passé European chivalry, Michael Walzer has a thoughtful answer: “In any case, the death of chivalry is not the end of moral judgment [...] war is still, somehow, a rule-governed activity, a world of permissions and prohibitions – a moral world, therefore in the midst of hell.”⁷

Such rules received renewed attention in the middle of the Nineteenth Century through such events as the 1864 Geneva Convention in Europe and the promulgation of the Lieber Code in the American Civil War of 1861-1865. Since this era the ICRC has been recognized by the international community as the non-governmental guardian of the core of these legal developments designed to reduce the realm of military permissiveness and to increase humanitarian space in the midst of war.

It might be argued that at least for a time the Swiss Confederation was the closest thing to being a guardian in the public domain, as the state that calls diplomatic conferences related to IHL and that serves as the depository for at least some of this body of law. According to the 1949 Geneva Conventions (GCs), states that are parties to IHL have the obligation to “respect and ensure respect” for that law. This wording suggests that virtually all modern states have become guardians of IHL, since almost all states have formally accepted the 1949 law. This line of thought clearly constitutes a legalistic argument. Rare is the state that out of genuine humanitarian concern is willing to inconvenience its own narrow interests in order to push for the proper implementation of IHL. There is also reason to argue that now the United Nations Security Council and various international courts have ultimate responsibility to ensure the enforcement of the law. We discuss various enforcement matters below.

1.2. Core Conception of International Humanitarian Law

Strangely enough, beyond a general definition of IHL no one is perfectly sure what precisely is the body of law contained under this label. Certainly its core consists of the ten treaties developed under the aegis of the ICRC (and the Swiss Confederation) intended to benefit victims of war: the Geneva Conventions for the Protection of Victims of War of 1864, 1906, 1929 (two treaties), 1949 (four treaties), and 1977 (two protocols to the 1949 law). Historically the humanitarian sub-

ject matter of these legal instruments up through 1949 pertained primarily to victims: first sick and wounded combatants, then prisoners of war and other types of detained combatants, and eventually civilians under the effects or control of an adversary. A central idea in this modern law is to denote the neutrality of medical personnel and facilities to treat the sick and wounded, and equally so to denote the neutrality of the ICRC and other humanitarian actors for several tasks including visits to various types of detainees, provision of humanitarian relief, and tracing of missing persons. A second central idea pertains to the distinction between active combatants (permissible targets of military attack) and civilians and their essential goods (impermissible targets). A third central idea is that even combatants are entitled to a humanitarian quarantine when they are *hors de combat*.

Presumably there is comparable customary international law to go with this treaty or conventional law applicable to the same subject matter jurisdiction – victims of war. But no one is absolutely sure of the full dimensions and contents of international customary law for victims of war. This is not the place for a long discourse on international customary law and its ambiguities. At the time of writing the ICRC, at the request of state parties to the GCs, was completing a study on IHL and customary law. This study will surely lead to debate, especially among states, as to which relevant practices and non-treaty principles and rules have passed into binding legal status.⁸

1.3. Geneva and Hague Traditions

The ICRC itself has tried to broaden the scope of IHL by including under that label various treaties dealing with the means and methods of combat. Thus in addition to “Red Cross Law” or “Geneva Law” made up at least of the ten aforementioned treaties focusing on victims, the Agency has in effect said that the “Hague Law” dealing with means and methods is now part of IHL. Thus the ICRC considers such documents as the 1925 treaty against poisonous and asphyxiating gases and the 1997 Ottawa treaty banning anti-personnel land mines, *inter alia*, to be part of IHL. In this accounting, then, IHL is made up of at least twenty-one treaties – and related if ambiguous international customary law.⁹

⁵ Quoted in Cassese, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 325.

⁶ *Churchill's History of the English-Speaking Peoples*, arranged for one volume by Steele Commanger, H., Barnes and Noble, New York, 1955, 1957, p. 98.

⁷ Walzer, M., *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York, 1977, pp. 35–36.

⁸ See further Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford, 1972. The International Court of Justice declared in *Nicaragua v. the United States* (1986) that GC Common Article 3 was also a statement of customary international law, so even the distinction between treaty and customary law is a complex matter.

⁹ ICRC, “What treaties make up international humanitarian law?,” 1999, ICRC homepage, the internet, humanitarian law, humanitarian law in brief. <<http://www.icrc.org>>. Note that certain parts of the Convention on the Rights of the Child, for example Article 40 or the protocol pertaining to a minimum age for combatants in armed conflict, could be logically considered part of IHL. As a legal nitpick, one can note that the Swiss Confederation is not the depository for Hague Law treaties, only for Geneva Law treaties. Does this mean that the Hague Law is not really part of IHL? Does it really matter?

If the Geneva tradition of law, focusing on victims, which was developed via treaties thus far between 1864 and 1977, is the core of IHL, then the Hague tradition, focusing on means and methods, which was developed via treaties thus far between 1899 and 1997, is an important adoption. Given that the Hague tradition has no modern guardian, or lost its guardian with the demise of the Russian Tzars, then it was logical for the ICRC to take over sponsorship of the Hague Law. After all, when limiting means and methods of combat, victims benefit, just as if new rules had been written into Geneva Law.¹⁰ This is why, from 1918, the ICRC at least episodically spoke out against the use of poison gas in war. The merger of the Geneva and Hague traditions can be seen in the 1977 Additional Protocols to the 1949 GCs, since the Protocols contain provisions on means and methods of combat as well as on direct protection of victims through norms pertaining to medical aid, detention visits, and civilian nutrition, *inter alia*.

1.4. Nuremberg Tradition of Individual Responsibility

In the 1990s, building on the Nuremberg and Tokyo war crimes trials of the 1940s, the UN Security Council created two *ad hoc* international criminal tribunals to prosecute individuals for war crimes, crimes against humanity, and genocide arising out of events in the former Yugoslavia from 1991 and in Rwanda during 1994. In 1998 a Diplomatic Conference meeting in Rome adopted the Statute of the International Criminal Court (ICC), which came into legal existence on July 1, 2002. The ICC also hears the same three types of cases against individuals as the two *Ad Hoc* Tribunals.¹¹ Some commentators, including some legal experts, refer to this evolution regarding individual responsibility for international crimes as part of IHL. This is not quite correct.

In so far as crimes against humanity and genocide can occur outside of situations of armed conflict, then norms prohibiting such behavior are not part of IHL. It should be clear by now that IHL, in either its narrow (Geneva) or broad (Geneva plus Hague) conceptions, refers to that part of the laws of war (armed conflict) with a humanitarian orientation – viz., designed to limit military necessity in war for the benefit of human dignity. Thus IHL comprises that considerable part of the laws of war designed to protect humanity in the midst of war, leaving aside other parts of the laws of war designed to promote, for example, the commerce of neutral states. The full law of war is slightly broader than IHL.

To the extent that, for example, a crime against humanity consisting of systematic torture against a major part of the civilian population could take place apart from a situation of international or internal war, then one would be faced with a crime against humanity not regulated by IHL. One can perhaps think of Chile under the dictatorship of Augusto Pinochet to see an example of an alleged crime against humanity apart from armed conflict. There appeared to be a systematic attack by the government on a substantial part of the Chilean population, through pervasive torture and forced disappearances, *inter alia*, but certainly most states and other authoritative voices in international relations did not regard the situation as one of armed conflict.¹²

Not to get lost in legal hair splitting, it remains central that IHL pertains to legal norms designed to protect humanity in armed conflict (war). On the other hand, there may be gross violations of human rights in “peace,” including some forms of crimes against humanity and perhaps some situations of genocide. This should become clearer below.

2. IHL and Human Rights Law

2.1. Some History

IHL is distinct from, and much older than, international human rights law (HRL). Whereas modern IHL dates from the mid-1860s, most of HRL dates from the 1940s and thereafter. The international bill of human rights is generally considered to consist of the human rights provisions of the UN Charter (1945), the Universal Declaration of Human Rights (1948), and the two core International Covenants (1966) – one covering civil and political rights, and the other covering economic, social, and cultural rights. Parts of HRL broadly defined may encompass a few legal documents dating from before 1945 – e.g., certain treaties on labor rights developed via the International Labor Organization (ILO) which came into existence after World War One, and certain provisions pertaining to legal aliens. The fact remains that international legal efforts to protect the dignity of persons are manifested primarily in two different legislative histories and two different bodies of law – IHL and HRL.

IHL did not originally – and still does not to any great extent – use the language of human rights. IHL mostly employs the language of state obligations and duties regarding victims and medical matters. This was partly because of the social and philosophical origins of the ICRC. This foundation was rooted in Christian charity and the Swiss bourgeois variation of *noblesse oblige* – however much today such notions originating with European upper classes may suggest (at least to some persons) paternalism and racism and class thinking. Moreover, the traditional discourse of international relations and international law was based on the assumption that only states were legal subjects of the law. Only states were said to have full legal personality or legal subjectivity. Individuals and groups of individuals were thought to be passive objects that might be affected by public actors and public law, but individuals presumably had no *rights* in the international public domain. The clear fact was that while international relations was characterized by various moral concerns and

¹⁰ See further, Bugnion, F., “Droit de Genève and droit de La Haye,” (2001) 844 *International Review of the Red Cross* 901–922. The distinction between the Geneva and Hague traditions of law was never clearly delineated. Some of the Hague Conventions dealt with prisoners of war, and were thus victim focused.

¹¹ The ICC will hear cases dealing with individual responsibility for aggression when that concept is properly specified in international law.

¹² Argentina under military rule might be an even better example. If the Pinochet regime killed 6,000 civilians, the Argentine junta may have killed 30,000. For the ICRC, it may have been the case that the Argentine junta, seeing the work of the Agency in Chile, resorted to the then new process of making persons “disappear.” By not accepting responsibility for persons in detention, by claiming no knowledge, the junta made it more difficult for the ICRC to provide minimal humanitarian protection. Unhappily, ICRC diligence in Chile may have encouraged new forms of brutal repression in Argentina.

movements, the language of human rights was mostly absent until 1945.¹³ IHL clearly reflected these assumptions from 1864 through at least 1929 (the date of the GC on prisoners of war).

It may be that with the establishment of the United Nations organization in 1945, and its subsequent attention to human rights especially in the remainder of the 1940s, that IHL began to take on more connotations of human rights in armed conflict rather than just state duties to observe certain restraints for the benefit of passive victims.¹⁴ If so, this was despite the explicit decision by states in 1949 at the diplomatic conference on IHL *not* to situate the 1949 GCs in the human rights discourse. If so, the linkage between IHL and HRL remained very weak until at least 1968. Until then, the dominant pattern was that the UN, especially through the Security Council, but also through other bodies such as the International Law Commission and Human Rights Commission, paid scant attention to IHL. The development, dissemination, and application of the law were largely left outside the UN for the first twenty-five years of the organization. This meant that the ICRC, the Red Cross Movement, and the Swiss Confederation retained their traditional centrality regarding IHL.¹⁵ And the semantics of IHL remained focused more on state obligations than the personal rights of victims.¹⁶

Things changed somewhat in 1968 when the UN Conference on Human Rights, meeting in Teheran, Iran, and then the UN General Assembly called for further attention to “human rights in armed conflict.” We pursue this historical evolution below. Here it is well to outline further the key relationships between IHL and HRL as it exists at the time of writing.

2.2. International Humanitarian Law and Human Rights Law in Armed Conflicts

The existence of two legislative histories and two bodies of law concerned with human dignity in global context has contributed to full employment for law professors and ample studies by their students. The relationship between the two bodies of law does have some practical significance for the ICRC, as well as for courts on occasion. To what international legal norms may the ICRC properly appeal when acting in international war, internal war, or other conflicts such as various forms of domestic unrest or instability or trouble? To what extent do human rights advocates need to be familiar with IHL? What international norms should inform courts in these same situations?

To begin, one can say that HRL creates norms to protect human dignity in general. These norms pertain both to situations of normality and to exceptional situations called national emergencies. However, if we take several of the major treaties on international human rights,¹⁷ they are written so that states may derogate from their obligations to protect most human rights in national emergencies threatening the life of the nation, at least to the extent required by the situation. This means that states are not free to automatically derogate from applicable HRL rules, but if the “life of the nation” requires

derogation it is legally permissible, subject to a hard core of HRL rules that is inviolable. If, as often stated, the first casualty of war is truth, the violation of many human rights cannot be far behind. HRL reflects this ugly fact by allowing states to derogate from their commitments to protect most human rights in exceptional conflict situations.

War (armed conflict) falls within the concept of national emergency. Under the HRL of national emergencies, only a few human rights remain inviolable or non-derogable: the right to life, the right to freedom from torture and other degrading or humiliating mistreatment, freedom from slavery, the right to a nationality, freedom from forced disappearance or the positive right to be a legal person, freedom from discrimination, freedom from imprisonment for debt, freedom of thought and religion, and the right to freedom from *ex post facto* legal charges.¹⁸

For those national emergencies comprising armed conflict, IHL sometimes supplements and specifies these general human rights norms that are inviolable. But we will eventually have to deal with the legal fact that IHL delineates at least four types of armed conflict.

The inviolable principles from HRL remain valid in war, since war is a type of national emergency, providing a foundation for more detailed provisions in IHL. For example, HRL prohibits torture and mistreatment always, and IHL specifies the meaning of this for different types of detainees in war. Thus the 3rd GC of 1949, and relevant parts of Protocol I from 1977, supplement and specify the right to life and freedom from torture and mistreatment for prisoners of war detained in international armed conflict. In other words, IHL overlaps with and builds upon HRL. There is no real conflict between the two bodies of law in this case.

¹³ Burgers, H., “The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century,” (1992) 14.4 Human Rights Quarterly 447–477. Western liberal democracies like the United States and France used the language of human rights in their domestic affairs from the late Eighteenth Century, at least in the form of “the rights of man.” But they did not institutionalize that thinking and discourse in international relations until the 1940s.

¹⁴ See further Meron, T., “The Humanization of Humanitarian Law,” (2000) 94.2 American Journal of International Law 239–278. See also Schindler, D., *supra* note 1, p. 716; and Cassese, A., *supra* note 5, p. 330.

¹⁵ Red Cross actors did not obtain the same saliency in the UN Charter that they had enjoyed in the League Covenant, such was the growing criticism of “the Red Cross” after the Second World War.

¹⁶ The ICRC is slowly changing its semantics. With regard to missing persons from the 1991 armed conflict over control of Kuwait, the ICRC now states that relatives have a right to know the fate of missing loved ones.

¹⁷ See especially International Covenant on Civil and Political Rights, Article 4.

¹⁸ As with much of international law, which remains underdeveloped in many respects, there is debate about exactly which rights comprise the hard core of non-derogable rights. See further General Comment Number 29 by the UN Human Rights Committee, especially paragraph 7, adopted in 2001. See also paragraph 9, which stipulates that states cannot use the notion of national emergency to breach IHL in armed conflicts. See further Doswald-Beck, L. & Vité, S., “International Humanitarian Law and Human Rights Law,” (1993) 293 International Review of the Red Cross 94–119. See also Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Training Manual on Human Rights Monitoring*, United Nations, Geneva, no date, especially chapter three.

In national emergencies comprising armed conflict, sometimes IHL replaces what HRL allows to be suspended – at least from one point of view. Take the example of the HRL norm (International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Article 11) mandating that states must provide adequate nutrition for citizens. Arguably this norm can be avoided by states in national emergencies. Article 11 is not part of the inviolable and hard core of HRL.¹⁹ But in armed conflict, IHL prohibits starvation as an act of war and requires that nutritional relief be provided to the civilian population.²⁰ Goods essential to the civilian population must also be protected. (IHL does not stipulate exactly who is to provide such relief, only that states have a duty to see that it is provided.) Thus what HRL may allow to be taken away in national emergencies, IHL requires to be provided in war. Under HRL it is at least arguable that states may if necessary suspend the obligation to provide adequate nutrition, but because of IHL states are not free to allow civilians to starve in war. In this case, there may be differences in the two bodies of law, but IHL remains clear as to what is required in armed conflict.

2.3. National Emergency Short of War

To national emergencies not comprising armed conflict, but rather constituting unrest, riots, rebellions, uprisings, and other domestic troubles and tensions falling short of war, IHL does not legally pertain. In so far as a given state declares such instability to be a national emergency, the bulk of HRL may not apply either if the security situation requires reasonable derogation. This leaves only the inviolable core of HRL as legally applicable. The ICRC may indeed make reference to this part of HRL in its various overtures to controlling authorities.²¹ It can also appeal to the basic principles of IHL even though states are not legally obligated to follow them in non-war situations. The ICRC can also appeal to its own traditions – viz., its basic humanitarian concerns regardless of the legal label an authority may attach to a situation.

ICRC traditional activity in conflicts of various types has been endorsed both by the resolutions of Red Cross Conferences and by the Statutes of the Movement, for which states as well as other delegations have voted. In theory then these decisions by the Red Cross Movement give the ICRC a normative or permissive base for its activities even where states argue that no armed conflict exists. Whether this reference to Movement decisions is used by the ICRC in its field work, or makes any difference to parties in conflict, is another matter.

There is thus a type of conflict – all too prevalent – that is covered neither by IHL nor by the bulk of HRL. In these situations of national troubles or unrest or instability falling short of war, the history of ICRC operations is especially important. That history, reflecting fundamental moral concern for the fate of victims of conflict, allows a humanitarian initiative that skirts legal complexity and debate. Simply put, the ICRC can – and often does – approach an authority by saying that it does not care about legal labels or rules; it just wants to carry out its traditional activities. IHL is not always relevant – or even helpful – in efforts to protect human dignity. Reference to IHL can impede humanitarian efforts, by causing

governments to elevate considerations of status and power over humanitarianism. It remains true, however, that the values reflected in ICRC diplomacy are the same as the fundamental principles of IHL. If the Agency has its way, the victim of war other conflicts will be just as protected through its pragmatic diplomacy as through formal reference to IHL.

It is a fact that protagonists in conflict often see IHL and also HRL as an impediment to their struggles for power. In 1954 France, in dealing with Algeria, initially said that Paris was not involved in an armed conflict, and thus that IHL did not apply. Later it agreed that it faced an internal conflict or Common Article 3 situation. While under that 1949 article common to the four GCs ICRC detention visits are not mandated, those visits occurred. Britain, in dealing with Northern Ireland throughout those persistent “troubles,” said that London was not faced with an internal armed conflict, and thus that neither Common Article Three from 1949 nor Protocol II from 1977 applied. Both of these states, however, allowed the ICRC to carry out detention visits on the basis of its traditional concerns, as long as the Agency did not insist on legally characterizing the conflict in a way disliked by the state.

States, like the Philippines under Ferdinand Marcos, or Egypt under all of its modern pharaohs up to and including Hosni Mubarak, will declare national emergencies, particularly in the form of martial or exceptional law, in order to suspend both the application of much HRL and also their own domestic law, while maintaining that an armed conflict does not exist.

2.4. Complexity about Types of Conflicts

We should not underestimate how much state self-interest, rather than humanitarian concern, has driven the form and controlling interpretation of IHL. States have historically insisted on a complicated IHL involving an unclear distinction between international and internal armed conflict, and an equally unclear distinction between internal armed conflict

¹⁹ See again General Comment Number 29, cited above, by the UN Human Rights Committee. The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights is not structured the same way as its companion Convention on Civil and Political Rights. There is no Article 4 in the former pertaining to derogation. The economic, social, and cultural rights contained in the former treaty are presented in a conditional way, being made subject to the ability of the state to implement them, and thus they are not always considered part of the hard core of non-derogable rights. No derogation clause is logically necessary, given the way the treaty is worded. But note General Comment No. 5 of the UN Human Rights Committee: the right to life may have a socio-economic dimension that encompasses the right to food. Hence under this line of thought, not widely appreciated yet, freedom from starvation during all forms of national emergency may indeed be part of the non-derogable norms of HRL.

²⁰ See the exceptionally clear analysis in Pelic, J., “The right to food in situations of armed conflict: the legal framework,” (2001) 844 *International Review of the Red Cross* 1097–1110.

²¹ There are other human rights documents to which the ICRC makes occasional reference. For example, there are international documents pertaining to treatment of detainees. These documents do not specify whether they apply in peace or war, national emergency or otherwise. Particularly in “domestic troubles” not covered by IHL, the ICRC may find these documents useful. See further Momtaz, D., “The minimum humanitarian rules applicable in periods of internal tension and strife,” (1998) 324 *International Review of the Red Cross* 455–462.

and domestic unrest.²² What is even worse, in IHL we now have, since 1977, two types of international war and at least two types of internal war. As for international war, we have a traditional international armed conflict (not defined in the treaty law but only by amorphous state practice) and a war of national liberation. As for internal war, we have a Common Article 3 situation, and a Protocol II situation.²³ All of this indicates that in IHL, states have often elevated their various non-humanitarian interests over concern for victims of conflicts. They have emphasized national freedom of decision-making, avoidance of bothersome rules that might apply to them, and advocacy of rules that would limit adversaries. In other words, if IHL reflects a synthesis between military necessity (or, one might say, nationalistic preference) and humanitarianism, the resulting synthesis is tilted very far toward the former set of values.

If we look at the 1949 GCs, we find that most of the norms are for traditional international war, with only Common Article 3 applicable in internal wars. If we look at IHL by 1977, we see that Protocol I supplements and develops IHL for international war, adding wars of national liberation to that category of armed conflict. And we see that Protocol II supplements and develops Common Article 3. But Protocol II has a different, more restricted, material field of application than Common Article 3.

Much of this complexity does not have to exist. In the best of all worlds, any time a state had to use its military forces to deal with a conflict, the full corpus of a revised and simplified IHL would be applicable. Such an approach would eliminate much debate about the difference between international and internal war, or between internal war and other forms of domestic violence. But states try not to permit such simplicity. It would aid victims but might interfere with desired security policies. Particularly those states fearing internal war do not want an extensive IHL to apply to that type of situation. Most states want a vague demarcation between domestic troubles and internal war; they want to be able to claim that the former exists rather than the latter, so as to minimize their obligations under IHL.

Consistent with the above, states have historically opposed a centralized and authoritative determination of when and where the various types of armed conflict exist.²⁴ They have historically preferred a decentralized process of determination, based on extensive state sovereignty, which maximizes the opportunity for self-serving interpretations.²⁵ The ICRC reserves the right to give its view on when a particular type of armed conflict may exist. But often it does not articulate that view, fearing that disagreement with a party to the conflict may jeopardize its field operations. The ICRC has given priority to helping persons at the expense of legal opinion.

2.5. Summing Up

Especially since 1977 a very complicated IHL, organized according to two types of international war and at least two types of internal war, supplements a few basic principles from HRL in providing a legal framework for the protection of

human dignity in armed conflict.²⁶ Walzer is correct: war remains a rule governed activity. All modern military establishments accept this legal reality in principle. It is only uninformed civilians who still try to argue that in war law is silent. On the other hand, while law in war may not be silent, at least legally speaking, it may only be a whisper in actual combat. We have clear if complicated legal theory regulating war, and then we have the reality of much unchecked violence. We have the law on the books, and we have the weak law in action.

The fundamental point of the moment remains that IHL and HRL are distinct but related. In some ways they are complementary and not particularly troublesome. Sometimes IHL specifies for armed conflict the meaning of the inviolable principles of HRL – e.g. pertaining to treatment of detainees. Sometimes IHL provides in armed conflict for what otherwise might not be legally required by HRL – e.g., pertaining to nutrition for civilians. And not sometimes but always the national emergency known as domestic unrest manifests minimal international legal regulation for this type of conflict. It is a situation to which only the few hard-core principles of

²² I do not agree with the view that IHL was clear and logical until 1977, and only after that date did IHL become horribly complex. Even in the Spanish civil war, the participation of outside states like Germany, Italy, and the Soviet Union raised question as to whether this was an international or internal war. All armed conflict over de-colonization raised the same question. In Vietnam after 1954, the same question arose, for which there was no clear answer. Richard J. Goldstone, the first prosecutor for the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, regarded the structure of modern IHL, with its various distinctions, as unworkable. He was pleased when that Tribunal blurred the difference between international and internal armed conflict, but unhappy when the Rome statute of the International Criminal Court reinforced those distinctions. Goldstone, R., *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*, Yale University Press, New Haven, 2000, especially at p. 124.

²³ A Common Article 3 conflict is not precisely the same as a Protocol II conflict. In other words, some states might be obligated to apply both Common Article 3 and Protocol II when dealing with an internal war, whereas another state might only have to apply Common Article 3 – which is shorter and more vague than Protocol II. The difference has to do with the material field of application of Protocol II, which sets various conditions that presumably trigger the application of that instrument, and which are different and more demanding than found in Common Article 3. All of this results from the priority that states in a diplomatic conference give to strategic considerations rather than to an overriding concern for a simplified and more effective IHL benefiting victims. Note that the Rome Statute of the International Criminal Court, in Article 8(2)[f] mentions an undifferentiated even if protracted “internal armed conflict.” It seems to me this wording implicitly refers to the two types of internal war found in IHL, but it might refer to a third type.

²⁴ Forsythe, D. P., “Who Guards the Guardians: Third Parties and the Law of Armed Conflict,” (1976) 70.1 *American Journal of International Law* 41-61.

²⁵ What states have created through diplomatic conferences, the UN *Ad Hoc* Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTFY) has partially altered. In several cases the ICTFY has applied norms for international armed conflict, bypassing claims that the situation – for example in Bosnia during 1992-1995, was an internal rather than international armed conflict. Notably, the ICTFY decreed that grave breaches of the 1949 GCs, involving individual responsibility and thus prosecution, can occur in internal as well as international war. This is not what the 1949 and 1977 law indicates. This particular development has been codified in the 1998 Rome Statute of the ICC. Certain UN resolutions have also referred to IHL without distinction between international and internal war. See further Schindler, *supra* note 1.

²⁶ See further Sommaruga, C., “Humanitarian law and human rights in the legal arsenal of the ICRC,” ICRC homepage, <<http://www.icrc.org>>, 16 March 1995; and ICRC, “Human rights and the ICRC: International Humanitarian Law, ICRC homepage, <<http://www.icrc.org>>, 1 December 1993.

HRL legally apply. But ICRC traditions of action help to provide a humanitarian supplement to this thin legal framework.

It cannot be stressed too much that frequently humanitarian wisdom for the ICRC lies in bypassing the IHL that it has helped develop. This policy choice stems from dominant state influence on IHL, both in its development and application, regardless of ICRC desires. States often make and interpret IHL with a view to their power and prestige, not the well-being of victims. IHL is not the panacea that some law professors suggest. For many victims, ICRC a-legal diplomacy in action can often be more important than the law on the books.

3. The ICRC and Development of International Humanitarian Law

A book was published in the year 2000 making much of the fact that Amnesty International (AI) not only tried to help individual “prisoners of conscience” in various ways but also tried to help develop HRL so that AI’s concern for detainees would be systematic and broad reaching.²⁷ The founders of the ICRC came to precisely this same conclusion right away in 1863-1864 concerning humanitarian affairs. It sought to build on what Henry Dunant had done at Solferino by lobbying for what became the 1864 GC for sick and wounded combatants. So the ICRC has been trying to promote the development of IHL from its very beginnings. The reasons are obvious. If one can get approved a legal framework for humanitarian protection, then such protection will presumably be more systematic and broad-reaching than otherwise. The central logic is to transfer the basic humanitarian obligation from private parties to public authorities. The logic is impeccable, if we assume that IHL does indeed reflect humanitarian values more than *raisons d’etat*, and if the law manifests effective means of enforcement.

Historically the ICRC was at the center of the development of IHL. A legislative system was established over time. Based on its experiences and observations, the Agency drafted legal texts that were first submitted to Red Cross bodies for comment, than to governmental experts. Finally it participated as an observer in diplomatic conferences called by the Swiss Confederation that made final decisions about the revised draft texts.

The ICRC maintains a stable of international lawyers whose job it is, in part, to constantly produce reports and other documents, including draft treaties about every quarter century, with a view to the further progressive development of IHL. IHL is always one war late, in that states can only bring themselves to develop this branch of international law when they reflect on the horrors of the last war. As the head of the U.S. delegation to the Geneva diplomatic conference of the mid-1970s later wrote, “After each major war, the survivors negotiate rules for the next war that they would, in retrospect, like to have seen in force during the last war.”²⁸ Walzer has also well captured the dynamic at work: “War is so awful that it makes us cynical about the possibility of restraint, and then it is so much worse that it makes us indignant at the absence of restraint. Our cynicism testifies to the defectiveness of

the war convention, and our indignation to its reality and strength.”²⁹

There frequently remains at the Geneva headquarters some tension between the legal side of the house and the operations side. This split also occurs at the UNHCR. Those in the “operations culture” are, relatively speaking, more interested in pragmatic action to aid victims than in whether such action can be rationalized in terms of legal rules. In 1999 the ICRC Director of Operations, Jean-Daniel Tauxe, wrote that he doubted that a legal approach could benefit the Agency very much in prevalent internal wars, since various fighting parties in such situations were undisciplined and either motivated by economic interests or intentionally targeted civilians. In these situations, he stressed a pragmatic and ethical approach, not a legal approach.³⁰ At the time of writing the ICRC Director-General, Andrew Gnaediger, head of the Directorate, was a lawyer with considerable field experience, thus bridging somewhat the legal-operations divide.

3.1. States and the ICRC in Diplomatic Conferences

In the Geneva diplomatic conferences for IHL, the ICRC has not played the role of an outspoken lobbyist or hard-driving pressure group. The Agency was more the expert drafting secretariat, with an obvious preference for humane values compared to *raisons d’etat*, than the vociferous advocate prepared to publicly duel states to the final day of a diplomatic conference. As ever, the ICRC did not relish public disagreements with states.³¹

For example, in the 1930s the ICRC, having seen the effects of warfare on civilians particularly in Ethiopia and Spain, tried to advance a new convention for the protection of civilians. Governmental opposition to this project, particularly as indicated in Red Cross meetings, caused the Agency to shelve the project until 1949 – to the great misfortune of civilians during the Second World War. The ICRC was clearly ahead of the curve regarding the need for civilian protection, but it was states that controlled the codification of IHL. For example, once again in 1957 the ICRC tried to advance some new legal rules for the benefit of the civilian population in war. But after the meeting of the International Red Cross Conference in New Delhi, it was clear that governments were not prepared to endorse additional restrictions on their security policies, particularly their bombing policies. So ICRC efforts to further develop IHL had to await the 1974–1977 diplomatic conference.

²⁷ Clark, A. M., *Diplomacy of Conscience*, Princeton University Press, Princeton, 2000.

²⁸ Aldrich, G. H., “Some Reflections on the origins of the 1977 Geneva Protocols,” in Swinarski, C., (ed.), *Studies and Essays on international humanitarian law and Red Cross Principles*, Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 129.

²⁹ Walzer, *supra* note 7, p. 46.

³⁰ Tauxe, J.-D., “Faire mieux accepter le Comité international de la Croix-Rouge sur le terrain,” (1999) 833 *International Review of the Red Cross* 55–61.

³¹ See Willemin, G. & Heacock, R., *The International Committee of the Red Cross*, Martinus Nijhoff, Boston, 1984, p. 112. “The Committee is convinced by experience that there is no point in publicly challenging States [...]” The authors were/are ICRC staff.

It was not the ICRC or the Swiss Confederation that really wanted that conference. Third world or developing states or states of the global south, many of which had not been legally independent in 1949, had long resented being bound by an IHL that they had not influenced. Furthermore, they saw an opportunity in the mid-1970s, after an accelerating de-colonization in the 1960s had increased their numbers, to advance their strategic concerns of the moment. These had to do mostly with their perceptions of continuing imperialism, neo-colonialism, and racism. So they, along with the Soviet Union and the communist camp, these latter being interested in creating difficulties for their western protagonists, pushed for further attention to what they called “human rights in armed conflict.”

If one can believe the head of the U.S. delegation to that conference, the U.S. agreed to participate because of a “pervading sense of defensiveness, if not guilt, about the suffering caused by the [Vietnam] war and by aerial warfare in particular [...]”³² For some, U.S. bombing policies in Southeast Asia during especially the 1960s made their contribution to the progressive development of IHL through Protocol I adopted in 1977.

The ICRC could hardly stand aside and refuse to play its historical role for the development of IHL, even if it had good reason to be sceptical about whether the 1970s constituted the right moment to revisit the 1949 GCs.

At that diplomatic conference in the mid-1970s leading to the adoption of the two Additional Protocols, the ICRC was not a factor of the first importance at that stage of proceedings on many articles. On many articles the main battles were fought out between coalitions of states, whose concerns about state sovereignty, Israel and South Africa and Portugal, mercenaries and other subjects, were not decisively affected by the ICRC.³³ In general, the ICRC exerted less influence in the mid-1970s than in 1949, owing to the fact that IHL was no longer so heavily influenced by a western club. Western states in 1949 constituted a much larger proportion of the total attending the Geneva conference for IHL than was true in the mid-1970s.

For example, Pakistan’s acceptance on Protocol II covering some forms of internal armed conflict, and its outspoken endorsement of that document at the final stage, was far more important than the ICRC’s desire for further regulation of internal war. It was Pakistan’s leadership on this issue that brought along a number of states from the lesser developed ranks, and thus made possible the adoption of that Protocol.³⁴ The ICRC had made its quiet contributions at earlier stages of drafting. In fact, much of Protocol II, as it progressed through the Diplomatic Conference, was revised by Canadian and ICRC officials, working together extremely closely.

For example, the Third World’s determination, supported by the Soviet bloc, to word Protocol I so as to encumber primarily Israel and South Africa, and to give additional status to “national liberation movements” made up of Black South Africans and also Palestinians, was far more important to parts of that Protocol, particularly Article One, than anything the ICRC said or did. Many states saw Protocol I, especially

as manifested in Article 1, as basically a weapon in the strategic struggle against racism and imperialism, rather than as a strictly humanitarian document for the benefit of victims of war. To them, Protocol I was a means to require Israel and South Africa to have to apply all of IHL for international armed conflicts, and to recognize opposing combatants as prisoners of war when captured. To them, the legislative game was primarily about power and status, not humanitarianism – certainly not humanitarianism traditionally defined.³⁵ The ICRC could do nothing about this.

Yet on other articles in Protocol I, such as article 44 pertaining to non-combatants, the fingerprints of the ICRC were all over various versions negotiated before and during the conference.

3.2. Declining ICRC Influence?

We noted above in passing that IHL broadly defined seems to be made as much in contemporary times by court cases and UN resolutions as in formal diplomatic conferences. As others have noted, “international humanitarian law has developed faster since the beginning of the atrocities in the former Yugoslavia than in the four-and-a-half decades since the Nuremberg Tribunals and the adoption of the Geneva Conventions of 1949.”³⁶ This may be a very good thing, in that

³² Aldrich, *supra* note 28, p. 132.

³³ I attended all four sessions. Through Red Cross and governmental contacts, I think I had a pretty good idea not only of what transpired on the conference floor, but also of what transpired in backstage bargaining among governments – and in bargaining between conference delegations and their masters back home in foreign offices and military establishments. I was not the only observer who was disappointed in the lack of lobbying by the ICRC at that stage. Even if states had their priorities set on the big, strategic issues, there were many more minor issues, frequently of humanitarian import, on which the ICRC was strangely quiet in the diplomatic conference. The Agency certainly did not risk offending governments by being brazenly brash in stating its preferences. My view of the ICRC in the 1974–1977 diplomatic conference was seconded by the 1975 Tansley Report, (*Final Report: An Agenda for Red Cross*, Henry Dunant Institute, Geneva) which characterized the ICRC approach as one of “conservative legalism” (p. 22). Tansley’s endorsement was not surprising, given that I drafted much of this part of his Report. But at least I convinced Tansley of the correctness of my views. He himself had excellent contacts in several state delegations, especially the Canadian one. So it was not a matter of his blindly relying on my preliminary drafting. Some ICRC “lobbying” did occur, at least in the form of speeches on the conference floor; see Aldrich, *supra* note 28, p. 135. The key point is that the ICRC preferred quiet drafting to more traditional and vocal lobbying. It’s role was indeed one of conservative legalism.

³⁴ See further Forsythe, D. P., “Legal Management of Internal War: the 1977 Protocol on Non-International armed Conflict,” (1978) 72.2 *American Journal of International Law* 272–295.

³⁵ The result of the policies of the Third World and the Soviet bloc was that the definition of international armed conflict was expanded, through Article One of Protocol I, to include wars of national liberation. One could argue that this was good from a humanitarian point of view. More conflicts were fully legally regulated than otherwise. Unfortunately this expansion was achieved at the price of non-ratification by the United States and Israel, *inter alia*, who charged that IHL had become “politicized.” So particularly Protocol I joined the list of treaties that went unratified in Washington, even as the latter argued that the parts of Protocol I approved by the US had entered into customary law.

³⁶ Meron, T. quoted in Scharf, M. P., “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States,” in Sewall, S. B. & Kaysen, C., *The United States and the International Criminal Court*, MD: Rowman and Littlefield Lanham, 2000, p. 219.

progressive development of IHL can occur without states having to give their explicit consent to treaty wording. We noted that the ICTY decreed that individual responsibility for war crimes existed in internal war, not just international war. Had this proposition been put to states in a diplomatic conference in the early 1990s, there is no guarantee they would have approved such wording (although after ICTY rulings, states wrote the principle into the ICC Statute as noted above).

Certainly when we consider customary IHL rather than just treaties, the making of the law depends on a broad array of factors such as state practice, not just ICRC drafting of treaty texts. This has always been the case.

There is another process at work as well that challenges the centrality of the ICRC in legislating IHL. From about 1968 the ICRC has seen other actors display much interest in the development of IHL via treaty law. UN bodies, a wide range of states, private human rights groups, and associations of lawyers have all paid more attention to humanitarian treaties. For purposes of a bold comparison, we can say without reserve that the ICRC was much more important in the development of the 1929 GC on prisoners of war than it was in the development of the 1977 Protocols. Indeed, the way the game is played now, coalitions or networks or movements – made up of states and other actors – push for various developments in international law.³⁷ No private agency like the ICRC has the legal development field for IHL to itself anymore – even in the early stages.

3.3. Example: The Landmine Treaty

If we accept that IHL covers the Hague tradition pertaining to regulation of means and methods of combat, the ICRC has no special historical claim to overseeing the drafting of this part of the law. The 1977 Ottawa treaty on landmines, for example, saw leadership especially by the Canadian government and a broad coalition of “like minded states” and private groups, including the ICRC, not just the ICRC acting alone. The Agency did, however, play a very important role in development of the Ottawa treaty. Hence the reports of its demise in legislating IHL may be quite premature.

The Agency had certainly been concerned and active regarding anti-personnel landmines.³⁸ It was one of the first voices to call attention to the human costs from landmines, since especially many civilians suffered from these indiscriminate weapons long after they were deployed by fighting parties. The Agency unfortunately had much experience with the number of persons in places like Cambodia, Angola, and Afghanistan, *inter alia*, needing prostheses because of the pernicious effects of landmines. All too often the victims were farmers trying to grow crops, women gathering firewood and water, children at play. The ICRC, with its usual keen eye for details, compiled numbers and publicized statistics. It initially pushed the Canadian government to take up the issue.

In the broad campaign to develop the Ottawa treaty, the ICRC

was active and effective in conveying to others its own experience in coping with the victims of landmines. The Agency undertook an unprecedented publicity campaign in behalf of the projected treaty. Along the way it manifested excellent contacts in various military circles, and utilized retired military personnel in its communications and presentations. While it contributed a certain status and expertise to the landmine campaign, it left to other partners in that coalition the explicit and public criticism of particular governments and other fighting parties. It co-ordinated effectively with numerous National Red Cross Societies, and it consulted often with other states and NGOs that supported the emerging treaty. The U.S., opposed to the treaty as drafted, lobbied the ICRC directly to back off from its commitment to a total ban on anti-personnel mines, but the Agency, with President Sommaruga playing a key role, stood firm.³⁹

The general result was that the ICRC was a very important member of the coalition against landmines, finding a role for itself that did not compromise its traditional views on neutrality and cooperation with public authorities, but certainly showing that it should not be excluded from broad legislative efforts. The Ottawa treaty was the result of a broad public and private concern that transcended the ICRC and the Red Cross Movement, but Red Cross actors – especially the ICRC – were centrally involved.

3.4. Example: Israel and “The Emblem”

It was clear in other ways too that the ICRC often still has a special role in legal development that contributed to special influence. At the start of the Twenty-first Century, the ICRC, with President Kellenberger pushing for rapid action, drafted a third protocol to be added to the 1949 GCs dealing with the issue of “the emblem.”⁴⁰ It was a protocol designed, in part, to satisfy Israel, Eritrea, Kazakhstan, and in fact the Red Cross Federation. It would have reduced conflict broadly speaking, and it would have permitted more unity and integration within the often dysfunctional family known as the Red Cross Movement.

³⁷ In general, and with particular reference to implementing rights of personal integrity, see Risse, T., Ropp, S.C. & Sikkink, K., *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. This book is not about developing IHL, but what it says about coalitions in support of human rights fits with trends in the development of IHL. In the same vein see Keck, M. & Sikkink, K., *Activists Beyond Borders: Transnational Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca, 1988.

³⁸ On the important role of the ICRC in the effort to ban land mines, see: Maresca L. & Maslen, S. (eds.), *The Banning of Anti-personnel Landmines: The Legal Contribution of the International Committee of the Red Cross*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Maxwell, C.A., Lawson, R.J. & Tomlin, B.W., (eds.), *To Walk Without Fear: The Global Movement to Ban Landmines*, Oxford University Press, Oxford, 1998; Hubert, D., *The Landmine Ban: A Case Study in Humanitarian Advocacy*, Watson Institute, Occasional Paper Nr. 42, RI: Brown University, Providence, 2000; English, J., “The Ottawa Process: Paths Followed, Paths Ahead,” (1998) 52.2 *Australian Journal of International Affairs* 121.

³⁹ Interviews, Geneva, Washington.

⁴⁰ Bugnion, F., “Vers une solution globale de la question d’emblème,” (2000) 838 *International Review of the Red Cross* 427–465. Bugnion was at the center of legal and diplomatic developments on this question.

The parties mentioned above either used the double emblem of both the Red Cross and Red Crescent, which had no neutral or protective status in public international law, or refused to use either the Red Cross or Red Crescent alone. Thus either the three states mentioned refused to accede to the 1949 GCs and 1977 Additional Protocols altogether (e.g., Eritrea), or they failed to have their designated humanitarian society recognized by the ICRC as part of the Movement and be admitted to membership in the Federation (e.g., Kazakhstan and Israel).

To join the Red Cross network of actors, the official national humanitarian society has to use a symbol approved by IHL as made by states.⁴¹ This is a very good example of the negative effect of tying the Red Cross Movement so tightly to states. So the ICRC, in particular to resolve the hot potato issue of whether there was discrimination against Israel and Magen David Adom (MDA),⁴² drafted new law that would allow states to approve some symbol in addition to the Red Cross and the Red Crescent. Obviously MDA in Israel was not going to use either the Red Cross or the Red Crescent, but rather chose the Red Shield of David or six sided star.

The ICRC, keenly interested in resolving this controversy that had led to accusations of bias against it, consulted with various key governments, and with various Red Cross partners, as well as with the Swiss Confederation, with a view to calling a diplomatic conference that would approve its draft protocol.⁴³ The draft protocol accepts the emblems now in use (the Red Cross, Red Crescent, the double emblem of Red Cross and Red Crescent together, and the Red Shield of David). The protocol also establishes a new emblem consisting of a solid red square turned on one of its points to make a diamond. States and officially recognized humanitarian agencies could use any of these emblems, or combine emblems – such as placing the Red Cross within the Red Diamond. The supporting logic is that the Red Cross and Red Crescent have too much protective value to be abandoned entirely; that other existing emblems such as the Red Shield of David should also be accepted; but that a new symbol devoid of political or religious meaning should also be added to give states and their National Societies the choice of avoiding one of the existing emblems if they so desire.⁴⁴

But the second intifada, or Palestinian uprising against Israeli control of Palestinian territory, interrupted developments. Especially given the renewed controversy in the Middle East, most Arab and other Islamic governments were not prepared to allow Israel to have MDA so recognized. These states saw IHL through the lens of strategic calculation about power politics rather than humanitarianism. A new definition of neutral emblems in war was seen by certain states as a concession to Israel, enhancing its legitimacy, not something that would enhance medical assistance in conflicts.⁴⁵ Still, up to a point, the ICRC had been central to efforts at legislative change.⁴⁶

3.5. To Conference or Not

As per above, the ICRC in consultation with the Swiss government has to make a decision from time to time about the

wisdom of *not* calling a diplomatic conference. Given that IHL reflects a dialectic between *raison d'état* and humanitarianism, one has to be shrewd about the timing of such conferences. It could be that states, driven by strategic and mili-

⁴¹ For a statement of the ten conditions required since 1948 for the ICRC to recognize a National Society, see *Handbook of the Red Cross*.

⁴² Recall that Iran's symbol of the Red Lion and Sun had been accepted by states and the Red Cross Movement up until Iran changed over to the Red Crescent after 1979.

⁴³ At the turn of this century the American Red Cross (ARC), under the dubious leadership of Dr. Bernadine Healey, withheld membership payments to the Red Cross Federation (amounting to about 25% of the Federation's budget) over the MDA/emblem controversy. The fact that the Federation could not admit to its membership an aid society not already recognized by the ICRC seemed not to have fazed Dr. Healey and her associates in the ARC at all in their policies toward the hapless and helpless Federation. And the fact that the ICRC could not recognize an aid society that did not use a neutral emblem as codified in IHL, as fashioned by states, seems not to have entered the collective mind of the ARC either. Dr. Healey was eventually forced out because of this and other controversies. For highly subjective analysis see further Sontag, D., "Who Brought Bernadine Healy Down?," *New York Times Magazine*, 23 December 2001. In this episode one sees clearly one of the problems in having the Red Cross Movement tied so tightly to state policies.

In the early Twenty-first Century, the U.S. Congress in several years passed a law (the Fitzgerald-Clinton-Dole amendment to the omnibus spending bill) authorizing the withholding of 25% of the US contribution to the regular/headquarters budget of the ICRC, unless the Secretary of State determined that Magen David Adom was allowed to participate in activities of the Red Cross Movement. At the time of writing the Secretary of State had always made that determination, because indeed MDA personnel did participate in various Movement relief activities, did meet with ICRC and Federation officials, etc. In fact, this US law was designed to satisfy certain domestic constituencies, mainly Jewish, and to pre-empt any more draconian law that might in reality impede the work of the ICRC. That is to say, the law was cosmetic from the start, drafted to make a general statement without in fact hurting the ICRC. Interviews, Washington.

⁴⁴ While the original choice of a red cross on a white background as emblem of the ICRC and Movement was not necessarily chosen for religious reasons, but might have been chosen to honor the Swiss Confederation (as the reverse of the Swiss national flag), the start of the ICRC and Movement was steeped in notions of Christian charity. The first use of the Red Crescent by the Ottoman Empire in the 1870s clearly had religious significance, as the Red Cross was explicitly rejected as inappropriate for a Muslim nation.

In modern times some ICRC officials thought that if a new symbol could be approved by states in a diplomatic conference, over time it might actually replace the original emblems.

⁴⁵ Back in 1975 the Tansley Report (pp. 125–127) had recommended new steps regarding neutral emblems in IHL. What the ICRC drafted in the late 1990s was very similar to what Tansley had recommended long before – namely, continue to recognize the Red Cross in honor of the origins of the Movement but allow each state and National Society to use also the emblem of its choice – whether it be the Red Crescent, the Red Shield of David, or whatever. Privately Tansley said it could be a Red Snowflake for all he cared; the point was to resolve the controversy that showed how fragmented the Red Cross family was.

It would be interesting for historians to try to sort out whether the drift in the intervening 25 years was primarily due to ICRC lack of dynamism on the issue, or whether the ICRC accurately saw that a large number of states were just not open to a new initiative on this subject. Some ICRC officials believed that Israel was rather content with the status quo before Dr. Healey and the ARC rocked the boat so vigorously. In their view, the Israeli view was that it would be bad to have a new proposal shot down by states, thus demonstrating the continuing ostracism of Israel and maybe leading to military attacks on MDA property and personnel. In the field, MDA symbols were rarely if ever attacked. This logic explains why Israel did not press for change in the status quo at the 1974–1977 diplomatic conference, a status quo that had obtained since 1949 when Israel narrowly lost several votes about recognizing the Red Shield of David in IHL.

⁴⁶ We will never know, but some knowledgeable persons believe the second intifada may have saved the ICRC and Kellenberger from an embarrassing setback, in that they believe the vote on a third protocol was very much in doubt.

tary calculations, would actually approve so-called IHL that would *reduce* the level of humanitarian protection supposedly guaranteed by treaties. Or, as feared in the imbroglio over neutral emblems, states might kill a progressive draft, and thus set back useful codification efforts for some years.

In the mid-1970s the ICRC was not at all sure that the 1974–1977 diplomatic conference would result in the *progressive* development of IHL. But, given the push for such a conference through the UN, not always for humanitarian reasons, the Agency had to do the best that it could to see that new codification efforts did not lead to back sliding in humanitarian protection. The ICRC did eventually regard the 1977 Protocols as, on balance, a progressive development,⁴⁷ but to many at the Agency it had been a close call.

After the terrorist attacks in the United States on September 11, 2001, and given subsequent controversies about the 1949 GCs and 1977 Protocols as applied to especially combatants *hors de combat* seized in Afghanistan and Pakistan, some voices were raised for a new diplomatic conference to revise existing IHL. But given the climate of opinion then in international relations, featuring principally state concern for national security and a concomitant desire to reduce civil rights pertaining to detainees, any diplomatic conference at that time would have probably reduced legal protections for various categories of detainees in armed conflict. That being so, the ICRC was not in favor of a new diplomatic conference, but rather argued that the existing legal framework was adequate for dealing with various issues arising out of primarily Afghanistan.⁴⁸ Certain experts in international relations and international law, like Adam Roberts of Oxford University, agreed that much of IHL was still relevant to situations like Afghanistan in 2002–2003. But for those like Professor Roberts who thought some slight tinkering with IHL was in order, the question remained of how to ensure, once a diplomatic conference was called, that states did not open Pandora's box by making radical changes to the detriment of victims of war.

3.6. Summing Up

In IHL as in other parts of international law, frequently states respond to the weakness of law by writing new law that falls short of definitive correction. We see this all the time in HRL. States recognize that the existing core of HRL, or the International Bill of Rights, is ineffective much of the time in the short run, so they write a new treaty on torture or on the rights of the child, *inter alia*. But the new law, like the old, does not contain rigorous enforcement provisions. Some parties, both states and NGOs, try to improve the law through additional semantics and further diplomatic attention, but the changes fall short of decisive enforcement. The existing climate of opinion in international relations allows some progressive codification, but progress falls short of what is really required for fully effective law.

So it has been with IHL historically. To take a concrete example, after the Second World War states moved to approve the 4th GC dealing with protection of civilians in international

armed conflict. But neither the 1949 law nor the relevant parts of Protocol I in 1977 provided for centralized and authoritative enforcement of the new provisions for civilian protection. But states, controlling the legislative process as they do, have historically not been able to bring themselves to make the law really effective, because that would significantly reduce state sovereignty and freedom of national policy making.

Still, the awfulness of war has perpetually if belatedly driven the legal development of IHL. As Professor Schindler generally wrote in 1999, “the remarkable developments of the past ten years [in favor of IHL via creation of courts and their judgments pertaining to war crimes] would not have been possible without the gross violations which occurred in the same period.”⁴⁹ The ICRC is one important part of this broad and complex legislative process.

4. Dissemination of International Humanitarian Law

Dissemination is an antiseptic word for spreading the message about humanitarian principles and law. In a sense, everything the ICRC does is a type of dissemination,⁵⁰ because all efforts at humanitarian protection are intended to spread the message as widely as possible. For most people it is not a very glamorous process, but it is fundamentally important. If one waits until the emotional passions of conflict are unleashed in order to preach the fundamental point about humanitarian limits on the exercise of power, it is too late to have much of an impact. Absent prior teaching and training in IHL and its underlying moral principles, one winds up with such things as Lt. Calley and the My Lai massacre in Vietnam in 1968. He was responsible for leading the killing of numerous Vietnamese civilians because, so he claimed, he was taught that all communists were the sub-human enemy whether armed or not, whether actively resisting or not. His was the excuse of having been taught total war during the cold war. He and the men under his command were poorly trained in general, and especially poorly trained in the laws of war.⁵¹

Certainly a major objective of ICRC dissemination efforts is to teach the warrior's code of honor – that an honorable soldier does not attack or otherwise mistreat civilians, does not abuse an enemy combatant who is *hors de combat*, does not attack

⁴⁷ Kellenberger, J., “Protocols – More effective 25 years later,” *International Herald Tribune*, reproduced on <<http://www.icrc.org>>. And, “Special issue: 20th anniversary of the 1977 Additional Protocols,” (1997) 320 *The International Review of the Red Cross*.

⁴⁸ Kellenberger, J., “Statement to the UN Human Rights Commission,” 28 March 2002, reproduced at <<http://www.icrc.org>>. The ICRC did participate in meetings, including one at Harvard University in early 2003, that explored possible further development of IHL. But the ICRC was clearly unenthusiastic about most of these meetings.

⁴⁹ Schindler, *supra* note 1, p. 719.

⁵⁰ See further Ignatieff, M., *The Warrior's Honor: Ethnic War and the Modern Conscience*, Random House for Vintage, London, 1999, p. 147.

⁵¹ But even Calley's excuse fails to provide a rationale for the rape of women and the abuse of infants. Most of what he and his men did represented wanton cruelty born out of the frustration of trying to fight an elusive and unprincipled enemy. Proper training is supposed to rein in such passions by keeping the exercise of military power focused on proper military objectives. It is in this sense that IHL can be seen as compatible with military efficiency.

medical personnel and installations.⁵² The Agency now has an advisory service on humanitarian law that makes information and specialized personnel available, tailored to the different needs of developed and lesser developed states around the world.

In the best of all possible worlds, states would not lie about steps they were taking to instill the values of IHL in their armed forces. But in the world as it is, many states – like most of the European communist states during the cold war – ratify the treaties of IHL but then ignore those legal instruments thereafter. The ICRC has published something that confirms the experience of Donald Tansley. According to the ICRC: “In one of the States that became independent after the collapse of the Soviet Union, two young colonels encountered in an empty office of the future Ministry of Defence told an ICRC representative one day that in their military careers they had never even heard of the Geneva Conventions. Yet according to official reports that regularly reached the ICRC before 1991, international humanitarian law formed part of the program of military instruction.”⁵³

As one ICRC delegate said when dealing with the situation in the Balkans in the early 1990s, given that IHL had not been treated seriously by the communist regimes of that region, he was now faced with “Potemkin-style humanitarian law.”⁵⁴ It is not always different in other parts of the world featuring other types of ruling elites.

In the best of all possible worlds, National Red Cross Societies would exercise vigilant oversight of their military establishments on the matter of proper training. But in the world as it is, rare is the National Society that is willing to raise a pointed question about whether IHL is taken seriously by “their” military authorities. In the best of all possible worlds states parties to the GCs and their Protocols would have to submit reports to the ICRC about proper instruction in IHL, and the ICRC would have the courage to raise pointed questions about the accuracy of the information submitted. But particularly this latter point is very far from being realized, not that state duplicity or National Society negligence is about to be corrected any time soon. As ever, the ICRC seeks to maximize cooperation with public authorities and to minimize public disagreement.

The ICRC along with a few other agencies tries to do what it can to fill the dangerous void left by the current state of affairs. In the world of liberal democracies there are indeed some reliable partners. The Agency works with the Institute for Humanitarian Law in San Remo, Italy; the Archer Institute for Public Law in Leiden, the Netherlands (publisher of the *Yearbook of International Humanitarian Law*); the European Institute for Human Rights in Strasbourg, France; the Center of Human Rights and Humanitarian Law at American University in Washington, DC, the Irish Centre for Human Rights in Galway, and so on. Beyond this world, the well established and even moderately financed partners are not so numerous.

IHL has become horribly complex because of state strategic calculations. Indeed, some of the law’s distinctions are unworkable much of the time. How many times since 1977 has it

been possible by consensus to identify a Protocol I type of conflict? How many times since 1977 has there been international agreement on identifying a national liberation war activating most of the 1949 law plus Protocol I? How many times since 1949 has there been international agreement on when the legal threshold is crossed between domestic troubles and internal war meriting the application of Common Article 3? But the basic moral principles contained in IHL can be made comprehensive even to an under-educated teenager with an automatic weapon. In numerous places around the world, this simplified approach to IHL is precisely what the ICRC is engaged in.

The Agency’s dissemination efforts go far beyond this.⁵⁵ For the ICRC and its specialists in this area, dissemination means bringing the message of humanitarian limits on power struggles to a wide range of recipients: school children, university students, the general public, the communications media. For the Agency, dissemination means comic books, puppet shows, radio and TV talk shows – all in the local dialect and linked with local traditions. For maximum impact in military circles the Agency often employs former military officers. Sometimes the line between education or “spreading the word” and direct humanitarian protection can be blurred, as in the ICRC’s extensive landmine awareness program in Bosnia. Teaching about the danger of landmines, and their locations, is crucial for saving lives and limbs. For a time the Agency had not only an extensive mine awareness program in that country but the only program, which it eventually transferred to the various National Society units.

5. Enforcement of International Humanitarian Law

It is arguably the case that thus far ICRC success in protecting victims is more because of the wisdom of its policies than because of the existence of IHL. No doubt those parts of IHL giving the ICRC a mandate to visit combatant and civilian detainees are important for the Agency. Still, various parties – North Korea in the Korean War, North Vietnam in the Indochina War, Iraq during the 1991 war for Kuwait – violate these IHL rules. Then it is up to ICRC creativity and ingenuity to see if the Agency can gain access anyway. A court order is not going to resolve the issue for the benefit of detainees. The balance between judicial and diplomatic approaches could change – especially with the creation of international courts with authority to adjudicate war crimes, crimes against humanity, and genocide. Given developments in international criminal law, IHL might become more hard law through court cases and thus presumably more effective.

⁵² Ignatieff, M., *supra* note 50.

⁵³ Editor, (1977) 319 *International Review of the Red Cross* 354. I recall Don Tansley coming back from a fact finding trip in the Soviet Union and other European communist states in the mid-1970s and remarking how, when he explained his “Big Study” on the Re-appraisal of the Red Cross, he was asked by his Red Cross interlocutors, “What are the Geneva Conventions? We never heard of them.”

⁵⁴ Quoted in Mercier, M., *Crimes Sans Châtiment: L’Action Humanitaire En Ex-Yougoslavie 1991-1993*, Bruylant, Brussels, 1994, p. 202.

⁵⁵ See the special issue, “Dissemination: spreading knowledge of humanitarian rules,” (1997) 319 *International Review of the Red Cross*. In that year the Agency had about 50 persons concentrating on dissemination, spending about \$ 20-25 million; *ibid.*, p. 375.

To date, IHL has been mostly soft law whose effect is more or less manifest, to the extent that it is manifest at all, in extra-judicial ways such as foreign policy decisions, military training, and ICRC field operations.

The ICRC has been very consistent across time in seeking a positive relationship with public authorities that tends to minimize a conflictual and judgmental role for the Agency. To the extent that the ICRC helps with the enforcement of IHL, it does so mostly through co-operation in application of services and programs, and not through – most of the time – public denunciation and shaming. The ICRC has a clear policy on conditions for going public about violations of IHL. We know that the Agency only engages in public denunciation of violations of IHL as a last resort. We also know that the ICRC objected to its personnel testifying in modern war crimes trials, for fear of impeding its fieldwork.

Another clear example of the Agency's orientation comes from the 1974-1977 diplomatic conference leading to the additional protocols. At one point in the Diplomatic Conference some states wanted to markedly improve the means of supervision of particularly the first protocol on international armed conflict. If a Protecting Power, as a neutral state intended to help implement the provisions of IHL, was not appointed by a fighting party, the proposing states wanted the ICRC to become an automatic substitute for such a Protecting Power. To the proposing states, the language they were offering would increase pressure on a belligerent to appoint a Protecting Power. Or, failing such appointment, their language would guarantee a substitute in the form of the ICRC. Either way, the Protecting Power or its substitute would function to direct more attention to IHL.

The ICRC opposed this initiative. It did not want to assume a conflictual position vis-à-vis states. It did not want to have its presence forced on states. It did not want to appear to be in an authoritative position over states. The Agency believed that it could function in armed conflict only on the basis of real state consent. It was reluctant to find itself in a position in which it might have to pass public judgment on state policies. Its views in the 1970s were not that different from the 1890s when it opposed a Tzarist initiative to have the ICRC assume an authoritative position vis-à-vis states during war.

The result of the ICRC position in the 1970s was to guarantee the failure of this legislative initiative at the Diplomatic Conference. And the failure of this initiative meant that after 1977, at least until two UN *ad hoc* international criminal tribunals were created in 1993 and 1994, the means for enforcing or otherwise applying IHL would remain weak.

In most modern international armed conflicts, Protecting Powers are not appointed any more. It is a dying tradition. True, Protecting Powers were never the equivalent of a policeman or judge. Rather, Protecting Powers like Switzerland or Sweden during the Second World War functioned more as friendly legal advisor or perhaps as management consultant. Still, it was more advantageous to IHL to have them than not. And the ICRC could serve as a substitute for a Protecting

Power, but nothing in IHL guaranteed that this eventuality would transpire. The belligerent state was free to accept or reject the Agency as a substitute for a Protecting Power.

Broad and systematic enforcement of IHL was not to improve in any significant measure until, in the wake of the two *ad hoc* tribunals, the International Criminal Court was created in 2002. Then, the ICRC was in favor of the ICC, but refused to testify about war crimes in it. So the ICRC was consistently in favor of strong enforcement of IHL, as long as the Agency itself was not placed in an adversarial position vis-à-vis belligerents. The ICRC has always been hesitant about an open challenge to public authorities.

In practice, one can count on the ICRC in armed conflict “to offer its services” to the fighting parties. This will happen regardless of the wording of IHL. Given not only that the ICRC has a recognized “right of initiative” in international law but also the ICRC's own traditions, ICRC diplomacy will occur with or without IHL. And there is no denying that absent the cooperation of the fighting parties, not much humanitarian good can be achieved. Still, it disappointed a number of parties that the ICRC opposed wording intended for Protocol I that would have increased pressure on fighting parties to pay more serious attention to IHL.

True, states approved via Protocol I a fact finding commission that might be activated by belligerents to help resolve disputes over IHL issues. But this was a weak measure, and as might have been predicted by the non-use of arbitration agreements negotiated around the turn of the previous century, the voluntary and non-automatic fact-finding commission of Protocol I has yet to be activated in a single international armed conflict since 1977.

The point remains that the ICRC in the 1970s refused to be drawn into a substitute role that might have caused the Agency to find itself in a position of open conflict with a belligerent state that opposed its presence. Of course this open conflict often transpires anyway. Given that the ICRC has the legal right under IHL to check on the detention conditions of combatants (1949 GC no. 3) and civilians (1949 GC no. 4), when a North Korea or a North Vietnam or an Iraq refuses to allow these visits to occur, the ICRC finds itself in open conflict with belligerents because of their policies. Why the ICRC accepts the role of automatic supervisor of detention, but declines the role of automatic substitute for a Protecting Power, is not clear to this writer. Of course the role of substitute for a Protecting Power is broader than that of supervisor of detention. But that distinction should not logically lead to any great difference of principle.

Whether the climate of opinion in international relations had definitively changed during the 1990s in favor of a strong enforcement regime for IHL remains to be seen. As noted, the UN Security Council created two *ad hoc* criminal courts, and then the 1998 Rome diplomatic conference approved the new International Criminal Court. Again, war crimes are covered by these courts – as well as genocide and crimes against humanity. It may be that states are now resolved to be more serious about the

importance of IHL. It seems there is some progressive change, but that decisive change on this point is still elusive.

First, the two UN ad hoc tribunals were initially created as a result of humanitarian negligence, not because of a change in international morality. The United States took the lead in the establishment of the two courts precisely to avoid having to take direct and costly action in response to atrocities in the Balkans and Rwanda. Faced with extensive criticism for not stopping these atrocities, the U.S. wanted to *appear* to be doing something, and so the courts were created through U.S. leadership in the UN Security Council. But this step was precisely to avoid a more bothersome military intervention in defence of IHL and other international norms.⁵⁶

Once created, however, the courts took on a momentum of their own, led by the international prosecutor's office (common to both courts) and supported by a coalition of like-minded states and private groups. Although created because of ad hoc and primarily non-humanitarian reasoning, the two courts contributed to a growing movement toward stronger enforcement of both IHL and HRL.

Still, it remained an all too evident fact that the U.S. plus some other militarily important states (Russia, China, Israel, Iraq, Iran) were opposed to any scheme for strong enforcement of IHL that might apply to them. The U.S., for example, was a strong supporter of the two *ad hoc* courts, but remained a strong opponent of the new International Criminal Court and any exercise of ICC jurisdiction and authority over U.S. citizens. So the issue of a very strong and broad and even-handed enforcement of IHL remained very much in doubt.⁵⁷

There was another development that indicated some slight change in possible enforcement of IHL. From time to time, perhaps prompted by UN resolutions, the state parties to the Geneva Conventions and Protocols would assemble in response to a call from the Swiss Confederation, acting in consultation with the ICRC. Thus there would transpire a

humanitarian review conference, focusing on humanitarian problems in such situations as the long standing conflict between Israel and the Palestinians.⁵⁸ But these review conferences, historically an innovation in diplomacy, had not led at the time of writing to bold enforcement action. At best, they indicated to fighting parties some international concern with humanitarian issues arising out of conflict. But this concern had so far proven too amorphous and dispersed to make a concentrated impact on the situation on the ground. It still remained true that non-belligerents were reluctant to risk blood and treasure, or other important self-interests, for the sake of the human dignity of foreigners who had the misfortune to be victimized by armed conflict. States might reaffirm, for example, that the 4th GC was applicable to territory taken by Israel in 1967, including East Jerusalem. But these same states were not prepared to do more than make diplomatic pronouncements.

And so, as of the present time, the enforcement of IHL remained weak, while not quite as weak as before the 1990s. The tasks of the ICRC remained largely unchanged despite the two UN courts, the ICC, and several innovations by a few states – e.g., a Belgian law encouraging suits in its courts for international crimes.⁵⁹ What the ICRC did, and how, remained largely unchanged despite these developments regarding the enforcement of IHL. And in any event, even with more judicial attention to IHL, this juridical action came *after* the violations. If one wanted to prevent them, or mitigate them while occurring, one would still need to look – as one major option – to ICRC diplomacy. ■

⁵⁶ Forsythe, D.P., "The Politics of the Yugoslav War Crimes Court," in Clark, R.S. & Sann, M., (eds.), *The Prosecution of International Crimes*, Transaction Books, New Brunswick, 1995, 185–206.

⁵⁷ Forsythe, D.P., "The United States and International Criminal Justice," (2002) 24.4 Human Rights Quarterly 974–991.

⁵⁸ See Fux, P.-Y. & Zambelli, M., "Mise en oeuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1977-2001)," (2002) 847 International Review of the Red Cross 661-697.

⁵⁹ For a brief review of this Belgian law, see Eviatar, D., "Debating Belgium's War-Crime Jurisdiction," *New York Times*, 25 January 2003, p. B-19.

Die präemptive Selbstverteidigung im Lichte des Völkerrechts

Oskar Matthias Frhr. von Lepel*

In der Debatte über die Bedrohungen durch den weltweiten Terrorismus wird die Öffentlichkeit mit einer bisher nur den Völkerrechtsexperten bekannten Legitimationsformel für bewaffnete Gewalt in internationalen Beziehungen konfrontiert: **präemptive Selbstverteidigung** („preemptive self defense“). Das angloamerikanische Fremdwort **Präemption** ist mittlerweile zu einer gängigen Vokabel in der deutschen Presse geworden. Es hat herausragende Bedeutung gewonnen, seit es zum Schlüsselbegriff der neuen Sicherheitsstrategie der Vereinigten Staaten von Amerika geworden ist. Das maßgebliche politische Dokument ist die „National Security Strategy (NSS)“ vom 20. September 2002.¹

1. Inhaltliche Skizzierung der Doktrin präemptiver Selbstverteidigung

Der neuen nationalen US-Sicherheitsstrategie liegen zwei Bedrohungsszenarien zugrunde. Zunächst wird von einer Be-

* Oskar Matthias Frhr. v. Lepel ist Leiter des Bereichs 4 „Völkerrecht, Verfassungsrecht, Wehrrecht, Soldatische Ordnung“ am Zentrum Innere Führung, Bundeswehr.

¹ Der amerikanische Präsident hat an diesem Tag das 33 Seiten starke Dokument beiden Kammern des amerikanischen Kongresses vorgelegt. Internetabruf: <http://www.usembassy.de/policy/nss.pdf>. Der Zugriff auf die englischsprachige Fassung erfolgt unter <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>.

drohung durch geheim operierende multinationale und global agierende Terrororganisationen ausgegangen. Diese sind in der Lage, mit hochmoderner Technologie und durch Einsatz von Selbstmordattentätern Leid und Chaos über die Menschen zu bringen und die Infrastruktur moderner Industriestaaten zu zerstören.

Im Blickfeld steht aber auch das Phänomen der atomaren, chemischen und biologischen Massenvernichtungswaffen in der Hand kriegslüsterner Potentaten in so genannten Schurkenstaaten. Die skrupellosen Diktatoren haben den Ruf, diese Waffen jederzeit ohne Zögern zur Durchsetzung radikaler politischer Ziele einzusetzen. Der „worst case“ ist der, dass multinationale Terrororganisationen mit Hilfe von Schurkenstaaten in den Besitz von Massenvernichtungswaffen gelangen und sie zu terroristischen Zwecken einsetzen.

Da terroristische Selbstmordattentäter und fanatisierte Staatsführer sich nicht abschrecken lassen, gilt die herkömmliche Politik der Eindämmung, Abschreckung und Rüstungskontrolle für den Kampf gegen Terror² und Schurkenstaaten als überholt. Stattdessen will man sich auf vorbeugende militärische Abwehrmaßnahmen stützen, d.h. unter Umständen auch im militärischen Alleingang der Gefahr begegnen, bevor sie sich überhaupt entfalten kann. Dem potenziellen Gegner soll schon die Option der Aggression genommen werden, ehe er seine Aufrüstungsvorhaben abgeschlossen hat.

Nach den neuen konzeptionellen Vorstellungen der US-Regierung richtet sich Selbstverteidigung nicht nur gegen berechenbare und überschaubare Gefahren, sondern bereits gegen unkalkulierbare Sicherheitsrisiken, die in einem Frühstadium auszuschalten sind, ehe sie sich zu unüberwindbaren Bedrohungen entwickeln. Je größer das Risikopotenzial, aus dem sich eine echte Bedrohung entwickeln könnte, desto wichtiger wird die antizipatorische Selbstverteidigung.

Die gebotenen und für völkerrechtlich beanstandungsfrei gehaltenen Maßnahmen bewaffneter Gewalt werden in der amtlichen amerikanischen Diktion „preemptive measures“ genannt. Gedacht wird an vorbeugende, aber unabweisbare Abwehrmaßnahmen: Einsatz von Kommandotruppen, gezielte Luftschläge oder militärische Invasion bzw. Besetzung eines Landes.

2. Die völkerrechtliche Legitimation der Präemptivstrategie *de lege lata*

Lässt sich die amerikanische Doktrin der präemptiven Selbstverteidigung mit dem geltenden Völkerrecht vereinbaren oder stehen wir am Beginn der Epoche eines neu zu gestaltenden Systems individueller und kollektiver Selbstverteidigung?

Die Rechtfertigung der „preemptive measures“ stützt sich auf Art. 51 VN-Charta. Diese Vorschrift ist seit längerem das gängige Legitimationsinstrument für unilaterale Eingreifaktionen der US-Amerikaner. Insofern ist der Rückgriff auf diesen Charta-Artikel zur Rechtfertigung der präemptiven Selbstverteidigung nicht erstaunlich.

Schauen wir uns die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 51

näher an. Der Charta-Artikel verlangt für die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts die Gegenwärtigkeit eines bewaffneten Angriffs, der im Regelfall durch grenzverletzende Truppenbewegungen, Blockaden von Häfen und Küsten oder militärische Luftschläge gekennzeichnet ist.³ Nur bei einem aktuellen, bereits in Gang gesetzten bewaffneten Angriff wird das Verbot der Gewaltanwendung gegenüber dem Angreifer suspendiert. Der Angreifer soll daran gehindert werden, seinen Angriff fortzusetzen. Folglich steht einer Militäraktion, die einem gegnerischen Angriff zuvorkommen soll, zunächst einmal der Wortlaut des Art. 51 VN-Charta entgegen.⁴

Zur Überwindung dieser Legitimationssperre wird ein Argumentationsmuster angeboten, das nicht erst nach dem 11. September 2001 entwickelt wurde: Das Recht zum Ergreifen vorbeugender, d. h. präventiver Abwehrmaßnahmen existiere als Völkergewohnheitsrecht neben dem in Art. 51 verankerten, gegen einen bewaffneten Angriff gerichteten Selbstverteidigungsrecht. Es gehöre damit zum universellen Völkerrecht, das nicht erst durch Verträge oder Gewohnheitsrecht geschaffen wurde.⁵ Zur Begründung wird die in Art. 51 enthaltene, auf das Völkergewohnheitsrecht verweisende Formel „naturgegebenes Recht“ herangezogen. Art. 51 VN-Charta habe das herkömmliche Selbstverteidigungsrecht nicht derogiert, sondern nur dessen bedeutsamsten Anwendungsfall, den der Reaktion auf einen bewaffneten Angriff, besonders hervorgehoben. Insofern habe dieser Charta-Artikel nur eine deklaratorische Funktion. Deswegen sei die Berufung auf ein erweitertes Verständnis der Selbstverteidigung im Sinne überkommenen Völkergewohnheitsrechts zulässig.

Diese Argumentation findet jedoch in der Völkerrechtslehre nur geringe Akzeptanz. Nach h. M. ist das als allgemeines Gewohnheitsrecht überlieferte Recht zur Selbstverteidigung durch Art. 51 der VN-Charta modifiziert worden. Das bedeutet: Es gibt kein aus der Zeit vor 1945 stammendes Völkergewohnheitsrecht auf Selbstverteidigung, das nicht den engen,

² Das allgemeine Thema „Selbstverteidigung gegen transnational agierende Terrorgruppen“ wirft eine Spezialfrage auf, die auch für die rechtliche Würdigung präventiver Maßnahmen von Bedeutung ist, hier aber nicht im Einzelnen erörtert werden kann: Können multinationale Terrorunternehmen Selbstverteidigungsgegner nach Art. 51 VN-Charta sein oder muss die jeweilige Terrorhandlung, sofern sie sich als bewaffneter Angriff qualifizieren lässt, einem anderen Staat zugerechnet werden? Siehe dazu: T. Bruha, Gewaltverbot und Humanitäres Völkerrecht, in: Archiv des Völkerrechts, Band 40, Heft 4 (Dez. 2002), S. 383 (393 ff.). In der vorliegenden Abhandlung klammere ich diese Frage aus und konzentriere mich auf die besonderen Probleme, die sich dem Völkerrechtler bei der Beschäftigung mit den rechtlichen Argumenten für oder gegen die Legitimation eines präventiven Abwehrkampfes gegen staatliche Völkerrechtssubjekte stellen.

³ Die Mehrheit der Völkerrechtler verlangt für die Qualifizierung militärischer Gewaltmaßnahmen als bewaffnete Angriffe eine gewisse Angriffsintensität. Einmalige schlichte Grenzverletzungen geringeren Umfangs liegen unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Angriffs und sind deshalb von dem betroffenen Staat hinzunehmen. Damit soll dem Missbrauch des Selbstverteidigungsrechts ein Riegel vorgeschoben werden. Diese Auffassung ist jedoch umstritten. Die Gegenmeinung will keine Grauzonen zwischenstaatlicher Gewalt dulden. Vgl. dazu Fischer, in: K. Ipsen, Völkerrecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl., 1999, § 59, Rdnr. 28.

⁴ N. Paech/G. Stuby, Machtpolitik und Völkerrecht in den internationalen Beziehungen, Baden-Baden 1994, S.476 f. mit weiteren Literaturnachweisen.

⁵ O. Kimminich/S. Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 7. Aufl., Tübingen und Basel 2000, S. 280.

in Art. 51 VN-Charta festgelegten Einschränkungen unterliegt.⁶ Anders ausgedrückt: In die VN-Charta ist kein älteres Völkergewohnheitsrecht inkorporiert worden, dessen inhaltliche Reichweite über den Wortlaut des Art. 51 hinausgeht.

Die Vertreter der zitierten Auffassung bekennen sich zwar auch zu dem in der VN-Charta verankerten allgemeinen Gewaltverbot und damit auch zur Ablehnung des Einsatzes militärischer Gewalt als reguläres Instrument internationaler Politik. Ihre generelle Befürwortung der Zulässigkeit eines Präventivkrieges führt jedoch zu einer totalen Aushöhlung und Umgehung des allgemeinen Gewaltverbots. Darum wird das Argument nicht nur in der Völkerrechtslehre abgelehnt. Auch in der Staatenpraxis wird es nicht zur Rechtfertigung militärischer Selbstverteidigungsmaßnahmen herangezogen.

Die Autoren der NSS bedienen sich, so scheint es mir, einer anderen Argumentationskette, die sich allerdings dem Leser nur mit Mühe und auch nur unter Heranziehung fachjuristischer Sekundärquellen erschließt:

Kein Staat brauche bei einer für ihn offenkundigen aktuellen Bedrohung zu warten, bis nach eigener Einschätzung ein mit Sicherheit kommender Angriff tatsächlich erfolge.⁷ Ein **unmittelbar bevorstehender** bewaffneter Angriff berechtige zu militärischen Präventivmaßnahmen, die in der amerikanischen Terminologie, wie schon eingangs erläutert, als „preemptive measures“ bezeichnet und als besondere Rechtskategorie erfasst werden. Diese Ausgangsthese ist nicht unumstritten, hat aber in der Völkerrechtslehre auch in Deutschland Befürworter.

Anhänger dieser Rechtsansicht berufen sich im Unterschied zu den Vertretern der weiter oben zitierten Rechtsauffassung nicht auf überkommenes Völkergewohnheitsrecht, sondern befürworten eine wortlauterweiternde Auslegung des Begriffs „bewaffneter Angriff“ in Art. 51 VN-Charta. Es wird also nicht unter Berufung auf älteres Völkergewohnheitsrecht, sondern systemimmanent, d.h. im Rahmen und auf der Grundlage des in der VN-Charta konstitutiv verankerten individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechts argumentiert.

Damit lautet die entscheidende Frage: Wann steht ein Angriff „unmittelbar“ bevor? Die gängige Antwort heißt: Die Wahrscheinlichkeit der zu erwartenden Angriffshandlung muss so evident und deren zeitliche Nähe so kurzfristig einzustufen sein, dass sich die Zulässigkeit der Verteidigungshandlung regelrecht aufdrängt, weil jede andere Selbsthilfe zu spät käme. Entscheidend ist der Grad der Gefahr, der sich der jeweils betroffene Staat in seiner subjektiven Bedrohungswahrnehmung ausgesetzt sieht.⁸

Nach der neuen amerikanischen Sicherheitstrategie reicht für die Begründung der Aussage, ein Angriff „stehe unmittelbar bevor“, schon das bloße Vorhandensein von Massenvernichtungswaffen in der Verfügungsgewalt eines feindlich gesonnenen Staates. Diese Argumentation ist nicht neu. Als die Israelis im Jahr 1981 den im Bau befindlichen irakischen Kernreaktor Tamuz 1 bombardierten, beriefen sie sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens auf das Argument, ein Nuklearan-

griff vernichte jede Überlebenschance. Nach Beginn eines derartigen Angriffs mit atomaren Massenvernichtungswaffen sei die Chance für erfolgreiche Gegenmaßnahmen auf ein unerträgliches Minimum geschrumpft. Jedes Warten auf konkrete, nachweisbare Vorbereitungen für einen unmittelbar bevorstehenden Angriff sei unverantwortlich.

Damals hatte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen diese Begründung nicht akzeptiert. Auch die Vereinigten Staaten von Amerika schlossen sich dem ablehnenden Votum an. Jetzt aber greift die US-Regierung genau dieses Argument auf. Sie bekennt sich zur Neubestimmung dessen, was unter „unmittelbarer Bedrohung“ zu verstehen ist. Bei Offensichtlichkeit der zukünftigen Bedrohung durch Massenvernichtungswaffen will sie die Selbstverteidigungsschwelle zeitlich vorverlegen. Dies bedeutet, dass die militärischen Aktivitäten zur Vorbeugung eines Angriffs durch Massenvernichtungswaffen zu den weiter oben schon begrifflich gekennzeichneten Präemptivmaßnahmen gerechnet und damit außerhalb des völkerrechtlichen Verbots gestellt werden. Der maßgebliche Rechtsgrund sei das jedem Staat zustehende Recht auf Überleben.⁹

Der bisher als völkerrechtswidrig bewertete Präventivkrieg soll dadurch nicht schlechthin relegitimiert werden. Es geht den Amerikanern nach wie vor um Verteidigung, nicht um Angriff.¹⁰ Zu den nach herkömmlichem Völkerrecht verbotenen präventiven Maßnahmen rechnen die Autoren der NSS allerdings nur noch solche Militäraktionen, denen keine von Drittstaaten nachvollziehbare unmittelbare Bedrohung vorausgeht. Verboten ist danach die Anwendung bewaffneter Gewalt zur Ausschaltung eines wachsenden herkömmlichen Militärpotenzials, das dem zur Gewaltanwendung bereiten Staat mittelfristig gefährlich werden könnte. Sie bleibt auch aus amerikanischer Sicht Bestandteil eines verbotenen Präventivkrieges und unterliegt deshalb einem völkerrechtlichen Verdikt.

Der in der offiziellen Terminologie verwendete Begriff „**preemptive**“ ist somit aus amerikanischer Sicht nicht gleichbedeutend mit „**preventive**“. Nach amerikanischer Vorstellung sind Präemptivschläge zur Abwehr einer offenkundigen Bedrohung durch Massenvernichtungswaffen schon durch die auch für Drittstaaten erkennbare, für alle Beobachter auf der Hand liegende Offensichtlichkeit der „bedrohlichen Existenz“ dieser Massenvernichtungswaffen im Besitz feindlich gesonnener „Schurkenstaaten“ gerechtfertigt. Eine äußere Drohgebärde muss nicht hinzukommen. Dem Gegenargument der Missbrauchsgefahr bei einseitiger subjektiver Wahrnehmung des Bedrohungspotenzials wird begegnet durch den

⁶ N. Paech/G. Stuby, a.a.O. (Fn. 4), S. 477.

⁷ Der Militärschlag Israels gegen Ägypten und andere arabische Staaten im Oktober 1967 wurde vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nicht als völkerrechtswidrige Aggression verurteilt. Zahlreiche im Sicherheitsrat vertretene Staaten hielten angesichts der Invasionsvorbereitungen jenseits der israelischen Grenzen die Präemptivschläge gegen ägyptische Luftwaffenbasen für vereinbar mit Art. 51 VN-Charta.

⁸ G. Nolte, Weg in eine andere Rechtsordnung, in: FAZ vom 10. Januar 2003, S. 8.

⁹ K. M. Meessen, Selbstverteidigung als werdendes Völkergewohnheitsrecht, in: Neue Zürcher Zeitung vom 18. Februar 2003.

¹⁰ R. Scholz, Der Präventivkrieg kann legitim sein, in: Die Welt vom 12. März 2003.

Hinweis auf die in den letzten Jahrzehnten wesentlich verbesserte Aufklärung, die in der Lage sei, objektive Daten zu liefern.

Gegen die amerikanische Position in dieser Angelegenheit werden vor allem rechtspolitische Argumente angeführt. Was würde geschehen, wenn eine solche Präventivstrategie Schule machte? Könnte dann nicht jeder Staat, der in Feindschaft mit einem anderen Staat lebt, seinem subjektiven Bedrohungsgefühl freien Lauf lassen und den anderen Staat angreifen mit der Begründung, dieser besitze, wie jedem Drittstaat bekannt sei, Massenvernichtungswaffen, die ihm gefährlich werden könnten? Durch den zu erwartenden wachsenden Missbrauch völkerrechtlicher Legitimationsformeln entstünde in der internationalen Politik eine durch Willkür und Unberechenbarkeit gekennzeichnete chaotische Unübersichtlichkeit, die nicht zu verantworten wäre.¹¹ Eine Rechtfertigung der so genannten Präemptivstrategie unter Berufung auf Art. 51 VN-Charta führte zu einer Unterhöhlung des strikten Gewaltverbots.¹² Gewaltanwendung gegen einen anderen Staat wegen der Gefährdung der Sicherheit seiner Nachbarn könne nicht gerechtfertigt werden.¹³ Um einer Umgehung des Gewaltverbots zu begegnen, dürfe der von den Amerikanern gewünschten zeitlichen Vorverlegung des zulässigen Beginns der Selbstverteidigung nicht das Wort geredet werden. Folglich wird die Differenzierung zwischen Präemption und Prävention nicht anerkannt.

Unter Verwendung dieser Argumente bezeichnen Völkerrechtsexperten, die sich in der deutschen Presse äußern, die amerikanische Sicherheitsstrategie übereinstimmend als völkerrechtswidrig.¹⁴ Soweit ersichtlich, finden sich in Deutschland so gut wie keine Völkerrechtler, die eine Argumentationslinie zur Unterstützung der amerikanischen Position konsequent durchhalten.

M. E. ist in diesem Zusammenhang noch ein anderer völkerrechtspolitischer Gesichtspunkt zu erörtern, der zu wenig beachtet wird. Es stellt sich die Frage: Wer beurteilt, ob die Bedrohung durch Massenvernichtungswaffen für jeden Drittstaat offensichtlich ist? Nach amerikanischen Vorstellungen ist es der von der Bedrohung betroffene Staat selbst. Dies liegt in der Logik der Abstützung dieser Argumentation auf Art. 51 VN-Charta. Der sich bedroht fühlende Staat darf eine andere Nation auch dann angreifen, wenn sie zwar erst in Zukunft zu einer echten Bedrohung wird, dieses zukünftige Bedrohungspotenzial aber schon zum Zeitpunkt der beachteten Militärmaßnahmen klar erkennbar ist.

Diese Forderungen offenbaren die unverkennbare völkerrechtspolitische Tendenz, eine Auslegung der VN-Charta durchzusetzen, wonach die Voraussetzung für die Feststellung einer Friedensbedrohung durch den Sicherheitsrat gemäß Art. 39 ff. und die der Selbstverteidigung nach Art. 51 VN-Charta deckungsgleich sind. Dies bedeutet, dass die Vereinigten Staaten den Anspruch erheben, ihr Selbstverteidigungsrecht bereits im zeitlichen Vorfeld einer unmittelbaren Bedrohung wahrnehmen zu dürfen. Dies aber widerspricht dem bisher allgemein anerkannten Vorrang der Entscheidungen des Sicherheitsrats bzw. der Subsidiarität des Selbstver-

teidigungsrechts. Es dürfte kaum zu verantworten sein, durch eine bloße Neuinterpretation des Art. 51 VN-Charta das Entscheidungszentrum für die internationale Friedenssicherung bei einem Mitgliedsland zu verorten und damit dessen Stellung als weltweite Hegemonialmacht rechtlich zu verfestigen.

Bei Berücksichtigung des gegenwärtigen Völkerrechts lässt sich also die präemptive Selbstverteidigung, wie sie in der nationalen Sicherheitsstrategie konzipiert ist, nicht rechtfertigen.¹⁵ In der geltenden Völkerrechtsordnung ist für sie kein Platz.

3. Der Ruf nach neuem Völkerrecht

Letztlich geht es um eine ganz andere Herausforderung. Wir sind vor die Frage gestellt, ob unser herkömmliches Völkerrecht für die rechtliche Absicherung der Abwehr bisher nicht bekannter Bedrohungen geeignete Instrumente bereithält. Konkret gefragt: Müssen wir nach rechtlichen Regeln Ausschau halten, die uns vorbeugende Abwehrmaßnahmen gegen die Produktion und Bereitstellung von Massenvernichtungsmaßnahmen sowie gegen terroristische Risiken erlauben? Das Thema „Rechtliche Legitimierung der Lehre vom Präemptivkrieg“ ist also *de lege ferenda* zu diskutieren.

Der Versuch einer Antwort erfordert grundsätzliche Überlegungen: Das so genannte *ius ad bellum*, das Kernstück des internationalen Friedenssicherungsrechts, berücksichtigt elementare sicherheitspolitische Erfordernisse, die die Staaten übereinstimmend definiert haben. Dazu zählt die Inanspruchnahme von Selbstverteidigungsrechten bei einem gegenwärtigen oder einem unmittelbar bevorstehenden Angriff, solange der Sicherheitsrat keine aktive militärische Hilfe bereitstellt. Die Staaten haben sich damit zufrieden gegeben, dass ihnen jede andere Selbstverteidigung als die gegen einen gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Angriff verwehrt ist.¹⁶

Die Beachtung dieser Erfordernisse in der Praxis der internationalen Politik ist die Grundlage der Effektivität des völkerrechtlichen Friedenssicherungsrechts. Das heißt im Umkehrschluss: Sind die Staaten mit bisher nicht bekannten Bedrohungsformen konfrontiert, denen im Rahmen des geltenden Völkerrechts nicht angemessen begegnet werden kann, versuchen sie, ihre Rolle als rechtsunterworfenen Völkerrechtssubjekte neu festzulegen, sind sie doch auf der Basis formaler Gleichheit und Gleichberechtigung Rechtsschöpfer

¹¹ J.-M. Dupuy/C. Tomuschat, Warten auf den Schlag gegen Bagdad, in: FAZ vom 31. Juli 2002, S. 10; ablehnend auch H. Fischer, a.a.O. (Fn. 3), § 59, Rdnr. 29.

¹² So auch N. Paech/G. Stuby, a.a.O. (Fn. 4), S. 477.

¹³ K. Hailbronner, in: D. Schindler/K. Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, Heidelberg 1986, S. 81.

¹⁴ S. Ulrich, in: Süddeutsche Zeitung vom 26. Juli 2002 (Völkerrecht – Die rechte Verteidigung): <http://www.sueddeutsche.de/ausland/politik/49222/index.php>.

¹⁵ J.-M. Dupuy und C. Tomuschat kommentieren in ihrem FAZ-Artikel vom 31. Juli 2002 (Fn. 11) präventive Selbstverteidigung wie folgt: „Mit dieser gewagten Konstruktion verlässt Washington den Boden des geltenden Rechts.“

¹⁶ A. Randelshofer, in: B. Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, Kommentar, 1991, Art. 51, Rdnr. 10.

und Rechtsanwender zugleich.¹⁷ Zunächst bemühen sie sich um eine Neuinterpretation des geltenden *ius ad bellum*. Gelingt dies nicht, wie das im vorliegenden Problemzusammenhang der Fall zu sein scheint, verlangen sie „neues Völkerrecht“, um ihre Bedürfnisse bei der Bewältigung der bisher nicht bekannten Problemlagen zu befriedigen. Es handelt sich hierbei um die Forderung nach Anpassung der völkerrechtlichen Grundlagen an die faktischen Verhältnisse.

Was hat sich völkerrechtsrelevant geändert? Die heutigen Formen des internationalen Terrorismus, der sich der Drohung mit dem Einsatz von Massenvernichtungswaffen bedient, ist ein modernes Phänomen, das beim Abschluss der VN-Charta nicht bekannt war. Angesichts der skrupellosen Inanspruchnahme moderner Technologie durch terroristische Organisationen und so genannte Schurkenstaaten nehmen es die Vereinigten Staaten von Amerika nicht hin, dass sie unter Berufung auf eingrenzende völkerrechtliche Bestimmungen daran gehindert werden, gegen die aufkommenden Bedrohungen präventiv vorzugehen. Sie versuchen, eine Staatspraxis des präventiven Vorgehens einzuleiten, aus der sich neues Völkergewohnheitsrecht entwickeln könnte.

Angesichts der durch solche Bestrebungen gekennzeichneten machtpolitischen Verhältnisse in der Weltpolitik können wir mit Fug und Recht feststellen: Wir leben in einer **amerikanischen Epoche des Völkerrechts**. Diese Formulierung ist nicht Ausdruck des Bedauerns über den verloren gegangenen Eurozentrismus des klassischen Völkerrechts. Vielmehr beschreibt er die Richtung des gegenwärtigen machtkonformen Realitätsdrucks in der völkerrechtspolitischen Debatte.

Auch die Auseinandersetzungen über zukünftiges Völkerrecht sind politische Debatten, deren Verlauf durch die Machtlage geprägt wird.¹⁸ Die stillschweigende oder offen ausgesprochene Respektierung politischer Interessen der tonangebenden Großmächte durch die schutzbedürftigen Kleinstaaten und die zu selbstständiger Globalpolitik nicht fähigen Mittelmächte bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Ergebnisse internationaler Konferenzen, auf denen über neue völkerrechtlich bedeutsame Verträge verhandelt wird. Es sind die machtbewussten, für den Weltfrieden in erster Linie verantwortlichen großen Staaten, vorneweg die Vereinigten Staaten von Amerika, die ihre Sicherheitsinteressen in die völkerrechtlichen Debatten einbringen.

Dem kann sich auch die Völkerrechtslehre trotz ihrer wissenschaftlichen Unabhängigkeit nicht entziehen. Auch sie vermag es nicht, sich vom Sog der Fakten internationaler Politik völlig zu lösen. Entweder lässt sie sich in ihren inhaltlichen Aussagen von der Macht der tatsächlichen Verhältnisse beeinflussen oder sie beklagt ihre Machtlosigkeit.

Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass auch in der deutschen Völkerrechtsliteratur vom „werdenden Völkergewohnheitsrecht“¹⁹ gesprochen wird. Es heißt, es zeichne sich ein Völkergewohnheitsrecht der präventiven Selbstverteidigung ab, das Verteidigungsmaßnahmen auch dann legitimiere, wenn noch kein bewaffneter Angriff vorliege. Dieser Argumentationsschritt hat mit der rechtlichen Eingrenzung des im Rah-

men der Auslegung des Art. 51 VN-Charta erörtertem Tatbestandsmerkmal „unmittelbar bevorstehender Angriff“ nichts zu tun. Es handelt sich um neu entstehendes Völkergewohnheitsrecht, das sich neben der Legitimationsbasis des Art. 51 VN-Charta entwickelt. Es geht um neues, nicht um ein aus alter Zeit herrührendes Völkergewohnheitsrecht.

Gegen den Widerstand wichtiger Staatengruppen können aber auch die USA, die mächtigste Nation der Welt, ein derartiges neues Völkerrecht, soll es weiterhin als Konsensualrecht verstanden werden, nicht durchsetzen.²⁰ Beruht die praktische Wirksamkeit des Völkerrechts doch auf dem Konsens der Staaten, nicht auf dem Vorhandensein eines mit Zwangsgewalt ausgestatteten Rechtsetzungsorgans. Es gilt das Prinzip der Maßgeblichkeit des Willens aller beteiligten Staaten. Dieser Grundsatz ist mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit²¹ eng verknüpft. Die Staaten sind nicht nur in ihrer Eigenschaft als Rechtsunterworfenen vor dem geltenden Völkerrecht gleich. Bei normativer Betrachtungsweise haben sie in der auf Gleichheit beruhenden Staatengemeinschaft auch den gleichen Anteil an der Entstehung neuen Völkerrechts.

Nicht jedes gewichtige politische Interesse mächtiger Staaten lässt sich durch neue völkerrechtliche Vereinbarungen oder durch die Bildung von Gewohnheitsrecht rechtlich absichern. Neues Völkerrecht als rechtliche Selbstbindung zukünftiger Politik wird nur dann dauerhaft verfestigt, wenn die neuen rechtlichen Regeln als Ausdruck eines allgemein akzeptierten faktischen Verhaltens zu begreifen sind. Nur bei Stabilisierung gemeinsamer Interessen können wir mit gleichgeartetem faktischem Verhalten der Staaten rechnen.

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob bei der rechtlichen Legitimation der Doktrin der präemptiven Selbstverteidigung diese Voraussetzungen gegeben sind. Diese Doktrin wird trotz der internationalen Übereinstimmung im weltweiten Kampf gegen den Terrorismus als Ausdruck des einseitigen Interesses der Amerikaner empfunden. Den USA wird das Recht bestritten, in den erörterten Fällen unter Berufung auf Art. 51 unilateral vorzugehen. Hier spitzt sich ein Streit zwischen den so genannten Multilateralisten und den Unilateralisten zu. Es geht um die Frage, ob und inwieweit ein militärisches Vorgehen der USA zur Ausschaltung der terroristischen Bedrohung oder der von Massenvernichtungswaffen fremder Staaten ausgehenden Gefahren einer Ermächtigung durch den VN-Sicherheitsrat bedarf. Wie reagiert die Welt auf das Bestreben der USA, eine unipolare Welt zu führen? Solange dieser Streit nicht entschieden ist, wird man nicht von einem „werdenden Völkerrecht“ sprechen können. ■

¹⁷ N. Peach/G. Stuby, a.a.O. (Fn. 4), S. 383.

¹⁸ „Recht ist das Produkt der Politik.“ Dieser Ausspruch des früheren Verfassungsrichters Grimm war zwar nicht in erster Linie auf das Völkerrecht gemünzt, trifft aber auch für dieses Rechtsgebiet den Nagel auf den Kopf.

¹⁹ K. M. Meessen, a.a.O. (Fn. 9).

²⁰ W. Graf Vitzthum, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, Rdnr. 6.

²¹ Zum Gleichheitsgrundsatz im Völkerrecht im Allgemeinen: W. Graf Vitzthum, a.a.O. (Fn. 20), Rdnr. 74.

Prävention oder Präemption?

Volker Kröning*

In der „National Security Strategy“ vom September 2002, die mittlerweile zur sicherheitspolitischen Bibel der US-Administration geworden ist, wird wiederholt erklärt, dass sich die Vereinigten Staaten das Recht auf Präemption vorbehalten, wenn von verbrecherischen Regimen oder terroristischen Gruppierungen Gefahren für die eigene Nation bzw. die Verbündeten ausgehen sollten.

Dies stieß auf die Kritik von *Jimmy Carter*: Als er in Oslo den Friedensnobelpreis entgegen nahm, bemerkte er – sinngemäß –, dass es in der Festlegung des Weißen Hauses gar nicht um „Präemption“, sondern um „Prävention“ gehe, auf die niemand ein Recht geltend machen könne. Und in offenkundiger Anspielung auf *Kants* kategorischen Imperativ: Wenn Prävention zum allgemeinen Anspruch würde, wäre weltweites Chaos die Folge.

1. Amtliche Definition

Mit seiner Vermutung, dass der Begriff der Präemption von der *Bush*-Administration in irreführender Weise gebraucht werde, liegt *Carter* richtig. Dem offiziellen Militärwörterbuch des US-Verteidigungsministeriums zu Folge handelt es sich nämlich dabei um „*einen Angriff, der auf der Grundlage unbestreitbarer Belege eingeleitet wird, wonach ein feindlicher Angriff unmittelbar bevorsteht*“.

Bei einer Prävention ist das anders: Hier geht es um einen Krieg, „*der in dem Glauben begonnen wird, dass ein militärischer Konflikt zwar nicht unmittelbar bevorsteht, aber doch unvermeidlich ist, und dass ein Hinauszögern größere Risiken mit sich bringen würde*“. Ganz offenbar geht es der Führungselite der USA – insbesondere im Hinblick auf den Irak – um Letzteres, denn eine unmittelbar drohende Gefahr ist einfach nicht erkennbar.

2. Beabsichtigte Konfusion

Wenn eigentlich „Prävention“ gemeint ist, aber immer wieder von der Notwendigkeit einer „Präemption“ geredet wird, dann darf legitimerweise angenommen werden, dass dies absichtsvoll geschieht – zumal ein Blick in das genannte Wörterbuch jede begriffliche Unklarheit hätte beseitigen können. Zu fragen ist also nach dem politischen Kalkül, das hinter dem so merkwürdigen Vorgehen der *Bush*-Administration steht.

Zunächst muss vermutet werden, dass eine unklare Sprache eigene Handlungsspielräume vergrößern sollte. Zudem scheint man mit dem Insistieren auf „Präemption“ die Dringlichkeit des Eingreifens und damit auch dessen Legitimität unterstreichen zu wollen. Darüber hinaus wird erstaunlicherweise – indirekter – Respekt vor dem Völkerrecht deutlich: gilt doch Präventivkrieg als verboten, während Präemptionen unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sind.

Auf jeden Fall verstärkt sich durch den eigenwilligen Gebrauch des Begriffes „Präemption“ der durch mancherlei andere Hinweise gestützte Eindruck, dass es den USA beim Aufmarsch gegen den Irak von vornherein um mehr gegangen ist als nur den Aufbau einer zu weiterer Abrüstung nötigen Drohkulisse. Wenn dies aber so ist, muss international eine Gegenposition entwickelt werden, wie dies *Gerhard Schröder* unternommen hat.

Nebenbei: Der von General *Naumann* eingeführte Begriff der „Drohkulisse“ wurde von der CDU/CSU-Führung willig übernommen – in einer Haltung, die Wahrnehmungsdefizite mit Rechtsferne verknüpft. Doch nicht einmal so etwas war wohl unbedingt erforderlich: Jedenfalls geben britische Armeeführer – Mr. *Blair* widersprechend – kund, dass der Irak bereits vor der neuerlichen Inspektion ein kontrollierbares Sicherheitsrisiko gewesen sei.

3. Veränderte Konstellation

Die Verwirrung um „Prävention“ und „Präemption“ verweist auf ein beunruhigendes Problem: Offenbar gibt es im sicherheitspolitischen Denken des Westens die Tendenz, den „neuen“ Bedrohungen so zu begegnen, dass sie zeitlich – und auch räumlich – auf einer maximalen Distanz gehalten werden können. Es soll sehr frühzeitig zugeschlagen werden. Und auch entfernteste Krisenherde erscheinen plötzlich als militärisch unmittelbar relevant.

Woran das liegt? Vermutlich zum einen daran, dass die „asymmetrischen“ Bedrohungen unserer Tage in ihrer Fremdartigkeit und Heimtücke eine so irritierende Herausforderung darstellen, dass man sie sich möglichst weit vom Leibe halten möchte. Und zum anderen auch daran, dass es realistisch erscheint, zumindest mit einigen der Gegner ohne größeres eigenes Risiko fertig werden zu können.

In diesem Sinne ist der Irak ein Gegner ganz nach dem Geschmack mancher atlantischer Sicherheitspolitiker: Er lässt sich – allerdings nur mit Ach und Krach – in die Nähe terroristischer oder doch zumindest heimtückischer Bedrohung rücken. Zugleich ist sein militärischer Apparat eher traditionell strukturiert – also gar nicht so verwirrend „asymmetrisch“ – und überdies von höchst konvenierender Schwäche.

Ein ganz anderes Kaliber ist da Nordkorea: militärisch erheblich weniger kontrolliert und beträchtlich gefährlicher als der Irak. Hier käme wohl kaum jemand auf die Idee, unter Berufung auf „Prävention“ das Völkerrecht zu brechen. Entsprechendes galt bekanntlich auch während der Ost-West-Konfrontation. Prävention war in der damaligen Konstellation schierer Wahnsinn, und nur vereinzelte US-Militärs spielten mit dem Gedanken daran. ■

* *Volker Kröning* ist Mitglied des Bundestages.

Ethische Grundsätze militärischer Reaktionen

Hans-Gerd Angel*

1. Einleitung – Ethik und ihre Funktion

Zu Beginn eines Aufsatzes über die ethischen Grundsätze militärischer Reaktionen ist es vielleicht sinnvoll ein Wort darüber zu verlieren, was Ethik überhaupt ist und was sie erreichen will:

Ethik ist die wissenschaftliche Reflexion auf gelebte Moral und auf Herausforderungen einer sich wandelnden Gesellschaft „mit dem Ziel, Verhaltensvorschriften, sittliche Verpflichtungen und Handlungsregeln für Entscheidungen argumentativ auszuweisen und zu rechtfertigen“.¹ Es geht also um begründetes Handeln und das Aufstellen von Handlungsregeln unter der Differenz von sittlich richtig/sittlich falsch bzw. sittlich gut/sittlich böse.

Die Individualethik, im katholischen Raum Moraltheologie genannt, beschreibt die Verantwortung des Einzelnen gegen sich selbst und seine Mitmenschen, als Theologie auch die Verantwortung gegenüber Gott. Es geht also vor allem um das Handeln von Einzelpersonen, um Gewissen, persönliche Verantwortung, um den gelungenen Lebensentwurf des Einzelnen. Demokratien gestehen dem Einzelnen ja zu, sich gegen einen Militärdienst zu entscheiden und respektieren damit die Gewissensentscheidung auch in dieser Frage.

Die Sozialethik beschäftigt sich dagegen vor allem mit der Frage der Gestaltung von Strukturen, um die gerechte Ordnung einer Gesellschaft bzw. von mehreren Gesellschaften, da immer mehr Probleme nicht mehr nur im nationalen Rahmen betrachtet werden können.

Jede Ethik basiert auf einem bestimmten Menschenbild. Die je spezielle Sicht des Menschen und seiner Stellung in der Welt impliziert eine bestimmte Sicht und Beurteilung der menschlichen Handlungen. Je nachdem wie der Mensch gesehen wird, werden auch seine Handlungen nach richtig oder falsch, gut oder böse beurteilt. Christliche Ethik stellt den Menschen in den Mittelpunkt der Moral. Normierende Größe für sittliches Handeln ist das Wohl der Person, die Entfaltung der Menschlichkeit.

Teleologische Ethik – eine sehr gängige Form der Begründung von Ethik – wird von den Folgen des Tuns her („*telos*“ – „das Ziel“) begründet. Ganz grob gesprochen: Eine Handlung oder eine Norm ist dann richtig, wenn sie positive Folgen hat, sie ist falsch, wenn die Folgen negativ sind oder diese überwiegen.

Friedensethik ist ein Teilbereich der Ethik, eine so genannte Bereichsethik, die sowohl die Individual- wie auch die Sozialethik betrifft. Wer wollte leugnen, dass im Falle kriegerischer Auseinandersetzungen Einzelne betroffen sind. Aber

es geht auch um die Herstellung von Strukturen, die eine gewaltsame Lösung von Konflikten überflüssig machen – sehr optimistisch betrachtet.

Dass die Frage von Krieg und Frieden überhaupt ein Thema der Ethik ist, muss nicht ausladend begründet werden. Die dabei auf dem Spiel stehenden Güter und Werte springen ins Auge. Es ist durchaus auch vieles normativ eigentlich unproblematisch in dem Sinne, dass man nicht darüber diskutieren muss, ob es denn sittlich richtig ist, Zivilisten, Alte, Kranke und Schwangere oder Kinder zu töten, Frauen zu vergewaltigen, Massaker zu begehen oder auch nur Menschen ins Flüchtlingselend zu stürzen und so fort. Dies alles sind Phänomene, die von fast jeder kriegerischen Auseinandersetzung berichtet werden.

Christlicher Ethik geht es um den Menschen. Um den ganzen Menschen, um alle Menschen, um die jetzigen und die zukünftigen Generationen.

Christliche Ethik hat sich schon sehr früh um die Frage „Krieg und Frieden“ bemüht. Es existieren sowohl eine praktische wie auch eine normative Tradition.

Der erste Teil des Aufsatzes soll die Historie etwas nachzeichnen. Es kann dabei nicht um eine lückenlose historische Darstellung gehen, sondern vielmehr darum, dass in der christlichen Friedensethik schon sehr früh normative Pfeiler aufgestellt wurden, die einen hohen Bestandswert haben. Sie sind heute in einem säkularen Umfeld längst selbstverständlich. Andere erwiesen sich als Stützen, die als zeitbedingt gelten müssen und daher inzwischen obsolet geworden sind.

In einem zweiten Teil wird dann auf das neuere friedensethische Konzept „Gerechter Friede“ etwas näher eingegangen. Es ist die Basis der aktuellen Äußerungen der Deutschen Bischofskonferenz. Was meint dieses Konzept, welche Inhalte hat es und was ist das Neue daran?

2. Das Ringen der Christen um Frieden

Was die Beschäftigung mit dem Thema Frieden angeht, so hat der christliche Ethiker natürlich eine eindeutige normative Vorgabe: Unzweifelhaft steht *Jesus Christus* mit seiner Person und mit seinem ganzen Tun für den Frieden. Er selbst wird mit einem Jesaja-Wort „Friedensfürst“ genannt. Daneben preist er in dem größten zusammenhängenden ethischen Teilstück des Neuen Testaments, der Bergpredigt, die Friedensstifter selig und in jeder Messe sprechen sich die Christen den Frieden des Herrn zu. Die Grundrichtung des Neuen

* Priv.-Doz. Dr. Hans-Gerd Angel ist Dozent für Sozialethik an der Universität Münster.

¹ B. Irrgang, Christliche Umweltethik, München 1992, S. 11.

Testamentes, d.h. die Grundlage des christlichen Glaubens, ist jedenfalls klar: Ihr Christen habt euch um den Frieden zu bemühen – das ist die Botschaft, die sich schwerlich wegdeuten lässt.

So haben die Christen sich tatsächlich über Jahrhunderte mit dieser normativen biblischen Vorgabe beschäftigt. Ganz am Anfang stand z.B. die Frage im Raum, ob es einem Christen überhaupt erlaubt ist, den Beruf eines Soldaten auszuüben oder – in der umgekehrten Konstellation – ob Soldaten Christen werden können. Nach der Konstantinischen Wende, als das Christentum Staatsreligion geworden war, wurde sogar die Frage diskutiert, ob nicht ausschließlich Christen im kaiserlichen Heer sein und so einen Garant für die christliche Idee des Friedens darstellen sollten.

In dieser Linie sind auch die durchaus bemerkenswerten praktischen Bemühungen um den Frieden im Mittelalter zu sehen. Krieg, kriegerische Auseinandersetzungen und ihre schrecklichen Folgen waren als Übel erkannt und man versuchte von Seiten der Christen etwas entgegenzusetzen. Seit dem frühen Mittelalter hat die Kirche Anstrengungen unternommen, das alterhergebrachte altgermanische Fehdewesen zu beseitigen. Dies äußerte sich in dem Versuch, bestimmte Orte und Zeiten von Kampfhandlungen auszunehmen. Dieser „*treuga dei*“ (Gottesfriede) genannte Versuch einer institutionellen innerstaatlichen Friedenssicherung wird im 11. und 12. Jahrhundert vor allem in Frankreich und Deutschland aufgebaut und umfasst im 13. Jahrhundert eine beträchtliche Zeit des Jahres, die Tage einer jeden Woche, die durch Tod und Auferstehung Christi geheiligt waren, Donnerstag bis Sonntag, und die geprägten kirchlichen Zeiten Advent, Weihnachten, Fasten- und Osterzeit.

In dieser Linie – das ist nun ein erheblicher zeitlicher Sprung – ist auch das Bemühen der römischen Gemeinschaft Sant’ Egidio zu sehen, konfliktvermittelnd tätig zu sein. Dies ist im Falle Mosambiks gelungen, im Falle Algeriens nicht. Auch das Bemühen der Deutschen Bischofskonferenz zum Frieden in Kolumbien und viele weitere Initiativen im Namen der Kirche sind hier zu nennen.

3. Die Lehre vom „Gerechten Krieg“

Das bedeutendste normative christliche Konzept in der Frage des Friedens war die so genannte Lehre vom „Gerechten Krieg“ (*bellum iustum*). Dieses Konzept hat eine sehr lange Tradition und spielt weiterhin eine Rolle im heutigen Diskurs. Es gibt eigentlich nicht die Lehre, sondern die Vorstellung wurde bis heute von unzähligen Autoren mit ebenso unzähligen Nuancen vertreten.

Eingehend wurde das *bellum iustum*-Konzept erstmals von keinem Geringeren als Augustinus reflektiert, wenngleich bei ihm noch nicht von einer friedensethischen Systematik gesprochen werden kann. Möglicherweise könnten diese Kriterien auch auf den laufenden Irak-Krieg angewendet werden.

Die Zielperspektive, also die normative Leitlinie, ist die von Gott gewollte gerechte Friedensordnung. Die einzige Legiti-

mation, die Augustinus nennt, um Kriege zu führen, ist die Wiederherstellung dieser Friedensordnung. Also Krieg nur, um Frieden wiederherzustellen – eine bis heute zentral-relevante ethische Forderung. Diese grundsätzliche Ziellinie vorausgesetzt nennt Augustinus drei Bedingungen, unter denen ein *bellum iustum* zu führen ist:

- Der Krieg muss entweder als von Gott oder einer rechtmäßigen Autorität, die in der damaligen Vorstellung eben rechtmäßig immer nur von Gott eingesetzt werden kann, angeordnet werden (*legitima potestas*).
- Er muss das allgemeine Wohl zum Ziel haben (*iustitia – iusta causa*).
- Er muss als Mittel der Konfliktlösung auf den äußersten Fall beschränkt bleiben (*necessitas*).

Die Grundidee, Krieg ausschließlich zur Wiederherstellung der von Gott gewollten Friedensordnung, sowie die genannten drei Bedingungen legen die Grundsteine der Lehre des *bellum iustum*, die über Jahrhunderte kaum verändert wurde, da wir es im Mittelalter mit einem weitgehend stabilen gesellschaftlichen System zu tun hatten. Die Lehre vom „Gerechten Krieg“ hatte im Übrigen auch Eingang in das *Decretum Gratiani*, das kirchliche Rechtsbuch des Mittelalters, gefunden. Wenngleich sich Thomas von Aquin ebenfalls mit der Frage beschäftigt hatte, hat die Lehre vom „Gerechten Krieg“ markante Weiterentwicklungen erst in der Zeit der frühen Neuzeit gefunden, und zwar weil sich die gesellschaftlichen Bedingungen jetzt in einigen bedeutsamen Punkten gewandelt haben.

Man musste auch die Lehre vom „Gerechten Krieg“ nachbessern, denn die Einheit der Christenheit war zerbrochen. Der Papst hatte damit keinen übergreifenden Einfluss auf christliche Fürsten zur Verhinderung eines Krieges mehr. Auch fanden sich durch die Entstehung von Nationalstaaten Herrscher, die sich keiner obersten politischen Autorität mehr unterwerfen wollten. Außerdem hatten sich die Waffentechnik und die Kriegsführung seit dem 14. Jahrhundert durch das Aufkommen von Kanonen und Handfeuerwaffen gewandelt.

Die Lehre vom „Gerechten Krieg“ wurde daraufhin von Autoren des 16. Jahrhunderts wie z.B. Vitoria, Suarez, Molina verfeinert und den gesellschaftlichen Umständen angepasst. Eine wichtige Änderung war der Versuch einer naturrechtlichen Begründung. Der Lehre vom Naturrecht war die Basis für eine Verbindlichkeit der Argumente über die christliche Ethostradition hinaus. Also bereits in der frühen Neuzeit hat man transkulturelle Konzepte zur Begründung einer Friedensethik angestrebt. Grund war das Aufeinandertreffen von verschiedenen Ethostraditionen, die nicht mehr nur christlich waren – wir hatten das Zeitalter der Entdeckungen, der Begegnungen und der Auseinandersetzungen mit anderen Kulturkreisen.

Diese Begründungslinie des Naturrechts ist bis heute existent – die Begründung der Menschenrechte ist eine naturrechtliche Begründung, insofern man sich darauf beruft, dass es sich hier um Rechte handelt, die jeder positiven Gesetzge-

bung vorausliegen. Dieser Versuch der naturrechtlichen Grundlegung der *bellum iustum*-Lehre in der frühen Neuzeit war zugleich der Beginn des modernen Völkerrechts, das als positives Recht das Ziel hat, die Geltung des Naturrechts hinsichtlich der Beziehung der Staaten untereinander zu regeln. Schon damals finden sich Überlegungen, dass ein übernationales Schiedsgericht existieren müsse, das über die in der Lehre vom „Gerechten Krieg“ aufgestellten Bedingungen wachen solle. Erst kürzlich wurde nun diese Forderung durch die Einrichtung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs eingelöst.

Die *bellum iustum*-Lehre ist in zwei Kernbestandteile untergliedert, das *ius ad bellum*, also die Frage, unter welchen Bedingungen gerechtfertigterweise ein Krieg geführt werden kann, und das *ius in bello*, die Frage, wie sich die Kriegsführenden in Kriegen einigermaßen human verhalten können. Angesichts der genannten veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen wurde die Lehre vom „Gerechten Krieg“ von den Spätscholastikern vor allem in der Frage des *ius in bello* erweitert. Einer der Kernsätze bezieht sich auf den Schutz der an der Kriegsführung nicht unmittelbar Beteiligten, den Schutz der Zivilbevölkerung, der Frauen, Kinder, Alten und Kranken. Damit wurden schon damals gewissermaßen die Genfer Abkommen vorweggenommen.

Der Schutz der Zivilbevölkerung ist im Übrigen auch dringend nötig, worauf der Berliner Politikwissenschaftler *Herfried Münkler* hinweist: „Anfang des 20. Jahrhunderts hat ein junger Mann Glück gehabt, wenn er nicht frontfähig war. Heute steigert er im Kriegsfall seine Überlebenschancen, indem er sich einer Truppe anschließt und zur Kalaschnikow greift.“² Denn 80 Prozent der Kriegesopfer sind heutzutage Zivilisten, 20 Prozent Soldaten, darunter ein nicht geringer Teil, der durch „friendly fire“, also durch die eigenen oder alliierte Truppen, ums Leben kam. Im Golfkrieg 1991 wurden von den 146 getöteten US-Soldaten immerhin 35 von den eigenen Kameraden erschossen – das ist ein Viertel.

Die erweiterte Lehre des „Gerechten Krieges“, die wie erwähnt in der frühen Neuzeit unter interkulturellen, also nicht mehr nur unter christlichen, Bedingungen bestand, nennt nun fünf Voraussetzungen:

1. Der Kriegsgrund muss gerecht und schwerwiegend sein: *iusta et gravis causa*.
2. Der Krieg muss das letzte und einzige Mittel der Selbstbehauptung sein: Krieg als *ultima ratio*.
3. Die Entscheidung muss von der legitimen staatlichen Autorität kommen: *legitima auctoritas*.
4. Er muss in einer Weise geführt werden, die dem Natur- und Völkerrecht entspricht: *debitus modus*.
5. Opfer und Werte müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen: *debita proportionalis*.

² KStA vom 5.12.02.

Die genannten fünf Bedingungen sind in ethischer Hinsicht durchaus von hohem Bestandswert. Krieg wird als letztes Mittel ausgewiesen und nicht einfach als eine Option in einer Reihe von Handlungsalternativen gesehen. *Ultima ratio* bedeutet, es müssen alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft sein. Die Bedingungen verpflichten des Weiteren auf bestehende Verträge des Völkerrechts und auch auf die naturrechtlichen Grundlagen der Menschenwürde. Wenn in dem fünften Punkt darauf hingewiesen wurde, dass Opfer und Werte in einem vernünftigen Verhältnis zueinander zu stehen haben, so hat dies selbstverständlich auch noch heute zu gelten, wenn überhaupt die Option Krieg angedacht ist. Dass die modernen Massenvernichtungswaffen hier zu einer gründlichen Beachtung der Folgen zwingen, ist aus ethischer Sicht unumstritten.

Am schwierigsten zu verstehen und unserem Denken am weitesten entfernt sind die Punkte, bei denen es um die Frage der Rechtmäßigkeit des „Gerechten Krieges“ geht. Darunter wurde damals viel weniger eine moralische Kategorie verstanden, als wir es heute mit dem Begriff „gerecht“ verbinden. „Gerecht“ war ein Krieg viel eher schon dann, wenn er von einer rechtmäßig eingesetzten Autorität angeordnet wurde. „Gerecht“ war vielmehr eine *categoria legalis* denn *moralis* und bedeutete „ohne Formfehler“. Und hier war einer der Gründe zu sehen, warum die Lehre vom „Gerechten Krieg“ letztlich an ihre Grenzen gekommen ist. Unter den Bedingungen eines geschlossenen Abendlandes hatten wir eine Autorität, die verbindlich über die für einen „Gerechten Krieg“ notwendigen Voraussetzungen entscheiden konnte. Dies war seit der Neuzeit eben nicht mehr der Fall. Allzu leicht haben beide kriegsführenden Parteien Bedingungen eines „Gerechten Krieges“ für sich beansprucht – vor allem nachdem die Frage, ob der Krieg auf beiden Seiten gerecht sein könne, positiv entschieden wurde. Waren die Bedingungen erst derart aufgeweicht, gab es allenthalben „Gerechte Kriege“. Das Konzept „Gerechter Krieg“ bezog sich damit nicht mehr so sehr auf die Frage der Eindämmung von Gewalt, sondern diente viel eher zu deren Legitimation. Es verkam gewissermaßen.

Aber das Problem war noch fundamentaler. Unter den Bedingungen moderner Massenvernichtungswaffen, deren vernichtende Wirkung sich leicht über Staatsgrenzen hinweg ausdehnt, war die Frage der Führung eines Krieges zu einem grundlegenden Problem geworden. Mehr und mehr kam man in der Friedensethik zu der Überzeugung, dass alles darangesetzt werden müsse, eine gewaltsame Auseinandersetzung zu vermeiden, da angesichts der Vernichtungskraft der modernen Waffen und Kriegsführungssysteme die Folgen in keinsten Weise mehr tragbar schienen.

Diese und andere Gründe – das Aufkommen der Idee der Menschenrechte, die Erkenntnis, dass die meisten Kriege der letzten Jahre innerstaatliche Auseinandersetzungen waren, bei denen das klassische Völkerrecht nicht greift, ökologische Fragen usw. – haben eine neue ethische Zielperspektive erwachsen lassen, für die sich der Begriff „Gerechter Friede“ beginnt einzubürgern. Diese Zielperspektive umschreibt das umfassendere Projekt einer Friedensethik unter heutigen Bedingungen, die den Begriff „Frieden“ sehr viel weiträumiger definiert als nur mit Abwesenheit von Krieg und Gewalt.

4. Das Konzept „Gerechter Friede“

Das Konzept „Gerechter Friede“ ist umfassender angelegt, als es die Lehre vom „Gerechten Krieg“ gewesen ist. Es stellt nicht gleich die Frage, unter welchen Bedingungen eine gewaltsame Auseinandersetzung erlaubt sein kann. Die normative Ziellinie ist vielmehr die, unter allen Umständen dafür Sorge zu tragen, nicht in das Dilemma zu geraten, Gewalt anwenden zu müssen, um einen Ausweg aus einer verfahrenen Situation zu finden.

Zwar wird in dem Konzept auch über die Anwendung von Gewalt resp. Gegengewalt gesprochen, doch steht diese Option nicht in einer Linie mit den anderen dort angesprochenen Optionen. Die Gewaltoption wird vielmehr als Misslingen der anderen politischen Möglichkeiten gewertet. Das normative Leitbild des „Gerechten Friedens“ betrachtet nämlich jegliche Form von Gewaltanwendung als sittliches Übel, auch wenn sich vordergründig bisweilen Gegengewalt als das kleinere Übel darstellen mag. Es ist gerade die Dynamik eines jeden Krieges oder Bürgerkrieges, die nicht selten das kleinere Übel am Ende als das größere erscheinen lässt. Diese Skepsis ist empirisch gedeckt. Die Friedensforschung weist darauf hin, dass die meisten Kriege entstanden sind, ohne dass die Partner, die in diese Kriege gerieten, dies beabsichtigt hatten. Ein für eine ethische Betrachtungsweise höchst bemerkenswerter Umstand.

Gewaltpräventive Konfliktbearbeitung wird daher als in strengem Sinne verpflichtend angesehen, was bedeutet, dass alles getan werden muss, eine gewalttätige Auseinandersetzung zu vermeiden. Die normative Zielvorstellung der Gewaltvermeidung wird auf eine breitere ethische Basis der Begründung mit Menschenwürde und Menschenrechten gestellt und ist somit konsensfähig mit einer gängigen Ethikbegründung über eine singuläre Ethostradition hinaus.

Der Friedensbegriff des Konzeptes ist, wie erwähnt, weit. Frieden ist hier nicht nur definiert als Abwesenheit von Gewalt, sondern umfasst auch Dimensionen einer weltweiten Gerechtigkeit, der Einhaltung von Menschenrechten und einer dauerhaften Versöhnung. Er weicht damit vom engen Analysebegriff vieler Politikwissenschaftler ab. Dieser definiert Krieg beispielsweise als Gewalt mit mehr als 1.000 Toten.

„Gerechter Friede“ integriert über die ethische Grundlegung hinaus die Erkenntnisse der modernen Friedensforschung. Es sind dies im Wesentlichen zwei Problembereiche, wovon der eine sich auf den Typus der klassischen Auseinandersetzung zwischen souveränen Staaten bezieht, also das, was im herkömmlichen Sinn als Krieg bezeichnet wird. Der andere Bereich bezieht sich auf die in den letzten Jahrzehnten stark angewachsenen Formen der innerstaatlichen, der ethnischen, religiösen, gewissermaßen machtfragmentarischen Auseinandersetzungen.

Was die zwischenstaatlichen Konfrontationen angeht, so vertritt „Gerechter Friede“ eine Gegenposition zum sogenannten Realismus oder wie er in der führenden englischsprachigen Diskussion genannt wird zum „new realism“. Dieser geht davon aus, dass das bestehende Sicherheitsdilemma zwischen den Staaten ohnehin nicht behebbbar sei, da im internationalen System keine übergeordnete, sicherheitsstiftende Instanz mit Durchsetzungsgewalt existiere. Das Sicherheitsdilemma besteht eben darin, dass jeder Staat dem anderen misstraut und sich darauf vorbe-

reitet, nicht angegriffen zu werden. Die Staaten tun dies in der Regel durch Aufrüstung. Das Dilemma, das sich am Kalten Krieg oder der augenblicklichen Situation zwischen Indien und Pakistan oder auch am Verhalten Nordkoreas beobachten lässt, bewirkt nicht ein geringeres, sondern ein erhöhtes Sicherheitsrisiko und damit genau das, was eigentlich vermieden werden soll.

Während im Realismus für die Einrichtung von sich abschreckenden Gleichgewichtssystemen plädiert wird – es gibt ja durchaus genügend Befürworter eines Gleichgewichts des Schreckens –, setzt das Konzept „Gerechter Friede“ auf die Position einer Kooperation im internationalen System. Angemahnt wird ein Zurückstecken nationaler Interessen und eigener Machtentfaltung zugunsten der Internationalen Gemeinschaft und einer Kooperation in internationalen Organisationen. Dies korreliert mit Forderungen nach einer Stärkung der Vereinten Nationen sowie regionaler Organisationen wie der OSZE.

Auf eine Kurzformel gebracht: Nicht „balance of powers“, sondern internationale Kooperation ist für „Gerechten Frieden“ der Weg zwischenstaatlichen Handelns.

Ein bemerkenswertes Faktum wird inzwischen in der Friedensforschung als empirisches Gesetz bezeichnet: Es gibt keinen einzigen Fall, in dem eine Demokratie moderner Form der OECD-Welt gegen eine andere Demokratie dieses Bereiches einen Krieg geführt hat. Demokratien führen offenbar keinen Krieg gegen andere Demokratien. Dass Westeuropa eine Friedenszone ist, hängt offenbar wesentlich mit der Demokratisierung der Herrschaftsformen zusammen. In demokratischen Gesellschaften steigt der Wert des Friedens – zumindest gegenüber der eigenen und anderen demokratischen Gesellschaften, jedoch offenbar nicht gegenüber nicht-demokratischen Gesellschaften.

Wenn umgekehrt nachweisbar ist, dass autoritäre, diktatorische Regime in viel höherem Maße gewaltaktiv als demokratisch verfasste Systeme sind, dann gilt es zur Friedenssicherung auf Demokratie und Rechtsstaatlichkeit hinzuarbeiten.

„Gerechter Friede“ mahnt Demokratisierung und Rechtsstaatlichkeit an, wozu auch die Frage nach dem wirtschaftlichen und sozialen Status der Entwicklungsländer gehört. Denn, eine weitere empirisch gestützte Erkenntnis zugrunde gelegt, nämlich, dass es in gewaltsamen Konflikten stets um die Erringung von Ressourcen geht, Frieden hat auch etwas mit Gerechtigkeit zu tun. Es lässt sich beobachten, dass etwa ethnische Konflikte nicht eskalieren, wenn nicht irgendein gravierendes Verteilungsproblem vorliegt, eine asymmetrische Verteilung von Ressourcen, entweder von ganz handfest materiellen Dingen wie Öl, anderen Rohstoffen, Territorium oder von nicht-materiellen Ressourcen, dem Zugang zu Bildung, kultureller Autonomie und politischer Partizipation.

„Wo es in gespaltenen Gesellschaften keinen wie immer gearteten Verteilungsschlüssel für diese Ressourcen gibt, der von den beteiligten Seiten als annehmbar und fair empfunden wird, droht immer die Eskalation.“³

³ H. Müller, Ansätze konzeptionell-institutioneller Friedenssicherung, in: Th. Hoppe (Hg.), Friedensethik und internationale Politik (Forum Weltkirche 9), Mainz 2000, 109.

Es geht sowohl um den Ausgleich im internationalen System als auch um einen gerechten Zugang zu intrastaatlichen Ressourcen. Letzteres gelingt offenbar in demokratischen Systemen viel besser, weil sie den Bürgerwillen breitenwirksam integrieren können.

Auf dem Feld der internationalen Gerechtigkeit wie auch bei der Arbeit an Demokratisierung und Rechtsstaatlichkeit arbeiten die Kirche, ihre Organisationen und Vertreter vielfältig in direkter Weise mit.

Ein ganz spezielles Feld der Friedensarbeit ist die Konfliktnachhilfe, die Versöhnungsarbeit. Die große Fülle traumatischer Erlebnisse nach gewaltsamen Auseinandersetzungen verlangt eine mühsame Aufarbeitung des Geschehenen, der schmerzhaften Erinnerungen. Es geht dabei um das Finden von Wahrheit auf allen Seiten, um die Konsensbildung über schwierige Themen, um die Überwindung der propagandistisch aufgeladenen Feindbilder. Auch hierbei hat die Kirche ihren Ort. Es geht hier um ein äußerst schwieriges, zeitaufwändiges Unterfangen, bei dem es keine sicheren Rezepte gibt. Manche halten sehr viel von solchen Einrichtungen wie der südafrikanischen Wahrheitskommission, bei der die Täter des Apartheidregimes dann straffrei ausgehen, wenn sie vor der Kommission ihre Taten schildern und Reue zeigen. Gegner dieser Einrichtung verweisen darauf, dass sich die Opfer solch großen Unrechts niemals mit dem straffreien Ausgang für die Täter zufrieden geben könnten. Es gibt andere Beispiele, wo bis heute keine Aufarbeitung der problematischen Vergangenheit in Angriff genommen wurde – in Spanien wurde die *Franco-Zeit* bis heute nicht aufgearbeitet. Wo auch immer man sich in irgendeiner Weise der belasteten Vergangenheit stellt, geht es um Versöhnung und Vergebung – genuine Aufgabenfelder kirchlichen Handelns.

Bei den engeren militärischen Fragen bleibt das Konzept dabei, dass jede Form der Gewaltanwendung ein sittliches Übel darstellt und auf die Kapitulation der politischen Möglichkeiten hinweist. Es werden Abrüstungs-, Rüstungskontroll- und Verifikationsmechanismen angemahnt, die sowohl die Einhaltung der bestehenden Verträge über ABC-Waffen sicherstellen als auch den für viele innerstaatliche Spannungen verhängnisvollen Handel mit Kleinwaffen durch verstärkte Exportkontrollen einschränken sollen.

Die seit einigen Jahren deutlich geänderte Rolle der Bundeswehr muss in der Zielperspektive eines „Gerechten Friedens“ gesehen werden, d. h. zur Befriedung von Spannungsgebieten und im Hinblick auf ein je größeres Gemeinwohl. Es sollte eben nicht egal sein, wie ein Land oder eine Region nach einem militärischen Einsatz aussieht. Der Einsatz macht nur Sinn im Rahmen eines Gesamtkonzeptes eines Weltgemeinwohls, das die Militäraktion nicht isoliert betrachtet, sondern in ein politisches Konzept, das zumeist für eine ganze Region zu gelten hat, einbettet. Das gilt auch für die umstrittenen humanitären Interventionen. Nicht ganz neu, aber nach dem 11. September sehr viel intensiver ist hierbei auch die Frage der Intervention zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung zu bedenken. Denn Interventionen verstoßen immerhin gegen das völkerrechtlich verankerte Souveränitäts- und das Nichtinterventionsprinzip. Sie bedürfen daher einer besonders klaren Absicherung durch die internationale Gemeinschaft.

Das Konzept fordert die Integration der Streitkräfte in ein demokratisches System mit Gewaltenteilung und -kontrolle. Daher hat auch die Legislative über den Auslandseinsatz der Bundeswehr, in Abstimmung mit den Beschlüssen des UN-Sicherheitsrates, zu entscheiden.

5. Zusammenfassung

Es geht dem friedensethischen Konzept „Gerechter Friede“ also darum, das internationale Gemeinwohl so auszurichten, d. h. Gerechtigkeit weltweit dergestalt zum Tragen kommen zu lassen, dass Konflikte nicht mehr das Potenzial einer gewaltsamen Entladung bergen. Wenn dies nicht gelingt – mit diesen Fällen wird durchaus gerechnet –, muss auch die militärische Aktion dem umfassenden Konzept verpflichtet bleiben.

„Gerechter Friede“ ist kein politologisches Konzept. Wenn gleich die analytischen Aussagen dem „state of the art“ der Friedensforschung entsprechen wollen, so enthält es doch ein ethisches „Mehr“ über das jetzt schon Machbare hinaus. Als theologisches Konzept enthält es die Hoffnung auf einen dauerhaften Frieden unter den Menschen, wohl wissend ob seiner Gefährdungen. ■

Rogue States, the Axis of Evil, and the Ethical Debate

Bernard J. Dougherty*

This article reproduces the thoughts presented at the conference in Bad Teinach on 21 March 2003. The ideas and opinions presented here are in large part based on a conference attended by the author in January 2003 outside Washington, D.C., USA, the Joint Services Conference on Professional Ethics (JSCOPE), which will be explained later in the article.

In the past few years countless books and articles have been written on the concept of “rogue states”, yet there is no agree-

ment on the exact definition of this concept. Hence, it is interesting to start the analysis by looking at the term “rogue.”

* Bernard J. Dougherty (LL.M.) is guest researcher at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University of Bochum (Germany). He holds a Juris Doctor from Georgetown University Law Center, Washington, D.C., LL.M. from the University of Miami, Florida, USA, and LL.M. (Public International Law) from the University of Leiden, Netherlands. He expresses sincere thanks to Noelle Quéñivet for her work in editing this article in converting it from the speech given at Bad Teinach.

The Oxford dictionary defines rogue as „dishonest or unprincipled; mischievous,” (a little less critical connotation); and, finally, “a wild animal driven or living apart from the herd.”¹

In the given context of international affairs, “mischievous” carries too light a connotation but perhaps either of the other two, “dishonest or unprincipled” or “a wild animal driven from and living apart from the herd” would fit. The image of a state “wild and driven from or living apart from the herd” seems to fit best, the herd being the community of nations.

One can state that Iraq has been isolated by the world community in some ways but in others, the contrary seems to be true. For example, France, Russia, and China have rushed to conclude petroleum contracts with Iraq before any hostilities might break out. In addition, many countries have sold goods to or bought goods from Iraq in violation of the United Nations (UN) sanctions, among them, Turkey and Syria.

Other “rogue states” have been identified by the United States (US): Iran, Libya, North Korea, Cuba, Syria, and Sudan.² Some of these have also been labelled as states sponsoring terrorism.

A rogue state may also be spoken of as an outlaw state, one which is a threat to its neighbours and the entire world. In the words necessary for invocation of chapter VII of the UN Charter by the Security Council, Iraq must be shown to be a threat to the peace and security of the world.

Iraq qualifies as a rogue or outlaw state by most definitions and a threat to international peace and security. History from 1980 to the present will illustrate the point.

Iraq:

1. in 1988, gassed its own people in Halabja, killing 5,000 and seriously injuring 7,000;
2. from 1980 to 1988, waged aggressive war against its neighbour, Iran, and, again, used prohibited chemical weapons;
3. in 1990, invaded and annexed its neighbour, Kuwait;
4. in 1991, caused unequalled environmental damage when, withdrawing from Kuwait, it set fire to 500 oil wells;
5. after the second Gulf War 1990-1991, arguably committed genocide against its own people, the Shiite, marsh Arabs in the south. Some allege that there has been total destruction of their economy, their culture, their habitat, and their way of life, by the burning, draining, and damning of the marshes with the result that the Shia population in the south has been reduced from 500,000 to a few thousand.³
6. waged war against its own people, the Kurds in the north; some allege that upward of 3,000 villages have been destroyed and in excess of 180,000 people killed;
7. during the 1991 Gulf war, fired missiles into the population centres of a neighbour, Israel, which was not waging war against Iraq.

Whether we approve of the label or not, many would also conclude that North Korea is a rogue state according to the defini-

tion of rogue adopted in this article. In violation of its international agreements, North Korea restarted its nuclear weapons programme. It has fired rockets in the vicinity of Japan.

Besides the term “rogue states”, there also emerged the expression “axis of evil”, an axis composed of Iran, Iraq and North Korea, as put forward by President Bush in his State of the Union address, 29 January 2002.⁴

Despite the evidence for rogue classification put forth, it is submitted that using language like “rogue state” or “axis of evil” only serves to inflame the situation and is usually used to play to the domestic audience. This use was even criticised by former US Secretary of State Madeleine Albright, a woman not known for hesitating to call a spade a spade.

Another related problem is the constant mixing of terms. The international community was first introduced to the “war against terrorism” which aimed at destroying Osama bin Laden and his al Qaeda network. Then it was faced with a war against Iraq. Though alleged by several states such as the United States and the United Kingdom,⁵ there does not appear to be and certainly no connection between Iraq and al Qaeda has been proved.

From the newspapers and the TV one is bombarded with the speeches of US President George Bush and the members of his cabinet, both to the US audience and before the Security Council of the United Nations. Comments like those already pointed out as well as, “This is a WAR against terrorism,” are heard daily.

With all of the loose language being bandied about one cannot help but wonder who is explaining international law to the Bush administration. Is anyone examining the commitments of the US under international law: the Geneva Conventions of 1949, customary international law, the various human rights covenants and conventions, the Charter of the United Nations?

The US was one of the founding members of the UN during and immediately after World War II. It has always been a big force in the field of international law. Though perhaps not evident in Europe, there has often been criticism within the US that its fostering of human rights and its policy of interjecting human rights into diplomatic relations have interfered with its abilities to conduct bilateral relations, e.g., vis-à-vis China and those China imprisons for human rights and democratic activism and during the cold war, vis-à-vis the USSR and its activists of various sorts.

Has this historic support for human rights and international law been forgotten? Have the events of 9/11 so affected the American psyche as to really put the US on a new, previously untrodden path?

¹ *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 4th ed, Oxford University Press, 1989.

² <<http://www.roquestate.org>>, 21 May 2003.

³ United States Institute of Peace, <<http://www.USIP.org>>, 21 May 2003.

⁴ <<http://www.whitehouse.gov>>, 21 May 2003.

⁵ <<http://www.warblogging.com>>, 21 May 2003.

At first examination, I would have answered this last question in the affirmative. It is not possible to overestimate the effect the events of 9/11 has had on the US and its people. However, the position of the administration is not as unchallenged as it at first appears to a lay-person. Indeed, many are questioning the positions of the Bush administration, offering different positions, and analysing the war against terrorism and the proposed war against Iraq.

The American Journal of International Law has presented various comments on the issues of combatant versus non-combatant, military commissions, and the Geneva Conventions and prisoners of war (POWs) in its April and October 2002 editions, issues which have arisen in the context of the war in Afghanistan and will be present again in a war in Iraq.

The conference I attended, among others, to discern the American mind, was the annual meeting of the Joint Services Conference on Professional Ethics (JSCOPE), a group of military and civilian ethicists who examine ethical, philosophical, and moral issues relating to members of the armed forces, clearly showed that there is a lot of discussion going on.

The website of JSCOPE, www.usafa.af.mil/jscope, states:

“The Joint Services Conference on Professional Ethics (JSCOPE) is an organization of military professionals, academics and others formed to discuss ethical issues relevant to the military. The views or opinions expressed or implied are those of the authors and are not to be construed as carrying the official sanction of the United States Air Force Academy (USAFA), the Department of the Air Force or the United States Government. The USAFA, the Department of the Air Force, and the United States Government are not in any way responsible for the content found on these sites.”

JSCOPE comprises a very interesting group of mostly academicians and chaplains from the various branches of the US military: the army, navy, marines, air force and coast guard, including many professors and lecturers from the military academies and institutes, as well as civilians from universities around the US, mostly from the faculties of philosophy and social sciences. There are also representatives from the Netherlands, Canada, Norway and other countries. An interesting facet is the involvement of many cadets (undergraduate university students) from the various military academies and also civilian universities.

Many of the opinions put forth in this article are not my original thoughts. This article is an attempt to explain what is being discussed in the U.S. The speakers have posted their papers on the JSCOPE website and I, therefore, refer the reader there to follow up on any ideas and thoughts presented in this paper.

During the conference, much of discussion centred around: 1. the just war doctrine; 2. the issue of those detainees held at Guantanamo Bay, Cuba; and 3. legitimacy and lawfulness of torture.

1. The Just War Doctrine

The just war doctrine drew much attention.⁶ Speakers traced its sources from the Romans, through Augustine, Ambrose,

and Aquinas to Hugo de Groot and into the modern age. This examination of the just war doctrine was from an ethical rather than a legal viewpoint. In the US the just war doctrine is presented and examined as if the UN Charter either did not exist or did not regulate relations between states. Most international legal scholars do not accept the traditional just war doctrine, arguing that the provisions of the UN Charter are controlling international law.⁷

This author argues that the only examination that needs to take place in any determination regarding war is the examination of the provisions of the UN Charter, in particular, articles 2(4), 2(7), and 39-51, the latter within chapter VII, the peace-enforcement provisions of the charter.

The language of just and unjust wars has been resurrected by the Bush administration and this may reflect the deep religious underpinnings of Mr Bush and members of his cabinet. Along with this is the use of the language of good and evil, exemplified by the “axis of evil”. Does such language add anything constructive to the debate in today’s world and in the world of diplomatic relations? One may contend that it mirrors the language of bin Laden and his supporters.

On this subject, the keynote speaker of the conference was a catholic priest, the president of Georgetown University in Washington, D.C., John Langan, S.J. He discussed the just war doctrine in depth. The following paragraphs are a review of his analysis of the doctrine, as applied to the possible war against Iraq.

To start, the following criteria must be examined:

1. Is there a just cause for the war?
2. Has war been properly authorised by the Congress of the US?
3. Has war been properly authorised in the international framework, i.e., by the United Nations?
4. Is there the right intention in going to war?
5. War must be the last resort? Have all other alternatives been exhausted?
6. Is there a probability of success? Will the result be just?⁸

⁶ See Walzer, M., *Just and Unjust Wars*, 2nd ed, Basic Books, New York, 1977.
⁷ <<http://www.crimesofwar.org>>, 21 May 2003.

⁸ The criteria of the just war doctrine are sometimes formulated a little differently. See The Internet Encyclopaedia of Philosophy, Just War Theory, <<http://www.utm.edu>>

They are set out here as follows:

1. just cause
2. proper authority
3. right intention
4. reasonable (probability of) success
5. desired end should be proportionate to the means used

See also, <<http://www.crimesofwar.org/thebook/book.html>>, which lists seven criteria for the application of the just war doctrine, adding that force be used as a last resort and that war be undertaken with peace as its goal (not for its own sake), to the five listed here.

The principle of proportionality is stated differently in the *jus in bello*, contained in Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, Article 51.5(b).

Although a lawyer might find this analysis quite strange, this approach is also educational in helping to understand the analysis that ethicists in the US use to examine war.

Applied to the case of Iraq, the criteria can be analysed as follows:

1. There “probably” is a just cause for war against Iraq, a country whose government has committed numerous international crimes.
2. The US Congress has “probably” authorised the war, though using the word “probably” indicates that there is much room for debate. There is a continuous debate in the US as to the division of authority between the legislative branch of government and the executive branch regarding the power to wage war.⁹
3. Authorisation from the international body, the UN seems to be lacking. However, the US argues that there is authorisation contained in Security Council resolutions 678, 687, and 1441.¹⁰
4. It may be contended that there is the right intention. Again, none of these theses is so obvious that it cannot be debated.
5. Have we exhausted all alternatives? Have we arrived at the last resort, war? Sanctions obviously have failed. Yet one may ask whether all possible diplomatic efforts have been undertaken and all efforts at containment failed.
6. There is likely no question about the probability of success. The further question, though is, at what cost? Another related question is the definition of success and whether it includes removal of the regime from power. Also, one may ask whether it is not also required to consider the impact of such a war on the Iraqi people.

In addition to examining these criteria for going to war under the just war doctrine, it is clear that the principle of proportionality still applies. As to this principle, what consideration must be given to the types of weapons that might be used in the war?

What about the situation in Iraq after the hostilities? Will the victor impose a system of western liberal democracy with or without the approval of the Iraqi people?

In conclusion, John Langan, a highly regarded President of one of the US’s prestigious universities concluded that the action against Iraq was not justified at this time (January 2003) but would be an overreach of power.

2. Detainees Held at Guantanamo

The position of the Bush administration was brought into question by many of the presenters. Military men presented very interesting positions, questioning even whether those fighting in Afghanistan against US and coalition forces should not be considered combatants entitled to POW status if they fought in ways that were somewhat “traditional” of soldiers. This category might include Taliban soldiers and al

Qaeda “foot soldiers”. Usually, in these academic and military circles, there was categorical denial of this status to al Qaeda “terrorists”, but, surprisingly, even this was questioned by many during the conference. The thesis was put forward for examination whether al Qaeda who attacked military personnel and military targets might not also be considered fighters entitled to examination for POW status.

One speaker, a professor from a civilian university, put forward a very interesting examination of the Guantanamo Bay detainees issue, in examining US history and previous wars (see 2003 JSCOPE, paper of Dr. Pauline Kaurin, “Nothing New at Guantanamo Bay: Precedent and Prisoners of War”). She questioned the administration’s position that the present situation was without precedent. Indeed, she examined the US War of Independence against the British, the US Civil War of 1861-1865, and the US war in Vietnam and found that there are precedents in all three that bear analysis.

The first, the War of Independence, was characterised by what today would be termed guerrilla warfare. Many of the combatants on the side of the rebels, who were to found the United States of America, wore no uniforms, sometimes carried their arms clandestinely, and often fought in the style of today’s guerrillas, coming to the battle, fighting in “Indian style,”¹¹ and then fading from the battlefield. All these were, without question, not within the then customary practices of waging war. Despite this, for the most part, both sides treated those captured according to the then rules or practices applicable to those whom today we term POWs.

She then examined the US Civil War of 1861-1865 and the Lieber Code, developed by the German-American Professor Franz Lieber of Columbia university in New York City for the Union army, especially in regard to the issue of treating captured fighters as prisoners of war without granting legal recognition to the government of the rebellious side. For the most part, this was done. Today this is an issue again.

Lastly, she examined US practice during the war in Vietnam, 1954-1975. A specific Directive, 381-46, dated 27 December 1967, was published by the US military to govern those captured during hostilities and to set forth the process to determine whether a detainee was entitled to be accorded POW status. In Vietnam, as many here may remember or have read, the war in the south was mostly of a guerrilla nature, in which it was often impossible to distinguish between a traditional combatant and a civilian. Indeed, this difficulty led to adoption of certain provisions of the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949. Still today, the US has not

⁹ Constitution of the United States of America: Article I, Section 8, Powers of Congress, clause 10: To declare war [...] Article II, Section 2, clause 1: The President shall be Commander-in-Chief of the Army and Navy of the United States.

¹⁰ US Department of State, International information programs, Interview with Secretary Powell, 26 March 2003. <<http://www.USINFO.state.gov>>, 21 May 2003.

¹¹ German readers will be familiar with this term thanks to the author, Karl Mai. Basically, the term connotes fighting in guerrilla style in distinction from the tactic of the European armies of the 18th century, which was to fight in straight and orderly lines.

ratified the Protocols. One of the reasons given for non-ratification is the provision of Article 44(3) of Additional Protocol I, the provision granting protected status to a part-time fighter.¹² However, even in this situation in Vietnam, the US Directive and practice did accord POW status to most guerrilla, part-time fighters.

One of the main questions put forward during the conference was why the same standards could not be applied under today's circumstances. The presenter argued that perhaps it is feasible today and that there are at least precedents that should be considered and not simply disregarded without examination. Despite some loose use of legal terms, this thesis was well formulated and deserves additional consideration.

It is my position that with or without precedent, the US remains bound by the provisions of the four Geneva Conventions of 1949 which it has ratified. The US cannot simply declare that these international treaties are not applicable. *Prima facie*, they certainly do apply as the International Committee of the Red Cross (ICRC) and the community of nations as a whole have argued.¹³ Those held in Guantanamo Bay must be accorded the benefits of the Third Geneva Convention, the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, and if there is a doubt as to the status of a detainee, the result must be consideration of that person's status by a competent tribunal, in accordance with Article 5, as was done in Vietnam. The tribunal may be composed of members of the military. There is no requirement that it be a civilian tribunal or, indeed, a court-martial, but it should be composed of at least three persons, one of whom has legal training.¹⁴

3. Torture

Several speakers at the conference examined the very "hot" issue of torture, especially in the context of what has come to be called the "ticking bomb" scenario.¹⁵

One speaker, Dr. Robert G. Kennedy, examined torture in the framework of the just war doctrine, several from a more legal and political view, and one also from the empirical and effectiveness viewpoint.

The present-day topic is whether torture can be justified under very controlled circumstances when officials have custody of a person who is thought to have information relevant to a catastrophic threat, imminent and threatening to cause great loss of life of innocent people.

A useful definition of torture is contained in Article 1 of the Convention Against Torture, "Torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession [...]"

The speaker distinguished between punitive torture and interrogatory torture. In his opinion, punitive torture is never permitted. After careful examination of the possible justifications of interrogatory torture, the speaker came to the conclusion that such type of torture should also not be practised.

He posited three types of interrogatory torture:

1. judicial torture: to exact a confession or to implicate others;
2. probative torture: torture of an accused to determine guilt; and
3. defensive torture: torture of a person believed to be involved in a criminal act against innocents.

Judicial torture fell into disuse over the centuries because it was found to be unreliable. Probative torture has been universally abolished. Both violate human dignity and cannot be morally legitimate.

Only type 3, defensive torture, is even open for discussion. Interrogatory torture of a defensive nature may be morally justifiable.

Similar to the criteria of the just war doctrine, Dr. Kennedy identified the following criteria for examining defensive torture in a situation of great danger to innocents. They are: standing to act, sound reason to act, and right intention in acting. Standing to act means that the torturer must be an official, from the police or military, acting to protect the general population. Standing to act and right intention in acting he found could be easily established in the correct circumstances.

However, the examination of the second criterion, sound reason to act, is more problematical. Sound reason to act requires that real harm is being done or may be done. It can be found only if these four conditions are met:

1. discrimination: force may be used only against a person known to be acting or planning to act badly. Suspicion is not sufficient.
2. necessity: there is legitimate need for action and no non-coercive means is available.
3. proportionality: the harm threatened to others is sufficiently serious and the force used is proportionate to the harm caused to the suspect.
4. prospect for success: must be real and must be immediately verifiable.

Conditions 1 and 4 are very difficult to meet.

¹² Agora, "The U.S. Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims", (1987) 81 American Journal of International Law 911.

¹³ <<http://www.ICRC.org>>, 21 May 2003.
<<http://www.amnesty.org>>, 21 May 2003.

¹⁴ US Military Assistance Command, Vietnam. Directive 381-46, Military Intelligence: Combined Screening of Detainees, 27 December 1967. See also Sassoli, M. & Bouvier, A.A., *How Does Law Protect in War? International Committee of the Red Cross*, ICRC, Geneva, 1999, p.780.

¹⁵ The "ticking bomb" or "ticking time bomb" scenario envisions the authorities detaining a suspect who they think has information regarding a bomb placed in a populated location, which, if it detonates, will cause great loss of life.

After this analysis, the speaker concluded with strong reasons to avoid torture:

1. international covenants against torture apply even in times of emergency, these provisions against torture being non-derogable;
2. torture by one side may be justified by the use of torture by the opposing side;
3. deleterious effect on the interrogator and on the moral fibre of the nation;
4. the use of torture might be opening Pandora's box: the slippery slope argument, i.e., once begun torture is difficult to limit;
5. torture may be futile. There is no proof that torture is successful against a fanatic. In fact, empirical findings demonstrate the contrary.

Though this speaker did mention the International Covenant on Civil and Political Rights, the American Convention on Human Rights and the Convention Against Torture, he and others never emphasised the international obligations the US assumed when it ratified these treaties. There was no discussion of their binding nature and how obligations assumed under these treaties should determine the behaviour of the US.

Conclusions

Though it is not evident to those living in Europe, and indeed, as expressed privately at the conference, it is often not evident in the US either, there is examination, analysis, and argument taking place in the US, questioning the positions put forth by the Bush administration. Perhaps the discussion is especially guarded because of the tendency of a nation under attack to

close ranks and pull together. Perhaps criticism is seen as unpatriotic at a time when the US and its people feel threatened as has not happened since the Japanese attack on Pearl Harbor, Hawaii, which precipitated US entrance into the second World War.

The attacks of 9/11 killed more people than the Japanese attack. The attacks of 9/11 were not on a distant military base. The attack on the World Trade Center towers was an attack on one of the very foundations of the United States, its economic system, capitalism and the freedom to achieve and realise each individual's potential. The attack on the Pentagon was, of course, an attack on the military headquarters of the United States and, as such, perhaps the use of the term "act of war" is not so much of an exaggeration.

Indeed, were not these attacks on the US attacks on the fundamental beliefs of the western world? If a major terrorist attack occurs in a European country, will its people not react similarly? One may take as an example the very significant changes that took place in the Netherlands after the assassination of Pim Fortuyn. All of a sudden the gloves of "political correctness" were off and the Dutch, known throughout the world for their tolerance, were questioning positions that before his assassination it was not even possible to discuss.

Phrased differently, how would France have reacted if the plan to attack the cathedral in Strasbourg and the European Parliament had succeeded or Germany if an attack had been carried out on the financial centre of Frankfurt or the cathedral of Cologne?

How will any country of Europe react to an attack of such magnitude? It will come. ■

Der aktuelle Fall: Die belgische Justiz als Wächter über die Menschenrechte? Das Urteil der „Cour de cassation de Belgique“ im Fall Sharon vom 12. Februar 2003

Markus Rau*

1. Einführung

Wenn es um – andernorts begangene – Menschenrechtsverletzungen geht, ist die belgische Justiz unerbittlich: Seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Verfolgung schwerer Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht vom 16. Juni 1993¹ und seiner Ergänzung vom 10. Februar 1999² (im Folgenden:

Gesetz von 1993/1999) sind die Strafverfolgungsbehörden des Königreiches befugt, bei Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, gleichviel wo sie verübt wurden, tätig zu werden. Und dies, so hat es den Anschein, völlig unabhängig vom Vorliegen einer wie auch immer gearteten Inlandsanknüpfung und von einer etwaigen

* Markus Rau ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

¹ Moniteur Belge, 5. August 1993, S. 17751 ff.; dazu A. Andries/E. David/C. van den Wyngaert/J. Verhaegen, Commentaire à la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves du droit international humanitaire, *Revue de Droit Pénal* 74 (1994), S. 114 ff.; K. Bremer, Strafverfolgung von Kriegsverbrechen nach belgischem Recht, *HuV-I* 13 (2000), S. 4 ff.; E. David, La loi belge sur les crimes de guerre, *Revue belge de droit international* 28 (1995), S. 668 ff.

² Moniteur Belge, 23. März 1999, S. 9286 f.; dazu P. d'Argent, La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Journal des tribunaux* 1999, S. 549 ff. Eine englische Übersetzung der seit der Ergänzung aus dem Jahre 1999 geltenden Fassung des Gesetzes findet sich (m. einl. Anm. S. Smis/K. van der Borgh) in: *ILM* 38 (1999), S. 918 ff. Siehe zur Gesetzeslage in Belgien auch K. Bremer, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht. Am Beispiel einer Rechtsvergleichung Deutschlands, der Schweiz, Belgiens und Großbritanniens, Frankfurt a.M. 1999, S. 301 ff.; D. Vandermeersch, Droit belge, in: A. Cassese/M. Delmas-Marty (Hrsg.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris 2002, S. 69 (80 ff.).

amtlichen Stellung des Verdächtigen.³ Dass die Justizbehörden durchaus gewillt sind, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen, haben sie bereits mehrfach unter Beweis gestellt.⁴ Prominentes Beispiel für die Anwendung des Gesetzes von 1993/1999: die Ermittlungen gegen die ruandischen Ordensschwwestern *Consolata Mukangango* („Schwester Gertrude“) und *Julienne Mukabutera* („Schwester Maria Kisito“) sowie zwei weitere Beschuldigte, die sich mit dem Vorwurf der Beteiligung am Völkermord in Ruanda im Jahre 1994 konfrontiert sahen. Das Verfahren mündete am 8. Juni 2001 in einem Schuldspruch des zuständigen Brüsseler Gerichtes, das die Angeklagten zu Freiheitsstrafen zwischen zwölf und 20 Jahren verurteilte.⁵

Am 12. Februar 2003 nun hat die „Cour de cassation de Belgique“ ihr Urteil im Fall der Klage gegen den israelischen Ministerpräsidenten *Ariel Sharon* verkündet.⁶ Diesem war vorgeworfen worden, als damaliger Verteidigungsminister Israels für die Massaker von Sabra und Shatila während der israelischen Besetzung des Libanon verantwortlich zu zeichnen. Dem Massaker waren 1982 mindestens 800 palästinensische Flüchtlinge zum Opfer gefallen. Mit der Begründung, *Sharon* genieße als amtierender Regierungschef eines ausländischen Staates vor der belgischen Justiz Immunität, wies der Kassationsgerichtshof die Klage zwar ab; indem er aber – und hierin liegt die eigentliche Bedeutung der Entscheidung – für die Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen in Ausübung des in Art. 7 des Gesetzes von 1993/1999 verankerten Universalitäts- oder Weltrechts(pflege)prinzips⁷ die Anwesenheit des Tatverdächtigen im Inland für entbehrlich erklärte, machte der Gerichtshof – scheinbar⁸ – den Weg frei für einen Prozess gegen *Sharon* nach dessen Ausscheiden aus dem Amt.

2. Völkerrechtlicher Hintergrund

2.1. Die Yerodia-Entscheidung des IGH

Der Fall mutet wie eine Neuauflage des *Yerodia*-Verfahrens an. In diesem hatte der Untersuchungsrichter am „Tribunal de première instance de Bruxelles“ am 11. April 2000 einen Haftbefehl *in absentia* gegen den damaligen Außenminister der Demokratischen Republik Kongo *Yerodia Abdoulaye Ndombasi* wegen des Verdachts der Begehung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im August 1998 – zu diesem Zeitpunkt war *Yerodia* Oberster Privatsekretär des kongolesischen Präsidenten *Laurent Kabila* – erlassen. Der Kongo hatte daraufhin eine Klage vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag eingereicht.⁹

In dem Verfahren vor dem IGH ging es um zwei Fragen: Zum Ersten war streitig, ob die belgische Justiz durch Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia* in völkerrechtswidriger Weise extraterritoriale Straf Gewalt in Anspruch genommen hatte. Die Problematik ist – dies wird bisweilen verkannt – zu unterscheiden von der Frage, ob eine **Verurteilung** in Abwesenheit des Beschuldigten mit dem Völkerrecht, namentlich den in Art. 6 EMRK und Art. 14 IPbPR verbürgten Verfahrensgarantien, vereinbar ist.¹⁰ Zum Zweiten galt es zu klären, inwieweit das völkerrechtliche Immunitätsrecht nationalen Strafverfahren gegen hochrangige Funktionsträger ausländischer Staaten entgegensteht. Anders als etwa im *Pinochet*-Fall¹¹ stand dabei nicht die Immunität **ehemaliger** Staatsbediensteter, sondern diejenige **amtierender** Statusträger in Rede. Die Unterscheidung ist deshalb bedeutsam, weil mit Blick auf eine strafrechtliche Verfolgung eine etwaige **persönliche** Immunität (Immunität *ratione personae*) – die gegebenenfalls auch Privathandlungen zu schützen vermag¹² – anders als ein **funktionaler** Immunitätsschutz (Immunität *ratione materiae*) – der sich unstreitig nur auf amtliche Handlungen erstreckt – nach Beendigung der Amtszeit nicht fortwirkt.¹³

3 Vgl. Art. 5 § 3 („L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi“) und Art. 7 Abs. 1 („Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises“) des Gesetzes von 1993/1999.

4 Vgl. zur belgischen Praxis *L. Reydam*, Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs, Criminal Law Forum 11 (2000), S. 183 (200 ff.); ders., Prosecuting Crimes Under International Law on the Basis of Universal Jurisdiction: The Belgium Experience, in: *H. Fischer/C. Kreß/S. R. Lüder* (Hrsg.), International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments, Berlin 2001, S. 799 (802 ff.).

5 Cour d'assises de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, Urteil v. 8. Juni 2001, erhältlich im Internet unter: http://www.asf.be/AssisesRwanda2/fr/fr_VERDICT_verdict.htm.

6 Cour de cassation de Belgique (deuxième chambre française), Urteil v. 12. Februar 2003, Journal des tribunaux 2003, S. 243 ff. (m. Anm. *P. d'Argent*).

7 Vgl. zum Universalitätsprinzip eingehend *M. Henzelin*, Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Basel/Genf/München 2000; siehe aus jüngerer Zeit ferner etwa *M. C. Bassiouni*, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, VJIL 42 (2001), S. 81 ff.; *M. T. Kamminga*, Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, HRQ 23 (2001), S. 940 ff.; *R. Merkel*, Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des § 6 StGB, in: *K. Lüderssen* (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. III: Makrodelinquenz, Baden-Baden 1998, S. 237 ff.; *C. L. Sriram*, Exercising Universal Jurisdiction: Contemporary Disparate Practice, International Journal of Human Rights 6 (2002), Nr. 4, S. 49 ff., sowie die Beiträge in: Symposium: Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects, New England Law Review 35 (2001), S. 227 ff.

8 Siehe aber noch unten unter 5.

9 Zu dieser *T. Gries*, Der aktuelle Fall: Der lange Arm des nationalen Richters: Demokratische Republik Kongo v. Königreich Belgien, HuV-I 4 (2001), S. 19 ff.

10 Vgl. dazu zuletzt EGMR, NJW 2001, S. 2387 ff., sowie – aus Sicht des deutschen Auslieferungsrechts – BGH, JZ 2001, S. 464 ff. (m. Anm. *J. Vogel*).

11 House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), (1999) 2 Weekly Law Reports 825, auch abgedruckt in: ILM 38 (1999), S. 581 ff.; dazu etwa *R. Bank*, Der Fall Pinochet: Aufbruch zu neuen Ufern bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen?, ZaöRV 59 (1999), S. 677 ff.; *A. Bianchi*, Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, EJIL 10 (1999), S. 237 ff.; *H. Fox*, The Pinochet Case No. 3, ICLQ 48 (1999), S. 698 ff.; *A. Paulus*, Triumph und Tragik des Völkerstrafrechts, NJW 1999, S. 2644 ff.; *T. Rensmann*, Internationale Verbrechen und Befreiung von staatlicher Gerichtsbarkeit, IPRax 1999, S. 268 ff.

12 So nach ganz h.M. im Fall des Staatsoberhauptes; vgl. nur *C. Tangermann*, Die völkerrechtliche Immunität von Staatsoberhäuptern. Grundlagen und Grenzen, Berlin 2002, S. 207; zurückhaltender – ohne allerdings zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Immunität zu differenzieren – *G. Gornig*, Immunität von Staatsoberhäuptern, in: *J. Ipsen/E. Schmidt-Jortzig* (Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl. Festschrift für *Dieter Rauschning*, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, S. 457 (479): „Den von nationalen Gerichten gefällten Urteilen ist zu entnehmen, daß jedenfalls eine Immunität für hoheitliches Handeln von im Amt befindlichen Staatsoberhäuptern besteht.“ Zur jüngeren Staatenpraxis *M. Ruffert*, Pinochet Follow Up: The End of Sovereign Immunity?, NILR 2001, S. 171 ff.

13 Vgl. zum Ganzen ausführlich *M. Lüke*, Die Immunität staatlicher Funktionsträger, 2000, S. 71 ff.

In seinem Urteil vom 14. Februar 2002 sah der IGH von einer Auseinandersetzung mit der Problematik der universellen Jurisdiktion *in absentia* ab.¹⁴ Grund hierfür war der Umstand, dass der Kongo nach Durchführung der mündlichen Verhandlung seine Klage entsprechend beschränkt hatte. Hinsichtlich der Immunitätsproblematik gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass das Völkergewohnheitsrecht eine umfassende strafrechtliche Immunität im Amt befindlicher Außenminister – ähnlich derjenigen amtierender Staatsoberhäupter¹⁵ – vorsehe, die auch bei Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht durchbrochen sei.¹⁶ Folgerichtig erklärte der IGH die Ausstellung und Verbreitung des Haftbefehls gegen *Yerodia* für völkerrechtswidrig.

2.2. Die Reaktion der belgischen Justiz

Mit Urteil vom 16. April 2002 entschied die „Cour d’appel de Bruxelles“ daraufhin, dass das Verfahren gegen *Yerodia* unzulässig sei.¹⁷ Dabei stützte sie sich freilich nicht auf die Entscheidung der Haager Richter, die in dem Urteil mit keinem Wort Erwähnung findet. Vielmehr machte sie geltend, dass nach Artikel 12 des belgischen Gesetzes vom 17. April 1878 zur Festlegung des Präliminartitels der Strafprozessordnung¹⁸ (im Folgenden: Gesetz von 1878) die Durchführung von Strafverfolgungsmaßnahmen bei Auslandstaten grundsätzlich nur dann zulässig sei, wenn sich der Beschuldigte auf belgischem Territorium befinde.¹⁹ Hiervon habe das Gesetz von 1993/1999 nicht derogieren wollen. Auf die Frage, ob auch das Völkerrecht der Ausübung universeller Jurisdiktion *in absentia* entgegenstehe, gingen die Brüsseler Richter dagegen nicht ein. Gleichmaßen verzichteten sie auf eine Auseinandersetzung mit der Immunitätsproblematik.

Mit ihrem Urteil im *Sharon*-Fall vom 26. Juni 2002, mit dem sie auch die Klage gegen den israelischen Ministerpräsidenten für unzulässig erklärte, bestätigte die „Cour d’appel“ ihre

Rechtsauffassung hinsichtlich des Erfordernisses der Anwesenheit des Verdächtigen sodann.²⁰ Wiederum ließen sich die Brüsseler Richter dabei – zumindest vordergründig – weniger von völkerrechtlichen Überlegungen, denn durch Erwägungen des nationalen Rechts leiten.²¹ Immerhin heißt es in der Entscheidung, dass eine Jurisdiktionsausübung *in absentia* weder von den vier Genfer Konventionen,²² noch von der UN-Völkermordkonvention,²³ noch vom Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofes²⁴ vorgesehen und auch aus dem *ius cogens*-Charakter der einschlägigen Normen des Völkerrechts nicht deduzierbar sei.²⁵ Auch findet sich in dem Urteil ein – zweifacher – Verweis auf die *Yerodia*-Entscheidung des IGH, genauer: die abweichende Meinung der Richterin *van den Wyngaert* einerseits, das gemeinsame Sondervotum der Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* andererseits,²⁶ der belegt, dass die „Cour d’appel“, obschon sich einer Auseinandersetzung mit der Immunitätsfrage abermals verwehrend, von dem Haager Richterspruch durchaus Kenntnis genommen hat.

¹⁵ C. Tangermann, a.a.O. (Fn. 12), S. 2.

¹⁶ IGH, a.a.O. (Fn. 14), Ziff. 51 ff.

¹⁷ Cour d’appel de Bruxelles (chambre des mises en accusation), Urteil v. 16. April 2002.

¹⁸ Moniteur Belge, 25. April 1878, S. 1265 f.

¹⁹ Art. 12 des Gesetzes von 1878 lautet: „Sauf dans les cas prévus aux articles 6, nos 1 et 2, 10, nos 1 et 2 ainsi qu’à l’article 10bis, la poursuite des infractions dont il s’agit dans le présent chapitre n’aura lieu que si l’inculpé est trouvé en Belgique.“

²⁰ Cour d’appel de Bruxelles (chambre des mises en accusation), Urteil v. 26. Juni 2002, erhältlich im Internet unter: <http://www.sabra-shatila.be/documents/arrest020626.pdf>.

²¹ Als maßgebliche Norm sieht die „Cour d’appel“ in ihrem Urteil erneut Art. 12 des Gesetzes von 1878 an. Zur Bestimmung des Anwendungsgebietes der Vorschrift weist sie im Unterschied zu ihrer Entscheidung im *Yerodia*-Fall allerdings ergänzend auf die durch Gesetz vom 18. Juli 2001 (Moniteur Belge, 1. September 2001, S. 29678) eingefügte Neufassung des Art. 12bis des Gesetzes von 1878 hin, in der es heißt: „Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une convention internationale liant la Belgique, lorsque cette convention lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l’affaire à ses autorités compétentes pour l’exercice des poursuites.“

²² I. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte v. 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 783 ff.; II. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See v. 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 813 ff.; III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen v. 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 838 ff.; IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten v. 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 917 ff.

²³ Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9. Dezember 1948, BGBl. 1954 II, S. 730 ff.

²⁴ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes v. 17. Juli 1998, BGBl. 2000 II, S. 1393 ff.

²⁵ Das Gericht argumentiert an dieser Stelle freilich mit den Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK und verkennt damit die grundlegende Unterscheidung zwischen völkerrechtlichem Zuständigkeitsgrund einerseits, strafprozessualen Mindeststandard bei der Verfahrensdurchführung andererseits; siehe dazu bereits oben unter II. 1. Vgl. zu der Unterscheidung auch *Cot*, a.a.O. (Fn. 14), S. 950; *Schultz*, a.a.O. (Fn. 14), S. 728 u. 732.

²⁶ Die abweichende Meinung der Richterin *van den Wyngaert* wird von der „Cour d’appel“ herangezogen, um darzutun, dass es nach geltendem Völkerrecht einen internationalen Haftbefehl im eigentlichen Sinne, d.i. mit genuin extraterritorialer Wirkkraft, nicht gebe; auf die Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal* stützt sich das Gericht im Hinblick auf den Aussagegehalt der Jurisdiktionsnorm des Art. VI der UN-Völkermordkonvention.

¹⁴ IGH, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2001 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Urteil v. 14. Februar 2002, abgedruckt in: ILM 41 (2002), S. 536 ff.; dazu E. J. G. de Aragão, Grenzen des Weltrechtsgrundsatzes: der Haftbefehl-Fall des IGH. Anmerkungen zur Entscheidung des IGH im Fall Demokratische Republik Kongo vs. Königreich Belgien vom 14. Februar 2002, HuV-I 2 (2002), S. 77 ff.; A. Cassese, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, EJIL 13 (2002), S. 853 ff.; J.-P. Cot, L’affaire du Mandat d’arrêt du 11 avril 2000, Revue trimestrielle des droits de l’homme 2002, S. 943 ff.; M. Henzelin, La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia, RGDIP 106 (2002), S. 819 ff.; C. Kreß, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs. Zum Votenstreit der Richter des IGH im Haftbefehlsfall (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), ZStW 114 (2002), S. 818 ff.; ders., Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz. Besprechung vom IGH, Urteil vom 14. Februar 2002 (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), GA 2003, S. 25 ff.; C. McLachlan, Pinochet Revisited, ICLQ 51 (2002), S. 959 ff.; K. Oellers-Frahm, Grenzen des Weltrechtsprinzips, VN 50 (2002), S. 121 f.; M. Sassoli, L’arrêt Yerodia: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international, RGDIP 106 (2002), S. 791 ff.; N. Schultz, Ist Lotus verblüht? Anmerkung zum Urteil des IGH vom 14. Februar 2002 im Fall betreffend den Haftbefehl vom 11. April 2000, ZaöRV 62 (2002), S. 703 ff.; M. Spinedi, State Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?, EJIL 13 (2002), S. 895 ff.; W. Weiß, Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität, JZ 2002, S. 696 ff.; S. Wirth, Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium Case, EJIL 13 (2002), S. 877 ff.

3. Die Entscheidung der „Cour de cassation“

Mit ihrer Entscheidung vom 12. Februar 2003 hat die „Cour de cassation de Belgique“ das Urteil der „Cour d’appel“ im Ergebnis bestätigt, der Niederschlagung des Verfahrens aber eine anders geartete Begründung zugrunde gelegt: Während das Gericht – abweichend von der „Cour d’appel“ – die Ausübung des in Art. 7 des belgischen Gesetzes von 1993/1999 verankerten Universalitätsprinzips *in absentia* für zulässig erklärte (*sub 1.*), stellte es zugleich fest, dass dem Verfahren gegen Sharon zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Immunität des israelischen Ministerpräsidenten entgegenstehe (*sub 2.*).

3.1. Die Zuständigkeit der belgischen Justiz²⁷

3.1.1. Die Ausführungen des Gerichtshofes

Die Ausführungen des Kassationsgerichtshofes zur (sachlichen) Zuständigkeit der belgischen Justiz, d.i. zur Zulässigkeit der Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia*, sind, wie das gesamte Urteil, äußerst knapp gehalten. Ausgangspunkt des Gerichtes ist der Wortlaut von Art. 12 des Gesetzes von 1878.²⁸ Danach erstreckte sich, so der Gerichtshof, das Erfordernis der Anwesenheit des Beschuldigten in Belgien ausschließlich auf die von den Artikeln 6 Nr. 3, 7 §§ 1 und 2, 9, 10 Nrn. 3 bis 5, 10ter, 10quater, 11 und 12bis des Gesetzes von 1878 umfassten Auslandstaten. Die in dem Gesetz von 1993/1999 aufgeführten Delikte: Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit seien darin nicht eingeschlossen.

Zwar sei zuzugeben, so fährt der Gerichtshof fort, dass nach der neu formulierten – und von Art. 12 erfassten – Bestimmung des Art. 12bis des Gesetzes von 1878²⁹ die belgische Justiz auch zuständig sei für im Ausland begangene Straftaten, wenn ein internationales Übereinkommen das Königreich zur Ergreifung von Strafverfolgungsmaßnahmen verpflichtete. Weder die UN-Völkermordkonvention, noch das Statut von Rom, noch die vier Genfer Konventionen enthielten indessen für die in dem Gesetz von 1993/1999 genannten drei Tatbestände eine solche Verfolgungspflicht. Hieraus folgert der Gerichtshof: Bei diesen Tatbeständen handele es sich nicht um Delikte, für die das belgische Recht, wenn sie außerhalb des Königreiches verübt würden, zum Zwecke der Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen die Anwesenheit des Verdächtigen im Inland verlange.

3.1.2. Der Antrag des Generalstaatsanwaltes

Zu einem anderen Ergebnis war in seinem Antrag vom 23. Januar 2003 der Generalstaatsanwalt beim Kassationsgerichtshof gekommen.³⁰ Dieser hatte argumentiert, Art. 7 des Gesetzes von 1993/1999 sei gegenüber der Vorschrift des Art. 12 des Gesetzes von 1878 die speziellere Norm; dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes von 1993/1999. Damit sei freilich nicht gesagt, so der Generalstaatsanwalt weiter, dass die Bestimmung auf das Erfordernis der Anwesenheit des Beschuldigten verzichte. Zwar sei dies die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers von 1993 gewesen; diese habe aber in dem Gesetz von 1993/1999 bewusst keinen Ausdruck gefunden. Gegen die Zulässigkeit der Jurisdiktionsausübung *in absentia* sprechen nach Ansicht des Gene-

ralstaatsanwaltes nun nicht nur Erwägungen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, sondern auch die Tatsache, dass sowohl die vier Genfer Konventionen als auch die übrigen einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkommen eine Strafverfolgung in Ausübung des Universalitätsprinzips an die Anwesenheit des Tatverdächtigen im Gerichtsstaat knüpfen.

Anders als der Kassationsgerichtshof³¹ hat der Generalstaatsanwalt damit ausdrücklich auch völkerrechtliche Überlegungen in seine Betrachtung einbezogen. Unverständlich bleibt auf diesem Hintergrund freilich, warum in seinem Antrag die zahlreichen individuellen und abweichenden Voten im *Yero-dia*-Urteil des IGH, die sich mit der Problematik der universellen Jurisdiktion *in absentia* befassen,³² keinerlei Würdigung erfahren.

3.2. Die Immunität Sharons

3.2.1. Rechtslage nach Völkerrecht

Obschon die „Cour de cassation“ die Ansicht der „Cour d’appel“ hinsichtlich des Erfordernisses der Anwesenheit des Beschuldigten bei der Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen in Ausübung des in Art. 7 des Gesetzes von 1993/1999 verankerten Universalitätsprinzips nicht zu teilen vermochte, hielt sie den Spruch der Brüsseler Richter, jedenfalls soweit es um das Verfahren gegen Ariel Sharon ging,³³ im Ergebnis aufrecht. Als Grund hierfür wird in der Entscheidung die Immunität des israelischen Ministerpräsidenten genannt, die einem Strafverfahren in Belgien nach Auffassung des Kassationsgerichtshofes zum gegenwärtigen Zeitpunkt entgegensteht. Anders als bei der Erörterung der Jurisdiktionsproblematik spielen Erwägungen des Völkerrechts hier eine maßgebliche Rolle. So heißt es in dem Urteil: „[L]a coutume internationale s’oppose à ce que les chefs d’État et de gouvernement en exercice puissent, en l’absence de dispositions internationales contraires s’imposant aux États concernés, faire l’objet de poursuites devant les juridictions pénales d’un État étranger.“³⁴ Im Grundsatz geht der Kassationsgerichtshof mit Blick auf eine strafrechtliche Verfolgung somit von einer umfassenden völkergewohnheitsrechtlichen Immunität amtierender Staats- und Regierungschefs aus.

Auf der Suche nach einer völkerrechtlichen Norm, die die Immunität im konkreten Fall gegebenenfalls zu durchbrechen vermag, wird der Gerichtshof zunächst in der UN-Völker-

²⁷ Die Problematik der Zuständigkeit der belgischen Justiz wird vom Kassationsgerichtshof im Zusammenhang mit den Klagen gegen den heutigen Generaldirektor im israelischen Verteidigungsministerium Amos Yaron sowie weitere Beschuldigte erörtert; auf diese Klagen braucht im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter eingegangen zu werden.

²⁸ A.a.O. (Fn. 19).

²⁹ A.a.O. (Fn. 21).

³⁰ Conclusion de Jean du Jardin, procureur général près de la Cour de cassation, 23. Januar 2003, erhältlich im Internet unter: <http://www.cass.be/juris/juclf.htm>.

³¹ Siehe zur diesbezüglichen Kritik an dem Urteil der „Cour de cassation“ unten unter IV. 1.

³² Immerhin haben insgesamt zehn Richter des IGH in individuellen und abweichenden Voten zu der in dem Urteil offen gebliebenen Frage Stellung genommen; siehe dazu noch unten unter IV. 1. a).

³³ Hinsichtlich der anderen Beschuldigten verwies der Kassationsgerichtshof die Sache an die „Cour d’appel“ zurück.

³⁴ Cour de cassation de Belgique, a.a.O. (Fn. 6), S. 247.

mordkonvention fündig. Diese bestimmt in ihrem Art. IV: „Personen, die Völkermord [...] begehen, sind zu bestrafen, gleichviel ob sie regierende Personen, öffentliche Beamte oder private Einzelpersonen sind.“ Nach Auffassung des Kassationsgerichtshofes bezieht sich diese Vorschrift indessen nur auf eine Strafverfolgung durch die Gerichte des jeweiligen Territorialstaates oder durch ein internationales Gericht; dies resultiere aus dem Zusammenspiel von Art. IV mit Art. VI der Völkermordkonvention, der statuiert, dass Personen, denen Völkermord zur Last gelegt wird, vor ein zuständiges Gericht des Staates, in dessen Gebiet die Handlung begangen worden ist, oder vor das internationale Strafgericht gestellt wird, das für die Vertragsparteien, die seine Gerichtsbarkeit anerkannt haben, zuständig ist.

Auch Art. 27 Abs. 2 des Rom-Statuts, der die Unbeachtlichkeit einer etwaigen Immunität des Beschuldigten im Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof anordnet,³⁵ hilft nach Ansicht des Gerichtshofes nicht weiter: Die Vorschrift sei auf nationale Strafverfolgungsmaßnahmen in Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia* nicht anwendbar. Schließlich führt das Gericht aus, dass auch die vier Genfer Konventionen sowie ihre beiden Zusatzprotokolle aus dem Jahre 1977³⁶ keinerlei Bestimmung enthielten, die der Immunität *Sharons* entgegenstehe. Im Ergebnis verbleibe es daher bei einer Immunität des israelischen Regierungschefs.

3.2.2. Völkerrechtskonforme Auslegung des belgischen Rechts

Da Art. 5 § 3 des belgischen Gesetzes von 1993/1999³⁷ diesem Ergebnis zu widersprechen scheint, bemühte der Kassationsgerichtshof sich abschließend um eine völkerrechtskonforme Auslegung der Vorschrift. Danach müsse die Bestimmung so verstanden werden, dass sie lediglich einem Ausschluss der – materiellrechtlichen – strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern bezüglich der in dem Gesetz von 1993/1999 genannten internationalen Verbrechen entgegenstehe, nicht aber – in prozessualer Hinsicht – eine Immunitätsdurchbrechung anordne. Ohne dass das Urteil des IGH im *Yerodia*-Fall an dieser – oder irgendeiner anderen – Stelle der Entscheidung erwähnt wird, drängt sich die Parallele zur Gedankenführung der Haager Richter auf. Zur Erinnerung: Der IGH hatte in seinem Urteil vom 14. Februar 2002 ausgeführt: „*The Court emphasizes [...] that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.*“³⁸

4. Würdigung

Die Entscheidung der „Cour de cassation“ ist in der Öffentlichkeit auf unterschiedliche Resonanz gestoßen. Während

das Urteil von Menschenrechtsorganisationen überwiegend begrüßt wurde,³⁹ äußerte der israelische Justizminister *Meir Schitrit*, es sei „unakzeptabel, dass eine kleine und unbedeutende Nation zum Richter der ganzen Welt werden will“.⁴⁰ Ungeachtet der rechtspolitischen Bewertung ist die Entscheidung jedenfalls aus der Sicht des Völkerrechts unbefriedigend. Dies aus zwei Gründen: Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit der Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia* beschränkt der Kassationsgerichtshof seine Ausführungen auf eine Auslegung nationalen Rechts, ohne dass Erwägungen des Völkerrechts – erkennbar – eine Rolle spielen würden. Dies rüttelt nicht nur an der Legitimität des Urteils, sondern führt auch zu einem – in völkerrechtlicher Hinsicht – zumindest fragwürdigen Ergebnis (*sub 1.*). Bezüglich der Immunitätsproblematik ist der Gerichtshof zwar ganz offensichtlich bemüht, dem Urteil des IGH im *Yerodia*-Fall Rechnung zu tragen. Er verkennt dabei aber die Tragweite der Norm des Art. IV der UN-Völkermordkonvention, mit der sich der IGH in der *Yerodia*-Entscheidung nicht zu befassen hatte (*sub 2.*).

4.1. Die Problematik der universellen Jurisdiktion in absentia

4.1.1. Bedenken gegen die Völkerrechtskonformität

Was die Jurisdiktionsproblematik angeht, wählte sich der Kassationsgerichtshof möglicherweise auf der sicheren Seite. Zwar hatte sich der IGH in seinem Urteil vom 14. Februar 2002 zur Zulässigkeit der universellen Jurisdiktion *in absentia* nicht geäußert;⁴¹ immerhin aber hielt eine knappe Mehrheit der insgesamt zehn Richter, die in individuellen oder abweichenden Meinungen Stellung zu der Problematik genommen hatten, das belgische Vorgehen gegenüber dem ehemaligen kongolesischen Außenminister insoweit für völkerrechtskonform.⁴² Hinzu kommt, dass eines der Voten für die Völkerrechtskonformität, das gemeinsame Sondervotum der Richter *Higgins*, *Kooijmans* und *Buergenthal*, eine der eingehendsten und meist beachtetsten Problembehandlungen bietet und im völkerrechtlichen Schrifttum überwiegend positiv aufgenommen wurde.⁴³ Es erscheint nicht ausgeschlossen,

³⁵ Die Bestimmung lautet: „*Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.*“

³⁶ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, BGBl. 1990 II, S. 1551 ff.; Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte, BGBl. 1990 II, S. 1637 ff.

³⁷ A.a.O. (Fn. 3).

³⁸ IGH, a.a.O. (Fn. 14), Ziff. 60 [Hervorhebungen im Original].

³⁹ Vgl. etwa Human Rights Watch, *Belgian Ruling Key Precedent for Human Rights. Green-lights Case against ex-Chad Dictator*, Human Rights News, 13. Februar 2003, erhältlich im Internet unter: <http://www.hrw.org/press/2003/02/belgium021303.htm>.

⁴⁰ Vgl. FAZ v. 14. Februar 2003, S. 4.

⁴¹ Siehe oben unter 2. 1.

⁴² Vgl. zu dem „Votenstreit“ der IGH-Richter ausführlich *Kreß*, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, a.a.O. (Fn. 14), S. 818 ff.

⁴³ Dem Votum zustimmend etwa *Cassese*, a.a.O. (Fn. 14), S. 856 f.; *Cot*, a.a.O. (Fn. 14), S. 950; *Kreß*, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip*, a.a.O. (Fn. 14), S. 828 ff.; *Schultz*, a.a.O. (Fn. 14), S. 728 ff.

dass dieses Votum eine erhebliche faktische Präjudizwirkung haben wird. Einiges spricht dafür, dass bereits das Urteil der „Cour de cassation de Belgique“ im *Sharon-Fall* eine erste Frucht der Ausführungen der drei IGH-Richter ist.

Dennoch: Gewichtige Gründe lassen sich gegen die Völkerrechtskonformität der Weltrechtspflege *in absentia* ins Feld führen;⁴⁴ mit diesen hätte sich der Kassationsgerichtshof zumindest auseinandersetzen müssen. So ist schon keineswegs ausgemacht, dass – wie etwa Richterin *van den Wyngaert* in ihrem Votum im *Yerodia-Fall* meint⁴⁵ – der allgemeine negative Freiheitssatz, wie ihn der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) in seiner *Lotus*-Entscheidung aus dem Jahre 1927 für das Völkerrecht fruchtbar gemacht hat,⁴⁶ den Schlüssel zur Lösung des Problems der universellen Jurisdiktion *in absentia* liefert. Denn unabhängig von den schwierigen Fragen der (Fort-)Geltung und – gegebenenfalls – der Reichweite der Freiheitsvermutung im heutigen Völkerrecht⁴⁷ dürfte mit dem „genuine link“-Erfordernis im Bereich der extraterritorialen Strafgewalt jedenfalls eine „prohibitive rule“ im Sinne der *Lotus*-Entscheidung existieren;⁴⁸ andernfalls wäre das Universalitätsprinzip als positiver Kompetenztitel auch überflüssig, denn die Ausübung universeller Jurisdiktion würde sich dann stets als ein bloßes Gebrauchmachen von der allgemeinen Freiheit zur Jurisdiktionsausübung darstellen. Für die Völkerrechtskonformität der Weltrechtspflege *in absentia* heißt dies aber: Es ist nicht – negativ – nach einer entsprechenden Verbotsnorm zu suchen,⁴⁹ sondern – positiv – nach einem Völkerrechtssatz, der die Ausübung universeller Jurisdiktion in Abwesenheit des Beschuldigten, unter Entbindung vom Erfordernis der hinreichenden Inlandsanknüpfung, ausdrücklich erlaubt.⁵⁰ Weder im Völkervertragsrecht noch im Völkergewohnheitsrecht dürfte sich ein solcher Rechtssatz in Bezug auf Kriegsverbrechen, Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegenwärtig aber auffinden lassen.⁵¹

4.1.2. Unterscheidung zwischen Regelungs- und Gerichtshoheit?

Bedenkenswert erscheint allerdings ein jüngst von *Claus Kreß*⁵² vorgetragener Ansatz: Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Regelungshoheit („jurisdiction to prescribe“), Durchsetzungshoheit („jurisdiction to enforce“) und Gerichtshoheit („jurisdiction to adjudicate“), wie sie etwa das „Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States“ trifft,⁵³ meint *Kreß*, „dass dann, wenn die Weltrechtspflege im Sinne der *jurisdiction to prescribe* völkerrechtlich begründet ist, ihre Ausübung durch inländische Strafverfolgungsmaßnahmen auch bei Abwesenheit des Verdächtigen unter Kompetenz Gesichtspunkten zulässig ist, es sei denn, es lässt sich eine speziell hierauf bezogene völkerrechtliche Verbotsnorm feststellen“.⁵⁴ Hintergrund dieses Ansatzes ist, dass im Bereich des Strafrechts – anders als im Zivilrecht – Regelungs- und Gerichtshoheit regelmäßig Hand in Hand gehen, dass – m.a.W. – aus der Sicht des Völkerrechts mit der Bejahung des materiellen staatlichen Strafanspruchs grundsätzlich auch die Entscheidung über die Gerichtszuständigkeit fällt.⁵⁵

Im Ergebnis läuft die These von *Kreß* auf die auch im gemeinsamen Sondervotum der IGH-Richter *Higgins*, *Kooij-*

mans und *Buergethal* im *Yerodia-Fall* durchschimmernde „vermittelnde Lösung“⁵⁶ hinaus, wonach die Anerkennung des Universalitätsprinzips als solches im Völkerrecht jeweils positiv darzutun ist,⁵⁷ während hinsichtlich seiner Ausübung *in absentia* ein negativer Nachweis genügen soll. Es fragt sich allerdings, ob das Universalitätsprinzip tatsächlich zuvörderst die „jurisdiction to prescribe“ betrifft – die dann die „jurisdiction to adjudicate“ nach sich zieht –, oder ob Regelungs- und Gerichtshoheit im Anwendungsbereich des Weltrechtsgrundsatzes nicht vielmehr von vornherein eine untrennbare Einheit bilden. Das an sich die gerichtliche Zuständigkeit betreffende Element der Anwesenheit des Beschuldigten im Forumstaat könnte insofern durchaus Rückwirkungen auf den materiellen staatlichen Strafanspruch haben und diesen be-

⁴⁴ Angesichts der Voten der IGH-Richter *Guillaume*, *Rezek*, *Ranjeva* und *Bula-Bula*, die im *Yerodia-Fall* von der Völkerrechtswidrigkeit der Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia* ausgegangen sind, sowie in Anbetracht der diesen Richtern folgenden Stimmen in der Literatur (vgl. etwa *McLachlan*, a.a.O. [Fn. 14], S. 964 f.; *Weiß*, a.a.O. [Fn. 14], S. 700 f.), räumt auch *Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, a.a.O. (Fn. 14), S. 848 ein, dass „objektive Zweifel“ im Hinblick auf die Völkerrechtslage fortbestehen.

⁴⁵ Vgl. IGH, a.a.O. (Fn. 14), abweichende Meinung der Richterin *van den Wyngaert*, Ziff. 48 ff.; ähnlich *Schultz*, a.a.O. (Fn. 14), S. 730 ff.

⁴⁶ StIGH, *The Case of the S.S. „Lotus“*, PCIJ, Series A No. 10, S. 18 f.

⁴⁷ Dazu eingehend *U. Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, 1991, S. 244 ff.; vgl. aus der jüngeren Praxis auch das Gutachten des Inter-Amerikanischen Juristenausschusses vom 23. August 1996 zum US-amerikanischen „Helms-Burton Act“, abgedruckt in: *ILM* 35 (1996), S. 1329 ff.; dazu *C. Kreß/J. Herbst*, Der Helms-Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht. Zum Gutachten des Inter-Amerikanischen Juristenausschusses vom 23. August 1996, *RIW* 1997, S. 630 ff.

⁴⁸ Vgl. nur *D. Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rdnr. 111: „Es ist allgemein anerkannt, daß Auslandstaaten von Ausländern ohne einen der bekannten Anknüpfungspunkte nicht willkürlich von einem Staat abgeurteilt werden können.“ Grundlegend zum völkerrechtlichen genuine link-Erfordernis *F. A. Mann*, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, *RdC* 111 (1964-I), S. 1 ff.

⁴⁹ So *van den Wyngaert* in ihrem Votum im *Yerodia-Fall*, IGH, a.a.O. (Fn. 14), abweichende Meinung der Richterin *van den Wyngaert*, Ziff. 52 ff.; vgl. auch *Schultz*, a.a.O. (Fn. 14), S. 730 ff.

⁵⁰ Ähnlich *Weiß*, a.a.O. (Fn. 14), S. 700 f., der allerdings nicht mit dem „genuine link“-Erfordernis operiert, sondern mit dem Nichteinmischungsverbot, womit die Argumentation Gefahr läuft, in einen Zirkel zu geraten, da die Reichweite des Interventionsverbotes gerade durch die völkerrechtlichen Regelungen über die Jurisdiktionsabgrenzung bestimmt wird.

⁵¹ Anders aber in Bezug auf Kriegsverbrechen nach den vier Genfer Konventionen und wohl auch hinsichtlich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – mit allerdings nur cursorischer Begründung – *van den Wyngaert* in ihrem Votum im *Yerodia-Fall*, IGH, a.a.O. (Fn. 14), abweichende Meinung der Richterin *van den Wyngaert*, Ziff. 59 ff.

⁵² *Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, a.a.O. (Fn. 14), S. 830 f.

⁵³ American Law Institute, *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, Bd. 1, 1987, § 401.

⁵⁴ *Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, a.a.O. (Fn. 14), S. 831.

⁵⁵ Deutlich etwa *W. Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, S. 282 f.: „Im Strafrecht setzen die staatlichen Gerichte nur die Verletzung des eigenen Strafrechts durch, nicht fremdes Strafrecht. Voraussetzung der strafrechtlichen Gerichtsbarkeit ist diese Verletzung der *lex fori*. [...] Wenn also die materielle Jurisdiktion im Strafrecht Voraussetzung für die Gerichtsbarkeit ist, dann ist diese Gerichtsbarkeit an die gleichen Anknüpfungspunkte gebunden, welche auch das materielle Strafrecht voraussetzt.“

⁵⁶ *Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, a.a.O. (Fn. 14), S. 830.

⁵⁷ Für den Tatbestand des Völkermordes, um den es im *Sharon-Fall* u.a. ging, dürfte ein solcher Nachweis auf der Ebene des Völkergewohnheitsrechts mittlerweile geführt werden können; anders aber *Bassiouni*, a.a.O. (Fn. 7), S. 120 ff., der die Geltung des Weltrechtsprinzips im Fall von Völkermord indessen aus dem *ius cogens*-Charakter des Völkermordverbotes deduzieren will (*id.*, S. 149 f.); kritisch auch *W. A. Schabas*, *Genocide in International Law*, Cambridge 2000, S. 361 ff.

dingen. Unter dieser Prämisse verbliebe es dabei: Die Zulässigkeit der Jurisdiktionsausübung *in absentia* müsste insgesamt positiv nachgewiesen werden.

Derlei subtile völkerrechtliche Erwägungen spielen in der Urteilsbegründung der „Cour de cassation“ freilich keine Rolle. Opfer dieses, so darf angenommen werden, bewussten Ausblendens des Völkerrechts aus den Entscheidungsgründen ist, aus international-rechtlicher Perspektive, die legitimatorische und präzedenzbildende Wirkung des Urteils.⁵⁸

4.2. Die Auslegung der Völkermordkonvention

Mehr Mühe auf eine Einbeziehung völkerrechtlicher Überlegungen in die Urteilsbegründung verwendet die „Cour de cassation“ im Rahmen ihrer Behandlung der Immunitätsproblematik. Wie gesehen, münden die diesbezüglichen Ausführungen des Kassationsgerichtshofes gar in einer völkerrechtskonformen Auslegung der Norm des Art. 5 § 3 des belgischen Gesetzes von 1993/1999,⁵⁹ die dadurch zweifelsohne einen signifikanten Bedeutungsverlust erleidet. Die Problembehandlung durch die „Cour de cassation“ ist dabei ersichtlich von dem Bemühen bestimmt, dem Diktum des IGH im *Yerodia*-Fall Rechnung zu tragen – auch wenn der Haager Richterspruch in dem Urteil mit keinem Wort erwähnt wird. Unabhängig davon aber, ob der *Yerodia*-Entscheidung in ihrem Kern zuzustimmen ist – und hierfür sprechen in der Tat gute Gründe⁶⁰ –, hätte der Kassationsgerichtshof im *Sharon*-Fall durchaus auch zu einem anderen Ergebnis gelangen können.

Wie dargelegt, begründet der Gerichtshof seine Entscheidung hinsichtlich der Immunität *Sharons* u.a. mit dem Zusammenspiel von Art. IV und Art. VI der Völkermordkonvention: Aus der Kombination dieser beiden Vorschriften ergebe sich, dass eine Immunitätsdurchbrechung im Fall der Begehung von Völkermord, soweit es um eine nationale Strafverfolgung gehe, lediglich vor den Gerichten des jeweiligen Territorialstaates in Frage komme.⁶¹ Dies klingt zunächst plausibel. Übersehen wird dabei aber, dass Art. VI der Völkermordkonvention keine umfassende Zuständigkeitsnorm ist, sondern ausschließlich die Strafverfolgungspflicht der Vertragsparteien zum Inhalt hat.

Es ist heute weithin anerkannt, dass Art. VI der Völkermordkonvention keinen exklusiven Charakter dergestalt hat, dass die Bestimmung eine Strafverfolgung etwa auf der Grundlage des völkergewohnheitsrechtlich anerkannten aktiven Personalitätsprinzips ausschließt.⁶² Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. VI und wird, wie der BGH – mit Billigung des BVerfG⁶³ – in seiner Entscheidung im *Jorgic*-Fall vom 30. April 1999 festgestellt hat, bestätigt durch eine an Art. I der Völkermordkonvention orientierte systematisch-teleologische Auslegung der Bestimmung.⁶⁴ Auch die Entstehungsgeschichte von Art. VI belegt, dass die Norm nicht abschließend ist und sein sollte.⁶⁵

Wenn nun aber Art. VI der Völkermordkonvention einer Strafverfolgung durch Gerichte außerhalb des Territorialstaates nicht entgegensteht, so ist schwerlich einzusehen, warum Art. IV der Völkermordkonvention nur auf eine Ahndung

durch das Tatortgericht anwendbar sein soll. Dies gilt umso mehr, als Tatortstaat und Heimatland des Verdächtigen nicht notwendig identisch sein müssen, sodass ohnedies auch bei einer Kombination von Art. IV und Art. VI im Einzelfall durchaus eine Immunitätsdurchbrechung vor nationalen Gerichten dritter Staaten bestehen kann.⁶⁶ Entsprechend wird Art. IV der Völkermordkonvention denn auch in der völkerrechtlichen Literatur regelmäßig – und zumeist ohne größere Diskussion – dahingehend verstanden, dass er einen **generellen** Ausschluss der Immunitätseinrede statuiert.⁶⁷

Da der IGH es im *Yerodia*-Fall lediglich mit Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu tun hatte, die Völkermordkonvention in seinem Urteil mithin keinerlei Rolle spielte, wäre die Annahme eines solchen (völkervertraglichen) Immunitätsausschlusses im Fall der Begehung von Völkermord mit der Entscheidung vom 14. Februar 2002 nicht zwingend unvereinbar.⁶⁸ Die *ratio* des *Yerodia*-Urteils – die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des zwischenstaatlichen Verkehrs und der internationalen Beziehungen – spricht freilich auch bei Völkermord gegen eine Strafverfolgung noch im Amt befindlicher hochrangiger Regie-

⁵⁸ Dass eingehende völkerrechtliche Überlegungen in Entscheidungen nationaler Gerichte durchaus eine tragende Rolle spielen können, zeigt der Völkermord-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Dezember 2000, BVerfG, JZ 2001, S. 975 ff.; dazu C. Hoß/R. A. Miller, German Federal Constitutional Court and Bosnian War Crimes: Liberalizing Germany's Genocide Jurisprudence, GYIL 44 (2001), S. 576 ff.; S. Kadelbach, Anmerkung zu BVerfG, Kammerbeschluss v. 12. Dezember 2000, S. 981 ff.; M. Kotzur, Weltrecht ohne Weltstaat – die nationale (Verfassungs-)Gerichtbarkeit als Motor völkerrechtlicher Konstitutionalisierungsprozesse. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG im Fall Nikola Jorgic, DÖV 2002, S. 195 ff.

⁵⁹ Siehe oben unter 3.2.2.

⁶⁰ Der Entscheidung in Bezug auf die Immunität im Amt befindlicher hochrangiger staatlicher Funktionsträger im Grundsatz zustimmend auch Casse, a.a.O. (Fn. 14), S. 855; Weiß, a.a.O. (Fn. 14), S. 701; Wirth, a.a.O. (Fn. 14), S. 889.

⁶¹ Siehe oben unter 3.2.1.

⁶² So bereits das Bezirksgericht von Jerusalem im *Eichmann*-Urteil vom 12. Dezember 1961, abgedruckt in: ILR 36 (1968), S. 18 (39): „It is clear that the reference in Article 6 to territorial jurisdiction [...] is not exhaustive. Every sovereign State may exercise its existing powers within the limits of customary international law, and accession of a State to the Convention does not involve the waiving of powers which are not mentioned in Article 6“; vgl. auch P. N. Drost, *The Crime of State*, Bd. 2: Genocide, Leiden 1959, S. 102; L. A. Steven, *Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations*, VJIL 39 (1999), S. 425 (459 f.); C. Tomuschat, *The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals*, in: H.-J. Cremer/T. Giegerich/D. Richter/A. Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin/Heidelberg/New York 2002, S. 315 (330 f.).

⁶³ BVerfG, a.a.O. (Fn. 58), S. 979 f.

⁶⁴ BGHZ 45, 64 (66 f.); dazu K. Ambos, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 30. April 1999, NStZ 1999, S. 404 ff.; M. Bungenberg, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord. Zugleich Anmerkungen zum Völkermord-Urteil des BGH vom 30. April 1999; G. Werle, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 30. April 1999, JZ 1999, S. 1181 ff.

⁶⁵ Vgl. Drost, a.a.O. (Fn. 62), S. 100 ff.; M. Lippman, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later*, Arizona Journal of International and Comparative Law 15 (1998), S. 415 (460 ff.); Schabas, a.a.O. (Fn. 57), S. 355 ff.; Steven, a.a.O. (Fn. 62), S. 455 ff.

⁶⁶ Hierauf weist zutreffend hin Weiß, a.a.O. (Fn. 14), S. 701.

⁶⁷ Vgl. etwa A. Bruer-Schäfer, *Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M. 2001, S. 123; Lüke, a.a.O. (Fn. 13), S. 244 ff.; W. Schabas, a.a.O. (Fn. 57), S. 317 ff.; Weiß, a.a.O. (Fn. 14), S. 701.

⁶⁸ Dies übersieht de Aragão, a.a.O. (Fn. 14), S. 87.

rungsvertreter durch die Gerichte von Drittstaaten. Die Entscheidung der „Cour de cassation de Belgique“ könnte insoweit, obwohl hinsichtlich ihrer Begründung wenig überzeugend, Beleg sein für eine restriktive Handhabung von Art. IV der Völkermordkonvention in der – nach Art. 31 Abs. 3 lit. b. der Wiener Vertragsrechtskonvention bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigenden – Praxis der Vertragsparteien.⁶⁹ So könnte sich der Regelungsgehalt der Bestimmung erschöpfen in einem Verzicht auf die funktionelle Immunität **aus dem Amt geschiedener** Funktionsträger.

5. Schluss

Auch das deutsche Recht sieht bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nunmehr die Möglichkeit der Weltrechtspflege *in absentia* vor. Dies folgt aus § 1 des am 1. Juli 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuches (VStGB)⁷⁰ sowie einem Umkehrschluss aus dem neuen § 153 f StPO.⁷¹ Angesichts der fortbestehenden Zweifel hinsichtlich der Völkerrechtskonformität der Ausübung des Universalitätsprinzips *in absentia* dürfte Belgien gleichwohl auf absehbare Zeit der einzige Staat bleiben, der die Weltrechtspflege in Abwesenheit des Tatverdächtigen betreibt. Die Entscheidung der „Cour de cassation de Belgique“ im *Sharon*-Fall hat hierfür den Weg geebnet.

Möglich wird damit nun etwa die Strafverfolgung des ehemaligen Präsidenten des Tschad *Hissène Habré*, gegen den vor einigen Jahren vergeblich bereits im Senegal – wo *Habré* sich im Exil befindet – ein Strafverfahren wegen Folter angestrengt worden war.⁷² Eine etwaige Immunität des ehemaligen Diktators vor der belgischen Justiz spielt in dem Verfahren keine Rolle: Mit Schreiben vom 7. Oktober 2002 hat der Justizminister des Tschad *Djinnain Koudji-Gaou* dem zuständigen belgischen Ermittlungsrichter mitgeteilt, dass sein Land auf jegliche Immunität *Habrés* verzichte.⁷³

Das Urteil des belgischen Kassationsgerichtshofes ist überwiegend dahingehend verstanden worden, dass es auch einen Prozess gegen *Ariel Sharon* nach dessen Ausscheiden aus dem Amt ermögliche.⁷⁴ Die Entscheidung selber sagt dies so freilich nicht. Die Zulässigkeit eines Strafverfahrens gegen *Sharon* in Belgien bleibt denn in der Tat auch nach dem Ende seiner Amtszeit Bedenken ausgesetzt: Als zum maßgeblichen Tatzeitpunkt verantwortlicher Verteidigungsminister hat *Sharon* während der Ausübung seiner Tätigkeit unzweifelhaft jedenfalls einen funktionellen Immunitätsschutz genossen;⁷⁵ dieser wirkt nach dem Ende der Amtszeit grundsätzlich fort.⁷⁶ In einem – mehr als unglücklichen – *obiter dictum* hat der IGH im *Yerodia*-Urteil nun aber (in Bezug auf die Immunität des Außenministers) angedeutet, dass sich eine solche fortwirkende Immunität *ratione materiae* auf **sämtliche** Amtshandlungen, und damit wohl auch auf schwere Menschenrechtsverletzungen, erstrecke.⁷⁷ Nimmt man den IGH beim Wort, bleibt im *Sharon*-Fall – in dem es anders als im Fall *Habré* zu einem umfassenden Immunitätsverzicht kaum je kommen dürfte – nur der Weg über Art. IV der UN-Völkermordkonvention. Diesen, so scheint es, hat die „Cour de cassation de Belgique“ mit ihrer auf den Tatortstaat bezogenen Auslegung der Vorschrift den belgischen Gerichten freilich versperrt.

Addendum

Das belgische Parlament hat Anfang April 2003 eine umfangreiche Novellierung des Gesetzes von 1993/1999 beschlossen.⁷⁸ Diese lässt auch die vorstehend behandelten Problemkreise nicht unberührt. So gilt die Immunitätsdurchbrechung des Art. 5 § 3 künftig ausdrücklich nur in den Grenzen des Völkerrechts.⁷⁹ Ferner wurde die Möglichkeit der Weltrechtspflege *in absentia* nunmehr explizit festgeschrieben.⁸⁰ Bedeutsamer freilich noch: Nach Art. 7 § 2 Abs. 3 n.F. des Gesetzes von 1993/1999 ist die Ausübung des Universalitätsprinzips in Abwesenheit des Tatverdächtigen fortan aus-

⁶⁹ Vgl. zur Bedeutung der Staatenpraxis für die Auslegung von Art. IV der Völkermordkonvention auch *Weiß*, a.a.O. (Fn. 14), S. 701, der den Bogen allerdings überspannen dürfte, wenn er ausführt, dass die Grenzen der Immunität letztlich im Völkergewohnheitsrecht zu suchen seien.

⁷⁰ BGBl. 2002 I, S. 2254 ff.; dazu *H. Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch. Eine kritische Würdigung, NSZ 2002, S. 125 ff.; *G. Werle/F. Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2002, S. 725 ff.; *S. Wirth*, Germany's New International Crimes Code: Bringing a Case to Court, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), S. 151 ff.; *A. Zimmermann*, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach Inkraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs, NJW 2002, S. 3068 ff.

⁷¹ Eingefügt durch Art. 3 Nr. 4 i.V.m. Nr. 3 a) bb) des Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002, BGBl. 2002, S. 2259.

⁷² Dazu *R. Brody*, The Prosecution of Hissène Habré – An „African Pinochet“, New England Law Review 35 (2001), S. 321 ff.

⁷³ Das Schreiben ist erhältlich im Internet unter: <http://www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm>; vgl. zur Immunitätsproblematik im Fall *Habré* auch *P. Gaeta*, *Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), S. 186 ff.

⁷⁴ Vgl. etwa FAZ v. 14. Februar 2002.

⁷⁵ Deutlich zum funktionellen Immunitätsschutz von Amtsträgern im Strafverfahren etwa House of Lords, a.a.O. (Fn. 11), S. 845 (*per* Lord Browne-Wilkinson): „[T]he ambassador, like any other official of the state, enjoys immunity in relation to his official acts“ [Hervorhebungen vom Verf.]; vgl. ausführlich *Lüke*, a.a.O. (Fn. 13), S. 166 ff.

⁷⁶ Siehe oben unter 2. 1.

⁷⁷ IGH, a.a.O. (Fn. 14), Ziff. 61: „[A]fter a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity“ [Hervorhebungen vom Verf.]; dazu kritisch *Wirth*, a.a.O. (Fn. 14), S. 890 f., der zutreffend darauf hinweist, dass die Ansicht des IGH mit dem in der Staatenpraxis zu beobachtenden Trend zur Durchbrechung des funktionellen Immunitätsschutzes bei internationalen Verbrechen allenfalls unter der problematischen Prämisse vereinbar ist, dass es sich bei solchen Verbrechen *per se* nicht um offizielle Amtshandlungen handelt; gegen diese so genannte „Tatbestandslösung“ (*Bank*, a.a.O. [Fn. 11], S. 690) etwa *Rensmann*, a.a.O. (Fn. 11), S. 269 f.; befürwortend dagegen *Bank*, *id.*, S. 693 f.; *Kreß*, Der Internationale Gerichtshof, a.a.O., (Fn. 14), S. 36 f.

⁷⁸ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire, erhältlich im Internet unter: <http://www1.dekamer.be/FLWB/pdf/50/2265/50K2265010.pdf>.

⁷⁹ Die Bestimmung lautet nunmehr: „L'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international.“ [Hervorhebungen vom Verf.].

⁸⁰ Vgl. Art. 7 § 1er n.F. des Gesetzes von 1993/1999: „Sous réserve d'un desaisissement prononcé dans un des cas prévus aux paragraphes suivants, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises et même si l'auteur présumé ne se trouve pas en Belgique.“ [Hervorhebungen vom Verf.].

geschlossen, wenn der Fall im Interesse der Rechtspflege und mit Blick auf die internationalen Verpflichtungen Belgiens vor ein internationales Gericht oder ein nationales Gericht des Tatortstaates oder des Heimat- oder Aufenthaltsstaates des Verdächtigen gebracht werden sollte, vorausgesetzt, dass das betreffende Gericht „*compétente, indépendante, impartiale et équitable*“ ist. Diese weitreichende Beschränkung der Weltrechtspflege *in absentia* ist nicht zuletzt aufgrund massiven US-amerikanischen Drucks zustande gekommen, nachdem der ehemalige US-Präsident *George Bush* sen. sowie hochrangige Vertreter der gegenwärtigen *Bush*-Administration von Familien der Opfer des 1. Golfkrieges vor der belgischen Justiz verklagt worden waren. Im Ergebnis kommt die Regelung der Anordnung einer – *de lege ferenda* zweifellos begrüßenswerten – Subsidiarität der universellen Jurisdiktion in Abwesenheit des Tatverdächtigen nahe.⁸¹ Mit der unbefriedigenden Einschränkung freilich, dass eine abstrakte Betrachtung hinsichtlich der Möglichkeit eines anderweitigen Strafverfahrens offenbar genügen soll. In Anbetracht dieser Gesetzesänderung erscheint es wenig wahrscheinlich, dass

der Fall *Sharon* die belgischen Gerichte abermals beschäftigt wird. Es darf mit Spannung abgewartet werden, welchen Staaten die belgischen Justizbehörden die Fähigkeit zur Durchführung fairer Strafverfahren absprechen werden. ■

⁸¹ Vgl. zu subsidiaritätstheoretischen Erwägungen hinsichtlich der Weltrechtspflege *in absentia* auch IGH, a.a.O. (Fn. 14), gemeinsames Sondervotum der Richter *Higgins, Kooijmans* und *Buergenthal*, Ziff. 59: „*If, as we believe to be the case, a State may choose to exercise a universal criminal jurisdiction in absentia, it must also ensure that certain safeguards are in place. [...] A State contemplating bringing criminal charges based on universal jurisdiction must first offer to the national State of the prospective accused person the opportunity itself to act upon the charges concerned*“; ferner *Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip, a.a.O. (Fn. 14), S. 842 f., der ebenfalls für eine Subsidiarität der Weltrechtspflege *in absentia* plädiert und mit Recht die Verengung des Subsidiaritätsgedankens auf das Verhältnis zwischen Weltrechtspflegestaat und Heimatstaat des Tatverdächtigen – unter Außerachtlassung des Verhältnisses zwischen Weltrechtspflegestaat und Tatortstaat – im Ansatz der drei IGH-Richter kritisiert; für eine nur subsidiäre Handhabung des Universalitätsprinzips überhaupt *J. K. Kleffner*, The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), S. 86 (108 f.).

Harvard-Konferenz zum humanitären Völkerrecht vom 27.–29. Januar 2003*

Reinhard Haßenpflug und Stephan Weber**

1. Konferenzrahmen und Zusammenfassung

1.1. Vom 27. bis 29. Januar 2003 fand an der Harvard-Universität eine internationale Konferenz zum Humanitären Völkerrecht („Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law“) statt. Die Konferenz war gemeinsam von der Schweiz, der Harvard-Universität sowie dem VN-Generalsekretariat vorbereitet worden. An der Konferenz nahmen Regierungsvertreter aus 23 Ländern (u.a. USA, RUS, CHN, UK, FRA, IND, PAK, EGY) teil. Vertreten waren auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) und die Vereinten Nationen. Außerdem waren als Referenten zu den einzelnen von der Konferenz behandelten Themen wissenschaftliche Experten, überwiegend Völkerrechtslehrer aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, eingeladen worden.

Für den Ablauf der einwöchigen Konferenz waren durch die Veranstalter zuvor einige Verfahrensregeln festgelegt worden. So sollten sich die Regierungsvertreter nur in ihrer persönlichen Eigenschaft äußern und die Teilnehmer Bezugnahmen zu aktu-

ellen Ereignissen, bei denen die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in Rede steht, vermeiden. Schließlich waren die Teilnehmer gebeten worden, sich politischer Stellungnahmen zu enthalten.

1.2. Die Konferenz beschäftigte sich mit vier thematischen Schwerpunkten, die in vier Arbeitssitzungen vertieft erörtert wurden: „Schutz der Zivilbevölkerung vor Auswirkungen von bewaffneten Konflikten“ (Arbeitssitzung 1), „Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilpersonen“ (Arbeitssitzung 2), „Beginn und Ende von bewaffneten Konflikten bzw. der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts“ (Arbeitssitzung 3) „Rechtliche Mechanismen zur Implementierung des humanitären Völkerrechts“ (Arbeitssitzung 4). Zu diesen Themen hielten jeweils ein oder zwei wissenschaftliche Experten einleitend einen Kurzvortrag, anschließend wurden die Themen in vier getrennt tagenden kleineren Arbeitsgruppen, auf die die Teilnehmer der Konferenz verteilt wurden, diskutiert. Am Ende des Seminars fassten die Arbeitsgruppen die Ergebnisse ihrer Erörterungen in Einzelberichten zusammen. Diese Einzelberichte sollen die Grundlage für eine

schriftliche Zusammenfassung der Konferenzergebnisse bilden, die die Schweizer Regierung und die Harvard-Universität gemeinsam erarbeiten und zu einem späteren Zeitpunkt verteilen werden.

1.3. Das von den Veranstaltern eingangs definierte Ziel der Konferenz war es, in einem informellen Dialog zwischen den Staatenvertretern und unabhängigen wissenschaftlichen Experten einige Problemfelder des humanitären Völkerrechts zu identifizieren und konkrete Fragen zu formulieren, die Anlass zu vertiefter wissenschaftlicher Forschung und Expertenaustausch bieten sollen. Dagegen hatten sich die Veranstalter nicht zum Ziel gesetzt, Textvorschläge für die Fortschreibung des humanitären Völkerrechts zu erarbeiten. Die vertiefte wissenschaftliche Untersuchung zu den während der Konferenz identifizierten Problemfeldern soll durch einen regelmäßigen Dialog zwischen unabhängigen Experten und Regierungsvertretern vermittelt werden. Bei dem Aufbau entsprechender Netzwerke sollen das IKRK und die Harvard-Universität eine maßgebliche Rolle übernehmen. So konnte bereits während der Konferenz ein eigens zu diesem Zweck geschaffenes Internetportal (www.ihlsearch.org) vorgestellt werden, das neben einem breiten Informationsangebot ein Forum für den weiteren informellen Austausch (einschließlich E-Conferences) bieten soll. Die IKRK-Vertreter kündigten in diesem Zusammenhang an, dass das IKRK 2003 verschiedene Regionalkonferenzen zu aktuellen Themen des humanitären Völkerrechts veranstalten wird, deren Ergebnisse auf der Internationalen Rotkreuzkonferenz in Genf im Dezember 2003 beraten werden sol-

* Deutscher Bundestag. Rechtsausschuss. Ausschussdrucksache Nr. 15 (6) 12. 15. Wahlperiode, 20. März 2003. Die Redaktion dankt Herrn *Volker Kröning* MdB, Mitglied des Rechtsausschusses, dass er sie auf dieses Dokument hingewiesen hat.

** Legationsrat 1. Klasse Dr. *Reinhard Haßenpflug*, LL.M., ist Referent im Auswärtigen Amt. Regierungsdirektor Dr. *Stephan Weber*, LL.M. (U.E.A) ist Referent im Bundesministerium für Verteidigung.

len. Außerdem stellten die IKRK-Vertreter das Erscheinen der IKRK-Studie zum Geltungsumfang völkergewohnheitsrechtlicher Normen des humanitären Völkerrechts für Herbst 2003 in Aussicht.

1.4. Die Konferenz konnte das von den Veranstaltern gesetzte Ziel, wichtige Fragestellungen des aktuellen humanitären Völkerrechts herauszuarbeiten, erreichen. Dies lag insbesondere an der konstruktiven Arbeitsatmosphäre, in der das Expertentreffen stattfand. Maßgeblich trug dazu bei, dass die Experten sich in kleineren Arbeitsgruppen intensiv austauschten und sich so ein wirklicher Dialog entwickeln konnte. Es bestand weitgehende Übereinstimmung zwischen den Teilnehmern, dass die Herausforderung an das derzeitige humanitäre Völkerrecht primär nicht darin besteht, das Recht weiterzuentwickeln und neue völkerrechtliche Verträge, z.B. ein weiteres Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen, zu verhandeln. Das gültige völkerrechtliche Instrumentarium ist durchaus geeignet, auch die heutigen asymmetrischen bewaffneten Konflikte, bei denen sich häufig Staaten und die sog. „non-State actors“ gegenüberstehen, zu erfassen. Allerdings nehmen die begrifflichen Unsicherheiten bzw. Auslegungsschwierigkeiten bei der Anwendung von relevanten Normen des humanitären Völkerrechts auf die genannten Konflikte zu. Insofern kommt den Bemühungen, mit Hilfe vertiefter wissenschaftlicher Untersuchungen eine einheitliche Anwendung und Interpretation der Rechtsnormen zu gewährleisten und somit für eine effektivere Umsetzung des bestehenden Rechts zu sorgen, eine besondere Bedeutung zu.

2. Im Einzelnen

2.1. Schutz der Zivilbevölkerung gegen die Auswirkungen von bewaffneten Konflikten

Bei der durch das humanitäre Völkerrecht zwingend vorgeschriebenen jederzeitigen Unterscheidbarkeit von militärischen und zivilen Objekten bestand Einigkeit unter den Teilnehmern, dass die vorrangige Aufgabe nicht darin besteht, eine Liste von einzelnen Objekten, die sich eindeutig entweder als militärisches oder ziviles Ziel definieren lassen, aufzustellen, sondern vielmehr eine einheitliche Definition der rechtlichen Schlüsselbegriffe zu vereinbaren. Hierzu zählen insbesondere die Begriffe des „wirksamen Beitrags zu militärischen Handlungen“ und des „eindeutigen militärischen Vorteils“ gem. Art. 52 Abs. 2 ZPI. Es wurde darauf hingewiesen, dass das Problem bei der Auswahl militärischer Ziele

(„Targeting“) häufig in dem Bedürfnis der Staaten nach Geheimhaltung ihrer Einsatzplanungen besteht. In diesem Zusammenhang wurde gefordert, künftig die Elemente der militärischen Entscheidungsfindung transparenter zu machen. Außerdem wurde auf die Notwendigkeit eines verstärkten Austausches und evtl. Harmonisierung der von den Streitkräften in konkreten Einsatzsituationen benutzten Militärhandbücher verwiesen. Kontrovers wurde die Frage der sog. „dual use“-Objekte diskutiert, die sowohl zivilen wie militärischen Zwecken dienen können (z.B. Brücken, die sowohl für zivile als auch militärische Transportzwecke genutzt werden; Radio- und Fernsehstationen, die auch der militärischen Nachrichtenübermittlung dienen). Mehrheitlich sprachen sich dabei die Teilnehmer gegen eine uferlose Ausdehnung des Begriffs des militärischen Objekts aus. Insbesondere wurde die Einordnung eines zivilen Objekts als militärisches Ziel abgelehnt, bei dem nur die entfernte Möglichkeit einer künftigen Nutzung zu militärischen Zwecken besteht. Hinsichtlich des Prinzips der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 51 Abs. 5 b) ZP I wurde ebenfalls auf bestehende Auslegungsschwierigkeiten hingewiesen. Insbesondere die Abgrenzung der „übermäßigen Wirkung (excessive impact)“ eines militärischen Angriffs, die in keinem Verhältnis zum erwarteten militärischen Vorteil steht, sei in der Einzelfallabwägung häufig problematisch. Hierzu seien genaue Untersuchungen von konkreten Einsatzbeispielen notwendig. Schließlich wurde auf den engen Zusammenhang zwischen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den gem. Art. 57 ZP I zu ergreifenden Vorsorgemaßnahmen bei der Vorbereitung eines Angriffs, vor allem bei der Auswahl militärischer Ziele, hingewiesen. Mehrere Teilnehmer machten deutlich, dass die Pflicht, entsprechende Vorsorgemaßnahmen zu treffen, auch den sich verteidigenden Staat trifft.

2.2. Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilpersonen

Im Mittelpunkt der Diskussion stand die Frage nach der Notwendigkeit der Schaffung einer dritten Kategorie neben Kombattanten und geschützten Zivilpersonen. In diesem Zusammenhang wurde daran erinnert, dass nur in den **internationalen** bewaffneten Konflikten die 3. und 4. Genfer Konvention Anwendung finden. Nur diese Verträge (sowie das I. Zusatzprotokoll) enthalten Regeln zum Status der beiden genannten Personengruppen. In nicht-internationalen Konflikten wird der Schutz der genannten Personen, sofern das II. Zusatzprotokoll keine Regelung trifft, durch den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventio-

nen und die gültigen Standards der universellen Menschenrechte gewährleistet. Künftige Untersuchungen sollten sich insbesondere mit dem Status des sog. „unlawful combatant“ beschäftigen. Hierzu wurden folgende Fragen gestellt: Unter welchen Voraussetzungen ist der Schutz von Zivilpersonen, die sich direkt an bewaffneten Auseinandersetzungen beteiligen, suspendiert? Was ist eine direkte Beteiligung? Wie lang soll die Aussetzung des Schutzes der Zivilperson wirken, ggf. auch über den zeitlichen Zusammenhang der unmittelbaren militärischen Auseinandersetzung hinaus (Problem der gezielten Tötungen)? Auch die Frage nach dem Status der sog. „privatisierten Angehörigen von Streitkräften“ wurde aufgeworfen. Als weiteres Thema für eingehendere Untersuchungen wurde die Frage genannt, ob die Voraussetzungen des Kombattantenstatus gem. Art. 4 Abs. 2 3. GK nur durch Einzelpersonen erfüllt werden müssen oder zusätzlich auch durch die Gruppen, denen die Einzelpersonen angehören.

Die IKRK-Vertreter erläuterten, dass nach Auffassung des IKRK im Afghanistan-Konflikt, so lange dieser als internationaler Konflikt qualifiziert werden konnte (also bis zur Einsetzung der Regierung *Karzai*), für die inhaftierten Personen, d.h. zumindest die Taliban-Kämpfer, die 3. Genfer Konvention Anwendung fand. Die Personen, die keinen Kombattantenstatus hatten, hätten unter dem Schutz der 4. Genfer Konvention gestanden. Sofern die Staatsangehörigkeitsklausel gem. Art. 4 solche Personen aus dem Anwendungsbereich der IV. GK ausschloss, sei der Schutz aufgrund des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen sowie Art. 75 ZP I, dessen gewohnheitsrechtliche Geltung auch die USA anerkennen würden, gewährleistet gewesen.

2.3. Beginn und Ende von bewaffneten Konflikten bzw. die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts

Ausgangspunkt der Diskussion war die Frage nach der Definierbarkeit des Begriffs „bewaffneter Konflikt“, wobei sowohl die staatliche Zuordnung als auch der Grad der Gewalt, die tatsächlich beteiligten Parteien und die Erscheinungsformen (z.B. Angriffe auf Computersysteme) als Ausgangspunkte der Überlegungen herangezogen wurden. Im Ergebnis wurden bewaffnete Konflikte als von den politischen Gegebenheiten bestimmte *de facto*-Zustände charakterisiert, die sich einer einengenden Definition entziehen. Es wurde festgestellt, dass sich verschiedene Formen von Konflikten nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen und eine eindeutige Festlegung, insbesondere bei Konflikten von eher geringer In-

tensität, oft nicht möglich und wohl auch nicht opportun ist. Vor allem der seit dem 11. September 2001 stattfindende „war on terror“ wirft eine Vielzahl näher zu erörternder Fragestellungen auf. Das Neuartige an der Auseinandersetzung ist, dass sich Staaten angesichts des qualitativen wie quantitativen Umfanges terroristischer Aktivitäten erstmalig auf das Bestehen eines bewaffneten Konflikts und nicht auf „law enforcement“ berufen und damit die Grenze zwischen dem bewaffneten Konflikt und der Bekämpfung von Straftaten im herkömmlichen Sinne verwischen. Die dadurch hergestellte Verzahnung von nationalem und internationalem Recht führt zu bislang nicht gelösten Problemen und fordert eine nicht angemessene „pick and chose“-Politik heraus. Dabei stellt sich die Frage, wie diesbezügliche Erklärungen von Staaten zu qualifizieren sind.

Weiterhin bedarf es der Klärung, welche Grundsätze des humanitären Völkerrechts in der Auseinandersetzung zwischen einem Staat und einem „non-state actor“ anzuwenden sind.

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts bietet sich ebenfalls ein weites Feld noch zu leistender Forschungsarbeit. Als erster Lösungsansatz wurde im Hinblick auf den Normzweck vorgeschlagen, das humanitäre Völkerrecht so lange anzuwenden, wie seine Schutzfunktion in einem Konflikt benötigt wird. Im Hinblick auf die Themenkomplexe „Kriegsgefangene“ und „besetzte Gebiete“ ist jedoch die Phase nach der Einstellung der Feindseligkeiten besonders zu betrachten. Als problematisch wurde ein Konzept gesehen, wonach die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts je nach den Umständen der Situation wechselt (turn on/turn off). Als weiterhin äußerst relevantes Forschungsfeld wurde die Klärung des Verhältnisses von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten ausgemacht. Beide Rechtsgebiete dürfen dabei nicht in einem Konkurrenzverhältnis zueinander gesehen werden oder gar Regelungslücken zulassen, sondern es muss im konkreten Fall ein Überlappen der Anwendungsbereiche bzw. eine gegenseitige Ergänzung gewährleistet sein.

2.4. Rechtliche Mechanismen zur Implementierung des humanitären Völkerrechts

Auf der Grundlage zweier Vorträge wurde die Notwendigkeit neuer Formen und Mechanismen der Implementierung des humanitären Völkerrechts diskutiert. Demnach kommt in einer Zeit, in der neue Kodifikationen nur schwer durchzusetzen sind, dem

„soft law“ (roling codes of best practices), das sich im Konsens der (Regierungs-)Experten und mit Hilfe moderner Kommunikationstechnologien den sich ändernden Gegebenheiten ständig anpasst, künftig mehr Bedeutung zu. Vorgeschlagen wurde hierzu ein „network approach“, der die Beteiligten und Akteure im weitesten Sinne (Politiker, Wissenschaftler, NGO-Vertreter, LEGADS, aber auch Richter, Staatsanwälte, Polizei, Mitglieder gesetzgebender Organe) zusammenbringt und der das Individuum anspricht. Nicht zu unterschätzen und daher auszunutzen sei dabei der „compliance by exclusive membership“-Effekt.

Ein besonderes Augenmerk wurde auf die Frage gelegt, wie der „non-state actor“ an das humanitäre Völkerrecht gebunden werden kann. Dabei wurden unter anderem folgende theoretische Möglichkeiten thematisiert und als Gegenstand künftiger Forschung empfohlen: Inwieweit ist der „non-state actor“ durch Gewohnheitsrecht gebunden? Kann er eine Selbstbindung übernehmen? Kann er bei der Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts einbezogen und gehört werden und wie könnte dies praktisch vonstatten gehen? Könnten außerhalb des internationalen Rechts Mechanismen eines „neuen transnationalen Rechts bewaffneter Gruppierungen“ entwickelt werden? Welche Anreize können „non-state actors“ geboten werden, sich an das humanitäre Völkerrecht

zu halten (ggf. reduzierter Kombattantenstatus)? Wie könnte dies überwacht werden? Wie können „non-state actors“ besser zur Verantwortung gezogen werden, wobei neben der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit auch an andere Instrumente wie z.B. Sanktionen gedacht wurde?

Ein Hauptproblem bei der Diskussion der genannten Vorschläge wurde darin gesehen, den „non-state actor“ zu definieren und gegenüber dem „einfachen“ Kriminellen abzugrenzen, der weiterhin nach einhelliger Auffassung nicht in den Anwendungsbereich der diskutierten Mechanismen fallen kann. Hier könnte ein Kriterium sein, dass zumindest NGOs begrenzt Zugang zu solchen Gruppen haben. Ein Sonderfall kann in solchen Gruppen gesehen werden, die sich im Laufe der Zeit und bei Änderung der politischen Determinanten vom „non-state actor“ zum Staatsgebilde entwickeln.

Im Rahmen der Diskussion wurde auf einen kürzlich erschienen Report des IKRK (People in War) hingewiesen, aus dem sich die verschiedenen Gründe für die Nicht-Beachtung des humanitären Völkerrechts ergeben. Dabei fiel auf, dass es oft nicht die Unkenntnis des Rechts ist, die zur Begehung von Kriegsverbrechen führt. In jedem Fall bedarf es der weiteren Klärung, warum die existierenden Implementierungsmechanismen nur unzureichende Erfolge zeigen. ■

20. Bogenhausener Gespräche: „Völkerrecht im 21. Jahrhundert – Gestaltwandel der Konflikte“. Vortragsveranstaltung der Münchner Studentenverbindung Danubia, München-Bogenhausen, 8.–9. März 2003

Jan P. P. Ganschow*

Die Münchner Studentenverbindung „Danubia“ organisierte am 8. und 9. März 2003 eine Vortragsveranstaltung in ihrem Haus in München-Bogenhausen zum Thema „Völkerrecht im 21. Jahrhundert – Gestaltwandel der Konflikte“. Einleitend zu diesem Thema sprach am ersten Seminartag Dr. Walter Post in seinem Referat zur „Entwicklung des *ius in bello* und des *ius ad bellum* im 20. Jahrhundert“. Dr. Walter Post war von 1990 bis 1994 Lehrbeauftragter an der Universität München und ist seit 1995 freier Historiker. Er ist Autor mehrerer

Bücher zum II. Weltkrieg, zuletzt verfasste er einen Beitrag für den Sammelband „Kriegsverbrechen in Europa und im Nahen Osten im 20. Jahrhundert“ (2002), herausgegeben von den ebenfalls als Referenten an der Veranstaltung teilnehmenden Professoren Dr. Franz W. Seidler und Dr. Dr. Alfred M. de Zayas. Mit seinem kurzen Abriss, der sich auf die prägnante Darstellung der grundlegenden Strukturen des Kriegs- bzw. des humanitären Völkerrechts beschränkte, führte Dr. Post das Publikum in die Gesamtmaterie zunächst ein und bereitete das Auditorium so auf die sich anschließenden Vorträge vor. Die ca. 120 Zuhörer setzten sich größtenteils aus Studentinnen und Studenten der Universität München zusammen, vornehmlich aus den Fachrichtungen Poli-

* Jan P. P. Ganschow ist Oberleutnant d.R. und arbeitet an einer Dissertation zum humanitären Völkerrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg.

tik, Jura und Geschichte. Zudem waren Journalisten und Gäste aus Österreich und der Schweiz anwesend. Auch Lehrpersonal der Uni München nahm an den Vorträgen teil.

Daher konnte der zweite Referent am ersten Vortragstag, Prof. Dr. Seidler, in seinem Vortrag über „Kriegsverbrechen und Partisanenkrieg im Völkerrecht“ grundlegendes Wissen über die Materie bei den Zuhörern mehr oder weniger voraussetzen und vertieft auf die eigentlichen Probleme eingehen, wie z.B. die seinerzeitige Repressalienfrage im Kriegsvölkerrecht, die rechtliche Unterscheidung zwischen Geiseln und Sühnegefangenen, das Kriegsstrafrecht des Deutschen Reiches im II. Weltkrieg, die Bedeutung und Anwendung der *Martens'schen* Klausel und die unselige neue Einführung der Allparteienklausel in Art. 24 des Genfer Rotkreuz-Abkommens vom 6. Juli 1906 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Heere im Felde.

Nach der sich anschließenden ausgiebigen Diskussion, bei der neben den Studierenden insbesondere die anwesenden Weltkrieg-II-Teilnehmer die Referenten mit Fragen und Erlebnissen konfrontierten und so zu einer Veranschaulichung des Gesamtthemas beitrugen, erfolgte am Abend eine gemeinsame akademische Feier unter der Leitung der „Danubia“, die wegen ihrer traditionellen Durchführung für viele Gäste neu war, aber beim Autor und den anderen Teilnehmern durchweg positiv ankam.

Nach einem gemeinsamen Frühstück am nächsten Morgen und der erneuten Gelegenheit zu persönlichen Gesprächen mit den Referenten begann der wissenschaftliche Assistent und Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen Patrick Sutter seinen Vortrag zum Thema „Die Erosion des humanitären Völkerrechts und des Asylrechts – Konsequenz von neuen Konfliktstrukturen?“. Dabei ging Sutter auf die moralischen und philosophischen Fragen in der aktuellen Debatte zur Durchsetzung und Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts im Angesichte eines drohenden Krieges der USA gegen den Irak ein. Hierbei wurden u.a. das Reziprozitätsproblem im israelisch-palästinensischen Konflikt, die völkerrechtliche Problematik bei der Behandlung der Gefangenen von Guantánamo durch die USA und die drohende Rückkehr zum *bellum iustum* eingehend gewürdigt. Eine gegenwärtig zu beobachtende Indiskriminierung der Kriegführung und damit einhergehend die sprachliche Verunglimpfung von zivilen Opfern als „Kollateralschäden“ stehe im krassen Gegensatz zur Schutzrichtung des humanitären Völkerrechts, war

eine der weiteren zutreffenden Thesen von Sutter. In der Diskussion um die sog. humanitäre Intervention stellte Sutter dar, dass die Bombardierung von Staaten wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen (wie etwa seinerzeit in Serbien, Afghanistan oder in Kürze im Irak) ihrerseits zu schwersten Menschenrechtsverletzungen führe. Diese „Quadratur des Kreises“ stelle das humanitäre Völkerrecht vor eine große Herausforderung.

Das Referat mit der Überschrift „Schutz der Zivilbevölkerung im Luftkrieg“ von Dr. Dr. de Zayas behandelte die brennendsten Fragestellungen an das humanitäre Völkerrecht zu Bombenabwürfen. Dabei kamen sowohl konkrete Kriegsverbrechen in den Weltkriegen, im Vietnamkrieg, im Golfkrieg und im Kosovokonflikt zur Sprache als auch die für das humanitäre Völkerrecht z.Z. besonders virulenten Themen Flächenbombardement, surgical strikes mit sog. smarten Bomben und die *de facto*-Impunität verschiedener Staaten als Kriegsparteien, um nur einige zu nennen. Als amerikanischer Völkerrechtler und Historiker und Autor mehrerer Bücher über Vertreibung und Kriegsverbrechen sowie als ehemaliger Sekretär des UN-Menschenrechtsausschusses konnte Dr. Dr. de Zayas die Fragen und Anmerkungen des fachkundigen Auditoriums in einer Reichweite beantworten, die diesen

Teil des Seminars zu einem der Höhepunkte machte.

Zuletzt betrat Dr. habil. Friedrich Romig, Dozent für Volkswirtschaftstheorie und -politik an der Wirtschaftsuniversität Wien, das Rednerpult. Sein Vortrag „Grundlage des Völkerrechts: Die Rechte der Nation“ führte die Hörer in die Metaphysik von Völkerrecht, Politik und Volk hinüber und diente der Veranstaltung zum geistigen Überbau. In der sich anschließenden philosophisch und unvermittelt emotional geführten Debatte stand indes Dr. Romigs Bezugnahme auf den Katholizismus als geistige Basis für den Nationalstaat, welcher wiederum als Garant für Demokratie und ein funktionierendes Völkerrecht essenziell sei, im heftigen Disput.

Ein Büchertisch, an dem Publikationen jedes Referenten zu Sonderpreisen zu erwerben waren, rundete die Veranstaltung ab, so dass man sich zur Beantwortung der in der Kürze der Zeit notwendigerweise nicht beantworteten Fragen mit weiterführender Fachliteratur eindecken konnte.

Die Manuskripte der Referenten können im Internet unter <http://www.no-brand.de/danubia/> heruntergeladen werden, weswegen die inhaltliche Darstellung der Vorträge hier entsprechend kurz gefasst werden konnte. ■

Individuelle und kollektive Selbstverteidigung in Zeiten neuer Bedrohungen: Das Selbstverteidigungsrecht im Umbruch

13. Tagung der Rechtsberater der Bundeswehr und der Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Bad Teinach, 21.–22. März 2003

Mareile Lettau und Frauke Weber*

Da die 13. Bad Teinacher Tagung vom 21. bis 22. März 2003 nur wenige Tage nach Beginn der Kampfhandlungen im Irak stattfand, war das diesjährige Thema „Individuelle und kollektive Selbstverteidigung in Zeiten neuer Bedrohungen – Das Selbstverteidigungsrecht im Umbruch“ von besonderer Aktualität.

Zunächst wurden die gut 100 Tagungsteilnehmer durch kurze Begrüßungsansprachen des Staatssekretärs a.D. Dr. Lorenz Menz, des Ministerialdirektors Michael Steindorf-

ner vom Justizministerium Baden-Württemberg und des Landrats Hans-Werner Köblitz des gastgebenden Kreises „Calw“ willkommen geheißen. Prof. Horst Fischer schloss sich der Begrüßung der Teilnehmer an und stellte die Referenten und Vortragsthemen vor, wobei er ebenso wie seine Vorredner die Aktualität des Themas „Selbstverteidigung“ angesichts des Beginns der Kampfhandlungen im Irak durch die Vereinigten Staaten von Amerika und deren Alliierte hervorhob.

Bernard Dougherty, amerikanischer Dozent am IFHV, begann mit dem Thema „Rogue States and the Debate in the US“. Zunächst definierte er den Begriff „Schur-

* Mareile Lettau (LL.M. Eur.) ist Rechtsreferendarin in Berlin und Frauke Weber ist Rechtsanwältin in Berlin.

kenstaat“ mit den Attributen „unehrlich“, „gewissenlos“, „wild“ und „abgeschottet von der Internationalen Gemeinschaft“. Die Frage, ob der Irak nach dieser Definition ein Schurkenstaat sei, bejahte er anhand eines Überblicks der Taten des Irak seit 1980, wobei er unter anderem den Einsatz chemischer Waffen im Irankrieg, die Invasion des Irak in Kuwait und den Genozid im Süden Iraks ausführte. Ob und inwieweit Staaten wie Iran, Syrien, Sudan, Nordkorea, Kuba oder Libyen ebenfalls als Schurkenstaaten zu qualifizieren seien, weil sie etwa Terrorismus unterstützten, stellte *Dougherty* in den Raum. Dabei vertrat er die Auffassung, dass die von den USA verwandten Termini „Schurkenstaat“ und „Achse des Bösen“ problematische Schlagwörter seien.

Um der Frage, ob die terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 die amerikanische Meinung gegenüber internationalem Recht verändert haben, nachzugehen, hat *Dougherty* im Januar 2003 an der „Joint Services Conference on Professional Ethics“ (JSCOPE) zum Thema „Anti-Terrorist Operations and Homeland Defense“ in den USA teilgenommen. JSCOPE, so *Dougherty*, sei ein Forum, dem mehrheitlich Militärs aus den USA und anderen Staaten angehörten, die sich selbst als Ethiker sähen und militärisches Denken und Handeln untersuchten. Drei der auf der Konferenz diskutierten Themen, die „Just War Doctrine“, der Status der Guantánamo-Gefangenen und die Absolutheit des Folterverbots, stellte *Dougherty* vor.

Die „Just War Doctrine“ (Theorie vom gerechten Krieg) sei in den USA sehr präsent. So habe beispielsweise *Bush senior* die Terminologie im Golf-Krieg 1991 verwandt. Nach überwiegender Ansicht internationaler Völkerrechtler sei für diese Doktrin neben den Regelungen der UN-Charta kein Raum. Voraussetzungen eines „gerechten Krieges“ seien gemäß JSCOPE folgende:

- „just cause of the war“,
- Ermächtigung durch die USA oder durch UN-Mandat,
- „right intention“,
- letztes Mittel sowie
- Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs.

Bei der Anwendung dieser Merkmale auf den Irak-Krieg seien nach Ausführung von *Dougherty* die Fragen diskussionsbedürftig, ob eine Legitimierung durch die Resolutionen des UN-Sicherheitsrats 1441, 678 und 687 vorliege, ob die „right intention“ vorhanden sei und ob alle Alternativen zum Krieg ausgeschöpft worden seien.

Zum Status der Guantánamo-Gefangenen erläuterte *Dougherty*, dass diesen von der *Bush-Administration* der Kriegsgefangenenstatus versagt werde, unter anderem mit der Begründung, dass es sich hierbei um einen Präzedenzfall in der Geschichte handle. Diese Auffassung stellte *Dougherty* in Frage, indem er auf frühere Fälle „untypischer Kriege“ – den Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg, den Sezessionskrieg und den Vietnam-Krieg – verwies, in denen die USA ihren Gefangenen Kriegsgefangenenstatus zukommen ließen. Insbesondere der Vietnam-Krieg als „atypischer Guerilla-Krieg“, in dem die Guerilla-Kämpfer beispielsweise keine Uniformen trugen und ihre Waffen versteckten, weise „ähnliche Kriegsmerkmale“ auf.

Ferner ging *Dougherty* noch der Frage nach, ob Folter in Ausnahmesituationen gerechtfertigt sein könne. Als Beispiel für eine Ausnahmesituation bildete er den Fall, dass ein Terrorist verhaftet wird, der in einem Stadion einen Sprengkörper versteckt hat, der eine Vielzahl von Menschen töten soll. Nach Ansicht *Doughertys* und anderer JSCOPE-Teilnehmer könne Folter auch in solchen Extremsituationen nicht gerechtfertigt werden. Zum einen nehme ein Terrorist bei seinem Vorgehen den eigenen Tod in vielen Fällen in Kauf, weshalb Androhung von Folter und deren Ausübung keinen „Erfolg“ versprechen. Zum anderen sei es sehr wahrscheinlich, dass die gefolterte Person jede gewünschte Aussage machen würde, um die Schmerzzufügung zu beenden. Selbst wenn Folter theoretisch in Extremsituationen moralisch gerechtfertigt werden könnte, sei eine rechtliche Rechtfertigung aber in jedem Fall ausgeschlossen.

Am Ende seines Vortrages stellte *Dougherty* fest, dass es in den USA zwar eine Debatte über die US-Politik und über internationales Recht gebe, diese aber nicht in der breiten Öffentlichkeit geführt werde. Bei aller seiner Ansicht nach berechtigten Kritik an der Haltung der USA gab er aber zu bedenken, dass diese von einer Schockwirkung auf die amerikanische Bevölkerung durch die Ereignisse des 11. September geprägt sei.

Auch in dem zweiten Vortrag zum Thema „**The New US-National Security Strategy: Meeting New Challenges in a Changed World**“ wurde den Teilnehmern die US-amerikanische Sichtweise neuer Bedrohungen näher gebracht. *Dr. Marc Gose*, politischer Berater des Befehlshabers der US-Luftstreitkräfte in Europa, stellte die Nationale Sicherheitsstrategie der Vereinigten Staaten von Amerika vom September 2002¹ vor.

Nach Ansicht der USA sei die Welt in den letzten 18 Monaten noch gefährlicher geworden als während des Kalten Krieges. Eine neue Art der Bedrohung gehe von sog. „new enemies“, von Schurkenstaaten und Terroristen, aus, die keine Skrupel hätten, Massenvernichtungswaffen zu beschaffen und sie gegen die Vereinigten Staaten und deren Freunde und Alliierte einzusetzen. Bei der nationalen US-Sicherheitsstrategie handelt es sich um ein Grundsatzpapier, das als Reaktion auf den 11. September neue Leitlinien der amerikanischen Sicherheitspolitik für die kommenden Jahre festlegt.

Der Referent erörterte fünf größere Ziele des Dokuments:

1. Die Vereinigten Staaten, das amerikanische Volk und die amerikanischen Interessen, sowohl im Inland als auch im Ausland, sollen verteidigt werden, indem eine Bedrohung identifiziert und zerstört wird, bevor sie die amerikanischen Grenzen erreicht.
2. Instrumente der nationalen Sicherheit sollen so umgesetzt werden, dass die Definition des Kampfplatzes zu eigenen Bedingungen möglich ist.
3. Bündnisse und Kooperationen mit anderen Nationen sollen verstärkt werden, um die globalen Terroristen zu besiegen und regionale Konflikte zu entschärfen.
4. Es sollen Agendas für gemeinsame Handlungen mit anderen Großmächten entwickelt werden.
5. Feindliche Bedrohungen durch Massenvernichtungswaffen, die gegen Freunde und Alliierte gerichtet sind, sollen verhindert werden.

Die Nationale Sicherheitsstrategie umfasse proaktive Bestrebungen. Andere Denkweisen, neue Bedrohungen und die Möglichkeit, neue Massenvernichtungstechnologie zu gewinnen, so *Gose*, hätten die Vereinigten Staaten von Amerika dazu veranlasst, eine vorbeugende Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Danach würden sich die Vereinigten Staaten gegen unmittelbare Angriffsfahren verteidigen, bevor sich diese verwirklichten. Abschließend fasste *Gose* die Strategie mit dem Fazit zusammen, die Vereinigten Staaten wollten nicht hinterher sagen müssen: „Hätten wir doch damals gehandelt.“

¹ The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf.

In der anschließenden Diskussion merkte *Fischer* an, dass nach der US-Sicherheitsstrategie die Verteidigung nicht mehr eine Bedrohung des Weltfriedens, sondern nurmehr die Bedrohung „nationaler Interessen“ voraussetze. Dies sei ein sehr weiter Begriff und könne im Prinzip alles bedeuten. Ferner fragte *Fischer* den Referenten, wie es wäre, wenn andere Staaten für sich auch eine solche Strategie entwickeln würden. Würden die Vereinigten Staaten es akzeptieren, wenn andere Staaten ebenso verfahren, dabei aber zu einer anderen Bewertung kommen würden, was (beispielsweise im Irak-Konflikt) „good and moral“ sei? *Gose* antwortete hierauf, dass die USA dies nur bei den Staaten billigen würden, die ihre Macht für „Gutes“ einsetzen würden.

Auch *Oskar Freiherr von Lepel*, vom Zentrum Innere Führung, setzte sich in seinem Vortrag zur „**Doktrin der präventiven Selbstverteidigung im gegenwärtigen Völkerrecht**“ mit der nationalen Sicherheitsstrategie der USA auseinander. Die in dem neuen Strategiepapier ausführlich dargestellten Bedrohungsszenarien – a) „geheimes Agieren multinationaler, globaler Terrororganisationen“, b) „Bedrohung durch ‚Schurkenstaaten‘, die im Besitz von Massenvernichtungswaffen sind“ oder im schlimmsten Fall c) das kumulative Zusammenwirken von a) und b) – müssen nach Ansicht der USA frühzeitig ausgeschaltet werden, da sich „Schurkenstaaten“ oder Terroristen nicht durch Drohungen abschrecken ließen. Vielmehr solle also im Sinne einer „pre-emptive self defence“ ein solches unkalkulierbares Risiko abgestellt werden, bevor sich das Risiko zu einer Gefahr entwickeln könne.

Im weiteren Verlauf ging *von Lepel* der Frage nach, ob diese so genannte „pre-emptive self defence“ völkerrechtlich zulässig sei. Die USA beriefen sich hierbei auf Art. 51 UN-Charta. Voraussetzung des Selbstverteidigungsrechtes in Art. 51 UN-Charta sei ein bewaffneter Angriff. Dieser werde definiert als „gegenwärtiger Angriff, dessen Fortsetzung zu verwehren ist“. Die oben genannten Bedrohungssituationen erfüllten, so *von Lepel*, diese Voraussetzung nicht. Nach *von Lepel* sei aber auch die Abwehr eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs gerechtfertigt. Diese Rechtfertigung beruhe auf dem „Caroline-Fall“ von 1837 und sei gewohnheitsrechtlich anerkannt. (Dem widerspricht *Fischer* in der anschließenden Diskussion. Die „Caroline-Formel“ von 1837 sei kein Völkergewohnheitsrecht, da der „Caroline-Fall“ zeitlich schon viel zu weit zurückliege und vor allem später bei der Anwendung militärischer Gewalt nie als Rechtsformel wiedergegeben worden sei.)

Die neue Strategie der USA lasse laut *von Lepel* mithin nicht den verbotenen Präventivkrieg zu, sondern beziehe sich auf unmittelbare Bedrohungen im Sinne des Art. 51 UN-Charta, da der Besitz von Massenvernichtungswaffen nach Ansicht der USA einer unmittelbaren Bedrohung gleichkomme. *Von Lepel* betont, dass diese „pre-emptive measures“ nicht mit verbotenen und von den USA abgelehnten Präventivkriegsmaßnahmen gleichzusetzen, sondern klar voneinander abzugrenzen seien. Bei „pre-emptive measures“ handle es sich um erkennbar bedrohliche Situationen, aufgrund derer die Selbstverteidigungsschwelle zeitlich herabgesetzt werde. Sie seien daher noch dem Art. 51 UN-Charta zuzuordnen.

Ein großes Problem sieht *von Lepel* bei der Beurteilung der Unmittelbarkeit einer Bedrohung. Hier bestehe eine große Missbrauchsgefahr. Die USA weisen diesen Vorwurf zurück mit dem Verweis auf die sich in ihrem Besitz befindlichen präzisen technischen Möglichkeiten, die frühzeitig Bedrohungen ausmachen könnten. Da aber nur einige Mittelmächte neben der Supermacht USA derartig präzise Aufklärungstechnik besäßen und anderen Staaten das frühe Erkennen und Ausschalten bestimmter Bedrohungen demnach verwehrt sei, liegt nach Ansicht von *von Lepel* eine Ungleichheit der Staaten vor. Auch der Einwand der USA, dass sie mit ihrer Technik auch ihre „Freunde“ und Alliierte schützen wollten, könne diese Ungleichheit nicht entkräften, sondern verstärke diese sogar noch. Hierbei stelle sich nach *von Lepel* die grundsätzliche Frage, wo das Entscheidungszentrum liegen solle: bei einem einzelnen Staat wie den USA oder aber bei der UNO. Die Frage, wer das Recht besitzen darf, die Feststellung zu treffen, dass eine Bedrohung vorliegt, eine einzelne Nation oder die UNO, könne nicht *de lege lata* beurteilt werden, sondern müsse entweder durch „Uminterpretieren“ bestehenden Völkerrechts oder durch zukünftiges Völkergewohnheitsrecht *de lege ferenda* entschieden werden.

Obwohl das Völkerrecht auf der (formalen) Gleichheit aller Staaten beruhe, könnten mächtige Staaten wie die USA auf die Bildung neuen Völkergewohnheitsrechts besonderen Einfluss ausüben, weswegen auch schon von einer „Amerikanischen Epoche des Völkerrechts“ gesprochen werde.

Der anschließende Vortrag von *Dr. Heike Spieker*, Referentin für Internationale Beziehungen und Humanitäres Völkerrecht beim Generalsekretariat des Deutschen Roten Kreuzes, beschäftigte sich mit „**alten und neuen Probleme kollektiver Selbstverteidigung**“.

Das kollektive Selbstverteidigungsrecht ist in Art. 51 UN-Charta verankert. Die Referentin wies darauf hin, dass es sich beim Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UN-Charta im Unterschied zur Ermächtigung zu militärischen Zwangsmaßnahmen nach Art. 42 UN-Charta durch den UN-Sicherheitsrat (Kapitel VII) als Ausnahme vom Gewaltverbot nach Art. 2 Ziffer 4 UN-Charta um „autonom entschiedene Gewaltanwendung“ handle; Art. 51 UN-Charta spreche vom naturgegebenen Recht zur Selbstverteidigung. Sie führte aus, dass sich das kollektive Selbstverteidigungsrecht mit dem System der Vereinten Nationen und mit Kapitel VII der UN-Charta herausgebildet habe und definierte kollektive Selbstverteidigung als Hilfeleistung eines Staates für einen anderen, der einem bewaffneten Angriff ausgesetzt sei, also als eine Art Nothilfe.

Im Folgenden erläuterte *Spieker* die Art und Weise der Ausübung kollektiver Nothilfe. Zum einen sei es möglich, dass Staaten sich *ad hoc* zu kollektiver Selbstverteidigung entschlossen, wobei zu beachten sei, dass der IGH im Nicaragua-Urteil entschieden habe, dass es keine aufgedrängte Nothilfe zugunsten eines Staates geben dürfe. Der Staat, zu dessen Gunsten die Nothilfe ausgeübt werde, müsse in irgendeiner Form zustimmen. Daneben sei die kollektive Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta auch im Rahmen von Bündnissen möglich, so wie beispielsweise im ehemaligen Warschauer Pakt oder im Rahmen der NATO.

Anschließend nannte *Spieker* die einzelnen Voraussetzungen des Art. 51 UN-Charta. Ein „bewaffneter Angriff“ müsse gemäß Art. 51 UN-Charta gegen einen Staat, gegen ein UN-Mitglied gerichtet sein. Fraglich sei das Vorliegen dieser Voraussetzung im Kosovo-Konflikt gewesen, da sich der Angriff gegen die eigene Bevölkerung gerichtet habe, denn der Kosovo sei zu dieser Zeit völkerrechtlich ein integraler Bestandteil Serbiens gewesen, also kein eigener Staat mit Selbstverteidigungsrecht. Umgekehrt sei im Afghanistan-Krieg in Frage zu stellen, ob das Merkmal „Angriff von einem Staat“ vorgelegen habe. Als weitere Voraussetzungen für das Vorliegen eines Selbstverteidigungsrechtes nach Art. 51 UN-Charta nannte sie die Unmittelbarkeit des Angriffs und dessen Verhältnismäßigkeit.

Die darauf folgenden Ausführungen betrafen das Verhältnis kollektive Selbstverteidigung und Zuständigkeit der Vereinten Nationen. Gemäß Art. 51 UN-Charta ist das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung subsidiär zu Kapitel VII UN-Charta; es besteht die Pflicht zur Anzeige und Beendigung der Selbstverteidigungsmaßnahme,

wenn der Sicherheitsrat nach Kapitel VII Maßnahmen erlassen hat. So hatten die USA in Bezug auf ihr Vorgehen im Irak dem Sicherheitsrat am 8. Oktober 2001 angezeigt, dass die von ihnen vorbereiteten Maßnahmen solche kollektiver Selbstverteidigung seien. Im Zweiten Golfkrieg in den Jahren 1990/1991 hatte der Sicherheitsrat in der Resolution 676 in Bezug auf die Befreiung Kuwaits die alliierten Streitkräfte und den Staat Kuwait ausdrücklich zur Gewaltanwendung legitimiert. Dennoch hatte er die Maßnahmen nicht ausdrücklich als kollektive Selbstverteidigungsmaßnahme qualifiziert, sondern nur zur kollektiven Selbstverteidigung ermutigt.

In der Sicherheitsratsresolution 1199 vom 23. September 1998 zum Kosovo hatte der Sicherheitsrat die Staaten nicht zur Gewaltausübung ermächtigt, erst in der Resolution 1244 vom 10. Juni 1999, weswegen auch unter diesem Gesichtspunkt die Rechtmäßigkeit des Kosovo-Krieges fraglich ist.

Zu Afghanistan führte die Referentin aus, dass die USA und Großbritannien zwar nach eigenen Angaben kollektive Selbstverteidigung ausgeübt hätten. Der Sicherheitsrat hingegen habe in der Resolution 1368 vom 12. September 2001 das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung lediglich als solches allgemein anerkannt, ebenso in der Resolution 1373 vom 28. September 2001, aber nicht nach Kapitel VII der UN-Charta zur Ausübung kollektiver Selbstverteidigung ermächtigt. Da die USA ihr Ziel, eine Ermächtigung nach Kapitel VII der UN-Charta für militärische Reaktionen auf den Terroranschlag des 11. September 2001 zu erhalten, nicht erreichen konnten, warf *Spieker* nachfolgend die Frage auf, ob ein Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta bestanden habe, ob insbesondere ein bewaffneter Angriff auf die USA durch ein Mitglied der Vereinten Nationen, also einen Staat, erfolgt sei. Diskutiert wurde, ob Akte des Terrors als Staatsterror Handlungen des Staates darstellen oder Handlungen von Privatpersonen dem Staat zugerechnet werden können oder Duldung/stillschweigendes Einverständnis als Staatshandlungen im Sinne eines bewaffneten Angriffes gewertet werden können. Im Nicaragua-Urteil habe der IGH deutlich gemacht, dass logistische Unterstützung allein, das Bieten eines sicheren Hafens für Terroristen, für die Annahme eines bewaffneten Angriffes nicht genügen.

Zum Irak-Krieg stellte die Referentin in den Raum, ob dieser im Rahmen der kollektiven Nothilfe im Wege einer erweiternden Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen gerechtfertigt sei. Gleichzeitig wies sie auf die

Probleme „aufgedrängte Nothilfe“ und „Unmittelbarkeit des Angriffs“ hin.

Am Ende ihres Vortrages fasste *Spieker* noch einmal zusammen, dass Voraussetzung für die auf Art. 51 UN-Charta gestützte kollektive Selbstverteidigung ein bewaffneter Angriff gegen einen Staat sei. Das staatliche Element sei nach dem Vertragstext unabdingbar. Es stelle sich also die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Staaten bereit seien, auch nichtstaatliche Akteure als Völkerrechtssubjekte anzuerkennen und – falls sie diese anerkennen würden – welche Zurechnungskriterien gelten sollten.

Abschließend machte die Referentin darauf aufmerksam, dass ihrer Einschätzung nach die frühere Ansicht überholt sei, es gebe eine „Lücke“ zwischen Art. 2 Nr. 4 und Art. 51 UN-Charta, also Fälle der Gewaltanwendung, in denen Art. 51 UN-Charta nicht einschlägig sei. Vielmehr zeige sich eine Tendenz in der Staatenpraxis, jede Feststellung des Sicherheitsrates nach Kapitel VII UN-Charta, es liege eine Bedrohung des Friedens vor, berechtige auch zur Ausübung des kollektiven Selbstverteidigungsrechtes – unabhängig davon, welche militärischen oder nicht-militärischen Konsequenzen der Sicherheitsrat selbst aus seiner Feststellung ziehe, da die Bedrohung des Friedens einem bewaffneten Angriff gleichgesetzt werde.

Über „**ethische Grundsätze militärischer Reaktionen**“ referierte *Dr. Hans-Gerd Angel* vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bereich Weltkirche und Migration, Referat Wissenschaftliche Aufgaben. Zunächst erläuterte er den juristischen Tagungsteilnehmern einige Ethikgrundsätze. „Ethik“ definierte er als Wissenschaft, die sich mit der Reflexion gelebter Moral, existierender Regeln und wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen auseinandersetze. Ziel der Ethik sei es, Sollensvorschriften, d.h. das, was sittlich richtig/falsch bzw. gut/böse sei, zu generieren. Bei der christlichen Ethik stehe der Mensch im Mittelpunkt. Er trage die Verantwortung gegenüber sich selbst, seinen Mitmenschen und gegenüber Gott. Der Sozialethik gehe es um die Gestaltung von Strukturen bzw. gerechten Ordnungen. Die teleologische Ethik wiederum sei vom Ziel her begründet. Eine Handlung sei bei positiven Folgen stets richtig.

Weiter erläuterte *Angel* die Grundsätze der Friedensethik, einem Teilbereich der Ethik, der sowohl die Individual- als auch die Sozialethik berührt. Ziel der Friedensethik sei es, dass gewaltsame Auseinandersetzungen nicht mehr notwendig seien. Dabei gehe es

der christlichen Ethik um alle Menschen; es sei eine christliche Pflicht, am Frieden mitzuwirken.

Historisch sei die Friedensethik auf die im Mittelalter von dem Kirchenlehrer *Augustinus* aufgestellte „Lehre vom gerechten Krieg“ zurückzuführen. Dieser sei zu dem Schluss gekommen, dass es eine von Gott gewollte gerechte Friedensordnung gäbe. Die einzige Legitimation für einen Krieg sei die Wiederherstellung des Friedens, soweit die Kriegsführung von Gott oder einer anderen rechtmäßigen Autorität angeordnet sei, das Allgemeinwohl zum Ziel habe und auf den äußersten Fall beschränkt bleibe. Die Ansichten *Augustinus* wurden von späteren einflussreichen Verfassern wie *Thomas von Aquin* kaum modifiziert übernommen. In der Neuzeit hatten sich die Bedingungen durch die Entstehung der Nationalstaaten und die Folge, dass es keine übergeordnete Autorität mehr gab, sowie den massiven Wandel in der Waffentechnik verändert. Dies führte zu einer Anpassung der „Lehre vom gerechten Krieg“ an die gesellschaftlichen Umstände und den Versuch einer naturrechtlichen Basierung der Lehre. Es wurde die Ansicht vertreten, dass ein Krieg dann gerecht sei, wenn ein Kriegsgrund vorhanden sei, der Krieg das einzige Mittel darstelle, die Entscheidung von einer legitimierten staatlichen Gewalt gefällt worden sei, der Krieg dem Natur- und Völkerrecht entspreche und Opfer und Werte in einem angemessenen Verhältnis stünden.

Heute, so *Angel*, sei die „Lehre vom gerechten Krieg“ überholt, da sie zuletzt auf die Frage nach der „formalen Richtigkeit“ eines Krieges verkommen sei, wobei es auf die moralische Rechtfertigung nicht mehr ankomme. Vor allem das Problem der Massenvernichtungswaffen und der Bedeutungszuwachs der Menschenrechte hätten die heutige christliche Ansicht geprägt. Das neue christliche „Konzept des gerechten Friedens“ befasse sich hauptsächlich mit der Frage, wie Strukturen zur Vermeidung kriegerischer Auseinandersetzungen geschaffen werden könnten. Alles politische Handeln müsse auf Gewaltprävention ausgerichtet sein. Zur Vermeidung interstaatlicher Konflikte müssten internationale Kooperationen verstärkt werden. Zur Bekämpfung innerstaatlicher Konflikte fordere das „Konzept des gerechten Friedens“, den Prozess der Demokratisierung, der Schaffung von Rechtsstaatlichkeit und Gerechtigkeit innerhalb von Staaten voranzutreiben, da Demokratien in sich friedensfähiger seien. Nach der neuen Position würde jede Form der Gewaltanwendung ein sittliches Übel darstellen.

Mit „Selbstverteidigung und Grundgesetz“ beschäftigte sich der Vortrag von Prof. Heintschel von Heinegg. Er begann mit der Legaldefinition des „Verteidigungsfalles“ in Art. 115a Abs. 1 S. 1 GG, nach welcher ein Verteidigungsfall dann vorliegt, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht. Nach Ansicht von Heinegg sei die Frage, ob auch völkerrechtlich geschützte Außenpositionen der Bundesrepublik, wie beispielsweise Staatsschiffe oder deutsche Staatsangehörige im Ausland, als Bundesgebiet im Sinne der Vorschrift bewertet werden könnten, zu verneinen. Eine erweiternde Auslegung sei abzulehnen, weil Art. 115a ff. GG einschneidende Änderungen des Verfassungsgefüges in Gang setzten.

Der Begriff „Waffengewalt“ sei hingegen weit zu verstehen. Hierunter fielen nicht nur Schusswaffen, sondern auch alle biologischen und chemischen Waffen sowie neue Methoden und Mittel der Kriegsführung, wie beispielsweise ein Angriff auf elektronische Infrastruktur („Informationskrieg“). Der Angriff müsse von einem anderen Staat ausgehen, wobei nicht nur Handlungen der Streitkräfte dieses Staates, sondern seiner Ansicht nach auch private Handlungen, die im Auftrag des Staates erfolgten, zuzurechnen seien. Probleme der Zurechnung sieht von Heinegg bei der Zurechnung von Handlungen in Guerilla-Kriegen. Hier vertritt er die Auffassung, dass die Zurechnung privater Handlungen ab einer bestimmten Intensität der Waffengewalt zu bejahen sei. Bei neuen Kriegsmethoden sei das Abstellen auf die Intensität einer Maßnahme allerdings problematisch. Ferner müsse der Angriff gegenwärtig sein oder zumindest unmittelbar drohen.

Als Nächstes ging von Heinegg auf den „Spannungsfall“ ein, der eine Vorstufe des Verteidigungsfalles darstellt. Der Begriff wird in der einschlägigen Vorschrift, Art. 80a Abs. 1 GG, nicht definiert. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich dabei um internationale Krisen, welche die Besorgnis begründen, dass der Verteidigungsfall in naher Zukunft eintreten wird, dass also das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird. Es wird eine sicherheitspolitische Prognose vom Bundestag getroffen, die Rechtswirkungen nach innen auslöst (Regelungen, die das Grundgesetz und Bundesgesetze, gewissermaßen „auf Vorrat“ für den Spannungsfall getroffen haben, treten in Kraft).

Der „Bündnisfall“ ist in Art. 80a Abs. 3 GG geregelt. Er tritt ein, wenn von einem internationalen Organ im Rahmen eines Bünd-

nisvertrages, insbesondere vom NATO-Rat, mit Zustimmung der Bundesregierung ein Beschluss gefasst wird, der die Grundlage für Notstandsmaßnahmen sein soll. Welche Maßnahmen dies sind, bestimmt, wie beim Spannungsfall, das innerstaatliche Recht. Der Bündnisfall ist in seinen Rechtswirkungen deswegen dem Spannungsfall vergleichbar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zu „out-of-area-Einsätzen“ der Bundeswehr vom 12. Juli 1994² entschieden, dass die Grundlage für Auslandseinsätze der Bundeswehr, die nicht der Landesverteidigung dienen, in Art. 24 Abs. 2 GG liege. Diese Vorschrift ermächtige den Bund nicht nur zum Eintritt in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit und zur Einwilligung in die damit verbundenen Beschränkungen seiner Hoheitsrechte. Sie biete vielmehr auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die Übernahme der mit der Zugehörigkeit zu einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben und damit auch für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfänden. Als „System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ sieht das Bundesverfassungsgericht nicht nur die UNO, sondern ebenfalls die NATO an, weswegen Auslandseinsätze der Bundeswehr, die im Rahmen und nach den Regeln von NATO und UNO erfolgten, verfassungsrechtlich durch Art. 24 Abs. 2 GG gedeckt seien.

Weiter führte von Heinegg aus, dass Auslandseinsätze der Bundeswehr außerhalb des Bündnisfalles nicht nach Art. 32 Abs. 1 GG (auswärtige Beziehungen) oder nach Art. 59 GG (auswärtige Gewalt) gerechtfertigt werden könnten, da Art. 87a Abs. 2 GG eindeutig vorschreibe, dass die Streitkräfte, außer zur Verteidigung, nur eingesetzt werden dürften, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich zulasse. Unklar sei, ob mit „Verteidigung“ in Art. 87a Abs. 2 GG etwas anderes gemeint sei als mit „Verteidigungsfall“ in Art. 115a Abs. 1 GG.

Abschließend warf von Heinegg die Frage auf, ob „Waffengewalt im Inneren“ gerechtfertigt sein könne, wenn beispielsweise ein Flugzeug, das in Deutschland gestartet sei, drohe, in Deutschland auf ein Kernkraftwerk zu stürzen. Käme das gefahrbringende Flugzeug von außerhalb Deutschlands, sei an einen Verteidigungsfall nach Art. 115a Abs. 1 S.1 GG und zulässige Verteidigung nach Art. 87a Abs. 2 GG zu denken. Der Streitkräfteeinsatz im Inneren ist ausdrücklich in Art. 87a Abs. 4 GG (Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Auf-

ständischer) und Art. 35 Abs. 2 und 3 GG (Katastrophenhilfe durch die Streitkräfte) zulässig. Bei dem genannten Beispielfall sei fraglich, ob hier nicht ein „Unglücksfall“ im Sinne des Katastrophennotstandes über ein Land hinaus nach Art. 35 Abs. 3 GG vorliege. Da in dem Beispiel aber noch kein Unglücksfall eingetreten sei, sondern lediglich eine drohende, vorhersehbare Gefahr vorliege, seien Art. 35 Abs. 2 und 3 GG nicht einschlägig. Einer erweiternden Auslegung im Sinne eines „Gesamtunglücksfalles“ stehe entgegen, dass nach Art. 87a Abs. 2 GG zum Streitkräfteeinsatz außerhalb der Verteidigung eine ausdrückliche Grundgesetzregelung notwendig wäre. Für den Einsatz von Waffengewalt im Innern in dem geschilderten Beispielfall wäre damit, so von Heinegg, eine Verfassungsänderung erforderlich.

Die abschließende **Podiumsdiskussion** widmete sich der Anwendung militärischer Gewalt durch die Vereinigten Staaten von Amerika im Irak. Von Lepel betonte, dass es problematisch sei, dass die USA quasi als Entscheidungsorgan anstelle des UN-Sicherheitsrats aufträten. Von Heinegg vertrat in der Diskussion den Standpunkt, dass der Sicherheitsrat weder von seiner Struktur noch von seinen Mitteln geeignet sei, Friedenssicherung zu betreiben. Hierzu seien strukturelle Änderungen notwendig. Spieker ging auf das Verhältnis Selbstverteidigungsrecht – Kapitel VII UN-Charta ein und betonte, dass bis 1990 ein Primat des Selbstverteidigungsrechtes vorgelegen habe. Dougherty sprach strukturelle Probleme der UNO an, wie die Handhabung des Vetorechts, und machte seine Sorge um die Zukunft der Vereinten Nationen deutlich. Er hob hervor, dass den USA das Prozedere der UNO oftmals zu lange dauere. Angel hofft, dass die „Krise der Vereinten Nationen“ quasi als Reflex Positives bewirken werde. Fischer machte darauf aufmerksam, dass der Sicherheitsrat nicht grundsätzlich versagt habe. Das Verweigern der Teilnahme an Kampfhandlungen sei eine rechtlich zulässige Position. Rechtlich unzulässig hingegen sei das Einsetzen von Waffengewalt, auch im Rahmen des Selbstverteidigungsrechtes aus Art. 51 UN-Charta, gegen den ausdrücklichen Willen des Sicherheitsrates. Da die fünf Vetomächte einer Änderung der UN-Charta und einer Aufhebung des Vetorechtes zustimmen müssten, hält Fischer deren Änderung für ausgeschlossen. Die alten Resolutionen von 1990/1991 zum Irak sieht er nicht als ausreichende Legitimation für das Vorgehen der USA gegen den Irak an. Fischer kritisierte die neue US-Sicherheitsstrategie, indem er in den Raum stellte, ob wirtschaftliche Interessen Bestandteil der Strategie seien. ■

² BVerfGE 90, 286

Dennis Dijkzeul and Yves Beigbeder (eds): Rethinking International Organizations: Pathology & Promise, Berghahn Books, New York, 2003, 350 pages, € 75/£ 50

James P. Muldoon, Jr.*

There is probably no better time than the present for this serious examination of international organizations to be published. Over the last few months, there has been a lot of discussion in the press and in policy circles about the United Nations, much of it suggesting that the United Nations had become irrelevant and totally incapable of fulfilling its primary function of maintaining international peace and security. Clearly the deep rift that now exists within the UN Security Council has damaged the credibility and legitimacy of the United Nations in the peace and security field. And, if these divisions should persist or even grow, the damage done may well spill over into other fields (e.g., human rights, economic and social development, and humanitarian assistance) that the United Nations has developed substantial expertise. But, the criticism currently being leveled against the United Nations in the media, most of it by neo-conservatives within the Bush administration, is neither informed nor constructive. There is too much hyperbole and too little empirical material about how international organizations function in the current debate to make a proper judgment of the performance or behavior of the United Nations or any other international organization.

For serious students of international organizations, this debate is especially frustrating since it seems to simply rehash old and tired arguments that have dominated discussions about international organizations for over 50 years. A more measured and thoughtful critique of international organizations has finally appeared in *Rethinking International Organizations: Pathology & Promise*, a collection of theoretical analyses and empirical case studies on the management of international organizations. It provides a more balanced and objective analysis of the various shortcomings (pathologies) of the United Nations and international non-governmental organizations than is currently being bandied about.

Rethinking International Organizations is organized in three parts. The first part tackles the often prickly relationship between international organizations and their membership. Issues of control of and the inherent actor-instrument tension within international organizations are explored in three chapters on funding, multilateral diplomacy, and the politics of norm-setting, respectively. The second part focuses on the inter-

national mechanisms of decision-making and management of international organizations. The three chapters in this section examine human resource management, the transformation process of international public organizations, and the problems of fraud and corruption. The third part shifts to “the field” level and gives a detailed treatment of implementation issues. The first of the four chapters in this section sets the stage with an extensive analysis of the “program approach” that is “the preferred tool of action at the field level for most international organizations” (p. 197). The three chapters that follow go on to examine the role of human rights organizations, the management of CIVPOL (civilian police services in UN peacekeeping missions), and the development of a civil society in Bosnia. The contributors provide substantial empirical evidence detailing the many management problems that afflict the UN system and international NGOs in two arenas – the “strategic arena” of decision-making (parts 1 and 2) and the “implementing arena” of program activities in the field (part 3) – in informative and thorough case studies. Perhaps the most impressive feature of *Rethinking International Organizations* is the concluding chapter by Dennis Dijkzeul and Leon Gordenker. Dijkzeul and Gordenker do a masterful job of constructing an “alternative model of international organizations as intermediary organizations that are active in both the implementing and strategic arenas to explain the functioning of these organizations” (p. 333), which underpins the chapter’s “six strategies for improvement” (pp. 329-332) of international organizations.

The aspects that distinguish this text from most other academic treatments of interna-

tional organizations are its interdisciplinary approach and its unvarnished critical analysis. Bringing together a group of scholars from various disciplines – in this case, international relations, public administration and business administration – to analyze the confused and conflicted world of international organizations is always a difficult task and rarely rewarding for the reader. But, the mix in *Rethinking International Organizations* proves quite satisfying. Indeed, this volume succeeds in demonstrating that an interdisciplinary approach can overcome the shortcomings in the study of international organizations – namely, lack of empirical material, disciplinary myopia, distorted focus and simplistic views, and a Northern bias. Although some students may find the way the book juxtaposes such disparate strands of criticism regarding international organizations too challenging. It is clear that the contributors are neither cranks nor apologists in their analyses of the problems of international organizations, rather they demonstrate a hard-headed “realism” towards international organizations. This alone will make this book particularly credible to scholars and policy-makers who are increasingly skeptical that international organizations warrant serious attention. Furthermore, the book’s emphasis on examining the “pathologies” of international organizations is a novel approach since it covers the primary concerns of most scholars of international organizations and guides the reader through the key issues which animate the intellectual discourse about international organizations.

At a time when it is once again “fashionable” to dismiss the United Nations as irrelevant and incompetent, *Rethinking International Organizations* provides an antidote to the profound ignorance of and ill-conceived notions about international organizations that seem to dominate the debate today. This book presents serious rethinking that deserves wide attention and should be read by anyone who wants to know how international organizations really function. ■

Gisela Manske, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 400 Seiten, € 89,90

Sascha Rolf Lüder*

Spätestens die Gründung des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) hat das Völkerstrafrecht in das Blickfeld internationaler Aufmerksamkeit gerückt. Damit ist

auch eine der grundlegenden Deliktgruppen des Völkerstrafrechtes in die Diskussion gelangt: die Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Deliktgruppe der Ver-

* Senior Fellow, Center for Global Change and Governance, Rutgers-Newark.

* Sascha Rolf Lüder ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Juristische Zeitgeschichte der FernUniversität Hagen.

brechen gegen die Menschlichkeit, die im Rahmen der Nürnberger Prozesse nach dem Zweiten Weltkrieg erstmals formuliert und angewendet wurde, ist in der jüngeren Vergangenheit durch die beiden *ad hoc* eingerichteten Internationalen Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda fortentwickelt worden. Weitgehend ungeklärt sind bisher jedoch nach wie vor die dogmatischen Grundlagen, insbesondere die Abgrenzung dieses Verbrechenstypus von den dem humanitären Völkerrecht entstammenden Kriegsverbrechen einerseits und den Gewaltverbrechen des nationalen Strafrechtes andererseits. Offen geblieben ist bislang auch, woraus sich eine Rechtfertigung zur Ahndung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Staatengemeinschaft unter Inanspruchnahme eines „Rechtes zum Eingreifen im Namen der Menschheit“ ableiten kann und ob und inwieweit derartige sog. humanitäre Interventionen mit dem Grundsatz der staatlichen Souveränität zu vereinbaren sind.

Gisela Manske unternimmt mit ihrer im Wintersemester 2000/01 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg angenommenen Dissertation den Versuch, anhand einer Analyse der historischen Entwicklung der Deliktsgruppe der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie ihrer Bezugspunkte im völkerrechtlichen Gefüge, speziell dem humanitären Völkerrecht, den Kernpunkt der Deliktsgruppe aufzufinden und hieraus eine Erklärung für ihre universelle Betroffenheit abzuleiten.

Die Arbeit gliedert sich in sieben Teile: 1. „Historische Entstehung und Entwicklung der ‚Verbrechen gegen die Menschlichkeit‘“; 2. „Kodifikation von Teilbereichen des Konzeptes in internationalen Abkommen“; 3. „Definitionen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit“; 4. „Interpretation des Konzeptes durch die Rechtsprechung“; 5. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verstoß gegen einen Mindeststandard ‚menschlichen Verhaltens‘“; 6. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als internationale Verbrechen“; 7. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit“.

Ausgangspunkt der Untersuchung *Gisela Manskes* ist die Feststellung, dass im Hinblick auf die Übertragung des englischen Begriffes der „crimes against humanity“ unterschiedliche Übersetzungen möglich sind. Zum einen, so die Autorin, lasse sich dieser Begriff mit „Verbrechen gegen die

Menschlichkeit“ übersetzen; zum anderen aber komme auch die Übersetzung als „Verbrechen an der Menschheit“ in Betracht. Die unterschiedliche Übersetzung wirke sich dann aus, wenn Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf internationaler Ebene bestraft werden sollten. Werde der Strafgrund bei dieser Deliktsgruppe in einem Verstoß gegen einen Mindeststandard menschlichen Verhaltens gesehen – dies wäre bei einer Übersetzung als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ denkbar –, so stelle sich die Frage, welchen Inhalt dieser Standard habe und ob dieser daneben universell gültig sei. Erfolge eine Deutung demgegenüber im Sinne eines „Verbrechens an der Menschheit“, so könnten diese Taten auch gegen den Willen des Tatortstaates gehandelt werden. Fraglich sei dann aber, ob und inwieweit eine solche zwangsweise Ahndung mit dem Grundsatz der staatlichen Souveränität zu vereinbaren sei. Entsprechend ist Ziel der vorliegenden Untersuchung, warum Verbrechen gegen die Menschlichkeit „im Namen der Staatengemeinschaft“ und universell verfolgt werden können.

Zur Erreichung dieses Zieles ist erforderlich, den spezifischen Charakter der Deliktsgruppe der Verbrechen gegen die Menschlichkeit herauszuarbeiten. Inzwischen ist die Konturierung der Deliktsgruppe durch die Kodifikation von Tatbeständen ein gutes Stück vorangeschritten. In erster Linie betrifft dies das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, das ein umfassendes Regelwerk insoweit vorsieht. Da das juristische Konzept jedoch abstrakt gefasst sein müsse, dürfe es, so *Gisela Manske*, nicht „(...) reaktiv auf den Anwendungsfall ‚zugeschnitten‘ werden“ (S. 32). Vielmehr müsse die Deliktsgruppe „(...) eine gewisse ‚Unabhängigkeit‘ und ‚Unveränderlichkeit‘ zeigen“ (S. 32). Die bisherigen Bemühungen um eine Kodifikation werden daher auf ihre gemeinsamen Merkmale hin verglichen, um auf diese Weise die normative Grundstruktur der Deliktsgruppe zu abstrahieren.

Die Herausarbeitung dieser Grundstruktur erfolgt mittels einschlägiger völkerrechtlicher Dokumente sowie der von den beiden Internationalen Straftribunalen ergangenen Rechtsprechung. Anschließend wird von der Autorin der Frage nachgegangen, inwieweit der Begriff der „Menschlichkeit“ im Völkerrecht verankert und ob ein Verstoß gegen den völkerrechtlichen Normbestand hinreichend sei, um die Deliktsgruppe der Verbrechen gegen die Menschlichkeit von

der nationalen auf die internationale Ebene zu verlagern. Unter Berücksichtigung der Völkerrechtskonzeption *Immanuel Kants* gelangt *Gisela Manske* zu der These, dass Kernpunkt der Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Verstoß gegen das Menschenrechtsprinzip, den Grundsatz der Rechtssubjektivität der Einzelperson unabhängig von Gruppenkriterien, sei. Dieses Prinzip werde durch den Täter eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit in einer Weise negiert, welche die Grundlagen der Staatengemeinschaft als einer Rechtsgemeinschaft angreife und eine Ahndung der Tat auf internationaler Ebene erforderlich mache.

Die Autorin fordert dabei einen „(...) verantwortungsbewußten Umgang mit dem Begriff der Verbrechen gegen die Menschlichkeit beziehungsweise an der Menschheit (...), da die Anwendung des Konzeptes weitreichende Konsequenzen (...) (habe)“ (S. 376). So sei der Begriff der „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ in engem Zusammenhang mit demjenigen der sog. humanitären Intervention zu sehen. Die Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Staatengemeinschaft werde regelmäßig noch als Einbruch in die staatliche Souveränität gesehen. In diesem Zusammenhang könne die strafrechtliche Verfolgung als „juristische Intervention“ (S. 376) verstanden werden. Gleichwohl sei sie immer nur eine Reaktion auf bereits begangene Straftaten. Ein umfassender Schutz vor Verbrechen gegen die Menschlichkeit müsse bereits vorbeugend ansetzen. Dies sei, so *Gisela Manske*, „(...) in der Regel nur über ein militärisches Eingreifen zu bewirken, da Verbrechen gegen die Menschlichkeit phänomenologisch häufig in Situationen bewaffneter Konflikte auftreten“ (S. 377).

Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes ist nunmehr seit fast einem Jahr in Kraft. Die Organe des Gerichtshofes im Haag warten derzeit auf die erste Situation, in welcher der Auslösemechanismus des IStGH erstmalig betätigt wird. Für die Arbeitsfähigkeit des Gerichtshofes wird neben vielen anderen Aspekten auch entscheidend sein, dass den Organen ein zureichender Apparat an geeigneter Literatur zur Verfügung steht. Abhandlungen wie die vorliegende Dissertation sorgen dafür, dass das in rasanter Entwicklung begriffene materielle Völkerstrafrecht wissenschaftlich durchdrungen wird. Als grundsätzlicher Diskussionsbeitrag wird die Analyse *Gisela Manskes* ihren Platz im völkerstrafrechtlichen Schrifttum einnehmen. ■

Gerhard Beestermöller (Hrsg.), Die humanitäre Intervention – Imperativ der Menschenrechtsidee? Rechtsethnische Reflexionen am Beispiel des Kosovo-Krieges, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart 2003, 172 S., € 25

Hans-Joachim Heintze*

Die aktuelle völkerrechtliche Diskussion wird vom jüngsten Irak-Krieg dominiert. Fast vergessen scheinen die Debatten über die Kosovo-Intervention der NATO. Dabei gleichen sich die Konflikte in vielerlei Hinsicht. Ins Auge fällt, dass die Gewaltanwendung gegen Jugoslawien ebenso wenig durch den UN-Sicherheitsrat gebilligt wurde wie die im Falle des Irak. Aber auch die Argumentationsmuster zur Rechtfertigung der Völkerrechtsbrüche gleichen sich, wurde den Menschen doch die Überwindung von Diktatur und Diskriminierung versprochen. Fraglich erscheint, ob diese Versprechungen tatsächlich eingelöst wurden bzw. werden können. Dies ist freilich nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtsethnisches Problem. Im Lichte des Irak-Feldzuges erscheint das von Gerhard Beestermöller vom Barsbüttler Institut für Theologie und Frieden herausgegebene Buch wegen der nunmehr erneut zu hinterfragenden rechtsethnischen Aspekte hochwillkommen.

Angeregt wurde der Herausgeber zu diesem Buch durch die Diskussionen, die zeigten, „wie weit die Rechtsethik davon entfernt ist, zumindest zu einem grundlegenden Konsens oder gar zu anerkannten Standards einer humanitären Intervention zu kommen“ (S. 7). Der Band enthält sieben Beiträge, die sich dem Thema der rechtsethnischen Bewertung humanitärer Interventionen, und zwar nicht auf den Kosovo beschränkt, aus verschiedener Sichtweise nähern. Einheitlich zugrunde gelegt wird ein Verständnis der humanitären Intervention als ein militärischer Menschenrechtsschutz über staatliche Grenzen hinweg und ohne die Zustimmung der Regierung des betroffenen Landes.

Die beiden einleitenden Beiträge von *Otfried Höffe* (Tübingen) und *Reinhard Merkel* (Hamburg) stellen den Begriff der Nothilfe in den Vordergrund. Sie interpretieren ihn dahingehend, dass eine Pflicht

zur Hilfeleistung dann besteht, wenn fundamentale Abwehrrechte verletzt werden. Die Hilfeleistung unterliegt einer Folgenabwägung und ist dann zulässig, wenn die Not der Hilfsbedürftigen wirklich gemindert wird. Zu berücksichtigen sind bei Hilfe allerdings auch „Nebenwirkungen“ wie Destabilisierungseffekte und der Präzedenzcharakter des Vorgehens. Obwohl sich die Autoren der beiden einleitenden Beiträge einig zu sein scheinen, dass bei schwersten Menschenrechtsverletzungen eine humanitäre Intervention gerechtfertigt sein kann, bleibt umstritten, welche zusätzlichen Kriterien erfüllt werden müssen. Abgelehnt wird eine Intervention freilich dann, wenn erwartet werden kann, dass dabei viele zivile Opfer zu beklagen sind.

Jean-Christophe Merle (Saarbrücken) vertritt im dritten Beitrag die Auffassung, bei einer humanitären Intervention komme es zu einer „neuen Beweislast“. Die interventionswilligen Staaten sieht er in der Pflicht, die Intervention gegenüber ihren Soldaten und den potenziellen zivilen Opfern zu rechtfertigen. In diesem Lichte kommt der Autor zu dem Schluss, dem könne man am besten entsprechen, wenn die Intervention durch ein Bündnis entsprechend genauer Regeln durchgeführt werde. Demgegenüber lehnt *Michael Köhler* (Hamburg) die humanitäre Intervention ab, weil sie das Selbstbestimmungsrecht verletzt. Allerdings sieht der Autor eine Ausnahme, die dann gegeben ist, wenn das Recht der Menschheit auf sichere Rechtsverhältnisse verletzt ist. Diese Argumentation wirft zweifellos mehr Fragen auf als sie beantwortet. In diese Richtung gehende Zweifel werden in den folgenden Beiträgen auch erörtert. Besonders kritisch ist der von *Hajo Schmidt* (Hagen), der sich insbesondere mit den von der NATO vorgetragenen Begründungen für den Kosovo-Krieg auseinandersetzt. Er bezweifelt, dass die in drei Modellen (Schema von Opfer, Täter und Drittpartei) vorgelegene Rechtfertigung angemessen ist, denn im Kosovo waren die Opfer nicht nur Opfer, die Täter nicht nur Täter und die Intervenie- renden verfolgten auch eigene Interessen.

Der Artikel von *Dieter S. Lutz* – einer der letzten aus der Feder des leider allzu früh verstorbenen großen Friedensforschers – unter dem programmatischen Titel „Moral statt Recht, Gefühl statt Gewissheit, Täuschung statt Wahrheit“ setzt sich in prinzipieller und beeindruckender persönlicher Weise mit den Manipulationen der öffentlichen Meinung bezüglich des Kosovo durch die NATO und die UCK auseinander. Damit verweist er drastisch auf die Gefahr des Missbrauchs, die mit dem Begriff der humanitären Intervention verbunden ist, da letztlich die Sieger die Definitionsgewalt haben. *Lutz* plädiert deshalb dafür, Gewalt nur im Rahmen des bestehenden Völkerrechts anzuwenden, und zwar durch eine Entscheidung etablierter Institutionen. Was hier freilich nicht explizit ausgesprochen wird – aber werden müsste – ist der Umstand, dass die Organe, die das Sagen haben, eben keine rechtliche, sondern politische Körperschaften sind. Diese fällen ihre Entscheidung aus politischen Motivationen heraus, und nicht aus rein rechtlichen. Dies führt zwangsläufig in der Rechtsanwendung zu zahlreichen Doppelstandards, die unvermeidlich sind und nur dadurch relativiert werden können, dass sich diese politischen Organe vor der Weltöffentlichkeit rechtfertigen müssen. Da die Staaten heute in den internationalen Beziehungen nicht mehr das alleinige Sagen haben, ist die Mitwirkung der internationalen Öffentlichkeit das entscheidende Instrument zu einer immer besseren Durchsetzung des Völkerrechts. Die *Lutz*'sche Forderung, bei jedem Zweifel an der Legitimität militärischer Gewalt diese zu unterlassen, dreht sich im Kreise: Jeder Einsatz von Gewaltmitteln basiert auf einer politischen Entscheidung und abstrakte juristische Kriterien für seine Rechtfertigung gibt es nicht. Eben deshalb gelang es bislang nicht einmal, die Aggression zu definieren; der Begriff der Selbstverteidigung wurde durch eine politische Entscheidung auch auf Akte des internationalen Terrorismus ausgeweitet und damit enorm verwässert. Deshalb erscheint es letztlich (leider) unmöglich, der *Lutz*'schen Forderung gerecht zu werden, denn das Völkerrecht ist ein politisches Recht, das sich einer rein positivistischen Betrachtung verschließt. Dass dies freilich nicht ausschließt, den völkerrechtlichen Rechtskörper mit der rechtsethnischen Elle zu vermessen, macht das vorliegende Buch anschaulich deutlich. Es stellt insofern eine ausgezeichnete Bereicherung des Buchmarktes insgesamt und der Ausführungen von *Calfisch/Stein/Tomuschat* in dem Sammelband „Eingriff in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes“ Heidelberg 2001 (Rezension HuVI 2/2002, S. 119) dar. ■

* Dr. Hans-Joachim Heintze ist Hochschuldozent für Völkerrecht, Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum.



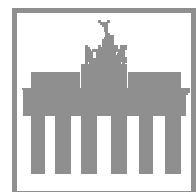
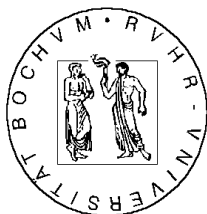
**Völkerrechtliche Probleme des Landmineneinsatzes:
Weiterentwicklung des geltenden Vertragsrechts
durch das geänderte Minenprotokoll vom 3. Mai 1996
zum UN-Waffenübereinkommen von 1980**

Dr. Knut Dörmann

Der weitverbreitete Einsatz von Landminen kennzeichnete zahlreiche bewaffnete Konflikte des vergangenen Jahrhunderts. Insbesondere in innerstaatlichen Konflikten forderte ihr unterschiedsloser Einsatz erhebliche Opfer unter der Zivilbevölkerung. Viele Staaten leiden noch heute unter den verheerenden Folgen der tödlichen Hinterlassenschaft vergangener Kriege: so sind u.a. landwirtschaftliche Anbaugelände nicht oder nur eingeschränkt nutzbar, Gesundheitssysteme sind überlastet, Minenopfer können nur schwer in die Gesellschaft wieder integriert werden, etc. Vor diesem Hintergrund stellt die vorliegende Dissertation die wesentlichen völkerrechtlichen Regelungen dar, die beim Landmineneinsatz zu beachten sind, und analysiert, inwieweit sie geeignet sind, den humanitären Problemen zu begegnen.

Nach einer Bestandsaufnahme des im Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit geltenden Rechts werden die Bemühungen der Staatengemeinschaft eingehend beschrieben, mit der Revision des Minenprotokolls von 1980 zum UN-Waffenübereinkommen zu einer Lösung der Problematik zu gelangen. Das mit der Annahme des geänderten Minenprotokolls im Jahre 1996 neu geschaffene Recht wird sodann dem bis dahin geltenden Recht gegenübergestellt und auf seine Weiterentwicklung hin untersucht. Aufgrund der in diesem speziellen, auf Konsensus aller Vertragsparteien beruhenden Verhandlungsprozess gemachten Erfahrungen werden Schlussfolgerungen für zukünftige Verträge über Waffenverbote und -beschränkungen gezogen.

Die Arbeit richtet sich nicht nur an Personen, die die auf den Landmineneinsatz anwendbaren Vorschriften umsetzen müssen, sondern auch an die, die ein besonderes Interesse an völkerrechtlichen Beschränkungen einer Waffengattung haben, die Merkmal zahlreicher Konflikte war und noch ist.



Institut für Friedenssicherungsrecht und humanitäres Völkerrecht
Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht



J. A. Frowein, K. Scharioth, I. Winkelmann,
R. Wolfrum (Hrsg.)

Verhandeln für den Frieden - Negotiating for Peace

Liber amicorum Tono Eitel

2003. XIII, 866 S. Hardcover € 129,95; sFr 196,50
ISBN 3-540-40073-7 (Band 162)

Die Festschrift enthält Beiträge von renommierten Völkerrechtlern und herausragenden in- und ausländischen Diplomaten und Praktikern. Die Schwerpunkte liegen bei Fragen des Völkerrechts, Verfassungsrechts und der deutschen Wiedervereinigung. Besonders aktuell sind dabei u.a. mehrere Beiträge zum Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, zum Seerecht, zu den Menschenrechten und zur Terrorismusbekämpfung. Die Themen nehmen Bezug auf die berufliche Tätigkeit des Jubilars, der an wichtiger Stelle an der Ausarbeitung der Ostverträge und den Verhandlungen zum Internationalen Seerechtsübereinkommen beteiligt war. Tono Eitel war u.a. Völkerrechtsberater des Auswärtigen Amtes und Botschafter bei den Vereinten Nationen.

The anniversary volume in honour of Tono Eitel's 70th birthday is a collection of essays by distinguished international law experts as well as prominent German and foreign diplomats and other specialists. The issues dealt with cover a range of themes relating to international and constitutional law as well as German reunification. Several contributions of particularly topical interest focus on the United Nations Security Council, the law of the sea, human rights and the fight against terrorism. The subjects covered are all reflected in the various stages of Tono Eitel's career. He not only played an important part in negotiating the so-called Eastern Treaties with the Soviet Union, Poland and Czechoslovakia as well as the United Nations Convention on the Law of the Sea, but also served as Legal Adviser of the Federal Foreign Office and as Germany's ambassador to the United Nations.

Springer · Kundenservice
Haberstr. 7 · 69126 Heidelberg
Tel.: (0 62 21) 345 - 0
Fax: (0 62 21) 345 - 4229
e-mail: orders@springer.de

Die €-Preise für Bücher sind gültig in Deutschland und enthalten 7% MwSt.
Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten. d&p · 009639x



Springer