

**18. Jahrgang  
2/2005**

**Volume 18  
2/2005**

**ISSN 0937-5414  
G 10364**

# **Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften**

**Journal of International Law of Peace and Armed Conflict**

**Deutsches Rotes Kreuz** 

**Institut für Friedenssicherungsrecht  
und Humanitäres Völkerrecht**



## **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, Tel. (02 34) 32-2 73 66, Fax (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 Fernsehsendung, 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; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 33,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 42,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 7,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 18,20 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

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

## **Druck:**

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstraße 16, 80999 München, Tel. (0 89) 54 82 17-0, Fax (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; Redaktionsassistentin: **Dr. Noëlle Quéniwet LL.M.**, Bochum

## **Ständige Mitarbeiter:**

**Georg Bock**, Bochum; **Dr. Cristina Churruca 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; **Prof. 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; **Robert Heinsch LL.M.**, Den Haag; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Bochum

# Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAc)

18. Jahrgang  
2/2005

Volume 18  
2/2005

## Editorial 83

### Das Thema / Topic

Abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz.  
Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden  
für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten  
des VStGB

**Denis Basak** 85

Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen  
aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit  
des Sondergerichts in Osttimor

**Leonie von Braun** 93

Laufen hybride ad hoc-Gerichte dem Internationalen Straf-  
gerichtshof den Rang ab? Eine Bestandsaufnahme

**Philipp Ambach** 106

### Beiträge / Notes and Comments

#### Artikel / Articles

Organised Crime and Armed Conflict

**Carlos Frederico de Oliveira Pereira** 118

Human Rights in the Constitutions of the Member States  
of the Common Market of South (Mercosur)

**Andrea Pacheco Pacifico** 124

#### Verbreitung / Dissemination

Lernziel Rechtsbewusstsein. Ein Beitrag zur Frage der  
Vermittlung von Recht als Kulturelement in Schule und  
Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des  
humanitären Völkerrechts

**Andreas von Block-Schlesier** 131

#### Vorträge / Speeches

Human Rights and the Military

**Alexander Poretschkin** 138

### Fallstudien / Case Studies

The Strugar Case before the International Criminal Tribunal  
for the Former Yugoslavia

**Francisca Lagos Pola and Enrique Carnero Rojo** 139

### Panorama / Panorama

#### Konferenzen / Conferences

Menschen-Rechte im Konflikt, 15. Tagung der Rechts-  
berater und Rechtslehrer der Bundeswehr, der Juristen und  
Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes  
in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedens-  
sicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV),  
Bad Teinach, 4.–5. März 2005

**Christian Hörl und Frauke Weber** 146

#### Buchbesprechungen / Book Reviews

Dieter Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismus-  
bekämpfung durch Streitkräfte

**Sascha Rolf Lüder** 151

Ernst-Otto Czempel, Weltpolitik im Umbruch –  
Die Pax Americana, der Terrorismus und die Zukunft  
der internationalen Beziehungen

**Philipp Herrmann** 152

Marcel Klugmann, Europäische Menschenrechts-  
konvention und antiterroristische Maßnahmen –  
Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen  
Gerichtshofes für Menschenrechte am Beispiel des  
Nordirland- und des Kurdenkonfliktes

**Sybill Pauckstadt** 154

Christoph J. M. Safferling, Towards an International  
Criminal Procedure

**Fabián Raimondo** 155

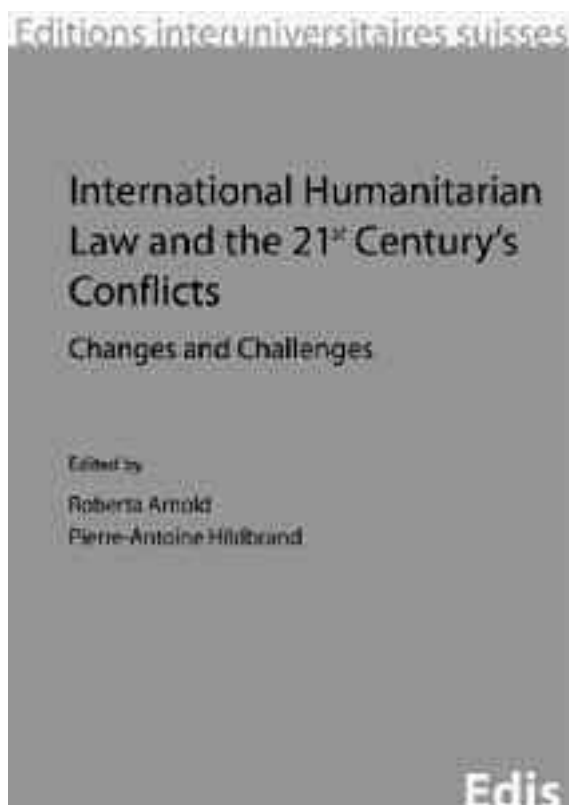
Javaid Rehman, International Human Rights Law:  
A Practical Approach, Pearson Education  
John McEldowney and Günter Weick (eds.),  
Human Rights in Transition

**Enrique Carnero Rojo** 156

David Rieff, A Bed for the Night:  
Humanitarianism in Crisis

**Markus Moke und Dennis Dijkzeul** 159

# Editions interuniversitaires suisses – Edis



ROBERTA ARNOLD / PIERRE-ANTOINE HILDBRAND (Eds),  
**International Humanitarian Law and the 21st Century's  
Conflicts – Changes and challenges,**  
ISBN 2-940341-04-4  
Lausanne / Berne / Lugano 2005, 266 pages.

The XX<sup>th</sup> Century faced major developments in international law. During the Cold War, the international community agreed to normative standards regulating the behavior of combatants in conflicts, mainly through the 1949 Geneva Conventions and their Additional Protocols. After the fall of the Berlin wall, with the creation of several international criminal tribunals, the norms of international humanitarian law (IHL), were translated into reality and made operational. However, violence and war have remained the major concern of this millennium's first years. How far have we succeeded in implementing and enforcing international humanitarian law? What are the new legal issues brought by the new 'war on terror'? Is the International Criminal Court (ICC) going to be universally accepted and fully operational?

These and other key challenges for international humanitarian law in the XXI Century are addressed in this volume. It is aimed at academics, practitioners, military legal advisers and students interested in a succinct but detailed overview of some of the problems currently affecting those involved in the development, implementation and dissemination of IHL.

C. DEL PONTE	<i>Foreword</i>
R. ARNOLD	<i>Terrorism and IHL: A Common Denominator?</i>
N. QUÉNIVET	<i>The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist Nature</i>
M. LÉVEILLÉ	<i>L'Organisation des Nations Unies et la mise en œuvre du droit international humanitaire</i>
D. ALONZO-MAIZLISH	<i>When Does It End? Problems in the Law of Occupation</i>
C. GARRAWAY	<i>Responsibility of Command – A Poisoned Chalice?</i>
G. P. NOONE	<i>Prisoners of War at Sea in the 21<sup>st</sup> Century</i>
R. P. MOREAN	
D. C. NOONE	
M. SCHMITT	<i>The Impact of High and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction</i>
J. HAAS	<i>Voluntary Human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law</i>
A. McDONALD	<i>The Legal Status of Military and Security Subcontractors</i>

## To order this publication

To order this publication please contact directly the publisher, Editions Edis, by indicating your contact details via e-mail to the following address:

**orders@editions-edis.ch**

The price of the publication is the following, if ordered directly from the publisher :

**CHF 74.–**

**EUR 49.–**

**USD 64.–**

**(+ post expenses)**

If you prefer to contact a bookshop, please note that the latter may request a commission fee.

Please visit our website **www.editions-edis.ch** to access the complete list of our publications.

With this book, you can also purchase the following publications at the special price of CHF 25.– / € 16.– / \$ 22.– per copy (+ post expenses):

**Le principe de neutralité du Mouvement international de la Croix-Rouge face à la justice pénale internationale,** Haleh K. MEHRAN, 2003, 150 pages.

**La souveraineté au XXI<sup>e</sup> siècle,** Tiziano BALMELLI / Alvaro BORGHI / Pierre-Antoine HILDBRAND (Eds), 2003, 296 pages:

*Quelques remarques formulées à la lumière notamment des relations entre la Suisse et la Communauté européenne; Post-souveraineté ou simple changement de paradigme?; Le Droit de Genève - Défi permanent de protéger et respecter; La portée normative des mesures du chapitre VII de la Charte de l'ONU; La poursuite de chefs d'Etat devant des tribunaux étrangers; Vers une universalité du droit pénal suisse?; Staatliche Pflicht zur Kooperation mit internationalen Strafgerichten; Die Ahndung völkerstrafrechtlicher Verbrechen durch nationales Strafrecht am Beispiel des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs; Protection de l'environnement et souveraineté; Die Zunehmende Verrechtlichung der Aussenhandelsregime; La personnalité juridique internationale de l'UE.*

## Editorial

Die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts ist nach wie vor problematisch, da hier in besonderer Weise Souveränitätsvorbehalte der Staaten zu finden sind. In diesem Lichte kommt der gegenwärtig zu beobachtenden Ausformung des Völkerstrafrechts große Bedeutung zu. Obwohl nur schrittweise und gegen Widerstände einiger Staaten, entwickelt sich ein wirksames Durchsetzungsinstrument, wobei allerdings noch zahlreiche juristische Fragen zu klären sind. Unsere Zeitschrift schenkt seit jeher dem Völkerstrafrecht große Aufmerksamkeit und auch die vorliegende Ausgabe setzt die diesbezügliche Diskussion fort. Mit der nationalen Ebene beschäftigt sich *Dr. Denis Basak*, indem er die Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak untersucht. Besondere Aufmerksamkeit verdient der Artikel deshalb, weil darin auf das neue deutsche Völkerstrafgesetzbuch eingegangen wird. Mit der internationalen Entwicklung setzen sich *Leonie von Braun* und *Philipp Ambach* auseinander. Beide Artikel machen auf unterschiedliche Art deutlich, dass die Schaffung der *ad hoc*-Strafgerichtsbarkeit auch ein widersprüchlicher Prozess ist. Bei allen Vorteilen, die länderbezogene Tribunale zweifelsfrei haben, so stellt sich doch immer wieder die Frage nach ihrem Verhältnis zum Internationalen Strafgerichtshof. Ein vierter Beitrag in diesem Zusammenhang widmet sich dem Strugar-Fall vor dem Jugoslawientribunal.

Hinweisen möchte die Redaktion schließlich auf die Rubrik Verbreitung, in der sich *Dr. Andreas von Block-Schlesier* der Rechtsvermittlung zuwendet.

Ergänzt werden die Artikel wiederum durch Konferenzberichte und Buchbesprechungen. Aufmerksam machen möchten wir insbesondere auf den Bericht von der 15. Bad Teinacher Tagung, die gemeinsam vom DRK-Generalsekretariat, der Bundeswehr und dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht durchgeführt wurde und die sich mit dem Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und völkerrechtlichem Menschenrechtsschutz beschäftigte.

Last but not least unterstreicht die Redaktion wiederum, dass sie sich nicht notwendigerweise mit den Positionen in den namentlich gekennzeichneten Beiträgen identifiziert.

### Die Redaktion

a book for our times

## THE MORAL WARRIOR

Ethics and Service in the U.S. Military

MARTIN L. COOK

*The Moral Warrior* explores a wide range of ethical issues regarding the nature and purpose of voluntary military service, the moral meaning of the unique military power of the United States in the contemporary world, and the moral challenges posed by the "war" on terrorism.

### praise for *The Moral Warrior*:

"*The Moral Warrior* is a thoughtful, subtle, and penetrating study of the ethical challenges that military leaders need to meet as they respond to demanding new missions from Kosovo to Iraq.

Martin L. Cook is a fine teacher: clear, undogmatic, and compassionate. I hope his views find a wide audience."

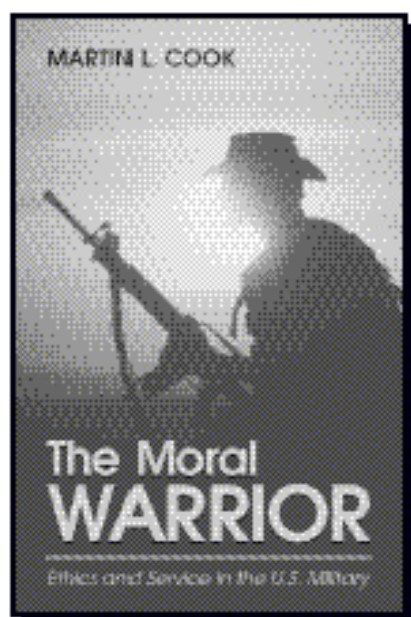
—Michael Ignatieff,

Carr Professor of Human Rights Policy  
at the Kennedy School of Government,  
Harvard University

"The book reflects the author's unique personal and academic background: trained in the study of ethics, he chose to teach at one of the nation's war colleges, where he became deeply familiar with contemporary military issues in a way unavailable to most.

This is throughout a highly intelligent, engaging, and accessible book. It adds the important perspective of what it means in moral terms to be a soldier and sets a new standard for what needs to be included in thinking seriously about the United States' use of military force."

—James Turner Johnson,  
author of *Morality and Contemporary Warfare*



175 pp / £11.25 pb  
ISBN 0-7914-6242-0

**To order, contact:**  
NBN Plymbridge  
orders@nbnplymbridge.com  
tel: +44 (0) 1752 202301  
fax: +44 (0) 1752 202333



STATE UNIVERSITY OF NEW YORK PRESS

90 State St., Suite 700, Albany, NY 12207-1707

www.sunypress.edu

# Abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten des VStGB

Denis Basak\*

In November 2004 the Center for Constitutional Rights (CCR), a U.S. Human Rights organisation, filed a complaint against U.S. defense secretary *Donald Rumsfeld* and other high ranking officers of the U.S. Army to the federal prosecutor of Germany in Karlsruhe. The complaint raises allegations of crimes against international law against the plaintiffs who are charged to bear at least a share of responsibility for the scandalous acts of torture against detainees in the prison of Abu Ghreib in Iraq. The complaint, which was based on the German Code of International Crimes (Völkerstrafgesetzbuch – VStGB), was dismissed by the federal prosecutor on 10 February 2005.

This text aims to examine the legal basis of the complaint and analyses the federal prosecutor's reasons for dismissing it. This decision is politically nothing less than surprising, but it goes beyond the words and the meaning of the new German VStGB, for, there are strong hints for a personal involvement of the plaintiffs in these events, which are clearly to be seen as war crimes. And the argument of the prosecutor that there would be no room for a German criminal proceeding because the military justice of the US Army is already handling this case, is at least arguable.

## Einleitung

Seit dem Bekanntwerden der Entwürdigungen und Misshandlungen von irakischen Gefangenen durch Militärangehörige der USA reißt die Empörung weltweit nicht ab. Die USA selbst haben nach den Veröffentlichungen von Fotos und Videosequenzen begonnen, Militärstrafverfahren gegen die unmittelbar Beteiligten einzuleiten. Verfahren gegen vorgesetzte Offiziere oder gar politische Funktionsträger hat es dagegen in den USA bislang nicht gegeben. Am 29. November 2004 reichte deswegen das Center for Constitutional Rights (CCR), eine Menschenrechtsorganisation aus den USA, eine 170 Seiten umfassende Strafanzeige beim Generalbundesanwalt in Karlsruhe ein, die sich gegen den US-amerikanischen Verteidigungsminister *Donald Rumsfeld*, den Ex-Direktor der CIA *George Tenet*, den vormaligen Oberkommandierenden der US-Truppen im Irak, Generalleutnant *Ricardo S. Sanchez*, sowie insgesamt sechs weitere hohe Offiziere der Streitkräfte der Vereinigten Staaten und einen Unterstaatssekretär des Verteidigungsministeriums richtet.<sup>1</sup> In einem Brief vom 27. Januar 2005<sup>2</sup> fügt das CCR der Liste der Beschuldigten auch den neuen Justizminister der USA *A. Gonzales* hinzu. Am 10. Februar 2005 gab der Generalbundesanwalt in einer Presseerklärung<sup>3</sup> bekannt, dass dieser Strafanzeige „keine Folge gegeben“ werde. Der folgende Beitrag will sich mit der Berechtigung einer solchen Strafanzeige sowie den Zurückweisungsgründen des Generalbundesanwalts auseinander setzen.

Dabei muss zunächst der bislang bekannte Sachverhalt kurz aufbereitet werden (1). In einer materiellrechtlichen Würdigung ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht, insbesondere die Genfer Konventionen vorliegen, und damit auch Tatbestände des 2002 in Kraft getretenen deutschen Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) verwirklicht sind (2). Dies führt dann zu der Frage, ob und gegebenenfalls gegen wen die deutsche Justiz hier Ermittlungs- und gegebenenfalls auch Strafverfahren hätte einleiten

können, beziehungsweise sogar müssen und wie die Argumente des Generalbundesanwalts gegen die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens zu bewerten sind (3).

## 1. Die bislang bekannt gewordenen Vorwürfe

Die Misshandlung irakischer Gefangener durch Militärpersonal der USA in dem schon unter *Saddam Hussein* berüchtigten Gefängnis Abu Ghreib wurde durch einen Fernsehbericht in der Sendung „60 Minutes II“ des US-Senders CBS am 28. April 2004 öffentlich bekannt. Seitdem kommt es immer wieder zu neuen Vorwürfen von Misshandlungen durch Truppen der USA und Großbritanniens im Irak, inzwischen auch in Afghanistan und in dem US-amerikanischen Internierungslager Guantánamo Bay auf Kuba.

Die auf CBS gezeigten Videoszenen zeigen eine Scheinhinrichtung eines Irakers, der mit einem Sack über dem Kopf auf einer Kiste stehend mit Elektrokabeln versehen wurde, die von seinen Armen nach oben führten, und dem gedroht wurde, er würde mit Stromschlägen getötet werden, wenn er stürze. Dieses auch immer wieder zur Illustration des Folter-

\* *Dr. jur. Denis Basak* ist Assessor in einer internationalen Anwaltssozietät in Frankfurt am Main (Deutschland).

<sup>1</sup> Der vollständige Wortlaut der Anzeige ist in zwei Teilen abrufbar auf der Homepage des CCR unter den Adressen [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/complaint\\_in%20German1\\_dienstag1.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/complaint_in%20German1_dienstag1.pdf), (am 20. Dezember 2004) und [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/Complaint\\_In-German2\\_dienstag2.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/Complaint_In-German2_dienstag2.pdf), (am 20. Dezember 2004). Die Namen der Angezeigten finden sich auf S. 2 f. der Anzeige, Details zu ihnen in einem gesonderten Dokument unter [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/List\\_of\\_Defendants.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/List_of_Defendants.pdf), (am 20. Dezember 2004); zu dieser Anzeige siehe auch *J.A. Hessbrügge*, An Attempt to Have Secretary Rumsfeld and Others Indicted for War Crimes under the German Völkerstrafgesetzbuch in: ASIL Insight December 2004, unter <http://www.asil.org/insights/2004/12/insight041213>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>2</sup> Abrufbar unter [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/Germanletter013105.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/Germanletter013105.pdf) (vom 31. Januar 2005).

<sup>3</sup> Pressemitteilung Nr. 6/2005 des Generalbundesanwalts vom 10. Februar 2005, S. 311 f.

skandals verwendete Bild ist inzwischen zum Sinnbild des gesamten Komplexes geworden. Des Weiteren sind Szenen zu sehen gewesen, in denen irakische Gefangene nackt posieren mussten, teilweise auch mit weiblichem Aufsichtspersonal.<sup>4</sup> Ein bereits vom Februar 2004 datierender Bericht des als Militärermittlers eingesetzten Generalmajor *Antonio M. Tabuga*,<sup>5</sup> der erst nach der Veröffentlichung der Szenen durch CBS der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde, nennt an seiner Ansicht nach bewiesenen Übergriffen von amerikanischem Personal gegenüber irakischen Gefangenen des Weiteren: Physische Misshandlungen wie Schläge, teils mit Gegenständen, und Tritte; das Ausziehen von Gefangenen, die teilweise tagelang nackt bleiben mussten; das Fotografieren und auf Video Aufnahmen von nackten männlichen und weiblichen Gefangenen, die teilweise in sexuell eindeutige Posen gezwungen wurden; in einem Fall eine Vergewaltigung einer Gefangenen durch einen Militärpolizisten; das Bedrohen mit Hunden, die zumindest in einem Fall einen Gefangenen durch Bisse schwer verletzten; das Schütten einer phosphorhaltigen Substanz aus einer Leuchtstoffröhre auf Gefangene; das Schütten von kaltem Wasser auf nackte Gefangene; die Bedrohung von Gefangenen mit geladenen Pistolen; sexuelle Übergriffe oder die Drohung mit solchen gegen männliche Gefangene.<sup>6</sup> Diese Behandlungsweisen standen in unmittelbarem Zusammenhang mit den Verhören der Gefangenen und sollten dazu dienen, diese psychisch so stark unter Druck zu setzen, dass die mit den Verhören betrauten Nachrichtendienstleute möglichst schnell an die gewünschten Informationen kommen sollten.<sup>7</sup> Andererseits, so berichtet inzwischen die Washington Post, seien Gefangene aber auch „zum Vergnügen“ misshandelt worden.

In einem späteren Report von Generalmajor *George R. Fay* und Generalleutnant *Anthony R. Jones* vom August 2004<sup>8</sup> werden auf der Basis von intensiven Ermittlungen weitere Einzelheiten zu den Vorgängen in Abu Ghreib aufgezählt, die sich in der Art und Intensität der beschriebenen Handlungsweisen weitgehend mit dem *Tabuga*-Report decken.<sup>9</sup>

Das Pentagon untersucht inzwischen in diesem Zusammenhang insgesamt 32 Todesfälle in irakischen Gefängnissen, bei denen es deutliche Hinweise auf Zusammenhänge mit Misshandlungen gibt.<sup>10</sup>

Weiter wird der Vorwurf erhoben, dass Gefangene ohne Kontakt zur Außenwelt und ohne zureichende Registrierung ihrer Personalien und Benachrichtigung von Angehörigen inhaftiert werden,<sup>11</sup> wobei ein Bericht des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz vom Februar 2004<sup>12</sup> davon spricht, dass nach Einschätzung von Nachrichtendienstmitarbeitern 70–90% der im Irak Inhaftierten zu Unrecht eingesperrt seien.<sup>13</sup> Darüber hinaus wird der Vorwurf erhoben, die USA ließen inhaftierte Gefangene gezielt in Länder verbringen, wo Folter bei Verhören angewandt würde.<sup>14</sup>

In Großbritannien wurden ebenfalls Vorwürfe gegen Truppenangehörige erhoben, die im Südirak Gefangene mit Schlägen und Tritten misshandelt haben sollen, was in mindestens einem Fall zum Tode eines Gefangenen geführt habe.<sup>15</sup> In die-

sem Fall soll in Großbritannien nun Anklage erhoben werden. Des Weiteren soll es zu Übergriffen in afghanischen Gefängnissen gekommen sein, wo inzwischen ebenfalls weitere fünf Todesfälle von Gefangenen nochmals untersucht werden.<sup>16</sup>

Seitens des Pentagon werden die bekannt gewordenen Einzelheiten als Taten einzelner fehlgeleiteter Militärpolizisten angesehen. Militärstrafverfahren sind auch bislang nur gegen die unmittelbar handelnden Soldaten eingeleitet worden. Diese wurden weitgehend von militärischen „Special Courts“ zu Freiheitsstrafen von einem bis zwei Jahren verurteilt, was auch der Strafgewalt dieser Gerichte entspricht. Einzig Specialist *Ch. Graner* ist bisher zu einer zehnjährigen Haftstrafe verurteilt worden,<sup>17</sup> während sich die meisten weiteren Angeklagten auf Absprachen mit den militärischen Anklägern einigten und nur wesentlich kürzere Haftstrafen erwarten.<sup>18</sup>

Das amerikanische Verteidigungsministerium und auch sein Leiter *Donald Rumsfeld* persönlich haben aber für den Kampf gegen den Terrorismus sowohl für das Internierungslager in Guantanamo Bay auf Kuba als auch für andere Gefangenenla-

<sup>4</sup> Ausführlich hierzu etwa *H. Hoyng / S. v. Ilsemann*, Privatkrieg auf Staatskosten, in: DER SPIEGEL 19/2004, S. 132 ff.

<sup>5</sup> Titel: „Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade“, unter [http://www.npr.org/iraq/2004/prison\\_abuse\\_report.pdf](http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf), (am 20. Dezember 2004); im Folgenden zitiert als *Tabuga*-Report; siehe auch *L.N. Sadat*, International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqi Detainees by American Forces, in: ASIL Insight May 2004, unter <http://www.asil.org/insights/insigh134.htm>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>6</sup> *Tabuga*-Report, a.a.O. (Fn. 5), S. 16–18.

<sup>7</sup> *Tabuga*-Report, a.a.O. (Fn. 5), S. 18 f.; siehe auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 23 f.

<sup>8</sup> Dieser ist veröffentlicht unter <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>, (am 20. Dezember 2004) im Folgenden zitiert als *Fay/Jones*-Report.

<sup>9</sup> Siehe auch die Übersetzung aus dem *Fay/Jones*-Report in der Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 27 ff.

<sup>10</sup> Dazu etwa die FR vom 24. Mai 2004, S. 6; einzelne Fälle listet die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 17 ff. auf.

<sup>11</sup> Siehe *L.N. Sadat*, a.a.O. (Fn. 5), I A; Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 20 ff. und 99 ff., die genau deswegen sich auch gegen *G. Tenet* als ehemaligen Direktor der CIA richtet, dem gerade dies zur Last gelegt wird.

<sup>12</sup> „Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) of the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation“. Abrufbar ist dieser Bericht im Internet etwa unter <http://www.cbsnews.com/htdocs/pdf/redcrossabuse.pdf>, (am 20. Dezember 2004); folgend zitiert als ICRC-Report.

<sup>13</sup> ICRC-Report, a.a.O. (Fn. 12), S. 8.

<sup>14</sup> Siehe die Berichte von *Mekhenet* in: FAZ vom 13. Januar 2005, S. 5, und von *Gelinsky* in: FAZ vom 21. Januar 2005, S. 3, wo über den als Terrorverdächtigen von mazedonischen Grenzbeamten festgenommenen *Khaled al Masri* berichtet wird, der angibt, in der Folge nach Afghanistan verschleppt und dort verhört und misshandelt worden zu sein. Nach *Gelinsky*, *ibid.*, gibt es mehrere derartige Vorwürfe und Spekulationen über bis zu 100 sogenannte „Geistergefangene“.

<sup>15</sup> Siehe dpa-Meldung vom 16. Mai 2004, 12.52 Uhr: „Erste Misshandlungsklagen gegen britische Soldaten“.

<sup>16</sup> FR vom 24. Mai 2004, S. 6.

<sup>17</sup> Siehe die Meldung vom 16. Januar 2005 unter <http://www.faz.net/s/Rub28FC768942F34C5B8297CC6E16FFC8B4/Doc-EFEFCA170485041AEBBF0498F00D95901~Atp1-Ecommon~Scontent.html> (am 10. Februar 2005) sowie die Anklage gegen *Ch. Graner* unter <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/graner51404chrg.html> (am 10. Februar 2005).

<sup>18</sup> Dazu die Meldung in der FR vom 3. Februar 2005, S. 7.



ger härtere Verhörmethoden genehmigt,<sup>19</sup> die in einem neueren Report des Roten Kreuzes als „Folter sehr nahe kommend“ bezeichnet werden.<sup>20</sup> Dabei geht es um vom Pentagon bestätigte Behandlungsweisen wie dem Verharrenlassen in schmerzhaften Positionen über längere Zeiträume, Schlafentzug, Beschallung mit lauter Musik, eine „Veränderung der Essgewohnheiten“,<sup>21</sup> Bedrohungen und Ähnliches.<sup>22</sup> Dies wird explizit in den Zusammenhang mit Verhören der entsprechenden Gefangenen gebracht, es soll also psychisch und physisch Druck ausgeübt werden, um Aussagen zu erhalten.<sup>23</sup>

Die angesprochene Strafanzeige macht primär die Misshandlung von Gefangenen im Irak zum Thema, dokumentiert auch dadurch, dass neben dem CCR noch vier irakische Exgefangene als Anzeigerstatter auftreten.<sup>24</sup>

## 2. Die rechtliche Bewertung dieser Taten nach dem VStGB

Der deutsche Gesetzgeber hat durch Gesetz vom 26. Juni 2002<sup>25</sup> das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) eingeführt. Dieses Gesetz, welches das im Statut von Rom für den Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (ICC-Statut) enthaltene Völkerstrafrecht in die deutsche Rechtsordnung inkorporieren soll,<sup>26</sup> stellt auch Kriegsverbrechen unter Strafe, und zwar nach § 1 VStGB ausdrücklich ohne Rücksicht auf den Tatort oder die Nationalität von Täter und Opfer.<sup>27</sup> In dem in diesem Gesetz enthaltenen Bereich der schwersten Verbrechen gegen das Völkerrecht soll nach dem Willen des Gesetzgebers uneingeschränkt das Weltrechtsprinzip gelten.<sup>28</sup>

Dieses Gesetz, das nach der Analyse der Juristen des CCR in seiner Reichweite derzeit weltweit einmalig ist, soll nun als Grundlage für eine juristische Aufarbeitung des Folterskandals im Irak dienen, da nach Ansicht der Anzeigerstatter von der US-amerikanischen Justiz eine umfassende Ermittlung und Sanktionierung gerade nicht zu erwarten sei.<sup>29</sup>

### 2.1. § 8 VStGB

Damit wird auch das deutsche VStGB zum Maßstab der Beurteilung der hier genannten Taten. In Betracht kommen hier insbesondere Kriegsverbrechen nach § 8 VStGB. Dieser setzt zunächst einen bewaffneten Konflikt voraus, der sowohl ein internationaler als auch ein nichtinternationaler Konflikt sein kann. Da auch ein militärisches Besatzungsregime unter den Begriff des internationalen bewaffneten Konflikts fällt,<sup>30</sup> ist für die Besetzung des Irak durch Truppen der von den USA und Großbritannien geführten Koalitionsstaaten von einem solchen Konflikt auszugehen. Die hier in Rede stehenden Taten sind auch nicht nur „bei Gelegenheit“ eines solchen Konfliktes begangen worden, sondern stehen als Taten der Besatzungstruppen gegen Kriegs- und Zivilgefangene des besetzten Staates und insbesondere wegen des Zusammenhangs mit deren Verhören durch Mitarbeiter der Nachrichtendienste in unmittelbarem funktionalen Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt.<sup>31</sup> Damit ist auch § 8 VStGB hier anwendbar. Konkret kommen für die oben geschilderten Taten insbesondere § 8 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 9, Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 VStGB in Betracht.

#### 2.1.1. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB begeht derjenige ein Kriegsverbrechen, der „eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam oder unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, insbesondere sie foltert oder verstümmelt“. Die Gefangenen, um die es sich vorliegend handelt, sind durchweg entweder als Kriegsgefangene oder als Zivilpersonen im Sinne des § 8 Abs. 6 Nr. 1 VStGB anzusehen, also geschützte Personen nach den Genfer Konventionen III und IV und damit auch Schutzobjekte des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB.<sup>32</sup>

Diese Gefangenen wurden durch die oben beschriebenen Verhaltensweisen ohne weiteres auch grausam und unmenschlich behandelt. Schläge, Tritte, Hundebisse und Vergleichbares stellen ebenso wie kalte Duschen oder bestimmte im einzelnen beschriebene Formen sexueller Gewalt ohne weiteres die Zufügung erheblichen körperlichen Leidens dar, wobei die tatsächlich angerichteten körperlichen Verletzungen von hier aus im Moment gar nicht beurteilt werden können.<sup>33</sup> Des Weiteren sind in den zutiefst entwürdigenden Handlungsweisen wie dem Ausziehenlassen und nackt, teilweise in sexuell eindeutigen Positionen, Posierenlassen von Gefangenen für Foto- oder Videoaufnahmen ebenso wie in der beschriebenen

<sup>19</sup> Dazu im Detail die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 91 f.

<sup>20</sup> Zu diesem Bericht siehe auch N. A. Lewis, Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo, in: New York Times vom 30. November 2004, S. 1. Zu weiteren Misshandlungsvorfällen siehe auch L. Langenau unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,341076,00.html>.

<sup>21</sup> Wobei darüber spekuliert werden kann, ob eine solche Maßnahme, die ja explizit als Übelzufügung gedacht ist, sich auf die Verringerung der Nahrungsmenge oder eine Verschlechterung der Qualität oder beides bezieht.

<sup>22</sup> Vgl. Bericht der FR vom 18. Oktober 2004, S. 5

<sup>23</sup> Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 15 f.; N.A. Lewis, a.a.O. (Fn. 20), S. 1.

<sup>24</sup> Zu diesen siehe auch [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/List\\_of\\_Plaintiffs.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/List_of_Plaintiffs.pdf), (am 20. Dezember 2004).

<sup>25</sup> In Kraft getreten am 30. Juni 2002, BGBl 2002 I, S. 2254 ff., zuvor vom Bundestag am 25.04.2002 einstimmig beschlossen, Plenarprotokoll 14/233, S. 23243, siehe G. Werle/F. Jeßberger, Das Völkerstrafgesetzbuch, in: JZ 2002, S. 725.

<sup>26</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 23 f.; H. Satzger, Das neue Völkerstrafgesetzbuch, in: NSZ 2002, S. 125; G. Werle/F. Jeßberger, a.a.O. (Fn. 25), S. 725; A. Zimmermann, Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch, in: ZRP 2002, S. 97 (99).

<sup>27</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 29; H. Satzger, a.a.O. (Fn. 26), S. 125 (131 f.); in diesem Sinne zuvor schon O. Lagodny/C. Nill-Theobald, Anmerkung zu BGHSt 45, S. 64, in: JR 2000, S. 205 (206).

<sup>28</sup> Wobei an dieser Stelle die völkerrechtliche Geltung des Weltrechtsprinzips für die Tatbestände des VStGB, welche ihrerseits die Tatbestände des ICC-Statuts von Rom widerspiegeln, als gegeben unterstellt werden kann; vgl. auch J. A. Hessbrügge, a.a.O. (Fn. 1), 1 A.

<sup>29</sup> Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 9.

<sup>30</sup> Siehe etwa in den Elements of Crime des ICC in der Erläuterung zu Art. 8 ICC-Statut, dort Fn. 34 (ICC-ASP/1/3, S. 126). Die gemäß Art. 9 ICC-Statut von der Versammlung der Vertragsstaaten beschlossenen Elements of Crime stellen eine Art amtliche Kommentierung der Tatbestände des ICC-Statuts dar. Sie sind zugänglich über die Homepage des ICC unter <http://www.icc-cpi.int/basicdocs/elements.html>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>31</sup> Siehe zur Notwendigkeit und Reichweite dieses Zusammenhangs auch die amtliche Begründung des VStGB-Entwurfes, BR-Drucks. 29/02, S. 55 f.; siehe auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 72.

<sup>32</sup> So auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 73.

<sup>33</sup> *Id.*, S. 75.

Scheinhinrichtung eines Gefangenen jedenfalls die Zufügung schweren seelischen Leides zu sehen. Dies wiegt vor allem bezüglich der sexuell entwürdigenden Handlungsweisen vor dem kulturellen und religiösen Hintergrund der Gefangenen besonders schwer, für die insbesondere Homosexualität ein absolutes Tabuthema darstellt.<sup>34</sup>

Da diese Handlungsweisen gezielt dazu eingesetzt wurden, damit die Gefangenen bei ihren Verhören durch Geheimdienstangehörige kooperativer gemacht werden sollten, sind sie zumindest in der Gesamtschau auch als Folter zumindest im Sinne des Art. 8 Abs. 2 a ICC-Statut anzusehen.<sup>35</sup> Insofern ist der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB hier verwirklicht worden.

### 2.1.2. § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB

Der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB stellt es als Kriegsverbrechen unter anderem unter Strafe, eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person sexuell zu nötigen oder zu vergewaltigen. Bezüglich der Gefangenen als Schutzobjekte dieser Norm gilt das oben bereits Gesagte. Nach den oben geschilderten Abläufen sind in Abu Ghreib die beiden genannten Varianten des Tatbestandes erfüllt worden.

Soweit der *Tabuga*-Report von einem Militärpolizisten berichtet, der Geschlechtsverkehr mit einer Gefangenen hatte,<sup>36</sup> liegt der Tatbestand der Vergewaltigung schon wegen des allgemeinen Gewaltverhältnisses des Aufsehers über „seine“ Gefangenen nahe, was im allgemeinen Strafrecht § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB entspricht. Wenn der *Tabuga*-Report zudem berichtet, einem Gefangenen sei eine Leuchtstoffröhre anal eingeführt worden,<sup>37</sup> so erfüllt auch dies die Tatbestandsalternative der Vergewaltigung, wie auch ein Blick auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB zeigt. Denn nach dieser Norm stellt das Einführen von Gegenständen in Körperöffnungen bei einer hier ohne weiteres gegebenen besonderen Erniedrigung des Opfers einen besonders schweren Fall der Vergewaltigung dar.<sup>38</sup>

Die zumindest teilweise als Fernsehbilder um die Welt gegangenen Videoaufnahmen und Fotos von nackten Gefangenen in eindeutig sexuellen Posen erfüllen, weil unstrittig die Gefangenen hierzu gezwungen wurden, das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Nötigung. Dies gilt sicher auch für die Androhung und erst recht für die Durchführung sexueller Übergriffe gegen männliche Gefangene. Insofern ist hier auch der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB erfüllt worden.

### 2.1.3. Weitere Alternativen des § 8 VStGB

Soweit die beschriebenen Handlungen nicht unter § 8 Abs. 1 Nr. 3 und/oder 4 VStGB fallen, ist jedenfalls weitgehend § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB erfüllt, der als Auffangtatbestand gegenüber den hier gegebenen völkerrechtlich geschützten Personen schwerwiegende Erniedrigungen und Entwürdigungen als Kriegsverbrechen pönalisiert.<sup>39</sup> Hierunter sollen insbesondere auch Zurschaustellungen von geschützten Personen fallen,<sup>40</sup> was bezüglich der erzwungenen Foto- und Videoaufnahmen hier vorliegt.

Sollte sich die im ICRC-Report genannte Zahl von 70–90% fehlerhafter Verhaftungen als zutreffend erweisen, kann hier auch der Tatbestand des § 8 Abs. 3 Nr. 1 VStGB erfüllt sein, nach dem das rechtswidrige Gefangenhaltens völkerrechtlich geschützter Personen im hier gegebenen internationalen Konflikt ein Kriegsverbrechen darstellt.<sup>41</sup> Eine genauere Prüfung dieser Norm ist hier derzeit wegen des nicht hinreichenden Faktenmaterials nicht möglich.

Soweit die geschilderten Vorgänge § 8 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 VStGB erfüllen und zum Tode der Opfer führten, was etwa in dem geschilderten Fall aus dem Südirak der Fall sein dürfte, sich aber auch in einer ganzen Anzahl von Fällen aus dem Irak und Afghanistan aufdrängt,<sup>42</sup> so ist zudem der Qualifikationstatbestand des § 8 Abs. 4 VStGB erfüllt,<sup>43</sup> der die in § 8 Abs. 1 a.E. VStGB genannten Strafraumen deutlich erhöht. Sollte hier ein Tötungsvorsatz nachweisbar sein, was zumindest bei einigen der derzeit diskutierten Fälle nahe zu liegen scheint, käme zudem § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB in Betracht.

## 2.2. § 7 VStGB

Soweit in Presseberichten inzwischen davon die Rede ist, dass bis zu 45.000 Menschen im Zuge der Militäroperationen im Irak und in Afghanistan in Gewahrsam genommen wurden, von denen 35.000 bereits im Mai wieder freigelassen waren,<sup>44</sup> und von denen nur 600 inzwischen an irakische Autoritäten zum Zwecke der Strafverfolgung übergeben wurden,<sup>45</sup> und wenn man die oben genannte Zahl von 70–90% an zu Unrecht Festgenommenen hinzunimmt,<sup>46</sup> stellt sich zudem zumindest die Frage, ob hier dem US-Militär nicht auch ein „ausgedehnter Angriff auf die Zivilbevölkerung“ im Sinne des § 7 Abs. 1 VStGB attestiert werden muss. Eine endgültige Antwort hierauf ist ohne genauere Informationen darüber, wie hoch der Anteil und die Zahl der zu Unrecht festgehaltenen Zivilisten war, und ob auch solche Opfer von

<sup>34</sup> *Id.*, S. 77 ff.

<sup>35</sup> Sehr ausführlich hierzu die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 73 ff.; vgl. zum Begriff der Folter nach dem ICC-Statut die Elements of Crime zu Art. 8 (2) (a) (ii)-1 ICC-Statut, ICC-ASP/1/3, a.a.O. (Fn. 30), S. 126.

<sup>36</sup> *Tabuga*-Report, a.a.O. (Fn. 5), S. 17.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Siehe auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 80.

<sup>39</sup> Ausführlich hierzu *Id.*, S. 83 ff.

<sup>40</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 63; *L.N. Sadat*, a.a.O. (Fn. 5), I A, Fn. 13 weist darauf hin, dass die Quelle dieser Formulierung auch die Norm ist, auf die sich Präsident *G. Bush* und sein Verteidigungsminister *D. Rumsfeld* stützten, als sie nach einem Bericht über US-amerikanische Kriegsgefangene im irakischen Staatsfernsehen im März 2003 ihre Empörung über die Zurschaustellung von US-Staatsbürgern äußerten und drohten, die Verantwortlichen als Kriegsverbrecher zu verfolgen, nämlich Art. 13 der III. Genfer Konvention.

<sup>41</sup> Siehe dazu BR-Drucks. 29/02, S. 64 f.; zu einer ähnlichen Bewertung kommt auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 20.

<sup>42</sup> Nach der FR vom 24. Mai 2004, S. 6, hat das Pentagon inzwischen 22 Autopsien veröffentlicht, in denen als Todesursachen etwa Schusswunden, Strangulierung oder Erstickung angegeben sind.

<sup>43</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 66.

<sup>44</sup> FR vom 24. Mai 2004, S. 6.

<sup>45</sup> Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 20.

<sup>46</sup> ICRC-Report, a.a.O. (Fn. 12), S. 8.

Entwürdigungen und Misshandlungen geworden sind, im Moment noch nicht möglich.

Sollte letzteres aber zu bejahen sein und sich die Festnahmepraxis der Koalitionsstreitkräfte insgesamt unter den Begriff des ausgedehnten Angriffs auf die Zivilbevölkerung subsumieren lassen, so wären Handlungsweisen wie die oben geschilderten zudem als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 5–9 VStGB zu bewerten. Hiernach sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch die Folterung von Gefangenen (Nr. 5); die sexuelle Gewalt (Nr. 6); das zwangsweise Verschwindenlassen, also die Beraubung der Freiheit ohne Rechtsschutz und ohne Angehörigen Auskunft über Aufenthaltsorte und Schicksal der Gefangenen (Nr. 7); die schwere körperliche oder seelische Misshandlung (Nr. 8) sowie die schwere völkerrechtswidrige Freiheitsberaubung (Nr. 9).<sup>47</sup> Gegebenenfalls wäre dann auch die Qualifikation des § 7 Abs. 3 VStGB verwirklicht, das Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit Todesfolge.

### 2.3. Persönliche Verantwortlichkeit einzelner Personen

Nach der Verweisung des § 2 VStGB auf das allgemeine Strafrecht gelten auch die Regeln für Täterschaft und Teilnahme der §§ 25–27 StGB für die Straftaten nach dem VStGB.<sup>48</sup> Dies bedeutet zunächst, dass die unmittelbar an den Taten Beteiligten entsprechend ihrer Tatbeteiligung als Täter oder Teilnehmer anzusehen und zu verfolgen wären. Inwieweit aber Vorgesetzte durch aktive Handlungen, insbesondere Anweisungen, an den Taten beteiligt waren, als Anstifter oder Mittäter,<sup>49</sup> oder ob sie zumindest durch vorsätzliches Unterlassen einer Verhinderung der entsprechenden Taten nach § 4 VStGB sich entsprechend einem Täter strafbar gemacht haben,<sup>50</sup> müssen die weiteren Entwicklungen und Ermittlungen zeigen. In diesem Sinne will jedenfalls die Strafanzeige des CCR die zehn namentlich genannten Beschuldigten als Täter der genannten Straftaten oder Teilnehmer hieran im Sinne dieser Normen verstanden wissen.<sup>51</sup>

Soweit es Hinweise darauf gibt, dass der nun mitangezeigte damalige Oberbefehlshaber der amerikanischen Truppen im Irak, Generalleutnant *Ricardo Sanchez*, von den Vorgängen in Abu Ghreib zumindest gewusst habe<sup>52</sup> und bestimmte Verhörtechniken auch persönlich autorisiert habe, die in ihrer Konsequenz die hier genannten Tatbestände zumindest teilweise berühren,<sup>53</sup> deutet dies darauf hin, dass diese Ermittlungen in den militärischen Hierarchien weit nach oben führen könnten.<sup>54</sup> Auch die ebenfalls in der Strafanzeige des CCR namentlich als Beschuldigte genannte damalige Leiterin des Gefängnisses Abu Ghreib, Brigadegeneralin *Janis Karpinski*, die zumindest in der Hierarchie die unmittelbare Verantwortung für die dortigen Vorgänge hatte, muss je nach genauer Auswertung der entsprechenden Ermittlungsergebnisse zumindest als Gehilfin, wenn nicht gar als Anstifterin oder Mittäterin angesehen werden. Zudem lässt sich bei ihr wohl auch ein Anfangsverdacht für eine vorsätzliche Nichtverhinderung der entsprechenden Taten begründen, da sie zumindest deutliche Hinweise auf die Vorgänge in Abu Ghreib gehabt haben muss.<sup>55</sup>

Auch wenn das deutsche VStGB die in Art. 28 ICC-Statut enthaltene Normierung der so genannten *doctrine of command liability* nicht in vollem Umfang umgesetzt hat,<sup>56</sup> gäbe es auch nach der Rechtslage der §§ 2, 4 VStGB, 25–27 StGB genügend Anhaltspunkte, die hier auf Strafbarkeiten auch von höheren Ebenen der Militärhierarchie als nur den unmittelbar beteiligten Gefängnisaufsehern deuten.<sup>57</sup>

Schwierig wird es allerdings wahrscheinlich, im Rahmen der allgemeinen Beteiligungsgesetze eine Strafbarkeit der politischen Verantwortungsträger zu begründen. Dies sind vor allem die prominentesten Angezeigten *Rumsfeld*, *Tenet* und *Cambone*. Angesichts einer inzwischen sehr großen Anzahl von offiziellen Dokumenten, die auch die Autorisierung der geschilderten harten Verhörmethoden durch die hier Beschuldigten belegen,<sup>58</sup> erscheint aber zumindest die Begründung eines Anfangsverdachts bezüglich einer Anstiftung im Sinne des § 27 StGB zu wenigstens einem Teil der genannten Taten nahe zu liegen.

<sup>47</sup> Siehe zu den einzelnen Alternativen BR-Drucks. 29/02, S. 46 ff.

<sup>48</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 37.

<sup>49</sup> So die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 85.

<sup>50</sup> Zu dieser letztgenannten Norm BR-Drucks. 29/02, S. 40 f.; Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 88 f.

<sup>51</sup> Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 85 f.

<sup>52</sup> Die FR vom 24. Mai 2004, S. 6, zitiert hierüber einen Bericht der Washington Post, die ihrerseits sich auf einen als Verteidiger eines der nun als unmittelbare Täter verfolgten Soldaten tätigen Militäranwalt bezieht. SPIEGEL ONLINE meldet am 01. Dezember 2004, dass zumindest ein Bericht über Häftlingsmisshandlungen an Generäle im Irak bereits im Dezember 2003 vorlag, vgl. <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,330476,00.html>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>53</sup> Die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 108 ff., listet hier etwa auf: „*Isolation für mehr als 30 Tage, Anwesenheit von Militärhunden, Schlafmanagement (höchstens 72 Stunden), Sensorische Angriffe (höchstens 72 Stunden), Stresspositionen (nicht mehr als 45 Minuten)*“.

<sup>54</sup> Siehe dazu auch *S.M. Hersh*, Chain of Command, unter [http://www.newyorker.com/printable/?fact/040517fa\\_fact2](http://www.newyorker.com/printable/?fact/040517fa_fact2), (am 20. Dezember 2004).

<sup>55</sup> Nach der Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn.1), S. 117 ff., war die Brigadegeneralin *J. Karpinski* unter anderem auch Adressatin der Berichte des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz und hatte auch schon zuvor Hinweise auf völkerrechtswidrige Übergriffe in den ihr unterstellten irakischen Gefängnissen.

<sup>56</sup> Das VStGB stuft anders als Art. 28 ICC-Statut, der eine Gleichbehandlung zu vorsätzlichen Aufsichtspflichtverletzungen (= § 4 VStGB) vorsieht, die fahrlässige Nichtverhinderung einer Straftat durch einen Vorgesetzten als Verletzung der Aufsichtspflicht in § 13 und die Nichtmeldung einer nachträglich bekannt gewordenen Straftat eines Untergebenen in § 14 lediglich als Vergehen ein, die nach § 1 VStGB nicht unter das allgemeine Weltrechtsprinzip fallen sollen. So sollen Probleme mit dem Schuldprinzip vermieden werden, s. BR-Drucks. 29/02, S. 40 f. und 83 f.; ähnlich auch *H. Satzger*, a.a.O. (Fn. 26), S. 125 (129). Soweit also die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), etwa auf S. 98 auf diese Normen Bezug nimmt, kann hieraus keine unmittelbare Zuständigkeit der deutschen Strafjustiz abgeleitet werden.

<sup>57</sup> Zu Möglichkeiten der Konstituierung einer Strafbarkeit so genannter Hintermänner auch ohne den Nachweis konkreter Befehlsketten *J. Schlösser*, Mittlere individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht (2004), S. 41 ff., der ausgehend von Entscheidungen des BGH zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von GmbH-Geschäftsführern für die Tätigkeiten ihrer Firma (BGHSt 37, S. 106 [113 f.]) entsprechende Normativierungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik nachweist und in der Folge über eine „*soziale Tatherrschaftslehre*“ eine Täterschaft der Hintermänner begründet.

<sup>58</sup> Eine sehr ausführliche Liste von bisher veröffentlichten Dokumenten zu diesem Thema findet sich etwa unter <http://www.aclu.org/torturefoia/released/> (am 20. Dezember 2004). Die Aufarbeitung dieses Konvoluts kann hier nicht geleistet werden, hätte im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens aber zu erfolgen. Die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn.1), S. 90 ff., benennt eine ganze Reihe von Verhaltensweisen, die eine Tatbeteiligung der Genannten belegen sollen.

## 2.4. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass die genannten Vorgänge in dem Gefängnis von Abu Ghreib und anderswo im Irak und Afghanistan materiellrechtlich als Kriegsverbrechen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4, 9, Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 VStGB, gegebenenfalls auch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 5–9, Abs. 3 VStGB, aufzufassen sind. Auch ist zu konstatieren, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den §§ 2, 4 VStGB, 25–27 StGB nicht nur die unmittelbar an den Misshandlungen beteiligten Militärpolizisten trifft, sondern auch erheblich höher in der militärischen Hierarchie festzustellen sein wird.

Zu prüfen ist nun, ob und inwieweit dieser materiellrechtliche Befund auch prozesspraktisch zu einem Tätigwerden deutscher Ermittlungsbehörden führen kann und soll beziehungsweise sogar muss.

## 3. Prozessuale Aufarbeitung der Taten durch die deutsche Justiz?

Nach seinem § 1 gilt das VStGB für die in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist. Damit wird klargestellt, dass in diesem Bereich der auch in der Präambel des ICC-Statuts als „schwerste Verbrechen, welche die Menschheit als Ganzes berühren“ bezeichneten Völkerstrafrechtsverletzungen das Weltrechtsprinzip gilt, und zwar über die frühere Rechtsprechung des BGH<sup>59</sup> hinaus unabhängig von einem wie auch immer gearteten „nationalen Anknüpfungspunkt“.<sup>60</sup> Dementsprechend wird im Rahmen des völkerstrafrechtlichen Charakters der betreffenden Tatbestände die Geltung dieses nationalen Gesetzes auf die Welt als Ganzes erstreckt und von der Bundesrepublik Deutschland eine entsprechende weltweite Strafhoheit beansprucht.<sup>61</sup>

### 3.1. Einstellung nach § 153 f StPO

Dies führt aber, wie auch schon vor Inkrafttreten des VStGB bei Auslandstaten, nicht automatisch zu einer Verfolgungspflicht der deutschen Justiz. Während bis dahin für alle Auslandstaten die nach Opportunitätsgesichtspunkten die Verfolgungspflicht weitgehend zurückdrängende Norm des § 153 c StPO galt, wurde mit dem VStGB auch § 153 f in die StPO eingefügt, der auch für die dem Weltrechtsprinzip des § 1 VStGB unterfallenden Verbrechen das strikte Legalitätsprinzip teilweise zurückdrängt.<sup>62</sup>

Auf die Norm des § 153 f StPO beruft sich nun auch der Generalbundesanwalt für die Nichteröffnung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>63</sup>

Wichtig ist dabei zunächst, dass nach § 153 f Abs. 1 StPO in Fällen, in denen ein Aufenthalt des Beschuldigten in Deutschland gegeben ist oder zu erwarten ist, keine Einstellungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft besteht, insoweit also der Legalitätsgrundsatz voll durchgreift.<sup>64</sup> Dies ist angesichts der immer noch erheblichen Truppenkontingente der US-Armee

auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland schon deswegen bedeutsam, weil nicht auszuschließen ist, dass in die entsprechenden Vorgänge verwickelte Angehörige der US-Streitkräfte auch nach Deutschland versetzt werden können. So werden auch in der Strafanzeige des CCR für vier Beschuldigte Adressen in Deutschland angegeben, unter anderem für den ehemaligen Oberkommandierenden der Truppen im Irak, Generalleutnant *Sanchez*.<sup>65</sup> Jedenfalls ist ein Aufenthalt von wegen der oben angesprochenen Vorgänge Verdächtigen in Deutschland nicht auszuschließen. Zumindest nach § 153 f Abs. 1 StPO bestünde dann eine Verfolgungspflicht der deutschen Justiz, und zwar ganz unabhängig von politischen Implikationen, die ein solches Vorgehen hätte.<sup>66</sup>

Die USA könnten eine solche Strafverfolgung durch deutsche Behörden dann nur nach § 153 f Abs. 2 Satz 2 StPO dadurch abwenden, dass sie selbst entsprechende Strafverfahren anstrengten und damit die in § 153 f StPO angelegte Subsidiarität der Verfolgung nach dem Weltrechtsprinzip gegenüber einer Strafverfolgung durch den Heimatstaat von Täter oder Opfer oder den Tatortstaat oder durch ein internationales Strafgericht eingreifen ließen.<sup>67</sup> Bezüglich der in der Strafanzeige des CCR genannten Personen wird allerdings bisher in keiner Weise in den USA strafrechtlich ermittelt, und die Einleitung von Strafverfolgungsmaßnahmen sind auch nicht sehr wahrscheinlich.

Da nach der amtlichen Begründung zu § 153 f Abs. 2 StPO<sup>68</sup> eine „Scheinverfolgung“ in einem anderen Staat nicht geeignet sein soll, den Legalitätsgrundsatz für die deutsche Strafjustiz zu verdrängen, müssten die USA deutlich machen, dass auch die von ihnen eingesetzten Militärgerichte um eine ernsthafte Strafverfolgung bemüht sind. Das erste Urteil eines „Special Court-Martial“ in Bagdad gegen den Soldaten *Jeremy Sivits*, der einen Teil der den Skandal auslösenden Fotos geschossen hatte und angeklagt war wegen der Misshandlung von Gefangenen im Abu-Ghreib-Gefängnis, der

<sup>59</sup> Etwa in BGHSt 45, S. 64 (66); siehe auch *F. Selbmann*, Der Tatbestand des Genozids im Völkerrecht (2003), S. 111 ff.

<sup>60</sup> So ausdrücklich BR-Drucks. 29/02, S. 29; *H. Satzger*, a.a.O. (Fn. 26), S. 125 (131 f.); in diesem Sinne zuvor schon *O. Lagodny/C. Nill-Theobald*, a.a.O. (Fn. 23), S. 205 (206).

<sup>61</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 29; *C. Krefß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs (2000), S. 26; *H. Satzger*, a.a.O. (Fn. 26), S. 125 (131 f.); *G. Werle/F. Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 25), S. 725 (729).

<sup>62</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 29 und 85; *H. Satzger*, a.a.O. (Fn. 26), S. 125; *G. Werle/F. Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 25), S. 725 (732) sprechen davon, dass diese Norm § 1 VStGB „flankiert“; ähnlich *L. Meyer-Goßner*, StPO, 47. Aufl. (2004), Rn. 1 zu § 153 f StPO; *Karlsruher Kommentar zur StPO (KK) (Schoreit)*, 5. Aufl. (2003), Rn. 1 zu § 153 f StPO weist darauf hin, dass durch § 153 f StPO die Norm des § 153 c StPO für die einschlägigen Fälle eingengt, neu strukturiert und verdrängt wird.

<sup>63</sup> Siehe die Pressemitteilung Nr. 6/2005 des Generalbundesanwalts vom 10. Februar 2005, S. 2 ff.

<sup>64</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 85.

<sup>65</sup> Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 2 f.

<sup>66</sup> Beachte, dass § 153 d StPO für Straftaten nach dem VStGB ausdrücklich nicht gilt.

<sup>67</sup> BR-Drucks. 29/02, S. 85 ff.

<sup>68</sup> *Id.*, S. 87.

Verschörung mit sechs weiteren Gefängnisaufsehern zur Misshandlung von Schutzbefohlenen und der fahrlässigen Dienstpflichtverletzung<sup>69</sup>, kann hier nur bedingt diesen Willen dokumentieren.

Dem Angeklagten war konkret vorgeworfen worden, sich daran beteiligt zu haben, sieben Gefangene nackt auf dem Gefängnisboden in eine menschliche Pyramide gezwungen zu haben, wobei die Gefangenen geschlagen wurden und Aufseher auf ihre Hände und Füße trampelten, um dann auf die Pyramide zu springen. Dies hielt der Angeklagte in Fotos fest.<sup>70</sup> Hierfür wurde er wegen seiner Bereitschaft, gegen seine Mittäter auszusagen, nur vor dem „Special Court-Martial“ angeklagt, einer Art kleinem Militärgericht mit nur begrenzter Strafhoheit.<sup>71</sup> Dieses verurteilte ihn zur ihm möglichen Höchststrafe von einem Jahr Haft, sowie zur Degradierung und unehrenhaften Entlassung aus der Armee, wobei das Strafmaß noch unter dem Vorbehalt der Überprüfung durch einen ranghöheren Offizier steht, also auch noch abgemildert werden kann.

Stellt man die nunmehrige Zeugenstellung des Angeklagten gegen seine Mittäter angesichts der vorliegenden Videos, Fotos und bereits über die Presse bekannt gewordenen Details zu den Vorgängen in Abu Ghreib ins Verhältnis zu der sogar vom Vertreter der Anklage ausdrücklich im Prozess noch einmal hervorgehobenen Tatsache, dass hier von schwersten Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht und damit von Kriegsverbrechen als einer der schwersten Verbrechenskategorien überhaupt die Rede ist, so ist für den Außenstehenden nur schwer nachvollziehbar, warum ein solches Verfahren vor einem Gericht mit einer derart beschränkten Strafgewalt durchgeführt wurde.

Gegen den Stabsunteroffizier *Ivan Frederick*<sup>72</sup> wurde allerdings eine hohe Haftstrafe von acht Jahren verhängt.<sup>73</sup> Dagegen wurde der Gefreite *Armin Cruz* nur zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt.<sup>74</sup> Gegen weitere Soldaten stehen Verfahren noch aus, so auch gegen die auf den genannten Fotos häufig abgebildete *Lynndie England*, deren Verhandlung im Januar 2005 stattfinden soll.<sup>75</sup> Dagegen sind bislang keinerlei Verfahren gegen höhere Offiziere oder gar die militärische und zivile Führung der Streitkräfte eingeleitet worden.<sup>76</sup> Soweit bislang ersichtlich gehen das Verteidigungsministerium der USA und die militärischen Strafverfolgungsinstanzen bislang von Exzessen von Einzeltätern aus. Insofern ist zu konstatieren, dass zumindest derzeit mit einer Strafverfolgung gegen die genannten Leitungspersonen seitens der USA nicht zu rechnen ist.<sup>77</sup> Ebenso wenig ist eine Strafverfolgung aus dem Irak zu erwarten.<sup>78</sup>

In Bezug auf die Norm des § 153 f StPO bedeutet dies, dass bezüglich der sich in Deutschland befindlichen Armeemangehörigen, die in die genannten Taten verwickelt waren, zumindest nach dem Wortlaut des § 153 f Abs. 1 StPO eine Verfahrenseinstellung gerade nicht im Ermessen der Staatsanwaltschaft steht, diese müsste also andere Gründe für eine Einstellung oder Nichteröffnung eines Ermittlungsverfahrens finden. Aber auch bezüglich der sich nicht in Deutschland

aufhaltenden Personen liegen zumindest die Gründe des § 153 f Abs. 2 StPO für eine regelmäßige Einstellung gerade nicht vor, weil eben keine anderweitige Strafverfolgung zu erwarten ist.

Da die Gesetzesbegründung explizit davon spricht, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden ein Ermittlungsverfahren auch dann fortführen sollen, wenn die Beschuldigten nicht in Deutschland sind, um gegebenenfalls auch einer anderen nationalen oder internationalen Strafverfolgung assistieren zu können,<sup>79</sup> wäre eine tragfähige Begründung dafür, hier nicht zumindest ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, nicht einfach zu finden.

Demgegenüber beruft sich der Generalbundesanwalt darauf, dass die Behörden der USA sehr wohl in dem Tatkomplex der Gefangenenmisshandlungen in Abu Ghreib ermittelten und allein dies schon ausreiche, um die nachrangige Zuständigkeit der deutschen Behörden zurücktreten zu lassen.<sup>80</sup> Dies lässt allerdings außer Acht, dass zumindest die Strafanzeige des CCR sich gerade darauf stützt, dass die Strafverfolgung in den USA gezielt sich ausschließlich auf die bekannt gewordenen unmittelbar Ausführenden beziehe und die Verantwortung von Vorgesetzten oder gar Politikern gezielt ausblende.<sup>81</sup> Wenn ein primärer Anwendungsfall der Zuständigkeit nach dem Weltrechtsprinzip gerade auch die Verhinderung von justiziellem Schutz für Beschuldigte von schweren Verbrechen gegen das Völkerstrafrecht sein soll, kann nicht jede Beschäftigung der Justiz eines anderen Staates mit dem Fall als solchem dazu führen, dass die Ausübung der ansonsten gegebenen Verfolgungskompetenz der deut-

<sup>69</sup> Ausführlich hierzu die Meldung von AP vom 19. Mai 2004, 20.43 Uhr ET: „Soldier gets maximum sentence for Iraq abuse“, unter <http://www.msnbc.com/id/5006372>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>70</sup> Die Originalanklage ist abrufbar unter <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/sivits50504chrg.html>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>71</sup> Zur Organisation der US-Militärgerichtsbarkeit und den Besonderheiten eines „Special Court-Martial“ siehe etwa die Erläuterung von *P. Carter, Jeremy Sivits: Fired and Demoted?*, vom 19. Mai 2004 unter <http://slate.msn.com/id/2100770>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>72</sup> Dessen Anklage findet sich unter <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/ifred32004chrg.html>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>73</sup> So die Meldung unter <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3763806.stm>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>74</sup> Meldung der FR vom 13. September 2004, S. 6.

<sup>75</sup> Siehe [http://www.cbsnews.com/elements/2004/05/04/iraq/whoswho615518\\_0\\_12\\_person.shtml](http://www.cbsnews.com/elements/2004/05/04/iraq/whoswho615518_0_12_person.shtml), (am 20. Dezember 2004).

<sup>76</sup> Dazu auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 151 f.

<sup>77</sup> Insofern überzeugt auch der Verweis von *A. Lorz* im Interview unter [http://www.wdr.de/themen/politik/international/anzeige\\_rumsfeld/interview\\_041130.jhtml](http://www.wdr.de/themen/politik/international/anzeige_rumsfeld/interview_041130.jhtml), (am 20. Dezember 2004) auf die Tatsache, dass die USA „jede Menge Verfahren wegen Abu Ghraib“ führten, nicht wirklich.

<sup>78</sup> Hierzu die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 152 ff.

<sup>79</sup> So *L. Meyer-Göfner*, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 8 zu § 153 f StPO unter Verweis auf BT-Drucks. 14/8892, S. 38.

<sup>80</sup> Pressemitteilung Nr. 6/2005 des Generalbundesanwalts vom 10. Februar 2005, S. 2 f.

<sup>81</sup> Dazu ausführlich das Gutachten von *S. Horton*, Chairman des Committee on International Law of the Association of the Bar of New York und Direktor der International Law Association, das dem Schreiben des CCR an den Generalbundesanwalt vom 29. Januar 2005 beigelegt war, unter [http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september\\_11th/docs/ScottHortonGermany013105.pdf](http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/ScottHortonGermany013105.pdf) (am 10. Februar 2005).

schen Justiz zurücktritt. Dies würde die Norm des § 1 VStGB ebenso wie die Systematik des § 153 f StPO ad absurdum führen.

Noch weniger überzeugend begründet der Generalbundesanwalt, warum auch keine Verfolgung der in Deutschland aktuell stationierten Beschuldigten erfolgen soll. Hier wird angeführt, dass es sich um Angehörige der Streitkräfte der USA handele, die als solche der Jurisdiktion ihres Heimatlandes jederzeit zur Verfügung stünden, weswegen es keinen Grund für eine Verfolgung durch deutsche Behörden gebe.<sup>82</sup> Für diese Form der teleologischen Reduktion des klaren Wortlautes des § 153 f Abs. 2 Satz 2 StPO, der als Voraussetzung für eine Einstellung eines Verfahrens gegen einen im Inland befindlichen Beschuldigten ganz klar nennt, dass nicht nur die Tat von einem internationalen Gericht oder etwa dem Heimatstaat des Beschuldigten verfolgt wird (was nach dem oben Gesagten zumindest zweifelhaft ist), sondern auch, dass die Auslieferung des Beschuldigten beabsichtigt ist. Dies liegt hier aber gerade nicht vor, vielmehr beruft sich der Generalbundesanwalt nur darauf, dass eine Auslieferung bei Truppenangehörigen der USA nicht notwendig sei. Eine solche Weiterung der Voraussetzungen des § 153 f Abs. 2 Satz 2 StPO lässt sich aber mit der Systematik dieser Norm kaum vereinbaren, die hier gerade ein Ermessen der Strafverfolgungsbehörden möglichst weit zurückdrängen will und daher eine Folge von klaren Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung gegen einen im Inland befindlichen Beschuldigten benennt. Wenn die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass die deutsche Justiz auch nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch einen Drittstaat weiter ermitteln soll, um das dortige Verfahren zu unterstützen und gegebenenfalls für eine spätere Übernahme des Falles gerüstet zu sein,<sup>83</sup> so spricht dies ganz klar dagegen, nun nicht einmal ein Ermittlungsverfahren aufzunehmen.

### 3.2. Völkerrechtliche Immunität als Strafverfolgungshindernis

Einer Strafverfolgung der hier angezeigten Personen könnte auch mit dem Verweis auf völkerrechtliche Immunität begegnet werden. Dies wäre in persönlicher Hinsicht zumindest für Regierungsmitglieder wie Verteidigungsminister *Rumsfeld* oder seinen Staatssekretär *Cambone* oder auch den jetzigen Justizminister *Sanchez* oder den ehemaligen Leiter der CIA *Tenet* denkbar. Allerdings ergreift diese Form der Immunität auch nach dem vielbeachteten Urteil des IGH im Fall Kongo gegen Frankreich außer diplomatischem Personal nur das Staatsoberhaupt, den Regierungschef eines Staates sowie den Außenminister,<sup>84</sup> nicht aber den Verteidigungsminister,<sup>85</sup> auf den auch die Argumentation des IGH, dass Auslandsreisen der Immunität genießenden Personen für die Repräsentanz des Staates in der Weltgemeinschaft unabdingbar seien,<sup>86</sup> jedenfalls nicht in gleicher Weise zutrifft.<sup>87</sup>

Auch auf eine Immunität wegen amtlichen Handelns für den eigenen Staat kann sich nach richtiger und auch durch verschiedenste Verfahren weltweit immer wieder bestärkter Ansicht zumindest im Bereich der hier relevanten völkerstrafrechtlichen Tatbestände niemand berufen.<sup>88</sup> Insofern

kann eine völkerrechtliche Immunität hier nicht zugunsten der Beschuldigten eingreifen.<sup>89</sup>

Bezüglich der in Deutschland sich befindenden Angehörigen der US-Streitkräfte könnte das NATO-Statut über Truppenstationierungen (Statute of Forces Agreement – SOFA) einer Strafverfolgung entgegengehalten werden. Allerdings ist schon zweifelhaft, ob das SOFA für die Ausübung einer Strafgerichtsbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Weltrechtsprinzips überhaupt einschlägig ist, denn dies ist in diesem Statut nirgends geregelt.<sup>90</sup> Selbst wenn aber die Zuständigkeitsregeln des Art. VII SOFA so verstanden werden, dass sie auch für eine Strafverfolgung nach dem Weltrechtsprinzip gelten sollen, ist die Begründung einer deutschen Strafgerichtsbarkeit nicht ausgeschlossen. Denn selbst Art. VII Nr. 3 a ii SOFA begründet hier nur eine vorrangige Gerichtsbarkeit der USA, schließt aber eine Ausübung deutscher Strafgewalt nicht aus.<sup>91</sup> Eine solche Vorrangigkeit entspricht letztlich auch § 153 f Abs. 2 Nr. 4 StPO. Da oben bereits festgestellt wurde, dass jedenfalls bislang keine Anzeichen ersichtlich sind, dass seitens der USA ihre Strafhoheit gegenüber höheren Offizieren oder politischen Verantwortungsträgern aus-

<sup>82</sup> Pressemitteilung Nr. 6/2005 des Generalbundesanwalts vom 10. Februar 2005, S. 3.

<sup>83</sup> BT-Drucks. 14/8892, S. 38.

<sup>84</sup> Siehe Ziffer 51 des Urteils des IGH im Falle der Republik Kongo gegen Belgien vom 14.02.2002. Das Urteil ist zugänglich über die Homepage des IGH <http://www.icj-cj.org>, (am 20. Dezember 2004). Zu diesem Urteil siehe ausführlich C. Kreß, Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz, in: GA 2003, S. 25 ff.; N. Schultz, Ist der *Lotus* verblüht?, in: ZaöRV 2002, S. 703 ff.; W. Weiß, Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität, in: JZ 2002, S. 696 ff.; S. Zeichen/J. Hebenstreit Kongo v. Belgien. Sind Außenminister vor Strafverfolgung wegen völkerstrafrechtlicher Verbrechen immun?, in: AVR 41 (2003), S. 182 ff. Aus der deutschen Rechtsprechung siehe OLG Köln NStZ 2000, S. 667 ff. Über zwei entsprechende Urteile in den USA bezüglich Zivilklagen gegen *Robert Mugabe*, Präsident von Simbabwe, und *Jiang Zemin*, seinerzeit Präsident der Volksrepublik China, berichtet S. Andrews, U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State, in: ASIL Insight November 2004, unter [http://www.asil.org/insights/2004/11/insight\\_041122.html](http://www.asil.org/insights/2004/11/insight_041122.html), (am 20. Dezember 2004).

<sup>85</sup> Vgl. auch H.-E. Folz/M. Soppe, Zur Frage der Völkerrechtmäßigkeit von Haftbefehlen gegen Regierungsmitglieder anderer Staaten, in: NStZ 1996, S. 576.

<sup>86</sup> So Ziffer 53 des Urteils des IGH vom 14.02.2002, a.a.O. (Fn. 84).

<sup>87</sup> Siehe die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 160 f.; J. A. Hessbrügge, a.a.O. (Fn. 1), 1 E.

<sup>88</sup> OLG Köln NStZ 2000, S. 667 (668); Bruer-Schäfer, Der Internationale Strafgerichtshof (2001), S. 118 f.; P. Burns (Hrsg.), An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics, in: R. S. Clark/M. Sann (Hrsg.), The Prosecution of international Crimes (1996), S. 125 (147); Folz/Soppe, a.a.O. (Fn. 85), S. 576 (578 f.); T. H. Irmscher Das Römische Statut für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof, in: KJ 1998, S. 472 (475); S. Wirth/J.C. Harder, Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen, in: ZRP 2000, S. 144 (147); vgl. auch BVerfG NJW 1998, S. 50 (52 f.). Allgemein zur Verortung der Verfolgung der „Kriminalität der Mächtigen“ auf der Ebene des Völkerrechts, Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte, in: G. Hankel/G. Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995), S. 325 (331).

<sup>89</sup> J. A. Hessbrügge, a.a.O. (Fn. 1), 1 D.

<sup>90</sup> So auch die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 164 ff.; J. A. Hessbrügge, a.a.O. (Fn. 1), 1 F.

<sup>91</sup> Siehe die Strafanzeige des CCR, a.a.O. (Fn. 1), S. 166 ff.; J. A. Hessbrügge, a.a.O. (Fn. 1), 1 F.

geübt werden könnten, wäre ein Ermittlungsverfahren vor allem im Geiste der Gesetzesbegründung zu § 153 f StPO<sup>92</sup> jedenfalls einzuleiten.

#### 4. Fazit

Das oben Gesagte führt zu dem Schluss, dass die Strafanzeige des CCR zumindest nicht aus der Luft gegriffen ist. Tatbestände des VStGB sind zweifellos erfüllt worden und jedenfalls die bisherigen Strafverfolgungsansätze seitens der USA sollten nicht geeignet sein, im Sinne des § 153 f Abs. 2 StPO zu einer regelmäßigen Verfahrenseinstellung durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden zu führen.

Klar ist aber auch, dass es sehr starke politische Gründe gibt, die gegen die Einleitung auch nur eines Ermittlungsverfahrens gegen hochrangige Militärs oder gar Regierungsmitglieder der USA sprechen. Das Beispiel Belgiens zeigt, wie stark der diplomatische Druck seitens der Vereinigten Staaten angesichts auch nur der Möglichkeit solcher Verfahren werden kann.<sup>93</sup> Angesichts der Weisungsgebundenheit deutscher Staatsanwälte hatte dieser politische Druck auch auf die Entscheidungsfindung der Generalbundesanwaltschaft sicher sehr starken Einfluss.<sup>94</sup>

Aus diesem Grund ist die Nichteröffnungsentscheidung sicher keine Überraschung.<sup>95</sup> Wie eine solche Entscheidung angesichts der Fülle der Hinweise auf die Verwicklung auch höherer bis höchster Verantwortungsebenen in die fraglichen

Taten und der Nichteinschlägigkeit der Regeleinstellungsmöglichkeit des § 153 f Abs. 2 StPO begründet wird, ist für die zuständigen Staatsanwälte aber, wie nun deutlich wurde, ein nicht zu unterschätzendes Problem.<sup>96</sup>

Das CCR hat in einer ersten Reaktion bereits die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die als falsch angesehene Entscheidung des Generalbundesanwaltes angekündigt.<sup>97</sup> Auf die Entscheidung in einem Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO darf man in jedem Fall gespannt sein, sie wird in jedem Falle die Grundlage für weitergehende Diskussionen liefern. ■

<sup>92</sup> BT-Drucks. 14/8892, S. 38.

<sup>93</sup> Siehe zur weitgehenden Zurücknahme des belgischen Gesetzes zur Verfolgung von Kriegsverbrechern etwa *D. Eckert*, Belgien gibt dem Druck nach, unter <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/15/15081/1.html>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>94</sup> Siehe zu den politischen Einflussnahmen etwa *Weiland* unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,341109,00.html> (vom 10. Februar 2005).

<sup>95</sup> So führte auch keine der 26 zuvor auf der Grundlage des VStGB eingereichten Strafanzeigen zur Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens, siehe etwa die Meldung unter <http://www.rp-online.de/public/article/nachrichten/politik/70597>, (am 20. Dezember 2004).

<sup>96</sup> In diesem Sinne auch *F. Rötzer*, Ein System der Folter in Guantanamo, unter <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/18/18918/1.html>, (am 20. Dezember 2004); dennoch ging *J. A. Hessbrügge*, a.a.O. (Fn. 1), 2 B, zu Recht davon aus, dass letztlich unter Verweis auf § 153 f StPO kein Ermittlungsverfahren eingeleitet würde; ähnlich *A. Lorz*, a.a.O. (Fn. 77).

<sup>97</sup> <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/report.asp?ObjID=b2SxCfTL10&Content=518> (vom 10. Februar 2005).

## Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit des Sondergerichts in Osttimor

Leonie von Braun\*

This Article deals with the trials and tribulations of the “Special Panels for Serious Crimes”, the *Hybrid Court* established by the United Nations in East Timor in 1999, which was established to investigate the crimes committed by local militias and the Indonesian Armed Forces before and after the Popular Consultation on the question of East Timor’s independence. The Special Panels are integrated into the local judicial system but funded and staffed by the UN, as East Timor’s judicial system was unable to begin investigating and prosecuting the widespread and systematic pattern of crimes. Since 2000 the Special Panels were able to put on trial almost 100 individuals, but failed to obtain custody of those suspected of bearing the greatest responsibility such as the leadership of the Indonesian Armed Forces. This unbalanced result has marked the entire process as a failure in the eyes of East Timor’s population and international observers. The reasons for this outcome lie not in the inactivity of the investigators and prosecutors of the Special Panels, but in Indonesia’s unwillingness to cooperate with the local UN and East Timorese authorities. Although the success of any international endeavour seeking the prosecution of international crimes may be dependent on the historical and political conditions of the individual case, the case of East Timor reveals lessons that can and should be learned if internationalized courts are to succeed in rendering justice for the victims of international crimes in the future.

### 1. Einführung

Das kleine südostasiatische Land Osttimor war 25 Jahre lang Schauplatz schwerster Menschenrechtsverletzungen. Unter indonesischer Okkupation starben mehrere hunderttausend Menschen durch Mord, Vertreibung und Folter. Als durch ein

\* Die Verfasserin hat mit einem Stipendium der Robert Bosch Stiftung sechs Monate an der Anklagebehörde des Sondergerichts gearbeitet und promoviert mit Unterstützung der Studienstiftung des deutschen Volkes im Völkerstrafrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin (Deutschland). Prof. Dr. Ch. Tomuschat bin ich für vielfältige Anregungen u. Kommentare zu einer früheren Fassung zu Dank verpflichtet.

von den Vereinten Nationen organisiertes Referendum im Jahr 1999 die staatliche Unabhängigkeit des Landes besiegelt wurde, gipfelte die Verbrechen des indonesischen Militärs in einem letzten Rachefeldzug, der fast 2000 Menschen das Leben kostete, 70 Prozent der Infrastruktur zerstörte und rund 200.000 Menschen aus ihren Dörfern vertrieb. Der Strafverfolgungsprozess, der sich dieser Verbrechen Geschichte angenommen hat, stellt eine neue Entwicklung im Rahmen der Bemühungen der internationalen Gemeinschaft dar, Völkerrechtsverbrechen zu bestrafen. Wie erfolgreich der Gesamtprozess in Osttimor gewesen ist und inwieweit er zur Gerechtigkeitsfindung für die Opfer beigetragen hat, ist Gegenstand dieses Artikels.

Das Recht, Individuen aufgrund von Menschenrechtsverbrechen strafrechtlich zu verfolgen, wird heute nur noch selten angezweifelt. Die Art und Weise, wie man die Täter zur Verantwortung ziehen kann, erfordert jedoch die Entwicklung effektiver Rechtsinstrumente, die der Praxis standhalten müssen. Das Völkerstrafrecht liefert neben dem materiellen Recht wichtige Anhaltspunkte durch die Kodifizierung und Entwicklung von Prozessgrundsätzen.<sup>1</sup> Die Institutionen, die materielles und prozessuales Völkerstrafrecht umsetzen, fallen jedoch verschieden aus, wie die derzeitige Verbreitung internationaler Gerichte zeigt. So hat sich ein buntes Mosaik von vielfältigen Modellen zur Aufarbeitung von Menschenrechtsverbrechen entwickelt. Dennoch lassen sich aus der Bilanz einiger dieser Strafrechtsmodelle heute Leitlinien für die Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen ableiten, indem Vor- und Nachteile bestimmter struktureller Entscheidungen bei der Errichtung von Strafverfolgungsmechanismen aufgezeigt werden. In diesem Artikel sollen die neuesten Mechanismen der internationalen Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen, d.h. die gemischten oder internationalisierten Tribunale, am Beispiel des Sondergerichts in Osttimor dargestellt und auf ihre Leistungsfähigkeit hin untersucht werden. Eine weitere Besonderheit im Fall Osttimor liegt in der institutionellen Verflechtung von Strafverfolgung und Wahrheits- und Versöhnungskommission. Anders als in bisherigen Fällen, wo es entweder Strafverfolgung oder Aufklärung durch eine Wahrheitskommission gegeben hat, waren Wahrheitskommission und Gerichtssystem in Osttimor auf eine Weise verzahnt, dass die Wahrheitskommission der Gerichtsbarkeit unterstützend zur Seite stand.

## 2. Internationalisierte Tribunale

Vor dem Hintergrund wachsender Kritik<sup>2</sup> an den *ad hoc*-Tribunalen zum ehemaligen Jugoslawien (ICTY) und zu Ruanda (ICTR) wurde 1999 in Osttimor ein neuer Weg eingeschlagen und ein lokales Gericht unter Mitwirkung der Vereinten Nationen (VN) eingerichtet. Ähnliche Einrichtungen wurden für Sierra Leone,<sup>3</sup> den Kosovo<sup>4</sup> und in Kambodscha<sup>5</sup> entwickelt.

Gemischte oder internationalisierte Tribunale<sup>6</sup> sind Tribunale, die Menschenrechtsverbrechen mit Unterstützung der VN auf lokaler Ebene ahnden. Sie stellen die Verbindung von internationalen Normen des Völkerstrafrechts, internationalem Personal und internationalen Geldern mit der nationalen Gerichtsstruktur und lokalem Gerichtspersonal her. Dieser Ansatz gilt

als kostengünstiger<sup>7</sup> und durch die geographische Nähe zu Opfern und Tätern als effektiver im Vergleich zu rein internationalen Tribunalen. Man spricht in diesem Fall auch davon, „ownership“ der Prozesse zu schaffen, d.h. die Bevölkerung soll sich mit den Prozessen identifizieren können. Im Gegensatz zu rein international besetzten Strafgerichten sollen sie in Postkonfliktgesellschaften einen wichtigen Beitrag zum Aufbau des Gerichtswesens durch die Ausbildung von Justizpersonal leisten. Ihre Verknüpfung mit nationalen Strafprozessen und/oder Wahrheits- und Versöhnungskommissionen soll zu ganzheitlicher Aufarbeitung der begangenen Verbrechen führen.

Die Einordnung dieser Tribunale als nationale oder internationale Gerichtsbarkeit wurde im Rahmen der Anklage und des Haftbefehls des früheren Staatsoberhauptes von Liberia, *Charles Taylor*, durch die Anklagebehörde des Sondergerichtshofes für Sierra Leone (SCSL) juristisch relevant.<sup>8</sup> Nach dem Urteil des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im Haftbefehl-Fall stellt die Immunität eines amtierenden Außenministers, und somit auch die eines Staatsoberhauptes, grundsätzlich ein Prozesshindernis dar, es sei denn, die Anklage wird vor einem internationalen Strafgericht eingereicht.<sup>9</sup> Der IGH definierte ein „bestimmtes internationales Strafgericht“ als „ein unabhängiges, außerhalb einer nationalen Rechts-

<sup>1</sup> A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, S. 15: „The set of rules regulating international proceedings, that is procedural criminal law, governs the action by prosecuting authorities and the various stages of international trials“.

<sup>2</sup> Siehe dazu: R. Zacklin, *The Failings of ad hoc International Tribunals*, in: *Journal of International Criminal Justice* 2.2 (2004), S. 541–545; I. Simonovic, *Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends*, in: *Journal of International Criminal Justice* 2.3. (2004), S. 701–710; N. J. Krütz, *Coming to Terms with Atrocities-A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights*, in: *Law and Contemporary Problems* 59.4 (1996), S. 147 ff.

<sup>3</sup> *Human Rights Watch Report*, *Bringing Justice: The Special Court for Sierra Leone, Accomplishments, Shortcomings and Needed Support*, September 2004, Vol. 16, 8 (A) abrufbar unter <http://www.hrw.org>; S. M. Meisenberg, *Die Anklage und der Haftbefehl gegen Charles Ghankay Taylor durch den Sondergerichtshof für Sierra Leone*, in: *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften* 1 (2004), S. 30 ff.

<sup>4</sup> S. de Bertodano, *Current Developments in Internationalized Courts*, in: *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), S. 226–244; *Kosovo War Crimes Trials: A Review*, OSCE Mission in Kosovo, September 2002, abrufbar unter <http://www.osce.org/news>; *Finding the Balance: The Scales of Justice in Kosovo*, International Crisis Group Balkans Report, No. 134, 12. September 2002, abrufbar unter <http://www.icg.org>.

<sup>5</sup> Siehe dazu UN Doc. A/57/228 B (28. Mai 2003); E. E. Meijer, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization, and Procedure of an Internationalized National Tribunal*, in: C. Romano, A. Noellkaemper, J. Kleffner (Hrsg.), *Internationalized Criminal Courts*, Oxford 2004, S. 207 ff.

<sup>6</sup> Im angloamerikanischen Sprachraum werden vor allem die Begriffe „Internationalized Court“ oder „Hybrid Tribunal“ verwendet.

<sup>7</sup> Das Jahresbudget des Jugoslawientribunals liegt 2004–2005 bei über 271.000.000 US \$, jedoch wurde der Betrag von den Geberländern nicht vollständig geleistet. Siehe dazu: *Sufficient Resources Required for Yugoslav, Rwanda Tribunals to Complete Work on Schedule*, General Assembly Told, (Pressemitteilung) UN GA/10297, v. 15. November 2004; *Human Rights Watch*, UN: Support Tribunals in Final Stretch (Pressemitteilung), v. 29. Juni 2004, abrufbar unter <http://www.hrw.org>.

<sup>8</sup> *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-2003-01-I, v. 23. Oktober 2003, abrufbar unter <http://www.sc-sl.org>.

<sup>9</sup> IGH, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11. April 2000, Democratic Republic of Congo v. Belgium* (Haftbefehl-Fall) v. 14. Februar 2001, Entscheidung abrufbar unter <http://www.icj-cij.org>.



ordnung stehendes Strafgericht, welches einen unabhängigen Ankläger, keine Dominanz nationaler Richter in den Straf-kammern und menschenrechtliche Mindeststandards gewährleistet“. Das Sondergericht entschied auf der Basis der *Amicus Curiae*, dass es als internationales Gericht einzuordnen sei und daher die Immunität *Charles Taylors* kein Prozesshindernis darstelle.<sup>10</sup> Zur Begründung führte das Sondergericht aus, dass der Sicherheitsrat der VN durch den Abschluss des Gründungsvertrages mit Sierra Leone im Namen aller Mitgliedsstaaten der VN gehandelt habe.<sup>11</sup>

Das Sondergericht für Sierra Leone ist das erste gemischte Tribunal, das den Status einer internationalen Organisation erhalten hat. Die übrigen gemischten Tribunale im Kosovo, Bosnien und Kambodscha sind in das nationale Justizsystem integriert und somit vorrangig nationale Einrichtungen. Diese Konstellation trifft auch auf das Sondergericht in Osttimor zu, so dass es trotz seiner internationalen Besetzung nach der IGH-Definition als nationale Einrichtung zu qualifizieren ist.

Obwohl man gemischte Strafgerichte unter Umständen rechtlich als internationale Gerichte qualifizieren kann, macht die gemischte Struktur sie für die Nachteile rein nationaler Strafverfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen anfällig. Die internationale Staatengemeinschaft und auch Menschenrechtsorganisationen gehen überwiegend davon aus, dass rein nationale Prozesse, wenn sie allgemein anerkannten Menschenrechtsstandards entsprechen, die beste Lösung darstellen, um Systemunrecht aufzuarbeiten. Dennoch bürgen gerade nationale Verfahren die Gefahr in sich, dass so genannte „Scheinverfahren“ entstehen oder eine Lähmung der Prozesse durch politische Einmischung verursacht wird. Dies ist in der Vergangenheit vor allem dann eingetreten, wenn die Täter noch politische oder militärische Machtpositionen in dem jeweiligen Land bekleideten. Ein aktuelles Beispiel für dieses Phänomen ist das *ad hoc*-Menschenrechtstribunal in Indonesien, das parallel zum Sondergericht in Osttimor eingerichtet wurde.<sup>12</sup> Auch das Gericht in Osttimor ist von diesem Phänomen nicht befreit.

So besteht eine wesentliche Aufgabe gemischter Tribunale darin, dieser Tendenz durch die Integration von internationalen Fachkräften entgegenzuwirken. Abzugrenzen sind internationalisierte Tribunale von solchen Institutionen, die als gemischtes Tribunal präsentiert werden, jedoch rein national besetzt werden wie im Fall des „Special Tribunal for Iraq“ (IST).<sup>13</sup>

### 3. Die Special Panels for Serious Crimes in Osttimor

In Osttimor wäre die Strafverfolgung und Aufarbeitung der Verbrechen innerhalb des nationalen Justizsystems ohne internationale Unterstützung kaum möglich gewesen. Durch die Etablierung des Sondergerichts in Osttimor wurde 1999 durch die Verwaltung der VN der Grundstein für eine umfassende Strafverfolgung gelegt. Diese Institution hat seitdem im Rahmen ihrer Möglichkeiten effektiv Strafverfolgung ermöglicht, ist jedoch zugleich ein Beispiel für tief greifende strukturelle Fehlentscheidungen der internationalen Gemeinschaft.

### 3.1. Historische Entwicklung

In Osttimor hinterließ das indonesische Militär *Tentara Nasional Indonesia* (TNI) bei seinem Rückzug 1999 keine zivile Infrastruktur, die es dem osttimoresischen Justizsystem ermöglicht hätte, aus eigener Kraft Prozesse gegen mutmaßliche Täter schwerer Menschenrechtsverletzungen durchzuführen.<sup>14</sup> Durch Indonesiens „Politik der verbrannten Erde“ waren neben Krankenhäusern und Schulen auch Gerichtsgebäude, Ministerien und Polizeistationen fast vollständig zerstört worden.<sup>15</sup>

Das Justizsystem Osttimors war unter indonesischer Besetzung fast ausschließlich mit indonesischen Richtern und Anwälten oder solchen, die mit Indonesien sympathisierten, besetzt worden, so dass es nach Durchführung des Referendums kaum qualifizierte osttimoresische Juristen gab. Da Osttimor sich nach dem Rückzug Indonesiens nicht selbst verwalten konnte, gründete der VN-Sicherheitsrat am 25. Oktober 1999 die Übergangsverwaltung UNTAET („United Nations Transitional Administration for East Timor“), die den Wiederaufbau des Landes bis zur Gründung eines unabhängigen Staates im Mai 2002 leitete und durch Verordnungen („Regulations“) das entstandene Rechtsvakuum füllte.<sup>16</sup> Um den Wiederaufbau des Landes voranzutreiben, wurde UNTAET die legislative, exekutive und judikative Hoheits-

<sup>10</sup> SCSL, Decision on Immunity from Jurisdiction, v. 31. Mai 2004, *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-2003-01-I, v. 23. Oktober 2003, Entscheidung abrufbar unter <http://www.sc-sl.org>; *P. Sands* und *A. Macdonalds*, Submissions of the Amicus Curiae on the Head of State Immunity, *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-2003-01-I, v. 23. Oktober 2003, abrufbar unter <http://www.sc-sl.org>.

<sup>11</sup> SCSL, S. 18–19.

<sup>12</sup> Eine ausführliche Darstellung folgt unter 4.1.

<sup>13</sup> Artikel 28 IST-Statut; Artikel 4 (d) erlaubt dem „Governing Council“ auch nicht-irakische Richter zu ernennen. Artikel 6 (b) und 7 (b) legen fest, dass „expert assistance“ durch internationale Berater bereitgestellt wird. Hierbei wird es sich aller Voraussicht nach nur um aus den Vereinigten Staaten stammende Berater handeln. Siehe dazu auch: *Michael Scharf*, Is it International Enough? A Critique of the Iraqi Special Tribunal In Light of the Goals of International Justice, in: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), S. 330–337.

<sup>14</sup> Siehe zur Geschichte des Konflikts: *M. Schlicher* und *A. Flor*, Historische Miszelle/Osttimor-Konfliktlösung durch die Vereinten Nationen, in: *Friedenswarte* 78.2-3 (2003), S. 251 ff.

<sup>15</sup> *Hansjörg Strohmeyer*, der damalige Rechtsberater von UNTAET, beschreibt diese Situation eindringlich: „UNTAET staff members will never be able to forget the panorama of devastation that awaited them upon arrival in East Timor: most public and many private buildings ruined and smoldering in the midst of what had once been towns and villages, now all but abandoned by their former inhabitants, cut off from transport and communication, and lacking a governmental superstructure. [...] The pre-existing judicial infrastructure in East Timor was virtually destroyed. [...] Fewer than ten lawyers remained [...]“ in: *H. Strohmeyer*, Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor, in: *American Journal of International Law* 95 (2001), S. 50; *ders.*, Building a New Judiciary in East Timor, in: *Criminal Law Forum* 11 (2000), S. 262. Siehe auch: Brief in Support of the Application for the Issuance of an Arrest Warrant for Wiranto, *Deputy General Prosecutor v. Wiranto and Others*, v. 19. März 2004 (Arrest Warrant Brief), Special Panels for Serious Crimes, District Court of Dili, Case No. 5/2003, abrufbar unter <http://www.scu-dili.org>.

<sup>16</sup> UN Doc. S/1999/1272 v. 25. Oktober 1999; *H. Strohmeyer*, Making Multi-lateral Interventions Work: Kosovo and East Timor, in: *Fletcher Forum of World Affairs* 25 (2001) S. 107; *C. de Coning*, The UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET): Lessons Learned from the First 100 Days, in: *International Peacekeeping* 6.2-3 (2000), S. 83 ff.

gewalt über das gesamte Territorium übertragen. Der Vorsitzende der Übergangsverwaltung („Transitional Administrator“) und zugleich „Special Representative“ des VN-Generalsekretärs *Sergio Viera de Mello* hatte alleinige Rechtsetzungsbefugnis.<sup>17</sup>

Der Sicherheitsrat der VN unterstützte die Aufnahme der Strafverfolgung und Verbrechensaufklärung in das Mandat der VN-Mission von Anfang an,<sup>18</sup> da die in Osttimor begangenen Menschenrechtsverletzungen in direkter Missachtung der Entscheidungen des VN-Sicherheitsrates erfolgt waren.<sup>19</sup> In Anbetracht der Zerstörung Osttimors sowie der Verantwortung Indonesiens für die begangenen Menschenrechtsverletzungen empfahl eine vom VN-Hochkommissar für Menschenrechte entsandte Expertenkommission, zur Etablierung eines internationalen Tribunals, nach dem Vorbild der *ad hoc*-Tribunale.<sup>20</sup>

Drei Sonderbeauftragte („Special Rapporteurs“) des VN-Generalsekretärs untersuchten ebenfalls die begangenen Verbrechen und empfahlen die Errichtung eines internationalen Tribunals, falls Indonesien es versäumen sollte, effektive Prozesse gegen die verantwortlichen Militärs durchzuführen. Da Indonesien versprach, die Verantwortlichen strafrechtlich zu verfolgen, kam es nicht zur Errichtung eines internationalen Tribunals. Zunächst wurden die Ressourcen von UNTAET so aufgestockt, dass die Mission strafrechtliche Ermittlungen aufnehmen konnte,<sup>21</sup> denn die Schutztruppe INTERFET („*Intervention Force for East Timor*“) hatte sofort nach Ankunft in Osttimor im September 1999 begonnen, Beweismaterial zu sammeln, zu sichern und potentielle Täter zu verhaften.<sup>22</sup> Die für Menschenrechtsfragen zuständige Human Rights Unit von UNTAET wurde mit der Aufgabe betraut, die Ermittlungen zu koordinieren, bis schließlich eine eigenständige Abteilung für die Ermittlung von Straftaten gegründet wurde.<sup>23</sup> Diese *Serious Crimes Investigation Unit* (SCIU) war der Vorläufer des später entstandenen Tribunals und wurde in die Anklagebehörde *Serious Crimes Unit* (SCU) integriert. Geplagt von mangelnden finanziellen Mitteln, fehlender personeller Unterstützung und Managementproblemen, wurde SCIU schließlich mit weiteren Ermittlern ausgestattet und unter die direkte Aufsicht des Transitional Administrators gestellt. Die zweite Initiative seitens UNTAET zur Aufklärung der Verbrechen in Osttimor war die Etablierung des Sondergerichts *Special Panels for Serious Crimes* (SPSC) im Jahr 2000, das nach den Plänen für die Sonderkammern in Kambodscha entwickelt wurde.

Parallel zu den Bemühungen von UNTAET untersuchte die indonesische Menschenrechtskommission Komnas HAM die Geschehnisse in Osttimor und veröffentlichte einen Bericht im Januar 2000, der im Ergebnis den indonesischen Militärs und Polizeikräften weitläufige Verantwortung für die Verbrechen in Osttimor zuschrieb und einzelne Personen zur Strafverfolgung vorschlug. Darunter befanden sich auch der damalige Oberkommandierende des indonesischen Militärs und Verteidigungsminister General *Wiranto*. Die Kommission empfahl ein spezielles Menschenrechtstribunal in Jakarta zu errichten, um die sich auf indonesischem Staatsgebiet aufhaltenden Straftäter zu verfolgen.<sup>24</sup> Um der Etablierung eines in-

ternationalen Tribunals zu entgehen, wurde ein *ad hoc*-Menschenrechtstribunal in Jakarta errichtet, vor dem zwischen 2000 und 2003 insgesamt 16 Militärs und Staatsbedienstete Indonesiens, der frühere Gouverneur Osttimors sowie ein Hauptmilizenführer angeklagt wurden.<sup>25</sup>

### 3.2. Anwendbares Recht

Die SPSC wurden durch die Übergangsverwaltung durch Erlass mehrerer Verordnungen als Sonderkammern innerhalb des neuen Gerichtswesens Osttimors errichtet.<sup>26</sup> Eingegliedert in das Bezirksgericht der Hauptstadt Dili haben die Kammern die ausschließliche Zuständigkeit für die Ahndung der Verbrechen, die zwischen 1. Januar und 25. Oktober 1999 auf osttimoresischem Territorium begangen wurden.<sup>27</sup>

Die von UNTAET auf der Grundlage der Resolution 1272 erlassene Regulation 1999/1<sup>28</sup> bestimmte, dass in Osttimor das Recht anwendbar bleiben würde, welches vor dem 15. Oktober 1999 anwendbar war, d.h. auch das Strafgesetzbuch Indonesiens, sofern es nicht im Widerspruch zu international

<sup>17</sup> Für eine kritische Betrachtung siehe: *J. Chopra*, Building State Failure in East Timor, in: *Development and Change* 33.5 (2002), S. 979 ff.

<sup>18</sup> UN Doc. S/1264 v. 15. September 1999 (INTERFET Resolution); UN Doc. S/1272 v. 25. Oktober 1999, Ziff. 16 (“[...] demands that those responsible for such violence be brought to justice.”).

<sup>19</sup> United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights: Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General (International Commission of Inquiry), UN Doc. A/54/726-S/2000/59 v. 31. Januar 2000, Ziff. 147 (“*The United Nations, as an organisation, has a vested interest in participating in the entire process of investigation, establishing responsibility and punishing those responsible and in promoting reconciliation. Effectively dealing with this issue will be important for ensuring that future Security Council decisions are respected.*”).

<sup>20</sup> *Id.*, Ziff. 153–156 (“*The United Nations should establish an international human rights tribunal consisting of staff appointed by the United Nations, preferably with the participation of members from East Timor and Indonesia. The tribunal would sit in Indonesia, East Timor and any other relevant territory to receive complaints and try and sentence those accused of [...] serious violations of fundamental human rights and international humanitarian law which took place in East Timor since 1999.*”).

<sup>21</sup> UN Doc. S/1338 v. 31. Januar 2001, Ziff. 8.

<sup>22</sup> *O. H. Olsen*, Investigation of Serious Crimes in East Timor, in: *K. Ambos und M. Othman* (Hrsg.), *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg 2003, S. 115.

<sup>23</sup> A Review of Peacekeeping Operations/East Timor Report, Conflict Security and Development Group, Kings College, London, v. 28. Februar 2003, Ziff. 264.

<sup>24</sup> KPP-HAM: Report on the Investigation of Human Rights Violations in East Timor v. 31. Januar 2000, abrufbar unter <http://www.indonesiaottawa.org/news/Issue/HumanRights/ham-kpp-timtim-01312000.htm>.

<sup>25</sup> Eine Liste der Angeklagten findet sich bei: *D. Cohen*, *Intended to Fail: The Trials before the Ad Hoc Human Rights Court in Jakarta*, International Center for Transitional Justice, New York, August 2003, abrufbar unter <http://www.ictj.org>.

<sup>26</sup> UNTAET Regulation 2000/15 v. 6. Juni 2000 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offenses (im Folgenden: UNTAET Regulation 2000/15). Alle Gesetze und Verordnungen abrufbar unter <http://www.jsmp.minihub.org>.

<sup>27</sup> Section 2.3. and 2.4. UNTAET Regulation 2000/15: Dies ist der Zeitraum zwischen Verkündung des Referendums bis zum endgültigen Abzug der indonesischen Truppen.

<sup>28</sup> UNTAET Regulation 1999/1 of the 27. November 1999 on the Authority of the Transitional Administration of East Timor (UNTAET Regulation 1999/1).

anerkannten Menschenrechtsstandards, der Erfüllung des UNTAET-Mandats und späteren UNTAET-Verordnungen (*lex posterior* Klausel) stand.<sup>29</sup> Der Sinn dieser Regelung bestand darin, ein Rechtsvakuum zu vermeiden und der Bevölkerung die erforderliche Rechtssicherheit zu geben. Einige Gesetze und Normen, die im Widerspruch zu internationalen Menschenrechten standen wie z.B. gesetzliche Regelungen, die Subversion, nationale Sicherheit und Verteidigung, Mobilisierung und Demobilisierung und nationalen Schutz bestrafen oder die Todesstrafe,<sup>30</sup> wurden durch diese Verordnung abgeschafft. Das für die Special Panels anwendbare und von UNTAET erklärte Recht wurde am 10. Dezember 2003 durch ein vom neuen Parlament Osttimors verabschiedetes Gesetz als nationales Recht übernommen.<sup>31</sup> Anwendbares Recht sind somit zwei Rechtsquellen: UNTAET Regulation 2000/15 über die Gründung der Kammern, die auch materielles Recht beinhaltet, und das indonesische Strafgesetzbuch als subsidiäres Recht.

Dabei erstreckt sich die ausschließliche, strafrechtliche Zuständigkeit (*ratione materiae*) der SPSC auf „serious crimes“, d. h. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Mord, sexuelle Straftaten und Folter.<sup>32</sup> Die Tatbestände des Völkerstrafrechts wurden wortgetreu dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) entnommen, so dass die Special Panels die erste Instanz waren, die das Römische Statut anwendeten.<sup>33</sup> Der Straftatbestand Folter, der in Absatz 7 UNTAET Regulation 2000/15 definiert wird, bietet zwei Definitionen an, wovon keine der 1984 erlassenen Folterverbotskonvention entspricht.<sup>34</sup> Für die Tatbestände des einfachen Mordes und Sexualstraftaten wird auf das Strafgesetzbuch Indonesiens verwiesen.

Neben den Tatbeständen des besonderen Völkerstrafrechts werden die Strafrechtsgrundsätze „*nullum crimen sine lege*“, „*nulla poena sine crimen*“ und „*ne bis in idem*“ festgeschrieben. Des Weiteren sind die Grundsätze der Täterschaft und Teilnahme des allgemeinen Völkerstrafrechts sowie Merkmale und Ausschlussgründe des subjektiven Tatbestandes dem Römischen Statut entnommen.<sup>35</sup> Allerdings werden die Vorschriften des Römischen Statuts im Rahmen von UNTAET Regulation 2000/15 als rückwirkendes Strafrecht angewendet. Das Problem rückwirkender Strafgesetze tritt auch bei den Strafausschlussgründen unter UNTAET Regulation 2000/15 auf, denn das Handeln auf Befehl galt nach Artikel 51 des indonesischen Strafgesetzbuches als Strafausschlussgrund.

Für Völkerrechtsverbrechen haben die Special Panels die universelle Strafkompetenz. Für andere Straftaten, einschließlich der 1999 begangenen schweren Straftaten, Mord und Sexualstraftaten, richtete sich die Kompetenz nach dem weiterhin anwendbaren indonesischen Strafrecht. Dieses war zu osttimoresischem Übergangsrecht geworden und konnte somit UNTAETs Justiz auch extra-territoriale Zuständigkeit zuweisen, sofern dadurch nicht die Souveränität anderer Staaten beeinträchtigt wurde. Mangels Staatsqualität des Territoriums konnte bei der Anwendung des aktiven und passiven Personalitätsprinzips nicht an die Staatsbürgerschaft von

Opfer oder Täter angeknüpft werden; vielmehr musste nach einer der Staatsbürgerschaft ähnlichen Verbindung der Betroffenen mit dem Territorium zum Zeitpunkt der Tat gesucht werden, aus der sie sich auf den Schutz von UNTAET berufen konnten. Dies konnte der gewöhnliche Aufenthalt im Territorium, aber auch ein Verwandtschaftsverhältnis mit Einwohnern des Territoriums sein.

Das Prozessrecht wurde in UNTAET Regulation 2000/30 geregelt, die überwiegend die Bestimmungen der beiden *ad hoc*-Strafgerichtshöfe enthält. Regulation 2000/30 etablierte ein „civil law system but includes elements of a common law procedure, and procedural rules taken from international tribunals“.<sup>36</sup> Den Richtern wird eine zentrale Stellung innerhalb des Verfahrens eingeräumt und den Opfern kommt eine besondere Rolle zu. Sie haben ein Anhörungsrecht auf allen Ebenen des Strafverfahrens und können von der Anklagebehörde bestimmte Ermittlungen verlangen, die das Opfer zudem über den Fortgang der Ermittlungen und des Verfahrens so weit wie möglich informieren muss. Opfer von Sexualstraftaten genießen besonderen Schutz: ihre Aussage muss nicht durch weiteres Beweismaterial unterstützt werden. Zustimmung kann bei Zusammentreffen mit Freiheitsberaubung, Gewaltandrohung, Zwang und physischem Druck nicht als Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden; und das vorhergehende Sexualverhalten des Opfers ist kein zulässiger Beweis im Verfahren.

<sup>29</sup> Section 3 UNTAET Regulation 1999/1.

<sup>30</sup> M. Kalbusch, Friedenssicherung durch Recht: Die Verfolgung schwerer Straftaten in Osttimor, in: Indonesien Information 1 (2003) (Osttimor), abrufbar unter <http://www.snafu.de>.

<sup>31</sup> Section 2.3 (c) of Law No. 10/2004 (10. December 2003) of the Democratic Republic of Timor-Leste.

<sup>32</sup> Section 1.3. UNTAET Regulation 2000/15.

<sup>33</sup> Section 4 (Genocide), Section 5 (Crimes Against Humanity), Section 6 (War Crimes) UNTAET Regulation 2000/15.

<sup>34</sup> Section 3.1 UNTAET Regulation 1999/1; Section 7.1 UNTAET Regulation 2000/15.

<sup>35</sup> Section 14 (Individual Criminal Responsibility), Section 16 (Command Responsibility), Section 15 (Irrelevance of Official Capacity) UNTAET Regulation 2000/15; Section 18 (Mental Element), Section 19 (Grounds for Excluding Criminal Responsibility), Section 20 (Mistake of Fact or Law) und Section 21 (Superior Orders or Prescription of Law) UNTAET Regulation 2000/15.

<sup>36</sup> S. De Bertodano, a.a.O. (Fn. 4), S. 231. Richter Phillip Rapoza beschreibt das Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtstraditionen am SPSC: „The basic outline (of the Special Panels) is that of a civil law system. However, there are aspects to procedure that reflect a strong common law influence. These are for instance that there is a tendency towards more involvement on part of attorneys in the questioning of witnesses.“

Q: Does that mean it is up to the individual judge how to conduct the proceedings?

A: The judges have the option of questioning but are not required to do so. Section 16 states: [...] unless otherwise determined (etc.) Additionally, the bringing of the charges is exclusively in hands of the prosecutor, not the judge. Judges also have no legal authority to reject an indictment. A regulation to this effect like in the Statutes of the ICTR and ICTY does not exist for the Special Panels. A judge can only evaluate the evidence brought forth for the charge when an arrest warrant is requested. Also, the defense lawyer can file a motion against an indictment and the judge can respond to the motion taking into account the arguments of the defense. The same rules apply for ordinary crimes; there is no distinction in the rules between Special Panels and ordinary crimes panels.“ (Gespräch mit Richter Phillip Rapoza, Dili, 27. April 2004).

### 3.3. Die Struktur der Special Panels for Serious Crimes

Die SPSC bestehen aus zwei Kammern, die jeweils mit drei Richtern besetzt sind, wovon zwei Richter internationale, von den VN ernannte, Fachkräfte sind und ein Richter osttimoresischer Herkunft ist.<sup>37</sup> In diesem zweistufigen Gerichts-aufbau behandeln zwei Kammern („Trial Chambers“) Vorverfahren, Ermittlungen sowie Prozesse am Kreisgericht in Dili („District Court“). Unter bestimmten Voraussetzungen ist nach Abschluss eines Prozesses die Berufung am Appeals Court in Dili zugelassen.<sup>38</sup> Vor den SPSC wird in vier Sprachen verhandelt: English, Bahasa Indonesia, Tetum, der einheimischen Sprache Osttimors, und Portugiesisch. Da es bisher noch keine Simultanübersetzung der Verhandlungen gibt, dauern die Verhandlungen oft ungewöhnlich lange.<sup>39</sup>

Die Anklagebehörde des SPSC, die SCU, untersteht seit der Unabhängigkeit des Landes am 20. Mai 2002 dem obersten Staatsanwalt Osttimors („Prosecutor-General“) als Sonderbehörde und ist somit vollständig in die nationale Staatsanwaltschaft integriert.<sup>40</sup> Geleitet wird die Anklagebehörde durch einen internationalen Chefankläger, den „Deputy General Prosecutor“, der die ausschließliche Befugnis hat, Ermittlung zu koordinieren und zu überwachen.<sup>41</sup> Artikel 14 der Regulation 2000/16 macht deutlich, dass der „Deputy General Prosecutor“ jedoch direkt dem Prosecutor-General unterstellt ist und sich an dessen Weisungen zu halten hat.<sup>42</sup> Anders als beim Sondergericht für Sierra Leone wird die Anklagebehörde somit vom obersten Staatsanwalt Osttimors geleitet. Der frühere „Deputy General Prosecutor“, *Nicholas Koumjian*, beschreibt die SCU treffend als ein „system of international support for the national prosecution system“.<sup>43</sup>

In der SCU arbeiten 49 internationale Fachkräfte. Insgesamt beträgt die Zahl der Mitarbeiter 110.<sup>44</sup> Zu den Mitarbeitern gehören neben den internationalen Staatsanwälten, juristische Assistenten und Verwaltungspersonal, die Polizisten der VN (UNPol) sowie die als unabhängige Expertenabteilung fungierenden forensischen Anthropologen („Forensic Unit“). Die SCU ist in vier Teams unterteilt, wovon jedes die Verbrechen in einer bestimmten Region des Landes untersucht. Ein Team, das so genannte „National Team“, ist neben einer Region auch für die Ermittlung des Gesamtgeschehens in Osttimor zuständig. Durch die Arbeit des National Teams ist es im Februar 2003 zum Beispiel zur Anklage gegen die acht hauptverantwortlichen indonesischen Militärführer gekommen.<sup>45</sup>

Die Strafverteidigung wurde anfangs von osttimoresischen Pflichtverteidigern ausgeführt. Heute wird sie von internationalen Strafverteidigern der *Defense Unit* übernommen und ist aus organisatorischen Gründen als unabhängige Abteilung Teil der SCU. Im Gegensatz zur SCU wurde die „Defense Unit“ erst sehr spät durch die VN finanziell unterstützt.<sup>46</sup> Vorher war sie ausschließlich von osttimoresischen Geldern und Personal abhängig. Spannungen zwischen der Anklagebehörde und der Verteidigung wegen der Ermittlungstätigkeit der Verteidigung in Westtimor belasten das Verhältnis der beiden Abteilungen bis heute.

Alle Abteilungen dieses gemischten Tribunals bilden neben ihrer Haupttätigkeit lokale Fachkräfte in ihren jeweiligen Berufsfeldern aus, um das osttimoresische Justizsystem in die Lage zu versetzen, Prozesse weiterzuführen, wenn das Mandat des Tribunals ausläuft. Dieses so genannte „capacity building“ stellt eine Besonderheit gemischter Tribunale dar, die ihnen eine entwicklungspolitische Komponente verleiht.

### 3.4. Probleme der Ermittlungsstrategie der Anklagebehörde

Die Staatsanwälte der SCU haben seit 2000 insgesamt 86 Anklageschriften bei Gericht eingereicht. Diese Anklagen betreffen ausschließlich Verbrechen, die zwischen Januar und Oktober 1999 begangen wurden, obwohl die zeitliche Zuständigkeit der SCU gesetzlich nicht auf diesen Zeitraum beschränkt ist. Die *ausschließliche* Zuständigkeit für Völkerrechtsverbrechen in diesem Zeitraum schließt die Strafverfolgung der vorher begangenen Verbrechen nicht aus. Dennoch trafen Staatsanwälte zu Beginn der Ermittlungsarbeit eine interne Grundsatzentscheidung, sich nur auf die in diesem Zeitraum begangenen Verbrechen zu konzentrieren. Priorität wurde zehn Fällen eingeräumt, die während der Zeit des Referendums passierten und auch innerhalb der Bevölkerung als besonders schwerwiegend empfunden wurden.<sup>47</sup> Ein weiterer wichtiger Faktor, der unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Menschenrechte und der Garantie eines fairen Verfahrens bei den Ermittlungen berücksichtigt werden musste, war die Existenz von 74 Untersuchungshäftlingen, die von INTERFET festgenommen worden waren und zum Zeitpunkt des Beginns der Ermittlungen bereits bis zu acht Monate in Untersuchungshaft saßen. 40 Verdächtige konnten, nachdem die meisten Beweise gesichert waren, unter Auflagen freigelassen werden.<sup>48</sup> Obwohl die Entscheidung, sich

<sup>37</sup> Zwei der internationalen Richter kommen aus Deutschland.

<sup>38</sup> Section 22.1 (Trial Chamber) und Section 22.2. (Appeals Chamber) UNTAET Regulation 2000/15.

<sup>39</sup> Gespräch mit Richter *Phillip Rapoza*, Dili, 27. April 2004.

<sup>40</sup> Regulation 2000/16 on the Organization of the Public Prosecution Service in East Timor (UNTAET Regulation 2000/16) v. 6. Juni 2000.

<sup>41</sup> Section 14.4 UNTAET Regulation 2000/16.

<sup>42</sup> Section 14.2. und 14.3 UNTAET Regulation 2000/16.

<sup>43</sup> Gespräch mit Deputy General Prosecutor *Nicholas Koumjian*, Dili, 28. April 2004.

<sup>44</sup> Stand vom Mai 2004. Gespräch mit Deputy General Prosecutor *Nicholas Koumjian*, Dili, 28. April 2004.

<sup>45</sup> *Deputy General Prosecutor v. Wiranto and Others*, (Wiranto-Fall), Special Panels for Serious Crimes at the Dili District Court, Case No. 5/2003 v. 24. Februar 2003: Angeklagt wurden die obersten Führer des indonesischen Militärs, General *Wiranto* und Major General *Adam Damiri*, sowie ihre Untergebenen.

<sup>46</sup> Im Jahr 2002 gab es nur zwei internationale Strafverteidiger in Osttimor, wovon einer von der NRO „No Peace Without Justice“ (NPWJ) finanziert wurde.

<sup>47</sup> Dies waren die Ermordung von Priestern und Nonnen in Los Palos, die Massaker in der Kirche von Suai, im Pfarrhaus von Liquica und in den Polizeistationen von Maliana und Kailako, die Angriffe auf das Haus von *Manuel Carrascalao* und die Residenz von Bischof *Belo*, die Massaker in der Exklave Oecussi, die Tötung von zehn UNAMET-Ortskräften, die in dem fraglichen Zeitraum begangenen Sexualstraftaten und die vom TNI-Bataillon 745 begangenen Straftaten, einschließlich der Ermordung des niederländischen Journalisten Sander Thoenes.

<sup>48</sup> *M. Kalbusch*, a.a.O. (Fn. 30).

nur auf Fälle aus dem Jahr 1999 zu konzentrieren, zum damaligen Zeitpunkt wegen des starken Medieninteresses, fehlender Kapazitäten und der Aktualität der Verbrechen von 1999 verständlich war, kritisierten Opfergruppen und Menschenrechtsorganisationen diese Entscheidung, da die schwerwiegenderen Verbrechen in die Zeit vor dem Referendum fielen.<sup>49</sup>

Nachdem die zehn Prioritätenfälle bearbeitet worden waren, setzte die SCU sich das Ziel jeden einzelnen der begangenen Morde aufzuklären. Dieser Strategiewandel war möglich, da keine Beschränkung des Mandats der SCU durch UNTAET eingeführt wurde, sich nur auf diejenigen Straftäter zu konzentrieren, die die größte Verantwortung tragen. Die einzige Abteilung, die diese Strategie verfolgte, war das National Team. Für die übrigen Abteilungen hätte sich zu diesem Zeitpunkt angeboten, entweder weiter in die Vergangenheit zurückzublicken, um die vor 1999 begangenen Taten zu verfolgen, oder die Ermittlungen zu beenden, um ein Zeichen zu setzen, dass diejenigen, die die größte Verantwortlichkeit trifft, wegen der Weigerung Indonesiens zu kooperieren, nicht erreicht werden können.<sup>50</sup> Dieser zweite Weg hätte als symbolischer Akt möglicherweise dazu beitragen können, die VN dazu zu bewegen, ihr Strafverfolgungssystem noch einmal zu überdenken. Nur für die Zusammenarbeit mit der Wahrheits- und Versöhnungskommission in Osttimor war die Bearbeitung derartiger Fälle von Bedeutung. Anders als die Anklagebehörde des Sondergerichts für Sierra Leone, legte die SCU somit nicht ausreichend strategische Richtlinien fest, sondern veränderte ihre Zielsetzungen häufig.

Für Völkermord gab es im Jahr 1999 nach dem Stand der Beweislage nicht genügend Anhaltspunkte. Anhaltspunkte gab es jedoch für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.<sup>51</sup> Die Taten des indonesischen Militärs waren politisch motiviert: zunächst sollte die Abstimmung für die Unabhängigkeit durch gewaltsame Einschüchterung der Bevölkerung verhindert werden. Als dies nicht funktionierte, sollten die Vertreibungen den Anschein erwecken, die Menschen verließen freiwillig ihre Dörfer und zögen es vor, in Indonesien zu leben. Die Zerstörung der Städte und Gemeinden stellte eine Art Rachefeldzug dar. Ein unabhängiges Osttimor sollte von den durch Indonesien getätigten Investitionen nicht profitieren und quasi vor dem Nichts stehen.

Das Territorium Osttimors wurde durch die SCU als ein einziger Tatort angesehen, wodurch Hunderte Einzeltaten – Tötungsdelikte, Vergewaltigungen, Zerstörungen und Vertreibungen – in ihrer Gesamtheit auf das Vorliegen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit untersucht werden konnten. Es konnte der Nachweis eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung erbracht werden, dessen Teile die einzelnen Taten waren.<sup>52</sup>

Das Vorliegen eines internationalen oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ist Voraussetzung für das Vorliegen von Kriegsverbrechen.<sup>53</sup> Der ICTY definiert in ständiger Rechtsprechung das Vorliegen eines internationalen bewaffneten Konflikts als jede Anwendung bewaffneter Gewalt zwischen zwei Staaten.<sup>54</sup> Derartige Anwendung von Gewalt

schließt die Invasion und militärische Besetzung eines Landes mit ein, auch wenn dieser Besetzung nicht mit Widerstand des anderen Staates begegnet wird.<sup>55</sup> Im Fall Osttimor kann man davon ausgehen, dass zur Zeit der indonesischen Besetzung zwischen 1974 und 1999 ein internationaler bewaffneter Konflikt zwischen Indonesien und der Kolonialmacht Portugal vorlag.<sup>56</sup> Das Ende der Okkupation wurde erst mit dem Rückzug der indonesischen Truppen am 20. September 1999 eingeleitet, der mit der Ankunft von INTERFET einherging. Indonesien transferierte die Verantwortung für Recht und Ordnung auf die Schutztruppe der VN.<sup>57</sup> In diesem Zeitraum endete die faktische Kontrolle Indonesiens über das Territorium Osttimors.<sup>58</sup> Es hätte also Anhaltspunkte gegeben, Ermittlungen wegen Kriegsverbrechen in Zusammenhang mit der militärischen Okkupation Osttimors durch Indonesien aufzunehmen, da es sich in dieser Zeitspanne um einen internationalen bewaffneten Konflikt handelte. Trotz dieser Erkenntnisse konzentrierte sich die SCU ausschließlich auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Dies ist zu bedauern, da der Fall Osttimor für die Festigung des humanitären Völkerrechts wegen der andauernden militärischen Okkupation sowie einer ersten Anwendung des Rechts des Römischen Statuts von Bedeutung gewesen wäre.<sup>59</sup> Es wäre eine Chance gewesen, die Rechtmäßigkeit der indonesischen Okkupation gerichtlich überprüfen zu lassen.

Zurzeit befindet sich die SCU in ihrer „Abwicklungsphase“ („completion phase“), da ihr Mandat im Mai 2005 mit Ende der VN-Mission UNMISSET (United Nations Mission of Support for East Timor) abläuft.<sup>60</sup> Nach Aussage des ehemaligen Chefanklägers des Sondergerichts stellt die SCU sich in dieser Phase vor allem die Aufgabe, Haftbefehle für alle angeklagten Personen zu erhalten, die sich außerhalb des Territoriums Osttimors befinden, Anklageschriften für alle wichtigen Taten auf Distriktebene einzureichen, und das

<sup>49</sup> Coalition for International Justice, *Unfulfilled Promises: Achieving Justice for Crimes Against Humanity in East Timor*, Open Society Institute Justice Initiative (November 2004), S. 35.

<sup>50</sup> Siehe dazu unten 4.1.

<sup>51</sup> Section 5 UNTAET Regulation 2000/15; Artikel 7 IStGH-Statut.

<sup>52</sup> Arrest Warrant Brief, a.a.O. (Fn. 15), S. 19 ff.

<sup>53</sup> Nach Section 6 UNTAET Regulation 2000/15, die auf Artikel 8 IStGH-Statut basiert, liegen Kriegsverbrechen vor, wenn bestimmte Taten entweder im Rahmen eines internationalen oder nicht internationalen bewaffneten Konflikts mit Wissen um diesen Konflikt auf Seiten des Täters verursacht werden.

<sup>54</sup> *The Prosecutor v. Tadic*, (Tadic-Fall), Case No. IT-94-1-AR 72, Appeal Chamber Decision, v. 2. Oktober 1994, Ziff. 80–84.

<sup>55</sup> C. Kreß, *The 1999 Crisis in East Timor and the Threshold of the Law on War Crimes*, in: *Criminal Law Forum* 13, 2002, S. 415.

<sup>56</sup> Gemeinsamer Artikel 2 der Genfer Konventionen. Siehe auch: IGH, *Case Concerning East Timor v. 30. Juni 1995, Portugal v. Australia*, ICJ. Rep. 90, S. 96, para. 13.

<sup>57</sup> UN Doc. S/1999/1024, para. 80.

<sup>58</sup> Da INTERFET keine VN-Schutztruppe *stricto sensu* war, sondern eine multinationale Friedenstruppe unter dem Kommando Australiens ausgestattet mit einem Mandat der VN, ist die Frage, ob eine VN-Friedenstruppe als Okkupanten qualifiziert werden können, hier ohne Bedeutung.

<sup>59</sup> So auch C. Kreß, a.a.O. (Fn. 55).

<sup>60</sup> UN-Mission in East Timor Extended For Final Six Months, UN (Press Release), 16. November 2004.

gesammelte Beweismaterial und die Akten der osttimoresischen Staatsanwaltschaft so zu übergeben, dass diese in Zukunft die Fälle bearbeiten kann, wenn SCU eingestellt werden sollte.<sup>61</sup> Im Dezember 2004 wurden die letzten Anklageschriften bei Gericht eingereicht.

### 3.5. Das Verhältnis der Sonderkammern zur Wahrheits- und Versöhnungskommission

Im Gegensatz zu anderen Postkonfliktsituationen, in denen Wahrheits- und Versöhnungskommissionen oft als Alternative oder als Vorbereitung zur Strafverfolgung eingerichtet werden, wurde für Osttimor erstmals ein komplementärer Ansatz gewählt, in dem sich die Vergangenheitsaufarbeitung durch Strafrecht und die Aufarbeitung durch traditionelle Versöhnungszeremonien ergänzen sollten. In Osttimor wurde auf Drängen osttimoresischer Menschenrechtsaktivisten eine komplementär zu den Sonderkammern arbeitende Wahrheits- und Versöhnungskommission („*Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*“ (CAVR)) als politisch unabhängige nationale Organisation gegründet.<sup>62</sup> Die Kommission untersuchte den gesamten Zeitraum der indonesischen Okkupation vom 25. April 1974 bis zum 25. Oktober 1999. Das Mandat der Kommission wurde auf 24 Monate begrenzt, welches jedoch bis Oktober 2004 verlängert wurde.<sup>63</sup> Die Kommission setzte sich aus sieben Kommissaren zusammen. Auf Vorschlag eines Auswahlgremiums wurden 29 regionale Kommissare ernannt.

UNTAET Regulation 2001/10 legte das Statut der Kommission fest und regelte die Kooperation zu den Justizorganen Osttimors. Dabei hatte die Kommission die folgenden Zielsetzungen:<sup>64</sup> Neben der Aufarbeitung der Geschichte der Menschenrechtsverletzungen und der Erarbeitung der Hintergründe des politischen Konfliktes, sollte die Kommission zur Versöhnung der Gesellschaft und zur Reintegration der Täter beitragen.

Aus diesen Zielsetzungen leiteten sich drei Hauptfunktionen ab:<sup>65</sup> Erstens sollte sie einen Beitrag zur historischen Wahrheitsfindung leisten („truth seeking“). Zweitens sollte sie zur Versöhnung auf Gemeindeebene beitragen („community reconciliation“). Drittens sollte die Kommission nach Abschluss ihrer Arbeit Empfehlungen an die Regierung abgeben. Im Rahmen der „community reconciliation“ sollte neben der Strafverfolgung durch die SCU, Aufarbeitung durch strafrechtsähnliche Prozesse zur Versöhnung beitragen.

Das Mandat der Kommission umfasste im Vergleich zur SCU weniger schwere Straftaten, wie zum Beispiel Brandstiftung und einfache Körperverletzung. Damit trug die Kommission der Erkenntnis Rechnung, dass eine demokratische Gesellschaft sich die Ausgrenzung einer größeren Personengruppe nicht leisten kann. Die Ausgrenzung von Tätern und vor allem Mitläufern könnte zur Bildung einer Subkultur führen, die den jungen Staat gefährden könnte.<sup>66</sup> In Osttimor bestand diese Gefahr vor allem deshalb, weil die schwersten Menschenrechtsverletzungen durch von indonesischen Truppen organisierten, osttimoresischen Milizen verübt wurden, die in jedem Distrikt die Zivilbevölkerung terrorisiert hatten.

Diese Täter hatten nun die Möglichkeit sich einem *Community Reconciliation Process* (CRP) zu unterwerfen. Durch die Behandlung von weniger schweren Straftaten durch die Kommission sollten die Strafverfolgungsinstitutionen entlastet werden und für eine umfassendere Aufarbeitung gesorgt werden.<sup>67</sup> Der CRP diente somit der Reintegration und Wiederaufnahme des Täters in seine frühere Gemeinde und orientierte sich zu diesem Zweck an traditionellen Versöhnungsriten Osttimors.<sup>68</sup>

Sobald ein Täter sich dem Prozess der Kommission unterworfen hatte und das Verfahren eingeleitet wurde, war die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft vorerst aufgehoben. Die Unterwerfung eines Täters unter den CRP musste freiwillig erfolgen und setzte die Erfüllung bestimmter Kriterien voraus, die der Täter in einem Antrag an die Kommission schriftlich zu formulieren hatte.<sup>69</sup> Der Antrag sollte eine Beschreibung der Tat und das Geständnis des Täters enthalten.<sup>70</sup> Zudem musste die Tat in einem Zusammenhang mit den politischen Konflikten in Osttimor gestanden haben. Die Kommission vergab keine Amnestien.<sup>71</sup> Der Täter, der an einem CRP teilnehmen wollte, musste daher sein Einverständnis erklären, dass die Informationen, die er der Kommission in seinem Antrag übergab, der SCU zugänglich gemacht werden und gegebenenfalls dafür verwendet werden konnten, juristische Schritte gegen ihn einzuleiten.<sup>72</sup>

Jede von dem Komitee erhaltene Anfrage eines Täters wurde an die SCU weitergeleitet, damit diese prüfen konnte, ob der Fall in ihre Zuständigkeit fällt oder ob es sich um die Ausführung eines weniger schwerwiegenden Verbrechens handelte.<sup>73</sup> Sobald die SCU „grünes Licht“ für die Einleitung

<sup>61</sup> Gespräch mit Deputy General Prosecutor *Nicholas Koumjian*, Dili, 28. April 2004.

<sup>62</sup> Nach Konsultationen der Bevölkerung durch die Human Rights Unit von UNTAET und UNHCR in allen Distrikten Osttimors, hielt die Kommission ihre Eröffnungssitzung am 23. September 2002 in Maumeta, bei Liquica. Siehe dazu: *B.S. Lyons*, *Getting Untrapped, Struggling for Truths: The Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR) in East Timor*, in: *C. Romano, A. Noellkaemper, J. Kleffner* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 100 ff.; Allgemein zu Wahrheitskommissionen siehe: *P. Hayner*, *Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study*, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (1994), S. 600 ff.

<sup>63</sup> Der Abschlussbericht wird im Sommer 2005 fertig gestellt sein.

<sup>64</sup> Section 2 UNTAET Regulation 2000/10.

<sup>65</sup> Section 3.2 UNTAET Regulation 2000/10.

<sup>66</sup> *Erinnerung, Wahrheit, Gerechtigkeit: Empfehlungen zum Umgang mit belasteter Vergangenheit, Eine Handreichung der Deutschen Kommission Justitia et Pax*, Schriftenreihe Gerechtigkeit und Frieden 102, April 2004, S. 32.

<sup>67</sup> Section 22.1, 22.2, und 22.3 UNTAET Regulation 2001/10.

<sup>68</sup> Section 22.1 UNTAET Regulation 2001/10.

<sup>69</sup> Section 22.4 UNTAET Regulation 2001/10 (*“The Commission may undertake a Community Reconciliation Process only in cases where a person has made an admission of responsibility based on a full appreciation of the nature and consequences of such admission and has voluntarily requested to participate in a Community Reconciliation Process.”*).

<sup>70</sup> Section 23 (*Initiation of the Community Reconciliation Process*) UNTAET Regulation 2001/10.

<sup>71</sup> *B. S. Lyons*, a.a.O. (Fn. 62), S. 109.

<sup>72</sup> Section 23.3 UNTAET Regulation 2001/10.

<sup>73</sup> Section 24 UNTAET Regulation 2001/10.

eines CRP gab, wurde der Fall an ein Büro der Kommission in dem Distrikt delegiert, in dem der Täter die Rechtsverletzungen beging und in den er zurückkehren wollte.<sup>74</sup> An der eigentlichen Anhörung vor dem auf Distriktebene gegründeten Panel aus Vertretern der Kommission nahmen der Täter, die Opfer sowie andere Mitglieder der Gemeinde, die tatbezogene Informationen beitragen konnten, teil.<sup>75</sup> Im Anschluss an die Anhörung traf das CRP Panel eine Entscheidung über die Art und Weise der Wiedergutmachung („act of reconciliation“) gegenüber dem Opfer, vorausgesetzt der Täter hatte durchgehend kooperiert.<sup>76</sup> Erklärte der Täter sich bereit, das Urteil anzunehmen, verabschiedete die Kommission ein so genanntes *Community Reconciliation Agreement (CRA)*.<sup>77</sup> War der Täter mit dem Urteil des Panels nicht einverstanden oder hielt sich nicht daran, musste das Panel den Fall an die SCU zurückgeben.<sup>78</sup> Wenn eine Person das gesamte Verfahren im Einklang mit den oben beschriebenen Regelungen abschloss, wurde sie immun gegen strafrechtliche und zivilrechtliche Verfolgung ihrer in dem CRA festgehaltenen Taten.<sup>79</sup>

Die Anzahl der Personen, die während der Laufzeit der Kommission an einem CRP teilnahmen, übertraf alle Erwartungen.<sup>80</sup>

Die Wiedergutmachung der Täter umfasste in jedem Fall eine Entschuldigung für das begangene Unrecht sowie die Zusage, dass sich derartige Taten nicht wiederholen würden. In den zwischen Dezember 2002 und Januar 2003 abgehaltenen Anhörungen in zehn Distrikten versprachen Täter zum Beispiel die Teilnahme an Kirchenaktivitäten, Unterstützung beim Bau einer Gemeindehalle, das Pflanzen von Bäumen oder die Teilnahme an einer Versöhnungszeremonie mit den Ältesten im Dorf.<sup>81</sup> Für frühere Milizenmitglieder bot die Kommission somit Möglichkeiten der Neuintegration in ihre alte Heimat und legte den Grundstein für die Überwindung der Spaltung der osttimoresischen Gesellschaft. Im Gegensatz zur Zusammenarbeit zwischen Wahrheitskommission und Gericht in Sierra Leone, wurde die Zusammenarbeit zwischen CAVR und der Anklagebehörde in Osttimor überwiegend positiv beurteilt. Dies liegt wohl hauptsächlich an der klaren Trennung der Zuständigkeitsbereiche, die in Sierra Leone nicht genügend ausgearbeitet war.<sup>82</sup>

Das Nebeneinander von Kommission und Strafverfolgung führte zum Ausgleich einiger Defizite, die Strafprozessen typischerweise anhaften. Durch ihre Tätigkeit und Repräsentation in allen Distrikten Osttimors war die Kommission besser als das Justizsystem in der Lage, die Bevölkerung zu erreichen und sie in den Aufarbeitungsprozess einzubinden. Im Gegensatz zu den Strafprozessen der Special Panels wurde jede Anhörung zu grundsätzlichen Themen wie Ursachen und Wirkung der Okkupation Indonesiens, der Beteiligung internationaler Akteure oder Gewalt gegen Kinder im Fernsehen und Radio übertragen. Während die Ermittler der SCU fast ausschließlich Aussagen der Bevölkerung als Beweismittel sammelten und nur zur Verkündung einer Anklage in die Gemeinden reisten, fand im Rahmen der CRPs ein interaktiver Prozess zwischen Täter und Betroffenen, zwischen Bevölkerung und Kommission statt. Dennoch litt die CAVR

ebenso wie die SCU darunter, dass indonesische Militärs und Verwaltungspersonal viele Akten und Aufzeichnungen mitgenommen oder zerstört hatten und weder an den Anhörungen teilnahmen noch öffentlich aussagten.

Wegen der engen Verzahnung von Kommission und formalem Justizsystem im Rahmen des CRP hing der Erfolg der Kommission auch vom Erfolg der Justiz ab. Verwies die Kommission einen Fall an die SCU, musste sie sich darauf verlassen können, dass diese den Fall auch übernehmen konnte, sollte sich herausstellen, dass es sich um eine schwerwiegende Tat handelte. Die Ermittlungsstrategie der SCU wurde somit von der Arbeit der CAVR beeinflusst, denn sie musste jeden Fall untersuchen, den CAVR vorlegte, auch wenn es sich dabei um solche Täter handelte, die zwar schwere Rechtsverletzungen begangen haben mochten, aber geringe Verantwortung für das Gesamtgeschehen trugen. Nach einem Bericht der Anklagebehörde wäre in 84 Fällen der durchgeführten Anhörungen wegen der Schwere der Taten eine Strafverfolgung notwendig gewesen.<sup>83</sup> Diese Fälle können wegen der bevorstehenden Einstellung der Arbeit der SCU jedoch nicht mehr bearbeitet werden.

#### 4. Die besonderen Herausforderungen und Probleme des Sondergerichts in Osttimor

Seit der Errichtung des Gerichts sind seine Arbeitsweise und die Ergebnisse der Arbeit von Kritik begleitet worden. Hauptkritikpunkt bleibt bis heute, dass es dem Gericht nicht gelungen sei, die Hauptverantwortlichen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Osttimor zu bestrafen.<sup>84</sup> Bei Verfahren, die

<sup>74</sup> Section 25 UNTAET Regulation 2000/10 (*Referral to Regional Commission*). Bei in mehreren Distrikten begangenen Taten kann die Kommission das Verfahren auch an mehrere regionale Zweigstellen weiterleiten.

<sup>75</sup> Section 27 UNTAET Regulation 2000/10.

<sup>76</sup> Section 27.7 UNTAET Regulation 2000/10: “The act of reconciliation may include: (a) community service, (b) reparation; (c) public apology; and/or (d) other act of contrition.”

<sup>77</sup> Section 27.8 of UNTAET Regulation 2000/10.

<sup>78</sup> Section 30 UNTAET Regulation 2000/10; Section 30.2 UNTAET Regulation 2000/10 (“Any person who fails to fulfil his or her CRA obligations shall be guilty of an offence and liable to a term of imprisonment not to exceed 1 year or a fine not to exceed \$US 3,000, or both.”).

<sup>79</sup> Section 32 UNTAET Regulation 2000/10.

<sup>80</sup> Insgesamt nahmen 1.404 Täter an CRP-Anhörungen teil. Siehe dazu: CAVR Update (October–November 2002), abrufbar unter <http://www.easttimor-reconciliation.org>; Reviewing the East Timor Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR), La'o Hamutuk Bulletin, Volume 4, Number 5, November 2003; CAVR Update (December 2003–January 2004), abrufbar unter <http://www.easttimor-reconciliation.org>.

<sup>81</sup> CAVR Update (December 2002–January 2003), abrufbar unter <http://www.easttimor-reconciliation.org>.

<sup>82</sup> Siehe dazu: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission-Findings, Vol. 2, Chapter 2, Oktober 2004, abrufbar in Auszügen unter <http://www.ictj.org> (“The Commission finds that the United Nations and the Government of Sierra Leone, who were responsible for the Special Court initiative and the authors of its founding instruments, might have given more consideration to the laying down of guidelines for the simultaneous operation of the two organisations.”).

<sup>83</sup> Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Situation of Human Rights in East Timor, 4. Dezember 2004, E/CN.4/2005/115, para. 42, abrufbar unter [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>84</sup> S. Linton, Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili, in: Melbourne Journal of International Law 2 (2001), S. 415–452, erhältlich unter <http://www.jsmp.minihub.org>.

wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Mord oder Folter geführt wurden, soll das Gericht Verfahrensgrundsätze missachtet haben. Das Personal sei nicht genügend qualifiziert, um fundierte Urteile zu fällen. Im Folgenden werden die Hauptkritikpunkte aufgegriffen, ihre Ursachen analysiert und bewertet. Besonders wichtig sind diese Überlegungen zum jetzigen Zeitpunkt, da das Gericht seine Arbeit voraussichtlich im Mai 2005 einstellen wird.

#### 4.1. Die unzureichende Kooperation Indonesiens, der osttimoresischen Regierung und der Vereinten Nationen

Die Ankläger und Ermittler der SCU haben bisher insgesamt 392 Individuen angeklagt, davon verbüßen 74 eine Haftstrafe.<sup>85</sup> Nur acht Fälle wurden vor Prozessbeginn von der Anklagebehörde zurückgezogen.<sup>86</sup> Im Mai 2004 wurden an den SPSC 16 Fälle gleichzeitig bearbeitet.<sup>87</sup> Diese hohe Anzahl von Anklagen und Verurteilungen, lässt positive Rückschlüsse auf die Arbeit der Abteilungen des Gerichts zu. Doch unter den Verurteilten befinden sich fast ausschließlich ehemalige osttimoresische Milizen und Politiker. Zwar halten die Urteile des Gerichts fest, dass die in Osttimor begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit von Indonesiens Militär koordiniert und mit ausgeführt wurden,<sup>88</sup> das Gericht konnte jedoch bisher keines indonesischen Täters habhaft werden, da diese die Grenze zu Osttimor aus Angst vor Strafverfolgung nicht überqueren oder nicht ausgeliefert werden.<sup>89</sup> Dieses Ungleichgewicht liegt vor allem an der Entscheidung, Indonesien die Strafverfolgung der Verbrechen selbst zu überlassen und der daraus resultierenden Kooperationsunwilligkeit. Ein früherer Chefankläger der SCU beschreibt den Mangel an Kooperation seitens Indonesiens treffend: „*The investigation and prosecution of serious crimes in East Timor and Indonesia was premised on cooperation between UNTAET and the Government of Indonesia. [...] To facilitate the process, a Memorandum of Understanding (MOU) regarding cooperation in Legal, Judicial and Human rights related fields was signed between UNTAET and Indonesia on 6. April 2000. [...] UNTAET's requests to Indonesia to obtain the attendance of TNI, Police, Militia and Civilian authorities for questioning by the Attorney General on UNTAET's behalf have been abortive. Initiative to cooperate has met considerable opposition.*“<sup>90</sup>

Da Indonesien 1999 erlaubt wurde, ein spezielles *ad hoc*-Menschenrechtsgericht einzurichten, um die eigenen Straftäter zu verfolgen,<sup>91</sup> wurden für die Strafverfolgung der Verbrechen zwei konkurrierende Institutionen geschaffen, die zu einer Gesamtaufarbeitung jeweils ihren eigenen Beitrag zu leisten hatten. Es wurde innerhalb dieser Konstellation aber kein Instrumentarium geschaffen, welches die beiden Strafgerichte zur Kooperation verpflichtet hätte.

Die Gründung des indonesischen *ad hoc*-Menschenrechtsgerichts wurde durch den VN-Generalsekretär mit der Bedingung verknüpft, dass Indonesien effektive Strafverfolgung zu leisten habe. Obwohl das Gesetz zur Etablierung des Menschenrechtstribunals in Jakarta die Tatbestände und Grundsätze des Römischen Statuts übernahm und die wesentlichen

Garantien eines fairen Verfahrens enthielt und somit als begrüßenswerter Schritt Indonesiens im Rahmen der Umsetzung des Völkerstrafrechts anzusehen ist, begrenzt das Gesetz die Jurisdiktion des Gerichts auf den kurzen Zeitraum der Geschehnisse von 1999.

Der auf der Grundlage dieses Gesetzes erfolgte Strafverfolgungsprozess in Indonesien ist als gescheitert anzusehen.<sup>92</sup> Neben politischer Einflussnahme und Einschüchterung von Zeugen, Richtern und Staatsanwaltschaft während der Prozesse durch Angehörige des Militärs ist dies auf die beschränkte Ermittlungs- und Prozessarbeit der Staatsanwaltschaft und die mangelnde Kompetenz einzelner Richter zurückzuführen.<sup>93</sup> Vor diesem Gericht wurden insgesamt 18 Männer angeklagt, die aus den Militärkreisen Indonesiens stammen. Darunter befanden sich jedoch fast ausschließlich Mitglieder der „zweiten“ Führungsriege. Der zur Zeit des Referendums kommandierende Oberbefehlshaber des indonesischen Militärs und Verteidigungsminister, General *Wiranto*, war nicht darunter.

Auch die Bilanz der Verfahren, die tatsächlich durchgeführt wurden, legt den Verdacht nahe, dass es sich hier um „Scheinvorfahren“ handelte. In den 18 geführten Verfahren sind bis auf zwei Angeklagte in Berufungsverfahren alle freigesprochen worden.<sup>94</sup> In dem wohl wichtigsten Fall vor dem *ad hoc* Menschenrechtstribunal, dem Prozess gegen General *Adam Damiri*,<sup>95</sup> beantragte die Staatsanwaltschaft sogar den Frei-

<sup>85</sup> SCU Update 1/2005, abrufbar unter <http://www.scu-dili.org> (“To date, 57 of the 95 indictments issued by SCU charge for Crimes against Humanity against 339 accused persons. These indictments include Crimes against Humanity cases such as the Atabae rape cases, the Baucau indictment and the TNI rape case charging 5 East Timorese TNI soldiers with rape as a Crime against Humanity.”).

<sup>86</sup> Stand von Januar 2005.

<sup>87</sup> Gespräch mit Deputy General Prosecutor *Nicholas Kounjian*, Dili, 28. April 2004.

<sup>88</sup> *The Prosecutor v. Joni Marquez et. al (9 others)*, Case No. 9/2000 (Joni-Marquez-Fall), Urteil v. 11. Dezember 2001, Ziff. 149, abrufbar unter <http://www.scu-dili.org>.

<sup>89</sup> 303 der Angeklagten halten sich vermutlich in Indonesien auf und entziehen sich der Strafverfolgung.

<sup>90</sup> *M. Othman*, The Framework of Prosecutions and the Court System in East Timor, in: Kai Ambos und Mohamed Othman (Hrsg.) *New Approaches in International Criminal Law*, Freiburg i. Br. 2003, S. 108–109.

<sup>91</sup> Human Rights Court Act (Gesetz Nr. 26/2000).

<sup>92</sup> *D. Cohen*, a.a.O. (Fn. 25); *Bernd Häusler*, Gerechtigkeit für die Opfer: Eine juristische Untersuchung der indonesischen Menschenrechtsverfahren zu den Verbrechen auf Osttimor im Jahr 1999, April 2003, abrufbar unter <http://home.snafu.de/watchin>; *Unfulfilled Promises: Achieving Justice for Crimes Against Humanity in East Timor*, Report by The Open Society Institute Justice Initiative, November 2004, abrufbar unter <http://www.justiceinitiative.org>.

<sup>93</sup> *D. Cohen*, a.a.O. (Fn. 25): “*The inescapable conclusion of the report is that the trials as a whole must be regarded as a failure on every level, from technical competence to institutional integrity and political will. Some may point to the fact that six individuals, including high-ranking officials, have been convicted. However, the report shows that this is more due to the notable bravery of a few individual judges than to a credible system of justice.*”.

<sup>94</sup> *Indonesian Military Applauds Human Rights Acquittals: Appeals Court Reversal Clears Top Officers of Responsibility for 1999 Killings in East Timor*, in: *The Washington Post* v. 31. August 2004.

<sup>95</sup> *Adam Damiri* war 1999 Oberkommandierender der indonesischen Streitkräfte in der Region Udayana/IX zu der damals auch die Provinz Osttimor gehörte.



spruch des Angeklagten. Dieser Fall illustriert auch, dass es dem Gericht nicht gelungen ist, die wesentliche Frage dieser Prozesse, inwieweit das indonesische Militär *de facto*-Kontrolle über die Milizen ausübte, zu klären. Des Weiteren argumentierte die Staatsanwaltschaft, dass ein Tatbestandsmerkmal von Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine auf den Staat zurückgehende Politik („state policy“) sei, und da eine solche nicht beweisbar sei, das Militär als nicht verantwortlich anzusehen sei. Die Staatsanwaltschaft klagte auch nicht wegen der *de facto*-Kontrolle des Militärs über die Milizen an, sondern lediglich wegen einzelner, durch Soldaten selbst begangene Taten und trug dem Gesamtcharakter der Verbrechen des indonesischen Militärs und der zivilen Administration damit nicht Rechnung. Wie sehr das indonesische Militär durch die Strategie der Staatsanwaltschaft geschützt wurde, zeigt sich auch daran, dass es sich bei den Verurteilten, deren Haftstrafen auch in zweiter Instanz bestätigt blieben, um den ehemaligen Gouverneur Osttimors, *Abilio Soares*,<sup>96</sup> und den Vorsitzenden der osttimoresischen Milizen, *Eurico Guterres*,<sup>97</sup> die beide ethnische Osttimoresen sind, handelte. Indem die Urteile des indonesischen *ad hoc*-Gerichts ein falsches Geschichtsbild zu Ursachen und Umfang sowie Verantwortlichkeit für die Taten in Osttimor zeichnen, verfehlte das Menschenrechtstribunal neben der Klärung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eine Hauptfunktion von Strafprozessen wegen Menschenrechtsverbrechen: die Wahrheitsfindung.<sup>98</sup>

Die strafrechtliche Aufarbeitung wird auch von Seiten Osttimors behindert. Ein anschauliches Beispiel für die mangelnde Kooperation der osttimoresischen Regierung mit den SPSC stellen die Geschehnisse um den Fall „*Deputy General Prosecutor against Wiranto and Others*“ dar.<sup>99</sup> In Anbetracht der schlechten Bilanz des *ad hoc*-Gerichts in Jakarta klagte die SCU im Februar 2003 acht führende Köpfe des indonesischen Militärs wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit am District Court in Dili an.<sup>100</sup> Nachdem dieser Anklage jedoch nur ein Haftbefehl für einen Untergebenen des Generals folgte,<sup>101</sup> verfasste die Anklage im März 2004 einen umfassenden Haftbefehlsantrag für General *Wiranto* und überreichte diesen dem zuständigen Richter zusammen mit 39 Ordnern an zusätzlichem Beweismaterial.<sup>102</sup> Am 10. Mai 2004 erließ der vorsitzende Richter am SPSC den Haftbefehl.<sup>103</sup> Die Weiterleitung eines von den SPSC ausgestellten Haftbefehls obliegt jedoch innerhalb der Staatsanwaltschaft Osttimors nicht dem von den VN eingesetzten Deputy General Prosecutor, der die SCU leitet, sondern dem obersten Staatsanwalt Osttimors. Aufgrund politischen Drucks seitens der osttimoresischen Regierung, die an einer Normalisierung der Beziehungen zu ihrem mächtigen Nachbarn interessiert ist, weigert sich der Staatsanwalt seit der Ausstellung des Haftbefehls, diesen an Interpol weiterzuleiten.<sup>104</sup> Unterdessen planen die Regierungen Osttimors und Indonesiens die Errichtung einer „Truth and Friendship Commission“, die das Kapitel Strafverfolgung endgültig zu den Akten legen soll.<sup>105</sup>

Neben Indonesien und Osttimor haben auch die VN sich von der Anklage gegen den indonesischen General distanzieren. Als die Anklageschrift bekannt wurde, wurde eine Presse-

erklärung veröffentlicht, die ankündigte, die Verantwortung für die Anklageschrift liege bei Osttimor und nicht bei den VN.<sup>106</sup>

Der frühere Chefankläger der SCU beschreibt, wie sich die Eingliederung der SCU in die Staatsanwaltschaft Osttimors auf die Handlungsfähigkeit der internationalen Fachkräfte auswirkt: *“Significant progress could be made concerning cases relating to the ‘civil conflict’ in East Timor, whereas the international aspects of the conflict are almost impossible to pursue. Within the given framework, SCU does not have the ability to actually achieve justice because the accused are out of reach (physically unattainable). Furthermore, there is as yet no principle of international customary law that requires states to extradite war criminals. If you compare the ‘hybrid model’ in East Timor with the ICTY or the ICTR, these ad hoc Tribunals were established under Chapter VII of the UN Charter and with a binding obligation on all states to cooperate fully with these Tribunals. This also includes the extradition of indicted war criminals. Furthermore, failures to comply with the Tribunals can be reprimanded by applying those*

<sup>96</sup> Soares erhielt eine Gefängnisstrafe von drei Jahren, die auch in zweiter Instanz aufrechterhalten wurde. Die Geringfügigkeit der Strafe ist wohl auch auf einen entlastenden Brief des osttimoresischen Staatspräsidenten, *Xanana Gusmao*, zurückzuführen. Siehe: Gusmao Defends his Court Plea for former Governor, in: Sydney Morning Herald v. 14. August 2002. Soares wurde vor kurzem vom Obersten Gerichtshof in Jakarta dennoch freigesprochen.

<sup>97</sup> Guterres kommandierte die *Aitarak* (Dorn) Miliz und wurde wegen des Mordes an zwölf Zivilisten zu zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Siehe: *Guterres, The one that didn't get away*, in: The Age, v. 30. November 2002. Guterres ist jedoch auf freiem Fuß in Indonesien, während er auf das Berufungsverfahren wartet.

<sup>98</sup> Siehe *Cohen*, a.a.O. (Fn. 29), S. 4 (*“Moreover, in general, the prosecution's view of the overall context and pattern of the violence in East Timor did not differ significantly from that presented by the defense. Both sides typically represented the violence as arising from actions of pro-integration forces and resulting in a series of spontaneous ‘clashes,’ or acts of revenge, in a conflict between two opposing armed groups, without any organized support or participation by Indonesian military, police, or security units.”*).

<sup>99</sup> *Wiranto*-Fall, a.a.O. (Fn. 45), abrufbar unter <http://www.scu-dili.org>.

<sup>100</sup> Die SPSC sind nach dem in Osttimor für Verbrechen gegen die Menschlichkeit geltenden Universalitätsprinzip ermächtigt, auch indonesische Täter zu verfolgen (Section 2.1. UNTAET Regulation No. 2000/15).

<sup>101</sup> Der Haftbefehl erfolgte für den in der Verantwortungskette am niedrigsten einzustufenden indonesischen Geheimdienstchef in Osttimor, Colonel *Sudrajat*.

<sup>102</sup> Arrest Warrant Brief, a.a.O. (Fn. 15).

<sup>103</sup> Warrant of Arrest for *Wiranto*, Dili District Court, Special Panels for Serious Crimes, Case No. 5/2003, v. 10. Mai 2004 (*“To the Prosecutor General of the Democratic Republic of Timor-Leste, and to the Governments of all States: This Warrant authorizes the Arrest of the Defendant Wiranto for: 1. Crime Against Humanity- Murder, 2. Crime Against Humanity-Deportation and Forcible Transfer, 3. Crime Against Humanity-Persecution.”*).

<sup>104</sup> Osttimor fällt UN-Ermittlern in den Rücken, in: TAZ v. 22. Oktober 2004 (Der Artikel zitiert die Kommentare von Osttimors Präsident *Xanana Gusmao* und Außenminister *José Ramos Horta* bei einem Gespräch in der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik (DGAP) in Berlin v. 20. Oktober 2004).

<sup>105</sup> *M. Schlicher, L. von Braun*, Rethinking Justice for East Timor, Position Paper on the Reform of the International Justice Process in East Timor and Indonesia, February 2005, abrufbar unter <http://home.snafu.de/watchin/>.

<sup>106</sup> UN News Centre, Timor-Leste, not UN indicts Indonesian General for war crimes, 26. Februar 2003; *J. Jolliffe*, UN ‘blocking arrest warrant of Wiranto’, in: Sydney Morning Herald, v. 14. Januar 2004.

*mechanisms the Security Council is empowered to use such as aid withdrawal, embargos, diplomatic pressure etc.”<sup>107</sup>*

Hier zeigt sich, welchen Schwierigkeiten ein lokal integrierter VN-Tribunal ausgesetzt sein kann, wenn es an zwischenstaatlicher Kooperation und politischer Unterstützung mangelt. Im Fall Osttimor hat die vollkommene Integration der Anklagebehörde in die nationale Staatsanwaltschaft dazu geführt, dass den internationalen Anklägern die Hände gebunden sind.<sup>108</sup>

#### 4.2. Interne Strukturprobleme des Gerichts

Neben den für die Strafverfolgung ungünstigen äußeren Strukturen, leidet das Gericht in Osttimor auch an internen Strukturproblemen. In die Evaluierung dieser strukturellen Probleme ist die Ausgangslage, die UNTAET vorfand, als es die Verwaltung Osttimors 1999 übernahm, mit einzubeziehen. Trotz des gravierenden Mangels an Personal und juristischer Infrastruktur musste das Justizwesen Osttimors schnell aufgebaut werden.

Vor Osttimors Unabhängigkeit wurden Richter vom Vorsitzenden der UNTAET in Osttimor, dem „Transitional Administrator“ (TA), ernannt. Partizipation der Bevölkerung fand im Rahmen einer Kommission bestehend aus osttimoresischen und internationalen Experten statt<sup>109</sup>, die Empfehlungen abgeben konnte und eine „Code of Ethics“ für Richter und Staatsanwälte entwickelte.<sup>110</sup> Seit der Unabhängigkeit Osttimors im Mai 2002 werden Richter und Staatsanwälte durch den „Supreme Council of the Judiciary“ ernannt. Am 7. Januar 2000 wurden die ersten osttimoresischen Richter und Staatsanwälte vom TA ernannt, obwohl keiner, bis auf die internationalen Kräfte, je zuvor als Richter oder Staatsanwalt gearbeitet hatte. Obwohl die Entscheidung, Osttimoresen von Anfang an am Aufbau des Justizsystems zu beteiligen, politisch begrüßenswert war, wäre die verstärkte Einbindung international rekrutierter Fachkräfte in dieser Transitionsphase ein Garant für einen zügigeren und fundierteren Aufbau des Justizwesens gewesen.<sup>111</sup> Bis heute hat sich die Lage des osttimoresischen Justizsektors nicht verbessert.

Das internationalisierte Gericht litt vor allem unter mangelhafter Finanzierung durch die VN und die Staatengemeinschaft.<sup>112</sup> Obwohl in den geringeren Kosten der internationalisierten Tribunale ein wesentlicher Vorteil zu sehen ist, sollten die finanziellen Zuschüsse doch ausreichend sein, um notwendige Ressourcen wie Fahrzeuge, Regale, Kopierapparate und Papier beschaffen zu können.<sup>113</sup> Neben der „Defense Unit“ sind vor allem die Kammern von unzureichender Finanzierung betroffen. Der Mangel an Gerichtspersonal erlaubte es den Richtern oft nicht, Urteile zügig zu veröffentlichen.<sup>114</sup> So führten die geringen finanziellen Ressourcen des Gerichts und der SCU anfangs dazu, aufwendige Ermittlungen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht durchführen zu können.<sup>115</sup> In Anfangszeiten litt das Gericht auch an Personalmangel. So war das Berufungsgericht, das neben den „serious crimes cases“ auch für alle anderen Berufungsverfahren in Osttimor zuständig ist, fast ein Jahr

nicht ausreichend besetzt, so dass gegen ergangene Urteile keine Berufung eingelegt werden konnte.<sup>116</sup>

Zu einem weiteren Problem, das direkt auf die Etablierung des Modells eines internationalisierten Gerichts zurückzuführen ist, wurden die Unsicherheiten bezüglich der Zuständigkeiten und Hierarchien zwischen den VN und Osttimors Justizsektor.

Dies beschreibt Richter *Rapoza*: „*The currently established ‘hybrid’ justice model mainly results in uncertainties concerning the chain of command between the UN, the East Timorese judicial system/government and the UN funded employees of the Special Panels. Technically an international judge is serving East Timor, but at the same time he/she is a UN employee [...]. This results in the peculiar situation that an international judge is ‘serving two masters.’*“<sup>117</sup>

Mitunter leidet das internationalisierte Tribunal in Osttimor auch daran, dass einige der internationalen Fachkräfte über geringe Vorkenntnisse im internationalen Strafrecht verfügen. Dies spiegelte sich in den Urteilen des Gerichts wieder.<sup>118</sup>

<sup>107</sup> Gespräch mit Deputy General Prosecutor *Nicholas Koumjian*, Dili, 28. April 2004.

<sup>108</sup> Im Gegensatz zum Deputy General Prosecutor in Dili ist der Chefankläger des Tribunals in Sierra Leone unabhängig von der nationalen Staatsanwaltschaft. Er hat die Möglichkeit im Namen Sierra Leones zum Beispiel Haftbefehle an Interpol weiterzuleiten. Die Gefahr einer Einmischung durch die Regierung Sierra Leones ist somit weniger gegeben.

<sup>109</sup> UNTAET Regulation 1999/3 v. 3. Dezember 1999. Die Zusammensetzung der Kommission wurde vom Transitional Administrator in Zusammenarbeit mit dem „National Consultative Council“ (NCC) getroffen (siehe dazu: UNTAET Regulation 1999/2 on the Establishment of a National Consultative Council v. 2. Dezember 1999).

<sup>110</sup> Section 1 UNTAET Regulation 2001/26 (*On the Establishment of a Transitional Judicial Service Commission*); The Right To Appeal in East Timor, JSMP Thematic Report 2, abrufbar unter <http://www.jsmp.minihub.org>.

<sup>111</sup> So auch *S. Linton*, *Rising from the Ashes: The Creation of a Viable Criminal Justice System in East Timor*, in: *Melbourne University Law Review* 25 (2001), S. 134.

<sup>112</sup> In den Jahren seit 2001 lag das Budget des gesamten Gerichts zwischen sechs und sieben Millionen \$. Für vertiefte Information siehe: *S. Katzenstein*, *Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor*, in: *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003), S. 257–264.

<sup>113</sup> Vor allem lokale VN-Mitarbeiter haben keinen Zugang zu Fahrzeugen. Aber auch die VN-Mitarbeiter u.a. die Ermittler leiden unter Fahrzeugmangel.

<sup>114</sup> *S. de Bertodano*, a.a.O. (Fn. 4), S. 232.

<sup>115</sup> So auch *S. Linton*, *New Approaches in International Justice in Cambodia and East Timor*, in: *International Review of the Red Cross* 84 (2002), S. 110. Report of the High Commissioner for Human Rights on the Situation of Human Rights in East Timor, UN Doc. E/CN.4/2001/37 (2001) Ziff. 13 (‘Report of the High Commissioner’); Siehe auch: Report of the Security Council Mission to East Timor and Indonesia, UN Doc S/2000/1105 (2000). Sorgen über die Ausstattung sowie Struktur der Strafverfolgungsorgane wurden auch während der Verhandlungen zur Verlängerung des UNTAET-Mandats geäußert, UN Doc. S/Res/1338 (2001), Ziff. 8.

<sup>116</sup> The Right to Appeal in East Timor, JSMP Thematic Report 2, Oktober 2002, abrufbar unter <http://www.jsmp.minihub.org>.

<sup>117</sup> Gespräch mit Richter *Phillip Rapoza*, Dili, 27. April 2004.

<sup>118</sup> *Joni-Marquez-Fall*, a.a.O. (Fn. 88). *The Prosecutor v. Joseph Leki*, Urteil, Case No. 5/2000, v. 11. Juni 2001, S. 7: Das Gericht hielt die Mitgliedschaft in einer Miliz für ausreichend, um die Verantwortlichkeit des Angeklagten zu begründen, obwohl in diesem bestimmten Fall Zeugenaussagen bestätigten, dass ihm eine Pistole an den Kopf gehalten wurde und mit Erschießung gedroht wurde, falls er das anvisierte Opfer nicht selbst tötete.

Während Urteile der *ad hoc*-Tribunale teilweise mehrere 100 Seiten umfassen und sich durch detaillierte und fundierte juristische Entscheidungsfindung auszeichnen, sind bis auf wenige Ausnahmen Urteile wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Osttimor häufig nur ein halbes Dutzend Seiten lang. Vor allem wenn ein Angeklagter ein Schuldgeständnis ablegt („guilty plea“), sind die Urteile von fast erschreckender Kürze und lassen Prozessentwicklung und Urteilsbegründung nur dürftig erkennen.

Zudem war der Mangel an qualifizierten Strafverteidigern zeitweise so ausgeprägt, dass es in vielen Verfahren zweifelhaft ist, ob den Angeklagten ein fairer Prozess ermöglicht wurde. In den ersten 14 Fällen wurden keine Zeugen von Seiten der Verteidigung gerufen, und es wurde erst spät eine Regelung getroffen, die einen Zeitraum von nicht mehr als 72 Stunden Gewahrsam erlaubt, bevor ein Tatverdächtiger dem Haftrichter vorgeführt werden muss.<sup>119</sup> Erst als das Ungleichgewicht zwischen Anklage und Strafverteidigung nicht mehr von der Hand zu weisen war, wurde ein Budget für internationale Strafverteidiger geschaffen, die ihren osttimoresischen Kollegen beistehen konnten. Die Richter waren bisher nicht in der Lage, dieses Ungleichgewicht auszugleichen, denn es fehlt auch hier an stringenter, gleichmäßig qualifizierter Verfahrensführung.

Der Aufbau des Justizsektors durch die Ausbildung lokaler Juristen stellt einen besonders wichtigen Teil des Mandates des Sondergerichts dar, denn deren Ausbildung wäre nicht so schnell vorangeschritten, wenn es die vor Ort praktizierenden internationalen Kräfte nicht gegeben hätte. Nichtsdestotrotz war diese Ausbildung wohl bisher nicht ausreichend, da keine der Richter und Staatsanwälte die Prüfungen zur Dienstaufnahme bestanden haben, so dass Osttimors Justizsektor bis auf weiteres nicht auf internationale Unterstützung verzichten kann.<sup>120</sup>

Trotz dieser internen Schwierigkeiten ist nicht zu bestreiten, dass die Mitarbeiter der SPSC, der SCU und der „Defense Unit“ im Rahmen der gegebenen Strukturen und ihrer finanziellen Möglichkeiten einen bedeutenden Beitrag zur Strafverfolgung geleistet haben, der ohne ihre Mitarbeit allein durch das osttimoresische Justizsystem nicht erreicht worden wäre. Die zusammenfassenden Sätze eines Richters der SPSC platzieren den Erfolg des internationalisierten Tribunals in Osttimor innerhalb dieser Rahmenbedingungen und unterstreichen damit die praktische Realität eines solchen Tribunals. *“Many would say that the Special Panels have not done what they could have, because the high-level perpetrators are still at large in Indonesia and mostly only ‘smaller fish’ that either stayed in East Timor or returned have been put on trial. Some might say ‘Is it justice that an entire group escapes trial while only the smaller defendants are put on trial?’ That is a legitimate question, but it is not within the mandate of the*

*Special Panels to deal with this question, but for diplomacy and policy experts to resolve. The Special Panels can only operate within the framework that was established after 1999 [...]”*<sup>121</sup>

### Fazit

Im Fall Osttimor weist der Ansatz eines gemischten Tribunals erhebliche Schwächen auf. Dies liegt zum einen an der Struktur des Tribunals als internationalisiertes Gericht, vor allem aber an der politischen Grundsatzentscheidung, Indonesien die Strafverfolgung der eigenen Staatsangehörigen selbst zu überlassen und keine effektiven Instrumente der Strafverfolgungskoooperation zu schaffen. Obwohl der Mangel an Staatenkooperation ein grundsätzliches, jedes Modell der internationalen Strafverfolgung betreffendes Problem und nicht ausschließlich eines der internationalisierten Tribunale ist, ist der Fall Osttimor in diesem Zusammenhang ein besonders enttäuschendes Beispiel. Hier hätte die Etablierung eines internationalen Tribunals, das wie die *ad hoc*-Tribunale unter Kapitel VII der UN-Charta hätte errichtet werden können, die Auslieferung indonesischer Täter erleichtert. Zumindest hätte man von Anfang an wirksame Kooperationsmechanismen einrichten müssen. Da dies vollständig vernachlässigt wurde, scheint es fast, als ob das Sondergericht in Osttimor von Anfang an chancenlos gewesen ist, für umfassende Strafverfolgung zu sorgen.

Insgesamt lässt sich zusammenfassen, dass der große Vorteil internationalisierter Gerichte, nämlich die Verbindung von nationalen mit internationalen Kräften, versehen mit ausreichender Staatenkooperation, ein effektiver Ansatz zur Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen sein kann. Voraussetzung dafür ist aber, dass für eine ausreichende Unterstützung und Überwachung des Gerichts sowie seine Unabhängigkeit von politischen Sachzwängen gesorgt wird. Werden strukturelle Fehler, die beim Sondergericht in Osttimors gemacht wurden, nicht wiederholt, so könnte die Etablierung internationalisierter Gerichte in Zukunft eine effektive Strafverfolgung gewährleisten, zum Beispiel auch als unterstützende Organisationen des neuen IStGH. Die dargestellten Probleme zeigen, dass gemischte Gerichte nicht als Alternative zum IStGH eingesetzt werden dürfen, solange der IStGH für die Strafverfolgung als zuständiges Gericht in Betracht kommt. Da jeder für das Völkerstrafrecht relevante Fall politische Herausforderungen mit sich bringt, ist gerade die Internationalität der Strafverfolgung ein Garant für objektive, faire und effektive Gerechtigkeitsfindung. ■

<sup>119</sup> S. Katzenstein, a.a.O. (Fn. 112), S. 262.

<sup>120</sup> L. Clausen, East Timor Judges Fail Their Test, in: Time Asia, v. 14. Februar 2005, No. 6.

<sup>121</sup> Gespräch mit Richter Phillip Rapoza, Dili, am 27. April 2004.

# Laufen hybride ad hoc-Gerichte dem Internationalen Strafgerichtshof den Rang ab? Eine Bestandsaufnahme

Philipp Ambach\*

The following article gives an overview of the present competition between the international bodies that have jurisdiction over international crimes. On the one hand there are the *ad hoc* tribunals, established by the United Nations Security Council resolutions and on the other hand the hybrid tribunals, composed of national as well as international staff, which presently operate in different forms all over the world. It is shown how these different institutions work and, especially, how they relate to each other. The focus is on the description of the hybrid tribunals and their competition to the International Criminal Court (ICC). The author tries to examine and solve the problem of overlapping jurisdictions and explain the advantages and the disadvantages of hybrid courts. In the end, the author expresses his own opinion as to whether mixed courts should be a substantial part of criminal jurisdiction in the future beside the International Criminal Court.

The International Criminal Court's lack of universality as well as its current development make the determination of the competition between the various criminal institutions very difficult. This and the general American policy against the ICC complicate even more the issue of the prosecution of war crimes in national and international conflicts. In this context the international community must have recourse to hybrid courts although the ICC was thought to take up that role. The article also illustrates the current relevance of this problem in the light of the crisis in Sudan where the discussion how to deal with international crimes is highly active.

## 1. Einleitung

Das Völkerstrafrecht hat sich im 20. Jahrhundert beachtlich entwickelt. Ein Gutteil völkergewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtsnormen wurde in Konventionen und Verträgen kodifiziert und es wurden Instanzen geschaffen, um die Einhaltung der internationalen Rechtsstandards zu garantieren.

Ein hoher Kodifikationsstand wurde bereits in der 1. Hälfte des 20. Jahrhunderts erreicht. Zu nennen sind hier die Verabschiedung der Haager Landkriegsordnung,<sup>1</sup> die Festschreibung des Kriegsverbotes,<sup>2</sup> die vier Genfer Konventionen<sup>3</sup> sowie die Konvention zur Verhütung des Völkermordes.<sup>4</sup> Indes fand die gerichtliche Erfassung völkerstrafrechtlicher Verantwortlichkeit bis spät in das 20. Jahrhundert hinein – mit Ausnahme der Kriegsverbrechertribunale von Nürnberg und Tokio von 1945/1946 – kaum Nachdruck. Erst in den letzten zehn Jahren des 20. Jahrhunderts hat sich eine rechtsstaatlich begrüßenswerte Entwicklung vollzogen.<sup>5</sup>

Im Folgenden werden zunächst bestehende Mechanismen internationaler Strafgerichtsbarkeit aufgezeigt. Sodann folgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Problemkreisen, die sich nach dem derzeitigen Stand internationaler Völkerstrafgerichtsbarkeit stellen, insbesondere im Hinblick auf den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) sowie eine eventuell gegebene Konkurrenz zwischen diesem und internationalisierten bzw. „hybriden“ ad hoc-Gerichtshöfen.

## 2. Varianten internationaler Strafgerichtsbarkeit

Es ist im Wesentlichen zwischen der permanenten Institution des Internationalen Strafgerichtshofes<sup>6</sup> und den nur temporär

eingerrichteten ad hoc-Gerichten zu differenzieren; innerhalb der letzteren Kategorie muss wieder zwischen „reinen“ UN-Tribunalen<sup>7</sup> und hybriden Gerichten<sup>8</sup> unterschieden werden.

\* Der Verfasser ist derzeit als Law Clerk des deutschen Richters am Internationalen Strafgerichtshof, Richter Hans-Peter Kaul, in der Pre-Trial Division tätig. Die in diesem Artikel wiedergegebene Auffassung ist die des Autors allein und gibt nicht notwendig die des Internationalen Strafgerichtshofes wieder. Der Verfasser dankt Dr. Volker Nerlich für viele hilfreiche Hinweise und Anregungen.

<sup>1</sup> *Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs* v. 18. Oktober 1907 mit anhängender Ordnung der *Gesetze und Gebräuche des Landkrieges*, RGBI. 1910, S. 107; das Abkommen ist aus den internationalen Konferenzen 1899 und 1907 mit über 40 Teilnehmerstaaten in Den Haag entstanden, es diente der schriftlichen Erfassung von Normen geltenden Völkergewohnheitsrechts.

<sup>2</sup> Siehe nur den Kellogg-Briand-Pakt v. 27. August 1928 (RGBI. 1929 II, S. 97); K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004, § 32 Rn. 5 mwN.

<sup>3</sup> *Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde* (BGBI. 1954 II, S. 781 ff.) I, *zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See* (BGBI. 1954 II, 813) II, *über die Behandlung von Kriegsgefangenen* (BGBI. 1954 II S. 838) III, *zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten* (BGBI. II S. 917, ber. 1956 II S. 1586) IV, v. 12. August 1949 zusätzlich der Zusatzprotokolle *über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte* (I) und *über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte* (II) (v. 12. Dezember 1977, BGBI. 1990 II, S. 1548 ff.; 1634 ff.).

<sup>4</sup> *Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes*, Resolution der Generalversammlung Nr. 260 v. 9. Dezember 1948, BGBI. 1954 II, S. 730; im Folgenden: „Völkermord-Konvention“.

<sup>5</sup> Th. Weigend, *Das Völkerstrafgesetzbuch – nationale Kodifikation internationalen Rechts*, in: O. Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, 2004, S. 197; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen 2003, Vorwort, S. V sowie Rn 44 ff.

<sup>6</sup> Siehe unter 3.

<sup>7</sup> Siehe unter 1.

<sup>8</sup> Siehe unter 2.

## 2.1. Die UN-ad-hoc-Gerichtshöfe für Jugoslawien und Ruanda

Parallel zu Bestrebungen der UN-Generalversammlung, eine permanente völkerstrafrechtliche Institution einzurichten<sup>9</sup> sowie alle völkerrechtlich anerkannten Verbrechenstatbestände<sup>10</sup> zu kodifizieren, schuf der UN-Sicherheitsrat zwei Straftribunale, den *ad hoc*-Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY<sup>11</sup>) in Den Haag in den Niederlanden und das *ad hoc*-Tribunal für Ruanda (ICTR<sup>12</sup>) mit Sitz in Arusha, Tansania. Beide Tribunale wurden nicht etwa durch einen völkerrechtlichen Vertrag begründet, wie es bei dem Londoner Viermächteabkommen<sup>13</sup> zur Errichtung des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals, der Fall war, sondern fußen jeweils auf UN-Sicherheitsratsresolutionen, erlassen in Ausführung der Befugnisse des VII. Kapitels der UN-Charta (UNC).<sup>14</sup> Zudem haben beide Tribunale keinen permanenten Charakter, da sich ihre Zuständigkeit jeweils nur auf einen „bestimmten“ Konflikt beschränkt.

### 2.1.1. Einrichtung und Aufbau des ICTY

Durch Resolution 827 vom 25. Mai 1993<sup>15</sup> richtete der UN-Sicherheitsrat das ICTY ein; dies geschah in Reaktion auf einen Expertenbericht der UNO vom 3. Mai 1993, der u.a. Menschenrechtsverletzungen sowie Verletzungen der Genfer Konventionen von 1949 festgestellt hatte, die in den kriegerischen Auseinandersetzungen seit dem Zerfall der SFRY (Social Federal Republic of Yugoslavia) verübt worden waren.<sup>16</sup> Zugleich wurde der grundlegende Normenkatalog des Tribunals, das Statut des ICTY (ICTYSt),<sup>17</sup> bestimmt. Ratione temporis wurde ein Zeitfenster zwischen dem 1. Januar 1991 und einem vom Tribunal festzulegenden Zeitpunkt bestimmt, in territorialer Hinsicht können nur Verbrechen verfolgt werden, die auf dem Hoheitsgebiet des ehemaligen Jugoslawien begangen worden sind.<sup>18</sup>

Gem. Art. 2 bis 5 ICTYSt ist das Tribunal für folgende Verbrechen zuständig: Schwere Verstöße gegen die Genfer Konventionen von 1949, Verletzungen des Kriegsrechts und des Kriegsgewohnheitsrechts, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Art. 6 ICTYSt enthält den Grundsatz individueller völkerstrafrechtlicher Verantwortlichkeit und Art. 7 bestimmt zudem die Strafbarkeit gerade auch solcher Taten, die in Ausübung offizieller Positionen begangen wurden.

### 2.1.2. Einrichtung und Aufbau des ICTR

Das zweite *ad hoc*-Tribunal, das Tribunal für Ruanda (ICTR),<sup>19</sup> wurde am 8. November 1994 durch Resolution 955 des UN-Sicherheitsrats geschaffen.<sup>20</sup> Ratione materiae wurden in Art. 1 bis 3 seiner Satzung<sup>21</sup> die Verbrechenstatbestände des ICTY-Statutes, Art. 2 bis 5 ICTYSt, übernommen. Ratione temporis werden solche Verbrechen erfasst, die in Ruanda oder von Staatsangehörigen Ruandas in den Nachbarstaaten zwischen dem 1. Januar 1994 und dem 31. Dezember 1994 in den blutigen Auseinandersetzungen zwischen den Volksgruppen der Tutsi und Hutu begangen wurden.<sup>22</sup> Die Organaufteilung, Satzung und die *Rules of Procedure and Evidence*<sup>23</sup> entsprechen im Wesentlichen denen des

ICTY.<sup>24</sup> Zudem teilen sich ICTY und ICTR die Berufungskammer gem. Art 12 II ICTYSt.

Mittlerweile ist anerkannt, dass sämtliche Straftatbestände des ICTYSt wie auch des ICTRSt geltendes Völkergewohnheitsrecht wiedergeben,<sup>25</sup> ein großer Erfolg hinsichtlich der Kodifikation geltender völkerstrafrechtlicher Normen und Standards. Insbesondere wurden gerade die Straftatbestände des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit entscheidend präzisiert und fortentwickelt.<sup>26</sup>

## 2.2. Hybride Gerichtshöfe

Hybride Gerichtshöfe<sup>27</sup> sind eine Neuerung im Rahmen internationaler Strafgerichtsbarkeit: Teils von der UNO, teils

<sup>9</sup> 1992 beauftragte die UN-Generalversammlung per GA Res. 47/33 die ILC mit der Erstellung eines Entwurfs für einen internationalen Strafgerichtshof, YBILC 1994 II/2, S. 26 ff., siehe unter 3; *M.N. Shaw*, International Law, 4th Edition, Cambridge University Press 1997, S. 188.

<sup>10</sup> *Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, HRLJ 1997, S. 96–134; Tomuschat, EuGRZ 1998, S. 1 ff.

<sup>11</sup> *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1 January 1991*.

<sup>12</sup> *International Criminal Tribunal for the Prosecutions of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, Between 1 January 1994 and 31 December 1994*.

<sup>13</sup> *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers*, Aug. 8, 1945, AJIL 1945, Suppl., 257.

<sup>14</sup> Charta der Vereinten Nationen v. 26. Juni 1945, in Kraft für die BRD am 18. September 1973, BGBl. II 1974, S. 1397; im Folgenden: UNC.

<sup>15</sup> UN Doc. S/RES/827 (1993) v. 25. Mai 1993; zuvor hatte der UN-Sicherheitsrat per Resolution UN Doc. S/RES/808 (1993) v. 22. Februar 1993 eine Bedrohung des internationalen Friedens iSd Art. 39 UNC festgestellt und die Einrichtung eines internationalen Tribunals beschlossen.

<sup>16</sup> Interim Report of the Commission of Experts of 26 January 1993, UN Doc. S/25274 (1993).

<sup>17</sup> *Statute of the International Criminal Tribunal of the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, UN Doc. S/25704/Annexes (1993).

<sup>18</sup> UN Doc. S/RES/827 (1993) v. 25. Mai 1993.

<sup>19</sup> Siehe a.a.O. (Fn. 13), unter: <http://www.ictcr.org/> (am 21. Februar 2005).

<sup>20</sup> UN Doc. S/RES/955 (1994) v. 8. November 1994.

<sup>21</sup> *Statute of the ICTR*, Annex zu UN Doc. S/RES/955 (1994), S. 3 ff.

<sup>22</sup> UN Doc. S/RES/955 (1994), S. 2 Rn 1.

<sup>23</sup> *ICTR Rules of Evidence and Procedure*, unter: <http://www.ictcr.org> (am 21. Februar 2005).

<sup>24</sup> *M. Caianiello/G. Illuminati*, From the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the International Criminal Court, in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Spring 2001, S. 422; *C. Defrancia*, Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure matters, in: Virginia Law Review 2001, S. 1388; *K. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 2), § 42 Rn 27; *Shaw*, a.a.O. (Fn. 9), S. 190.

<sup>25</sup> ICTY, *Tadic*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (Rule 73), 10 August 1995, Rn 51, unter: <http://www.un.org/icty/tadic/trial2/decision-100895.htm> (am 1. März 2005); *K. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 24), § 42 Rn 30 f.; *M. P. Scharf*, The Special Court for Sierra Leone, ASIL Insights Oct. 2000 S. 3; *G. Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn 144.

<sup>26</sup> Für den Tatbestand des Völkermordes siehe insbesondere ICTR, Urt. des Trial Chamber v. 2. September 1998 „Akayesu“, Rn. 491 ff., unter: <http://www.ictcr.org/default.htm> (am 21. Februar 2005); *G. Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn 51.

<sup>27</sup> Hybrid = lat., aus dem Griechischen abgeleitet: von zweierlei Herkunft, zwitterig; andere Autoren bevorzugen bisweilen die Bezeichnung „gemischt“; hier wird im Folgenden der Oberbegriff „hybrid“ beibehalten.

durch einen Nationalstaat wird ein Gerichtshof eingesetzt, um für einen bestimmten Zeitraum in einem beschriebenen Territorium gewisse Verbrechen zu verfolgen.<sup>28</sup> Diese neue Form der ad hoc-Strafgerichtbarkeit ist ein Produkt des Bedürfnisses einzelner Staaten, Teile ihrer Vergangenheit strafrechtlich zu erfassen, während derer schlimmste humanitäre Verbrechen begangen worden sind. Aufgrund innerstaatlichen Kapazitätenmangels oder genereller innenpolitischer Instabilität – so im Falle der Tribunale in Ost-Timor, Sierra Leone und Kambodscha – sind sie indes auf internationale Hilfe bei der Errichtung solcher Gerichte angewiesen. Auch kann bei bereits eingerichteten internationalen Strafinstanzen die schiere Anzahl der Fälle die Einrichtung eines hybriden Gerichtshofs bedingen, so im Falle des Kosovo-Tribunals<sup>29</sup> sowie des hybriden Gerichts in Bosnien-Herzegowina. Die Besetzung eines solchen Gerichts wird zu Anteilen von internationaler Seite und dem Initiatorstaat vorgenommen, um – im Folgenden darzustellende – Stärken des ad hoc-Gerichtsmodells mit den Vorteilen nationaler Strafverfolgungsmöglichkeiten zu verbinden; bis dato wurde die internationale Besetzung stets von per Resolution des Sicherheitsrates eingesetzten Verwaltungseinheiten oder aber durch den UN-Generalsekretär selbst bestimmt oder zumindest maßgeblich mitbestimmt.<sup>30</sup>

### 2.2.1. „Internationalisierungsgrad“ der hybriden Gerichte

Indes bedarf es zur Bestimmung der einzelnen hybriden Gerichtshöfe einer weiteren Differenzierung im Hinblick auf den Grad der „Internationalisierung“ der verschiedenen Institutionen: Hybride Gerichte operieren nicht „rein“ international wie ICTY oder ICTR, da nationales Gerichtspersonal eingesetzt wird und auch durchweg Teile der nationalen Rechtsordnungen in die Statute der Gerichte übernommen werden.<sup>31</sup> Die Konstituierung der Gerichte folgt keinem klaren Muster,<sup>32</sup> was zu unterschiedlichen Abhängigkeitsgraden von den jeweiligen nationalen Gerichtssystemen führt. Im Folgenden werden daher auch die verschiedenen Internationalisierungsgrade bestimmt und die daraus resultierenden Konsequenzen beleuchtet.

### 2.2.2. United Nations Missions im Kosovo und in Ost-Timor

Innerhalb nur weniger Monate des Jahres 1999 sah sich die UNO mit einer der größten Herausforderungen der letzten Jahrzehnte konfrontiert: Der Wiederherstellung einer Staatsstruktur im Kosovo und in Ost-Timor. Im Kosovo war eine Staatsstruktur durch den Krieg im ehemaligen Jugoslawien völlig zerstört worden. Eine ähnliche Zerstörung des Landes hatte Ost-Timor erlitten: Im Zuge der Unabhängigkeitserklärung Ost-Timors von Indonesien, der ehemaligen Besatzermacht, hatten indonesische Truppen bei ihrem Abzug aus dem Lande die Infrastruktur des Landes völlig zerstört; zudem waren massive Menschenrechtsverletzungen durch die abziehenden Truppen an der Bevölkerung Ost-Timors begangen worden.

Durch Resolutionen des Sicherheitsrates wurden in beiden Territorien jeweils UN-geführte Interimregierungen einge-

setzt.<sup>33</sup> Diese waren berufen, alle exekutiven und legislativen Funktionen auszuüben, darunter die Errichtung der Gerichtsorganisation.<sup>34</sup> Die Umsetzung dieser Funktionen wurde mittels des Erlasses von sog. *Regulations* vorgenommen, die innerstaatlich Gesetzesrang haben und gegenüber bereits bestehenden innerstaatlichen Normen Vorrang genießen; in diesen sog. „*nation-building*“-Operationen handelte die UNO mithin als Gesetzgeber.<sup>35</sup>

Anders als jemals zuvor musste sich die UNO zuvorderst damit beschäftigen, überhaupt eine staatliche Struktur wiederherzustellen, um erst *darauf basierend* ein Gerichtssystem aufzubauen.<sup>36</sup> Die hybriden Kammern wurden sodann als Teile in die Gerichtssysteme eingefügt.

So wurde das hybride Tribunal für Ost-Timor, eine Sonderkammer innerhalb des *District Court in Dili*<sup>37</sup>, mittels dreier *Regulations* eingerichtet.<sup>38</sup> Seine Gerichtsbarkeit ist konzip-

<sup>28</sup> L. A. Dickinson, The Relationship between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo, in: *New England Law Review*, Vol. 37, 2003, S. 1059; S. Katzenstein, Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor, in: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003, S. 245.

<sup>29</sup> L. A. Dickinson, *Id.*; C.L. Sriram, Globalizing Justice: From Universal Jurisdiction to Mixed Tribunals, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22/1 2004, S. 15; H. Strohmeier, Making Multilateral Interventions work: The U.N. and the Creation of Transitional Justice Systems in Kosovo and East Timor, in: *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 25, 2001, S.119.

<sup>30</sup> Siehe nur Sierra Leone: Art. 2 des *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*; Kambodscha: Art. 5 des *Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*.

<sup>31</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1063; D.F. Orentlicher, Judging Global Justice: Assessing the International Criminal Court, in: *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 21, 2003, S. 505; C.P.R. Romano/A. Nollkämper, The Arrest Warrant against the Liberian President, *Charles Taylor*, in: *The American Society of International Law Insights*, Juni 2003, S. 3.

<sup>32</sup> So wurden die hybriden Tribunale für Sierra Leone und Kambodscha durch einen Vertrag mit der UNO begründet, während die Gerichte für Ost-Timor und den Kosovo – indirekt – auf Resolutionen des Sicherheitsrates basieren; siehe eingehend unter 2.4.

<sup>33</sup> In Ost-Timor wurde durch UN Doc. S/Res/1272 (1999) v. 25. Oktober 1999 die *United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET) eingesetzt; im Kosovo wurde durch UN Doc. S/Res/1244 (1999) v. 10. Juni 1999 die *United Nations Interim Administration in Kosovo* (UNMIK) eingesetzt.

<sup>34</sup> UN Doc. S/Res/1244 (1999), Rn. 11 (b), (i); UN Doc. S/Res 1272(1999) Rn. 1.

<sup>35</sup> H. Strohmeier, Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor, in: *The American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, S. 47.

<sup>36</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1064; S. Katzenstein, a.a.O. (Fn. 28), S. 248 ff.; D.A. Mundis, New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law, in: *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, S. 942; H. Strohmeier, *Id.*, S. 60; *derselbe*, a.a.O. (Fn. 29), S. 112.

<sup>37</sup> UNTAET *Regulation* 2000/11, Section 10 „*Exclusive Jurisdiction for Serious Crimes*“.

<sup>38</sup> UNTAET *Regulation* 2000/11, verabschiedet am 6. März 2000, etablierte das Gerichtssystem für Ost-Timor; sodann wurden per *Regulation* 2000/15 die Richterammer, *Special Panels for Serious Crimes*, eingerichtet und mit *Regulation* 2000/16 die Anklagebehörde, *Serious Crimes Unit*, eingesetzt, unter: <http://www.unmikonline.org> (am 21. Februar 2005); näher dazu S. Katzenstein, a.a.O. (Fn. 28), S. 248 ff.; H. Strohmeier, a.a.O. (Fn. 35), S. 50 ff.

tionell identisch mit der des ICTY;<sup>39</sup> die Kammern setzen sich aus jeweils zwei internationalen Richtern und einem nationalen Richter zusammen, als Katalog verfolgter Verbrechenstatbestände wurde im Wesentlichen das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes übernommen<sup>40</sup> sowie Mord und Sexualverbrechen nach dem indonesischen Strafgesetzbuch.

Im Kosovo bestanden zunächst Bestrebungen, eine zentrale internationale Gerichtseinheit einzurichten, den *Kosovo War and Ethnic Crimes Court*. Aufgrund fehlender Finanzierungsmöglichkeiten und internen politischen Widerstandes<sup>41</sup> ging man sodann einen anderen Weg: Internationale Richter und Anwälte wurden per UNMIK-Regulation 64<sup>42</sup> in bestimmte Kammern nationaler Gerichte eingegliedert (die sog. „Regulation 64-Panels“); es wurde sichergestellt, dass diese internationalen Richter bei Prozessen um völkerrechtlich relevante Verbrechen stets in einer Mehrheit vertreten waren, um die Beachtung internationaler Menschenrechtsnormen zu überwachen.<sup>43</sup>

Beide Institutionen haben gemein, dass sie in die nationalen Gerichtssysteme integriert sind und dadurch keine eigenständige völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit haben: Völkerrechtssubjekt bleibt der Staat als kollektive Entität, dem die Gerichtskammern zugerechnet werden. Mithin handelt es sich insoweit um „internationalisierte“ staatliche Gerichte,<sup>44</sup> die von der innerstaatlichen Logistik abhängig sind.

### 2.2.3. Special Court for Sierra Leone

Prominentestes Beispiel für hybride Gerichte ist der Gerichtshof in Sierra Leone (SCSL).<sup>45</sup>

Seit März 1991 tobte im westafrikanischen Staat Sierra Leone ein blutiger Bürgerkrieg; die Kämpfe waren 1999 zeitweilig eingestellt worden, als durch die Vermittlung des UN-Generalsekretärs zwischen dem Präsidenten und seinen Widersachern das Friedensübereinkommen von Lomé<sup>46</sup> geschlossen werden konnte. Indes begannen bald wieder blutige Kämpfe zwischen Rebellen und Regierungstruppen. Nur mit der Aufstockung der stationierten *Peacekeeping Forces*<sup>47</sup> der UNO konnte schließlich Anfang 2002 der Bürgerkrieg beendet werden. Am 16. Januar 2002 wurde die Errichtung des Gerichtshofes zwischen UNO und der Regierung Sierra Leones beschlossen<sup>48</sup>, um die Führungstäter und „Schlüsselfiguren“ des Bürgerkrieges strafrechtlich zu verfolgen.

Anders als im Falle ICTY und ICTR wurde für die Errichtung des Gerichtes nicht etwa auf eine Ermächtigung des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII UNC zurückgegriffen, sondern es wurde ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen UNO und der Regierung Sierra Leones geschlossen. Alle drei Organe des SCSL – Richterkammer, Anklage sowie Gerichtsverwaltung – wurden mit UN-berufenen Funktionären sowie solchen aus Sierra Leone selbst besetzt, wobei internationale Richter ihre von staatlicher Seite Sierra Leones eingesetzten Kollegen überstimmen können.<sup>49</sup> Die Gerichtsbarkeit *ratione temporis* reicht vom 30. November 1996 bis zu einem noch zu determinierenden Zeitpunkt. Obgleich die

Menschenrechtsverletzungen bereits Ende 1991 einsetzten, wurde aus Praktikabilitätsabwägungen und der Befürchtung erheblicher Beweisschwierigkeiten heraus<sup>50</sup> ein späteres Datum festgelegt. Sitz des Gerichtes ist Free Town, Sierra Leone – es ist insoweit symptomatisch für hybride Gerichte, dass diese „am Ort des Geschehens“, in dem Staat errichtet werden, wo sich die in Frage stehenden Grausamkeiten zugetragen haben. Dies hat den großen Vorteil, dass der Zugang zu Beweisen sowie Zeugen erleichtert wird, zudem wird gerade in Sierra Leone das Gericht durch die Regierung des Heimatstaates voll akzeptiert und unterstützt. Dennoch arbeitet das Gericht autonom von der staatlichen Gerichtsbarkeit, mithin völlig unabhängig von staatlichen Gerichten Sierra Leones.

Der *Special Court* besitzt eigene völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit.<sup>51</sup>

In vielerlei Hinsicht haben wiederum ICTY und ICTR Modell gestanden: So ordnet Art. 14 I des Statutes des SCSL an, dass sämtliche Normen des Verfahrens- und Beweisrechts des ICTR und damit zugleich des ICTY<sup>52</sup> *mutatis mutandis* auch für den SCSL gelten. Auch die bestehende Rechtsprechung der UN-Tribunale soll die Richter des SCSL leiten, wenn auch kein Befolgungszwang besteht. Schließlich wird der Katalog strafbarer Handlungen mit Ausnahme des Tatbestandes des Völkermordes übernommen. Indes gilt hier wiederum eine Besonderheit: Neben ebendiesem Verbre-

<sup>39</sup> S. Luftglass, Crossroads to Cambodia: The United Nation's Responsibility to withdraw Involvement from the Establishment of a Cambodian Tribunal to prosecute the Khmer Rouge, in: Virginia Law Review, Vol. 90, 2004, S. 933.

<sup>40</sup> Zum Römischen Statut siehe unter III.; D. A. Mundis, a.a.O. (Rn 36), S. 944; C. Stahn, Zwischen Innovation und Umbruch: Eine Momentaufnahme des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 3 (2004), S. 171; Section 4–6 der UNTAET Regulation 2000/15 (On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences) v. 6. Juni 2000.

<sup>41</sup> D. A. Mundis, a.a.O. (Rn 36), S. 946.

<sup>42</sup> UNMIK Regulation 2000/64 v. 15. Dezember 2000, unter: <http://www.unmikonline.org>, siehe dazu auch L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1063 ff.

<sup>43</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1064; H. Strohmeier, a.a.O. (Fn. 29), S. 112.

<sup>44</sup> C. Stahn, The geometry of transitional justice: Choices of institutional design, bisher unveröffentlicht, zu Händen des Autors.

<sup>45</sup> *Special Court for Sierra Leone*, unter: <http://www.sc-sl.org/> (am 1. März 2005).

<sup>46</sup> *Lomé Peace Agreement of July 7, 1999*, unterzeichnet von den Kriegsparteien sowie dem UN-Generalsekretär: UN Doc. S/1999/777 v. 7. Juli 1999.

<sup>47</sup> *United Nations Mission in Sierra Leone* (UNAMSIL), unter: <http://www.un.org/Depts/dpko/missions/unamsil/> (am 21. Februar 2005); Expansion von UNAMSIL per UN Doc. S/Res/1289 (2000) v. 7. Februar 2000.

<sup>48</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, appended to the Report of the Secretary-General, s.o.; unter: <http://www.sc-sl.org/scsl-agreement.html> (am 1. März 2005); M. P. Scharf, a.a.O. (Fn. 25), S. 2.

<sup>49</sup> Siehe *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, Art. 11–16.

<sup>50</sup> Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915 v. 4. Oktober 2000, Rn. 26. M. P. Scharf, a.a.O. (Fn. 25), S. 2.

<sup>51</sup> SCSL Decision on preliminary motion on lack of jurisdiction *materiae*, *Prosecutor v Moinina Fofana*, Case No. SCSL-2004-14-AR72 (E), S. 6850.

<sup>52</sup> Rules of Procedure and Evidence, unter: <http://www.sc-sl.org/scsl-procedure.html> (am 25. Februar 2005).

chenskatalog, der geltendes Völkergewohnheitsrecht wiedergibt,<sup>53</sup> inkorporiert der SCSL auch staatliche strafrechtliche Normen wie Brandstiftung und Misshandlung von Mädchen unter 14 Jahren (Art. 5 des Statutes). Die Möglichkeit der freieren Bestimmung der Verbrechenstatbestände ist nur hybriden Gerichten eröffnet, da sich dort der Verbrechenkatalog im Gegensatz zu rein international begründeten Institutionen eben nicht ausschließlich aus völkerstrafrechtlich allgemein anerkannten Normenkatalogen speisen muss; die Eigenschaft der nationalen Anbindung hybrider Gerichte eröffnet den Zugriff auf nationale Strafrechtsquellen, eine positive Fortentwicklung gegenüber den bestehenden UN-geführten ad hoc-Institutionen. Der SCSL hat konkurrierende Jurisdiktion gegenüber nationalen Gerichten, kann diese aber – wie auch ICTY und ICTR – an sich ziehen.<sup>54</sup>

### 2.2.4. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Im März 2003 kamen UNO und die Regierung Kambodschas nach sechsjährigen Verhandlungen überein, ein hybrides Gericht, die *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, einzurichten.<sup>55</sup> Hier sollen Verstöße gegen die Genfer Konventionen von 1949, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Völkermord geahndet werden, begangen zwischen dem 17. April 1975 und dem 6. Januar 1979 unter der Herrschaft der Khmer Rouge unter ihrem Führer Pol Pot; damals waren 1,7 Millionen Einwohner Kambodschas teils durch systematische Folter und Exekutionen, teils durch Krankheit und Hungertod ums Leben gekommen.<sup>56</sup>

Das eingangs erwähnte Übereinkommen zwischen UNO und der Regierung Kambodschas, das sog. „*March Agreement*“<sup>57</sup> vom März 2003, wurde, um einige Änderungen ergänzt, am 5. Oktober 2004 von der kambodschanischen Nationalversammlung verabschiedet.<sup>58</sup>

Die *Extraordinary Chambers* stellen einen Zwitter der bereits dargestellten hybriden Gerichte dar: Einerseits basieren sie auf einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen der Regierung Kambodschas und der UNO; andererseits operiert das Gericht in Form von Kammern innerhalb des staatlichen Gerichtssystems, teils mit internationalen, teils mit nationalen Richtern, Anklägern und sonstigem Gerichtspersonal besetzt.<sup>59</sup> Auch diesem Gericht fehlt eine eigenständige völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit, Völkerrechtssubjekt bleibt der Staat Kambodscha. Zudem werden die Kammern mit einer Mehrheit kambodschanischer Richter besetzt sein, die eine Entscheidung im Sinne der Überzeugung der internationalen Richter blockieren kann;<sup>60</sup> indes bedarf es zur wirksamen Beschlussfassung stets der Stimme eines der internationalen Richter.

### 2.2.5. Special War Crimes Chamber in the State Court of Bosnia and Herzegovina

Das Projekt eines hybriden Gerichtes im Staate Bosnien-Herzegowina ist die neueste Entwicklung im Sektor hybrider Strafgerichtsbarkeit. Die sog. „*War Crimes Chambers*“ sind dem Aufbau nach vergleichbar zu denen in Ost-Timor und dem Kosovo. Sie werden zur Ahndung von Kriegsverbrechen,

Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Völkermord in das staatliche Gerichtssystem integriert. Internationale Richter werden mit staatlichen Richtern zusammen eine Anzahl von Fällen „mittelschwerer“ Völkerrechtsverbrechen bearbeiten, die teils vom ICTY rückverwiesen werden oder aber von lokalen Gerichten ob ihrer Brisanz auf Bundesgerichtsebene unter Beteiligung internationaler Richterschaft verhandelt werden sollen. Die Kammern sind mitunter als „Ventil“ für die Flut an Fällen antizipiert, die dem ICTY derzeit vorliegen und bei deren Bearbeitung der ICTY kaum die geplante Beendigung aller erstinstanzlichen Verfahrensaktivitäten Ende 2008 erreichen kann.<sup>61</sup> Die Kammern haben Anfang 2005 ihre Arbeit aufgenommen. Sie haben, bedingt durch ihre staatliche Einbindung, keine eigene völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit.

## 2.3. Der Internationale Strafgerichtshof

### 2.3.1. Errichtung des Römischen Statutes

Inspiziert durch die Einsetzung des ICTY Mitte 1993 wurden Bestrebungen der UNO-Generalversammlung hin zu einer permanenten Instanz zur Ahndung der schwersten Völkerrechtsverbrechen reaktiviert; bereits in den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts war die Einrichtung einer solchen Institution angedacht worden,<sup>62</sup> aufgrund der politisch angespannten Lage im Zuge des Kalten Krieges wurde dieses Vorhaben

<sup>53</sup> Siehe a.a.O. (Fn. 25).

<sup>54</sup> Statut des SCSL, Art. 8; S. Luftglass, a.a.O. (Fn. 39), S. 932; D. A. Mundis, a.a.O. (Fn. 36), S. 936.

<sup>55</sup> *Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, 17 March 2003, U.N. GAOR 3d Comm., 57th Session, Annex, Agenda Item 109 (b), U.N. Doc. A/57/806 (2003) in Bezugnahme auf Res/A 57/228 v. 18 Dezember 2002, unter: <http://www.yale.edu.cgp/news.html> (am 3. März 2005); S. Luftglass, *Id.*, S. 906 ff.

<sup>56</sup> S. Luftglass, *Id.*, S. 895 ff.

<sup>57</sup> S. Luftglass, *Id.*, S. 916.

<sup>58</sup> *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*; S. Meisenberg, *The Cambodian Extraordinary Chambers*, Bofaxe No. 287E, unter: <http://www.ifhv.de/> (am 21. Februar 2005); *The Cambodia Daily*, 6th October 2004, unter: <http://www.genocidewatch.org/Cambodia> (am 21. Februar 2005).

<sup>59</sup> Art. 9, 11, 16 des *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, Law NS/RKM/0801/12, adopted on 11 July 2001.

<sup>60</sup> Siehe Art. 17, 36 und 37 des *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, *Ibid.*

<sup>61</sup> Die sog. „Completion Strategies“ sehen eine Beendigung der Ermittlungstätigkeit des ICTY Ende 2004, die Beendigung aller erstinstanzlichen Verfahren zum 31. Dezember 2008 und sodann die Schließung des Gerichtes am Ende 2010 vor; siehe UN Doc. S/Res/1534 (2004) v. 26. März 2004; siehe generell zur Errichtung des Gerichtes Amnesty International, *Bosnia-Herzegowina: Shelving justice – war crimes prosecutions in paralysis*, AI Index: EUR 63/018/2003, November 2003.

<sup>62</sup> So statuiert Art. VI der Völkermord-Konvention von 1948, dass neben nationalen Gerichten ein internationales Strafgericht Beschuldigte des Völkermordes oder eines der in Art. III aufgeführten Verbrechen anklagen kann. Kurz zuvor hatte die UN-Generalversammlung die *International Law Commission* (ILC) per Resolution mit der Formulierung der Kernstrafatbestände in Form von *Principles* beauftragt: Resolution 177 II der UNO-Generalversammlung v. 21. November 1947, UN Doc. A/CN.4/5 (1947).



jedoch nicht weiterverfolgt.<sup>63</sup> Eine einberufene Diplomat-sche Konferenz der Vereinten Nationen verabschiedete schließlich nach 19 Verhandlungsrunden am 17. Juli 1998 das „Römische Statut“<sup>64</sup> für den Internationalen Strafgerichtshof, das am 1. Juli 2002 in Kraft trat.

Am 27. September 2004 konnte mit Guyana die 97. Ratifikation des Statutes verzeichnet werden;<sup>65</sup> über die Hälfte der Staaten der Welt hat damit das Römische Statut ratifiziert.<sup>66</sup>

### 2.3.2. Das Römische Statut

Das Römische Statut zeugt von einer neuen Konzeption eines Tribunals, das hinsichtlich seiner Zuständigkeit *ratione temporis, personae* und *loci* unbeschränkt sein sollte; eine möglichst umfassende Zuständigkeit des „Weltgerichtshofes“ bezüglich schwerster Verletzungen des humanitären Völkerrechts war erklärtes Ziel der Mehrheit der beteiligten Staatenvertreter.<sup>67</sup> Dies konnte nicht über eine Resolution des Sicherheitsrates geschehen, da der IStGH gerade keine Reaktion des Sicherheitsrates auf eine konkrete Krisensituation nach Kapitel VII der UNC darstellen sollte, wie es Art. 39 UNC fordert. Es bedurfte eines internationalen Vertrages mit möglichst vielen Unterzeichnerstaaten.

Der IStGH wird als ständige Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit des Völkerrechts (Art. 1, 4) mit Sitz in Den Haag (Art. 3), den Niederlanden, eingerichtet.

Tragender Grundsatz des Statutes ist das Prinzip der **Komplementarität**, Art. 17 IStGHSt; danach wird nicht etwa die nationale Gerichtsbarkeit verdrängt, sondern die Gerichtsbarkeit des IStGH setzt erst ein, wenn ein Staat nicht willens oder in der Lage ist, selbst Gerichtsbarkeit über eine begangene Straftat auszuüben. In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung des Komplementaritätsprinzips wird dieses innerhalb der Verfahrens- und Beweisregeln<sup>68</sup> weiter konkretisiert.

Voraussetzung für die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes ist, dass als Täter ein Bürger eines der Mitgliedstaaten in Betracht kommt oder sich die Tat auf dem Territorium eines der Mitgliedstaaten ereignet hat, Art. 12 IStGHSt. Auch Nichtmitgliedstaaten des Statutes können eine ad hoc-Zuständigkeit des IStGH für einen konkreten Fall erklären, Art. 12 III. Schließlich kann der UN-Sicherheitsrat, im Rahmen seiner Handlungsbefugnisse nach Kapitel VII UNC, dem Ankläger eine Situation überweisen. In diesem Falle jedoch kommt es weder auf die Staatsangehörigkeit des Täters, noch auf den Tatort an. Das Gericht ist für die Ahndung folgender vier Verbrechenstatbestände zuständig: Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und das Verbrechen der Aggression, Art. 5–8. Letzteres ist aufgrund mangelnder definitorischer Ausgestaltung bis dato nur eine Tatbestands-„hülse“, die vorbehaltlich einer gemäß der Art. 121 iVm Art. 123 zu verabschiedenden Definition in das Statut aufgenommen worden ist.<sup>69</sup>

Der IStGH ermittelt derzeit in vier Situationen: in Uganda, der Demokratischen Republik Kongo, der Zentralafrikanischen Republik und im Sudan; die ersten drei Situationen wurden dem IStGH über eine Staatenverweisung gem. Art. 13 a

zugewiesen.<sup>70</sup> Die Situation im Sudan wurde dem IStGH durch eine Resolution des Sicherheitsrates zugewiesen.

Der IStGH ist *ratione temporis* nur zuständig für nach Inkrafttreten des Statuts von Rom – seit dem 01.07.2002 – begangene Verbrechen.

## 2.4. Problemstellungen und Interaktion der Gerichtshöfe

Das Nebeneinander der aufgezählten Institutionen wirft eine Reihe noch ungelöster Probleme auf, auch bedingt durch die Tatsache, dass einige Gerichte erst seit wenigen Jahren existieren und operieren. Im Folgenden werden zunächst die ad hoc-Gerichte zueinander in Beziehung gesetzt, um sodann die Interaktion dieser Institutionen mit dem Internationalen Gerichtshof zu erklären und Problemstellungen aufzuzeigen.

### 2.4.1. Problemstellungen innerhalb der ad hoc-Gerichte

Es stellt sich die Frage, welche Rolle hybride Gerichte neben rein internationalen Tribunalen einnehmen. Insbesondere ist zu untersuchen, ob hybride Gerichte Tribunale wie ICTY und ICTR in der Zukunft gar überflüssig machen. Die UNO würde dies sicherlich begrüßen: Die Kostenexplosion<sup>71</sup> auf Seiten der internationalen ad hoc-Gerichte ICTY und ICTR hat dazu geführt, dass die UNO sich klar von der Einrichtung weiterer UN-Tribunale distanzierte. Ähnlich abschreckende Wirkung entwickelt die lange Verfahrensdauer.<sup>72</sup>

<sup>63</sup> J. Crawford, The ILC's draft statute for an International Criminal Court, in: American Journal of International Law, Vol. 88, 1994, S. 141; P. Kirsch in: O. Triffterer, Commentary on the Rome Statute, Baden-Baden 1999, Introduction Rn. 2; G. Werle, a.a.O. (Fn. 5), Rn 57 ff.

<sup>64</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, unter: [http://www.icc-cpi.int/library/officialjournal/Rome\\_Statute\\_120704-EN.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/officialjournal/Rome_Statute_120704-EN.pdf) (am 28. Februar 2005).

<sup>65</sup> Siehe ICC Press Release 27. 9. 2004, unter: <http://www.icc-cpi.int/newspoint/pressreleases/44.html> (am 28. Februar 2005).

<sup>66</sup> Die Anzahl aller Staaten der Welt wird derzeit mit 192 (so das U.S. American State Department) – 193 beziffert: unter <http://geography.about.com/cs/countries/a/numbercountries.htm> (am 20. Februar 2005).

<sup>67</sup> Die sog. „Group of like-minded States“, M. Leigh, The United States and the Statute of Rome, in: The American Journal of International Law, Vol. 95, 2001, S. 126; H.-P. Kaul, Der Aufbau des Internationalen Strafgerichtshofs – Schwierigkeiten und Fortschritte, in: Vereinte Nationen, Vol. 6, 2001, S. 219 f.; P. Kirsch, in: O. Triffterer, a.a.O. (Fn. 63), Introduction Rn. 13.

<sup>68</sup> Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/1/3, adopted during the First Session of the ASP, 3-10 Sept 2002, in New York; unter: [http://www.icc-cpi.int/library/officialjournal/Rules\\_of\\_Proc\\_and\\_Evid\\_070704-EN.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/officialjournal/Rules_of_Proc_and_Evid_070704-EN.pdf) (am 28. Februar 2005).

<sup>69</sup> G. Gaja in: A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford-New York 2002, 2 Bände, Vol. 1, S. 430 ff.; R.S. Lee, The International Criminal Court, The Hague-London-Boston 1999, S. 81 ff.; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 67), S. 217 f.; derselbe, Durchbruch in Rom – Der Vertrag über den Internationalen Strafgerichtshof, in: Vereinte Nationen, Vol. 4, 1998, S. 126 ff.; G. Werle, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 1138.

<sup>70</sup> Pressemitteilungen des Chefanklägers v. 23. Juni 2004 und 28. Juli 2004, unter: <http://www.icc-cpi.int/newspoint/pressreleases.html> (am 16. Februar 2005) sowie Doc. ICC-01/05-1 v. 18. Januar 2005.

<sup>71</sup> \$ 276.000 im Jahre 1993, im Gegensatz dazu im Zweijahreshaushalt für 2004 und 2005 vorgesehen: \$ 271.854.600, unter: <http://www.un.org/icty/glance/index.htm> (am 23. Februar 2005); C. Stahn, a.a.O. (Fn. 40), S. 173.

Zwar ist insbesondere die Finanzierung auch ein Problem hybrider Gerichte, da sie – wenn überhaupt – nur bedingt die UNO als „Mutter“ der Einrichtung im Hintergrund haben.<sup>73</sup> So wird die bisweilen unzulängliche Gerichtstätigkeit der internationalisierten Tribunale im Kosovo und in Ost-Timor auf eine fehlende Finanzierung durch die UNO zurückgeführt, nachdem die von der UNO eingesetzten Administrationen UNMIK und UNTAET die hybriden Gerichte in die staatlichen Gerichtssysteme eingebettet hatten. Dennoch sind die finanziellen Erfordernisse aufgrund der nationalen Einbindung hybrider Gerichte erheblich geringer, zumal zusätzlich eine ganze Reihe verschiedener Finanzierungsmodelle bestehen. Allerdings darf die Frage der Finanzierung die rechtliche Bewertung der verschiedenen ad hoc-Institutionen nicht zu sehr beeinflussen, da die Finanzierung ein vorwiegend operatives Problem darstellt, das die folgend angestellten *strukturellen* Überlegungen nur marginal berührt.

#### 2.4.1.1. Konkurrenz internationaler Tribunale zu hybriden Gerichten

Eine konfligierende Gerichtsbarkeit kann sich zwischen UN-Tribunalen wie ICTY/ICTR einerseits und hybriden Gerichten andererseits nur zugunsten der ersteren entscheiden:

Dies resultiert aus der starken Stellung der UN-Tribunale gegenüber den Staaten: ICTR und ICTY operieren als eine Art Unterorgane des UN-Sicherheitsrates („*subsidiary organs*“, Art. 29 iVm Art. 39, 41 UNC),<sup>74</sup> eingesetzt durch die jeweiligen Sicherheitsratsresolutionen; da diese Resolutionen unter Berufung auf Kapitel VII UNC alle UN-Mitgliedstaaten zur Kooperation verpflichten, trifft alle UN-Mitgliedstaaten die Obligation zur Zusammenarbeit, entgegenstehende Verpflichtungen der Staaten aus anderen internationalen Verträgen stehen gem. Art. 103 UNC zurück. Mithin entfaltet Art. 103 UNC gerade auch gegenüber Verpflichtungen aus Gründungsverträgen für hybride Gerichte Vorrangwirkung. Die Vorrangwirkung des Art. 103 UNC trifft solche hybriden Gerichte unmittelbar, die in ein nationales Gerichtssystem eingebunden sind, da sich die staatlichen Verpflichtungen durch die enge Verbindung zwischen Staat und Gericht direkt auf das Gericht auswirken. Hybride Gerichte, die auf einem internationalen Gründungsvertrag mit einem Staat beruhen und außerhalb des staatlichen Gerichtssystems operieren, trifft die Wirkung des Art. 103 UNC nicht unmittelbar, da sie eigene völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit besitzen;<sup>75</sup> indes trifft den Vertragspartnerstaat der Vorrang der Verpflichtungen gegenüber dem Sicherheitsrat und damit gegenüber den UN-Tribunalen. Dieser Verpflichtung des Vertragspartners kann sich das hybride Gericht nicht widersetzen.

Die einzig denkbare Konfliktsituation könnte sich ergeben, wenn der UN-Sicherheitsrat einen Kooperationszwang der UN-Mitgliedstaaten mit einem hybriden Gericht per Resolution nach Kapitel VII UNC erließe, wie seinerzeit gefordert für den SCSL in Sierra Leone; dann müssten Erwägungen angestellt werden, welches Tribunal im Sinne einer Spezialität Gerichtsbarkeit ausübt<sup>76</sup> – so vermutlich das Jugoslawien-Tribunal für begangene Verbrechen im Staatsgebiet des ehemaligen Jugoslawien. Diese Lösung liegt auch von daher

nahe, als dass sämtliche ad hoc-Tribunale in Reaktion auf regional abgrenzbare Konflikte errichtet worden sind – dort bereits angesammelte Kenntnis der Ankläger und Richter kann Verbrechen, die im Rahmen des vom Gericht behandelten Konfliktes begangen wurden, besser in den nationalen Kontext setzen und damit sachgerechte Ergebnisse gerade im Hinblick auf nationale Besonderheiten erzielen. Stehen dennoch mehrere Gerichte in Frage für die Bestrafung einer Person, die an mehreren, regional voneinander abgrenzbaren Konflikten beteiligt war, so muss der Schwerpunkt der strafrechtlich relevanten Handlungen ermittelt werden, um darauf basierend das zuständige Gericht zu bestimmen.

#### 2.4.1.2. Konkurrenz der ad hoc-Gerichte gegenüber drittstaatlichen Gerichten

Gleichzeitig erleichtert die starke Position der UN-Tribunale mit ihrer – im Statut festgeschriebenen<sup>77</sup> – vorrangigen Gerichtsbarkeit gegenüber drittstaatlichen Gerichten die Gerichtstätigkeit enorm.

Für hybride Gerichte ohne die direkte Legitimation der Staatengemeinschaft kann ein solcher Vorrang zwar gegenüber dem staatlichen Gerichtsgefüge festgeschrieben werden,<sup>78</sup> gegenüber drittstaatlichen Gerichten ist dies jedoch unmöglich, solange keine Legitimation nach Kapitel VII UNC durch den UN-Sicherheitsrat erfolgt.

Akte der Strafverfolgung wie Haftbefehle oder Überstellungsanträge hybrider Gerichte gegen Angehörige dritter Staaten entfalten ohne gesonderte Kooperationsabkommen für diese Staaten keine Bindungswirkung.<sup>79</sup> So kann im Rahmen aktiver Strafverfolgung eine bedenkliche Abhängigkeit von der Zusammenarbeit mit anderen Staaten entstehen: Im Falle Ost-Timors kann ein Teil der Verantwortlichen – für die sich nicht einmal die Frage einer Immunität für Staatsoberhäupter stellt – für die begangenen Völkerrechtsverbrechen

<sup>72</sup> Siehe dazu „*Pace of Proceedings*“, unter <http://www.icty.org/default.htm> (am 23. Februar 2005); C. Stahn, a.a.O. (Fn. 40), S. 173.

<sup>73</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1070; L. R. Hall/N. Kazemi, *Prospects for Justice and Reconciliation in Sierra Leone*, in: *Havard International Law Journal*, Vol. 44, 2003, S. 299; S. Katzenstein, a.a.O. (Fn. 28); C. L. Sriram, a.a.O. (Fn. 29), S. 26; die ausschlaggebende Frage ist hier, ob hybride Gerichte über das Budget der UNO oder über Sonderhaushalte finanziert werden. So wird z. B. der SCSL über freiwillige Kontributionen der Staatengemeinschaft finanziert, Art. 6 des *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone*, a.a.O. (Fn. 48); da freiwillige Kontributionen indes nicht im benötigten Maße zusammenkamen, wird eine Subvention des SCSL durch den UN-Sicherheitsrat erwogen, *Report of the Auditor of the SCSL*, Rn 26, S. 10, unter: [www.sc-sl.org/auditreport2003.pdf](http://www.sc-sl.org/auditreport2003.pdf) (am 1. März 2005).

<sup>74</sup> ICTY *Tadic*, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 35 ff.; Entscheidung des SCSL Appeals Chamber *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction*, SCSL-2003-01-1, S. 3031, unter: <http://www.sc-sl.org/> (am 24. Februar 05), im Folgenden *SCSL Taylor*; A. Cassese, *International Criminal Law*, S. 343 ff.

<sup>75</sup> Dies betrifft freilich derzeit nur den SCSL in Sierra Leone, s.o. B) II. 3.

<sup>76</sup> M. Bohlander in: *Cassese/Gaeta/Jones*, a.a.O. (Fn. 70), S. 689.

<sup>77</sup> Art. 9 ICTYSt, Art. 8 ICTRSt; [www.un.org/icty/glance/index.htm](http://www.un.org/icty/glance/index.htm) (am 26. Februar 2005); UN Doc. S/RES/827 (1993) v. 25. Mai 1993, Rn. 4; S. Luftglass, a.a.O. (Fn. 39), S. 921; O. Triffterer in: O. Triffterer, a.a.O. (Fn. 63), *Part I*, Rn. 56.

<sup>78</sup> Siehe Art. 8 II des *Statute of the Special Court for Sierra Leone*.

wie Massenvergewaltigungen, Vertreibungen und Massaker an der Zivilbevölkerung nicht verurteilt werden, da die indonesischen Täter von der indonesischen Regierung an das Gericht schlicht nicht überstellt werden.<sup>80</sup>

Noch prägnanter stellt sich das Problem dar, wenn die Überstellung fremder Staatsoberhäupter begehrt wird. Deren Immunität aufgrund ihrer staatsleitenden Position bewahrt sie nicht vor Strafverfolgung durch internationale Strafgerichte, die über Kapitel VII UNC legitimiert sind oder durch den IStGH – wie unlängst vom Internationalen Gerichtshof (IGH) entschieden.<sup>81</sup> Diesem Ausspruch des Gerichtes liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass häufig schlimmste Völkerrechtsverbrechen von höchster staatlicher Stelle angeordnet und koordiniert werden; folgte man dem noch Anfang des 20. Jahrhunderts strikt beachteten Grundsatz, dass Straftäter, die eine staatsleitende Funktion innehaben, durch den Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Abs. 1 UNC) vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt sind, die während der Amtszeit der Person in Ausführung ihres Amtes begangen wurden, so würde dies faktisch eine Straffreiheit dieser Personen bedeuten. Deshalb soll Immunität einer Strafverfolgung nicht entgegenstehen, wenn Personen in staatsleitender Funktion in gravierender Weise gegen zentrale Normen des Völkerstrafrechts verstoßen. Um dennoch dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten dahingehend Rechnung zu tragen, dass nicht einzelne staatliche Gerichte in die Regierungsstruktur anderer Staaten durch den Erlass von Haftbefehlen o. Ä. Eingreifen, sollen nur **internationale** Strafgerichte, die von der Staatengemeinschaft legitimiert und zur Beschränkung staatlicher Souveränitätsrechte befugt sind, die Strafverfolgung ausüben können.<sup>82</sup> Hier manifestiert sich der Vorteil internationaler Gerichte, dass ihrer Gerichtsbarkeit Immunität von Oberhäuptern oder dem Führungsstab eines Staates nicht entgegensteht.

Indes ist zweifelhaft, ob hybride Gerichte durch den Vertragspartner Vereinte Nationen – wie dies für den *Special Court* in Sierra Leone und die *Extraordinary Chambers* in Kambodscha der Fall ist – mit derselben Fähigkeit „internationaler Strafgerichte“ im Sinne des erwähnten Urteils des IGH ausgerüstet sind, nationale Souveränität im Rahmen der Strafverfolgung zu überwinden. Bemerkenswert ist dazu die Argumentation der Richter des SCSL in ihrem Urteil *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, dass der Vertrag Sierra Leones mit der UNO über die Errichtung des *Special Court* diesen zu einer internationalen Entität mache.<sup>83</sup> Schließe die UNO als Völkerrechtssubjekt einen Vertrag, so impliziere dies die Zustimmung aller ihrer Mitglieder und damit faktisch der gesamten Staatengemeinschaft. Mithin seien Vertragspartner Sierra Leones alle Mitgliedstaaten der UNO gewesen, das geschaffene Gericht somit eine internationale Einrichtung.

Was dennoch fehlt, ist die explizite Legitimationswirkung einer Sicherheitsratsresolution *über Kapitel VII UNC*, die erst den aktiven Kooperationszwang der Staatengemeinschaft hervorruft (Art. 25 UNC). Dasselbe gilt für die *Extraordinary Chambers* in Kambodscha, die sich ebenso auf einem Vertrag mit der UNO begründen. Für die Tribunale im Kosovo und in

Ost-Timor liegt der Fall ähnlich: Zwar handelte der UN-Sicherheitsrat bei der Einrichtung der UN-geführten Verwaltungen auf beiden Staatsgebieten gar unter Berufung auf Kapitel VII UNC; indes war diese Ermächtigung nur auf die Einrichtung der UN-Verwaltungen in den Regionen begrenzt,<sup>84</sup> die Einrichtung der Tribunale war zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal explizit vorgesehen.

So wird man am SCSL in Sierra Leone ohne den nötigen Nachdruck der UNO wohl vergebens auf die Überstellung des ehemaligen liberianischen Präsidenten *Charles Taylor* aus dem Exil in Nigeria warten.

Eine Lösung dieses Problems wurde indes in besagtem Urteil des SCSL angedeutet:<sup>85</sup> Sollte sich mangelnde Kooperation der Staaten mit dem SCSL offenbaren, so könne der Sicherheitsrat mit einer Resolution unter ausdrücklicher Berufung auf Kapitel VII UNC die Staaten zur Zusammenarbeit mit dem Gericht zwingen. Allerdings hat der Sicherheitsrat bis dato noch nicht entsprechend reagiert. Auch für die übrigen hybriden Gerichte ist eine solche Unterstützung seitens des Sicherheitsrates bislang ausgeblieben.

#### 2.4.1.3. Nationale Einflussnahme auf hybride Gerichte

Die Aufteilung der Verantwortung auf nationales und internationales Personal im Rahmen hybrider Gerichte drängt Unsicherheit auf, wer letztlich die Verfahren kontrolliert.<sup>86</sup> Die Balance der Machtstruktur bedarf klarer und ausdrücklicher Ausgestaltung im Statut des jeweiligen Gerichtes, da im Rahmen hybrider Gerichte die Interessen der UNO einerseits und des Staates, in welchem das Gericht arbeitet, andererseits, bisweilen im Konflikt zueinander stehen – beide Vertragspartner wollen das „letzte Wort“ innerhalb der Prozesse haben.<sup>87</sup> Diese Interessengegensätze können sich auf das Gerichtspersonal, speziell die Richterschaft, projizieren. Dies ist ein Problem, welches dem rein international besetzten Tribunal fremd ist. Die letzten zwei Projekte hybrider Strafgerichtsbarkeit, Sierra Leone und Kambodscha, zeigen,

<sup>79</sup> P. H. F. Bekker, World Court orders Belgium to cancel an Arrest Warrant issued against the Congolese Foreign Minister, in: The American Society of International Law *Insights*, Februar 2002, S. 4; M. Miraldi, Overcoming Obstacles of Justice: The Special Court of Sierra Leone, New York Law School Journal of Human Rights, Vol. 19, 2003, S. 858; C. P. R. Romano/A. Nollkämper, a.a.O. (Fn. 31), S. 2.

<sup>80</sup> S. de Bertodano, Current Developments in Internationalized Courts, Journal of International Criminal Justice, Vol. 2 (2004), S. 911.

<sup>81</sup> Urteil des International Court of Justice (IGH), *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, Democratic Republic of Congo v. Belgium*, v. 14. Februar 2002, Rn. 61, unter: <http://www.icj-cij.org/decisions.htm> (am 16. Februar 2005); beachte in diesem Zusammenhang auch das laufende Verfahren vor dem IGH *Certain Criminal Proceedings in France, Republic of the Congo v. France*, unter: *Id.*

<sup>82</sup> IGH, *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, a.a.O. (Fn. 82), Rn. 61.

<sup>83</sup> SCSL *Taylor*, a.a.O. (Fn. 74) S. 3021/3022, 3031 ff., Rn. 37, 38.

<sup>84</sup> Siehe für UNMIK im Kosovo S/RES/1244 (1999), für UNTAET in Ost-Timor S/RES/1272 (1999).

<sup>85</sup> SCSL *Taylor*, a.a.O. (Fn. 74), S. 3032, Rn. 38.

<sup>86</sup> L. A. Dickinson, The Promise of Hybrid Courts, in: American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, S. 306; S. Linton, Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, in: Criminal Law Forum, Vol. 12, 2001, S. 199 ff.; D. A. Mundis, a.a.O. (Fn. 36), S. 951.

dass gerade dieses Problem erkannt und mittels klarer und unmissverständlicher Kompetenzverteilung zwischen nationalen und internationalen Kräften vermieden werden muss: Im Falle Kambodschas wird die Umsetzung der Statutsregelungen mit Spannung erwartet; die Einbindung der *Extraordinary Chambers* in das nationale Gerichtssystem lässt gerade die Unparteilichkeit der zukünftigen Kammern zweifelhaft erscheinen<sup>88</sup>, es besteht die Gefahr, dass die national eingesetzten Richter, zumal in Überzahl gegenüber ihren international eingesetzten Kollegen, staatlicher Einflussnahme erliegen und damit Verfahren in bestimmte Bahnen lenken. Diese Gefahr gewinnt an Bedeutung vor dem Hintergrund, dass die Regierung Kambodschas über weite Strecken der sechs Jahre währenden Verhandlungen über ein internationalisiertes Gericht die Intention erkennen ließ, die internationale Kontrolle der *Extraordinary Chambers* so weit wie möglich reduzieren zu wollen. Daher ist der Fall Kambodschas zugleich ein Beispiel für das oft zähe und destruktive Ringen um nationale Souveränität einerseits und internationale Bestrebungen zur Aufrechterhaltung völkerrechtlicher Standards innerhalb internationalisierter Gerichtsinstitutionen andererseits.<sup>89</sup>

#### 2.4.1.4. Nationale Versöhnung

Für die in unmittelbarer Vergangenheit errichteten hybriden Gerichte SCSL in Sierra Leone und die *Extraordinary Chambers* in Kambodscha bildete ein Vertrag zwischen UNO und dem Gerichtsstaat die Grundlage; auch für die *War Crimes Chambers* im Staatsgericht Bosnien-Herzegowinas wird ein Vertrag zwischen der UNO und der Staatsleitung erwartet. Die Errichtung auf vertraglicher Basis stellt die klare Präferenz auf Seite der UNO, aber auch auf Seite des Vertragspartners dar; der Grund ist gewichtig und zugleich schärfste Kritik an den existierenden UN-Tribunalen: Ein auf vertraglicher Basis eingerichteter Gerichtskörper ist mit der Zustimmung des „Veranstalterstaates“ auf dessen Territorium errichtet, mithin nicht über die staatliche Autorität hinweg wie im Falle der UN-Tribunale; dies fördert insbesondere die nationale Akzeptanz des Gerichtes wie auch dessen staatliche Unterstützung. Gerade nationale Akzeptanz ist ein zentraler Aspekt, das Fernziel aller Missionen, die Gerechtigkeit und ein Ende der Straflosigkeit zu etablieren versuchen: Nationale, ethnische Versöhnung der ehemaligen Kriegsparteien durch Annäherung und eine nachvollziehbare und transparente juristische Ahndung der schwersten Verbrechen.<sup>90</sup> Zudem wird durch die hybride Natur, die gerade auch Verantwortung auf nationale Kräfte verteilt, die innerstaatliche juristische Kultur vorangetrieben durch Teilhabe und Schulung der nationalen Richter und Anwälte an den hybriden Gerichten. Nationale Juristen vermögen sodann, am Gericht akquiriertes Wissen und Erfahrung in das nationale juristische System einzuspeisen und somit den nationalen Aufbau einer effektiven juristischen Struktur voranzutreiben. Dieser integrative Effekt führt wiederum zu breiter Akzeptanz und damit zur *lokalen* Legitimierung<sup>91</sup> des Gerichtes als hilfreiche und konsolidierende Institution zur Vergangenheitsbewältigung. Demgegenüber kann von einem UN-Tribunal mit Sitz Tausende Kilometer entfernt, mit ausschließlich internationaler Besetzung und – im Falle des ICTY – äußerst spärlicher

Kommunikation der Verfahrensergebnisse zur heimischen Bevölkerung,<sup>92</sup> nicht annähernd dieser integrative Effekt ausgehen.

Es ist zuzugeben, dass die hybriden Tribunale im Kosovo und in Ost-Timor *ohne* die legitimierende Wirkung eines völkerrechtlichen Vertrages mit der jeweiligen Staatsführung entstanden sind.<sup>93</sup> Indes ist der Grund dafür offensichtlich: Zum Zeitpunkt der Einrichtung der UN-Verwaltungen war in beiden Fällen die Staatsstruktur völlig zusammengebrochen, mit anderen Worten: Es gab schlicht keinen Vertragspartner. Im Zentrum der Aufmerksamkeit muss daher wiederum der versöhnende und re-integrative Effekt dieser Gerichte stehen, an dem kaum ein Zweifel besteht.

#### 2.4.2. Ad hoc-Gerichte im Zusammenspiel mit dem IStGH

Wohl unumstritten ist, dass mit dem Statut des IStGH als dem „zentralen Dokument des Völkerstrafrechts“<sup>94</sup> ein gewaltiger Entwicklungssprung des Völkerstrafrechts hinsichtlich der Harmonisierung und Fortbildung des materiellen Strafrechts und Strafprozessrechts,<sup>95</sup> erreicht wurde. So bemerken die Richter des *Trial Chamber II* des ICTY im Rahmen des *Tadic*-Urteiles, dass ad hoc-Gerichte – und als solche gerade auch hybride Gerichte – (nur) ein Schritt in Richtung der Erschaffung eines permanenten Gerichtshofes sind,<sup>96</sup> letzterer demnach die völkerstrafrechtliche „Zielinstitution“ ist.

##### 2.4.2.1. Konkurrenz des IStGH zu ad hoc-Gerichten

###### 2.4.2.1.1. UN-Tribunale – IStGH

Zwar enthält des Römische Statut keinen ausdrücklichen Passus, der das Verhältnis beider Institutionen zueinander bestimmt. Das starke Mandat der UN-Tribunale über Kapitel VII UNC entfaltet indes auch gegenüber dem IStGH seine Wirkung: Das Römische Statut ist seinem Wesen nach ein

<sup>87</sup> S. Linton, *Id.*, S. 200; S. Luftglass, a.a.O. (Fn. 39), S. 936/937.

<sup>88</sup> S. Luftglass, *Id.*, S. 936; S. Meisenberg, Bofaxe No.287E, internet: [www.ifhv.de/](http://www.ifhv.de/).

<sup>89</sup> S. Luftglass, *Id.*, S. 936/937.

<sup>90</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 86), S. 306 ff.; L. R. Hall/N. Kazemi, a.a.O. (Fn. 73), S. 299; M. Miraldi, a.a.O. (Fn. 79), S. 856; D. F. Orentlicher, a.a.O. (Fn. 30), S. 506/507; H. Strohmeyer, a.a.O. (Fn. 29), S. 118/123 ff.; anders, nämlich vergeltende Justiz in den Vordergrund stellend, nur S. Luftglass, a.a.O. (Fn. 39), S. 927, mit dem in der Sache unverständlichen Verweis auf D. F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, in: *Jale Law Journal*, Vol. 100, 1991, S. 2542.

<sup>91</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 86), S. 303; H. Strohmeyer, a.a.O. (Fn. 29), S. 124.

<sup>92</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1067; *dieselbe*, a.a.O. (Fn. 86), S. 302; C. L. Sriram, a.a.O. (Fn. 29), S. 13.

<sup>93</sup> Die Gerichte im Kosovo und in Ost-Timor wurden von den UN-Verwaltungen jeweils in die neu aufgebauten Gerichtssysteme eingesetzt.

<sup>94</sup> G. Werle, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 67; ähnlich K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2. Auflage, Berlin 2003, S. 508.

<sup>95</sup> H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 67), S. 216; C. Kreß, *The Procedural law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise*, in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, S. 604 ff.; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 40), S. 171.

multilateraler völkerrechtlicher Vertrag; daraus resultierende nationale Verpflichtungen stehen gegenüber der Kooperationspflicht mit den UN-Tribunalen gem. Art. 103 UNC zurück.<sup>97</sup> Zwar besteht zwischen dem IStGH und der UNO ein sog. Kooperationsabkommen;<sup>98</sup> indes setzt dieses beide Institutionen lediglich in ein horizontales Kooperationsverhältnis und generiert kein stärkeres Mandat des IStGH gegenüber den Staaten.

Selbst wenn beispielsweise ein Nachfolgestaat des ehemaligen Jugoslawien das Römische Statut unterzeichnete und eine Situation dem Ankläger des IStGH unterbreitete<sup>99</sup> oder der Ankläger *proprio motu*-Ermittlungen eröffnete, könnte der ICTY die Einstellung der Ermittlungen fordern und in der Situation im Rahmen der eigenen Gerichtsbarkeit ermitteln.

#### 2.4.2.1.2. Hybride – IStGH

##### 2.4.2.1.2.1. IStGH gegenüber hybriden Gerichten mit eigener völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit

Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem IStGH und solchen hybriden Gerichten mit eigener völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit – wie derzeit nur der SCSL in Sierra Leone – gestaltet sich indes weitaus schwieriger. Das Komplementaritätsprinzip (Art. 17 IStGHSt) bestimmt lediglich, dass die Gerichtsbarkeit des IStGH subsidiär zur Gerichtsbarkeit *nationaler* Gerichte einsetzt<sup>100</sup>. Folgt man nun der bis dato unwidersprochenen Auffassung der Richter des SCSL im Urteil *Taylor*,<sup>101</sup> ist der SCSL indes ein *internationales* Gericht, Art. 17 IStGHSt findet *strictu sensu* keine Anwendung. Sowohl der SCSL als auch IStGH sind mit der Zustimmung des UN-Sicherheitsrates errichtet worden,<sup>102</sup> womit beide Gerichte in dieser Hinsicht in einer horizontalen Beziehung zueinander stehen. Zudem üben beide Gerichte Gerichtsbarkeit über weitgehend übereinstimmende Verbrechenkataloge aus, ein Konflikt ist *ratione temporis* ab dem 1. Juli 2002 bis zum heutigen Tage möglich, wenn auch unrealistisch, da die gewaltsamen Auseinandersetzungen in Sierra Leone Anfang 2002, also vor dem Inkrafttreten des IStGHSt, ihr Ende fanden.<sup>103</sup> Indes steht die Errichtung weiterer hybrider Gerichte nach dem Vorbild des SCSL zu erwarten, die Problematik bleibt mithin aktuell und bedarf der Klärung, um sich überlappende Ermittlungstätigkeiten zu verhindern und klare Zuweisungen der Verantwortlichkeiten der Institutionen zu erstellen.

(1) Eine mögliche Lösung des Konfliktes könnte erreicht werden, indem sich hybride Gerichte *ex ante* auf die Strafverfolgung der „*lower-level perpetrators*“ beschränken und die Ahndung der schlimmsten Verbrechen dem IStGH überlassen.<sup>104</sup> Dies würde bedeuten, dass IStGH und hybride Gerichte im Hinblick auf ihre Gerichtsbarkeit niemals Berührungspunkte haben und mithin in keinem Konkurrenzverhältnis stehen. Indes dürfte es in der Praxis schwer fallen, „mittelschwere“ Verbrechen von „schlimmsten“ Verbrechen zu unterscheiden; zudem besteht die Gefahr von sich überschneidenden Ermittlungen beider Institutionen, sollten sich mittelschwere Verbrechen und solche unter der Gerichtsbarkeit des IStGH in einer Person vereinen. Im Übrigen setzt diese Lösung die universale Gerichtsbarkeit des IStGH vor-

aus, um keine Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen. Das Statut des IStGH wurde aber erst von 97 Staaten ratifiziert, eine universale Gerichtsbarkeit des IStGH besteht (noch) nicht. Würde ein hybrides Tribunal in einem Land eingesetzt, wo der IStGH keine Gerichtsbarkeit ausüben kann und verwiesen auch der UN-Sicherheitsrat die Situation nicht an den IStGH, so wäre das hybride Gericht allein berufen, alle, also nicht nur die „*lower-level perpetrators*“ zu verfolgen.

(2) Eine zweite Lösung könnte in der extensiven Auslegung des Komplementaritätsprinzips des IStGH liegen; bedenkt man, dass jedes hybride Gericht in einer bestimmten Weise an den Staat gekoppelt ist, auf dessen Territorium das Gericht errichtet wurde und die in Frage stehenden Verbrechen begangen worden sind, könnte man durch diese Staatskoppelung des jeweiligen hybriden Gerichts dieses als „nationales Gericht“ im Sinne des Art. 17 IStGHSt ansehen. Dies würde dem hybriden Gericht vorrangige Gerichtsbarkeit einräumen. Allerdings ist zu beachten, dass hinter dem Komplementaritätsprinzip neben dem Hauptziel der Verhinderung der Straflosigkeit der Respekt der Autoren des Römischen Statutes vor staatlicher Souveränität steht. Es ist vor diesem Hintergrund fraglich, ob die Autoren des Art. 17 IStGHSt auch internationalisierte Gerichte mit eigener völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit erfassen wollten; sollte dies ihre Intention gewesen sein, so stellt sich die Frage, warum dies keinen expliziten Eingang in den sonst recht ausführlichen Art. 17 IStGHSt gefunden hat, zumal 1998 – als das Römische Statut in seiner heutigen Fassung verabschiedet wurde – bereits operierende internationalisierte Tribunale im Kosovo sowie in Ost-Timor existierten.

(3) Als dritte Möglichkeit bietet sich an, die Gerichtsbarkeit des IStGH gegebenenfalls im Wege der Spezialität der Gerichtsbarkeit hybrider Gerichte zurücktreten zu lassen. Indes stellt sich dabei die Frage, ob das Institut der Spezialität, wie

<sup>96</sup> ICTY *Tadic*, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 6.

<sup>97</sup> M. Bohlander in: *Cassese/Gaeta/Jones*, a.a.O. (Fn. 70), S. 688–689.

<sup>98</sup> *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*, unterzeichnet am 4. Oktober 2004, unter: [http://www.icc-cpi.int/library/asp/Pages\\_from\\_Negotiated\\_Draft\\_Relationship\\_Agreement\\_Part\\_I.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/asp/Pages_from_Negotiated_Draft_Relationship_Agreement_Part_I.pdf) (am 1. März 2005).

<sup>99</sup> Freilich vorausgesetzt, die Gerichtsbarkeit des IStGH *ratione temporis*, Art. 11 I des Statutes (ab Inkrafttreten des Römischen Statutes am 1. Juli 2002), würde eingehalten; die Gerichtsbarkeit des ICTY *ratione temporis* ist gem. Art. 1 und 8 des Statutes des ICTY in die Zukunft unbegrenzt, mithin überschneiden sich beide Gerichtsbarkeiten potentiell seit dem 1. Juli 2002.

<sup>100</sup> Der Wortlaut des Art. 17 IStGHSt spricht durchweg von Staaten: Abs. 1 a „[...] prosecuted by a State [...]“; Abs. 1 b „[...] inability of a State [...]“; Abs. 3 „[...] the State is unable [...]“.

<sup>101</sup> SCSL *Taylor*, a.a.O. (Fn. 74), S. 3031.

<sup>102</sup> So unterstreicht Resolution UN Doc. S/RES/1315 (2000) v. 14. August 2000, die zum Vertrag über die Errichtung des SCSL in Sierra Leone führte, die Notwendigkeit des Gerichtes und weist den Generalsekretär an, mit der Regierung entsprechende Vereinbarungen zu treffen; für den IStGH wurde zwischen dem Gericht und der UNO das *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations* am 4. Oktober 2004 unterzeichnet mit dem erklärten Ziel eines „*mutually beneficial relationship*“, *Preamble*, S. 1; unter: <http://www.icc-cpi.int> (am 25. Februar 2005).

<sup>103</sup> M. Benzig/M. Bergsmo in: C. P. R. Romano/A. Nollkaemper/J. K. Kleffner, *Internationalized Criminal Courts*, Oxford 2004, S. 407 ff.

man es im Hinblick auf Tatbestände aus dem nationalen Strafrecht kennt, ohne weiteres auf internationale Institutionen angewendet werden kann.<sup>105</sup> Ein Tatbestand verdrängt einen anderen im Wege der Spezialität, wenn er alle Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes enthält und darüber hinaus noch weitere Tatbestandsmerkmale aufweist, also genauer auf die Konturen der in Frage stehenden Handlungen zugeschnitten ist<sup>106</sup> (*lex specialis derogat legi generali*). Übersetzt auf den Kontext der Gerichtskonkurrenz wäre ein hybrides Gericht speziell gegenüber dem IStGH, wenn es bei gleichen Verbrechenkatalogen noch ein weiteres „Merkmal“ aufweist, das das hybride Gericht logisch näher an die in Frage stehende(n) Tat(en) heranführt; hier dürften die unmittelbare räumliche Nähe hybrider Gerichte zu Tatort, Zeugen und Beweisen sowie die Expertise des gemischt staatlich-international besetzten Gerichtspersonals das erforderliche Zusatzmerkmal bilden. Zudem tritt die Möglichkeit der Bestimmung der Beziehung der Gerichte im Wege der Spezialität nicht in einen möglichen Konflikt mit dem Wortlaut des Art. 17 des Römischen Statutes und wirft ebensowenig praktische Schwierigkeiten hinsichtlich einer möglichen Überschneidung der Ermittlungen oder der Aufteilung der Verfahren gegen die Täter auf die verschiedenen Institutionen auf.

#### 2.4.2.1.2.2. IStGH gegenüber hybriden Gerichten, die in das staatliche Gerichtssystem eingebunden sind

Mit Hinblick auf die übrigen hybriden Gerichte, die jeweils in das staatliche Gerichtssystem eingebunden sind, gestaltet sich die Problematik weniger brisant: Durch den größeren Einfluss des Staates auf das jeweilige hybride Gericht und fehlende völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit des Gerichtes wird man eine Zugehörigkeit zum Staat im Sinne des Art. 17 IStGHSt durchweg bejahen können. Legt man indes Art. 17 IStGHSt eng aus und qualifiziert hybride Gerichte wegen ihres Internationalisierungsgrades mithin nicht als rein nationale Gerichte, so bieten sich die oben unter (1) und (3) aufgeführten Lösungsansätze.

#### 2.4.2.2. Komplementarität hybrider Gerichte zum IStGH?

Es fragt sich, ob hybride Gerichte nicht komplementär zum IStGH anzusiedeln sind, also nebeneinander in derselben Situation operieren; so wird als Präzedenzfall angeführt, die *Regulation 64-Panels*<sup>107</sup> im Kosovo seien komplementär zum ICTY entstanden;<sup>108</sup> auch die *War Crimes Chambers* im Staate Bosnien-Herzegowina operieren komplementär zum ICTY.

#### 2.4.2.2.1. Gefahren der Komplementarität der Gerichte

Da die Kapazitäten des IStGH ähnlich wie die des ICTY auf nur die schwersten Verbrechen konzentriert sind, könnten an hybriden Gerichten all diejenigen einem Verfahren zugeführt werden, die trotz begangener schwerer Verbrechen gerade nicht die Schwelle zur Jurisdiktion des IStGH überschreiten.<sup>109</sup> Allerdings ist hier eine ganz grundsätzliche Gefahr zu bedenken: Nur für die hybriden Kammern im Kosovo sowie in Bosnien-Herzegowina darf von einer Komplementarität

zum ICTY ausgegangen werden, die Jurisdiktion des SCSL hingegen lässt aufgrund nahezu identischer Verbrechenkataloge keinen Raum für den IStGH.<sup>110</sup> Bedenkt man, dass gerade der SCSL in vielerlei Hinsicht Vorbildfunktion für die Errichtung zukünftiger hybrider Gerichte haben wird, besteht die Gefahr, dass die flächendeckende Implementierung hybrider Gerichte in allen Post-Krisenherden der Welt die Gerichtsbarkeit des IStGH im Wege der Spezialität<sup>111</sup> verdrängt und diesen in letzter Konsequenz unnütz werden lässt.

#### 2.4.2.2.2. Aufbauhilfe staatlicher Gerichtssysteme durch den IStGH

Zwar ist zuzugeben, dass das Heer derer, die wegen begangener schwerer Verbrechen der Jurisdiktion des IStGH unterfallen, bei Wegfall aller ad hoc-Tribunale sowie hybrider Gerichte bedenkliche Ausmaße annehmen kann und damit die Kapazitäten des IStGH zu sprengen droht; indes umfasst das erklärte Projekt des IStGH gerade die Stärkung und Unterstützung der jeweiligen staatlichen Gerichtssysteme durch die Betonung des völkerstrafrechtlichen Strukturprinzips der Komplementarität sowie aktive Aufbauhilfe staatlicher Gerichtssysteme;<sup>112</sup> die nationalen Strafrechtssysteme übernehmen nach diesem Konzept zuvorderst – und mit Unterstützung des IStGH – vom Statut erfasste Verbrechen. Sollte dennoch das nationale Strafrechtssystem in rechtsstaatlicher Hinsicht eine Verhandlung der „mittelschweren“ Verbrechen wegen gravierender, nur mit großem Zeitaufwand zu behebender Defizite nicht erlauben, böte sich tatsächlich die Einrichtung eines hybriden Gerichtes zur Ahndung dieser Verbrechen an – ganz nach dem Muster des zukünftigen Gerichtes in Bosnien-Herzegowina. Hingegen muss dafür gewährleistet sein, dass sich die Fälle auf bestimmte Täter- oder Tatortländer bündeln lassen, um überhaupt sinnvoll ein hybrides Gericht in den entsprechenden Staaten einzurichten. Außerdem wird wiederum fehlende Universalität der Gerichtsbarkeit des IStGH eine gleichmäßige Zusammenarbeit des IStGH mit hybriden Gerichten in verschiedenen Krisengebieten verhindern.

Als unproblematischer und praktikabler könnte sich hier ergeben, dass der IStGH dort, wo er operiert, zugleich das staatliche Gerichtssystem aktiv unterstützt und optimiert, um „mittelschwere“ Völkerrechtsverletzungen der staatlichen

<sup>104</sup> So vorgeschlagen von C. Stahn, a.a.O. (Fn. 44).

<sup>105</sup> Dafür wohl M. Bohlander in: Cassese/Gaeta/Jones, a.a.O. (Fn. 70), S. 689, indes dort nur auf die Beziehung des IStGH zu UN-Tribunalen bezogen.

<sup>106</sup> Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf Strafrecht AT Teilband II, 5. Auflage Heidelberg/Karlsruhe 1978, § 55 I B 3. b); Th. Fischer in: H. Tröndle/Th. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001, Vor § 52 Rn. 18.

<sup>107</sup> Siehe a.a.O. (Fn. 45).

<sup>108</sup> L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 28), S. 1072; dieselbe a.a.O. (Fn. 86), S. 308 f.

<sup>109</sup> Siehe dazu bereits unter 1. b) aa) (1); L. A. Dickinson, Id., S. 1071 f.

<sup>110</sup> Dies muss insoweit auch L. A. Dickinson einräumen: a.a.O. (Fn. 86), S. 309.

<sup>111</sup> Siehe dazu unter 1. b) aa) (3).

<sup>112</sup> Siehe die Präambel des Römischen Statutes; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 70), S. 149; D. F. Orentlicher, Judging Global Justice: Assessing the International Criminal Court, in: Wisconsin International Law Journal, Vol. 21, 2003, S. 508; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 40), S. 172; O. Triffterer in: O. Triffterer, a.a.O. (Fn. 63) *preamble*, Rn. 17.

Strafverfolgung zu übergeben. Allerdings müssen für die Verwirklichung dieser ggf. sehr schwierigen Unterstützungsleistung des IStGH die logistischen und finanziellen Mittel noch bereitgestellt werden. Hier böte sich etwa die Einrichtung einer Abteilung innerhalb der Kanzlei des IStGH an, die sich intensiv mit der Aufbauhilfe, dem „*local capacity-building*“,<sup>113</sup> befasst und bei Überweisung einer Situation an den IStGH gegebenenfalls im Sektor der Judikative des hilfsbedürftigen Staates Aufbau- und Unterstützungsarbeit leistet.

#### 2.4.2.3. Fehlende Universalität des IStGH

Der IStGH ist zur Entfaltung seiner Wirkung auf Universalität angewiesen: Da das Römische Statut als völkerrechtlicher Vertragstext nur für die Vertragsstaaten Bindungswirkung entfaltet, kann der IStGH seine Gerichtsbarkeit erst bei Mitgliedschaft der gesamten Staatengemeinschaft „flächendeckend“ ausüben.<sup>114</sup> Diesem Ziel stellt sich die bekannte Problematik entgegen, dass die Regierung der USA – nach anfänglicher Befürwortung der Institution<sup>115</sup> – unter der jüngst wiedergewählten Bush-Administration beständig eine Ratifikation ausschließt,<sup>116</sup> ja sogar im Mai 2002 die Unterzeichnung formell „zurückgezogen“ hat.<sup>117</sup> Dies und die aktive Konterpolitik der USA gegen das Gericht<sup>118</sup> haben eine abschreckende Signalwirkung auf solche Staaten, die einer Ratifikation zweifelnd gegenüberstehen; zudem steht zu befürchten, dass erst eine aktive Mitgliedschaft der USA skeptische Staaten wie China, Russland, Japan und Indien zu einer Mitgliedschaft bewegt.

Zudem droht das Vetorecht der USA innerhalb des UNSicherheitsrates eine Verweisung einer Situation an den IStGH per Resolution nach Kapitel VII UNC gem. Art. 13 b IStGHSt dauerhaft auszuschließen; genau diese Situationen können sodann Raum für die Errichtung neuer hybrider Gerichte bedeuten. Beispielhaft ist hier die Situation in der Darfur-Region des Sudan zu nennen: Eine Expertenkommission der UNO konnte in ihrem Abschlussbericht über die Untersuchung der Lage in der Darfur-Region<sup>119</sup> massive Menschenrechtsverletzungen feststellen, die den Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen (Art. 7, 8 IStGHSt) erfüllen.<sup>120</sup> Zwar empfahl die Kommission explizit die Verweisung der Situation an den IStGH;<sup>121</sup> allerdings hat die Regierung Sudans das Römische Statut nicht ratifiziert, weshalb die Gerichtsbarkeit des IStGH nur über eine Verweisung des Sicherheitsrats begründet werden konnte. Die Vereinigten Staaten haben hingegen deutlich gemacht, dass sie eine solche Resolution nicht unterstützen wollen,<sup>122</sup> weshalb es zunächst erschien, dass die begangenen Völkerrechtsverbrechen von einem hybriden Tribunal geahndet werden.<sup>123</sup> Erst nach langen Verhandlungen und unter massivem internationalen Druck konnte eine Resolution bei Enthaltung der Vereinigten Staaten verabschiedet werden, die dem IStGH die Situation im Sudan zur Ermittlung übertrag.<sup>124</sup>

#### 2.4.2.4. Staatenkooperation mit den Gerichten

Da die erfolgreiche Arbeit eines Völkerstrafrechtsgerichts gerade von einer genügenden Finanzierung, dem Zugang zu

Beweismitteln und Auslieferung von Angeklagten abhängig ist, besteht die direkte Abhängigkeit von der Kooperationsbereitschaft durch die Staaten.<sup>125</sup> Zentrales Problem des IStGH in diesem Zusammenhang ist, dass er keine eigene Vollzugsgewalt hat;<sup>126</sup> dieses Problem können hybride Gerichte dadurch beheben, dass sie naturgemäß eng mit den nationalen Strafverfolgungsorganen verzahnt sind<sup>127</sup> und somit – zumindest innerstaatlich – die nötigen Durchsetzungsmechanismen zur Hand haben. Zwar sind gemäß Art. 86 IStGHSt die Vertragsstaaten des IStGH zur umfassenden Zusammenarbeit mit dem Gericht hinsichtlich seiner Ermittlungs- und Verfolgungsarbeit verpflichtet. Indes stehen

<sup>113</sup>L. A. Dickinson, a.a.O. (Fn. 86), S. 303; H. Strohmeyer, a.a.O. (Fn. 35), S. 49 ff.

<sup>114</sup>H.-P. Kaul, Baustelle für mehr Gerechtigkeit – Der Internationale Strafgerichtshof in seinem zweiten Jahr, in: Vereinte Nationen, Vol. 4, 2004, S. 147.

<sup>115</sup>H.-P. Kaul, *Ibid.*; M. Leigh, a.a.O. (Fn. 67); der damalige Präsident der Vereinigten Staaten, Bill Clinton, unterzeichnete das Statut am letzten Unterzeichnungstag des Statutes, dem 31. Dezember 2000.

<sup>116</sup>U.S. Report for Congress 3/2002, S. 1.

<sup>117</sup>J. Wright, *U.S. Renounces Obligations to International Court*, Reuters am 6. Mai 2002; die völkerrechtliche Einordnung des „Zurückziehens“ einer Ratifikation ist indes mangels klarer Bestimmungen hierzu in der Wiener Vertragsrechtskonvention v. 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 926) umstritten.

<sup>118</sup>Siehe nur den *American Service Members' Protection Act (ASPA) of 2 August 2002*, wonach US-amerikanische Militärs mit „*all means necessary and appropriate*“ vor der Gerichtsbarkeit des IStGH geschützt werden sowie die derzeit über 90 bilateralen Nichtauslieferungsabkommen mit anderen Staaten an den IStGH gem. Art. 98 des Statutes: Report for Congress 3/2002 S. 8 ff. (wobei umstritten ist, ob Art. 98 IStGHSt als Grundlage heranzuziehen ist; siehe dazu umfassend M. Benzig, *US. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 8, 2004); siehe auch *Contemporary Practice of the United States*, 96 AJIL 2002, S. 484 f. sowie S. 975; 97 AJIL 2003, S. 710 f.

<sup>119</sup>*Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General* v. 25. Januar 2005, unter: [http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf) (am 28. Februar 2005).

<sup>120</sup>*Report of the International Commission of Inquiry Id.*, S. 132, Rn. 519 ff.

<sup>121</sup>*Report of the International Commission of Inquiry Id.*, S. 145 ff., Rn. 571 ff.

<sup>122</sup>J. Goldsmith, *Support War Crimes Trials for Darfur*, in: Washington Post v. 24. Januar 2005; G. Gedda, *US Official: Darfur genocide trials should be in Africa*, in: Sudan Tribune v. 25. Februar 2005.

<sup>123</sup>Zwar wurde von US-amerikanischer Seite mehrfach angeregt, ein UN-Tribunal nach dem Vorbild der ICTY/ICTR unter Zusammenarbeit mit der Afrikanischen Union in Arusha, Tansania, zu errichten; so zuletzt Pierre Prosper, *ambassador-at-large der USA für Kriegsverbrechen* anlässlich einer Diskussionsrunde in der Brookings Institution am 24. Februar 2005 in Washington. Allerdings begegnet dieser Vorschlag erheblichen Finanzierungsproblemen, da ICTY und ICTR bereits einen Gutteil des Haushaltes der UNO beanspruchen. Zudem stehen hoher logistischer Aufwand und erhebliche Verzögerungen des Verfahrensbeginns zu erwarten, bedingt durch die Einrichtung des Gerichtes. Im Gegensatz dazu ist der IStGH in der Lage, umgehend die Ermittlungstätigkeit aufzunehmen. Siehe dazu *Bringing justice to Darfur*, in: Editorial, The Chicago Tribune v. 27. Februar, unter: [http://www.sudantribune.com/article.php?id\\_article=8260](http://www.sudantribune.com/article.php?id_article=8260) (am 28. Februar 2005).

<sup>124</sup>UN Doc S/RES/1593 (2005) v. 31. März 2005.

<sup>125</sup>J. Katz Cogan, *International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects*, in: Yale Journal of International Law, Winter 2002, S. 119; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 67), S. 215 ff.; *derselbe*, VN 4/2004, S. 141 ff.

<sup>126</sup>C. Kress und G. Sluiter in: *Cassese/Gaeta/Jones*, a.a.O. (Fn. 70), S. 1589 ff.; H.-P. Kaul, a.a.O. (Fn. 115), S. 147; Th. Weigend, a.a.O. (Fn. 5) 2004, S. 199/200.

<sup>127</sup>Siehe am Beispiel des SCSL: Art. 17 des *Agreement für die Extraordinary Chambers*; Art. 33 des *Law of Establishment of Extraordinary Chambers*.

dem IStGH keine schlagkräftigen Mechanismen zur Verfügung, unwillige Mitgliedstaaten im konkreten Fall unmittelbar zur Kooperation zu zwingen.<sup>128</sup> Auch hier dürfte erst die Mitgliedschaft der gesamten Staatengemeinschaft ausreichende, insbesondere *politische* Zwangswirkung auf einzelne Staaten zur Kooperation ausüben.

### 3. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der IStGH eine geeignete Institution ist, internationalem Strafrecht Geltung zu verleihen; sein Statut hat große Fortschritte hinsichtlich des Kodifikationsstandes des Völkerstrafrechtes hervorgebracht und hat durch seine Beständigkeit eine regulierende und zugleich ermahnende Wirkung für Völkerrechtsverbrecher, dass sich die Wahrscheinlichkeit einer Straffreiheit stetig verringert.

Hybride Gerichte sind auf der anderen Seite in ihren verschiedenen „Spielarten“ wertvolle Beiträge auf dem Weg zu lückenloser strafrechtlicher Verantwortlichkeit in allen Teilen der Welt. Zudem ist der nationale Versöhnungseffekt hybrider Gerichte ein äußerst wichtiger Faktor, der die Errichtung weiterer hybrider Institutionen wahrscheinlich macht. Eine Einrichtung hybrider Gerichte zur Ahndung „mittelschwerer“ Völkerrechtsverbrechen in Komplementarität zum IStGH ist

zwar denkbar und sinnvoll, stößt jedoch an die bereits dargestellten<sup>129</sup> praktischen Grenzen. Solange der IStGH nicht die gesamte Staatengemeinschaft hinter sich vereint, mangelt es ihm an Universalität und damit an Durchsetzungsfähigkeit. Dies gibt hybriden Gerichten weiterhin Raum, trotz der Schwierigkeit, die erforderlichen Rechtsstaatlichkeitsstandards zu gewährleisten, gerade auch dort Gerichtsbarkeit auszuüben, wo eigentlich der Internationale Strafgerichtshof berufen wäre. Es bleibt abzuwarten, welche Institution für künftige Krisensituationen zur völkerstrafrechtlichen Aufarbeitung berufen wird; die Beantwortung der Frage, welche Institution im Sudan<sup>130</sup> tätig werden wird, hat vielleicht zu einer Vorentscheidung geführt. ■

<sup>128</sup> C. Kress in: O. Triffterer, a.a.O. (Fn. 63), *Preliminary Remarks*, Rn. 1; dem IStGH steht die Möglichkeit offen, eine Notifizierung der „non-compliance“ an die Versammlung der Vertragsstaaten oder, im Falle einer Überweisung einer Situation nach Art. 13 (b) IStGHSt, an den UN-Sicherheitsrat zu geben, Art. 87 Abs. 7 IStGHSt. Die Vertragsstaatenversammlung bzw. der Sicherheitsrat könne sodann ggf. Höheren politischen Druck auf den betreffenden Staat ausüben. Indes ist dieser Prozess sehr zeitaufwendig, es besteht erhebliche Beweisverdunklungsgefahr sowie die Gefahr signifikanter Verzögerungen der Ermittlungen.

<sup>129</sup> Siehe unter D) II. 1. b) aa) und 2.

<sup>130</sup> UN Doc S/RES/1593 (2005) v. 31. März 2005; Press Release SC/8351, unter [www.un.org/News/docs/2005/sc8351.doc.htm](http://www.un.org/News/docs/2005/sc8351.doc.htm) (am 13. April 2005).

## Organised Crime and Armed Conflict

Carlos Frederico de Oliveira Pereira\*

Der Text „*Organisiertes Verbrechen und bewaffnete Konflikte*“ von Carlos Frederico de Oliveira Pereira behandelt das Zusammenspiel von organisiertem Verbrechen und bewaffneter Konflikte im Hinblick darauf wie die Staatengemeinschaft auf sie reagieren kann.

Der Autor stellt dar, dass aufgrund der zunehmenden Globalisierung und des zunehmenden Kapitalismus nicht nur die legale Wirtschaft sich weiter entwickelt hat, sondern auch im gleichen Maße die illegale. Das beste Beispiel dieses Zusammenspiels sei der zunehmend aggressivere Terrorismus der seinen Höhepunkt am 11. September 2001 hatte. Sodann wird erörtert, dass es sich bei diesen neuen, darauf folgenden Auseinandersetzungen (Staaten gegen das organisierte internationale Verbrechen) um eine neue Art des nationalen Konflikts handle, da die Ebenbürtigkeit der Gegner fehle. Mithin sei auch von einer neuen Form der Kriegsteilnehmer auszugehen, da diese nicht mehr von einem Staat kontrolliert würden. Danach wird die Problematik der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts insbesondere die Genfer Konventionen bei diesen Situationen diskutiert und als schwierig darstellt.

Auch wird der Frage nachgegangen, inwieweit die während dieser Konflikte begangenen Taten der sog. „Terroristen“ bestraft werden könnten. In diesem Zusammenhang wird eine Erweiterung des Romstatus auf diese Verbrechen vorgeschlagen und detailliert dargestellt. Zum Schluss kommt man zu dem Ergebnis, dass es mehrerer Möglichkeiten der Einordnung dieser Verbrechen und damit auch dieses Zusammenspiels gibt.

The laws regarding organised crime and those pertaining to armed conflict have long been known as independent. Yet, by force of the latest events involving terrorist attacks and the financing of armed conflicts by criminal organisations, these laws have caught everyone's attention. Hence, the main aim of this article is to analyse the connection between these two sets of rules and draw legal conclusions as to their interaction.

### 1. The Relation between Organised Crime and Armed Conflict

The first issue that needs to be considered is what is generally understood under the concept of organised crime. Defined

narrowly, organised crime is the modernisation or development of the formation of bands or gangs. In reality, it is a gang acting as an enterprise, organised as such with a well defined hierarchy, division of tasks, accountancy and so forth. Such organisations constitute crimes in many domestic legislation. For example, one of the repression instruments against organised crime in Brazil is Law 9.034/95.

\* Carlos Frederico de Oliveira Pereira is Subprosecutor-General of Military Justice (Brazil). He is also a Criminal Law Associate Professor at the University of Brasilia (Brazil).



Another frequent and modern feature of organised crime is its internationalisation.<sup>1</sup> This nonetheless does not mean that there is no organised crime acting only on the national level. There are several criminal organisations plundering, for instance, public funds on the internal level without international repercussions. Whenever criminal organisations act internationally the problem takes another dimension and this is the most frequently considered hypothesis for the connection with groups involved in armed conflicts.

Whenever organised crime emerges on the international level it becomes transnational. The impact of organised crime on the world order is such that the United Nations General Assembly passed on 15 November 2000 Resolution 55/25 that encourages States to adopt measures to hinder this evil of the end of the millennium.<sup>2</sup> In this case, the problem becomes much more serious, particularly if one takes into account the level of corruption, which corrodes institutions across borders, installs a parallel power, weakens institutions, and puts them at the service of the crime instead of the community.

Resolution 55/25 defines organised crime in the following terms:

**“Article 2. Use of terms**

For the purposes of this Convention:

*‘Organised criminal group’ shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period or time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit.”*

“(c) ‘Structured group’ shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure.”

From a normative point of view one can derive other highly important elements concerning criminal organisations: They are not random associations which commit isolated crimes, likewise there is no need for each member’s role to be formally defined or even for these members to be permanent or have a structurally developed organisation.

The natural trend of capitalist economy, always looking for new markets, has strongly contributed to the spreading of organised crime on the international level.<sup>3</sup> Likewise, it has become globalised<sup>4</sup> after the fall of socialist economy. New opportunities arose, new enterprises, new economies were open to the drug market and other illegal deeds, particularly in Eastern Europe.

At the same time legitimate and criminal economy developed internationally, certain events, whose impact was aggravated by globalisation, emerged. Conflicts at the international and/or national level, specially including those of ethnic origin, raised the need for more arms and ammunitions. They thereby accelerated the underworld economy of ‘drugs for

arms’, stimulated new terrorist and rebel groups and supported pre-existing others. Also, everything happened really fast: Rwanda, Somalia, former Yugoslavia, Chechnya, let alone other very old conflicts extending until present, whose spurious bounds to organised crime deepened in the sense that organised crime infiltrated these armed conflicts. However, it seems there is no objective left other than that of surviving as belligerent entities, with little concern for the breadth of their initial political purposes: FARC, ETA.<sup>5</sup>

Whenever the topic is the putative binding between organised crime and armed conflict, terrorism stands out. Organised crime is bound to terrorism either by the financing and supply of arms or by the criminal organisational nature of the terrorist entity itself, with political purposes generally spreading through international ramifications. In any case, it is not rare to see the formation of an organised crime-terrorism-armed conflict axis. Recently, a terrorist act of this kind was perpetrated by a group fitting into this category: the September 11 attack, in 2001, in New York. It is doubtless that it was the most daring terrorist act in which thousands of civilians were deadly victims of one of the cruelest acts ever recorded in history. Such was its gravity that the United Nations, by means of Resolution 1368,<sup>6</sup> recognised the United States’ military intervention in Afghanistan as legitimate self-defence, as provided in article 51 of the United Nations Charter. Afghanistan was regarded as the host to the feared criminal organisation

<sup>1</sup> Cfr. L.F. Gomes & R. Cervini, *Crime Organizado: Enfoques Criminológico, Jurídico (Lei 9,034/95) E Politico-Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.

<sup>2</sup> By resolution 55/25 the Assembly adopted the United Nations Convention against Transnational Organised Crime, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime, and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime, and opened them for signature in accordance with its resolution 54/129 of 17 December 1999. United Nations General Assembly, Resolution 55/25, UN Doc. A/RES/55/25, 15 November 2000.

<sup>3</sup> “Organised transnational crime is not a new event. Organised crime and smuggling through nations have existed since immemorial times along adjoining frontiers. What is new is the scale of activities and the fact that organised crime has now means that were in the past restricted to nation-States. Widespread access to technology, global mobility, expert contract ability, easy and accessible acquisition of deadly weapons and huge illegal capital and financial resources of modern organised crime have enabled it to threaten, challenge, and suffocate the stability of nation-States and corrupt civil society in many parts of the world.” P.A. Lupsha, “El Crimen Organizado Transnacional versus La Nación-Estado”, (1997) 14.1 *Revista Occidental: Estudios Latinoamericanos* 18.

<sup>4</sup> According to A.P. Schmid “[t]he liberalization of national markets has brought us closer to a global market. The deregulation originating from this process has enabled the extensive expansion not only of legitimate companies but also of illegal ones.” A.P. Schmid, “Los vínculos entre el crimen organizado transnacional y los crímenes terroristas”, (1997) 14.3 *Revista Occidental Estudios Latinoamericanos* 301.

<sup>5</sup> In this sense, Gustavo de Arístegui states “[m]entioning terrorism is a necessary and sad current issue. Spain has always insisted that it is one of the gravest forms of organised crime, since behind the facade of its ideological or religious political ‘pretext’ it hides a pure and simple eagerness on perpetuating itself and surviving as an organisation, although this excuse may have disappeared or has no longer been in force. Thus, it is an attack to popular sovereignty and to democracy.” G. de Arístegui, “El delito transnacional” (1998) 66 *Política Exterior* 116.

<sup>6</sup> United Nations Security Council, Resolution 1368, UN Doc. 1368 (2001), 12 September 2001.

'Al Qaeda' led by the evildoer Osama Bin Laden. It is worth highlighting the phenomenon of State terrorism, whenever it is supported or developed by governments, accusation weighting against the Taliban regime governing Afghanistan then.

The violence of the terrorist attack against the US provided the opportunity to exercise the right to use such a conventional prerogative that would otherwise be only acceptable in the case of the ultimate aggression of one State against another. However, it was not an innovation inasmuch as the United Nations itself had, in another occasion, given the very same authorisation regarding air attacks attributed to Libya.<sup>7</sup> Repression of terrorist acts has gained a novel ground since it is acknowledged that answering to terrorist attacks by military force against another State accused of hosting a criminal organisation was permissible. In this constellation, a criminal organisation, one that could barely be seen in the internal armed conflict in Afghanistan prior to September 11<sup>th</sup>, has become the pivot of an international armed conflict.<sup>8</sup> Undoubtedly, it represents a new element in the treatment of issues relating to armed conflicts, a novelty likely to produce changes in old paradigms. In such an instance, organised crime triggered an attack that led to an international armed conflict that was acknowledged by the United Nations' Security Council, the world body to whom the monopoly over the use of force is granted.

Still on the subject of the relationship between terrorism and armed conflict, it is worth highlighting that terrorist acts can be tactics used by an armed group in an international or non-international armed conflict. Treaties regulating armed conflicts offer, directly, or indirectly, protection to civilian population, notably by way of proscribing terrorism as a combat means. In international conflicts, the prohibition is enshrined in article 51(3) API while the same prohibition can be found article 13(2) APII regarding non-international conflicts.<sup>9</sup>

Despite its relation with terrorism, organised crime seems to no longer respect internal boundaries and to adopt a new shape and profile, in some cases financing insurgent armed groups who fight against the dominant power or terrorist groups with the same goal. Thus, the connection between armed conflict, drugs, and arms trafficking is clear in the case of the FARC (Revolutionary Armed Forces of Colombia), the ETA (Euskadi Ta Askatasuna- Basque Fatherland and Liberty), as well as with international heroin traffic in the case of Talibans in Afghanistan (and this even before the international armed conflict authorised by the United Nations).

## 2. The Qualification of an Armed Conflict

A brief introduction to some international humanitarian law concepts is necessary to understand better the relationship between organised crime and armed conflicts and the legal consequences of such relationship. Concepts such as international and non-international armed conflicts, differences between *jus ad bellum* and *jus in bello* and war crimes will be outlined in this section.

As aforementioned, we have seen that organised crime is related to international and non-international armed conflicts,

especially in the context of terrorism. But what then is an armed conflict? We can find the answer in public international law.

International armed conflicts take place between two States. Whether the conflict is permitted or not by international law does not matter.

The right of war or of making use of war as an instrument for solving conflicts between nations – *jus ad bellum* – is practically banned, except in three situations: the first has already been mentioned, i.e. when the United Nations, through the Security Council authorises the use of force as a collective defence measure based on Chapter VII of the United Nations Charter; the second as an individual or collective defence measure in the event of an armed attack, as provided in article 51 of Chapter VII; in the cases of liberation war, condition provided in Protocol I or in the cases of the right to self determination, according to General Assembly Resolution 3314.

The latter type of armed conflict, characterised as an international armed conflict, is regulated by in article 1(4) AP I.<sup>10</sup> On the other hand, international armed conflicts, whether or

<sup>7</sup> See A. Pellet, "Terrorismo e guerra: o que fazer das Nações Unidas", in *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, at 173-182; A.F. Velloso, "O terrorismo internacional e a legítima defesa no Direito Internacional: o artigo 51 da carta das Nações Unidas", in *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, at 183-207.

<sup>8</sup> Avril Mc Donald highlights: "In fact, the 'war on terror' is clearly not an armed conflict at all. It consists of a multi-faced counter-terrorism campaign, some aspects of which involve the use of military force, most of it carried out in States where there is no armed conflict, although aspects of the counter-terrorism campaign assume the characteristics of armed conflict where the US attacks a State considered to be harbouring or assisting Al Qaeda, as its did in Afghanistan. In this case, it would be an international armed conflict against the attacked State, rather than Al Qaeda since Al Qaeda is not a State. Otherwise, the so-called 'war on terror' which the US is waging against Al Qaeda does not satisfy the conditions of the Geneva Conventions to be considered as an armed conflict. [...] It is thus not clear on what legal basis either the White House or Judge Aldrich can claim that there is an armed conflict involving Al Qaeda (Defining the war on terror [...])." A. McDonald, "Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich", (2002) 4 *Humanitäre Völkerrecht Informationsschriften* 207.

<sup>9</sup> Article 51 (2) states "[t]he civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited." Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 3. Similarly, article 13 (2) declares "[t]he civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited" Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 609.

<sup>10</sup> Article 1 provides that "[t]he situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations." Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, *supra* note 9.

not in accordance with the *jus ad bellum* rules, are also those conflicts that take place between two or more Powers, as established in Common Article 2 to the four Geneva Conventions<sup>11</sup> (relief of wounded and sick from the armed forces in the field, shipwrecked, war and civilian prisoners), irrespective of whether war has or has not been declared or acknowledged by one of the parties. By the very same provision, international law pertaining to international armed conflicts is applicable to cases of a country occupying another country's territory, despite the fact that the State is not resisting the occupation.

The treatment of non-international armed conflicts is more complicated. Originally, international law of armed conflicts was conceived for international conflicts. Nevertheless, after the Second World War, internal conflicts multiplied and international law seemed oblivious to it. Thus, the first regulation arose with Common Article 3 to the four Geneva Conventions,<sup>12</sup> that established bottom line rules to be observed by the conflicting parties, i.e. binding both parties, State and insurgents as well.

Originally, the rules regarding non-international armed conflicts were conceived to regulate belligerent acts involving the State and the insurgents or rebels who, from a classical point of view, intended to take over power.<sup>13</sup> In the preliminary discussions on the elaboration of Common Article 3 several delegations expressed their concern that the breadth of the provision could encompass even conflicts originating simply from criminality. In this light, a clarifying norm was proposed but it was not adopted, the reason being that whenever the notion of non-international armed conflict is mentioned, obviously, the possibility of an armed confrontation takes greater proportions.<sup>14</sup>

It is clear that the breadth of non-international armed conflict in Common Article 3 can, theoretically, encompass low intensity conflicts, thus favouring humanitarian intervention, however, it is common sense that Common Article 3 is not applicable to isolated disturbances or police acts against criminals on a daily basis of crime repression.

Subsequently, a new concept of non-international armed conflict was elaborated, complementing Common Article 3: Protocol II to the Four Geneva Conventions. In article 1, this new concept brought as requirement for the application of its protective provisions, that the conflict be developed between the armed forces of the States and organised groups, in such a way that the last ones controlled a strip of territory.<sup>15</sup>

The same article sheds light on what could not be understood as an armed conflict, such as “riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”. The breadth of this part of Protocol II is often understood as being destined to limit the breadth of Common Article 3 to the Geneva Conventions.

The jurisprudence of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (ICTY) offered, on the occasion of *Tadic* trial, another definition of the concept: “An armed conflict

exists whenever there is a resort to armed force between States or **protracted** armed violence between governmental authorities and organised groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under control of a party, whether or not actual combat takes place there.”<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Article 2 states “[i]n addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance. Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.” Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 UNTS 31, 12 August 1949.

<sup>12</sup> Article 3 spells out “In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions” Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, *supra* note 11.

<sup>13</sup> This is clearly spelled out in the Commentary on Common Article 3. “Paragraph 1 – Applicable Provisions

1. First Sentence-Field of applications of the article

A. Cases of armed conflict – What is meant by “armed conflict not an international character”?

The expression is so general, so vague that one might have feared that it might cover any act committed by force of arms- any form of anarchy, rebellion, or even plain banditry.

Such was not the author's intention, however; they did not consider the term “armed conflict” as applying to any and every isolated event involving the use of force and obliging the officers of the peace to have resort to their weapons [...].

In general, Article 2 should be recognized as applying to armed conflict consisting of *hostilities* in which *armed forces* on either side are engaged- in order words -, conflicts which are in many respects similar to an international war, but take place within the confines of a single country.” J. Picet (ed), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1952–1960, p. 33.

<sup>14</sup> Lindsay Moir highlights “[t]he joint Committee charged with studying the common articles immediately split into two bodies of opinion, reflecting the conflict between State sovereignty and humanitarianism. The first was opposed to the draft article in this form, fearing that it was too wide in application and failed to protect the rights of States adequately in favour of individual rights. It was felt that the article would cover all forms of insurrection, rebellion and civil disorder [...]. In addition, it was feared that criminals might organize themselves into organizations in order to claim de protection of the Conventions on the pretext that their crimes were ‘acts of war’. The second body of opinion accepted that the article might be less than perfect, but supported its attempt to make humanitarian protection as complete as possible during internal armed conflict, suggesting that so called ‘bandits’ might actually be disaffected patriots fighting for their independence and dignity-goals sanctioned by the international community. Their behaviour in the field would show whether they were mere criminals or true combatants complying with humanitarian principles, and therefore entitled to the protection of the conventions [...]” L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 23–25.

<sup>15</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Geneva, 8 June 1977, 1125 UNTS 609.

<sup>16</sup> *The Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

The aforementioned jurisprudence doubtlessly expanded the concept of non-international armed conflict. First it introduced a new concept that is the protraction of hostility, protracted armed violence between State forces and dissident groups or between those organised groups. This last case is the one which expresses the clear failure of the State's repressive instruments on armed groups, which rival with each other for the supremacy over the power left by the official instance. In this case, another innovation can also be observed, which is the extension of the concept of non-international armed conflict, when the subjects involved are organised groups fighting with each other, not necessarily involving the State.

As mentioned earlier, the expression protracted conflict stems for the *Tadic* jurisprudence of the ICTY. It is submitted that the expression 'protracted conflict' between governmental forces and insurgents or groups between themselves can only denote the total lack of control over the situation. Further, lack of control by the State can only be conceived in a situation of total chaos and never when the State acts, even if just feebly, to repress internal conflicts. It is worth highlighting that, in the latter case, it is not simply a wave of crimes but rather a chronic conflict.

This new viewpoint of non-international armed conflict was echoed in the Rome Statute, the normative basis of the International Criminal Court. According to article 8 of the Rome Statute<sup>17</sup> war crimes are grave violations of the Geneva Conventions and to the law and customs applicable in international armed conflicts. Yet, this article also deals in subparagraph (c) with war crimes in times of non-international armed conflicts as being grave violations to Common Article 3 and, in subparagraph (e), other grave violations of the laws and customs applicable in non-international armed conflicts.

In both cases, it is worth mentioning that the Rome Statute excludes from this concept of armed conflicts internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It must be understood that routine criminal repression, however intense it may be, is outside the breadth of non-international armed conflict.

Article 8(f) of the Rome Statute innovated the issue and defined a new concept of non-international armed conflict inasmuch as it deals with a protracted conflict between the government and organised groups or between these groups without the State's presence. In fact, it is not so new because there was a common sense that common Article 3 of the Geneva Conventions could be applicable in this situation.

### 3. The Role of the International Criminal Court

Grave violations to humanitarian international law may be characterised as war crimes in cases of international armed conflicts. This juridical approach was expanded to non-international conflicts in the Rome Statute. Hence it is nowadays important to distinguish between those two concepts. Compliance to the Rome Statute reinforces the need to repress such grave crimes for the reasons exposed herewith.

Let us briefly summarise some of the main characteristics of the International Criminal Court, to which Brazil and Germany are signatories. The permanent ICC exercises its jurisdiction with respect to crimes committed after the entry into force of the Rome Statute. It must be noted, however, that the State can retroact the effects of the statute to the date of its entry into force despite of the State's later adhesion.

Further, it exercises complementary jurisdiction, i.e. its enforcement is pursuant to the non-exercise of jurisdiction for the provided crimes (aggression, genocide, crimes against humanity and war crimes) by the signatory States. The ICC can also exercise its jurisdiction when it is under the unequivocal suspicion that the process or the court hearings are nothing but a masquerade to grant a legal facade to the real interest of freeing the perpetrators of those crimes.<sup>18</sup>

The competence to adjudicate these crimes is based on two criteria: *ratione loci* and *ratione personae*. According to the first, the ICC's jurisdiction can only be enforced as long as the aforementioned crimes take place in the territory of a State that has ratified the treaty, irrespective of the nationality of the alleged criminal. According to the competence *ratione personae*, the ICC is likewise competent regarding the aforementioned crimes if committed by citizens of a country that ratified the treaty.<sup>19</sup> Another possibility of a trial by the court is when the Security Council submits a specific case to the Court, no matter the nationality of the alleged perpetrator or the place of the crime.

### 4. The Emergence of New Kinds of Non-International Armed Conflicts

At present one may observe that a new type of non-international armed conflict has emerged, different from those we

<sup>17</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF. 183/9, 17 July 1998, reprinted in 37 ILM 999 (1998).

This is reiterated by Hernando Valencia Villa and Cristina Pellandini: "IV War crimes. 13. According to the most advanced humanitarian jurisprudence, Article 8, at the end of the Statute provides that its rules about breaches of the *jus in bello* do not restrict the right of the State to maintain or reestablish public internal peace and defend the unity and integrity of its territory through legitimate means and are not applicable to internal disturbances and tension situations, but to internal protracted armed conflicts including combats between irregular forces [...]" The author adds: "These crimes can be sanctioned whenever committed both by State or non-State characters, such as members of insurgent armed groups, for example. With regards to Protocol II additional of 1997, the Rome Statute broadens the category of non-international conflicts encompassed flexing considerably the requirements of Article 1.1 of the aforementioned protocol. The Statute neither requires the conflict to necessarily involve armed forces of a country nor to effectively control the territory. Provided a protracted armed conflict exists between government authorities and organised armed groups or between those groups." H.V. Villa, "El genocidio y los crímenes e lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional" and C. Pellandini, "Los crímenes de guerra", in J.A. Yáñez-Barnuevo (ed.), *La justicia penal internacional: Una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Madrid, Vervuert Verlag, 2001.

<sup>18</sup> See Articles 17(2), 17(3) and 20(3) of the Rome Statute of the International Criminal Court, *supra* note 18.

<sup>19</sup> Article 12 spells out the "Preconditions to the exercise of jurisdiction". Rome Statute of the International Criminal Court, *supra* note 18. For a discussion on this issue, see M. Bergsmo, *O regime jurisdictional da Corte Internacional Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais RT, 2000, pp. 224–225.

were used to see and to which Common article 3 and Additional Protocol II appeared to be working in an efficient manner. Nonetheless, these new conflicts fall now under the scope of the Rome Statute, and more particularly under article 8(e) and (f). Many conflicts waged in Africa contain this new feature. In these conflicts, what we have are new characters, new insurgents, acting within the political space left by the State that has disappeared or is too frail to exercise any control over those groups.<sup>20</sup> Hence, one may speak of new combatants, many times characterised by the lack of political motivation or simply acting for personal gain and fame, true *soldiers* of drug trafficking and of smuggling, of organised crime in its many forms.<sup>21</sup>

With this emergence of new kinds of non-international conflicts, which have become chronic due to the lack of control by the State or its inefficacy, one can more vividly fathom organised crime as a new type of belligerent<sup>22</sup> party. In this regard, the new combatant is one that is not necessarily bound to a political organisation but simply an ordinary criminal, bound to a criminal organisation.

### 5. The Prosecution of those Involved in Organised Crime

What consequences and conclusions can we draw from what has already been said? Once an armed conflict, of an international nature or not, is characterised, the action of organised crime agents may be prosecuted by ways of national repressive laws regarding organised crime, drug or arms trafficking and other common crimes, as well as by ways of international criminal laws punishing war crimes (for example article 8 of the Rome Statute), independently of whether it is because of the criminal's own actions or because he/she assisted and cooperated with the belligerent parties in eventual armed actions breaching international humanitarian law. Thus, in the absence of internal repression mechanisms, the International Criminal Court may act (1) if the crime occurred in a country that ratified the Rome Statute, irrespective of whether the alleged perpetrator is a national of a signatory State, or (2) if the crime was perpetrated by a national of a country that has ratified the Rome Statute, irrespective of the place of the commission of the crime or (3) if the Security Council submits the issue to the Court.

The 'new combatant', within an international armed conflict can in some cases be mistaken for a combatant as provided in the Geneva Conventions and their Additional Protocol I. He is consequently authorised by international law to fight<sup>23</sup> and cannot be punished for doing so. However, if the belligerent acts are followed by common crime practices, e.g. organised crime, then the perpetrators of such acts may be punished. Even if the person is considered a prisoner of war once in the hand of the enemy and, subsequently, upon the end of the hostilities must be repatriated, he/she may still be punished in relation to his/her actions with the organised criminality. It is worth mentioning that in Afghanistan the involvement of the Taliban, who may be characterised as combatants in the light of article 44 AP I, with the organised crime was clear and was even acknowledged by the United Nations Security Council

in Resolution 1333, and that before the attacks carried out by the US.<sup>24</sup>

Nevertheless, if the organised crime simply supports the activities of the belligerents during an international armed conflict, no combatant treatment shall be granted to its members which can however be prosecuted as authors or co-authors of war crimes because, according to article 8 of the Rome Statute, war crimes can be committed by any person, as long as the crime bears a relationship with the armed conflict.

Considering non-international conflict the concept of a combatant is inexistent, hence, so is the notion of prisoner of war. Notwithstanding, as aforementioned, acts related to the organised crime can be considered as common as well as war crime if the situation is that of a non-international armed conflict (Geneva Conventions, AP II and article 8 of the Rome Statute).

Another, perhaps easier, possibility to characterise organised crime in situations of conflicts that do not fall within the ambit of the definition of an armed conflict as provided in international law, is the eventual connection with crimes against humanity as defined in article 7 of the Rome Statute. This case seems more feasible because it does not require the characterisation of a situation as an armed conflict, which, as demonstrated earlier, is a complex issue.

Effectively, article 7 of the Rome Statute regards certain acts as crimes against humanity if they are committed whenever as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack. Paragraph 2 (a) defines Attack directed against any civilian popu-

<sup>20</sup> About the new conformation of armed conflicts, see D. Hauser, "Assistance before New Armed Conflicts", in *The New World Order and Armed Conflicts*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, pp. 131–175.

<sup>21</sup> See M.H. Hoffman, "Emerging Combatants, War Crimes and the Future of International Humanitarian Law", (2000) 34 *Crime, Law and Social Change* 99/110.

<sup>22</sup> As P. Lupsha says: "terrorism, nationalist ethnic-religious wars, arms smuggling/trafficking and proliferation of conventional and nuclear weapons are ever growing threats nowadays. Less obvious, albeit deeper, infections can be seen in the social failure around the world. Progressively in feeble or 'financially broken' States, criminal bands take charge of State's duties. In Somalia, we have seen criminal war chiefs or drug bands take charge of streets and poor neighborhoods. In Rio de Janeiro, Brasil, drug bands have taken over the supply of some government duties and services. In Peru, drug dealers, such as Chachique Rivera's band, paid teachers and other local civil servants 100 dollars monthly to maintain public services in drug villages in the jungle and complement their poor salaries paid by the government. Throughout the whole drug production areas in the Andes Colombian drug dealers fund parabolic antennas, electrical generators, water purification systems, football teams, broaden and improve paths to runways and pay salaries to purchase local cooperation and support. These are obvious examples and could grow ten times if situations in South Africa, Uganda, Ireland, Mexico, India, the Central Asian States and other places are mentioned. Less obvious are the several war and conflict situations around the world, which frequently hide organised criminal efforts [...]." P. Lupsha, *supra* note 3, at 23.

<sup>23</sup> The discussion as to the legality of the general determination of the Taliban and individuals belonging to Al Qaeda as 'illegal combatants' by the US is further discussed in S. Peterke, "Terrorism and the Applicability of International Humanitarian Law: The Mujahir Case", (2003) 6 *Boletim Científico da Escola do MP da União* 99–109.

<sup>24</sup> United Nations Security Council, Resolution 1333, 19 December 2000, UN Doc. S/RES/1333/2000.

lation as: “a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack.”

Among those behaviours are listed, for instance, murder, torture and extermination, both practised by police officers and by groups of organised criminals. According to Eugênio de Aragão, in the Brazilian framework, it is not difficult to visualize some actions orchestrated systematically against specific groups of people, irrespective of any political connotation.<sup>25</sup>

In light of the association between organised crime and armed conflicts and the inclusion of war crimes and crimes against humanity in the Rome Statute, it is thus justifiable to include *de facto* terrorism and drug trafficking in the Rome Statute.

## 6. Conclusions

Organised crime can become an organised armed group within an international armed conflict. In this case the combatant figure may still be held liable for crimes which originate from an organised criminal action.

Organised crime can support one of the parties of an international conflict. Yet, as it is not becoming a military organised group its individuals can therefore not be characterised as combatants. This nonetheless does not prevent its members from committing war crimes in authorship or co-authorship with lawful combatants.

In non-international armed conflicts, organised crime can only be understood as a party of the conflict in the event of loss of control by the State in a protracted conflict. In this instance, likewise, beyond the eventual commission of war crimes, one may prosecute members of organised crime for criminal activities.

In non-international armed conflicts, organised crime may simply support an insurgent armed group, in which case its members are still liable for organised crime practices and eventually for co-authorship in the commission of war crimes.

In situations of internal disturbances acts linked to organised crime may be viewed as crimes against humanity provided they fulfil the requirements set out by this category of international crime.

In any of the aforementioned circumstances, should a State party to the Rome Statute be unable or unwilling to prosecute alleged criminals, the ICC may exercise its jurisdiction over them for war crimes and crimes against humanity. ■

<sup>25</sup> “The killings described, in urban or rural contexts, are widespread and systematic. The numbers are huge and the acts are interrelated. They can be portrayed in two different factual frameworks: abusive police action against criminality or unfettered violent behaviour by criminal organizations, in the cities [...]”. E. de Aragão, “Setting standards for Domestic Prosecutions of Gross Violations of Human Rights Through the ICC: International Jurisdiction for Wilful Killings in Brazil?” (to be published in 2005).

# Human Rights in the Constitutions of the Member States of the Common Market of South (Mercosur)

Andrea Pacheco Pacífico\*

Der Autor vergleicht die Verbreitung, den Schutz und die Eingliederung von Menschenrechtsverträgen in Argentinien, Brasilien, Paraguay sowie Uruguay mit der sozialen Wirklichkeit der Einhaltung dieser Verträge. Neben diesem Vergleich der fundamentalen Rechte, ist die Intention des Autors, zu zeigen wie ausführlich und intensiv die jeweiligen Staaten die Rechte und Pflichten dieser Verträge zu erfüllen versuchen. Dies geschieht zunächst in der Hinsicht, als dass untersucht wird welchen Rang die Verträge im Verhältnis zu den Verfassungen innerhalb der nationalen Gesetzgebung einnehmen. Des Weiteren wird aufgezeigt welche positiven Entwicklungen sich durch die Einführung, bzgl. der Akzeptanz innerhalb der Bevölkerung, nach der Abschaffung der Diktaturherrschaft gezeigt haben.

## 1. Introduction

To evaluate the promotion, protection and implementation of human rights in developing countries is not an easy task. However, Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay (although it had been well known last decade for abuses and failing to address complaints) have shown that all efforts taken to improve their citizens’ standards of living are worldwide recognised and the nation as a whole benefits from improvements undertaken by the States.

I will start by evaluating the economic and social reality of the Mercosur’s region, with special respect to the right to

food, clothing, housing, social security, education, job and development, as well as the actual economic conditions of these States, for instance, per capita income and growth domestic product.

My next point will be to compare the constitutions of these States. As constitutions are the highest law of any State, it is quite important to know how social and economic rights are

\* Andrea Pacheco Pacífico, LL.M./M.A., is professor of International Law and Human Rights at the University Centre of Legal Sciences (CCJUR) of the High Studies Centre of Maceio (CESMAC) and at the Law School of the Faculty of Alagoas (FAL), both in Brazil.

protected before the constitutions, despite the fact that not all States abide by their own constitutions. I will compare the differences among the constitutions and how the State's economic reality affects the rights recognised under the Constitution.

Thirdly, I will discuss the implementation and incorporation of international treaties and agreements into domestic law, for instance, how each of the studied States can implement human rights treaties and agreements into their domestic law and in which level of hierarchy human rights treaties are recognised under the constitution.

The last step of this work will be a brief overview of the outcomes reached by the region and the expectations in terms of improvements in the social and economic spheres. From this point I will sum up by showing with the support of data that the States which form Mercosur have made progress and have reached improvements with regards to the protection and implementation of human rights domestically.

## 2. Economic and Social Reality of the Region

The social and economic conditions within Mercosur (Common Market of South) are not uniform.

When the Treaty of Assunción created Mercosur on 26 March 1991, Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay aimed at a greater development of their social and economic conditions. However, the open-market process, which started before the creation of Mercosur, has perturbed the relationship between Argentina and Brazil, Mercosur's leaders. Moreover, as in any case relating to economic matters, the population is the one who suffers more, especially in terms of unemployment and lack of investment in education, food, health and medical care. That is what has happened in these States.

The external open-market process was, and is, necessary, but it was done very fast. Thus, rich States began to tax poor States' goods, while the latter could not impose their needs afraid of retaliations. As an example, agricultural products in Europe are highly subsidised, thereby affecting Mercosur's States since these products are source of exportation to the region.

Developing States, such as the aforementioned ones, still need big investments to organise themselves internally and to proportionate better social and economic conditions to their population.

In the last decades, development increased in Brazil, unfortunately at the expenses of external debts, whose social effects reflected in the local population. In comparison, such a level of growth was not prevalent in the same period in Paraguay.

Historically, Argentina and Uruguay's social conditions are more developed and less unequal than in Brazil. Nonetheless despite all difficulties in income distribution, Brazil is nearly at the same level as Argentina. Yet, both of them are very far away from the organisational level and effective conditions of shared wealth, which is seen in the USA and in most European States.

In Brazil, the exploitation of individuals by individuals in the public wealth production led to a society with a minority getting the biggest part of the income, whereas the majority shares the rest. It characterises a developing State with one of the worst income distribution. In 2002, its Growth Domestic Product<sup>1</sup> was almost 502,5 billions US dollars to 178,5 millions inhabitants.<sup>2</sup> And, its per capita income is 2,583 US dollars, with the minimum salary of about 80 US dollars. Finally, the economically active population has about 20 % of unemployed people.

It is important to realise the Brazilian standards of living, as Brazil is the principal State of this Common Market.

Uruguay is a small State in terms of territory and production. However, it better shares its income so that its per capita income is more equally balanced.<sup>3</sup> Whereas Paraguay is the most poor of the region,<sup>4</sup> as its public administration is poor, with nearly half of its commerce driven by smuggled goods. Moreover, although the Paraguayan political dictatorship finished in 1999, its political system remains unpredictable.<sup>5</sup>

Back to Brazil, although it has improved in many regards with the Common Market, it is still far away from being considered a winner. To start with, it has 13,1 % of illiterate people (data from 2000). The lack of investments in education, in the creation of jobs and social security programmes as well as inadequate programmes of providing food, housing and clothing strongly undermines the development of the region.

In the light of these facts, it is elementary that the ones who first suffer in developing States are the non-essential elements of the State's structure, i.e. its social elements, such as education, social security, work, food, housing, and clothing.

In truth, despite all the troubles, Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay have initiated changes to enhance the standards of living to their populations. To achieve a higher level of development, these States have included social and economic rights in their constitutions.

## 3. What the Constitutions Say

A State constitution represents the highest degree in any community's thinking. When someone wishes to have a general idea of a State, it is enough to catch a glimpse at its constitution. Indeed, its articles reflect the main aims the government wants to pursue in all fields, for instance, cultural, political, social and economic.

<sup>1</sup> All numerical data used in this work come from Social and Economic Index, in *Almanaque Abril* 2004, pp. 352–361, Brazil.

<sup>2</sup> The Argentinean Growth Domestic Product of US\$ 268,6 billions (2001) represents about 50% of the Brazilian one, nearly the production of the Brazilian State of Sao Paulo.

<sup>3</sup> In Uruguay the illiteracy rate was only 2,4% in 2000. Moreover, its Growth Domestic Product was 18,7 billions US dollars in 2001, while its per capita income was 5710 in 2001.

<sup>4</sup> The illiteracy rate was 6,7% in and the Growth Domestic Product was of 7,2 billions US dollars and per capita income of 1350 in 2001.

<sup>5</sup> For instance, in 1999, the President of Paraguay renounced the Presidency and the President of the Congress was for months in charge of the State's affairs.

In this regard, I presume that this is the rule. There are nonetheless exceptions that illustrate the contrary, for instance the former USSR had a constitution that protected many social rights, yet it always ignored them, and its citizens lived in poverty. Moreover, Argentina had a very protective constitution while it was a dictatorship. It is a cultural matter whether or not any constitution is understood as a document manipulated by the government or represents the population's actual wishes and needs.

On the one hand, some constitutions "refer simply to a basic document that organises a political system by, for example, setting forth the basic institutions of government".<sup>6</sup> On the other, Mercosur's constitutions guarantee appropriate and efficient political, economic, cultural and social systems, which are supposed to drive the government's policies.

With regards to human rights, Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay have declared their promotion and protection under their constitutions, as fundamental rights and/or guarantees.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)<sup>7</sup> protects some human rights that are promoted by these countries through their constitutions, such as the rights to self-determination<sup>8</sup> and to non-discrimination.

As to the right to self-determination, Brazil (article 4, III) and Paraguay (article 143, II) declare that it is one of the principles that drive them in their foreign relations. Further, the right to non-discrimination is recognised in Argentina (article 43(2): "the damaged party, the ombudsman and the associations which foster such ends registered according to a law [can file a summary proceeding against any form of discrimination]"), in Brazil (article 3, IV: "[one of] [t]he fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil [is] to promote the well being of all, without prejudice as to origin, race, sex, colour, age, and any other forms of discrimination") and in Paraguay (article 46: "no discrimination is permitted"). The constitution of Uruguay only affirms in its article 87 that "all people are equal before the law without any distinction among them, except those, which come from talents or virtues".

On the other hand, the rights analysed in the next paragraphs are all recognised by the ICESCR, but none of them is protected or promoted by the IACHR. However, even though the IACHR does not protect them, the studied States have recognised them in their constitutions, with the exception of Argentina, which has failed to protect some of them. Although Argentina (under its article 14 and 14bis) protects the right to work and some other rights, such as: to sell and to do business; to petition; to enter, to stay, to transit and to leave Argentina; to publish own ideas without previous censorship; to teach and to learn; and so on.

In contrast to other constitutions, which provide for specific rights, the Brazilian constitution guarantees an entire range of economic and social rights. Brazil sums up the promotion of social rights in article 6, declaring that "Education, health, work, leisure, security, social security, protection of mother-

hood and childhood, and assistance to the destitute, are social rights under this Constitution".

Concerning individual rights protected by the constitutions of the Mercosur States the right to work occupies a predominant position. For example, it must be noted that the Argentinean constitution protects the right to work under good conditions, to rest, and to social security and education. All of them are enshrined in article 14 and 14bis.

With respect to the constitution of Paraguay, its article 86 refers to the right to work and working conditions, declaring that "[e]very inhabitant of the Republic has the right to a legal job, freely chosen, which he performs under decent, fair conditions. The law will protect every form of work". Besides, article 91 fixes the number of working-hours and asserts the right to rest.

As to Brazil, article 7 of its constitution protects the workers and guarantees the right to appropriate working conditions (paragraphs XXVIII to XXXII). Further, it establishes in paragraph IV that workers have the right to "a minimum wage nationwide, established by law, capable of satisfying their basic living needs and those of their families with housing, food, education, health, leisure, clothing, hygiene, transportation, and social security, with periodical adjustments to maintain its purchasing power, it being forbidden to bind it for any purpose".

Such rights are also largely promoted by the constitution of Uruguay. Article 54 recognises the right to rest, while articles 53 to 56 promote the right to work. It is important to mention article 53, for instance "the work is under the law's special protection", and article 55, for instance "the law will regulate the impartial and equitable work's distribution". Finally, article 57 protects the right to form trade unions. It is essential to mention in this regard the content of article 59 which declares that "the law will establish the worker's statute with the fundamental basis that the worker exists to the function and not that the function exists to the worker". It is very interesting to realise the importance the State gives to the job, more than to the human person.<sup>9</sup>

Another right connected to the right to work is that of trade unions. Article 8 of the Brazilian constitution protects the right to form trade unions and the right to go on strike. The right to form trade unions is also recognised by the Paraguayan constitution under article 96. Besides, the constitution of Uruguay declares that domestic law will promote the organisation of trade unions, will create rights to them and will recognise them legal personality, besides affirms that strike is a right of the trade union's workers (article 57).

<sup>6</sup> H. Steiner & P. Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, Oxford University press, 1996, p. 710.

<sup>7</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3.

<sup>8</sup> Argentina and Uruguay do not promote it through their constitutions.

<sup>9</sup> Something similar to it appears in India's constitution, when it remembers the citizens that the cargo remains, while the workers change.



Social security is also protected in many States of the Mercosur. For example, article 95 of the Paraguayan constitution promotes social security. In comparison, the right to social security is narrowly and generally protected in article 7 of the constitution of Uruguay (“all inhabitants of the Republic have the right to live, honour, liberty, social security, work and property. Nobody can be denied these rights, unless any rules have been established for general interest reasons”).

The right to education is protected by fewer countries than the previously mentioned rights. Yet, it is guaranteed in many countries of the Mercosur. For instance, Paraguay largely protects the right to education through articles 73 to 80. Thus, it is important to mention article 73, which asserts that “[e]veryone has the right to a comprehensive, permanent education, conceived as a system and process to be realized within the cultural context of the community. The system is designed to promote the full development of human personality, to foster freedom and peace, to promote social justice, solidarity, cooperation, and integration<sup>10</sup> of all peoples, the respect for the human rights and the principles of democracy, to confirm the commitment to the fatherland and to strengthen the cultural identity. It also seeks to promote the intellectual, moral, and civic growth of the individual, as well as the elimination of any educational programs of a discriminatory nature”. This protection is also offered by article 41 of the Uruguayan constitution: “children’s care and education to achieve the whole body, intellectual and social capacity, is parents’ right and duty. However, when the parents have many children they can apply compensation care”.

Medical care is also a right that is only mentioned in two constitutions. Article 68 of the Paraguayan constitutions reads as follows “[t]he State will protect and promote human health as a fundamental right of each person and in the best interests of the community. No one will be deprived of public assistance to prevent or treat diseases, pests, or plague or of aid in case of disasters or accidents.” Article 44 of the Uruguayan constitution is also provides for such a right stating that “the state will legislate all issues with respect to public health and hygiene, searching all state people’s physical, moral and social perfectionism”.

The same holds true for the right to adequate housing which is only protected in Paraguay and in Uruguay. The Paraguayan constitution is an exception inasmuch as its article 100 spells out that “[e]very inhabitant of the Republic has the right to decent housing facilities.

(2) The State will establish conditions conducive to the implementation of this right and will promote housing projects of social interest specially designed for low-income families through adequate methods of financing”. However, the right to housing is written in article 45 of the Uruguayan constitution, which is: “all inhabitants of the republic have the right to enjoy condign home. The law will assure economic and hygienic home, making easy its acquisition and stimulating private capital inversion for this finality”.

The right to food and to clothing is one of the least protected rights. Neither Argentina, Paraguay nor Uruguay protects the

rights to food and clothing. The Liberal politics adopted led these States to free their citizens to search their own food and clothing.

As one can see, most economic and social rights are protected by the constitutions of the Mercosur States. However, it means one thing to include these rights in the constitution and another thing to implement them through political development plans. Not only domestic plans, but also good relations with foreign States, through the signature and ratification of treaties, should activate the promotion, the protection and the implementation of human rights. The incorporation of treaties into domestic law will assist them to achieve better standard of living for all citizens.

#### 4. The Implementation and Incorporation of Treaties and Agreements

On the one hand, the international legal order clearly differs from the national legal order, as the former does not have a coercive power to ensure compliance with all legal norms, such as treaties, while the latter has the police and the judicial power to enforce by way of sanctions all norms at the domestic level. Due to this lack of external sanctions, it is sometimes difficult to ensure that treaties and agreements be implemented and incorporated into States’ domestic legislation.

On the other hand, the importance of having treaties ratified by the States comes from a certain lack of codification of international law. It is argued that treaties are a means to ensure that States are obligated to work towards peace and safety for all individuals, a duty that each State has according to international customary law. This aim can be reached through binding individual States that sign and ratify treaties under the *pacta sunt servanda* rule enshrined in article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>11</sup>

The implementation and incorporation of international treaties and agreements into domestic legislation is a matter of conflict relations between domestic law and public international law, which has been thoroughly discussed for years.

The comparative study of the legislation in the Mercosur’s States leads to divide the countries into two categories: Brazil<sup>12</sup> and Uruguay on one side, and Argentina and Paraguay on the other. While the former is silent as to the legal position of an international treaty in the domestic legislation, the latter explicitly mentions treaties as part of the hierarchy of their internal legal system.

The 1988 constitution of Brazil affirms in article 84(VIII) that “[i]t is incumbent exclusively upon the President of the Republic [...] to enter into international treaties, conventions

<sup>10</sup> All studied States promote regional integration in their constitutions as fundamental principles of the State.

<sup>11</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331.

<sup>12</sup> As to Human Rights Treaties, Brazil has just added one article into its constitution, by the constitutional amendment N° 45: article 5°, § 3° says that all Human rights Treaties ratified by Brazil are at the same hierarchical level of the Constitution’s Amendments.

and acts, *ad referendum* of Congress.” Moreover, article 49(I) says that “[i]t is exclusively incumbent upon Congress to resolve conclusively on international acts, agreements, or treaties which involve charges or commitments against the national patrimony”.

In spite of the fact that Brazil has signed and ratified almost all human rights treaties, its constitution has just published its amendment N° 45 in February 2005, saying that all human rights treaties ratified by Brazil will be at the same hierarchical level as the constitution. Nevertheless, the Brazilian Supreme Court admitted that a domestic rule created after a treaty had been ratified was capable to modify such treaty.<sup>13</sup> This means that, in general, treaties are at the same level as federal ordinary laws. Moreover, Grandino Rodas,<sup>14</sup> a Brazilian legal scholar said that all treaties are under the constitution power and may be compared to federal ordinary laws. This is the Brazilian practice.

However, one must stress the importance of human rights in the Brazilian constitution. Indeed, the Brazilian constitution promotes human rights through its foreign policy. Article 4 lists all principles that drive Brazil in its foreign relations and, more particularly, paragraph 2 emphasises the prevalence of human rights, showing that Brazil is aware of human rights issues in the process of creating Mercosur and its Law of Integration. In sum, with regards to human rights treaties, the norm that is supreme is the one which offers the best protection in terms of human rights. The new amendment is only the theory of the customary Brazilian law as to Human Rights.

With regards to Uruguay, its Constitution expresses in article 72 that “the rights, duties and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others which are inherent to human personality or which are derived from the republican form of government”. And article 332 adds that “the articles of this Constitution which recognise rights to individuals [...] will not let to be applicable because of the lack of the respective regulation. The latter will be supplied by similar rules, the general principles of law and the generally admitted doctrines”.

As to the competence, it is the “National General Assembly of Uruguay that has the competence to approve or deny all international treaties celebrated by the Executive Power” (article 85). Moreover, “the President of the Republic, acting with the respective Ministry of State, has the competence to conclude and to sign treaties, whose ratification is only possible after the legislative power’s approval” (article 168(20)).

Thus, it is clear that the Uruguayan constitution omits any plea about the juridical supremacy in the case of a clash between treaties and ordinary norms. The jurisprudence and doctrines must be the sources to solve these matters. However, Uruguay, like Brazil, has signed and ratified all human rights treaties and its Human Development Index is one of the highest in the region.<sup>15</sup>

Moving on to the second category, embodied by the constitutions of Argentina and Paraguay, it must be underlined that both States are faced with completely different realities.

The 1957 constitution of Argentina, amended in 1994, underlines in its article 28 that “[t]he principles, guarantees and rights recognized in the preceding sections<sup>16</sup> shall not be modified by the laws that regulate their enforcement”. Moreover, article 33 complements the former, when it declares that “declarations, rights and guarantees which the Constitution enumerates shall not be construed as a denial of other rights and guarantees not enumerated, but rising from the principle of sovereignty of the people and from the republican form of government”. These articles show that the government is clearly in favour of putting in practice all fundamental rights recognised in the constitution and in the ratified treaties.

With respect to international treaties, human right treaties included, article 31 clearly says “This Constitution, the laws of the Nation enacted by Congress in pursuance thereof, and treaties with foreign powers, are the supreme law of the Nation.” Thus, it means that all treaties are in the higher power of level of the domestic law; nonetheless they are at the same level as the constitution, the rules of Congress and human rights.

Human Rights treaties are at the same level as the rules of Congress and the constitution because article 75, paragraph 23 declares that “Congress is empowered [...] [t]o legislate and promote positive measures guaranteeing true equal opportunities and treatment, the full benefit and exercise of the rights recognized by this Constitution and by the international treaties on *human rights* in force, particularly referring to children, women, the aged, and disabled persons”. (emphasis added)

Still about human rights recognition and protection, the next paragraph (24) of the same article emphasises that it is Congress’ duty “[t]o approve treaties of integration which delegate powers and jurisdiction to supranational organizations under reciprocal and equal conditions, and which respect the democratic order and *human rights*. The rules derived from there have a higher hierarchy than laws” (emphasis added).

Undoubtedly these articles show the Argentinean government’s awareness with regard to human rights issues. Besides having ratified all human rights treaties, they were incorporated into domestic law, with the same power as the Constitution.

International treaties, in particular those relating to human rights issues, have also a special place in the legal order of Paraguay. Indeed, according to its 1992 Constitution,

<sup>13</sup> All these decisions can be seen under the Brazilian Supreme Court Homepage, by searching Jurisprudence under <http://www.stf.gov.br>.

<sup>14</sup> Grandino Rodas emphasised this idea during his presentation entitled “International treaties: their execution in Brazilian domestic law”, held at the Conference in the XXIV Course of International Law – sponsored by OAS, in Rio de Janeiro, Brazil, in August 1997.

<sup>15</sup> The Human Development Index (IDH) is measured on the basis of life expectation, the level of schooling and the per capita income. It analyses the population development in three different aspects, such as: health and long life, knowledge and proper standard of living. It finally varies on a scale from 0 to 1. In 2001 Uruguay reached 0,834, while Argentina could overcome it with 0,849. On the other hand, Brazil and Paraguay were low; the former was 0,777 and the latter was 0,751.

<sup>16</sup> The legislator speaks about fundamental rights in this case.

Paraguay points out that “[i]nternational treaties that were properly concluded and approved by a law of Congress and the instruments of ratification which have been exchanged or deposited are part of the domestic legal system in keeping with the order of pre-eminence established under Article 141”. Following this way, article 137 upholds that “[t]he Constitution is the supreme law of the Republic. The Constitution, the international treaties, conventions, and agreements that have been approved and ratified by Congress, the laws dictated by Congress, and other related legal provisions of lesser rank make up the national legal system, in descending order of pre-eminence, as listed”.

The next article (142) emphasises human rights issues, when it says “[i]nternational treaties concerning *human rights* cannot be renounced, but must follow the procedures established herein for the amendment of this Constitution” (emphasis added). In addition to this article, article 145 declares that “[t]he Republic of Paraguay, on an equal footing with other states, admits a supranational legal system that guarantees the enforcement of human rights, peace, justice, and cooperation, as well as political, socio-economic, and cultural development” (emphasis added).

After analysing and interpreting the constitution of Paraguay, it is clear that on the one hand treaties are under the constitution, yet, on the other they are superior to ordinary norms and other rules.

To analyse constitutions is a rather difficult task, as the legislator is ultimately bound by the political and cultural reality. Thus, while it seems that the recognition of a supra national juridical order to guarantee human rights should have preference over the protection of these rights in the constitution, the actual text of the constitution is doubtful with regard to its scope and generality, although the domestic law is the one used to define the States’ role in defining the international juridical system.

## 5. Outcomes and Expectations

Different from political and civil rights, which are immediately applicable, economic and social rights need programmatic norms to be actually implemented, besides effective remedy against violation.

To declare the existence of rights in any constitution without indicating their content and how they are applicable leaves much to be desired. “The scope and substance of each right should be precisely defined. It was not sufficient, [for instance], to declare that everyone shall have the right to education; it was far more important to set forth the legal standards in respect of each level of education”.<sup>17</sup>

From this point of view, Uruguay has to be congratulated for its new political development plan with respect to the social and economic development of its citizens and of the State as a whole. In the last decade the Uruguayan government was in fact a strong dictatorship that indulged into numerous human rights violations. Some human rights NGOs reported to the

UN Commission on Human Rights<sup>18</sup> thousands of cases of arbitrary arrest and torture, many disappearances and deaths and the destruction of the rule of law. Yet, the Uruguayan authorities defended themselves by declaring that “as for the trials of detainees, they always acted within the Constitutional and legal framework prescribed by Parliament, and particularly the Security Act”.<sup>19</sup>

On the other hand, in 1992, the Inter-American Commission on Human Rights<sup>20</sup> reported that in 1991 many “important reparation agreements were reached between the Uruguayan State and certain victims of past human rights violations”.<sup>21</sup> This made the Commission to decide in favour of recommending the government of Uruguay to “give the applicant victims or their rightful claimants just compensation for the violations to articles 1, 8 and 25 of the American Convention on Human Rights”, besides adopting “the measures necessary to clarify the facts and identity of those responsible for the human rights violations that occurred during the *de facto* period”.

The *de facto* period was the dictatorial one, when many human rights violations and disappearances happened due to belonging to political groups. Therefore, Uruguay has been making many legal changes to repair those illegal prosecutions and detentions, especially by being adjusting its domestic law to the American and to the Mercosur Human Rights Law.

Not only Uruguay, but also Argentina, Brazil and Paraguay have pursued the goal to achieve an adequate standard of living to their citizens, supporting the equal status and giving great importance to economic and social rights.

A promising point of departure is the actual enforcement of their constitutions and the implementation of international treaties and agreements.

Secondly, a positive outcome depends on the amount a government spends on social programmes to eliminate starvation and poverty and to give more jobs’ opportunities to the citizens. These programmes shall be equitable shared and, especially, supplied by public financing.

A good example is Brazil as under its constitution the State must invest in education 18% of the tax revenue, giving priority to higher education. Further, the member States, the capital and the cities must invest in basic education 25% of their tax revenues. This is quite important because the level of education is one of the most essential factors to raise the worker’s budget. What I mean is that the more educated a person is the more this person can get a better job with higher salaries. This really happens, especially in Latin America.

<sup>17</sup> H. Steiner & P. Alston, *supra* note 6, p. 263.

<sup>18</sup> UN Doc. E/CN.4/R.27 (1977).

<sup>19</sup> H. Steiner & P. Alston, *supra* note 6, p. 384.

<sup>20</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Report No 29/92, CIDH OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 25, 2 October 1992.

<sup>21</sup> H. Steiner & P. Alston, *supra* note 6, p. 1102.

Moreover, public health in Brazil is supervised by the Health Unified System (SUS), which, according to the constitution, must guarantee universal, equal and free access to all services. Nevertheless, according to the Ministry of health itself, there are about 10 millions of people without any kind of access to any health system and this despite the fact that, in 1997, the annual budget approved for the health system was of about US\$12 billions (US\$76 per inhabitant), which represents an increase of 42,7% in comparison to 1996. However it is still far away to reach at least half of the Brazilian population.

Public financing is always required for State's obligation to respect, protect, ensure and promote human rights.<sup>22</sup> The requirement of financial efforts on the part of the State as well as its active intervention must be taken for granted, as the amount paid by taxpayers shall be converted into resources to improve their standard of living.

Economic and social rights being programmatic norms, many steps need to be made to achieve certain standards. Further one needs to take into account that the availability of resources is variable and highly dependant on "the level of economic development of the state concerned".<sup>23</sup>

All kinds of resources<sup>24</sup> are important in achieving economic and social rights. Thus, foreign interference can sometimes be useful, whenever a State has been constrained by negative facts. Indeed by "a process of adjustment, of economic recession, or by other factors the vulnerable members of society can and indeed must be protected by the adoption of relatively low-cost targeted programmes".<sup>25</sup>

Following this way, Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay have achieved progressive outcomes in promoting and protecting human rights, through their constitutions, through the implementation of treaties and agreements and making effective plan of development. Despite being considered developing States and even poor States economically, their efforts must be recognised as they have improved their Human Development Index (HDI), as already stated above.

## 6. Conclusion

After analysing the promotion and the protection of economic and social rights before their Constitutions, it is clear that all efforts, which have been made by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay, have been positive in terms of results for the region.

Firstly, Mercosur is making progress,<sup>26</sup> what leads others South American States to join it, for instance Chile and

Bolivia, which are already associated members States. Moreover, States from the Andean Pact have tried to be part of Mercosur as well, as Equator and Peru, conducting the Andean Pact to a weaker position.

Secondly, the region's Human Development Index is getting higher, as a result of the promotion of development programmes in specific fields, such as education, creation of new jobs and public financing to assist private companies with the practice of social programmes.

Thirdly, the assistance position of the public power, especially as to access to education and health care, is limited. For example, the right to food is out of their Constitutions. It seems to be a paradox that can be seen more deeply by NGOs, the Civil Society and the States at all.

The fact that Mercosur's States are liberal and well-being States at the same time can explain it: they have their lives economically dependent from the powerful States, while they are politically independent from them. On the one hand, being liberal, they leave the population free to search for food, as a result of the right to work and all rights to freedom. On the other hand, the public assistance give the citizens free education and health care, although with bad conditions.

Lastly, but not least, a good reason to realise how these States are concerned about human rights issues is the importance they give them through their highest law, which is their constitutions. All States in the region have largely promoted human rights policies. In addition, and probably the most essential is that they have found ways to incorporate all international human rights treaties into domestic law.

Finally, besides still being an undeveloped region, when compared to the USA and some European States, they are on the right way to achieve a good level of economic and social life for their citizens. ■

<sup>22</sup> For further information see: *Id.*, p. 282.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 280. The issue about the importance of resources is mentioned in article 2 (1) of the ICESCR.

<sup>24</sup> The resources can be of financial, natural, human, technological, and informational nature.

<sup>25</sup> H. Steiner & P. Alston, *supra* note 6, p. 285. For further information see also Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n. 3 (1990), UN Doc. E/1991/23, Annex III.

<sup>26</sup> Mercosur has kept on encouraging the dissolution of trade barriers and interdependence among its members. Therefore, its internal commerce increased from more than US\$4.1 billions in 1990 to US\$20 billions in 1998, representing an average growth of 26.6 per year. As an example, approximately 90% of the goods made in the Mercosur's States can be domestically commercialised without tariffs of importation.

# Lernziel Rechtsbewusstsein. Ein Beitrag zur Frage der Vermittlung von Recht als Kulturelement in Schule und Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts

Andreas von Block-Schlesier\*

The author worked many years for national and international humanitarian organisations and was a member of the expert committee for humanitarian law of the ICRC. He published many contributions relating to this topic. This time he focuses on the one hand on humanitarian values, which are the foundations of the Geneva Conventions, and, on the one, on the growing violence between teenagers particularly at school.

He comes to the conclusion that there is an interdependence between the violations of provisions laid down in the Geneva Conventions during many armed conflicts in the last few years and the loss of “*Rechtsbewusstsein*” within society. States’ duty to disseminate international obligations arising out of the Geneva Conventions is similar to the duty of schools to teach justice. After the author went to law school he became a teacher. What he always missed during his education was the breeding to “*Rechtsbewusstsein*”. He asks himself who will teach those students the concept of human dignity as laid down in article 1 of the German Constitution.

As a result he points out that the attacks against combatants (lately during the war in Iraq) are comparable to the fights and the violence at schools. Both are the consequences of a lack of that dissemination.

Justice as a cultural element within our society should be discussed in every parents’ house as well as at school but should also be a part of teachers’ education to reduce violations of national and international norms.

„*Schulreform ohne Gesellschaftsreform ist ein Unding*“  
(Kurt Tucholsky)<sup>1</sup>

Im Juni 2004 wurden durch das Landgericht Hildesheim neun Schüler im Alter zwischen 16 und 18 Jahren verurteilt, die einen Mitschüler monatelang während des Unterrichts misshandelt hatten. Die Schulklasse bestand – einschließlich des Opfers – aus zwölf Schülern. 26 Vorwürfe hatte die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift aufgelistet. Die Schüler der Berufsschulklasse waren mal zu zweit, mal zu sechst oder siebt. Sie schlugen mit Fäusten, Metallrohren oder Schraubenziehern. Sie traten auch ins Gesicht. Sie zwangen das Opfer zu entwürdigenden Handlungen. Sie machten Videos davon und stellten sie ins Internet. Das Opfer musste auch einen Plastikpapierkorb über den Kopf ziehen.<sup>2</sup>

Der Richter soll die Angeklagten gefragt haben, ob sie jemals, in Elternhaus oder Schule, von Artikel I des Grundgesetzes gehört hätten. Ob ihnen jemals vermittelt worden sei, dass es eine nach diesem Artikel unantastbare Menschenwürde gibt. Den Schülern soll dies unbekannt gewesen sein. Die Sache ist keineswegs ein Einzelfall.<sup>3</sup> „Jeder dritte Schüler traut sich in der Pause nicht auf den Schulhof“ behauptete die Opferschutzorganisation „Weißer Ring“ nach einer bundesweiten Stichprobenerhebung im November 2003.<sup>4</sup>

Dem Hildesheimer Fall ähnelt der strafrechtlich noch nicht abgeschlossene Fall vom Frühjahr 2004 in der zehnten Klasse einer Hauptschule in Marburg, wo neun Schüler einen Mitschüler ca. vier Monate lang fast täglich geschlagen und erniedrigt hatten.<sup>5</sup> Als neuer Höhepunkt bei Redaktionsschluss

dieses Beitrags muss der Fall auf dem Schulhof in Wolfen gelten, wo ein 18-jähriger einen 16-jährigen am 9. September 2004 geschlagen und auf das am Boden liegende Opfer eingetreten hatte. Das Opfer erlitt Hirnblutungen und Hirnquetschungen und wurde am Folgetag hirntot erklärt und starb zwei Tage danach.<sup>6</sup>

Ob deutschen Eltern und Lehrern der Wesensgehalt der Menschenwürde und der Menschenrechte, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, die persönliche Freiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Freiheit und Eigentum, kurz: die verfassungsrechtlich gesicherten unverbrüchlich jedem Menschen gewährleisteten persönlichen Rechte geläufig sind, ist die Frage, um die es dem Richter ging.

\* Dr. Andreas von Block-Schlesier ist Rechtsanwalt in Bonn (Deutschland) und Brüssel (Belgien).

<sup>1</sup> K. Tucholsky, Gesammelte Werke 1–3, hier: Schnipsel, Rowohlt Hamburg 1986, S. 142.

<sup>2</sup> FAZ v. 3. Juni 2004, in: Die Welt v. 10. Juni 2004, unter: <http://www.spiegel.de/panorama> (v. 10. Juni 2004).

<sup>3</sup> Der Verfasser verfügt über eine Liste vergleichbarer Fälle, z.T. publiziert in A. von Block-Schlesier, Zur Akzeptanz des humanitären Völkerrechts am Ende des 20. Jahrhunderts, Baden-Baden 1999, S. 109 ff., 129 ff.

<sup>4</sup> Unter Vorlage eines „Präventionsprogramms“, z.B. Ärztezeitung, unter: <http://www.aerztezeitung.de/docs> (v. 10. November 2003).

<sup>5</sup> Siehe zu diesem Fall auch Jugendforscher Hurrelmann, z.B. unter: <http://www.n-tv.de/5238269.html> (v. 26. April 2004).

<sup>6</sup> Siehe unter: <http://www.heute.t-online.de/ZDF/0,1381,2191336,00.html> (am 14. September 2004); auch <http://www.anhaltweb.de:Artikel> (am 15. September 2004), „16-jähriger aus Wolfen starb durch stumpfe Gewalt“.

Wer vermittelt Kindern und Jugendlichen das elementare Rechtsbewusstsein, ohne das menschliche Kultur nicht denkbar ist?

Soweit Kenntnisse von den Geboten oder Verboten der Gesetze eines Landes Jugendlichen nicht vermittelt werden, gibt es ein Allgemeingut, sozusagen als Auffangregelwerk zur Herstellung eines Mindestkonsenses: die Zehn Gebote. Aber werden diese außerhalb des in West und Ost rückläufigen Religionsunterrichts noch vermittelt?

In den Curricula für den Schulunterricht oder in den Ausbildungsvorschriften für Lehrer an Hochschulen oder für Lehramtsanwärter sind die Ausbildungsinhalte, um die es dem Verfasser geht, nicht erkennbar.<sup>7</sup> Auch in der pädagogischen Fachliteratur sind Hinweise auf einen rechtlichen Grundkonsens nach unserer geltenden Gesellschaftsordnung oder ggf. auch nach den Lehren der verschiedenen Religionsgruppen praktisch nicht zu finden.<sup>8</sup>

Eine Formulierung aus der Feder des bekannten Erziehungswissenschaftlers *Peter Struck* – würde man ihm folgen – könnte diesen Beitrag hier schnell beenden. In seinem Buch „Zuschlagen, Zerstören, Selbsterstören“ mit dem Untertitel „Wege aus der Spirale der Gewalt“ heißt es unter Kapitel 45 mit der Überschrift „Werteerziehung gegen Gewalt“: „In unserer pluralistischen Gesellschaft mit ihren rivalisierenden Lagern, die für höchst gegensätzliche Normen stehen, kann es keinen Wertekonsens und schon gar nicht so etwas wie einen verbindlichen Sittenkodex geben. Nur totalitäre Systeme vermögen Werte zu ‚verordnen‘ und damit einen relativ hohen Konsens herzustellen.“<sup>9</sup>

Sodann führt er allerdings aus, dass „Allenfalls das Grundgesetz, die Zehn Gebote oder die Menschenrechte bei uns eine Plattform für Werteentscheidungen abgeben könnten. Ansonsten müsse jeder einzelne Mensch selbst zu seinem Weltbild und zu einer Rangordnung von Werten finden, allerdings erzieherisch beeinflusst werden könne.“<sup>10</sup>

Vermutlich war es nicht die Absicht des zitierten Autors, Wertebeliebigkeit zum erziehungswissenschaftlichen Postulat zu erheben. Aber wie soll unter der Prämisse, dass es weder einen Wertekonsens und „schon gar nicht“ einen verbindlichen Sittenkodex geben könne, eigentlich Rechtsbewusstsein durch Erziehung entstehen?

Mit der generellen Frage der Gewalt unter Kindern und Jugendlichen und der an Schulen im Besonderen, haben sich Wissenschaft und Politik sowie Medien inzwischen seit einigen Jahren und zunehmend befasst. Seit der unfassbaren Tat der bewaffneten Schüler in Lyttleton (USA) vom 20. April 1999 schärfte sich der Blick auf Gewalt und Waffenbesitz bei Jugendlichen auch in Deutschland. Am 25. Mai 1999 sprach der Bundesminister des Innern bei der Vorstellung der polizeilichen Kriminalstatistik des Jahres 1998 gerade im Hinblick auf die gegenüber dem Vorjahr gestiegene Gewaltbereitschaft bei Kindern und Jugendlichen von einer „sehr bedenklichen Entwicklung“.<sup>11</sup> Ein Blick auf die Entwicklung in den fünf Jahren seither bis zum Redaktionsschluss dieses

Artikels zeigt weiterhin ein beunruhigendes Bild, mit dem sich die Gesellschaft auch durchaus befasst. Jedoch fehlt im Spektrum der soziologischen, pädagogischen, kultuspolitischen, kriminologischen und journalistischen Erörterungen zum Phänomen der Jugendgewalt speziell im Bereich der Körperverletzung<sup>12</sup> der Aspekt, inwieweit im Rahmen der Erziehung und Wissensvermittlung Rechtsbewusstsein und Rechtskenntnisse zu vermitteln sind. Dies ist der Grund für diesen Beitrag.

Es besteht die – wenn auch ungewöhnliche – Möglichkeit und Methode, sich der gestellten Frage einmal von außerhalb der deutschen Gesellschaft, sozusagen mit internationalem, globalem Ansatz zu nähern. Denn es gibt einen solchen Ansatz zur Überprüfung des Rechtszustandes in unserer Welt aus den Erfahrungen mit der Beachtung der Regeln des so genannten humanitären Völkerrechts und der globalen Entwicklung insoweit.

Mehr als drei Jahrzehnte dieser Entwicklung hat der Autor in Wissenschaft und Praxis national und international verfolgen können. Zeitgleich fand, gerade in den letzten Jahren, die ausgesprochen besorgniserregende Entwicklung im Bereich der Jugendgewalt statt.

Welche internationale Situation ist gemeint? Der Blick sei gelenkt auf Vorschriften unserer Völkergemeinschaft gegen Gewalt und Unrecht und zur Humanisierung unserer Welt:

### 1. Das humanitäre Völkerrecht, ein Maßstab unserer Zivilisation

Am Ende des 20. Jahrhunderts ging ein Menschheitstraum weitgehend in Erfüllung: Seit *Henry Dunant*, dem Gründer des Roten Kreuzes und Initiator der ersten Genfer Konvention in der Mitte des 19. Jahrhunderts, ist ein nahezu perfektes völkerrechtliches Netzwerk zum Schutz von Menschen, natürlicher Umwelt und Kulturgut geschaffen worden. Zwar gelang es nicht, den Krieg generell zu ächten, aber er wäre durchaus nahezu unmöglich und der Schritt zur Idealvorstellung einer generellen Friedenspflicht wäre nicht mehr weit, wenn das kodifizierte Recht ungeteilte Beachtung fände. Nicht oft genug kann man daher die Grundregeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren humanitären Völker-

<sup>7</sup> Der Verfasser hat in seinem eigenen Hochschulstudium für das Lehramt zu keiner Zeit entsprechende Angebote kennen gelernt. Später hat er, als Rechtsanwalt, einige Jahre „Rechtskunde“ als freiwillige Unterrichtsveranstaltung in der Gymnasialen Oberstufe nebenamtlich unterrichtet.

<sup>8</sup> Für Nachweise für die Zeit bis 1999, siehe *A. von Block-Schlesier*; a.a.O. (Fn. 3). Weitere Nachweise für die Zeit danach bis 2003: *A. von Block-Schlesier*; Zur Rolle und Akzeptanz des humanitären Völkerrechts am Beginn des 21. Jahrhunderts, Berlin 2003, S. 125.

<sup>9</sup> *P. Struck*, *Zuschlagen, Zerstören, Selbsterstören*, Darmstadt 1995, S. 191.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Vgl. unter: <http://www.bmi.bund.de.kriminalstatistik> 1998 (v. 25. Mai 1999).

<sup>12</sup> Die polizeiliche Kriminalstatistik des Jahres 2003 weist aus: „Straftaten mit erheblicher Zunahme, Körperverletzung + 5,3% (Tabelle 03). Gefährliche und schwere Körperverletzung + 4,5% (Tabelle 43). Bei tatverdächtigen Jugendlichen: +3% (Tabelle 23). Dabei Anstieg des Anteils tatverdächtiger Mädchen und Frauen (Tabelle 33). Kriminalstatistik 2003, unter: <http://www.bmi.bund.de> (am 3. April 2004).

rechts wiederholen. Sie sind – im Kern – niedergelegt in den heute geltenden vier Genfer Konventionen von 1949 und ihren zwei Zusatzprotokollen von 1977.

Gerade auch im Kontext der Jugendgewalt lohnt sich der Blick auf dieses Recht, denn die Verstöße gegen die 3. Genfer Konvention zum Schutz der Kriegsgefangenen<sup>13</sup> durch Soldaten der USA im Irak und anderswo, wie sie weltweit durch Medien verbreitet wurden, gleichen doch dem Gewalt-schema der Jugend in erstaunlicher Weise, um nur dieses Beispiel einmal zu nennen.

Die Grundregeln des humanitären Völkerrechts werden, komprimiert auf ihren wesentlichen Inhalt, einmal wie folgt wiedergegeben:

1. Personen, die außer Gefecht sind, und die nicht direkt an Feindseligkeiten teilnehmen, haben ein Recht auf Achtung ihres Lebens, auf körperliche und geistige Unversehrtheit und sind unter allen Umständen zu schützen und menschlich zu behandeln.
2. Es ist verboten, einen Gegner zu töten oder zu verletzen, der sich ergibt oder der sich außer Gefecht befindet.
3. Verwundete und Kranke werden geborgen und gepflegt. Der Schutz erstreckt sich auch auf das Personal und die Einrichtungen der Sanitätsdienste.
4. Kriegsgefangene und Zivilpersonen, die sich im Gewahrsam der gegnerischen Partei befinden, haben ein Recht auf Achtung ihres Lebens, ihrer Würde, ihrer Persönlichkeitsrechte und ihrer Überzeugung. Sie sind vor jeglicher Gewalttat und vor Repressalien zu schützen. Sie haben das Recht, Nachrichten mit ihren Familien auszutauschen und Hilfsgüter zu empfangen.
5. Jede Person genießt die grundlegenden Garantien des Rechtsschutzes. Niemand darf für eine Tat verantwortlich gemacht werden, die er nicht begangen hat.
6. Niemand darf psychischer oder geistiger Folter, körperlicher Strafen oder grausamer erniedrigender Behandlung unterworfen werden.
7. Die Konfliktparteien und die Angehörigen ihrer Streitkräfte haben kein unbegrenztes Recht bei der Wahl der Kriegsmittel und Kriegsmethoden. Es ist untersagt, unnötige Verluste oder übermäßige Leiden zu verursachen.
8. Die Konfliktparteien haben stets zwischen der Zivilbevölkerung und den Kombattanten zu unterscheiden, damit die Bevölkerung und die zivilen Güter geschont werden. Weder die Zivilbevölkerung als solche, noch Zivilpersonen dürfen angegriffen werden. Angriffe sind nur gegen militärische Ziele zulässig.

Dies sind, in verkürzter Form, die Leitlinien der Genfer Konventionen. Sie gelten seit 1977 auch für innerstaatliche Konflikte (Bürgerkriege). Der Schutz bezieht sich inzwischen nicht nur auf Personen, sondern auch auf Kulturgut und die natürliche Umwelt. Diese Schutzbestimmungen mögen heute manchem Leser, schon sprachlich, fremd erscheinen. Noch vor wenigen Jahrzehnten jedoch kannten Kinder diese Be-

stimmungen in Deutschland, nicht zuletzt diejenigen, deren Väter sich in Kriegsgefangenschaft befanden. Erscheint es abwegig zu fragen, ob nicht ein geschickter Lehrer oder Hochschullehrer diese Regeln einmal in Verhaltensregeln auf Schulhöfen transponieren könnte, und dabei die Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. I des Grundgesetzes erklärt? Besteht nicht erhöhter Bedarf insoweit in Zeiten von Terroristen, die sogar Schulkinder als Geiseln nehmen?

Zwar gab es zu keiner Zeit einen bewaffneten Konflikt, in dem das humanitäre Völkerrecht ausschließlich erfolgreich angewandt werden konnte. Jeder Konflikt war und ist stets geprägt von Missachtungen des geltenden Rechts. Aber dies ist nicht nur im Völkerrecht so, sondern, wie jeder weiß, auch im innerstaatlichen Strafrecht, denn sonst brauchte man die Strafgerichte nicht. Seit Ende des 2. Weltkrieges bis zum Irakkrieg wurden ca. 130 bewaffnete Konflikte gezählt, von denen ein erheblicher Anteil nicht internationale Konflikte waren<sup>14</sup>. Soweit irreguläre Streitkräfte beteiligt waren oder sind, die nie eine Ausbildung über die Grundzüge des humanitären Völkerrechts in einer Armee erhalten haben, können von diesen nur solche Wertvorstellungen in ihre Handlungen einfließen, wie sie durch Erziehung erfahren und verinnerlicht haben. Hier liegt ein wesentlicher Grund der Verrohungstendenzen. Umso wichtiger ist es, Recht in einfacher Form in die Erziehung zu integrieren und Rechtsbewusstsein zu entwickeln. Auch der Strafanspruch des Staates mit seinen Gerichten und seiner Jugendhilfe gehören dazu, denn wie würde man sonst erklären, dass mit dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag nun endlich die Möglichkeit und der Fortschritt geschaffen wurden, Kriegsverbrecher zu ergreifen und zu bestrafen? Die Etablierung des Internationalen Strafgerichtshofes zum Zwecke der Ahndung von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht kann zu Recht als ein „Quantensprung“ in der Völkerrechtsordnung bewertet werden. Daher ist es in diesen Tagen ganz besonders bedauerlich, dass ausgerechnet die Supermacht der Vereinigten Staaten von Amerika, die insoweit sicherlich eine besondere Verantwortung hat, dem Statut dieses neuen Internationalen Strafgerichtshofes nicht beigetreten ist, um auf diese Weise die eigenen Soldaten der Anklage dort zu entziehen.<sup>15</sup>

## 2. Internationale Tendenzen der Missachtung des humanitären Völkerrechts und der allgemeinen Verrohung, insbesondere in bewaffneten Konflikten

Insbesondere das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), aber auch die Vereinten Nationen sehen seit Jahren „eine zunehmende Verrohung im Kontext mit der Explosion der Bedürfnisse und dem Zerfalls der sittlichen Werte.“<sup>16</sup> Vor genau zehn Jahren beklagte das IKRK in seinem jährlichen Tätigkeitsbericht ein Jahrzehnt der „Gewalttätigkeit, Rechts-

<sup>13</sup> Die Verstöße im Irak oder in Guantánamo können, insbesondere in der völkerrechtlichen Literatur, als unbestritten gelten und benötigen daher keine Nachweise.

<sup>14</sup> Liste aller Konflikte seit 1945, siehe a.a.O. (Fn. 8), S. 40 ff.

<sup>15</sup> Vgl. die Diskussion über die UN-Resolution zur Immunität vor dem Strafgerichtshof: Resolution 1487 des UN-Sicherheitsrats, z.B. bei Human Rights Watch, unter: <http://hrw.org> (am 23. September 2003).

<sup>16</sup> IKRK, Jahresbericht 1994, Genf 1995, S. 4.

verletzung und wachsenden Risiken“. Wörtlich hieß es: „*the International Committee of the Red Cross was facing new challenges, tragedies that mankind had believed would never be seen again. Entire civilian populations suffered privation, disease, deliberate massacres, even genocides.*“<sup>17</sup>

Das IKRK selbst hatte in den letzten Jahren sogar die Ermordung eigener Mitarbeiter zu beklagen. Die Gräueltaten des Jugoslawien-Konfliktes waren eine unerwartete Eskalation auch innerhalb Europas. IKRK, UNO und private Hilfsorganisationen mussten 2003 ihre Mitarbeiter aus Sicherheitsgründen aus Afghanistan und dem Irak abziehen.

Es ist in diesem Beitrag nicht der Platz, um den Mangel an Akzeptanz der Werte des humanitären Völkerrechts mit Zahlen und Fakten dazustellen. Der Verfasser hat in einer Schrift den Nachweis unter Aufzählung sämtlicher bewaffneter Konflikte seit Ende des 2. Weltkrieges und unter Nachweis der alarmierenden Zunahme von Rechtsverletzungen – einschließlich der neuen Formen des Terrorismus – im einzelnen aufgeführt, darauf wird verwiesen.<sup>18</sup>

Der vorliegende Beitrag möchte, wie schon an einigen Stellen zum Ausdruck gebracht, in der Frage des Wertebewusstseins den „Bogen spannen“ über die internationale Situation zur Wertefrage im eigenen Land. Dieser Versuch einer Art Beweisführung nach dem Prinzip „*a maiore ad minus*“ mag ungewöhnlich erscheinen. Vielfach geht man von der Vorstellung aus, dass aus der Summe kleiner Keimzellen in der Gesellschaft die Entwicklung zur Veränderung erwächst. Mehr als es je möglich war, gelangen die Muster zur Nachahmung von Gewalt aber heute über Medien – Fernsehen, Video, Internet – aus der gesamten Welt zu den Menschen und insbesondere schneller zur Jugend, als dies die Pädagogik zu erfassen vermag. Zugleich sind es aber auch die Deutschen selbst, die durch ihre Führungs- und Vorbildverantwortung in der Welt zum Wertemaßstab in anderen Ländern beitragen! Durch deutsche Politiker, Wissenschaftler, Manager, Journalisten und auch Touristen werden Wertemaßstäbe in die Welt getragen, im guten wie im schlechten Sinne<sup>19</sup>.

„Die Menschenwürde versinkt im Schmutz“, lautet der Titel eines Beitrags des ehemaligen ZDF-Intendanten Stolte<sup>20</sup> über das vom deutschen Fernsehen geprägte Menschenbild. Diesem interessanten Aspekt kann hier nicht weiter nachgegangen werden. Aber er führt durchaus auch zu der nachfolgend dargestellten Interdependenz zwischen dem nationalen und dem internationalen Aspekt.

### 3. Die Interdependenz vom internationalen und innerstaatlichen Rechtsbewusstsein

Es fragt sich, ob das humanitäre Völkerrecht in der notwendigen Weise bewusst ist und verbreitet wird. So wie für die Bürger eines Staates feststehen muss, was erlaubt und was verboten ist, so wie dieses auch gelehrt und verinnerlicht werden muss, wenn das Recht und die Gesellschaftsordnung Bestand haben sollen, so sind auch die Genfer Abkommen ein rechtliches Verhaltensmuster mit Geltungsanspruch. Dies setzt insbesondere voraus, dass die rechtsanwendenden Per-

sonen auch Kenntnis von den Rechtsnormen haben, durch die sie berechtigt oder verpflichtet werden. Die wirkungsvolle Umsetzung des humanitären Völkerrechts ist also abhängig von seiner Verbreitung. Wie schon erwähnt, hat sich gerade in den nicht-internationalen Konflikten herausgestellt, dass die Kombattanten, in diesem Fall oft irreguläre Streitkräfte, nicht über ausreichende Kenntnisse verfügen. Damit kommt es wesentlich darauf an, dass über das humanitäre Völkerrecht und sein tragendes Wertesystem in Elternhaus, Schule und Universität sowie allen übrigen Institutionen der Gesellschaft eines Staates überhaupt gelehrt und informiert wird. Die wortgleichen Artikel 47 des I. Genfer Abkommens und Artikel 48 des IV. Genfer Abkommens bestimmen: „*Die hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in Friedens- und Kriegszeiten den Wortlaut des vorliegenden Abkommens in ihren Ländern im weitest möglichem Ausmaß zu verbreiten und insbesondere sein Studium in die militärischen und, wenn möglich, zivilen Ausbildungsprogramme aufzunehmen, so dass die Gesamtheit der Bevölkerung, insbesondere die bewaffneten Streitkräfte, das Sanitätspersonal und die Feldgeistlichen, seine Grundsätze kennen lernen kann.*“

Die Bundesregierung steht auf dem Standpunkt, dass sie ihrer Verpflichtung zur Verbreitung der Kenntnisse nach dieser völkerrechtlichen Verpflichtungsklausel nachkommt. Durch die Unbestimmtheit der Vorschriften wird diese Haltung rechtlich relativ unangreifbar.<sup>21</sup> Die Bundesregierung fühlt sich im Übrigen unzuständig, soweit das Schulwesen angesprochen wird. 16 deutsche Kultusminister ihrerseits halten natürlich die Genfer Konventionen für eine Bundesangelegenheit. So fallen sie eben durch das „Raster“. Zuletzt wurde versäumt, beim Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuchs<sup>22</sup> im Jahre 2002, für die Verbreitung der Kenntnisse der etwa 50 Straftatbestände gegen das humanitäre Völkerrecht, eine Verpflichtung zu formulieren.<sup>23</sup> Der Verfasser hat die Verbreitungsarbeit der Kultusministerien der Länder umfangreich recherchiert und sieht auch in diesem Bereich eine in der Bund-Länder-Zuständigkeitslage begründete Schwäche.<sup>24</sup>

Untersuchungen des Verfassers haben ergeben, dass die Kenntnisse von den Konventionen und dem ihnen zugrunde liegenden Wertesystem in Deutschland seit Jahren rückläufig sind.<sup>25</sup> Diese Untersuchungen haben ebenfalls ergeben, dass bewaffnete Kämpfer, die elementare Grundsätze der Genfer Konven-

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> Siehe a.a.O. (Fn. 8), S. 102 ff.

<sup>19</sup> Im guten Sinne tragen z.B. Soldaten der Bundeswehr die humanitären Werte in das Ausland, denn sie verfügen über eine weltweit vorbildliche Ausbildung. Mit umfangreichen Nachweisen, a.a.O. (Fn. 6), S. 73–78. Im schlechten Sinne tragen z.B. Touristen bei, die uninformatiert in Krisenregionen reisen und dort Opfer von Geiselnemern werden.

<sup>20</sup> Welt am Sonntag v. 8. August 2004, S. 7.

<sup>21</sup> Für viele: M. Bothe, Commentary on the two 1977 additional Protocols to the Geneva Convention of 1949, Den Haag 1982, Art. 83 ZPI, 2.4.

<sup>22</sup> Bundesgesetzblatt 2002 II, S. 2144 ff.

<sup>23</sup> So auch Hans-Peter Kaul, Richter am Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag, am 10. September 2004 auf der 48. Tagung der Justitiare und Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes in Bremen.

<sup>24</sup> Siehe dazu a.a.O. (Fn. 6), S. 85 ff.

<sup>25</sup> Feststellung des IKRK, z.B. Annual Report 1996, Genf 1995, S. 284 ff. und folgende jährliche Berichte.



tionen missachten, in aller Regel niemals Kenntnisse von diesen Regeln erworben haben. Die Achtung der Würde des anderen, seiner Unversehrtheit, der Schutz der Schwachen, der Gedanke der Hilfeleistung für Opfer, das Verbot des Übermaßes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel innerhalb und außerhalb bewaffneter Konflikte müssen Menschen zweifellos durch Erziehung vermittelt werden. Natürlich erfolgt dies nicht nur durch Unterricht, in Schule, Universität oder anderen Institutionen, sondern das Verhalten des einzelnen Menschen wird insgesamt davon geprägt, was er von Kindesbeinen an gelernt hat und was ihm vorgelebt wurde. Es besteht also eine Interdependenz zwischen der Akzeptanz des humanitären Völkerrechts, und den Anstrengungen zu seiner Verbreitung in allen Bereichen der Erziehung. Die Inhalte pädagogischer Anstrengungen auf allen Ebenen, zur Verinnerlichung der Werte, um die es geht, sind darauf zu überprüfen.

Bei diesem Schritt zeigt sich, dass die zunehmende Bereitschaft zur Gewaltanwendung zwischen Völkern und Konfliktparteien zugleich ein Spiegel der allgemeinen Entwicklung in der Gesellschaft ist. Indizien für den Verlust der Akzeptanz von Grundrechten liegen in Deutschland durchaus vor. Wie schon erwähnt, beschäftigen sich einige Institutionen, Medien und Autoren mit dem Phänomen der zunehmenden Gewaltbereitschaft, besonders in der jungen Generation und in den Schulen. Gleichwohl ist in den letzten Jahren nicht erkennbar geworden, dass sich Politik, speziell die Bildungspolitik, die Erziehungswissenschaft oder auch einschlägige Medien spezifisch der Frage des Verlustes von Rechtsbewusstsein angenommen hätten. Diesen Bereich hat die OECD in ihren internationalen Untersuchungen, auch im letzten Bericht vom 14. September 2004, nicht berücksichtigt.

Was lässt sich zum Stellenwert des Rechts in Kultuspolitik und Pädagogik ggf. finden?

#### 4. Der Stellenwert des Rechts in Lehrerbildung, erziehungswissenschaftlicher Literatur und Schule

Es ist festgestellt worden, dass gerade im Schulwesen – bei Schülern und Lehrern – oft das rechtliche Grundwissen des durchschnittlichen Bürgers und damit das Verständnis für einfachste Grundregeln fehlt. Dies wird in erstaunlicher Weise immer wieder gerade dann offenkundig, wenn bei Ordnungsmaßnahmen der Schule gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoßen wird, wie das der Verfasser kennen gelernt hat, obwohl dieser Grundsatz zugleich einer der elementarsten pädagogischen Grundsätze ist. Die Folgerungen, die im Nachgang zur sog. PISA-Diskussion insoweit gezogen wurden, treffen häufig nicht den Kern der Problematik. Einige Stimmen meinen, „Benimmunterricht“ als Fach einführen zu müssen. Dieser Unterricht ersetzt natürlich nicht den Unterricht über rechtliches Grundwissen, wengleich Stil und Form durchaus zur Wertefrage gehören und auch ein solcher Unterricht zu begrüßen wäre. Allerdings müssten diejenigen, die solchen Unterricht in Universität, Referendarausbildung und Schule entwickeln sollen, zunächst einmal auf ihre eigene Vorbildfähigkeit geprüft werden.

Es ist nachweisbar, dass in der pädagogischen Literatur, insbesondere in Nachschlagewerken, elementare Rechtsgrund-

sätze in aller Regel nicht wiedergegeben oder erläutert werden. Hin und wieder erscheint der Begriff der Menschenrechte. Die Materie des humanitären Völkerrechts ist nirgends zu finden, obwohl das Deutsche Rote Kreuz die Kultusminister der Länder immer wieder in dieser Frage angesprochen hat.

Mitte der 70er Jahre gab es die Forderung, die damals von einigen Kultusministern unterstützt wurde, Recht als neue Dimension schulischen Lernens einzuführen.<sup>26</sup> Sie wurde nicht verwirklicht. Die Forderung der Orientierung auf das Erziehungsziel eines gerecht denkenden und rechtlich handelnden Menschen aus der damaligen Zeit ist inzwischen in neuem Licht zu sehen! Trotz der vielen Berichte über Gewalt an Schulen<sup>27</sup> und nach dem Massaker nach US-Vorbild am Erfurter Gutenberggymnasium vom April 2002 hat der Autor erneut die einschlägige Literatur zur Frage der Gewaltprävention, zur Wertediskussion und – im Anschluss an die sog. PISA-Studie – zur Zukunft der Bildung in Deutschland untersucht. Nach wie vor ist in den vielfältigen Werken mit ihrem großen Spektrum aus der Feder bekannter Wissenschaftler und erfahrener Praktiker das Recht als Kulturelement sowie als Vermittlungsgegenstand von Erziehung und Unterricht kaum zu finden. Auch gibt es insoweit keine Forderung, in der Lehrerbildung etwas zu ändern oder wiederzubeleben. Von den Fachleuten der Pädagogik und der Sozialwissenschaften sowie den Bildungspolitikern wird dieser Bereich als Bestandteil des Erziehungsauftrags so gut wie nicht wahrgenommen, oder vielleicht bewusst vernachlässigt.

Mit einer Fülle von Nachweisen publizierte schon vor zehn Jahren die Friedrich-Naumann-Stiftung die Dokumentation „Rechtsextremismus und Gewalt“,<sup>28</sup> dies ebenfalls mit starken Bezügen zur Entwicklung unter der Jugend. „Gewalt macht Schule“ lautete der Titel eines weiteren umfangreichen Werks zur gleichen Zeit.<sup>29</sup> In ihrem Vorwort führen die Autoren aus, dass „[...] Eltern und Erzieher erschreckt beobachten, dass schon Kinder im Vorschulalter bei wichtigsten Anlässen äußerst brutal und hemmungslos gegen andere vorgehen. Häufig schlagen und treten sie auch dann noch, wenn das Opfer bereits wehrlos am Boden liegt. Woher kommt diese Gewaltbereitschaft? Warum ist die Schwelle zur Gewaltanwendung gerade bei jungen Menschen heute so niedrig? Welche Hilfen und Gegenstrategien gibt es?“

Die Autoren versuchen sodann die Antwort auf die Frage nach den Ursachen dieser neuen Dimension der Gewalt zu geben und bieten konkrete Ratschläge, wie man Gewalt vorbeugen und entgegenzutreten könne, anhand von Beispielen aus den verschiedenen Lebensbereichen.

Die Wochenzeitung „Die Zeit“ veröffentlichte ab März 1997 eine „Zeit“-Serie, die wie folgt überschrieben war: „Die Ge-

<sup>26</sup> Z.B. A. Keimer-Engell, Rechtskunde an Schulen, Eine empirische Untersuchung von Realität und curricularen Möglichkeiten, Karlsruhe 1975.

<sup>27</sup> Allein der „Spiegel“ widmete der Frage mehrere Titelgeschichten, z.B. 14/01, 18/02, 20/02 und weitere Beiträge.

<sup>28</sup> Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Dokumentation, Rechtsextremismus und Gewalt, Sankt Augustin 1993.

<sup>29</sup> H. Bründel/K. Hurrelmann, Gewalt macht Schule, München 1994.

walkriminalität nimmt auch in Deutschland zu. Täter und Opfer werden jünger. Angesichts brutaler Überfälle wird, ähnlich wie in Amerika, der Ruf nach härteren Strafen laut. Die Zweifel an den Ideen der liberalen Strafrechtsreform wachsen.“<sup>30</sup>

Recht als neue Dimension schulischen Lernens einzuführen, war eine Forderung als Reaktion auf die damaligen Anzeichen von Werteverlust. Die Forderungen wurden nicht verwirklicht. Die Stimmen von damals scheinen mittlerweile verstummt zu sein. Die umfassende Darstellung des Schulpädagogen *Ott* aus dem Jahre 1975<sup>31</sup> legt dar, was sich inzwischen als leider richtige Erkenntnis herausgestellt hat: den Mangel in unserer Erziehung und Schulausbildung hinsichtlich des Rechts schlechthin. Mit umfangreichen weiteren Literaturhinweisen führt *Ott* aus, dass schon damals seit Jahren Vertreter verschiedenster wissenschaftlicher Disziplinen auf die Mängel der Schulausbildung hinsichtlich des Rechts aufmerksam gemacht haben. Mit weiteren Hinweisen führt er aus, dass Wissenschaftler immer wieder die Einseitigkeit der politischen Bildung bemängeln und eine partielle Umorientierung auf das Ziel eines „gerecht denkenden und rechtlich handelnden Menschen“ verlangt hätten.<sup>32</sup> An anderer Stelle führt er aus, die Jurisprudenz sei neben Medizin und Wirtschaft eine der wissenschaftlichen Disziplinen, mit denen sich die Schule „nie so richtig anfreunden konnte“.<sup>33</sup>

1975 erschien das bereits erwähnte Buch von *Keimer-Engell* „Rechtskunde an Schulen“,<sup>34</sup> welches mit einem Vorwort des damaligen Bundesministers der Justiz, *Hans-Jochen Vogel*, versehen war. Dieser führte aus, dass „[...] der Rechtskundeunterricht in besonderem Maße geeignet ist, das Rechts- und Verantwortungsbewusstsein der Bürger zu entwickeln und zu schulen. Das ist für den Bestand und die Festigkeit einer demokratischen rechtsstaatlichen Ordnung unerlässlich.“<sup>35</sup>

In der Schrift heißt es auch, dass Rechtsbewusstsein keine juristische Problematik im engeren Sinne sei, sondern – wie alle Bewusstseinsfragen – ein Thema der Disziplin, die sich mit Gesellschaft befasst. Daher richtete sich die Schrift damals einerseits an Pädagogen, andererseits aber auch an Juristen und Sozialwissenschaftlicher, die angesprochen wurden, da „[...] Bewusstsein ohne Wissenschaft von der Gesellschaft, Rechtsbewusstsein ohne Wissenschaft von Recht nicht möglich“ sei.<sup>36</sup>

Dass es in den zurückliegenden Dekaden nicht gelungen ist, die Notwendigkeit der Vermittlung von Rechtsbewusstsein anhand der bestehenden elementaren Rechtsgrundsätze in die Erziehungswissenschaft einzuführen, beweisen bekannte Werke Jahre danach, wie z.B. „Die Kunst der Erziehung“,<sup>37</sup> wahrlich ein Titel mit allerhöchstem Anspruch.<sup>38</sup>

Das etwa 300 Seiten umfassende pädagogische Grundwerk erwähnt die Vermittlung von Rechtsgrundsätzen für das Bewusstsein von Kindern und Jugendlichen an keiner Stelle. Ein Abschnitt mit der Überschrift „Frieden, Krieg und Tod“<sup>39</sup> schildert, was Krieg beinhaltet, dass er unschuldige Opfer schafft, was Bomben, Minen, Folter usw. bewirken und erwähnt mit keinem einzigen Wort die Mechanismen des Rechts zum Schutz der Menschen.

Es fragt sich bei der Lektüre, welchen Sinn eine Zustandsdarstellung von Krieg in einem erziehungswissenschaftlichen Werk haben soll, wenn die umfangreichen Schutzbestimmungen und die Grundwerte, auf denen diese beruhen, gerade auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, von Frauen, Pflegepersonal, Ärzten, Geistlichen, Journalisten, Kranken, Wehrlosen und Verwundeten mit keinem Wort erwähnt werden.

Ein weiteres Kapitel ist überschrieben mit den Begriffen „Werte, Erziehung und Verantwortung.“<sup>40</sup> Auch unter diesem Kapitel, unter dem man eventuell einen Hinweis auf den Katalog der unverbrüchlichen Werte und Rechte nach dem Grundgesetz, auf die Menschenrechtsgarantien oder gar auf den Kodex des humanitären Völkerrechts erwarten könnte, werden Rechtsgrundsätze unserer Gesellschaft mit keinem Wort erwähnt. Begriffe wie „Wertewandel“, „Wertpluralismus“, „Wertekollisionen“ und ein „Mangel an Wertebindungen“ werden ohne einen solchen Kontext erwähnt. In seinem Vorwort schreibt der Autor: „Pädagogik ist mehr eine Kunst denn eine Wissenschaft, auch wenn es eine Reihe von durchaus richtigen wissenschaftlichen Untersuchungen und stimmigen Theorien gibt.“

Konsequent enthält „Die Kunst der Erziehung“ fast ausnahmslos Zustandsbeschreibungen und keinerlei Handlungsanweisungen oder Hinweise auf unverzichtbare Grundsätze für die Arbeit des Erziehers bzw. die Bewusstseinsbildung junger Menschen. Dieser Mangel dürfte als „Kunstfehler“ insoweit gelten.

Immer wieder hat es den Anschein, als müsse Rechtsbewusstsein überwiegend von außen in die Erziehungsinstitutionen und die Erziehungswissenschaft hineingetragen werden, da eigenes Bewusstsein bei den dort tätigen verantwortlichen Führungspersonlichkeiten nur unzureichend vorhanden ist. Es stellt sich in diesem Zusammenhang natürlich auch die Frage nach der Qualität der Lehrerausbildung sowie nach den Auswahlkriterien für die Berufung zum Erzieher, zum Ausbilder für die Lehrerausbildung oder zum Beamten in der Schulaufsicht. In einem langen Katalog von Beispielen wurde in einem journalistischen Beitrag von *Kohlrusch*<sup>41</sup> mit der Überschrift „Die Angst der Schüler vor pöbelnden Paukern“ – die immer brutaler werdenden Umgangsformen von Kindern und Jugendlichen auf dem Schulhof beklagt. Anhand einer Reihe von Beispielen wurde herausgestellt, dass die

<sup>30</sup> Die Zeit v. 31. März 1997, S. 3.

<sup>31</sup> E. H. Ott, Recht als neue Dimension schulischen Lernens, Stuttgart 1975.

<sup>32</sup> *Id.*, S. 5 m.w.N.

<sup>33</sup> *Id.*, S. 11.

<sup>34</sup> Siehe a.a.O. (Fn. 24).

<sup>35</sup> *Ibid.*, S. 5.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Vorwort.

<sup>37</sup> P. Struck, Die Kunst der Erziehung, Darmstadt 1996.

<sup>38</sup> Der gleiche Autor veröffentlichte ferner unter anderem „Neue Lehrer braucht das Land“, Darmstadt 1994, und das bereits zitierte Werk „Zuschlagen, Zerstören, Selbstzerstören“, Darmstadt 1995.

<sup>39</sup> *Id.*, S. 172.

<sup>40</sup> *Id.*, S. 187.

<sup>41</sup> Die Welt v. 3. April 1997.

seelischen Grausamkeiten nicht nur unter den Jugendlichen geschehen, sondern auch durch Lehrer gegenüber Schülern, und sei es durch Gleichgültigkeit. Auch im Hildesheimer Verfahren wurde dieser Aspekt erwähnt.<sup>42</sup>

Woran liegt es, dass erziehungswissenschaftliche Publikationen so wenig von den kodifizierten Grundwerten als der natürlichen Basis unseres Erziehungsauftrags ausgehen? Der Autor hat aus seiner Arbeit im Grenzgebiet zwischen Recht und Pädagogik immer wieder den Eindruck gewonnen, dass Lehrer geradezu Aversionen gegen Rechtsvorschriften hegen, möglicherweise begünstigt durch die Flut schwer verständlicher kulturministerieller Erlasse. Dies sollte jedoch keinesfalls dazu führen, dass sich Lehrer nicht persönlich und im Rahmen ihrer Arbeit als Staatsbürger, Erzieher und Beamte in besonderer Weise für die Grundrechte als Basis einer freiheitlich demokratischen Grundordnung interessieren. Dass diese Rechte einfach dargestellt und vermittelt werden können, beweist eine Schrift zur politischen Bildung mit dem Titel „Pausengespräche“.<sup>43</sup> Dem Autor gelingt es im ersten Kapitel mit der Überschrift „Menschenrechte – Basis einer freiheitlich demokratischen Grundordnung“ die wesentlichen Inhalte auf jeweils einer Seite verständlich darzustellen.

Solche einfachen und klaren Darstellungsweisen sind auch als Modell für den Schulbereich geeignet und dürften in Standardwerken der Erziehungswissenschaft nicht fehlen. Jeder Lehrer und Hochschullehrer, der nicht gegenüber Kindern, Jugendlichen und Studenten, diese Materie bei Bedarf und je nach Altersgruppe in pädagogischer geeigneter Form mit einfachen Worten zu vermitteln und zu erläutern in der Lage ist, muss seine berufliche Eignung in der Tat in Frage stellen lassen.

Der Rechtslehrer und Präsident des Deutschen Roten Kreuzes *Knut Ipsen*<sup>44</sup> zitiert in einem Beitrag den Rechtslehrer *Carl-Josef Mittermaier* wie folgt: „*Das Kleid, das unser deutsches Volk trägt, das Rechtskleid, ist nicht von dem (rechten) Schneider gemacht worden für dieses Volk [...]. Unser Recht steht im Widerspruch mit dem Leben, mit dem Volksbewusstsein, den Bedürfnissen, Sitten, Bestimmungen, Ansichten des Volks [...].*“<sup>45</sup>

Sodann spricht sich *Ipsen* dafür aus, dass „*Recht als Kulturelement eine Renaissance in der Konzeption einer disziplinären Verbindung von Geschichte, Sprache und Recht erfahren möge.*“<sup>46</sup>

Die Bereiche Bildung und Erziehung als Teile der Kultur schlechthin, sind von diesem Wunsch erfasst. So bestünde Hoffnung, das Problem der Gewalt unter den Menschen und Völkern i.S.d. Grundsätze des Individualschutzes und des humanitären Völkerrechts generell positiv zu beeinflussen.

In Österreich hat übrigens das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Sport die Mitwirkung des österreichischen Jugendrotkreuzes an den Bildungs- und Erziehungsaufgaben durch Erlass vom 10. Mai 1985 gewährleistet.<sup>47</sup> Diese Maßnahme gilt insbesondere der Verbreitung der Kenntnisse des humanitären Völkerrechts in den Schulen. Einen vergleich-

baren Erlass gib es – soweit ersichtlich – in keinem der 16 Bundesländer in Deutschland. In den deutschsprachigen Ostkantonen des Königreichs Belgien wird das Fach „Bürgerkunde“ mit Rechtsanteilen im Schulunterricht gelehrt.

## 5. Gibt es Hinweise auf aktuelle Bewusstseinsänderungen zur Frage der Vermittlung des Kulturelements Recht?

Nach den vielen Berichten über Gewalt an Schulen im In- und Ausland und nach den Terroranschlägen des 11. September 2001 hat der Autor erneut die einschlägige Literatur zur Frage der Gewaltprävention, zur Wertediskussion und – im Anschluss an die sog. PISA-Studie – zur Zukunft der Bildung in der Bundesrepublik Deutschland untersucht. Drei Werke aus neuerer Zeit wurden einmal exemplarisch überprüft. Sie lauten: „Vom Wert der Wertedebatte“<sup>48</sup>, „Zukunft der Bildung“<sup>49</sup> und „Gewaltprävention in Jugendarbeit und Schule.“<sup>50</sup> Diese Schriften wurden wegen ihrer Titel so ausgewählt, weil die Titel das Spektrum des Anliegens dieses Aufsatzes umfassen.

In diesen neueren Werken aus der Feder bekannter Wissenschaftler und erfahrener Praktiker kommt das Recht als Kulturelement sowie als Vermittlungsgegenstand von Erziehung und Unterricht nicht vor. Auch enthalten diese und andere Veröffentlichungen keine Forderung, in der Lehrerbildung etwas zu ändern oder wiederzubeleben. Die Fachleute der Pädagogik und der Sozialwissenschaften sowie die Bildungspolitiker betrachten die Vermittlung von Recht nach alledem offenkundig nicht als eine Materie, der man sich stärker zuwenden sollte.

Politiker und Journalisten, die sich durchaus der Frage der Gewalt, der Kriminalität, der Frage der Werte und sogar der Frage des guten Benehmens gewidmet haben, erheben ebenso wenig die Forderung, dass unserer Jugend Recht als Kulturelement zukünftig besser vermittelt werden müsste.

In dieser Situation mögen die Ausführungen des Verfassers zum Nachdenken und zur Diskussion anregen. Ganz besonders erfreut wäre der Verfasser, wenn seine Befürchtungen überzeugend widerlegt und seine Sorgen zerstreut werden könnten. ■

<sup>42</sup> „Ein armes Schwein gibt es in jeder Klasse“, Beispiel aus der Berichterstattung über das Gerichtsverfahren, unter: <http://www.heute.t-online.de> (am 25. Mai 2004).

<sup>43</sup> *R. Oestmann*, Pausengespräche, Politische Bildung in Stichworten, Hamburg 1997.

<sup>44</sup> Ordinarius für Völkerrecht i.R. und Präsident des Deutschen Roten Kreuzes bis 2003.

<sup>45</sup> *K. Ipsen*, in: *K.P. Berger/W.F. Ebke/S. Elsing/B. Großfeld/G. Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 409.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Erlass des BMUKS ZL 33.359/1-110/85 v. 10. Mai 1985.

<sup>48</sup> *T. Ebers/M. Melchers*, Vom Wert zur Wertedebatte, Anmerkungen und Orientierung, Freiburg 2002.

<sup>49</sup> *N. Killius/J. Kluge/L. Reisch* (Hrsg.), Zukunft der Bildung, Freiburg 2002.

<sup>50</sup> *U. Neumann* u.a. (Hrsg.), Gewaltprävention in Jugendarbeit und Schule, Marburg 2002.

# Human Rights and the Military

Alexander Poretschkin\*

Auch wenn es manchem Außenstehenden zunächst anders erscheinen mag, besteht eine enge Bindung zwischen Soldaten und Menschenrechten. Soldaten bieten einerseits besondere Möglichkeiten die Beachtung der Menschenrechte wiederherzustellen, andererseits sind sie selber in erhöhtem Maße auf ihre Beachtung angewiesen. Obwohl der internationale Menschenrechtsschutz formal weit entwickelt ist, scheint die Ausnahme von Soldaten aus diesem formalen Schutz vielfach unbeachtet zu bleiben. Menschenrechtsverletzungen durch einzelne Soldaten oder politische eingesetzte Soldateska werden entweder national oder – wie seit der Errichtung des IStGH – international geahndet. Insgesamt ist es von äußerster Wichtigkeit, Soldaten bei Ausbildung und Einsatz in der Beachtung und Verbreitung von Menschenrechten fundiert zu begleiten.

There seems to be a contradiction between human rights and the military. Many people – at least outside the military – think: Soldiers are only the ones who violate human rights.<sup>1</sup>

Just the opposite is right: soldiers need human rights and they are needed to prevent human rights violations.

## 1. Human Rights for Soldiers

### 1.1. Internal Human Rights

It should never be forgotten that soldiers themselves are human beings! In Germany they are called “citizens in uniform”. In principle all laws applicable to citizens are applicable to the members of armed forces. Like no other person a soldier is submitted to a very severe system of order. For example, a soldier risks criminal indictment by missing his work; therefore there is a higher need to offer legal protection to soldiers. However, often soldiers are not granted human rights protection. Since the 1970s one notices that international treaties often contain an article stating that the treaty is not applicable to the armed forces. Until then, this exemption seemed to be the norm, and one naturally did not even deem it necessary to write it down. A good example is military confinement: The European Human Rights Convention has a clear standard of a fair trial; every citizen has the right to see a judge before a door is locked; nevertheless a judgement from Strasbourg was needed to implement this rule in the regulations for European soldiers.<sup>2</sup> This decision was deemed to be revolutionarily new and at the time totally surprising.

### 1.2. External Human Rights

In peacetime soldiers are only under the power of their own superiors or officials; this induces to focus on internal humanitarian standards. But it is in the nature of a soldier's profession to be the first one in contact with the extensive power of other States. In this kind of conflict – an extreme armed conflict! – a soldier also stays a human being. He needs humanitarian help which he receives in a legal form: the law of war or international humanitarian law. The sources of this branch of international law are very old, much older than most international conventions. The fundamental rules of human rights, which found their way into national constitutions ushered by the French Revolution and the American War of Independence, had not reached the victims of wars between

sovereign States. The atrocities of modern weapons during the American Civil War and in Europe, especially in the battle of Solferino, provided a basis for negotiating international treaties protecting both soldiers and civilians and laying the foundation of the International Committee of the Red Cross. Thus human rights found their way into international law – International Humanitarian Law as we call it now. The Hague Law, adopted one hundred years ago, was the result in this process which was followed up by the 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocols. Only half a century later the International Covenants and the European Convention of Human Rights were agreed upon.

## 2. Fight against Violation of Human Rights

The gravest violations of human rights law are committed by powerful means in the hands of criminal characters. Usually these powerful means are well armed and structured groups who in general wear some kind of uniform, so they also are called ‘soldiers’. These soldiers even can consist of regular armed forces under the command of criminal political leaders. The 20<sup>th</sup> century gave us quite some examples. The only way to nevertheless restore the rule of law in places where mass violations of human rights have occurred and are still occurring is the use of proper armed forces who themselves accept the rule of law and especially abide by human rights law. The use of this kind of military power for political reasons has always been discussed especially regarding whether it was appropriate or whether there might be another possibility to stop human rights violations.<sup>3</sup> Yet in any case, there was a broad common understanding that the aim of such use of military force

\* Dr. Alexander Poretschkin holds a Ph.D. in political science. He is currently a German military lawyer, a civil servant and as reservist a Colonel. He is also director in the board of the International Society for Military Law and the Law of War. He used to work as a judge in various courts. The opinions expressed therein reflect only his personal view. This speech was held on the occasion of a seminar for German legal advisors in Koblenz (Germany) on 11 February 2005.

<sup>1</sup> See A. Poretschkin, „Die International Society for Military Law and the Law of War”, in: Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg & Christian Raap (eds), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honour of Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 464.

<sup>2</sup> European Court of Human Rights, *Engel v. The Netherlands*, Application 5100/71, 8 June 1976.

<sup>3</sup> In politics and in international law the questions whether and how a humanitarian intervention is possible are still in discussion.

was in order to prevent further breaches of human rights law. The overwhelming majority of soldiers fight for the rule of international law, first of all for human rights.

This general rule is not contradicted by grave breaches committed by some individual soldiers (while taking part in an operation or just misusing this opportunity). To prevent and deal with them all armed forces have some kind of disciplinary and criminal code. Since the end of the 20<sup>th</sup> century we even started to create a world-wide standard by implementing the International Criminal Court in The Hague.

### 3. Implementing Human Rights by Soldiers

The task of implementing human rights standards when no one else is able to do so is more and more entrusted to soldiers. This is a task quite easily given to soldiers and it is quite easy to see them fail. But this view is running too short, it is unjust.

When in an extreme violent situation soldiers go into a foreign country there might be no alternative. There is no one else to stop the violence. However, putting an end to violence does not automatically mean that peace is restored. Much has to be undertaken to ensure that the State runs under the rule of law again. As the soldiers are the only massive power present – and also as soldiers are not used to refuse responsibility if no one else takes care – the military is the one to be blamed for everything. The process of (re)building a State so that it complies with the rule of law is very complicated and requires a lot of time. It takes much more time than the press and the politicians believe it should. It also takes much more efforts than the mere financial and personnel support offered

to such States. Therefore, the results are considered as poor. Unfortunately, the results can never match the hope for peace, for the rule of law based on human rights and, last but not least, for democracy.<sup>4</sup>

### 4. Military Lawyers

As pointed out soldiers have to respect human rights. Hence, every single soldier needs to know the basic rules contained in human rights law. Commissioned and also non-commissioned officers have to be aware of human rights when they give orders. Operational law consists mainly in the rule of proportionality finding the right way between the principles of military necessity and humanity (codified in international humanitarian law). For an appropriate use of the law armed forces are internationally obliged to have military lawyers who are familiar with international humanitarian standards – and who usually also are responsible to ensure a lawful behaviour of superiors regarding their own subordinates.

### 5. Summary

Even if it is astonishing at first sight, the military has and must have very close links to human rights law. The soldiers need and have legal training and support to achieve the goal of protecting humanitarian standards for others and benefiting from these standards themselves. ■

<sup>4</sup> There should not be any doubt in the wish for democracy and the rule of law both together. But democracy needs the rule of law first. Democracy can never work without an existing rule of the law; but the rule of law can work (with a much bigger possibility of misuse) without democracy.

## The Strugar Case before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Francisca Lagos Pola\* and Enrique Garnero Rojo\*\*

Der Artikel beleuchtet die beiden wichtigsten Aussagen der Entscheidung des Kriegsverbrechertribunals für das ehemalige Jugoslawien in der Sache *Prosecutor v. Pavle Strugar* vom 31. Januar 2005. Es geht zum einen um die Reduzierung des Wissenslements im subjektiven Tatbestands eines Befehlshabers für Taten seiner Untergebenen i.S.d. Art. 7 (3) ICTY Statuts, von einer nur bestehenden Möglichkeit auf eine nahezu bestehende Wahrscheinlichkeit der Begehung von Verbrechen. Diese Eingrenzung des Verantwortungsbereichs für militärische Befehlshaber wird andererseits versucht dadurch zu kompensieren, dass im Rahmen der erforderlichen und angemessenen Maßnahmen und der Verfolgung solcher Straftaten ein ausgedehnter Anwendungsbereich anzunehmen ist. Es reiche kein einfacher Versuch der Verhütung oder der Bestrafung von Kriegsverbrechern innerhalb solcher Einheiten mehr, sondern man erwarte im Gegenzug, dass die angewandten Mittel der Verhütung und Bestrafung mit erhöhter Sorgfalt ausgewählt, vor allem aber auch verbreitet und durchgesetzt werden. Dieses liege dann in erhöhtem Maße innerhalb des Verantwortungsbereichs des Befehlshabers. Es wird von daher festgestellt, dass die Eingrenzung auf der Seite des Vorsatzes wieder ausgeglichen wird durch die Anwendung eines erhöhten Sorgfaltsgrads bei der Prävention und restriktiven Strafverfolgung i.S.d. Art. 7 (3) ICTY Statuts. Dies stellt einen Wandel in der Rechtsprechung des ICTY dar und bedarf von daher einer weiteren Beobachtung durch die Staatengemeinschaft in diesem Zusammenhang.

### 1. Introduction

On 31 January 2005, Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) rendered its Judgement in the case of the *Prosecutor v. Pavle Strugar*.<sup>1</sup> This case note focuses on two of the most interesting findings in this case, namely the understanding of the mental element

\* Associate Legal Officer, ICTY. The views expressed herein are those of the author alone and do not necessarily reflect the views of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia or the United Nations.

\*\* Assistant Legal Adviser, ICC, Office of the Prosecutor. The views expressed in this text do not necessarily reflect those of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court.

<sup>1</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Judgement, 31 January 2005 (hereinafter “Judgement”).

i.e. *mens rea* and the conduct i.e. *actus reus* required for individual criminal responsibility to arise under article 7 (3) of the ICTY Statute, and the impermissible cumulation of convictions comprising *inter alia* attacks on civilians and attacks on civilian objects.

Pavle Strugar (hereinafter “the accused”), a retired Lieutenant-General of the then Yugoslav Peoples’ Army (JNA), was charged with crimes allegedly committed on 6 December 1991, in the course of a military campaign of the JNA in the area of Dubrovnik in Croatia. The Prosecutor alleged that in the course of unlawful artillery shelling by the JNA on the historic Old Town of Dubrovnik on 6 December 1991, two people were killed, two were seriously wounded and many buildings of historic and cultural significance in the Old Town were damaged. In relation to this incident, the accused was charged with murder, cruel treatment, attacks on civilians, devastation not justified by military necessity, attacks on civilian objects, and destruction of or wilful damage to institutions dedicated to, *inter alia*, religion, and the arts and sciences, all of them as violations of the laws or customs of war punishable under article 3 of the Statute of the Tribunal.<sup>2</sup>

It was alleged that the accused was guilty of each of these six counts pursuant to article 7 (1) of the Statute because he personally ordered the shelling of the Old Town and aided and abetted the shelling; and also as a superior responsible for the criminal conduct of the forces under his command pursuant to article 7 (3) of the Statute because as commander of the Second Operational Group, he knew or had reason to know that forces under his command were committing the above-mentioned crimes or had done so, and failed to take necessary and reasonable measures to prevent the commission of such acts or punish the perpetrators thereof.

The Judgement found that all the crimes charged in the indictment were actually committed, but that the accused was not responsible under article 7 (1) for ordering or aiding and abetting the shelling of the Old Town of Dubrovnik.<sup>3</sup> However, he was found guilty on the basis of his responsibility as a superior under article 7 (3) of the ICTY Statute. In the trial chamber’s view, the accused did not take necessary and reasonable measures to ensure that crimes committed by his subordinates, of which he had been put on notice, be stopped, nor did he pursue steps to subsequently punish those responsible.<sup>4</sup> Given the particular circumstances of this case, the trial chamber considered that the criminal conduct of the accused was comprehensively reflected in the offences of attacks on civilians and destruction of and wilful damage to cultural property, and did not enter a conviction for the crimes of murder, cruel treatment, devastation not justified by military necessity and unlawful attacks on civilian objects.<sup>5</sup> The reasoning of the trial chamber is analysed below.

## 2. Command Responsibility

Pursuant to the jurisprudence of the ICTY, for an accused to be found criminally responsible under article 7 (3), it must be proved beyond reasonable doubt that (a) an offence was committed, (b) the accused exercised superior authority over

the perpetrator(s) of the offence, (c) the accused knew or had reason to know that the perpetrator was about to commit the offence or had done so, and (d) the accused failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the offence or to punish the perpetrator(s).<sup>6</sup>

On the basis of the evidence presented in trial, the trial chamber found no difficulty in establishing that the offences explained in section 3 below were committed. Similarly it found beyond reasonable doubt that a superior-subordinate relationship existed between the accused and the perpetrators of the crimes: the accused had assumed command of the Second Operational Group on 12 October 1991; as such he had *de iure* authority over the JNA forces involved in the attack on Srđ and the shelling of Dubrovnik, including the Old Town; and he could give direct combat orders to the units under his command and order the re-subordination of units within the structure of the Second Operational Group.<sup>7</sup> However, the last two requirements of article 7 (3), related to the *mens rea* and the *actus reus* of the accused, raised some interesting legal issues.

### 2.1. The “Knew or Had Reason to Know” Standard

A superior may be held responsible under article 7 (3) of the ICTY Statute if he failed to take the necessary and reasonable measures to prevent an offence or to punish the perpetrator thereof where “he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so”. If positive knowledge cannot be directly proven, the required knowledge of the superior can be constructed in light of the circumstantial evidence available in order to conclude that there is no other logical hypothesis than that the accused knew of the crimes committed or about to be committed by his subordinates.<sup>8</sup> With regards to the “reason to know” standard, pursuant to settled ICTY jurisprudence, a superior can be said to have “reason to know” that a crime is about to be

<sup>2</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Third amended indictment, 10 December 2003. The accused was initially indicted together with Vladimir Kovačević, captain of the battalion which unlawfully shelled the Old Town on 6 December 1991; Miodrag Jokić, admiral of the sector to which the mentioned battalion was subordinated; and Milan Zec, chief of staff of the same sector. All of them were subordinates to the accused. Subsequently, Admiral Jokić pleaded guilty to the six counts of the indictment and was convicted to 7 years of imprisonment. The proceedings against Captain Kovačević were severed upon his arrest and are still ongoing. The charges against Milan Zec were withdrawn without prejudice.

<sup>3</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras. 250, 259, 270, 276, 289, 330, 248, 356.

<sup>4</sup> *Ibid.*, para. 446.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para. 455.

<sup>6</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998 (hereinafter “Čelebici Trial judgement”), para. 346; ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/I-T, Judgement, 25 June 1999, paras 69-71; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004, para. 839; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case No. IT-02-60-T, Judgement, 17 January 2005, para. 790.

<sup>7</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras. 381, 391, 395, 396.

<sup>8</sup> In such a case, the superior “must have known” that crimes had been or were about to be committed. See ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, para. 308; ICTY, *Aleksovski* Trial

committed if “some specific information was in fact available to him which [...] indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offences were being committed or about to be committed by his subordinates”.<sup>9</sup> In other words, a superior can be found responsible under article 7 (3) if he “had some general information in his possession that would put him on notice of possible unlawful acts by his subordinates”<sup>10</sup> or of “the risk of [unlawful] acts [...] being committed”;<sup>11</sup> or was “in possession of sufficient information to be on notice of the likelihood of subordinate illegal acts”<sup>12</sup>; or had “information that would make [him] suspicious that crimes might be committed”<sup>13</sup> by his subordinates, and, in spite of it, did not carry out the required investigation. These formulations make clear that command responsibility under article 7 (3) arises from the failure to act in spite of knowledge and not by the mere neglect of a duty to acquire such knowledge.<sup>14</sup>

The trial chamber in *Strugar* agreed with these legal standards<sup>15</sup> and made a temporal distinction in order to analyze the *mens rea* of the accused. It distinguished between the knowledge of the accused *before* the commencement of the attack on Srđ, and *after* the attack started. *Before the attack on Srđ started*, the trial chamber found that the accused did not *know* that crimes were about to be committed but that he did know that those who were to lead the attack on Srđ had unlawfully shelled Dubrovnik in the past in total disregard of orders aimed at protecting the Old Town, and that such persons had not been punished for the unlawful shelling.<sup>16</sup> In these circumstances, the question arose as to the relevance of the awareness on the part of the accused that his subordinates might commit similar crimes in the execution of his orders. Once the trial chamber discarded the possibility that ordering the lawful attack on Srđ in the awareness of such risk could entail liability under article 7 (1),<sup>17</sup> the question arose as to whether the accused could be said to have had “reason to know” that crimes were about to be committed pursuant to article 7 (3).

Eventually, the trial chamber found that before the attack the accused did not have *reason to know* that during the attack his forces would shell the Old Town in a manner constituting an offence because: “there has been shown to be a real and obvious prospect, a clear possibility, that in the heat and emotion of the attack on Srđ, the artillery under his command *might well* get out of hand once again and commit offences of the type charged. It has not been established, however, that the Accused had reason to know that this *would* occur [...] he knew only of a risk of them getting out of hand and offending in this way, a risk that was not slight or remote, but nevertheless, in the Chamber’s assessment, is not shown to have been so strong as to give rise, in the circumstances, to knowledge that his forces were about to commit an offence, as that notion is understood in the jurisprudence.”<sup>18</sup>

Compared with the “reason to know” standards explained above, it is noteworthy that the trial chamber did not find sufficient that the accused be aware of the “possible unlawful acts by his subordinates”, of the mere “risk” or “likelihood” of these crimes being committed, and instead required that

such possibility be stronger than a mere “real and obvious prospect”. In fact, the trial chamber only found that the accused was on notice of the required “clear and strong risk” or “substantial likelihood” of crimes being committed by his subordinates *after the attack* started and he received information about the shelling of Dubrovnik.<sup>19</sup> As the trial chamber explained, before the attack “a cautious commander may well have thought it desirable to make it explicitly clear that the order to attack Srđ did not include authority to the supporting artillery to shell, at the least, the Old Town”, but “a failure to make any such clarification before the attack commenced [does not] give[s] rise to criminal liability of the Accused, pursuant to article 7 (3)”.<sup>20</sup>

From this point of view, the trial chamber appears to conclude that the *mens rea* required to incur in command responsibility under article 7 (3) of the Statute is that of “indirect intent” (sometimes also referred to in the earlier jurisprudence of the Tribunal as *dolus eventualis*), which pursuant to the chamber requires “knowledge of a higher degree of risk” or in other words, the awareness of the “probability” of the unlawful result happening rather than of its mere “possibility”.<sup>21</sup>

## 2.2. “Necessary and Reasonable Measures” to Prevent and Punish

Pursuant to the chronological determination as to whether the accused knew or had reason to know that crimes were about to be committed by his subordinates, the trial chamber

Judgement, *supra* note 6, para. 80; *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001, para. 648; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-T, Judgement, 31 March 2003, paras. 72-73; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Judgement, 31 July 2003, para. 460; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac et al.* Case No. IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003, para. 167; ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Judgement, 26 February 2001 (hereinafter “*Kordić and Čerkez* Trial Judgement”), para. 428. See also K. Keith, “The *Mens Rea* of Superior Responsibility as Developed by ICTY jurisprudence”, (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 620.

<sup>9</sup> ICTY, *Čelebići* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 393.

<sup>10</sup> ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-A, Judgement, 3 July 2002, para. 28, with reference to ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 (hereinafter “*Čelebići* Appeal Judgement”), para. 238.

<sup>11</sup> ICTY, *Krnojelac* Appeal Judgement, *supra* note 8, para. 155. See also ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004, para. 278; ICTY, *Blagojević and Jokić* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 792.

<sup>12</sup> ICTY, *Čelebići* Appeal Judgement, *supra* note 10, para. 238; ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgement, *supra* note 8, para. 437.

<sup>13</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Judgement, 2 November 2001, para. 318. Information that would make a superior suspicious that crimes might be committed includes past behaviour of subordinates. See also ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29, Judgement, 5 December 2003, para. 175.

<sup>14</sup> ICTY, *Čelebići* Appeal Judgement, *supra* note 10, para. 226; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, para. 62.

<sup>15</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 369.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 415.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 347.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 471 (emphasis in the original).

<sup>19</sup> *Ibid.*, paras. 418, 420.

<sup>20</sup> *Ibid.*, para. 420.

<sup>21</sup> *Ibid.*, paras. 235–236.

analysed which “necessary and reasonable” measures were required from the accused to prevent and punish the crimes before and after the attack on Srđ commenced. In performing this analysis and attributing responsibility to the accused for his failure to act, the trial chamber followed consolidated ICTY jurisprudence according to which the measures required from a commander cannot be more than what it is “within his material possibility”<sup>22</sup> or his “degree of effective control”<sup>23</sup> in the circumstances.

Despite the fact that the accused did not have reason to know that crimes were about to be committed by his subordinates *before the attack on Srđ*, the trial chamber made it clear that he did not do anything to ensure that the possibility of his subordinates committing crimes did not materialize.<sup>24</sup> More importantly, the trial chamber found that *after the attack commenced* and he was informed of the shelling of Dubrovnik, the accused failed to take measures to prevent the commission of the crimes. In particular, he could and should have made expressly clear to their subordinates the prohibition on shelling the Old Town and should have learnt reliably what shelling was in truth occurring there.<sup>25</sup>

Moreover, he should have taken measures to stop the commission of the crimes. In this regard, the trial chamber concluded that circumstantial evidence did not support the testimony of Admiral Jokić that the accused had ordered him to stop the attack on Srđ at 0700 hours. On the contrary, the chamber was satisfied that the accused did order a ceasefire to take effect at 1115 hours.<sup>26</sup> However, since this order was not effective, it was not sufficient in the view of the chamber to relieve the accused from liability for the acts of his subordinates. It is relevant that the chamber did not consider the existence of the order as much as its effectiveness. Pursuant to the conclusions of the chamber, regardless of the measures adopted, the accused should have ensured that his orders were communicated to his subordinates and that they were complied with.<sup>27</sup>

Finally, the accused was also found responsible for not taking “necessary and reasonable” measures to punish those responsible for the unlawful shelling, despite fully retaining his powers and authority to do so. In particular, the chamber found that the accused was, at the least, prepared to accept a situation in which he did not become directly involved in the investigation, leaving it to Admiral Jokić to undertake a sham enquiry.<sup>28</sup> Interestingly enough, the chamber also stated that had the accused been prevented by his superiors from taking investigative and disciplinary action, he should have protested and insisted that appropriate action be taken and, eventually, he should have offered his resignation from the army.<sup>29</sup>

### 3. Cumulative convictions

#### 3.1. Elements of the crimes charged

As mentioned previously, Pavle Strugar was charged with crimes under article 3 of the ICTY Statute.<sup>30</sup> Specifically, he was charged with (a) murder; (b) cruel treatment; (c) attacks on civilians; (d) unlawful attacks on civilian objects; (e) de-

vastation not justified by military necessity; and (f) destruction or wilful damage to cultural property, as violations of the laws or customs of war.<sup>31</sup> A brief analysis of the crimes follows.

With respect to murder, the trial chamber in *Strugar*, clarified that the necessary *mens rea* for the offence to be established is either the direct or indirect intent of the perpetrator. It is now settled that the *mens rea* for murder is not confined to cases where the perpetrator has a direct intent to kill or to cause serious bodily harm, but also extends to cases where the perpetrator knows that it is probable that his act or omission will cause death.<sup>32</sup> The trial chamber stressed that knowledge by the perpetrator of the mere “possibility” that his act or omission will cause death is not sufficient to establish the necessary *mens rea* for the crime.<sup>33</sup> Therefore, to prove murder as a violation of the laws or customs of war, it must be shown that (a) death resulted from an act or omission of the perpetrator, (b) committed with the intent either to kill, or in the absence of such a specific intent, in the knowledge that death is a probable consequence of the act or omission, and (c) of persons taking no active part in the hostilities.<sup>34</sup>

As regards to cruel treatment, the trial chamber accepted the legal formulation which appears to be settled in the jurisprudence of the ICTY, but clarified that in order to fulfil the mental requirement for the crime, indirect intent suffices. To prove cruel treatment as a violation of the laws and customs

<sup>22</sup> ICTY, *Čelebići* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 395; ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Appeal Judgement, 24 March 2000, para. 76; ICTY, *Galić* Trial Judgement, *supra* note 13, para. 176; ICTY, *Brdjanin* Trial Judgement, *supra* note 11, para. 279; ICTY, *Blagojević and Jokić* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 793.

<sup>23</sup> ICTY, *Aleksovski* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 78; ICTY, *Blaškić* Trial Judgement, *supra* note 8, para. 302; ICTY, *Čelebići* Trial Judgement, *supra* note 6, para. 302; ICTY, *Blaškić* Appeal Judgement, *supra* note 14, para. 72.

<sup>24</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 421.

<sup>25</sup> *Ibid.*, paras. 422–423.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 428.

<sup>27</sup> *Ibid.*, paras. 433–434.

<sup>28</sup> *Ibid.*, paras. 442, 436.

<sup>29</sup> *Ibid.*, paras. 445, 374.

<sup>30</sup> Article 3 of the ICTY Statute provides: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
- (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;
- (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- (e) plunder of public or private property.”

<sup>31</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Third Amended Indictment, *supra* note 2.

<sup>32</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 235–236.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para. 236.

<sup>34</sup> *Ibid.*, paras 235–240. This definition is also applicable to wilful killing and murder under articles 2 and 5 of the ICTY Statute respectively.



of war, it must be established that (a) serious mental or physical suffering or injury or a serious attack on human dignity resulted from an (intentional) act or omission of the perpetrator, (b) committed with the intent to cause cruel treatment, or in the absence of such a specific intent, in the knowledge that cruel treatment was a probable consequence of the perpetrator's act or omission, and (c) of persons taking no active part in hostilities.<sup>35</sup>

With respect to offences of murder and cruel treatment the trial chamber accepted that death or cruel treatment resulting from a deliberate artillery attack on a civilian population as that launched by the JNA on the Old Town on 6 December 1991, can be appropriately characterized as murder or cruel treatment respectively, when the perpetrators had knowledge of the probability that the attack would cause death or cruel treatment.<sup>36</sup>

As for the crimes of attacks on civilians and civilian objects, the trial chamber adopted the legal formulation of the latest Appeals Chamber judgements dealing with these offences, i.e. *Blaškić and Kordić and Čerkez*.<sup>37</sup> The trial chamber therefore put the accent on the result requirement for both crimes as set out in article 85 (3) of Additional Protocol I to the Geneva Conventions<sup>38</sup> and reaffirmed that criminal responsibility for unlawful attacks requires proof of result, namely "death of or injury to civilians" for attacks on civilians and "(extensive) damage to civilian objects" for attacks on civilian objects.<sup>39</sup> It also reaffirmed that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians and civilian objects in customary law and therefore no exemption on the grounds of military necessity.<sup>40</sup> Therefore, to prove attacks on civilians it must be shown that (a) an attack, (b) directed against a civilian population or individual civilians, (c) causing death and/or serious injury within the civilian population, (d) was conducted with the intent of making the civilian population the object of the attack. To prove attacks on civilian objects it must be established that (a) an attack, (b) directed against civilian objects, (c) causing (extensive) damage to the civilian objects, (d) was conducted with the intent of making the civilian objects the object of the attack.<sup>41</sup> The trial chamber did not specify whether indirect intent suffices for the crimes to be established.

With regard to devastation not justified by military necessity as a violation of the laws or customs of war, the trial chamber, for linguistic reasons, endorsed the elements of the crime of "wanton destruction not justified by military necessity" also covered by article 3 (b) of the ICTY Statute.<sup>42</sup> To prove devastation it must be shown that (a) destruction of or damage to property occurred on a large scale, (b) was not justified by military necessity, and (c) the perpetrator acted with the intent to destroy or damage the property or in the knowledge that such destruction or damage was a probable consequence of his acts.<sup>43</sup>

As to the other crime against property charged i.e. destruction of or wilful damage to cultural property, the trial chamber appeared to endorse the legal formulation established by the previous ICTY jurisprudence.<sup>44</sup> To prove the offence the

following must be shown: (a) the destruction or damage to property which constitutes the cultural or spiritual heritage of peoples, (b) the property was not used for military purposes at the time when the acts of hostility directed against these objects took place, and (c) the perpetrator carried out the act with the intent to damage or destroy the property.<sup>45</sup>

### 3.2. Application of the *Čelebići* test

In relation to the above mentioned charges, the trial chamber found Pavle Strugar guilty of command responsibility *only* in respect of the crimes of attacks on civilians and destruction or wilful damage to cultural property as violations of the laws or customs of war, pursuant to article 3 of the ICTY Statute. The Trial Chamber did not record a finding of guilt for the other crimes charged (i.e. murder, cruel treatment, unlawful attacks on civilian objects, devastation not justified by military necessity) although it found that the elements of the crimes had been established. This is due to the issue of cumulative convictions. The Appeals Chamber in the *Čelebići* judgement established the law pertaining to cumulative convictions by articulating a two-prong test, the so-called "*Čelebići* test": "[R]easons of fairness to the Accused and the consideration that only distinct crimes may justify [cumulative] convictions lead to the conclusion that [cumulative] criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if *each* statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the

<sup>35</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 261.

<sup>36</sup> *Ibid.*, paras 238–240, stating that both in *Kordić and Čerkez*, and in *Galić*, the deaths resulting from shelling had formed the basis for charges of murder or wilful killing.

<sup>37</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, paras 280–282.

<sup>38</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977. Article 85 (3) of Additional Protocol I reads as follows: "... the following acts shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed wilfully, in violation of the relevant provisions of this Protocol, and causing death or serious injury to body or health:

(a) Making the civilian population or individual civilians the object of attack;

(b) Launching an indiscriminate attack affecting the civilian population or civilian objects in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects, as defined in Article 57, paragraph 2 (a) (iii);

(c) Launching an attack against works or installations containing dangerous forces in the knowledge that such attack will cause excessive loss of life, injury to civilians or damage to civilian objects, as defined in Article 57, paragraph 2 (a) (iii);

(d) Making non-defended localities and demilitarized zones the object of attack;

(e) Making a person the object of attack in the knowledge that he is hors de combat;

(f) The perfidious use, in violation of Article 37, of the distinctive emblem of the red cross, red crescent or red lion and sun or of other protective signs recognized by the Conventions or this Protocol."

<sup>39</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 280.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 280. See also ICTY, *Kordić and Čerkez*, Appeal Judgement, *supra* note 6, para. 54 as revised by a Corrigendum dated 26 January 2005.

<sup>41</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 281, 283.

<sup>42</sup> See *supra* note 30.

<sup>43</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 291–297.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 300–312.

<sup>45</sup> *Ibid.*, para. 312.

other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other.”<sup>46</sup>

When this test is not met: “[T]he Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under [the] provision [requiring the additional materially distinct element] provision.”<sup>47</sup>

The *Čelebići* test has been consistently endorsed by ICTY<sup>48</sup> and ICTR case-law.<sup>49</sup> When applying the *Čelebići* test the legal elements of *each* offence based on the *same criminal conduct* must be considered.<sup>50</sup> In the *Strugar* case, the conduct alleged against the accused was the same for the six offences charged: the artillery attack on the Old Town of Dubrovnik conducted by the JNA on 6 December 1991. For purposes of clarity, the trial chamber divided the six offences in two groups, (a) one related to crimes against persons (i.e. murder, cruel treatment, attacks on civilians), and (b) another one related to crimes against objects (i.e. devastation not justified by military necessity, attacks on civilian objects, destruction to or wilful damage of cultural property) and proceeded to determine whether cumulative convictions could be entered with respect to the crimes charged. In this exercise, the trial chamber initially applied the *Čelebići* test for both groups of crimes mentioned above and then decided to disregard the consequences of the test for the group related to crimes against objects. Let us see in more detail the reasoning of the trial chamber.

For group (a), the trial chamber took all the elements of each offence into consideration and found that the first prong of the *Čelebići* test was not satisfied. While the crime of attacks on civilians contained a materially distinct element (i.e. the attack) requiring proof of a fact not required by any element of murder and cruel treatment, the reverse was not the case (i.e. murder and cruel treatment did not have additional, materially distinct elements from the crime of attacks on civilians).<sup>51</sup> Therefore it became necessary to apply the second prong of the *Čelebići* test which states that “if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered under that provision”. As the crime of attacks on civilians contained an additional, materially distinct element because of “the attack” element, it was considered more specific than the crimes of murder and cruel treatment. As a result, the trial chamber upheld the conviction of attacks on civilians and did not enter a conviction for murder and cruel treatment.<sup>52</sup>

For group (b), the trial chamber took all the elements of each offence into consideration and found that all three offences contained distinct elements requiring proof of a fact not required by the other offences.<sup>53</sup> Pursuant to the *Čelebići* test, therefore, all three offences were permissibly cumulative, leading to a conviction under all three crimes. Although the trial chamber recognized this outcome, it decided to ignore

it and chose to convict Pavle Strugar only for the crime of destruction and wilful damage to cultural property, as the criminal conduct of Pavle Strugar in respect of group (b) was “fully, and most appropriately reflected in [the offence destruction and wilful damage to cultural property], and the interests of justice and the purposes of punishment will be fully satisfied if a conviction is entered only in [this] respect [...]”.<sup>54</sup>

Although at first glance it may appear that the trial chamber simplistically decided to reject the *Čelebići* test for the crimes in group (b), a more careful reading shows that the trial chamber actually tried to fulfil the aims pursued by this test. As stated recently in the *Kordić and Čerkez* Appeals Judgement, the *Čelebići* test serves twin aims: “ensuring that the accused is convicted only for distinct offences, and at the same time, ensuring that the convictions entered fully reflect his criminality”.<sup>55</sup> The trial chamber in *Strugar* appeared to take into account these aims and attempted to achieve them in the particular circumstances of the case: “[T]he offences each concern damage to property caused by the JNA artillery attack against the Old Town of Dubrovnik on 6 December 1991. The entire Old Town is civilian and cultural property. There was large scale damage to it. There was no justification for the at-

<sup>46</sup> ICTY, *Čelebići* Appeal Judgement, *supra* note 10, para. 412 (emphasis added).

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 413.

<sup>48</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kumarac et al.*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement, 22 February 2001; ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-A, Judgement, 3 July 2001; ICTY, *Kvočka* Trial Judgement, *supra* note 13; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, Case No. IT-95-T, 17 October 2003; ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial and Appeal Judgements *supra* notes Band 6, ICTY, *Krstić* Trial Judgement, *supra* note 8, and ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Judgement, 19 April 2004; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002 and *Krnojelac* Appeal Judgement, *supra* note 8; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Judgement, 29 March 2002 and Case No. IT-98-32-A, Judgement, 25 February 2004.

<sup>49</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement, 6 December 1999; ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 6 November 2001.

<sup>50</sup> “If an element of crime A requires proof of X, which is not required by any element of crime B, and if an element of crime B requires proof of Y, which is not required by any element of crime A, then cumulative convictions under both crime A and B are permissible. What is required by one crime, but not required by the other crime, renders the first crime distinct in a material fashion”, in N. Valabhji, “Cumulative Convictions Based on the Same Acts under the Statute of the ICTY”, (2002) 10 *Tulane Journal of International & Comparative Law* 194.

<sup>51</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 449.

<sup>52</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 449–451.

<sup>53</sup> “The offence of attacks on civilian objects requires proof of an attack, which is not required by any element of either the offence of devastation not justified by military necessity or the offence of destruction of or wilful damage to cultural property. The offence of destruction of or wilful damage to cultural property requires proof of destruction or wilful damage directed against property which constitutes the cultural or spiritual heritage of peoples, which is not required by any element of the offence of attacks on civilian objects or the offence of devastation not justified by military necessity requires proof that the destruction or damage of property (a) occurred on a large and (b) was not justified by military necessity. What is required by one offence, but not required by the other offence, renders them distinct in a material fashion” (ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, para. 453).

<sup>54</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 454.

<sup>55</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, *supra* note 6, para. 1033.

tack. In view of the Chamber, given these particular circumstances, the essential criminal conduct is directly and comprehensively reflected in Count 6, destruction or wilful damage to cultural property.”<sup>56</sup>

For these reasons, a conviction was entered *only* in respect of the offences of attacks on civilians and destruction and wilful damage to cultural property.

#### 4. Conclusions

The decision of Trial chamber II in the *Strugar* case suggests that the *mens rea* required for command responsibility is not the superior’s awareness of the mere possibility that crimes are about to be committed by his subordinates, but the knowledge of the “substantial likelihood” of such event taking place. From this point of view, the Judgement seems to impose a higher threshold for a commander to be held responsible for the acts of his subordinates. However, the Judgement suggests in turn that the “necessary and reasonable measures” required from a commander who is aware of such probability include not only issuing orders to prevent or punish the crimes that are likely to be committed but also ensuring that the orders are received and complied with by the subordinates. From this perspective, the degree of diligence required

from a commander is higher than what previous case law appears to indicate.<sup>57</sup>

The trial chamber found Pavle Strugar guilty of command responsibility only in respect of the crimes of attacks on civilians and destruction or wilful damage to cultural property as violations of the laws or customs of war, pursuant to Article 3 of the ICTY Statute. Although the trial chamber found that the elements of the other crimes charged had been established, it did not record a finding of guilt with respect to the crimes of devastation not justified by military necessity and attacks on civilians as would have been required by the application of the *Čelebići* test. The conviction appears however to give regard to the principles pursued by the *Čelebići* test, which have been recently underscored in the *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement. ■

<sup>56</sup> ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, *supra* note 1, paras 454.

<sup>57</sup> Cf. ICTY, *Galić* Trial Judgement, *supra* note 13, para. 719, where “occasionally reiterating the obligation to respect the Geneva Conventions” was not considered as a “reasonable measure” considering that the criminal activity attributed to the forces under the command of the accused extended over a period of twenty-three months.

## Menschen-Rechte im Konflikt, 15. Tagung der Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr, der Juristen und Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Bad Teinach, 4.–5. März 2005

Christian Hörl und Frauke Weber\*

Was einst anlässlich eines Vortrags von Ministerialrat a.D. Dr. D. Fleck anlässlich des Beitritts Deutschlands zu den Zusatzprotokollen der Genfer Abkommen ins Leben gerufen wurde, hat sich heute längst als anspruchsvolle und international geprägte Fachtagung zum humanitären Völkerrecht etabliert. Und so würdigte auch der Landeskonventionsbeauftragte des DRK-Landesverbandes Baden-Württemberg Rechtsanwalt Dr. R. Goldmann, als Initiator und Ideengeber anlässlich des 15. Jubiläums, die Bad Teinacher Tagung als unersetzbares Instrument der Diskussion zu den aktuellen Problemlagen im Völkerrecht zwischen DRK und Bundeswehr, als wichtigen Beitrag zur Verbreitungsarbeit.

Ministerialdirektor Dr. D. Weingärtner griff in seinen Grußworten, als Vertreter des Bundesministeriums der Verteidigung, die einleitenden Worte seines Vorredners auf und betonte, die Bundeswehr stelle sich 50 Jahre nach ihrer Gründung der Diskussion. Wichtig sei dabei die Verdeutlichung der Umsetzungsprobleme von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht in der Praxis. Die Bad Teinacher Tagung leiste dabei aufgrund ihrer stetigen Aktualität und der gelungenen Mischung aus Theorie und Praxis einen wichtigen Beitrag.

### 1. Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht?

Der vormalige Präsident des Deutschen Roten Kreuzes Prof. K. Ipsen fasste sich in seinem Vortrag mit der Frage der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht. Ausgehend von dem lateinischen Begriff *convergens*, der mit „aufeinander zuneigen“ übersetzt werden könne, nahm er einen Vergleich zwischen den beiden Rechtsmassen der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts vor. Dabei untersuchte er sechs Kriterien: Ursprung, Entwicklung, Anwendungssituation, Normzweck, Rechtssubjektivität und Durchsetzung.

Der ideengeschichtliche Ursprung der Menschenrechte und des humanitären Völker-

rechts basiere auf unterschiedlichen Entwicklungen. Zum Ursprung der Menschenrechte hob K. Ipsen zwei geschichtliche Ereignisse hervor. Die Französische Revolution von 1789, wo die Menschenrechte von einer hochgebildeten, eher wohlhabenden Schicht des Bürgertums und des Adels entwickelt wurden. Zu diesem Zeitpunkt spiegelte die Entwicklung von Menschenrechten das Bemühen der Gewinnung eines Rechtsstandards zur Absicherung wider. Die Ausprägung des Menschenrechtsschutzes erfolgte erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Noch die in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) verankerten Grundrechte, seien nach damaliger Einschätzung eine Materie gewesen, die leer liefe. Grundrechte würden nur im Rahmen der Gesetze gelten; die in Art. 109 WRV statuierte Gleichheit von Mann und Frau, beispielsweise, gebe dem Gesetzgeber keinerlei Auftrag.

Das humanitäre Völkerrecht war bis zu den Kodifikationen, die in den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts begannen, zunächst von der Entwicklung von Kriegsbräuchen gekennzeichnet. Die Kodifikationen gingen auf die Initiative einer einzelnen Person zurück: *Henri Dunant* hat dies mit seinen „Erinnerungen an Solferino“, die seine Erlebnisse auf dem Schlachtfeld von Solferino im Jahr 1859 schildern, bewirkt. K. Ipsen hob unter den Kodifikationen die Sankt Petersburger Erklärung von 1868 hervor, obwohl diese inhaltlich eigentlich weniger von Bedeutung gewesen sei, weil diese in ihrer Präambel eine Zusammenfassung der Ideengeschichte enthalte. Ferner nannte K. Ipsen die erste Genfer Konvention von 1864, die sog. *Marten'sche* Klausel, das Haager Recht sowie das Genfer Recht mit seinen Abkommen von 1906, 1929, 1949 und 1977 als wichtige Entwicklungsschritte.

Die Ursprünge der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts erfuhren demnach zunächst keine konvergente, sondern eher eine zentrifugale Entwicklung.

Unter Konvergenzgesichtspunkten besonders erwähnenswert seien zwei Entwicklungen: Im Bereich der Menschenrechte stellt Art. 4 des Internationalen Pakts für Bürgerliche und Politische Rechte (kurz: Zivilpakt) fest, dass bestimmte Menschenrechte auch in öffentlichen Notständen einer Dero-

gation nicht unterliegen, d.h. auch während eines bewaffneten Konfliktes Anwendung finden. Im humanitären Völkerrecht schlagen Art. 72 und 75 des ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen von 1949 (kurz: ZP I) nach ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte eindeutig die Brücke zur Masse der Menschenrechte. K. Ipsen arbeitete seinerzeit an der Formulierung dieser Vorschriften mit. Art. 72 ZP I stellt fest, dass die Bestimmungen des ZP I „die sonstigen anwendbaren Regeln des Völkerrechts über den Schutz grundlegender Menschenrechte in einem internationalen bewaffneten Konflikt“ ergänzen. Art. 75 ZP I enthält einen kleinen Menschenrechtskatalog, der von den Konfliktparteien zu beachten ist.

Zur Anwendungssituation von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht wies K. Ipsen daraufhin, dass die UN-Charta durchgehend gelte, unabhängig von Krieg oder Frieden. Ferner sei der Schutz der wesentlichen fünf Menschenrechte gemäß Art. 4 Zivilpakt in bewaffneten Konflikten gewahrt. Dies sind folgende im Zivilpakt verankerten Menschenrechte:

- Art. 6 (Recht auf Leben)
- Art. 7 (Folterverbot)
- Art. 8 (Sklavereiverbot)
- Art. 15 (*nulla poena sine legem*)
- Art. 16 (Recht auf Rechtsfähigkeit)

Von diesen Rechten sei das wichtigste das Recht auf Rechtsfähigkeit, da eine Rechtssubjektivität ohne Rechtsfähigkeit nicht existiere. Im humanitären Völkerrecht seien die Kernmenschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt durch Art. 75 ZP I gesichert. Beide Abkommen haben einen recht beachtlichen Geltungsbereich: Der Zivilpakt wurde von 149 Vertragsparteien und das ZP I von 161 Staaten ratifiziert.

Beim Normzweck von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht im bewaffneten Konflikt sei Konvergenz gegeben. Er bestehe vor allem aus folgenden drei Aspekten:

1. Absicherung als Rechtssubjekt
2. Basisschutz von Leib und Leben
3. Faire Behandlung bei der Strafverfolgung

Beide Rechtsmassen berechtigen und verpflichten in erster Linie die Staaten. Allerdings sei sowohl beim Menschenrechtsschutz als auch beim humanitären Völkerrecht in zunehmendem Maße eine partielle Völkerrechtssubjektivität für Individuen zu verzeichnen. So sei etwa die Bestrafung von Kriegsverbrechern vor dem Jugoslawien-Tribunal, dem Ruanda-Tribunal und dem Internationalen Strafgerichtshof nur zu verstehen, wenn das humanitäre Völkerrecht auch

\* Christian Hörl ist Rechtsassessor, Frauke Weber ist Rechtsanwältin. Beide sind im DRK-Generalsekretariat in Berlin tätig.

den Einzelnen berechtige und verpflichte. Hier sei, so *K. Ipsen*, eine deutliche Annäherung beider Rechtsmassen gegeben.

Was die Durchsetzung anbelange, so seien als Vertragsparteien die Staaten zuständig. Im Bereich der Menschenrechte sei das Instrument der Berichtspflichten bisher unzureichend. Staaten seien vielfach über Jahre mit ihren Berichten in Verzug oder würden überhaupt keine Berichte herausgeben. Zudem sei eine Einwirkung durch die Menschenrechtsorgane auf die Staaten nicht so nachhaltig möglich, wie dies erforderlich wäre.

Im humanitären Völkerrecht wurde durch das Rom-Statut ein beachtlicher Fortschritt erzielt, der die strafbewehrte Durchsetzung von Kriegsverbrechen erlaube.

Als Fazit seines Vergleichs zwischen den beiden Rechtsmassen stellte *K. Ipsen* fest, dass bei der Gesamtentwicklung des Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts ein „*Aufeinanderzuneigen*“ zu bejahen sei. Die Entwicklung habe eine erhebliche Annäherung gebracht, vor allem hinsichtlich des Normzwecks, der Anwendungssituation und der Rechtsträgerschaft. Beide Rechtsmassen blickten auf eine gemeinsame euro-atlantische Ideengeschichte zurück und können so im Konfliktfall eine objektive Ordnung bilden.

## 2. Durchsetzung von Menschenrechten im bewaffneten Konflikt

Privatdozent *Dr. H.-J. Heintze* vom Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum referierte zu den Durchsetzungsmöglichkeiten von Menschenrechten im bewaffneten Konflikt. Einleitend stellte er fest, dass es im Bereich der Menschenrechte grundsätzlich beachtliche Durchsetzungsmechanismen auf universeller und regionaler Ebene gebe, und zwar vor allem in Form von Staatenberichtsverfahren und Individualbeschwerdeverfahren.

Die Berichterstattungspflichten beruhen auf internationalen Menschenrechtsverträgen, denen sich die Staaten unterworfen haben. Die Staaten haben sich in diesen Verträgen u.a. verpflichtet, über einen öffentlichen Notstand oder einen bewaffneten Konflikt zu informieren (vgl. Art. 4 Abs. 3 des Zivilpakts, Art. 15 Abs. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention oder Art. 27 Abs. 3 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention).

Die exemplarisch genannten Individualbeschwerdeverfahren nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt und gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sind grundsätzlich darauf angelegt zu überprüfen, ob ein in dem jeweiligen Menschenrechtsvertrag niedergelegtes Recht verletzt wurde. Allerdings sieht

Art. 15 Abs. 1 EMRK ausdrücklich vor, dass Notstandsmaßnahmen „*nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei*“ stehen dürfen.

Anhand der Rechtsprechung der Amerikanischen und Europäischen Menschenrechtsorgane untersuchte *H.-J. Heintze*, ob humanitäres Völkerrecht von diesen überhaupt zur Entscheidungsfindung herangezogen werde bzw. herangezogen werden dürfe.

Die Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission und der Inter-Amerikanische Gerichtshof haben in Bezug auf die Anwendung von humanitärem Völkerrecht eine Entwicklung erfahren. Zunächst lehnte die Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission die Anwendung in dem Fall *Disabled Peoples' International et al. v. United States* mit der Argumentation ab, sie sei nicht das zuständige Organ, um sich mit dem vierten Genfer Abkommen zu befassen. In ihrem Gutachten im *Tablada-Fall* prüfte und bejahte die Kommission später aber die direkte Anwendung des humanitären Völkerrechts. Der Inter-Amerikanische Gerichtshof sah sich im *Los Palmeras-Fall* nicht als kompetentes Gericht zur direkten Anwendung der Genfer Abkommen. Eine Heranziehung der Genfer Abkommen käme allenfalls insoweit in Betracht, als sie zur Interpretation der Amerikanischen Menschenrechtskonvention dienen. Im *Bamaca-Velasquez-Fall*, in dem es um einen Guerillakämpfer ging, der während einer Schlacht in die Hände des guatemaltekischen Militärs fiel, von diesem gefoltert und ermordet wurde, hat der Gerichtshof die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts bejaht. Allerdings hatten sowohl Guatemala als auch die Kommission zugestimmt, dass das humanitäre Völkerrecht angewendet und der gemeinsame Art. 3 der Genfer Abkommen zur Interpretation der Pflichten nach der Amerikanischen Menschenrechtskonvention herangezogen werden könne. Dieses Urteil bestätigt die direkte Anwendbarkeit; es bleibt aber die Frage offen, wie der Inter-Amerikanische Gerichtshof in Fällen entscheiden wird, in denen die Parteien einer Anwendung des humanitären Völkerrechts nicht ausdrücklich zustimmen.

Vor den Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention gilt Art. 15 EMRK, wonach Derogationen von Konventionsverpflichtungen nur in Übereinstimmung mit sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen vorgenommen werden dürfen. Demgemäß sind die Verpflichtungen aus den Genfer Abkommen zu berücksichtigen. Allerdings zeige die Praxis, dass die Europäische Menschenrechtskommission und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zögern, zur Anwendung des humanitären Völkerrechts eine klare Position zu beziehen. *H.-J. Heintze* untersuchte u.a.

zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, denen Fälle aus den Kurdengebieten der Türkei zugrunde lagen. In *Ergi v. Turkey*, der die zufällige Tötung einer unbeteiligten Frau bei einer militärischen Operation zum Gegenstand hatte, griff der Gerichtshof indirekt auf das humanitäre Völkerrecht zurück, indem er sich dazu äußerte, was ein rechtmäßiges Angriffsziel ist, ob ein rechtmäßiger Angriff verhältnismäßig ist und ob das vorhersehbare Risiko bezüglich ziviler Opfer unverhältnismäßig gegenüber dem militärischen Vorteil ist. Allein schon die Aufzählung der Prüfungspunkte mache deutlich, dass die Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts von grundlegender Bedeutung für die Durchsetzung der Menschenrechte sein kann. In dem Fall *Gülec v. Turkey*, wo es um Schüsse ging, die von einem Schützenpanzerwagen auf gewaltsam protestierende Demonstranten abgegeben wurden und die den Sohn des Beschwerdeführers tödlich verletzt hatten, prüfte der Gerichtshof, ob die staatliche Gewaltanwendung gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c EMRK zulässig gewesen war. Bei der Prüfung seien zahlreiche Parallelen zum humanitären Völkerrecht zu erkennen gewesen. Die Türkei wurde wegen der massiven Anwendung von bewaffneter Gewalt, die den Tod *Gülec*' verursachte, wegen Verletzung der Konvention verurteilt.

Ungeklärt sei in der Rechtsprechung freilich noch die Frage, inwieweit sich Opfer von Verletzungen des humanitären Völkerrechts mit Wiedergutmachungsansprüchen an kriegsführende Parteien wenden können. Im *Varvarin-Fall* vor dem Bonner Landgericht war dies durch eine Gruppe jugoslawischer Staatsangehöriger erfolglos versucht worden. Das Gericht bestritt, dass Individuen gegenüber Staaten Schadenersatzforderungen wegen der Verletzung des humanitären Völkerrechts gegenüber Staaten vor einem nationalen Gericht erheben können. Diese Feststellung weiche, so *H.-J. Heintze*, grundsätzlich von den Regelungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes ab, weshalb menschenrechtliche Mechanismen zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts erfolgversprechender erscheinen.

Die Untersuchung belege, dass es eine Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht gibt. Beide Rechtsmassen können in bewaffneten Konflikten zur Anwendung kommen, um einen größtmöglichen Schutz der Menschlichkeit im Sinne der *Marten*'schen Klausel zu erreichen.

## 3. Military Commissions: A Tool of Justice in the War on Terror

Seit einigen Jahren hat sich auf der Teinacher Tagung die Tradition des transatlantischen Austauschs etabliert. In diesem Jahr hielt der US-amerikanische Brigadegeneral *T. Hemingway* einen Vortrag über die Einrichtung von Militärkommissionen, vor

denen sich die von den Vereinigten Staaten internierten sog. „feindlichen Kämpfer“ verantworten sollen. Mit starken Worten leitete *T. Hemingway* seine Ausführungen ein: „Amerika befindet sich im Krieg. Dieser Krieg findet nicht nur im metaphorischen Sinne statt; er ist so fühlbar wie das Blut, der Staub und der Schutt, mit denen die Straßen von Manhattan am 11. September 2001 übersät waren. Wie real dieser Krieg ist, war in den Gesichtern derjenigen zu lesen, die in blankem Entsetzen mit ansehen mussten, wie hilflose, unschuldige Menschen von den Twin Towers in den Tod gesprungen sind.“ Dieser Krieg sei Amerika von Al-Kaida erklärt worden. Zwar handele es sich bei Al-Kaida nicht um eine traditionelle Streitkraft eines einzelnen Staates, AlKaida könne aber ohne weiteres als ausländische Streitmacht qualifiziert werden. Al-Kaida verfüge über eine entsprechende Struktur, politische Ziele, Ausbildung, Finanzierung sowie über Mitglieder in aller Welt, die bereit seien, Krieg gegen die Vereinigten Staaten zu führen. Daher stelle der Konflikt mit Al-Kaida, trotz der augenfälligen Unterschiede zu traditionellen Konflikten zwischen Staaten, einen Krieg dar.

Bisher habe das Strafjustizsystem ausgereicht, um die Gesellschaft vor Einzelpersonen zu schützen, die anderen Schaden zufügen wollen und die Strafverfolgung war das Instrument, das in Terrorismus-Fällen zur Anwendung kam. Der 11. September habe aber klar gemacht, dass Al-Kaida mehr sei als eine kriminelle Vereinigung. Dies erfordere die Entwicklung neuer Ideen zum humanitären Völkerrecht. Der US-Präsident habe sich dazu veranlasst gesehen, alle verfügbaren Mittel auszuschöpfen, nicht beschränkt auf die Strafjustiz, sondern auch militärische, geheimdienstliche, diplomatische und finanzielle Möglichkeiten zu nutzen.

Al-Kaida, seine Verbündeten sowie alle anderen terroristischen Organisationen, die an diesem bewaffneten Konflikt partizipieren, seien dem humanitären Völkerrecht unterworfen. Nach humanitärem Völkerrecht könnten feindliche Kämpfer solange festgehalten werden, wie der Konflikt andauere. Die Internierung von feindlichen Kämpfern sei von präventiver, nicht von strafrechtlicher Natur. Eine Internierung erfolge, um eine Person vom Konflikt fernzuhalten und sie von weiteren Feindlichkeiten abzuhalten. Da es sich nicht um einen Strafvollzug handele, haben die Internierten auch kein Recht auf anwaltliche Vertretung.

Den festgehaltenen Terroristen steht nach Ansicht des US-Präsidenten kein Kriegsgefangenenstatus zu. Das dritte Genfer Abkommen finde Anwendung auf Afghanistan. Die Taliban-Kämpfer haben aber kein Recht auf den Status eines Kriegsgefangenen – sie seien nicht mit einer militärischen Kommando-Struktur ausgestattet und handeln nicht nach den Regeln des humanitären

Völkerrechts, was Voraussetzung für den Erwerb des Kriegsgefangenenstatus sei. Vielmehr bestehe ein Großteil ihrer Anstrengungen gerade darin, ihre Identität zu verschleiern. Es würde die Genfer Abkommen unterlaufen, wenn man denjenigen dieselben Rechte gewähren würde, die nicht die Voraussetzungen für den Erwerb des Kriegsgefangenenstatus erfüllen. Dies würde dazu führen, dass jeglicher Anreiz zur Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts wegfiel.

Da es kein existierendes zuständiges Gericht für die internierten feindlichen Kämpfer gebe, bemühen sich die Vereinigten Staaten derzeit Militärkommissionen einzurichten, die ein geeignetes Verfahren gewährleisten. *T. Hemingway* betonte die Tradition von Militärkommissionen zur Behandlung von Kriegsverbrechen und verwies darauf, dass amerikanische Oberbefehlshaber, wie *George Washington*, seit dem Unabhängigkeitskrieg Militärkommissionen einsetzten. Der *US Supreme Court* habe die Befugnis des Präsidenten, feindliche Kämpfer vor Militärkommissionen zu stellen, bekräftigt. Der US-Kongress habe dies mit § 821 des *Uniform Code of Military Justice* ebenso bestätigt.

Gemäß dieser Befugnis habe der US-Präsident am 13. November 2001 den militärischen Befehl erteilt, dass das Verteidigungsministerium Militärkommissionen für Verfahren gegen Terroristen schaffen solle. Daraufhin seien Verfahrensrichtlinien für Militärkommissionen entwickelt worden. Zwar gebe es einige prozessuale Unterschiede zwischen Militärkommissionen, Strafgerichten und Militärtribunalen, die auf die Besonderheit der Kriegssituation zurückzuführen seien, alle drei Optionen seien aber Foren, die ein faires Verfahren böten. Vor Militärkommissionen werde versucht, sowohl ein faires Verfahren zu ermöglichen als auch die nationalen Sicherheitsinteressen zu wahren.

Unter anderem folgende Prozessgarantien finden, so *T. Hemingway*, vor den Militärkommissionen Anwendung:

- Unschuldsumvermutung
- Verfahren vor einem drei- bis siebenköpfigen Gremium
- Verteidigungsmöglichkeit durch Benennung von Zeugen und Vorlage von Beweismitteln
- Recht der Verteidigung auf Befragung von Zeugen und Überprüfung von Beweismaterial
- Recht des Angeklagten, sich zu den Vorwürfen nicht zu äußern
- Anwaltliche Schweigepflicht
- Kostenfreie Pflichtverteidigung durch einen Militäranwalt und die Möglich-

keit, einen zivilen Verteidiger zu beauftragen, der aber selbst bezahlt werden müsse

- Öffentliche Verhandlungen mit Ausnahme von Anhörungen, die nationale Sicherheitsinformationen zum Gegenstand haben
- Zweifelssatz zugunsten des Angeklagten, d.h. die Beweiswürdigung darf keine vernünftigen Zweifel an der Schuld des Angeklagten zulassen
- Überprüfung der Prozessakten durch ein dreiköpfiges unabhängiges und unparteiisches Gremium auf materielle Rechtsfehler

Bislang seien vier Personen vor einer Militärkommission angeklagt worden, denen ein Militäranwalt als Verteidiger zur Seite gestellt worden sei. Es handelt sich um Angeklagte aus dem Sudan, aus dem Jemen und aus Australien.

Abschließend zeigte sich *T. Hemingway* zuversichtlich, dass die Kritiker von Militärkommissionen sich von dem neuen Verfahren überzeugen lassen werden, sobald sie selber an den öffentlichen Verhandlungen teilnehmen und sich ein eigenes Bild von den fairen Prozessen machen.

Im Rahmen der anschließenden Diskussion kamen aus dem Publikum sehr kritische Fragen zu der Situation der Inhaftierten in dem Gefangenenlager in Guantánamo. So beantwortete *T. Hemingway* etwa die Frage nach der Haftdauer mit dem Hinweis darauf, dass man nicht beabsichtige, Personen länger festzuhalten als dies aus Gründen der nationalen Sicherheit erforderlich sei. Ferner erklärte er, dass einige Häftlinge deshalb nicht freigelassen werden könnten, weil die Vereinigten Staaten keine Sicherheit darüber hätten, dass sie in ihren Heimatländern menschlich behandelt würden. Die Frage, ob es in Guantánamo Folter gebe, verneinte er. Es würden keine anderen Vernehmungsmethoden angewandt als im Rahmen von anderen Strafermittlungsverfahren. Rechtsanwältin *B. Docke*, der den seit 2002 in Guantánamo inhaftierten *M. Kurmaz* vertritt, kritisierte die Militärkommissionen scharf und erläuterte, dass die Verfahren ein Ungleichgewicht zulasten der Angeklagten darstellten.

#### 4. Krieg gegen Terrorismus – Versuch einer rechtlichen Einordnung

In gewohnt beeindruckender Art und Weise vermittelte *Dr. T. Pfanner*, Chefredakteur der vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) herausgegebenen Zeitschrift *International Review of the Red Cross*, in Vertretung seines verhinderten Kollegen *Dr. K. Dörrmann* die Schwierigkeiten bei dem Versuch einer rechtlichen Einordnung des „Krieges gegen den Terrorismus“.

„Durch die Angriffe vom 11. September 2001 auf das World Trade Center und das Pentagon hat sich das geopolitische Gefüge drastisch verschoben“, so die einleitende Feststellung Pfanners bei der Beschreibung der Ausgangssituation, in der sich die Welt heute real befinde. Für das IKRK bedeute dies eine erhebliche Herausforderung und habe für die weltweite Aktivität bereits erhebliche Veränderungen mit sich gebracht. Diese eher negative Beeinflussung der humanitären Arbeit rühre auch daher, dass neben den USA auch vom IKRK die Vorzeichen für die Veränderungen im Vorfeld nicht richtig erkannt und gedeutet worden sind.

Zu Beginn seiner Rede skizzierte T. Pfanner anhand der Merkmale des klassischen Krieges die systematische Einstufung des *War on Terror*: „Terrorakte wie Selbstmordattentate, die darauf abzielen, durch Gewalt Schrecken zu verbreiten, um einen politischen Willen durchzusetzen, habe es zu jeder Zeit schon gegeben.“ Neu sei heutzutage aber deren offensichtlich gezielte Integration in die Kriegsführung. Im Extremfall, wie die Handlungsweise von Al-Kaida zeige, sei es sogar das ausschließliche Kampfmittel. Dabei stehe die Strategie im Vordergrund, immer mehr Menschen zu töten. Eine weitere Abweichung von der ursprünglichen Kriegsführung stelle auch die Aufhebung des territorialen Bezugs dar: Terror findet zu jeder Zeit und überall statt. Auch sei der Anfang und das Ende dieses „Krieges“ nur schwer festzustellen. Anfänglich habe niemand nach den ersten Attentaten an einen Krieg gedacht. Erst der Kontext der Gesamtereignisse und die Zurechnung der Gewalthandlungen an eine „Organisation Al-Kaida“ ermöglicht die Einstufung als „Kriegshandlungen“.

Auch durch den VN-Sicherheitsrat wurden die Attentate in den Vereinigten Staaten als bewaffnete Angriffe, die den Weltfrieden bedrohen, eingeordnet. Er sei damit, ohne es freilich konkret zu benennen, von einem Krieg ausgegangen.

Jedoch sei ein solcher Krieg von besonderer Natur. Insbesondere die angewandten Mittel und Methoden würden sich erheblich voneinander unterscheiden. So habe die nichtstaatliche Partei keinerlei Interesse daran, offen zu kämpfen, da sie sonst unzweifelhaft unterliegen würde. „Dafür ersetzen spektakuläre, Schrecken erregende und perfide Einzelhandlungen kontinuierliche Kampfhandlungen.“ Dabei würden die auf der ganzen Welt verstreuten Anhänger der Terrororganisationen versuchen, in der Masse abzutauchen, um dem Gegner gezielt großen Schaden zufügen zu können. Als Ausnahme gelte die Einnistung der Al-Kaida in Afghanistan, wodurch ein territorialer Bezug hergestellt werden konnte.

Ist nun eine Antwort auf solche Kriege mit

dem geltendem Kriegsvölkerrecht überhaupt möglich? Mit dieser Fragestellung beschäftigte sich Pfanner im weiteren Verlauf des Vortrags.

Problematisch sei zunächst, dass dieser Typus eines bewaffneten Konflikts weder „dem Kriegsmodell von Clausewitz noch dem traditionellen Bild des humanitären Völkerrechts“ entspricht. Das Recht selbst unterscheide ja grundsätzlich zwischen dem Grund der Kriegsführung, dem *ius ad bellum*, und der Kriegsführung selbst, also dem *ius in bello*. Diese Unterscheidung sei auch heute noch fundamental und entscheidend, „um dem humanitären Völkerrecht überhaupt eine Chance zu seiner Einhaltung zu gewähren“.

Entscheidend in der Rechtfertigungsstrategie für einen Krieg sei heute, dass je stärker die Rechtsposition einer Partei ist, desto größer auch die Möglichkeit zu einer Legitimierung der Gewaltanwendung ist. „Ein permanenter Mitgliedstaat des VN-Sicherheitsrates kann die Rechtmäßigkeit eines Waffenganges mehr bestimmen als ein gewöhnlicher Staat, ein Staat wird innerstaatlichen Gruppierungen das Recht zum bewaffneten Kampf absprechen und noch mehr wird er das Gewaltmonopol gegen Individuen betonen.“ In Verbindung mit einem moralischen Anspruch kehre so das Konzept des „gerechten Krieges“ wieder ein, in dessen Namen alle Mittel erlaubt seien. Moralische und religiöse Beweggründe würden dann vor allem von der schwächeren Gegenpartei als Ersatz für die fehlende Legitimität ihres Kampfes bemüht werden.

Wichtige Grundannahme für das humanitäre Völkerrecht sei jedoch, dass die Regeln des Kriegsrechts immer im Falle eines bewaffneten Konflikts anwendbar seien, ob der eigentliche Konflikt nun rechtmäßig ist oder nicht. Diese strikte Unterscheidung dient gerade der Einhaltung der humanitären Grundregeln, über die man sich als Konfliktpartei nicht durch Hinweis auf die (Un-)Rechtmäßigkeit des Kampfes hinwegsetzen könne.

Für die Betrachtung genauso wichtig ist die Beherrschung des Kriegsrechts durch die *Rousseau-Portalis-Doktrin*. „Der Krieg ist keineswegs eine Beziehung von Mensch zu Mensch, sondern eine Beziehung von Staat zu Staat.“ Die Kriegsführung ist das Recht der Souveränen, der Grundsatz dabei ist die gegenseitige Anerkennung der Gleichartigkeit der Staaten. Diese Legalität und Legitimität wird im Kampf gegen den Terror den nichtstaatlichen Einheiten nicht zugebilligt. Dabei muss berücksichtigt werden, dass genau das Streben nach politischer oder gar rechtlicher Legitimation eine Triebfeder für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts ist. So wurde das Genfer Recht durch alle wichtigen nichtstaatlichen Bürgerkriegsparteien, wie PKK, Mudschaheddin

oder ANC angewendet. Durch Al-Kaida erfolgte dies ausdrücklich nicht, was in Ossama bin Ladens „Brief an Amerika“ aus dem Jahr 2002 ersichtlich werde.

Die USA ihrerseits bringen unmissverständlich zum Ausdruck, dass ihr Gegner nicht gleichwertig sei. Daher wird auch, verbunden mit der Angst einer Legalisierung, der gemeinsame Art. 3 der Genfer Abkommen für nicht anwendbar erklärt.

Zum Abschluss seiner Analyse betonte T. Pfanner die Wichtigkeit der Gegenseitigkeitserwartung. So beruhe das humanitäre Völkerrecht auf einem Ausgleich zwischen humanitären und militärischen Interessen. Gerade beim Umgang mit Kriegsgefangenen und dem Schutz der Zivilbevölkerung zeige sich dies deutlich. Die Gegenseitigkeitserwartung beruhe auf der Annahme, dass der Gegner gleiche Interessen habe. In der Terrorismusbekämpfung erweise sich dies aber als Irrtum. Das Ethos der Ritterlichkeit würde durch Heimtücke ersetzt, das Vertrauen der Gegenpartei bewusst getäuscht und enttäuscht. Die grundlegende Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten habe dort keine Gültigkeit mehr. In derartigen Situationen steige dann aber auch die Neigung der gegnerischen Partei, die eigentlich anerkannten Regeln auch nicht mehr anzuwenden. Bei den Inzassen von Guantánamo zeige sich dies offensichtlich. Vielmehr werde auch behauptet, es sei sogar eine vermeintliche Benachteiligung für die Partei, die sich an das humanitäre Völkerrecht halte.

T. Pfanner erinnert letztlich daran, dass dennoch die Errungenschaften der modernen Zivilisation berücksichtigt werden müssen. Daher müsse auch in dem heute stattfindenden „War on Terror“ gelten, dass Folter nicht mit Folter vergolten werden dürfe und keine zivilen Ziele zu bekämpfen seien. Das humanitäre Völkerrecht stehe zwischen Missbrauch und Überstrapazierung. Es gebe aber immer noch die besten Antworten auf die heutigen Konfliktsituationen. Das Problem bestehe vielmehr darin, dass das Kriegsvölkerrecht inhaltlich nur Teilantworten liefern könne, was zum Missbrauch einlade – insbesondere dann, wenn man die Gesamtfrage zur globalen Problematik nicht stelle.

## 5. Menschenrechte in Friedensmissionen – Erfahrungen eines Rechtsberaters

Die praxisbezogenen Schwierigkeiten bei der Beachtung der Regeln zum Schutz der Menschen in Krisengebieten stellte Regierungsdirektor E. Pförtner, Rechtsberater im Bundesministerium der Verteidigung, in einem beeindruckenden Erfahrungsbericht am Beispiel der Bundeswehr-Friedensmissionen im Kosovo und Bosnien-Herzegowina dar.

Aus seiner Erfahrung als Rechtsberaterstabsoffizier im Einsatzkontingent bei SFOR und KFOR zieht er die Erkenntnis, dass es beim Thema Menschenrechte in Friedensmissionen zunächst um deren Wahrung oder Wiederherstellung im jeweiligen Krisengebiet gehe, denn diese seien in den Einsatzgebieten meist massiv eingeschränkt oder gar gänzlich unterdrückt. Als klassische Beispiele nannte er zerstörte Häuser und getötete Angehörige von Minderheiten und Menschen, denen das Recht auf Rückkehr in ihre Heimat genommen wurde oder denen ihr Recht auf freie Ausübung ihrer Religion verwehrt wird.

An dieser Stelle würden nun die von den Vereinten Nationen, der NATO oder der Europäischen Union geführten *Peace Enforcement*-Operationen ansetzen. Die Unterbindung ethnischer Säuberungen, von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sei notfalls unter Einsatz militärischer Gewalt durchzusetzen. Aufgabe der nachfolgenden *Peace Keeping*-Operationen sei dann die endgültige Beseitigung der schwelenden Konflikte und die Wiederherstellung von Recht und Ordnung in ehemaligen Konfliktgebieten, um ein friedliches Miteinander zu ermöglichen. Dies seien die effektivsten Ansätze für wirksame Schutzmechanismen vor Menschenrechtsverletzungen.

Wesentlichste Voraussetzung für die Gewährleistung der Menschenrechte sei dann die schonungslose und möglichst umfassende Aufklärung der stattgefundenen Menschenrechtsverletzungen auf beiden Seiten der Konfliktparteien sowie die Ergreifung und Bestrafung der Täter. Als herausragendes Beispiel sei das Verfahren gegen *Milosević* in Den Haag zu nennen. Hierbei seien die Soldaten der Einsatzkontingente erheblichen Mühen und, man denke an die Aushebung von Massengräbern, zum Teil auch enormen physischen und psychischen Belastungen ausgesetzt. Doch würde sich dieser Einsatz letztlich sehr lohnen und durch die Verhaftungen seien die richtigen Signale ausgesendet worden: Die begangenen Unrechtstaten werden bestraft und neue verhindert. Die klare Abgrenzung von Recht und Unrecht und die Objektivierung von Wut, Hass und Rachedgedanken haben sich dabei als besonders wichtig erwiesen.

Doch müsse man realistisch bleiben und konstatieren, dass auch lange nach Beendigung der unmittelbaren bewaffneten Auseinandersetzungen noch ein hohes Konfliktpotential bestehe, gerade auch im Bezug auf Menschenrechtsverletzungen. Bei seinem

Einsatz im Rahmen der SFOR in Sarajewo konnte er dies hautnah selbst erleben. „Die unterdrückte Wut und der Hass auf die Gegner war geradezu körperlich spürbar. Ebenso die Bereitschaft, bei entsprechender Gelegenheit hierfür Rache zu nehmen.“ Auch nach Beendigung der eigentlichen Feindseligkeiten sei die Bereitschaft der Bevölkerung gering, die Persönlichkeits- und Menschenrechte der jeweils anderen Ethnie zu achten. Für die SFOR bestand also die Schwerpunktaufgabe darin, ein Wiederaufblühen gewalttätiger Auseinandersetzungen zu vermeiden, aber auch die Verletzung der Menschenrechte der Minderheitengruppen zu verhindern. Diesem Auftrag seien die SFOR-Truppen auch bis zum heutigen Tage gerecht geworden.

Neu in den Focus rückten jetzt vermehrt die Wahrnehmung von Polizeiaufgaben, wie Bekämpfung der organisierten Kriminalität, immer unter Beachtung der Schranken für die Befugnisse aus dem völkerrechtlichen Mandat und der jeweiligen nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen.

Im Kosovo hingegen seien die KFOR-Kräfte durch die VN-Resolution von Anfang an auch mit der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben betraut gewesen. So konnte das deutsche KFOR-Kontingent die Besuche vertriebener Serben in ihrer Heimatstadt regeln und den Transport der serbischen Bevölkerung nach Prizren durchführen. Mit zunehmendem hohem Erfolg hätten diese Maßnahmen dazu beigetragen, einen Zustand von Normalität zu schaffen – angesichts der Unruhen im März 2004 jedoch leider auch ein eher trügerisches Gefühl.

Ein weiteres Beispiel für den wirksamen Schutz vor massiven Menschenrechtsverletzungen sei der gemeinsame Einsatz der UNMIK- und KFOR-Kräfte bei den Ereignissen auf der Brücke von Mitrovica gewesen, als gewalttätige Demonstrationen der Kosovo-Albaner gegen ihre serbischen Nachbarn entbrannten.

Wichtig sei der parallele Aufbau eines funktionierenden Rechtspflegesystems gewesen, was die Akzeptanz der neuen Situation und das Selbstbestimmungsgefühl der Bevölkerung enorm gesteigert habe. Ein wichtiger Schritt zur Schaffung eines günstigen Klimas sei auch die gemeinsame Arbeit von Streitkräften und ziviler Organisationen gewesen. *E. Pfortner* habe daher in seiner Funktion als Rechtsberater von Anfang an den Kontakt zu den Hilfsorganisationen gesucht und eng mit ihnen zusammengearbeitet. Denn „der Schutz der Menschenrechte darf und kann nicht reduziert werden auf

*militärischen oder polizeilichen Schutz vor Gewalt und Unterdrückung, vor Tod oder Folter, sondern muss immer auch Schutz sein vor elementarer Not wie Hunger, Krankheit oder Obdachlosigkeit*“. Als eindrucksvolles Beispiel schilderte *E. Pfortner* zum Abschluss die gemeinsame Flüchtlingsbetreuung auf dem Höhepunkt der Kosovo-Krise im September 1998, als 300 000 Menschen Hilfe und Schutz bei den Einsatzkontingenten und den Hilfsorganisationen suchten. Diese enorme Aufgabe sei nur gemeinsam zu leisten gewesen.

## 6. Podiumsdiskussion: Worin besteht der Mehrwert einer Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht?

Die abschließende Podiumsdiskussion mit den Referenten *T. Hemingway*, *K. Ipsen*, *T. Pfanner*, *E. Pfortner* und *H. Spieker* wurde von *D. Fleck* moderiert. Sie widmete sich vor allem der Frage nach dem Mehrwert der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht. *K. Ipsen* betonte, dass eine Ergänzung des Schutzes im bewaffneten Konflikt im Sinne einer „Doppelsicherung“ zu begrüßen sei. Die Durchsetzung der Menschenrechte sei insbesondere in der Postkonflikt-Situation verbesserungswürdig. *D. Fleck* vertrat die Auffassung, dass Überlegungen zum Schutz der Menschenrechte im Konflikt verstärkt werden müssten. Er befürwortete die aktuelle Forderung einer Oppositionsfraktion im Deutschen Bundestag, und Menschenrechtsbeobachter bei Friedensmissionen der Bundeswehr einzusetzen. *H. Spieker* berichtete, dass der Fachausschuss Humanitäres Völkerrecht bereits Vorschläge für ein Berichterstattungssystem in bewaffneten Konflikten erarbeitet habe, es bisher aber nicht gelungen sei, die zuständigen Stellen für eine Erprobung zu gewinnen. *E. Pfortner* wies daraufhin, dass das humanitäre Völkerrecht während eines bewaffneten Konflikts *lex specialis* gegenüber dem Menschenrechtsschutz sei, dass bei den Planungen von Bundeswehreinheiten Menschenrechtsgedanken aber verstärkt miteinbezogen werden sollten. *T. Pfanner* merkte an, dass die Konfliktparteien aufgefordert seien, in solchen asymmetrischen Kriegssituationen, wie dem Krieg gegen den Terror, aus den Gesetzen der Menschlichkeit Grundsatzregeln herauszuarbeiten. *T. Hemingway* bezog sich hierauf und erklärte, er würde sich auf einen weiteren Dialog mit dem IKRK zu erforderlichen Neuinterpretationen des bestehenden Rechts freuen. ■



## Dieter Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, Baden-Baden 2004, 267 Seiten, € 42

Sascha Rolf Lüder\*

Der 11. September 2001 hat die Welt verändert. Terroristische Anschläge bis dahin nicht gekannter Art und nicht geahnten Ausmaßes erschütterten nicht nur die Vereinigten Staaten von Amerika (USA). Die Reaktion der Staatengemeinschaft ließ nicht lange auf sich warten. Völkerrechtliche Verträge zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus wurden geschlossen, die Staaten schnürten sog. Sicherheitspakete. Und auch militärische Operationen gegen den internationalen Terrorismus begannen weltweit. Fragen der völkerrechtlichen Legitimität einzelner, insbesondere militärischer Aktionen traten dabei zunächst in den Hintergrund. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass das Völkerrecht für viele der sich neu ergebenden Rechtsprobleme keine eindeutigen Antworten bereitstellt und die klassischen völkerrechtlichen Kategorien auf die neuen Sachverhalte in mancherlei Hinsicht nicht passen. Gleichwohl darf der politische Zwang zum Handeln die wissenschaftliche Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit militärischer Operationen im Völkerrecht wie im staatlichen Recht nicht verdrängen.

Die Deutsche Gesellschaft für Wehrrecht und Humanitäres Völkerrecht hat ihre Bonner Tagung am 26. und 27. Februar 2004 unter das Thema „Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte“ gestellt, um dieser Diskussion ein Forum zu bieten. Die Tagung markierte zugleich den Abschied des langjährigen Leiters des Völkerrechtsreferates im Bundesministerium der Verteidigung Ministerialrat a.D. *Dieter Fleck* aus dem aktiven Dienst und ehrte den verlässlichen Fürsprecher des auf die Streitkräfte bezogenen Rechtes einschließlich des in bewaffneten Konflikten anwendbaren humanitären Völkerrechtes mit einer Festschrift.<sup>1</sup> Als Referatsleiter im Bundesministerium der Verteidigung sowie als Autor und Herausgeber zahlreicher Veröffentlichungen gelang es *Dieter Fleck* wie nur wenigen, Theorie und praktische Anwendung des

Völkerrechtes miteinander zu verbinden. Die von *Dieter Fleck* vorgenommene, hier anzuzeigende Veröffentlichung, der bei dieser Tagung gehaltenen Vorträge, ergänzt um zwei weitere Beiträge sowie um zusammenfassende Empfehlungen des Herausgebers, soll die rechtliche Diskussion insoweit vorantreiben, Hinweise zur Rechtsanwendung geben und zugleich einen Beitrag zur Politikberatung leisten.

Privatdozent *Christian Walter*, wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, setzt sich in seinem Beitrag mit Reaktionen auf bewaffnete Angriffe durch nicht staatliche Akteure auseinander. Er stellt dabei die Frage nach Selbstverteidigung oder Strafverfolgung und betont, dass das Eingreifen der Staatengemeinschaft nach dem 11. September 2001 in Afghanistan nicht hinreichend verallgemeinerungsfähig sei, um ein allgemeines Recht zur präventiven Bekämpfung des internationalen Terrorismus zu entwickeln. Gegen einen Missbrauch des Rechtes auf Selbstverteidigung bei der Tötung von Einzelpersonen, deren unmittelbare Beteiligung an Angriffen nicht eindeutig erwiesen sei, hätten sich nach den Terroranschlägen von New York und Washington auch Völkerrechtler aus den USA sehr deutlich ausgesprochen. Ein Recht zur präventiven Bekämpfung des internationalen Terrorismus, das aus dem allgemeinen Völkerrecht zu entwickeln sei, müsse zunächst Pflichten der Staaten im Umgang mit dem internationalen Terrorismus aufstellen.

*Martin Hochhuth*, wissenschaftlicher Assistent an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br., untersucht den Begriff des Terrorismus sowie den formalen Friedensbegriff des Völkerrechtes und die staatlichen öffentlichen Rechte. Er prüft dabei Abgrenzungsmöglichkeiten zu Formen und Methoden einer nicht terroristischen Abschreckung und stellt fest, dass für eine objektive Begriffsbestimmung neben den Erscheinungsformen auch die Gründe von Gewalt oder Gewaltandrohung betrachtet werden müssten. Dabei geht er auch auf Formen staatlicher Gewalt ein, die einen nur formalen Frieden darstellten und bezieht Stellung zu der Güterabwägung der Friedensbrecher und leitet daraus Schlussfolgerungen ab. Deutschland empfiehlt er Neutralität, soweit Verbündete sich in Konflikt zweifelhafter Legitimität verstrickten.

Privatdozent *Wolfgang S. Heinz*, wissenschaftlicher Berater des Deutschen Institutes für Menschenrechte, betrachtet Auslandseinsätze der Streitkräfte aus dem Blickwinkel des völkerrechtlichen Individualschutzes. Er fordert eine regelmäßige Berichterstattung über die Einhaltung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht. In diesem Zusammenhang spricht er sich für ein stärkeres Engagement der Entsendestaaten von Friedenstruppen auch gegenüber den verantwortlichen Stellen in Krisengebieten aus. Dabei vermisst er Transparenz sowie genaue Information in der öffentlichen Darstellung.

Privatdozent *Roman Schmidt-Radefeldt*, Rechtsberater der 13. Panzergrenadierdivision, untersucht die Menschenrechtsverpflichtungen von Streitkräften bei antiterroristischen Maßnahmen im Ausland. Er beschreibt die Voraussetzungen der extraterritorialen Geltung von Menschenrechtsverpflichtungen und legt dar, dass menschenrechtliche Verpflichtungen auch bei Auslandseinsätzen gälten, sofern die Streitkräfte dort eine effektive Kontrolle ausübten.

Privatdozentin *Stefanie Schmahl*, Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Potsdam, bewertet die rechtlichen Voraussetzungen sowie die Staatenpraxis bei der Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen. Sie prüft die materiell-rechtlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen solcher Derogationen anhand einschlägiger völkerrechtlicher Verträge, der Entscheidungen internationaler Organisationen sowie allgemeiner Rechtsgrundsätze. Zugleich stellt sie die Frage nach Sinn und Zweck zulässiger Derogationen.

*Silja Vöneky*, wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, nimmt zur Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechtes auf terroristische Akte und deren Bekämpfung Stellung. Sie bejaht diese grundsätzlich in allen Fällen, welche die Größenordnung eines internationalen oder nicht internationalen bewaffneten Konfliktes erreicht hätten. Weiterhin legt sie dar, dass Terroristen dabei weder privilegiert noch etwa rechtlos gestellt würden und belegt, dass es im Kampf gegen den internationalen Terrorismus keinen rechtsfreien Raum gebe.

Professor *Joachim Wieland*, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a.M., untersucht die verfassungsrechtlichen Grundlagen polizeiähnlicher Einsätze der Bundeswehr. Er hält eine ausdrückliche Verfassungsregelung für notwendig, um Einsätze der Bundeswehr zur Abwehr terroristischer Gefahren, welche die Ressourcen von Polizei und Bundesgrenzschutz überfordern würden, zu ermöglichen. Hierfür spricht er sich für eine Ergänzung des Art. 87a des

\* Dr. Sascha Rolf Lüder ist Akademischer Koordinator des Institutes für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum (Deutschland) und stellvertretender Landeskonventionsbeauftragter des DRK-Landesverbandes Westfalen-Lippe, Münster (Deutschland).

<sup>1</sup> H. Fischer/U. Froissart/W. Heintschel v. Heinegg/Ch. Raap (Hrsg.), Krisensicherung und humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck, Berlin 2004.

Grundgesetzes aus, die den Einsatz der Bundeswehr zur Abwehr terroristischer Gefahren ausdrücklich erlaube und das Zusammenwirken zwischen Polizeigewalt und Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung in einer Weise regle, um ein effektives Vorgehen im Einsatz sicherzustellen.

*Tade M. Spranger*, wissenschaftlicher Assistent an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, hält demgegenüber bereits jetzt eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage für Einsätze der Bundeswehr zur Abwehr terroristischer Gefahren im Luftraum für gegeben. Gleichwohl hält er eine einfachgesetzliche Regelung für geboten. Ein entsprechendes Luftsicherheitsgesetz ist vom Gesetzgeber inzwischen verabschiedet worden. Allerdings ist dieses Gesetz seitens des Bundespräsidenten mit einem verfassungsrechtlichen Fragezeichen versehen worden; Union und Freie Demokraten haben den „Gang nach Karlsruhe“ angekündigt.

Professor *Mordechai Kremnitzer*, Hebräische Universität Jerusalem, nimmt sodann zur Problematik präventiver Tötungen durch Streitkräfte und Polizei Stellung. Vor allem in Israel seien seit dem Beginn der

zweiten Intifada „targeted killings“ ausgeführt worden. Dabei seien mutmaßliche palästinensische Terroristen gezielt getötet worden, um künftige Terroranschläge zu verhindern. In kritischer Würdigung dieser Staatenpraxis spricht sich Professor *Mordechai Kremnitzer* aus völker- wie aus verfassungsrechtlichen Gründen für eine sorgfältige Güterabwägung und für die Einhaltung strikter Verfahrensgarantien bei staatlichen Sanktionen aus.

*Heike Krieger*, wissenschaftliche Assistentin an der Georg-August-Universität Göttingen, untersucht schließlich die gerichtliche Kontrolle militärischer Operationen anhand der neueren Rechtsprechung in den USA, dem Vereinigten Königreich, Israels und Deutschlands. Sie vergleicht Doktrinen, die in verschiedenen Rechtskreisen zur Vermeidung einer Überforderung der Gerichte entwickelt wurden und legt dar, dass Streitkräfteverwendungen durchaus einer gerichtlichen Kontrolle unterlägen, die auch zu Schadensersatzansprüchen führen könnten. Dabei stellt *Heike Krieger* Vorschläge zur Verbesserung dieser Kontrolle zur Diskussion, wobei der Rechtsweg im Einsatzgebiet sowie die gleichmäßige Rechtsanwendung besonders ins Blickfeld gerückt werden.

Ziel des angezeigten Sammelbandes ist eine umfassende Untersuchung der Rechtsfragen militärischer Operationen gegen terroristische Aktivitäten. Dabei wird deutlich, dass die Überwindung terroristischer Bedrohungslagen „(...) nicht allein und auch nicht vorrangig von Streitkräften geleistet“ (S. 15) werden kann. Umfassende Analyse, konsequentes politisches Handeln und eine aktive Öffentlichkeitsarbeit sind erforderlich. Die Autoren des Sammelbandes stellen sich der rechtlichen Analyse in einer Weise, die nicht bei Einzelaspekten halt macht, sondern alle relevanten Gebiete des Völkerrechtes wie des staatlichen Rechtes betrachtet. Ganz bewusst bilden Menschenrechtsfragen einen der Schwerpunkte des Sammelbandes. Menschenrechte stellen in der Tat das Kernelement des Rechtsstaates und unserer Kultur insgesamt dar. So berechtigt das Sicherheitsbedürfnis der Bürgerschaft und so komplex bei staatlichen Maßnahmen die Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit auch ist: Geraten im Kampf gegen den internationalen Terrorismus die Menschenrechte in Vergessenheit, stellen wir unsere Werte, stellen wir das Recht als Kulturelement selbst in Frage. Auch hieran erinnert dieser für Wissenschaft und Praxis, für Recht und Politik gleichermaßen förderliche Band. ■

## **Ernst-Otto Czempiel, Weltpolitik im Umbruch – Die Pax Americana, der Terrorismus und die Zukunft der internationalen Beziehungen, 4. Auflage, München 2003, 205 Seiten, € 12,90**

**Philipp Herrmann\***

Der Autor dieses Werkes beschäftigt sich mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in Amerika und der Bedeutung derselben für die westliche Welt. Er berichtet davon, dass die Staaten als solche nicht mehr existierten. Vielmehr hätten sich die Staatsangehörigen aller Nationen seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts zu Gesellschaften entwickelt, die mit den Regierungen um den Anspruch der Macht konkurrierten (S. 19). Hier habe der Aufstieg der Gesellschaften begonnen, die durch verfeinerte Arbeitsprozesse zu mehr Reichtum und dadurch zu mehr Bildung gelangt seien (S. 16 f.).

Im Rahmen dieser Entwicklung sei es zu einem Wechsel der Interessenschwerpunkte gekommen. War in der „Staatenwelt“ noch

der Sachbereich der Sicherheit der wichtigste, so habe sich der Schwerpunkt in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hin zum Sachbereich der wirtschaftlichen Wohlfahrt entwickelt, der für die Gesellschaften vorrangig gewesen sei (S. 22 f.). Dies sei die Ursache für den Wunsch nach Teilhabe an der Herrschaft, so *Czempiel* (S. 27).

Der Autor schildert die Quintessenz dessen, was er mit dem Buch zum Ausdruck bringen will, im Prinzip bereits in seinem Vorwort: „Der Krieg ist in die Staaten eingewandert, zum Bürgerkrieg geworden, weil die Gesellschaften keine Herrschaft mehr akzeptieren, die ihre Anforderungen übergeht. (...) Sie konkurrieren mit den Regierungen um die Macht.“ (S. 7).

Die völlige Versagung jeder Mitbestimmung in den arabischen Ländern des Nahen und Mittleren Ostens hat zu einer Radikalisierung der Gesellschaften geführt, die ihren Ausdruck im islamischen Fundamentalismus findet (S. 30). „Hierin äußert sich die Kritik an der Politik der Regierungen

der arabischen Ölstaaten, sowie die Kritik am Westen“ (S. 30). Dies führt dazu, dass die gesellschaftlichen Akteure sich nicht mehr auf innerstaatliche Ziele beschränken, sondern auch international angreifen (S. 39).

Er führt danach weiter aus, wie sich die Welt nach dem Ende des Ost-West-Konflikts entwickelt hat. Genauer, wie die Vereinigten Staaten ihre Position als letzte verbleibende Großmacht (*Czempiel* spricht von Supermacht, S. 94) erkennen, definieren und ausüben. Der Autor spricht von der Politik *George Bushs* (Sen.), der mit Weitblick eine multilaterale Weltordnung im Sinn hatte (S. 66 ff.), die von seinem Nachfolger *Bill Clinton* zunächst fortgeführt worden war (S. 75). Diese Politik musste er ab 1994 aus mehreren Gründen, hauptsächlich aber aus innenpolitischem Druck und dem daraus resultierenden mangelndem Handlungsspielraum heraus (S. 80) zum klassischen Bilateralismus (S. 78) hin ändern.

*George W. Bush* schließlich beschrieb seine Politik als „distinctly American internationalism“, wobei „die Betonung auf den ersten beiden Worten“ liegt (S. 91). Nach der Überzeugung *Bushs* solle ausschließlich Amerika die weltpolitischen Fäden in den Händen halten, so dass allenfalls bilaterale Verträge in Frage kämen. Dem Multilateralismus erteilt er eine eindeutige Absage (S. 102), wodurch das in der Welt herrschende Ordnungsgefüge verändert wurde

\* *Philipp Herrmann*, Ass. jur. war während seiner Wahlstation im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum (Deutschland), tätig.

(S. 101). Diese Unterteilung in „Gut und Böse“ im Rahmen seiner Außenpolitik, dieses Freund-Feind-Denken, gipfelte in der Ablehnung dieser Politik, ausgedrückt durch die Anschläge des 11. September 2001.

Reflexartig entgegnete Amerika dieser (neuen) Bedrohung durch die Anwendung der alten Mittel und Modelle, indem sie die Ursachen in der Bedrohung durch außen, insbesondere durch andere Staaten sah und diese angriff (S. 112). Dabei geht *George W. Bush* so weit, dass „sich auch jede Aktion gegen jeden Staat (rechtfertigt), insofern ihm die USA der Kooperation mit dem Terrorismus verdächtigen“ (S. 115).

Im Rahmen des außenpolitischen Alleingangs der USA beschreibt der Autor in den folgenden Kapiteln, wie im Rahmen der Terrorismusbekämpfung sowohl die UNO als auch die NATO von den ihnen übertragenen Aufgaben zurückgedrängt werden und Amerika die Initiative selbst übernimmt (S. 127, 2. Absatz; 129; 130).

Seinen Ausblick auf „die Zukunft des politischen Systems“ (Kapitel IV) schließlich, beginnt *Czempiel* mit der Feststellung, dass „auch gesellschaftliche Akteure in die Ordnungsprozesse eingebunden werden müssen, da die Herstellung einer solchen Ordnung die beste Strategie gegen den politischen Terrorismus wäre“ (S. 175).

Nach Meinung des Autors hat es den Anschein, als würde sich der Trend des Machtmonopols Amerikas und dessen gewaltsame Durchsetzung mit militärischen Mitteln fortsetzen (S. 176). Daher wünscht er sich einen stärkeren Beitrag Europas (ab S. 187), der z.B. so aussehen kann, dass das Thema der Konfliktlösung von den europäischen Staaten auf die internationale Tagesordnung gebracht und dort ständig diskutiert wurde (S. 189).

Seine Empfehlungen zum Schluss nehmen dann auch folgerichtig den Gedanken auf, den gesellschaftlichen Akteuren mehr Mitbestimmung einzuräumen (S. 201, 2. Absatz).

Bereits ziemlich früh, und zwar ab S. 39, wo *Czempiel* die Probleme beschreibt, die sich im Umgang mit den Folgen der Anschläge auf das Welthandelszentrum in New York und das Verteidigungsministerium in Washington am 11. September 2001 ergaben, wird die Schwäche des Buches deutlich. Der Autor nennt mehrfach den Begriff des Terrorismus. Eine Definition hierfür gibt er nicht. Erst auf S. 44 (2. Absatz) liefert er den Versuch einer solchen. Dies geschieht gar im Konjunktiv. Ein Satz. Es folgt keine Erklärung, keine Begründung. Man erfährt nicht, worauf er sich stützt oder beruft oder wie er zu dieser Ansicht gelangt. Es folgen Ausführungen, die mit dem Begriff „Terrorismus“ – wie auch immer definiert – etwas zu tun haben. Aber warum *Czempiel* gerade

diese Beispiele an dieser Stelle ausgewählt hat, wird nicht ersichtlich.

Diese Schwäche zeigt sich nicht nur auf den dann folgenden Seiten, sondern ist beispielhaft für das gesamte Werk. Es werden keine nachprüfbaren Quellen genannt, so dass der Leser sich mit der Meinung des Autors begnügen muss. Weiterhin folgt im letzten Absatz auf S. 45 eine Synthese des Begriffs Terrorismus. Aber auch hier ohne jede Begründung. Sollten die vorangestellten Beispiele dazu dienen, diesen Schluss zu erklären? Selbst das vermag der Leser nicht zu erkennen.

Das Erstaunlichste und vielleicht auch Enttäuschendste ist, dass es durchaus Quellenangaben gibt. Diese sind jedoch oft nicht nachzuvollziehen oder zu überprüfen. Es handelt sich bei ca. einem Drittel der Fußnoten um Literaturangaben, die sich auf Zeitungsartikel beziehen (z.B. auf S. 44, Fn. 44; S. 46, Fn. 46 u. Fn. 47; S. 49, Fn. 50; S. 106, Fn. 44). Bei dem Versuch diese über das Internet einzusehen, gelang dies nicht. Teilweise reichen die Zeitungsarchive nicht soweit zurück, dass der Artikel noch einzusehen wäre. Teilweise müssen Stichworte eingegeben werden. Diese liefert der Autor aber in den Fußnoten nicht, so dass der Leser gezwungen ist, aus dem (deutschen) Text sich mögliche, passende Stichworte für die (englische) Recherche herauszusuchen. Dies ist nicht nur äußerst mühselig und damit leserunfreundlich, es ist eine Zumutung und nicht akzeptabel.

Auf den folgenden sieben Seiten (ab S. 50) schildert der Autor den Umgang der „Herrschenden“ aus den „Staatenwelten“ mit den Folgen und Ursachen der Anschläge des 11. September. Dabei nennt er den Nahost-Konflikt (S. 50), die Ungleichverteilung der in der globalisierten Welt erzeugten Werte (S. 51) sowie die westliche Dominanz (S. 52) als Quellen für diese Anschläge. Wie er dazu kommt, worauf er dies begründet, der Leser erkennt es kaum. Denn *Czempiel* nimmt den Leser nicht an die Hand. Er führt ihn nicht. Der Leser fühlt sich alle paar Seiten gedrängt, zurückzublättern, um den Faden wieder aufzugreifen, den man allzu schnell verliert.

Die letzten drei Absätze des 3. Unterkapitels „Selbst- und Mitbestimmung“ (ab S. 56) sollen wohl als Schlussfolgerung und Ergebnis für die auf S. 42 (oben) genannte These dienen, dass das Attentat vom 11. September 2001 zu untersuchen sei. Zu überzeugen vermögen sie nicht. Sie sind im Konjunktiv, also selbst geradezu hypothetisch geschrieben.

Als letztes Beispiel für das Unvermögen des Autors den Leser zu führen, sollen in dem 4. Unterkapitel „Sicherheit in der Gesellschaftswelt“ die Seiten 60–64 dienen. Auf S. 60 wird im letzten Absatz von den „Sach-

bereichen der wirtschaftlichen Wohlfahrt und der Herrschaft“ gesprochen. Dass es sich hierbei um Einsichten handle und dass diese belächelt worden seien – Wessen Einsichten und von wem belächelt? Der Autor verrät es nicht.

Sicherheit vor dem Terrorismus verlange nicht nur den Kampf gegen die Terrorzellen, sondern auch die weltweite Herstellung lebenswürdiger Bedingungen in allen Staaten (S. 60, 3. Absatz). Das mag stimmen. Jeder aufgeklärte und informierte Leser kann sich auch Gedanken darüber machen, warum das so ist bzw. ob es tatsächlich Erfolg versprechend ist. Jedoch ist es die Aufgabe des Autors dem Leser diese gedanklichen Arbeitsschritte abzunehmen. Dies geschieht nicht.

S. 61 liefert dann ein Paradebeispiel für die ungenügende Arbeitsweise des Autors. Im zweiten Absatz fehlen schlichtweg jedwede Belege, obwohl sie hier sehr wohl erforderlich sind. Wer ist z. B. „die Praxis“? Die westliche Welt oder die Politiker oder die Politikwissenschaftler? Von wessen Sicherheitspolitik spricht der Autor? Und woher nimmt er die Ansicht und die Gewissheit? Aus welchen Quellen hat er die Angaben? All dies fehlt.

Der dritte Absatz auf S. 61 schließt mit einer bedeutungsschweren Feststellung: „Der Westen muss sich um die Staatenbildung, um die Demokratisierung der Herrschaftssysteme und um nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung sowie um die Mitbestimmung aller Länder bemühen.“ Aber warum? *Czempiel* könnte diese Feststellung als eine abschließende getroffen haben. Aber warum folgen dann noch weitere Absätze? Die Aussage beendet auch keinen Gedankengang aus den Absätzen vorher. Der Leser kann weder erkennen, warum der Autor diese Aussage trifft, noch ob es sich um seine Meinung handelt oder er eine fremde wiedergibt.

Auf S. 63 schließlich wird die Aussage getroffen, dass „Sicherheit heute mehr mit dem Sachbereich der wirtschaftlichen Wohlfahrt und dem der Teilhabe an der Herrschaft verknüpft (sei), als mit den Verteidigungsfähigkeiten“. Ist dies die Meinung des Autors? Woraus ergibt sich das? Wieder ist der Leser gezwungen, sich seine Antworten selbst zu suchen. Eine Hilfestellung des Autors sucht der Leser vergeblich.

Das auf den Seiten 118–123 Geschriebene lässt sich ebenso einreihen, in das bereits erwähnte Missgeschick des Autors dem Leser nicht zu verdeutlichen, worauf er seine Sicht stützt und begründet. Man erfährt nichts über die Hintergründe seiner Aussagen und auch die Literaturangaben helfen, wie auch schon vorher, nur bedingt weiter.

Allerdings gibt es Lichtblicke auf S. 120 und S. 176, für den Leser, der bis hierher

durchgehalten hat. Endlich einmal vermag der Autor in sich geschlossen zu schreiben und zu argumentieren. Die Sätze werden logisch aufeinander aufgebaut, so dass es eine Freude ist, das Geschriebene aufzunehmen. Bedauerlicherweise hält diese Freude nicht lange vor. Bereits auf S. 121 müssten Quellenangaben kommen, was aber nicht geschieht und es werden nicht nachprüfbar Literaturangaben gemacht (S. 121, Fn. 15).

Alles in allem gelingt es dem Autor nicht, den Leser überzeugend an sein Werk zu fesseln. Es gibt keinen roten Faden, der Leser muss sich mühsam Seite für Seite vorarbeiten, gelegentlich zurückblättern, um einem Zusammenhang herzustellen und verliert sich doch wieder in Ausführungen, die in keinem Kontext mit dem vorher Geschriebenen zu stehen scheinen. An entscheidenden Stellen vertieft der Autor nicht und hält den Leser im Ungewissen. Man erfährt nicht, wie er zu seinen Ansichten gelangt und wodurch er diese belegt. Man vermag

den Ausführungen kaum zu folgen. Hinderlich ist außerdem, dass der Autor von Begriffen ausgeht und Beschreibungen vornimmt, die sich dem fachfremden Leser nicht sofort erschließen. Hierdurch erschwert sich das Verständnis für den Text weiter und die Lektüre wird zusätzlich verlangsamt.

Insbesondere als juristisch geprägter Leser, ist man eine in sich schlüssige und aufeinander aufbauende Präsentation der Ergebnisse gewohnt. Daher erwartet man als solcher auch eine andere Umgangsweise mit den Literaturangaben, die viel transparenter und nachprüfbarer sein sollten. Vielleicht ist es gerade die Herangehens- und Arbeitsweise dieser anderen Disziplin, die dazu führt, dass der Text einem Juristen schwer zugänglich ist. Der Rezensent bezweifelt dies jedoch. Vielmehr ist es die Arbeit des Autors einen flüssig zu lesenden Text zu schreiben und nicht Aufgabe des Lesers, die Gedanken des Autors zu erraten. ■

## **Marcel Klugmann, Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen – Eine Untersuchung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte am Beispiel des Nordirland- und des Kurdenkonfliktes, Frankfurt a.M. 2002, 178 Seiten, € 39**

**Sybill Pauckstadt\***

Spätestens seit den Anschlägen in Madrid vor gut einem Jahr ist das Thema Terrorismus und – damit eng verbunden – seine Bekämpfung auch in Europa von höchster Aktualität. Auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene versuchen die einzelnen Staaten, die neue Bedrohung zu bekämpfen und ihre Bevölkerungen gegen Terrorakte zu schützen. Die zu diesem Zweck ergriffenen Maßnahmen haben konträren Anforderungen zu genügen: Auf der einen Seite soll der Schutz vor weiteren Anschlägen möglichst effektiv ausgestaltet sein, auf der anderen Seite müssen überzogene Maßnahmen vermieden und Menschenrechte sowie Grundfreiheiten des Einzelnen beachtet werden. Neben nationalen Verfassungen setzt hierbei insbesondere auch die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) ihren Mitgliedsstaaten Grenzen zum Schutz des Individuums.

Der oben beschriebene Interessenskonflikt ist bei weitem nicht neu. So mussten die *Europäische Kommission für Menschenrechte* (KOM) und der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* (GH) schon in der Vergangenheit über die Vereinbarkeit verschiedener antiterroristischer Maßnahmen mit der EMRK entscheiden.

*Marcel Klugmann* untersucht in seiner 2001 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der *Universität Bonn* angenommenen Dissertation die Entscheidungen der KOM und des GH zur Bekämpfung des nationalistischen Terrorismus anhand des Nordirlandkonfliktes und des türkischen Kurdenkonfliktes.

Ziel seines Buchs ist zum einen die Darstellung der Mittel und Maßnahmen, mit denen Großbritannien und die Türkei gegen terroristische Gewaltakte und -täter bislang vorgegangen sind. Zum anderen – und hier liegt der Schwerpunkt der Arbeit – wird überprüft, ob bzw. inwieweit die staatlichen Handlungsweisen mit der EMRK vereinbar sind und vom GH, bzw. der KOM gebilligt wurden (S. 16).

Als Einführung gibt der Autor zunächst einen kurzen Überblick über den politischen

und juristischen Hintergrund beider Konflikte. Dabei wird bei der Schilderung des Kurdenkonfliktes besonderes Gewicht auf die Ereignisse um die Entführung des Kurdenführers *Öcalan* und das sich anschließende türkische Gerichtsverfahren gelegt, in dem *Öcalan* zum Tode verurteilt wurde.

Im Rahmen eines kurzen völkerrechtlichen Exkurses kommt *Klugmann* zu dem Ergebnis, dass die katholischen Nordiren und die türkischen Kurden völkerrechtlich zumindest als „Minderheit“ einzuordnen sind, wobei er offen lässt, ob die Kurden darüber hinaus auch als „Volk“ im Sinne des Völkerrechts anzusehen sind. Auf internationaler Ebene seien beide Gruppen wirkungsvoll lediglich durch die EMRK geschützt.

Der sich hieran anschließende Hauptteil ist geschickt untergliedert in die möglichen einzelnen Zeitpunkte staatlichen Handelns bei der Bekämpfung terroristischer Akte. So unterscheidet *Klugmann* zwischen präventiven Maßnahmen (§ 3), antiterroristischen Maßnahmen in Polizeigewahrsam und Untersuchungshaft (§ 4), im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung (§ 5) und in der Strafhaft (§ 6).

In zwei weiteren Kapiteln wird anschließend die Derogation von Konventionsrechten durch Großbritannien und die Türkei untersucht (§ 7) und auf prozessuale Probleme im Verfahren vor dem GH speziell bei der Überprüfung von Antiterrormaßnahmen hingewiesen (§ 8). Das Ergebnis der Arbeit präsentiert der Verfasser in acht Thesen, die jeweils kurz erläutert werden und in denen in knapper Form noch einmal die wichtigsten Aussagen und Positionen der KOM und des GH dargestellt (§ 9).

Breiten Raum widmet *Klugmann* im Kapitel über präventive Maßnahmen (§ 3) dem Fall *McCann, Farrell und Savage/UK*, den er zu Recht als „leading case“ in der Rechtsprechung zur Terrorismusbekämpfung bezeichnet, da der GH hier u.a. erstmals einen Staat für Versäumnisse bei der Organisation eines Antiterror-Einsatzes verurteilt und deutlich Tendenzen entgegentritt, nach denen die durch die EMRK gewährten Rechte – hier das Recht auf Leben – im Licht der jeweiligen politischen Lage interpretiert werden müssten. Auch die Pflicht, bei Tötungen durch staatliche Organe eine effektive, offizielle Untersuchung durchzuführen, wurde in der *McCann*-Entscheidung statuiert. Darüber hinaus wird in diesem Abschnitt unter anderem auch das Vorgehen türkischer Sicherheitskräfte gegen kurdische Dörfer besprochen. Im Fall *Selçuk und Asker/Türkei* stellte der GH neben der Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) auch einen Verstoß gegen das Verbot von unmenschlicher Behandlung (Art. 3 EMRK)

\* Sybill Pauckstadt, Ass. jur. war während ihrer Wahlstation im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum (Deutschland), tätig.

fest. Damit wurde erstmals die Einwirkung auf Sachen als Art von unmenschlicher Behandlung anerkannt.

Die in Kapitel vier begutachteten antiterroristischen Maßnahmen in Polizeigewahrsam und Untersuchungshaft spielen nach Darstellung *Klugmanns* in der Praxis der KOM und des GH eine große Rolle. Besprochen wird hier unter anderem die Entscheidung des GH im Fall *Aksoy/Türkei*, in der dieser das Verhalten der türkischen Sicherheitskräfte erstmals als Folter einordnet. Unter Bezugnahme auf eine weitere Entscheidung stellt *Klugmann* die These auf, dass der GH umso weniger Anforderungen an die für den Foltervorwurf vorgelegten Beweise stellt, je gravierender die behaupteten Foltermethoden sind.

Kapitel fünf thematisiert im Rahmen der Entscheidungen zu antiterroristischen Maßnahmen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung insbesondere das prozessuale Recht zu Schweigen (*John-Murray-Fall*) und das Erfordernis der richterlichen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit. Die bis 1999 gesetzlich vorgesehene Zusammensetzung der türkischen Staatssicherheitsgerichte bestehend aus zwei Zivilrichtern und einem Militärrichter wurde als Verstoß gegen den letztgenannten Grundsatz gewertet. Grund hierfür war die Befürchtung des GH, dass bei Militärrichtern die Beeinflussung durch sachfremde Erwägungen wahrscheinlich bzw. nicht auszuschließen sei (*Incal/Türkei*).

Bei den im Kapitel sechs thematisierten Entscheidungen der KOM und des GH zur Freiheitsstrafe als antiterroristische Maßnahme betont *Klugmann*, dass die Beschwerdeführer insbesondere die Verletzung von Art. 3 EMRK durch die Haftbedingungen rügen. Der GH habe aber dennoch bisher keine Verletzung des Folterverbots festgestellt.

Nach Art. 15 EMRK dürfen die Mitgliedsstaaten in bestimmten Situationen wie die des öffentlichen Notstandes einzelne Rechte und Freiheiten der Konvention zeitweilig außer Kraft setzen. In Kapitel sieben werden Entscheidungen dargestellt und kommentiert, in denen sich die KOM und der GH mit der Zulässigkeit solcher Derogationen auseinandersetzen. Dabei bespricht der Verfasser unter anderem den von ihm als „Theorie des Ermessensspielraums“ übersetzten „margin of appreciation“. Nach dieser von der KOM entwickelten Lehre steht dem einzelnen Konventionsstaat ein eigener Beurteilungsspielraum bei der Frage zu, ob die Voraussetzungen für eine Derogation vorliegen. Die KOM und der GH haben diesbezüglich lediglich die eingeschränkte Prüfungskompetenz, ob die vom Staat getroffene Entscheidung innerhalb des Spielraums noch vertretbar ist.

In Kapitel acht analysiert der Verfasser die verfahrensrechtlichen Aspekte der Fälle mit terroristischem Bezug. Insbesondere werden hier die Punkte „Beschwerdefrist und Rechtswegeerschöpfung“ sowie „Sachverhaltsermittlung“ thematisiert.

Die Argumentation und Sprache *Klugmanns* ist grundsätzlich klar und gut verständlich. Irritierend ist jedoch die Präsentation der Entscheidungen der KOM und des GH; so verzichtet *Klugmann* gerade bei deren Hauptaussagen häufig auf eine eigenständige Darstellung derselben und zitiert stattdessen wortwörtlich den englischen oder französischen Originaltext. Positiv anzumerken hinsichtlich der Kommentierung der Entscheidungen ist jedoch die Vorgehensweise des Autors, seinen Standpunkt fundiert, etwa durch Heranziehen von empirischen Untersuchungen, zu begründen (S. 138). Ungewöhnlich, aber nicht unbedingt störend wirkt hingegen die optische Gestaltung des Buchs, da wichtige Begriffe innerhalb des Textes zum Teil durch Unterstreichungen hervorgehoben werden.

Diese Kritikpunkte sollen jedoch nicht davon ablenken, dass die Rechtsprechungsübersicht insgesamt, insbesondere aber die in Kapitel neun zusammengefassten acht

Thesen als informativ und gelungen zu bewerten sind. Obwohl der Arbeit deutlich ihr Entstehungszeitpunkt anzumerken ist – so hat die Türkei inzwischen, anders als noch von *Klugmann* dargestellt, den *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* sowohl unterschrieben als auch ratifiziert – erweisen sich gerade die in den Thesen schlagzeilenartig herausgearbeiteten Positionen als weiterhin aktuell: So werden die im Zuge der Anschläge von New York und Madrid beschlossenen und zum Teil bereits ergriffenen Maßnahmen der europäischen Staaten zur Terrorismusbekämpfung an der EMRK und ihrer durch die KOM und den GH erfolgten Interpretation zu messen sein. Die von *Klugmann* ermittelten Standpunkte geben hierfür eine leicht verständliche und übersichtliche Orientierungshilfe.

Als zusätzliche Bereicherung enthält die Arbeit zahlreiche interessante Bezüge zu dem letztinstanzlich auch heute noch nicht entschiedenen *Öcalan*-Verfahren vor dem GH. Ein erneuter Blick in das Buch lohnt sich in der Zukunft daher schon allein, um die endgültige Entscheidung des GH im Fall *Öcalan* mit den von *Klugmann* aufgeworfenen Fragen und Lösungsansätzen zu vergleichen. ■

## **Christoph J. M. Safferling, *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 395 pages, £ 27,50**

**Fabián Raimondo\***

International criminal procedure is an attractive subject and the significant volume of the literature on the topic is proof of this. *Towards an international criminal procedure* is part of that literature inasmuch as its author seeks “to establish an international criminal procedural order for an ICC” (p. 27). Along these lines Christoph Safferling offers a procedural framework for the International Criminal Court based on results obtained from a comparative law research on criminal procedure and the examination of international human rights rules and standards.

The book consists of an introduction and seven chapters. The first chapter explains why international human rights law must be taken into account for the procedural order of the International Criminal Court. Chapters 2 to 6 inclusive deal with the different stages of criminal procedure,

that is to say from investigation to imprisonment. Chapter 7 summarises the results of the research undertaken by the author.

As far as the topics for discussion chosen by the author regards, they are deemed to represent “the most severe problems found in criminal prosecution and most likely to endanger the fairness of the procedure and human rights of the persons involved in this process” (p. 4). In this vein, the author deals with subjects such as the various institutions involved at the investigative stage and trial, detention of suspects, prosecutorial discretion, preparing the defence, principles of trial, double jeopardy, right to appeal, treatment in prison, etc. Definitely, the author examines a wide range of crucial issues of procedural law.

As concerns the table of contents of the book under revision, it has a major shortcoming: It is extremely succinct since it only contains the title of the chapters and omits to detail the contents of each of them. This is a pity for two reasons: First, it does not enable the reader to know at first

\* Fabián Raimondo, J.D., LL.A., is Research Fellow at the University of Amsterdam (The Netherlands).

glance the contents of each chapter; secondly, it complicates the search for any passage that the reader would like to revisit, because some of the chapters are particularly long (for example Chapter 2 consists of 118 pages and Chapter 4 of 112). A page-by-page search for a given passage or topic may take more time than desired.

One of the main merits of *Towards an international criminal procedure* is the attempt to delineate the procedure in the light of legal principles common to the two major models of criminal procedure (the adversarial and the inquisitorial) and international human rights. In addition, the publication of a paperback version makes the book more affordable to those interested in international criminal procedure in general, as well as to those focused on the international criminal procedure of the ICC.

In his comparative research the author chose the German legal system to represent the continental legal tradition and the legal systems of the United States of America and England and Wales to represent that of the Common Law. Although the choice of only three different legal systems for examination may seem appropriate in order to have a 'manageable' comparative research, this reviewer submits that the number of legal systems examined is too small to represent

fully both legal traditions and that such limitation in number of national legal systems examined may have led to inaccurate generalisations. An example of such generalisation found in the book concerns the practice of appending dissenting votes to verdicts, which the author contends is unknown to continental lawyers (p. 262, *in fine*). This assertion is incorrect not only because as the author recognizes in a footnote, members of the German Constitutional Court sometimes append dissenting votes, but also because other legal systems essentially embedded in the continental legal tradition, such as the Argentinean system, authorise separate votes in criminal courts and even in the highest national court. So, the practice of dissenting and other separate votes is known in Germany as well as in Argentina; consequently, it cannot be categorically affirmed that such practice is unknown to Continental lawyers. In sum, there are arguments in favour of exploring more national legal systems belonging to the continental legal tradition. Despite the preceding comment, it is fair to remark that the research undertaken by the author among the three chosen national legal systems appears exhaustive and that the results of the research are well presented.

While the first publication of *Towards an international criminal procedure* in 2001

was timely in seeking a procedural order for the ICC – as the drafting process of the Rules of Procedure and Evidence was ongoing and thus it could contribute to that process –, one could think that the paperback version under review came out rather late since it appeared after the adoption of the Rules of Procedure and Evidence in 2002. Further, it is not updated. Still, to this reviewer the book under review is a valuable contribution to the always-growing literature on international criminal law. In fact, one should not confine the search for a procedural order for the ICC to the mere adoption of its first set of Rules of Procedure and Evidence. The search for a procedural order also encompasses activities such as legal interpretation of the content and scope of the existing RPE, their possible amendment, etc. Perhaps this is why it was decided to include a preface to the paperback version in which it is claimed by the author – and rightly so – that the maxim "towards an international criminal procedure" is still applicable if one interprets it as a "working programme for a law in progress" (p. vii). It is in this context that the book under review becomes attractive for persons involved in the topic, as it may clarify how certain procedural questions are dealt with by different legal traditions and international human rights law. ■

## **Javaid Rehman, International Human Rights Law: A Practical Approach, Harlow, Longman/Pearson Education, 2002, 494 pages, £ 29.99**

## **John McEldowney and Günter Weick (eds.), Human Rights in Transition, Frankfurt, Peter Lang, 2003, 231 pages, £ 22**

**Enrique Carnero Rojo\***

International human rights law has experienced a remarkable growth and expansion in the last fifty years. A great number of institutions and bodies have been established to ensure the enforcement of this particular branch of international law, both at domestic and international level. The recent establishment of the International Criminal Court and of the African Court of Human and Peoples' Rights, for instance, serves as example of this tendency on the interna-

tional arena. At the national level, the century that recently came to an end saw the enactment of multiple constitutions and 'fundamental laws' that enshrine human rights recognised at international level and provide domestic remedies for their enforcement. The two books under review bear witness to these efforts and discuss the enforcement of international human rights law domestically and internationally.

The book by Prof. Rehman, *International Human Rights Law: A Practical Approach*, is meant to be "a simple and straightforward analysis" of international human rights law until 31 March 2002 (pp. xv–xvi). The author correctly argues that despite the dramatic expansion of human rights law, there is a shortage of books that can provide a concise and still exhaustive overview of this developing field of the law. His book successfully fills this gap and will prove useful to undergraduate and graduate students approaching international human rights law for the first time. However, its almost five hundred pages sometimes lack the depth and accuracy required by human rights practitioners to actually apply international human rights.

The book is divided in five parts, preceded by an overview that discusses the 'theory and practice' of international human rights law. Honouring the title of the book, the author does not dwell on lengthy and often tedious discussions on the origins and philosophy of human rights. Instead, he devotes the first eight pages of the book to introducing topics such as the universalism or regionalism of human rights, their interdependence and scope and the possibility for them to have 'horizontal' effect. These 'recurrent themes' are meant to be discussed in relation to the different interna-

\* Enrique Carnero Rojo is Assistant Legal Adviser, Office of the Prosecutor, International Criminal Court, The Hague (The Netherlands). He holds a Degree in law from the University of Deusto (Spain) and an LL.M. in Public International Law from the University of Leiden (The Netherlands). The views expressed in this text do not necessarily reflect those of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court.

<sup>1</sup> *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, *X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2004] UKHL 56.

tional systems for the protection of human rights explained in the book. However, the lack of a consistent comparative approach to the different systems and the fact that the eventual conclusions are not grouped together in a separate chapter, limit the usefulness of this approach.

Part I of the book, “International Legal System and Human Rights”, is composed of two chapters that respectively elaborate on the nature of international law and the structure and functioning of the United Nations system. Intended for students who have no previous experience of international law (p. 13), this part provides a good summary of the basic principles of international law, relying on authorities such as Oppenheim, Brownlie, Shaw, Harris and Alston, and gives a particularly detailed explanation of the UN non-treaty procedures for dealing with human rights violations (pp. 37–45). This part also shows the author’s progressive approach to human rights, characterised by a marked universalism and an expansive idea of customary law and *ius cogens* (pp. 20–25). Nevertheless, this attitude does not prevent the author from taking a ‘cautious and realistic approach’ to some other issues discussed in the book, such as the freedom from discrimination on the basis of gender, which, in the author’s opinion, is not a norm of *ius cogens* (p. 348).

Parts II and III explain the UN and regional systems (European, American, and African systems) for the protection of human rights. The seven chapters composing these Parts share a more or less consistent structure. The author firstly analyses the substantive law of the particular system explained in the chapter and subsequently moves on to the procedural law of that system. Each chapter ends with some conclusions where the author highlights comparative elements, points out the main problems in each system and makes some suggestions for improvement or further reflection.

When discussing the substantive rights contained in the international instruments of each system, the author groups rights of similar or related content and discusses them together instead of providing an article-by-article commentary. Particular aspects of the content of every right are clarified with references to the decisions of the monitoring or enforcing bodies within each system, although perhaps not as frequently as a human rights practitioner may expect. In this reviewer’s opinion, this approach helps the reader to get an overview of the substantive law contained in different international instruments but makes it more difficult for him or her to find in a straightforward manner the analysis of the particular right for which guidance on interpretation is sought. The substantive analyses of the articles also lose much of their intended practical character because they often fail to con-

sider the different nature of the instruments or decisions used for interpretation (hard law vis-à-vis soft law). Moreover, they only offer a truly comparative perspective in the last chapters of the book.

By contrast, the analysis of the implementation mechanisms of each system provides very practical instructions for seizing the different monitoring bodies and presents an insider’s view of the procedures used in their decision-making processes. Moreover, the study of the procedural law of each system has a very strong comparative character, especially with regard to UN monitoring bodies.

The International Bill of Rights is analysed in part II of the book. In successive chapters, the author discusses the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). In his analysis of the UDHR, the author puts special emphasis on the discussion of the legally binding character of the Declaration and convincingly argues that this instrument can be seen as an authoritative interpretation of the UN Charter, as part of customary law and as part of *ius cogens* (pp. 57–61). The explanation of the ICCPR shows the author’s extensive knowledge of the jurisprudence of the Human Rights Committee and offers an interesting and complete selection of cases to illustrate the author’s remarks. However, the already-mentioned mixture of instruments of a binding and non-binding character and the lack of comparisons with similar provisions of regional human rights instruments deprive the chapter of much of its usefulness for human rights practitioners. The commentary to the ICESCR makes an excellent use of the General Comments and the examination of State Reports by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and provides a complete overview of the protection of economic, social and cultural rights at UN level. This chapter vehemently challenges the alleged superiority of civil and political rights, based on the alleged lack of immediate enforcement of second generation rights (pp. 105–107).

The regional systems for the protection of human rights are discussed in part III, one of the lengthiest sections of the book. The European system is explained in two chapters. The first one elaborates on the civil and political rights contained in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The second one is devoted to the economic, social and cultural rights provided for in the European Social Charter, and to the role of the European Union (EU) and the Organisation for Cooperation and Security in Europe. With regards to the former

chapter, the author makes profuse reference to the case law of the European Court of Human Rights and analyses selected cases in order to explain the civil and political rights included in the Convention. In general, these references are thorough, accurate and pay due regard to the key decisions on each particular topic. However, the author sometimes makes important statements about the substance of the rights (p. 147) or quotes decisions of the Court (p. 149) without indicating any supporting authority. The second chapter on “European Human Rights” (sic) makes a more limited use of contentious or advisory decisions. This can be explained by the nature of the rights discussed in this chapter and the mandate of the two organisations selected for analysis. The author shows the weaknesses of the implementation mechanism of the European Social Charter (pp. 174–178) and explains the increasing role of the European Court of Justice (ECJ) in the protection of human rights in Europe (pp. 182–185). The discussion of the role of the EU is particularly interesting because it is usually obviated in human rights manuals. The author also analyses the recently approved Charter of Fundamental Rights of the European Union and criticises its non-binding character (p. 195). Since the publication of the book, the Treaty establishing a Constitution for Europe has been approved and submitted for referendum in some Member States. Future editions of the book should consider important developments proposed in the Constitution, such as the accession of the EU to the ECHR (articles I-9.2 and III-325.6(a)(ii)) and the adoption of the Charter as a binding instrument (part II of the Constitution).

Chapters 8 and 9 study the systems for the protection of human rights in America and Africa, respectively. The explanation of the different powers of the Inter-American Commission under the Charter of the Organisation of American States, and within the system established by the Inter-American Convention on Human rights (pp. 207–211) is remarkable for its clarity. Unfortunately, the author only provides a very short explanation of the substantive rights of the Convention. In the case of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, the practical character of any explanation is limited by the lack of a relevant amount of decisions. However, the author successfully addresses the African perspective of international human rights law (pp. 248–252) and analyses the probable contribution of the African Court of Human and Peoples’ Rights (pp. 262–265), which came into being on 25 January 2004.

Part IV covers the so called ‘group rights’, and discusses the rights of minorities (chapter 11), peoples and indigenous peoples (chapter 12), women (chapter 13) and children (chapter 14). As a general introduction to this part, chapter 10 studies the freedom

of religion and the principle of non-discrimination and racial equality. In the author's opinion, the latter can be considered as a norm of *ius cogens* (pp. 278, 294–295), whereas the former cannot. A detailed description of UN instruments on both topics is provided to favour this view. Disappointingly no reference is made to any of the observations or opinions of the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. The chapters on minorities and indigenous peoples highlight the political problems behind the idea of conferring protection to particular segments of the population of a State (pp. 298, 325), and argue that the individualistic conception of rights within the UN system is partly responsible for the lack of an adequate protection of these rights (p. 312). It is interesting to note that in relation with the right of minorities to life, the author discusses, albeit too superficially, some important matters pertaining to international criminal law, such as the definition of genocide and the complementarity regime of the International Criminal Court (pp. 303–311).

The last two chapters composing part IV of the book provide a detailed analysis of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child, respectively. With regards to the former, the author discusses the compatibility of Islamic law with the rights of women and concludes that *Sharia* law is plural and wide enough to accommodate those rights (pp. 362–363). Concerning the latter, the author points out the existence of an emergent general norm in international law whereby all forms of corporal punishment of children must be considered illegal (p. 391). The analysis of the implementation mechanisms of these conventions contains very useful information on the possibilities for NGOs to intervene in the proceedings (pp. 368, 401).

The last part of the book, part V, is entitled "Crimes against the Dignity of Mankind" and presents the reader with a brief discussion of the crimes of torture and terrorism. Surprisingly enough, the author does not explain in this part of the book the concept of crimes against humanity, and does not provide any explanation for not doing so. More surprisingly perhaps, his remarks on torture fail to consider the international criminal jurisprudence on the matter and its contribution to international human rights law. The chapter on torture is limited to the analysis of the Convention against Torture and other UN instruments for the prevention of torture, and only addresses substantive issues of international criminal law in relation with the *Pinochet* case (pp. 419–422). With regards to terrorism, the author does not focus either on the international prosecution of the crime, but on its definition and legal history. As a result, part V is the least 'practical' one in the

whole book. In fact, this reviewer cannot help thinking that the addition of this part, with a content and structure clearly inconsistent with those of the rest of the book, has been mainly motivated by the terrible events of September 11, 2001 (p. 437).

The book is completed with two appendices that provide limited information about paper and electronic sources for further research in human rights, and two comprehensive tables with the ratification status of the main human rights treaties discussed in the text. The index is equally thorough and useful. However, the book misses a comprehensive bibliography that contains all the references made in the text.

In conclusion, Prof. Rehman's book will be of great assistance to those approaching international human rights law for the first time and to those who want to gain an overview of systems for the protection of human rights that are not widely known, such as the African one and the UN non-treaty procedures. However, despite its thoroughness and internal coherence, its limited size and its sometimes brief explanations may be insufficient for human rights practitioners. In short, the book probably raises more questions than it solves, but is excellent to get an overview of this branch of the law and a flavour of its most interesting and controversial topics.

The second book under review, titled *Human Rights in Transition*, addresses a topic not covered by Prof. Rehman's work, namely the implementation of international human rights law in domestic law. Contrary to what its title might suggest, the book does not discuss the evolution of human rights from a philosophical point of view nor does it address the human rights situation in developing countries or countries in transition. Instead, it discusses the way in which international human rights law has affected and is likely to affect in the future the legal systems of the United Kingdom and Germany.

The contributions to the book are based on the papers written for a joint symposium on *Anglo/German Approaches to Human Rights* held by the Universities of Warwick and Gießen in November 2000. The symposium coincided in time with the entry into force in October 2000 of the Human Rights Act 1998 (HRA), which for the first time incorporated a major part of the ECHR into the domestic law of England and Wales. As a result, the six articles prepared by professors from Warwick are mainly focused on the possible impact of this Act on the British legal system and on the content of particular branches of British law. By contrast, the five papers contributed by professors from the University of Gießen are not so domestically oriented and discuss more broadly the way in which international and EU law have contributed to the protection of human rights in Germany and other

Member States of the European Union. The 'transitional' element in this discussion is the approval in December 2000 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the elaboration of the Treaty establishing a Constitution for Europe.

The papers on the British experience cover different branches of public law, such as administrative law (John McEldowney and Graham Moffat), criminal law (Samantha Halliday and Rhiannon Talbot), asylum law (Dallal Stevens) and labour law (Alan C. Neal), and are very heterogeneous in their approach and content. However, all of them discuss in a more or less explicit way the change in the British human rights system brought about by the HRA. The main debate revolves around the obligation imposed on British judges by the Act to take into account the ECHR when interpreting Acts of Parliament, and the power given to them to declare that an Act of Parliament is 'incompatible' with the ECHR (which is different from declaring it illegal or unconstitutional). All the authors agree that by incorporating the ECHR into domestic law and providing for its judicial enforcement in this way, the Act has the potential to reconfigure the British legal system as a whole and affect the particular content of different branches of the law.

According to Prof. McEldowney, the system set up by the HRA increases the risk that the judicial enforcement of individual rights may impinge on the sovereignty of Parliament and sublimate the will of the majority. However, he convincingly argues that such 'judicial activism' may be reconciled with the democratic principle and even reinforce it (pp. 29–30), and that the Act should therefore be welcomed as a token of the definitive transition from a remedies-based system to one based on individual rights (pp. 21–22). By contrast, Prof. Moffat argues that the HRA may oblige judges to take decisions on socially or politically controversial matters that previously were reserved to political organs (p. 37). His contribution deals with the common law on charities and analyses the so called "political objects rule" whereby any organisation having a political purpose as one of its main objectives cannot qualify as a charity. The author shows that the right to freedom of expression contained in the ECHR and the obligation to interpret British law in conformity with it imposed by the HRA may drastically affect a rule that intended to protect the authority and impartiality of the judiciary (pp. 57–58). Similarly, Prof. Halliday argues in her contribution that the HRA may also affect in a critical manner the English law on abortion. In particular, in her view English law may have to recognise the right to life as applicable (with some limitations) to a viable foetus and may have to grant women the right to elect an early abortion



(pp. 104–105). On the other hand, the mentioned transition to a system based on individual rights is not uncontroversial either. Prof. Stevens considers that although there are some indications of the ‘constitutionalisation’ of the functions of the judges in matters of asylum law, the HRA will not bring a shift towards a right-based legal system. In his opinion, such change will ultimately depend on the progressive character of individual judges (p. 69).

The perceived tension in the HRA between the respect for the will of the majority (encapsulated in the sovereignty of Parliament) and the need to defend individual rights by judicial means is particularly relevant when discussing the English law on terrorism. Prof. Talbot’s contribution offers a brilliant analysis of these laws and explains how legitimate security concerns may be used by public authorities as an excuse to increase their powers and impose draconian measures which in the long run may be seen as something acceptable and lead to a *de facto* hierarchy of human rights (pp. 151–154).

The House of Lords has recently been confronted with this problem in the particular context of the compatibility of English anti-terrorist laws with the ECHR. In a long awaited decision,<sup>1</sup> the House of Lords made use of its power under the HRA to rule in an 8-1 decision that Section 23 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, allowing for the indefinite detention of suspect foreign terrorists by English authorities, was incompatible with articles 5(1)(f) and 14 of the ECHR (and articles 2, 9 and 26 of the ICCPR) (paragraph 73 for the leading opinion), insofar as it was a derogation from the

ECHR which although possible within the declared state of emergency (paragraphs 26, 85, 118, 119, 154, 165, 226 and 240), was not proportionate (paragraphs 43, 85, 97, 132, 155, 189, 230, and 240) and was discriminatory on the ground of nationality or immigration status (paragraphs 68, 83, 97, 138, 157, 171, 235 and 240). It is interesting to note that six of the nine Lords felt the need to explain their powers under the HRA and clearly acknowledged the limits to those powers imposed by the sovereignty of Parliament, namely their impossibility to declare unlawful the incompatible section (paragraphs 41–44, 90, 144–145, 150–152, 164 and 220).

As noted above, the contributions by professors from the University of Gießen discuss the impact of international and especially EU law on the domestic protection of human rights in Germany and other European Union countries. As an introduction, Prof. Schapp enthusiastically but not very convincingly argues the universal character of the human rights derived from the main principles contained in the Atlantic Charter of 1941 (self-determination, liberty of international trade and freedom from fear and want)(p. 161). Profs. Waltermann and Weick analyse the positive impact of human rights and civil liberties on European and German social security law and on German private international law, respectively. The latter analysis interestingly suggests that the Charter of Fundamental Rights of the European Union might be considered as part of the *ordre public* of EU Member States for the purposes of denying the application of legal provisions of foreign States that are inconsistent with it (p. 200). However, the

most challenging contribution from the University of Gießen is perhaps the discussion by Prof. Heine on the impact that the hypothetical empowerment of EUROPOL to conduct investigations may have on human rights. His study shows that the current body supervising EUROPOL does not grant fair trials nor effective remedies for violations of human rights, and rightly argues that in case EUROPOL is eventually empowered to operational matters it will be necessary to assure its independence and provide for the effective control of its activities by national (EUROJUST) or international (ECJ) judicial means (pp. 186–191). The book concludes with Prof. Schulz’s analysis of the impact of human rights on the law of torts in England and Germany, and in particular on the compensation of non-pecuniary damages. Whereas in Germany a “right of personality” derived from the Federal Constitution provides a solid basis for compensation of these damages, traditionally statutory and common law in England have not adopted a similar approach based on human rights. The author shows how the statutory right to privacy introduced by the HRA may change the law of torts in England (pp. 228–231).

In conclusion, the two books under review share an optimistic point of view as to the possibilities for enforcement of international human rights law but also show the difficulties and problems ahead. Read together, they are an excellent way to know how international human rights are enforced and to identify some key areas of domestic law where the impact of this branch of international law is likely to be especially noticed in the near future. ■

## David Rieff, *A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis*, New York 2002, 367 Seiten, US \$ 26

Markus Moke\* und Dennis Dijkzeul\*\*

Deprimierend, pessimistisch, niederschmetternd. Das sind die Attribute mit denen sich die gegenwärtige Situation der humanitären Hilfe beschreiben lässt. Und der Klappentext verrät bereits: „*A cogent, hard-hitting report from the frontlines*“.

Mit „*A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis*“ legt der Autor David Rieff eine höchst kritische, kontroverse – und eine

ebenso diskussionswürdige – Bewertung des gegenwärtigen Systems der humanitären Hilfe vor. Während in den westlichen Industrienationen viel über humanitäre Themen diskutiert werde, so seine These, sei die globale Realität bereits eine völlig andere: Fast täglich präsentieren die Medien neue Krisenherde und berichten bildgewaltig über die zahllosen Konflikte auf der Welt. Mit seinem neuesten Buch zeigt David Rieff auf, was die internationalen Hilfsorganisationen tun müssen, wenn sie gewillt sind, der derzeitigen Krise im Feld der humanitären Hilfe entgegenzutreten. Hart ins Gericht geht Rieff dabei vor allem mit den Regierungen der westlichen Industrienationen, die versuchen, die humanitären Hilfsorganisationen als Feigenblatt

für ihre politisch-militärischen und wirtschaftlichen Interessen zu verwenden.

Obgleich der Verfasser dem Leser seine Bewunderung für die Arbeit humanitärer Helfer freimütig offenbart und ihr Tun auch als das „Richtige“ anerkennt, zieht er dennoch die moralisch vermeintlich unantastbaren Prinzipien humanitären Handelns vor dem Hintergrund schier unlösbarer Probleme sowie einer zunehmenden Abhängigkeit der Hilfsorganisationen von Politik, Geldgebern und militärischen Einrichtungen in Zweifel.

Rieff, der als Autor vieler Veröffentlichungen im humanitären Bereich bekannt ist, und selbst als Journalist von zahlreichen „hot war zones“ berichtete, schildert sehr kenntnisreich die vielschichtigen Facetten der operativen Arbeit der Akteure im Feld und liefert eine saubere Innenansicht des Systems der humanitären Hilfe. Sein Buch ist als Chronologie des vermeintlichen Versagens humanitärer Hilfe zu verstehen.

\* Dr. Markus Moke ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am IFHV, Ruhr-Universität Bochum und Koordinator des Masterprogrammes in humanitärer Hilfe (Deutschland).

\*\* Prof. Dr. Dennis Dijkzeul ist Junior Professor in Management von humanitären Krisen am IFHV, Ruhr-Universität Bochum (Deutschland).

„*A Bed for the Night*“ spannt den Bogen zwischen den hehren Zielen und Vorstellungen, was humanitäre Hilfe im ureigensten Sinn bedeutet und leisten soll (nämlich ohne Vorbehalte Opfern von Kriegen und Katastrophen zu helfen und Not zu lindern) und der gegenwärtigen Realität, einer – in vielerlei Hinsicht erfolgreichen – Instrumentalisierung der Organisationen, die zwangsläufig zur Vermischung politischer und militärischer Agenden führt. Die Behauptung, dass sich die führenden Hilfsorganisationen durch zahllose (vielleicht zu viele?) Kooperationen mit Regierungen und militärischen Institutionen all zu sehr in deren Abhängigkeit begeben und mittlerweile manövrierunfähig geworden sind, versucht Rieff mit Fakten zu untermauern. Von Somalia bis Bosnien, von Ruanda über den Kongo und dem Sudan bis hin zu Afghanistan – so seine Ansicht – haben sich die großen internationalen Organisationen wie Ärzte ohne Grenzen, CARE, Oxfam, Save the Children, oder auch das Rote Kreuz sowie das Internationale Komitee des Roten Kreuzes immer wieder von den „Mächtigen“ für andere Zwecke vereinnahmen lassen. Dabei haben sie sich immer weiter von ihrer Grundverpflichtung politischer Neutralität entfernt. In diesem Zusammenhang beschreibt Rieff, dass es eben jene humanitären Organisationen selbst waren, die die Tür für diese Instrumentalisierung geöffnet haben. In zunehmenden Maße haben sie ihre Hauptaufgabe, Hilfe zu leisten, mit der Verbreitung von Menschenrechten verbunden. Michael Ignatieff umschreibt diese zunehmende Tätigkeit als „*revolution of moral concern*“.

Humanitäre Organisationen sind aber überhaupt nicht in der Lage, diese Form der „advocacy“ zu betreiben. Insofern urteilt der Autor, dass sie, die humanitären Einrichtungen, zu ehrgeizig waren und damit ihre traditionellen Prinzipien vernachlässigt haben. Einerseits werden sie dann nicht mehr als neutral wahrgenommen, wodurch ihre primäre Aufgabe zerstört wird. Andererseits werden die Organisationen leicht als Ausrede für die Menschenrechtsrhetorik der Regierungen genommen.

Der Autor versucht aufzuzeigen, dass humanitäre Organisationen, ihre eigene Ohnmacht durch immer wieder auftauchende komplexe Krisen und Katastrophen vor Augen, nicht mehr effektiv handeln können. In diesem Szenario büßen sie mehr und mehr ihre Unabhängigkeit ein und werden in politisch- und militärisch-strategische Konzepte eingebunden. Vielfach bezahlen sie dafür bereits heute schon einen hohen Preis. Vermehrt ist zu beobachten, dass immer öfter militärische Mittel zur Intervention eingesetzt werden. Dass dies nicht ohne Konsequenzen für die vor Ort tätigen Helfer und Organisationen bleibt, liegt auf der Hand: Denn wo sich militärische Interessen mit

humanitärer Hilfe verquicken, setzen sich – wie die jüngsten Beispiele aus Afghanistan und Irak zeigen – die Helfenden selbst immer öfter unabschätzbaren Gefahren aus, da sie mit militärischen Akteuren gleichgesetzt werden oder man ihnen nicht abnimmt, sich neutral zu verhalten, denn „*a humanitarianism that supports the idea of war carried out in its name is unworthy of that name*“. Letztlich setzen sie damit nicht nur ihren freien Zugang zur notleidenden Bevölkerung aufs Spiel, sondern fügen mit der Aufgabe ihrer Neutralität ihrem eigenen System in ungeahntem Ausmaß Schaden zu.

Anders herum kann man den Eindruck gewinnen, dass die humanitären Akteure gegenüber politischen Instrumentalisierungsversuchen bereits zu schwach seien. So schildert Rieff, dass die internationale Staatengemeinschaft auf das von Milosevics provozierte Flüchtlingsdrama in Bosnien nicht mit einer politischen Aktion antwortete, sondern die Adressierung dieser – sehr wohl politischen – Krise humanitären Hilfsorganisationen überließ.

Humanitäre Helfer – so Rieffs Argument – müssen sich wieder mehr und mehr ihrer eingeschränkten Handlungsspielräume bewusst werden, müssen sich deutlich vor Augen führen, dass sie nicht für alle Krisen und Katastrophen die geeigneten Lösungen bieten können, sondern nur begrenzte Handlungsspielräume besitzen. Rieff bringt das auf die einfache Formel: „*There are no humanitarian solutions to humanitarian problems.*“ Konsequenterweise muss daher eine Rückbesinnung der Organisationen auf ihre eigentlichen, traditionellen Aufgaben und Verpflichtungen erfolgen, die, logischerweise zu ihrer Emanzipierung führen muss.

Äußerst kritisch sieht der Autor in diesem Zusammenhang auch den Einfluss der Massenmedien und das Verhältnis der beiden Akteure zueinander. Organisationen, die in der Nothilfe tätig sind, seien auf die Medien angewiesen, um die Öffentlichkeit zu erreichen und damit letztendlich Spendengelder zu generieren. Die Massenmedien, die über Tätigkeiten von Organisationen berichten, verzerren seiner Ansicht nach das Bild, von dem, was die eigentliche Aufgabe der humanitären Akteure ist. Seine Kritik richtet sich dagegen, dass die Medien den Rezipienten durch diese Form der Berichterstattung immer wieder die Ansicht vermitteln, dass es gerade die Aufgabe des Humanitarismus sei, Lösungen für humanitäre Krisen zu bieten. Genau dies aber, so der Autor, sei das Dilemma, da humanitäre Krisen nicht von sich allein heraus entstehen, sondern ihre Gründe ursächlich im politischen Versagen von Staaten, Politikern und Organisationen liegt. Humanitäre Organisationen können zwar sehr wohl akute Not lindern, was sie jedoch nicht zu leisten vermögen – und was auch gar nicht ihre Aufgabe ist – sind die Gründe der Not zu bekämpfen.

Bedeutet das in der Konsequenz, dass humanitäre Hilfe keinen Sinn macht, dass es sich nicht lohnt, Hilfe zu leisten, weil damit potenziell immer auch Schaden verbunden ist? Die Antwort ist einfach: Auch wenn die humanitären Helfer bei ihrer täglichen Arbeit (aus sicherheitspolitischen sowie aus ökonomischen Gründen) nicht immer dem Ideal entsprechen können, so steht es wohl außer Frage, dass es weitaus besser ist überhaupt etwas zu tun als die akuten Probleme an andere Stellen zu adressieren und damit Menschen in Not ihrem eigenen – oft tödlichen – Schicksal zu überlassen. Das jedenfalls ist auf keinen Fall mit einem humanistischen Verständnis zu vereinbaren.

Zweifelsohne stellt „*A Bed for the Night*“ einen außerordentlich wichtigen Beitrag zur Diskussionen zum Stand der humanitären Hilfe dar. Dennoch lassen sich kleinere Schwächen ausmachen: So versäumt der Autor (oder ist es von ihm nicht intendiert?) wissenschaftliche Belege für Thesen zu liefern. Ebenso ist wissenschaftliche Literatur kaum zu finden. Grundsätzlich versäumt Rieff auch anzuführen, ob und wenn ja, welche Rolle er für die Menschenrechtsbewegung sieht. Mit der Rückbesinnung auf die traditionelle Auffassung humanitärer Hilfe negiert der Verfasser ebenso die Tatsache, dass sich humanitäre Organisationen heutzutage zunehmend differenzieren.

Rieffs traditionelles Modell passt daher am besten bei kurzfristigen (Natur-)Katastrophen. Übersehen dabei wird aber, dass viele Krisen mittlerweile chronisch geworden sind. Richtig ist, dass Menschenrechte und Entwicklungszusammenarbeit hauptsächlich Themen und Aufgaben von Regierungen sind. Aber, und das sollte im Vordergrund der Diskussion stehen, was können oder müssen humanitäre Organisationen unternehmen, um sich nicht von den Mächtigen ihre Verantwortlichkeit nehmen zu lassen, noch entmündigt zu werden? Manche Einrichtungen binden bereits Themen wie Menschenrechte oder Aspekte der Entwicklungspolitik in ihre Arbeit ein; andere folgen meistens traditionellen Prinzipien. Vielleicht sind aber beide Wege möglich und auch notwendig. Was jedoch ungeachtet dessen unbedingt notwendig ist, ist, dass jede Organisation für sich deutlich erklärt, wo sie steht in Bezug auf ihre Prinzipien und neuen Aufgaben.

Trotz dieser kritisch anzumerkenden Punkte ist „*A Bed for the Night*“ ein sehr spannendes, journalistisch geschriebenes Buch, das Vergnügen macht zu lesen. Neben den vielen Hintergrundinformationen liefert es Fakten und Wissen, die einen exzellenten Ansatzpunkt für kritische Diskussionen geben. Es regt darüber hinaus – ob Newcomer oder Spezialist – an, die Aufgaben humanitärer Einrichtungen sowie die Fähigkeiten humanitärer Helfer einmal mehr zu überdenken und kontrovers zu diskutieren. ■

**a global issue for a complex world**

## **LANDMINES AND HUMAN SECURITY**

**International Politics and War's Hidden Legacy**

**RICHARD A. MATTHEW, BRYAN McDONALD, AND  
KENNETH R. RUTHERFORD, EDITORS**

An impressive array of activists, scholars, government officials, journalists, and landmine victims themselves are gathered here to tell the dramatic and inspiring story of the International Campaign to Ban Landmines (ICBL). Organized in the early 1990s, the ICBL is a network of more than one thousand nongovernmental organizations worldwide, working for a global ban on landmines. It was an important force behind the treaty to ban antipersonnel landmines that was signed in Ottawa in 1997, and which led to its being awarded the 1997 Nobel Peace Prize, along with its coordinator.

 **praise for *Landmines and Human Security*:**

"This dramatic account of the mine ban movement, which arose with unparalleled speed to touch so many lives, is both a model study in effective coalition activism and a moving story that will inspire anyone who seeks to make our world a more humane, just, and safe place for all who share it."  
— from the Foreword by Her Majesty Queen Noor

"*Landmines and Human Security* brings together the diverse insights and experiences of nongovernmental leaders, politicians, civil servants, academics, and landmine survivors to tell the story of the ICBL, to assess its impact, to reflect on its lessons, and to remind us of the challenges that remain in addressing the global landmine crisis."  
— from the Foreword by

Lady Heather Mills McCartney and Sir Paul McCartney

"There are important lessons to be learned, and *Landmines and Human Security* gives us the tools to apply these lessons as we move forward, both to universalize the Ottawa Treaty and to meet other challenges in today's dangerous and complex world."  
— from the Foreword by Senator Patrick Leahy



294 pp / £18.75 hc only  
ISBN 0-7914-6309-5

**To order, contact:**  
NBN International  
orders@nbnplymbridge.com  
tel: +44 (0) 1752 202301  
fax: +44 (0) 1752 202333



**STATE UNIVERSITY OF NEW YORK PRESS**

90 State Street, Suite 700, Albany, NY 12207-1707

[www.sunypress.edu](http://www.sunypress.edu)

## The Manual of the Law of Armed Conflict THE UK MINISTRY OF DEFENCE

The first comprehensive manual on the law of armed conflict prepared by a team of expert scholars and practitioners working for and with the UK Ministry of Defence.

It covers all aspects of the law of armed conflict as applied today, including means and methods of warfare, the treatment of civilians and other non-combatants - including prisoners of war - and the conduct of operations in all three environments: land, sea and air.

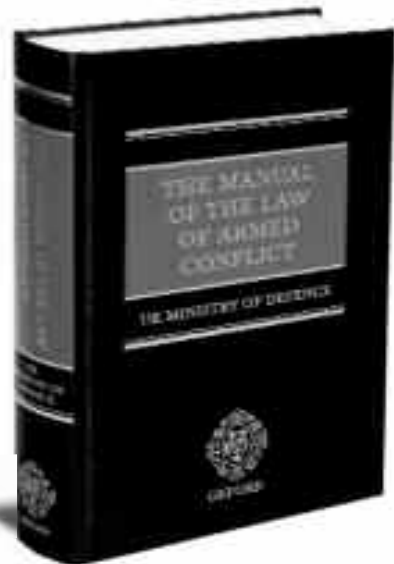
This is a landmark publication providing sound evidence of the legal views of one of the five Permanent Members of the UN Security Council.

2004, 658 PAGES

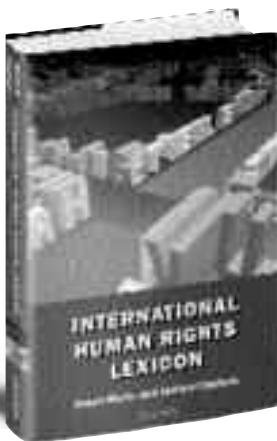
0-19-924454-5, HARDBACK, £110.00

COMING SOON IN PAPERBACK:

JULY 2005, 0-19-928728-7, £30.00



# HUMANITARIAN LAW FROM OXFORD



## International Human Rights Lexicon SUSAN MARKS AND ANDREW CLAPHAM

A major 2005 publication in Human Rights, this book presents a wide-ranging survey of the scope and significance of international human rights law. Arranged thematically in alphabetical format, it side-steps the traditional categories of human rights law, to investigate rights in the specific contexts in which they are invoked, debated, and considered. This book is an informative and accessible guide to the key issues confronting international human rights law today.

MAY 2005, 320 PAGES

0-19-876413-8, PAPERBACK, £20.00

0-19-876414-6, HARDBACK, £60.00

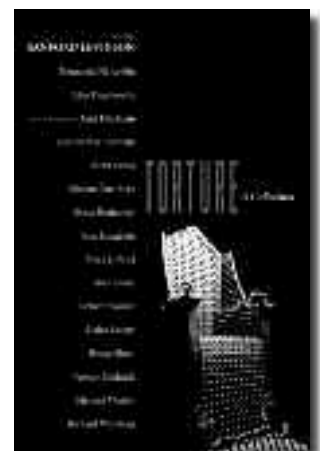
## Torture: A Collection EDITED BY SANFORD LEVINSON

*Torture: A Collection* brings together leading lawyers, political theorists, social scientists, and public intellectuals to debate the advisability of maintaining the absolute ban and to reflect on what it says about our societies if we do—or do not—adhere to it in all circumstances.

The noted contributors include Ariel Dorfman, Elaine Scarry, Alan Dershowitz, Judge Richard Posner, Michael Walzer, Jean Bethke Elshtain, and other lawyers from the United States and around the world.

2004, 326 PAGES

0-19-517289-2, HARDBACK, £18.50



**OXFORD**  
UNIVERSITY PRESS

Tel: 01536 741727 | Email: [bookorders.uk@oup.com](mailto:bookorders.uk@oup.com)

[www.oup.co.uk/law](http://www.oup.co.uk/law) for special offers, sample chapters, and news