

**18. Jahrgang
4/2005**

**Volume 18
4/2005**

**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
4/2005

Volume 18
4/2005

Editorial 243

Das Thema/Topic

Enduring Freedom – Antiterrorkrieg für immer? –
Ein Beitrag zum *jus post bellum* in Afghanistan
Roman Schmidt-Radefeldt 245

State-Building im Friedenssicherungssystem der Vereinten
Nationen. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen einer neuen
Herausforderung für die internationale Gemeinschaft
Mehrdad Payandeh 253

Crimes and Prohibitions of ‘Terror’ and ‘Terrorism’ in Armed
Conflict: 1919–2004
Ben Saul 264

Beiträge/Notes and Comments

Artikel/Articles

Kein Flüchtlingsschutz auf See? Flüchtlings- und seerechtliche
Probleme am Beispiel der „Cap Anamur“
Sicco Rah 276

Verbreitung/Dissemination

Zum rechtlichen Umfeld einer Mitwirkung von Rotkreuz-Helfern
im Sanitätsdienst der Streitkräfte
Sascha Rolf Lüder 286

Vorträge/Speeches

The European Court of Justice between the Common Market and
Human Rights
Jan Wiethoff 289

Fallstudien/Case Studies

Paradigmenwechsel im deutschen Staatshaftungsrecht – OLG Köln
läutet das Ende der „Nachkriegsrechtsprechung“ ein
Philipp Stammer 292

Panorama/Panorama

Konferenzen/Conferences

Internationale Konferenz anlässlich des 60. Jahrestages des
Beginns des Prozesses gegen die Hauptkriegsverbrecher im
Gerichtssaal 600 des Justizpalasts in Nürnberg, Nürnberg
(Deutschland), 17.–20. Juli 2005
Hannes Honecker 300

11. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht, Berlin
(Deutschland), 31. Juli–6. August 2005
Elisabeth Handl 302

Fach- und Medientagung der Deutschen Gesellschaft für die
Vereinten Nationen (DGVN) und der Stiftung Entwicklung und
Politik (SEF), Vor dem UN-Reformgipfel. Positionen der Bundes-
regierung und Forderungen aus der Zivilgesellschaft, Berlin
(Deutschland), 1. September 2005

Hans-Joachim Heintze 303

Buchbesprechungen/Book Reviews

Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance – The Role of
Non-Binding Norms in the International Legal System*
Konstantinos D. Magliveras 304

Janusz Symonides (ed.), *Human Rights: International Protection,
Monitoring, Enforcement*
Elvira Dominguez Redondo 306

Jan Schlösser, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im
Völkerstrafrecht. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des so
genannten Schreibtischtäters im Völkerstrafrecht und Kieran
McEvoy and Tim Newburn (Hrsg.), Criminology, Conflict
Resolution and Restorative Justice*
Christina Möller 307

Ignacio Ramonet, *Wars of the 21st Century; New Threats New
Fears*
Noelle Higgins 308

Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the
Remaking of World Order* and Ian Buruma and Avishai Margalit,
Occidentalism: The West in the Eyes of Its Enemies
Dennis Dijtzeul 309

Peter G. Kirchschläger, Thomas Kirchschläger, Andréa Belliger
und David J. Krieger (Hrsg.), *Menschenrechte und Terrorismus*
Sybill Pauckstadt 312

Charles Lipson, *Reliable Partners: How Democracies Have Made
a Separate Peace*
Emilian Kavalski 313

Philippe Sands, *Lawless World: America and the Making and
Breaking of Global Rules*
Peter Haig 314

Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in
the Age of Human Rights*
Lydia-Maria Bolani 317



Emmanuel MOURLON-DRUOL

LA STRATÉGIE NORD-AMÉRICAINE APRÈS LE 11-SEPTEMBRE

Un réel renouveau ?

Préface de
Noëlle QUENIVET

Avant-propos de
Denis ROLLAND

INTER-NATIONAL

L'Harmattan



« Le 11-Septembre a-t-il changé la face du globe, en modifiant radicalement la stratégie nord-américaine ? (...) la réponse par l'affirmative a été répétée en France trop de fois pour qu'un esprit jeune, intelligent et curieux n'ait pas envie d'y regarder de plus près. »

« Un livre passionnant, (...) une analyse incisive. »

Prof. Denis Rolland

« Le grand mérite de l'ouvrage d'Emmanuel Murlon-Druol est, appuyé sur une solide documentation, d'analyser systématiquement les nouveaux développements de la stratégie nord-américaine en les mettant en perspective avec les changements déjà intervenus au sortir de la Guerre froide. »

« Un excellent ouvrage. »

Dr. Noëlle Quéniwet

« Hyperpuissance » sans rivale ni ennemi déclaré au sortir de la Guerre froide, les Etats-Unis ont lancé, depuis les attentats du 11 septembre 2001, une « guerre contre le terrorisme ». Celle-ci semble avoir profondément modifié deux grands aspects de la stratégie nord-américaine :

- la stratégie militaire d'abord (identification de la menace terroriste, frappes préventives ou lutte contre la prolifération des armes de destructions massives) ;
- la doctrine des opérations de paix ensuite (identification de la menace venant des failed states ou « États faillis », intervention en Afghanistan, ou nation building en Irak).

Mais, au-delà des discours officiels arguant d'une nouvelle stratégie, celle-ci opère-t-elle un réel renouveau ? Ne puise-t-elle pas ses racines dans les stratégies apparues dès la fin de la Guerre froide ? Analysant méthodiquement les discours et documents officiels, ainsi que des rapports d'experts, cet ouvrage met en perspective la stratégie américaine. Une approche éclairante, pour mieux en saisir la logique interne, mais aussi les carences et les contradictions.

Editorial

Durch große Anstrengungen der Staatengemeinschaft konnte die Taliban-Herrschaft in Afghanistan überwunden werden. Doch dies bedeutet nicht automatisch, dass damit alle Probleme schlagartig gelöst sind. Vielmehr beginnt der komplizierte Prozess der Nationenbildung nach einem jahrzehntelangen Krieg. Dieses Thema gerät immer mehr in den Blickpunkt des wissenschaftlichen Interesses, da die vielen diesbezüglichen Missionen der Vereinten Nationen immer neue Fragen aufwerfen, die auch Deutschland betreffen. Das macht der Beitrag von PD Dr. Roman Schmidt-Radefeldt über die anwendbare Rechtsordnung in Afghanistan anschaulich deutlich. Er arbeitet heraus, dass sich die Rechtsgrundlagen der Operation Enduring Freedom verändert haben. Handelte es sich ursprünglich um eine Selbstverteidigungsmaßnahme der USA, so ist sie mittlerweile zu einer friedenssichernden Ordnungsmaßnahme im Rahmen eines Systems der kollektiven Sicherheit geworden. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass es sich nunmehr für die in Afghanistan stationierten Truppen um einen polizeilichen Antiterrorereinsatz handle.

Detailliert widmet sich Mehrdad Payandeh der Stellung des State-Building im System der Vereinten Nationen und wirft die Frage nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit dieser neuen Einsatzform der Weltorganisation auf, welche am Ende bejaht wird. Anschließend werden die völkerrechtlichen Grundlagen für die Durchsetzung und Zielsetzung solcher Missionen analysiert. Im Hintergrund gegenwärtiger State-Building-Anstrengungen steht oft auch der internationale Kampf gegen den Terrorismus. Deshalb hat die Redaktion den australischen Rechtswissenschaftler Dr. Ben Saul gebeten, einmal den völkerrechtlichen Hintergrund des Verbots von Terror und Terrorismus im bewaffneten Konflikt zu untersuchen. Der Autor wendet sich in seinem Beitrag der diesbezüglichen Praxis internationaler Strafgerichte zu und spannt einen Bogen vom Ersten Weltkrieg bis zur Gegenwart.

In der Rubrik Beiträge wenden wir uns vor allem dem Problem des Flüchtlingsschutzes auf dem Meer zu. Anlass zu dieser Untersuchung ist das Schicksal der „Cap Anamur“, die im Juni letzten Jahres von den italienischen Behörden wegen Verletzung der Einwanderungsbestimmungen an die Kette gelegt worden war. Einen aktuelleren Fall, der ebenfalls große Beachtung gefunden hat, analysiert Philipp Stammer in seiner Besprechung des Berufungsverfahrens zum „Varvarin-Fall“. Der Autor sieht in dem Urteil einen Paradigmenwechsel im deutschen Staatshaftungsrecht, der erhebliche Konsequenzen haben kann.

Ergänzt werden die Artikel wiederum durch Konferenzberichte und Buchbesprechungen.

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

Die Redaktion

Dennis Dijkzeul (ed.)

Between Force and Mercy Military Action and Humanitarian Aid



This volume places the changing interaction between military and humanitarian organizations in the broader context of international political change, the political economy of wars and weak states. It brings together American and European authors with very different backgrounds – from the Pentagon and the British Army to humanitarian NGOs and the Red Cross/Red Crescent movement. Together they shed new light on the problems and opportunities for international intervention and, hopefully, achieving lasting peaceful development.

2005, 417 S., kart., engl., 44,- €, ISBN 3-8305-0907-3
(Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, Band 50)

Dirk Lorenz

Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte Zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten

Die Arbeit geht der Frage nach, ob und inwieweit im Ausland ausgeübte Staatsgewalt menschenrechtlichen Bindungen unterworfen ist. Gegenstand der Untersuchung sind die Grundrechte des Grundgesetzes auf nationaler, die Europäische Menschenrechtskonvention und das Inter-Amerikanische System des Menschenrechtsschutzes auf regionaler sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte auf globaler Ebene. Auf dem Gedanken der Universalität und Effektivität der Menschenrechte basierend wird eine grundsätzlich umfassende Bindung angenommen. Vor dem Hintergrund militärischer Auslandseinsätze sowie des globalen Anti-Terror-Kampfes wird in einem zweiten Schritt das Verhältnis der Grund- und Menschenrechte zu dem humanitären Völkerrecht analysiert.

Der dritte Teil der Arbeit widmet sich der Problematik, welcher Akteur im Rahmen internationaler Kooperationen wie etwa des UN-Peacekeeping oder NATO-Einsätzen für etwaige Schäden aus menschenrechtlicher Sicht verantwortlich ist.

2005, 385 S., kart., 42,- €, ISBN 3-8305-1056-X
(Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Band 26)

Axel Buchwald

Der Fall Tadic vor dem Internationalen Jugoslawientribunal im Lichte der Entscheidung der Berufungskammer vom 2. Oktober 1995

Das Verfahren gegen Dusko Tadic vor dem Internationalen Jugoslawientribunal in Den Haag stellte den ersten Kriegsverbrecherprozeß seit den Tribunalen von Nürnberg und Tokyo dar. Die



Arbeit zeichnet den Verlauf des gesamten Verfahrens nach, wobei der Schwerpunkt auf der Zuständigkeitsentscheidung der Berufungskammer vom 2. Oktober 1995 liegt. Auf der Grundlage einer Analyse dieser Entscheidung werden Zusammenhänge mit Arbeit und Rechtsprechung des neuen Internationalen Strafgerichtshofs und des Internationalen Gerichtshofs hergestellt sowie der Einfluß auf nationale Gesetzgebungsprojekte erörtert.

Weiterhin ist die Entscheidung ein wichtiger Beitrag in der Diskussion zum "Verfassungsgefüge" der Vereinten Nationen, weshalb sie auch trotz der bereits vergangenen Jahre nichts von ihrer Aktualität und herausragenden Bedeutung eingebüßt hat.

2005, 184 S., 29,- €, ISBN 3-8305-0908-1
(Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, Band 51)

Horst Fischer / Noëlle Quénivet (eds.)

Post-Conflict Reconstruction: Nation- and/or State-Building

After a general introduction on lessons learned and the role of the United Nations in post-conflict reconstruction, the book is divided into two parts. The first includes "country reports" investigating post-conflict reconstruction in Afghanistan, Cambodia, East Africa and East Timor and the second contains "thematic reports" on the restoration of justice, the tasks of the civilian police forces and the return of refugees. The book is rounded up with a look towards the future inasmuch as it assesses post-conflict reconstruction efforts in Iraq. Further, the book includes a final declaration adopted by the 100 participants in the conference.



2005, 194 S., kart., engl., 24,- €, ISBN 3-8305-1003-9
(Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, Band 52)



BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH
Axel-Springer-Str. 54 b • 10117 Berlin • Tel.: 030/841770-0 • Fax: 841770-21
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • <http://www.bwv-verlag.de>

Enduring Freedom – Antiterrorkrieg für immer? – Ein Beitrag zum *ius post bellum* in Afghanistan

Roman Schmidt-Radefeldt*

After the collapse of the *Taliban* regime in Afghanistan the general conditions of the operation *Enduring Freedom* as well as the legal framework have changed. The war on terrorism turned from a classical measure of self-defence into a peace-keeping operation, which is authorised both by the UN Security Council and the government of Afghanistan. Whereas the right to self-defence against non-State actors is not viable within the meaning of article 51 of the Charter, the special forces of the *Bundeswehr* may act under article 24(2) of the German Constitution within the framework of a collective security system.

The adopted measures of anti-terrorism in Afghanistan, which increasingly remind of anti-terror policing, take place in a grey legal zone just below the threshold of an armed conflict. As a consequence it is difficult to apply international humanitarian law to those measures. To avoid a “legal black hole” recourse has to be had to the human rights regimes. The guarantees offered by international human rights treaties – they are applicable on foreign territory during the deployment of the German armed forces abroad – encompass non-derogable minimum standards, which are identical to the norms spelled out in international humanitarian law.

A difference is however notable between these two regimes. For example, the principle of proportionality enshrined in human rights norms is stricter than the one propounded in the Geneva Conventions concerning arbitrary killings during anti-terror operations. However, the full application of human rights standards would not be appropriate for situations below the threshold of an armed conflict. Therefore, international human rights have to be interpreted in the context of international humanitarian law. The “convergence” between human rights and international humanitarian law leads hence to a higher standard of humanity as both *corpus juris* can be raised independently of the situation in the operational area.

As a result, the declared objectives of the operation *Enduring Freedom*, which appear to take place in a war-like context, contradict the armed forces’ obligations pertaining to wider-encompassing human rights norms.

Afghanistan ist seit den Terrorangriffen vom 11. September 2001 untrennbar mit dem internationalen Terrorismus verbunden. Zwar wurde das verbrecherische Taliban-Regime durch die US-geführte Antiterrorkoalition bereits Ende 2001 gestürzt und der Einfluss terroristischer Gruppierungen seitdem zurückgedrängt; die Sicherheitslage in dem (politisch) zerklüfteten Land ist jedoch alles andere als stabil und bewegt sich gewissermaßen zwischen Krieg und Frieden: Einerseits hat der Petersberg-Prozess den Wiederaufbau staatlicher Institutionen vorangetrieben und eine neue afghanische Verfassung auf den Weg gebracht. Auf der anderen Seite bleibt Afghanistan ein Land mit tiefen ethnischen und gesellschaftlichen Konflikten. Während sich die Staatsgewalt der Regierung *Karsai* mehr oder weniger auf den Raum Kabul beschränkt, liegt die politische Macht in den Provinzen bei rivalisierenden Stammesfürsten und korrupten Provinzgouverneuren. Nicht wenige dieser „Warlords“ sind bekennende Gegner des im Oktober 2004 frei gewählten Staatspräsidenten oder der Schutztruppe ISAF. Insbesondere Taliban und *Hekmatyar*-Anhänger nutzen die Unzufriedenheit in der Bevölkerung, um ihren Einfluss auszuweiten und sich politisch neu zu gruppieren. Auch bleibt die terroristische Bedrohung vor Ort präsent: Taliban und Al-Quaida-Kämpfer gehen insbesondere im Süden und Osten des Landes nach „Guerilla-Taktik“ gegen zivile Hilfsorganisationen sowie Provinzverwaltungen und deren Sicherheitskräfte vor. Überdies wollen die Attentäter verhindern, dass die Regierung *Karsai* ihren Einfluss über Kabul hinaus ausdehnen kann. Terroristisch motivierte Sprengstoffanschläge, Raketenangriffe auf militärische Anlagen, Ermordungen von Wahlhelfern oder Entführungen von Angehörigen der NGOs vermitteln den Eindruck eines bürgerkriegsähnlichen Konflikts zwischen der prowestlichen afghanischen Regierung (bzw. ihren ausländischen Helfern)

und fundamentalistischen Kräften, darunter Taliban und Terroristen.¹

Die *Operation Enduring Freedom*, die als militärische Antwort auf die Anschläge vom 11. September konzipiert war, hat zum Ziel, „Führungs- und Ausbildungseinrichtungen von Terroristen auszuschalten, Terroristen zu bekämpfen, gefangen zu nehmen und vor Gericht zu stellen sowie Dritte dauerhaft von der Unterstützung terroristischer Aktivitäten abzuhalten“.² Dem Einsatz zugrunde liegt ein von den USA entwickeltes dynamisches Konzept zur Bekämpfung des Terrorismus. *Enduring Freedom* sowie die von der NATO geführten Einsätze im Mittelmeer und in der Straße von Gibraltar (*Operation Active Endeavour*) sind militärische Beiträge zu diesem Gesamtkonzept, das vom US-Headquarter in Tampa/Florida aus koordiniert wird.

Nach dem Sturz des Taliban-Regimes setzen alliierte Spezialkommandos – darunter auch Einheiten des deutschen KSK – ihre Antiterrorereinsätze gegen Anhänger von Al Quaida/ Taliban in den schwer zugänglichen Grenzgebieten zu Pakistan

* Oberregierungsrat PD Dr. Roman Schmidt-Radefeldt ist Rechtsberater der 13. Panzergrenadierdivision (Leipzig) und Privatdozent an der Universität Leipzig (Deutschland). Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 3. Juni 2005 im Rahmen des 18. Seminars des Seminars Kath. Offiziere an der *Katholischen Akademie* in Berlin gehalten hat. Dank gilt Oberstleutnant i.G. *Reiboldt* für seine militärische Einschätzung der Lage in Afghanistan.

¹ Vgl. zur Lage in Afghanistan *M. Baraki*, Afghanistan nach den Taliban, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 48 (2004), S. 24 ff.; *M. Hanfeld*, Wir schlafen nicht, in: *FAZ* v. 11. September 2004, S. 2; *Offensive der Taliban*, in: *Der Spiegel* 23 (2005), S. 92.

² Vgl. Bundestagsbeschluss v. 16. November 2001 (BT-Drucks. 14/7513).

mit Zustimmung der Zentralregierungen in Kabul und Islamabad fort. Insoweit lässt sich von einer (völkerrechtlich zulässigen) „Intervention auf Einladung“ sprechen.³ Es stellt sich daher die Frage, ob die Rechtsgrundlagen und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der *Operation Enduring Freedom* (insbesondere das Selbstverteidigungsrecht, der Bündnisfall und das humanitäre Völkerrecht) auch noch unter den veränderten Einsatzparametern gelten. Oder ist *Enduring Freedom* inzwischen nur noch eine formale „Etikettierung“ für militärische Antiterrormaßnahmen in der Grauzone eines immerwährenden „Krieges gegen den Terror“? Und darf sich die Bundeswehr verfassungsrechtlich weiterhin an diesem „Krieg“ beteiligen? In der Bundestagsdebatte vom 12. November 2004 betreffend den Verlängerungsantrag der Bundesregierung zu *Enduring Freedom* wurden diese Fragen nicht thematisiert.⁴ Dieser Beitrag dient der Suche nach Antworten.

1. Das Konzept der kollektiven Selbstverteidigung

Die Bundeswehr darf gem. Art. 87a Abs. 2 GG zur *Verteidigung* oder gem. Art. 5 NATO-Vertrag im Rahmen der kollektiven Bündnisverteidigung im Ausland eingesetzt werden. Nach Auffassung von Bundesregierung und Bundestag stützt sich die *Operation Enduring Freedom* nach wie vor auf das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung aus Art. 51 UN-Charta sowie auf den NATO-Bündnisfall.

1.1. Krieg gegen Afghanistan

Der Rekurs auf das Selbstverteidigungsrecht war von Anfang an problematisch, da die Attentate vom 11. September nachweislich von dem (nicht-staatlichen) Terrornetzwerk Al Quaida geplant und ausgeführt wurden, d.h. nicht unmittelbar von einem Staat ausgingen. Indes bezieht sich der „bewaffnete Angriff“ i. S. d. Art. 51 UN-Charta – zumindest nach klassischem Völkerrechtsverständnis – auf ein zwischenstaatliches Verhältnis zwischen Angreifer und Angegriffenem.⁵ Ein militärischer Antiterrorereinsatz, der die Souveränität eines anderen Staates *nicht* berührt (z. B. im Inland oder auf hoher See), wäre nach diesem „staatenorientierten“ Völkerrechtsverständnis natürlich nicht verboten – im Gegenteil!⁶ Doch macht der Rekurs auf Art. 51 UN – als Ausnahmeregelung vom allgemeinen Gewaltverbot – dann keinen Sinn mehr, weil Art. 2 Nr. 4 UN-Charta nicht berührt ist.⁷

Art. 51 UN-Charta verlangt nicht, dass der Angriff unmittelbar von einem Staat ausgehen muss; terroristische Anschläge können einem (Hintergrund-)Staat vielmehr auch als „indirekte Aggression“ zugerechnet werden, wobei die einschlägigen Zurechnungskriterien qualifizierte Anforderungen an die Beteiligung dieses Staates an den Anschlägen stellen.⁸ Informationen über die konkrete institutionelle und personelle Verflechtung zwischen Taliban und Al Quaida erwiesen sich bis zum Schluss als ausgesprochen vage. Nichtsdestotrotz war es den Amerikanern gelungen, den Bündnispartnern gegenüber die Mitverantwortung Afghanistans für die Attentate vom 11. September glaubhaft zu machen. Dementsprechend erschien ein Vorgehen gegen Al Quaida nicht möglich, ohne gleichzeitig das Taliban-Regime anzugreifen.

Maßnahmen zur Verteidigung sind jedoch nur so lange zulässig, bis der von dem Hintergrundstaat ausgehende bewaffnete Angriff wirksam und endgültig zurückgeschlagen ist, m. a. W. wenn das zur Terrorismusbekämpfung notwendig mitgekämpfte staatliche Unterstützerregime mit seinen hybriden („staatsterroristischen“) Strukturen zerstört ist. Insoweit ließ sich nach dem gewaltsamen Sturz des Taliban-Regimes nicht mehr von einer fort dauernden Selbstverteidigungslage in Bezug auf Afghanistan sprechen. Daran ändert auch der am 4. Oktober 2001 erstmalig ausgelöste Bündnisfall der NATO nichts. Die Beschlüsse des NATO-Rates gestalten nur das Innenverhältnis der Allianz, geben aber keine völkerrechtliche Berechtigung zur Gewaltanwendung. Die Selbstverteidigungsthese steht und fällt vielmehr mit der Behauptung einer in sich zusammenhängenden und mit den Anschlägen vom 11. September noch nicht abgeschlossenen, von Afghanistan aus gesteuerten terroristischen Aggression gegen die USA.⁹ Diese Behauptung lässt sich heute kaum mehr aufrechterhalten.

1.2. Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure?

Von einem fort bestehenden bewaffneten Angriff ließe sich nur dann sprechen, wenn man die Selbstverteidigung gem. Art. 51 UN-Charta in einer erweiterten Perspektive als Abwehr eines Angriffs durch nicht-staatliche Akteure verstünde. Eine im Vordringen befindliche Auffassung will sich von der „klassischen“ Behandlung der Problematik unter dem Gesichtspunkt eines zwischenstaatlichen Konflikts zwischen Opferstaat und Hintergrundstaat lösen und vielmehr den transnationalen Konflikt zwischen Opferstaat und nicht-staatlicher Terrororganisation in den Vordergrund der

³ C. Tomuschat, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 28 (2001), S. 544 f.; A. Frowein, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), S. 888; grundlegend zu dieser Rechtsfigur G. Nolte, Eingreifen auf Einladung, Heidelberg 1999, insb. S. 543 ff.

⁴ Im Antrag der Bundesregierung (BT-Drs. 15/4032 v. 27. Oktober 2004) heißt es lapidar: „Der Kampf gegen den internationalen Terrorismus ist noch nicht beendet.“

⁵ Vgl. S. Hobe/O. Kimminich, Völkerrecht, Tübingen, Basel, 8. Aufl. 2004, S. 320 f.; G. Seidel, Quo vadis Völkerrecht?, in: Archiv des Völkerrechts 41 (2003), S. 461 unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Charta; D. Blumenwitz, Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr im Kampf gegen den Terrorismus, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 3 (2002), S. 104; M. Ruffert, Terrorismusbekämpfung zwischen Selbstverteidigung und kollektiver Sicherheit, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 6 (2002), S. 247.

⁶ Man denke nur an die Art. 100–111 des UN-Seerechtsübereinkommens.

⁷ So M. Ruffert, a.a.O. (Fn. 5), S. 247; a.A. allerdings T. Bruha, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September, in: Archiv des Völkerrechts, S. 383 (397), der das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Charta nicht auf (grenzüberschreitende) Konflikte zwischenstaatlicher Natur beschränken will.

⁸ *Friendly Relations Declaration* (1970), *Aggressionsdefinition* (1974) sowie die vom IGH entwickelten Kriterien (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Entsch. v. 27. Juni 1986, ICJ Rep. 1986, S. 14). Danach begründet nicht jede Form staatlicher Unterstützung die Angreifereigenschaft des unterstützenden Staates; die bloße Finanzierung von Terroristen, die logistische Unterstützung oder das Gewähren einer sicheren Zufluchtstätte (*safe heaven*) begründen – obwohl völkerrechtlich verboten – unter dem Gesichtspunkt der Aggression noch keine völkerrechtliche Zurechnung von Terrorakten. Erforderlich ist vielmehr, dass die nicht-staatlichen Akteure vom betroffenen Staat gelenkt oder kontrolliert (*effective control*) werden.

⁹ So M. Ruffert, a.a.O. (Fn. 5), S. 249.

Betrachtung rücken.¹⁰ Die Argumentation stützt sich dabei auf neuere Entwicklungen in der Praxis des Sicherheitsrates, der eine Bedrohung des Friedens im Sinne von Art. 39 UN-Charta entgegen traditioneller Sichtweisen nicht mehr nur bei zwischenstaatlichen Konflikten annimmt, sondern auch die nicht-staatliche Gewaltausübung im Rahmen des Kapitels VII UN-Charta berücksichtigt.¹¹ In seiner Resolution 1368 vom 12. September 2001 hat der Sicherheitsrat – noch ganz unter dem Schock der Ereignisse vom Vortag – die Terroranschläge als Akte der Friedensgefährdung bezeichnet und dabei auf das Erfordernis der Zurechnung eines staatlichen Verhaltens verzichtet.¹²

Wenn nun aber, so die Argumentation weiter, das Handeln nicht-staatlicher Akteure eine Friedensbedrohung i. S. d. Art. 39 UN-Charta darstelle, so sei es im Sinne eines einheitlichen Friedensbegriffes der Charta nur konsequent, anzunehmen, dass eine Gewaltausübung nicht-staatlicher Organisationen auch als bewaffneter Angriff i. S. d. Art. 51 UN-Charta angesehen wird. Die Öffnung des Art. 39 UN-Charta für nicht-staatliche Phänomene müsse also auf das Konzept der Selbstverteidigung übertragen werden. Dies laufe im Ergebnis auf eine Art partielle (passive) Völkerrechtssubjektivität der einer Friedensbedrohung beschuldigten Terroristenvereinigung hinaus. Die Vorstellung, dass ein völkerrechtlich relevanter Konflikt erst nach Identifizierung eines in die Terroraktion hinreichend verwickelten Staates vorliege, beruhe auf einem Völkerrechtsverständnis, das den Konfliktszenarien der Gegenwart keine Rechnung trage.

Die These von der strukturellen Kongruenz zwischen den Begriffen der „Friedensbedrohung“ (Art. 39 UN-Charta) und dem „bewaffneten Angriff“ (Art. 51 UN-Charta) kann aber im Ergebnis nicht überzeugen, denn es besteht weder eine wortlautgleiche noch eine qualitative Identität zwischen beiden Begriffen. Die extensive Interpretation einer „Friedensbedrohung“, die mittlerweile auch rein innerstaatliche Vorgänge als *matters of international concern* ansieht, führt im Ergebnis zu einer erwünschten Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten der organisierten Staatengemeinschaft auf der Grundlage von Kapitel VII. Eine Ausweitung des Selbstverteidigungskonzepts in Richtung nicht-staatliche Akteure führt hingegen zu einer unerwünschten Ausweitung einzelstaatlicher Gewalt.¹³ Nicht zuletzt aufgrund der potentiellen Missbrauchsgefahr wurde das Selbstverteidigungsrecht in Art. 51 UN-Charta als eng auszulegende Ausnahmevorschrift konzipiert.

Auch besteht keine Veranlassung, dem Terrornetzwerk Al Quaida den (unverdienten) Status eines „partiellen“ Völkerrechtssubjekts zu verleihen.¹⁴ Al Quaida eignet sich nämlich kaum als „Gegner“ einer (fortbestehenden) Selbstverteidigungslage: Denn das Netzwerk verfügt – anders als „konventionelle“ Terrororganisationen – offenbar über keine hierarchische Untergrundstruktur mit festen Befehlsketten, sondern fungiert eher als Dachverband einer Art „Terror-Holding“, deren Teilsysteme wie nach dem Franchise-Prinzip eigenverantwortlich handeln. Der innere Zusammenhang dieser „Gotteskrieger“ (ca. 15 Gruppierungen aus elf muslimischen Staaten sowie unzählige „unverbundene“ Einzel-

kämpfer aus über 50 Staaten) beruht nach Erkenntnissen der Terrorismusforschung vor allem auf der gemeinsamen Gewalt-Idee („*Dschihadismus*“) und einer bestimmten Taktik.¹⁵ Al Quaida (dt.: „die Basis“) beschreibt insoweit ein breit gefächertes Phänomen, das tief in den politischen und gesellschaftlichen Bedingungen des heutigen Islam verwurzelt ist und sich durch das bloße „Ausschalten“ vermeintlich führender Köpfe kaum bekämpfen lässt.

Wer auf den staatlichen Zusammenhang beim Selbstverteidigungsrecht verzichten will, riskiert, dass der Opferstaat künftig jeden beliebigen Staat, in dem er die schuldigen Terroristen vermutet, zum Zielstaat seiner Selbstverteidigungsmaßnahmen macht. Im Rahmen eines „transnationalen“ Konflikts wäre die private Terrororganisation als „Angrifer“ zwar der eigentliche Gegner – sie befindet sich aber i. d. R. auf fremdem Staatsgebiet, so dass die militärische Selbstverteidigung zwangsläufig in Konflikt zur territorialen Integrität des Aufenthaltsstaates tritt. Ein solcher Staat müsste nach den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit (und in Analogie zum Neutralitätsrecht) alle notwendigen Antiterrormaßnahmen dulden und sein Territorium für alle gewünschten Kontrollen öffnen. Weigert er sich, so wäre dem Recht auf Selbstverteidigung Vorrang vor der territorialen Integrität einzuräumen.¹⁶ Terrorbekämpfung unter Missachtung nationaler Souveränität würde das Selbstverteidigungsrecht daher in inflationärer Weise ausweiten und ein Chaos in den internationalen Beziehungen heraufbeschwören, denn die überaus mobilen Terroristen könnten ihrerseits jeden beliebigen Staat in eine Verdachts- und Beweisnotsituation bringen.¹⁷ Nicht von ungefähr hat sich bis heute weder eine Staatenpraxis noch die erforderliche *opinio iuris* herausgebildet, die auf eine Änderung des Initiators eines „bewaffneten Angriffs“ in Richtung nicht-staatlicher Akteure hinweist.

¹⁰ T. Bruha, a.a.O. (Fn. 7), S. 383 (398 ff.); ähnlich in: M. Krajewski, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen, in: Archiv des Völkerrechts 2 (2002), S. 197 f.; skeptisch hingegen T. Stein/C. v. Buttlar, Völkerrecht, Köln u. a., 11. Aufl. 2005, Rz. 841 ff. Unter dem Phänomen der „Transnationalität“ sind Strukturen und Interaktionen zu verstehen, die zwar grenzüberschreitend, jedoch nicht oder nicht ausschließlich zwischenstaatlicher Natur sind.

¹¹ In der Resolution 1199 (1998) v. 23. September 1998 zur Kosovo-Krise hat der Sicherheitsrat „all parties, groups and individuals“ dazu aufgerufen, ihre Feindseligkeiten einzustellen und einen Waffenstillstand zu vereinbaren.

¹² Dies verwundert kaum, da am Tag nach den Anschlägen noch keine gesicherten Erkenntnisse über deren Hintergründe vorlagen. In der Folge wurden dann Terroranschläge wiederholt als Friedensbedrohung eingestuft: vgl. SR-Res. 1438 (2002) v. 14. Oktober 2002 (Anschläge in Bali); Res. 1440 (2002) v. 24. Oktober 2002 (Geiselnahme in Moskau); Res. 1450 (2002) v. 13. Dezember 2002 (Anschläge in Kenia).

¹³ M. Bothe, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin, New York, 2. Aufl. 2001, 8. Abschn., Rz. 19; A. Randelzhofer, in: B. Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen. Kommentar, München 1991, Art. 51 Rz. 4.

¹⁴ Kritisch insoweit auch J. Wolf, Terrorismusbekämpfung unter Beweisnot, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 4 (2001), S. 204 (210).

¹⁵ Zum Phänomen Al Quaida vgl. K. Hirschmann, Der Masterplan – Die Logik des islamistischen Terrorismus, 2005; E. Burke, Al Quaida – Entstehung, Geschichte, Organisation, 2005. In den Jahren 2002–2004 konnten weltweit über 60 Anschläge, darunter der in Madrid vom 11. März 2004, der „Al Quaida-Schule“ zugeordnet werden.

¹⁶ T. Stein/C. v. Buttlar, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 845.

¹⁷ G. Seidel, a.a.O. (Fn. 5), S. 449 (462).

2. Von der kollektiven Selbstverteidigung zur kollektiven Sicherheit

Soweit die Bündnisverteidigung nicht mehr zum Tragen kommt, darf sich die Bundeswehr – anders als die US-Streitkräfte – verfassungsrechtlich nur im Rahmen eines kollektiven Sicherheitssystems (Art. 24 Abs. 2 GG) an Antiterrormaßnahmen beteiligen. Die bloße Zustimmung durch die örtliche Regierung reicht nicht.

2.1. UN-Mandat für Enduring Freedom?

Vor Beginn der Invasion in Afghanistan bestand die Gelegenheit, das System kollektiver Sicherheit zu aktivieren und die Verantwortung für die Operation zu übernehmen. Der Sicherheitsrat hat jedoch davon abgesehen, militärische Zwangsmaßnahmen gegen terroristische Strukturen auf der Grundlage von Art. 42 UN-Charta zu autorisieren. In seiner nicht ganz unmissverständlichen Resolution 1368 (2001) vom 12. September 2001 beschränkte sich das höchste UN-Gremium darauf, das naturgegebene Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung *anzuerkennen* und zu *bekräftigen*, ohne dass ein konkreter Träger des Rechts (also die USA) explizit genannt wird. Im operativen Teil der Resolution bekundet der Sicherheitsrat die Entschlossenheit, „*die durch terroristische Handlungen verursachten Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit mit allen Mitteln zu bekämpfen*“. In seiner Resolution 1373 (2001) verpflichtet der Sicherheitsrat dann jeden Staat im Rahmen eines umfangreichen Maßnahmenpakets, im eigenen Zuständigkeitsbereich Terroristen zu verfolgen.

Der ungewöhnliche Hinweis auf das Selbstverteidigungsrecht in Zusammenhang mit der Feststellung, dass „*by all means*“ gegen den Terrorismus vorgegangen werden soll, ist von der US-Regierung sowie von Teilen des Schrifttums als Legitimation für die am 7. Oktober 2001 begonnene US-Militäroperation in Afghanistan ausgelegt worden. Dagegen spricht, dass der Sicherheitsrat selbst dann, wenn er die USA namentlich als berechtigte Partei genannt hätte, wohl kaum befugt gewesen wäre, eine Genehmigung zur Ausübung des Selbstverteidigungsrechts zu erteilen: Denn Art. 51 UN-Charta sieht ja gerade vor, dass ein Staat den Sicherheitsrat erst nach Ausübung dieses naturgegebenen Rechts informieren muss. Der Sicherheitsrat hat hier offenbar bewusst über das Selbstverteidigungsrecht laufen lassen, was er auch im Rahmen der kollektiven Sicherheit hätte autorisieren können, aber eben nicht autorisiert hat. Ein Vergleich mit der Golfkriegsresolution 678 (1990) macht deutlich, dass hinsichtlich Afghanistan kein unmissverständlicher „Marschbefehl“ erteilt wurde. Ein explizites UN-Mandat für eine weltweite Terroristenverfolgung durch einen Staat besteht daher nicht.

2.2. Staatliche Maßnahmen im Handlungsverbund der Vereinten Nationen

Begreift man die Terrorismusbekämpfung in Afghanistan hingegen als integralen Beitrag zum Wiederaufbau- und Transitionsprozess, so lässt sich eine gewisse Verknüpfung von Selbstverteidigung und kollektiver Sicherheit nicht leug-

nen. In diesem Zusammenhang hervorzuheben wäre vor allem die unwidersprochene Hinnahme der *Operation Enduring Freedom* durch den Sicherheitsrat¹⁸ sowie die aktive Rolle beim Übergangsprozess in Afghanistan. Dies gilt für die Unterstützung des „Petersberg-Prozesses“¹⁹ durch Resolution 1383 vom 6. Dezember 2001 ebenso wie für die Einsetzung der *International Security Assistance Force* (ISAF) auf der Grundlage von Resolution 1386 vom 20. Dezember 2001. Anlässlich der Verlängerung und Erweiterung des ISAF-Mandats hat der Sicherheitsrat immer wieder Bezug auf die Resolutionen 1368 und 1373 genommen und erneut zum Ausdruck gebracht, dass er die internationalen Bemühungen zur Beseitigung des Terrorismus im Einklang mit der Satzung der Vereinten Nationen unterstützt. Insbesondere fordert er die Staaten zur Zusammenarbeit auf, um terroristische Handlungen zu verhüten und zu bekämpfen.²⁰

Teile der Literatur sehen das Vorgehen der USA und ihrer Verbündeten daher in einen „Handlungsverbund der internationalen Gemeinschaft“ eingeordnet. Selbstverteidigungsrecht und (stillschweigende) Billigung durch die Vereinten Nationen würden die *Operation Enduring Freedom* ergänzend legitimieren. In dem Maße, wie das Selbstverteidigungsrecht (mit Beendigung der Selbstverteidigungslage) an Legitimationskraft verliere, trete eine Abstützung durch die Resolutionen des Sicherheitsrates komplementär hinzu.²¹

Die tatbestandlich unklare Rechtsfigur des „Handlungsverbundes“ vermag indes nicht über die Tatsache hinwegzutäuschen, dass für ISAF ein klares UN-Mandat besteht, für *Enduring Freedom* dagegen nicht. Beide Missionen blieben auch nach Beendigung des Afghanistan-Feldzuges von ihren Führungsstrukturen her getrennt. Gleichwohl zeigen die UN-Resolutionen der letzten Jahre, dass sich die Terrorismusbekämpfung in Afghanistan von einer ursprünglichen Selbstverteidigungsmaßnahme zu einer friedenssichernden Ordnungsmaßnahme erweitert hat, die vom Sicherheitsrat mit getragen wird.²²

Insoweit lässt sich auch vertreten, dass solche friedenssichernden Antiterrormaßnahmen „*im Rahmen und nach den Regeln eines kollektiven Sicherheitssystems*“ stattfinden, wie es das BVerfG für Auslandseinsätze der Bundeswehr fordert.²³ Das UN-Friedenssicherungssystem nach Kapitel VII hat sich ja niemals getreu den Buchstaben der Charta entwickeln können, sondern war von Anfang an einem Verände-

¹⁸ In der Präambel zu der Resolution 1386 (2001) v. 20. Dezember 2001 erklärt er seine „*Unterstützung der internationalen Bemühungen zur Ausrottung des Terrorismus*“ und „*seine Genugtuung über die Entwicklung in Afghanistan*.“

¹⁹ Das Petersberger Abkommen über vorläufige Regelungen in bezug auf Afghanistan während der Wiedererrichtung dauerhafter Regierungsinstitutionen (UN Doc. S/2001/1154 v. 5. Dezember 2001) gibt der Interimsverwaltung auf, in Kooperation mit der internationalen Gemeinschaft gegen terroristische Gewalt vorzugehen.

²⁰ Vgl. SR-Res. 1510 (2003) v. 13. Oktober 2003; Res. 1540 (2004) v. 28. April 2004; Res. 1566 (2004) v. 8. Oktober 2004.

²¹ M. Ruffert, a.a.O. (Fn. 5), S. 251.

²² T. Bruha, a.a.O. (Fn. 7), S. 411.

²³ BVerfGE 90, 286. Die Bundesregierung stützt ihre Anträge zu *Enduring Freedom* neben dem Selbstverteidigungsrecht auch auf die Resolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) des UN-Sicherheitsrates.

rungsprozess unterworfen.²⁴ Die Billigung der *Operation Enduring Freedom* durch den Sicherheitsrat, der das Vorgehen der Staaten nach Beendigung der Selbstverteidigungslage in den Handlungsverbund der internationalen Gemeinschaft einordnet und implizit legitimiert, wäre insoweit ein weiterer Schritt bei der Fortentwicklung des Systems kollektiver Sicherheit.

3. Vom humanitären Völkerrecht zu den Menschenrechten

Die grundsätzliche Anwendung des humanitären Völkerrechts auf Antiterrormaßnahmen wird – zumindest im „alten“ Europa – durchweg bejaht.²⁵ Terroristen erfahren (als „ungesetzliche Kombattanten“) zwar keine statusrechtliche Aufwertung zu Kriegsgefangenen i. S. d. III. Genfer Konvention, fallen aber als sonstige „geschützte Personen“ unter das IV. Genfer Abkommen. Nehmen sie unmittelbar an Kampfhandlungen teil, so können sie gleichwohl mit militärischen Mitteln bekämpft werden.²⁶

3.1. Zur Anwendung des humanitären Völkerrechts *post bellum*

Um die Regeln des humanitären Völkerrechts zur Anwendung zu bringen, muss die Terrorismusbekämpfung (als asymmetrischer Konflikt) in einen anerkannten Konflikt des Kriegsvölkerrechts münden, also die Anwendungsschwelle des internationalen oder des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts überschreiten. Ersterer ist in den Genfer Konventionen (GK) von 1949 samt dem ersten Zusatzprotokoll (ZP I), letzterer im zweiten Zusatzprotokoll (ZP II) von 1977 geregelt. Die Militäraktionen und Luftschläge gegen Stellungen der Taliban und Al Quaida führten im Jahre 2001 unbestritten zu einem internationalen bewaffneten Konflikt.²⁷ Spätestens seit der Amtsübernahme der Regierung *Karsai* im Sommer 2002 fehlt es jedoch nicht nur an einer Selbstverteidigungslage im Sinne des Art. 51 UN-Charta, sondern auch an einem kriegsähnlichen internationalen Primärkonflikt. Alliierte Antiterrorereinsätze stoßen nicht (mehr) auf den bewaffneten Widerstand der amtierenden Regierung, sondern erfolgen vielmehr auf deren Wunsch und mit deren Zustimmung.²⁸ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit die Normen des klassischen Kriegsvölkerrechts in dem bislang nur partiell befriedeten Staatswesen überhaupt angewendet werden können.²⁹

Ob der Kampf gegen den Terrorismus in Afghanistan das Ausmaß eines bewaffneten Konflikts annimmt, wie es selbst für die Anwendung der rudimentären Gewährleistungen im gemeinsamen Art. 3 GK erforderlich ist, lässt sich aufgrund der lückenhaften Informationslage nicht mit letzter Sicherheit beantworten. Die (Intensitäts-)Schwelle zum bewaffneten Konflikt im Rechtssinne wäre erreicht, wenn die terroristische Bedrohung Dimensionen eines bewaffneten Angriffs annimmt, der über sporadische Attentate und Anschläge hinausgeht. „Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte oder vereinzelt auftretende Gewalttaten, die nicht als bewaffnete Konflikte gelten“, sind von der Anwendung des

humanitären Völkerrechts ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 ZP II). Die terroristischen Gewaltakte müssten vielmehr Bestandteile eines umfassenden und zentral gesteuerten Planes sein, um sich zu Bausteinen eines bewaffneten Konflikts zusammenfügen zu lassen. Verfügt eine terroristische Organisation über genügend logistische Ressourcen, territoriale Kontrolle und Rückhalt in einem Bevölkerungsteil, und ist sie militärisch organisiert, um koordinierte Gewalthandlungen gegen die amtierende Regierung zu einem andauernden Phänomen werden zu lassen, so entsteht schnell eine Gemengelage aus Guerillakrieg und terroristischer Gewalt.³⁰ Beispiele solcher Gemengelagen finden sich in Tschetschenien, auf Sri Lanka (Tamilen), den Philippinen (Moros), in Kolumbien (Drogenkartelle) oder Peru („*Leuchtender Pfad*“). Terrorismusbekämpfung nimmt hier die Züge eines internen bewaffneten Konflikts an. Solche Konstellationen erfasst das 2. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen, das den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt regelt. Es erweist sich in Bezug auf Terrorismusbekämpfung jedoch nur als begrenzt anwendbar: Die Regelungen sind nämlich zugeschnitten auf paramilitärische und territorial verwurzelte Organisationsstrukturen (also auf das konventionelle „Guerilla-Profil“), nicht jedoch auf transnationale Terrornetzwerke.³¹ Allenfalls die in der paschtunischen Bevölkerung verwurzelten Taliban und *Hekmatyar*-Milizen, die sich im Raum Kandahar oder in die Grenzregionen zu Pakistan zurückgezogen haben und dort eine gewisse territoriale Kontrolle ausüben, weisen rechtliche Elemente einer „Guerilla-partei“ auf.

²⁴ Seit der Sicherheitsrat nach Beendigung des Ost-West-Konflikts auf Krisen mit militärischen Sanktionen reagieren kann, bedient er sich einer – in der Charta nicht vorgesehenen – sog. „Ermächtigungslösung“, wobei einzelne Staaten oder Staatengruppen zum Vorgehen gegen den Friedensbrecher *autorisiert* werden.

²⁵ Vgl. für viele *S. Oeter*, Terrorismus und Menschenrechte, in: Archiv des Völkerrechts 4 (2002), S. 437 ff.; *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 3), S. 893 f.; *T. Bruha*, a.a.O. (Fn. 7), S. 413 ff. Auch die Führungsweisung des Einsatzführungskommandos zu *Enduring Freedom* v. 16. November 2001 (Az. 31-72-00, Anlage F) geht von der Anwendung des humanitären Völkerrechts auf alle Konfliktparteien aus. Im Gegensatz zu ISAF existieren daher für *Enduring Freedom* auch keine speziellen *Rules of Engagement*.

²⁶ Gem. Art. 5 Abs. 1 GK IV bzw. Art. 51 Abs. 3 ZP I verliert seinen völkerrechtlichen Schutz, wer als Nicht-Kombattant unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt. Zur Anwendung des humanitären Völkerrechts auf terroristische Akte vgl. *S. Vöneky*, in: *D. Fleck* (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, Baden-Baden 2004, S. 147 ff. (151 f.); zum Status von Terroristen vgl. das Gutachten Nr. 245/2003 der *Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht* (Venedig-Kommission), in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2004, S. 343 ff.

²⁷ Die für das *ius ad bellum* (Art. 51 UN-Charta) wesentliche Frage, gegen wen sich die Gewaltanwendung richtet (staatliche Streitkräfte oder nicht-staatliche Organisation), spielt für die Anwendung des *ius in bello* keine Rolle.

²⁸ Völkerrechtliche Probleme wirft hingegen eine Intervention auf, die zwar nicht auf den bewaffneten Widerstand der örtlichen Regierung stößt, aber von dieser auch nicht ausdrücklich genehmigt, sondern – z. B. aus Gründen politischer Abhängigkeit oder weil es sich um einen *ailing state* handelt – untätig hingenommen wird.

²⁹ Der „Krieg gegen den internationalen Terrorismus“ dient offensichtlich nur als rhetorische Hülse, die ebenso wenig wie etwa der Krieg gegen die Drogen, den Hunger oder die Armut geeignet ist, *per se* die Anwendung des humanitären Völkerrechts zu begründen.

³⁰ *S. Oeter*, a.a.O. (Fn. 25), S. 439.

³¹ *T. Bruha*, a.a.O. (Fn. 7), S. 417 f.; ähnlich *C. Gaitanidis*, Bekämpfung des transnationalen Terrorismus und humanitäres Völkerrecht, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (2004), S. 132.

Um von einem bewaffneten Konflikt sprechen zu können, müssten aber auch die antiterroristischen Maßnahmen einer Regierung oder deren ausländische Helfer in kriegsähnlichen Formen erfolgen. Generell werden gezielte, punktuelle Zugriffe auf Terroristenlager (*snatch operations*) unterhalb der Anwendungsschwelle des humanitären Völkerrechts bleiben, solange sie nicht auf nennenswerte militärische Gegenwehr stoßen. In Afghanistan passen sich Taliban und Al-Quaida-Anhänger z.T. jedoch eher chamäleongleich ihrer Umwelt an und schlagen – getarnt als Bauern, Hirten oder Händler – vornehmlich aus dem Hinterhalt zu, wobei sie über Wochen in Höhlen und Verstecken ausharren. Aufgabenstellung und Vorgehensweise der Spezialeinsatzkommandos, insbesondere das Ausspähen, Beschatten oder Durchsuchen von Terroristenverstecken, haben eher polizeilichen (bzw. geheimdienstlichen) als militärischen Charakter.³²

Findet die Terrorbekämpfung also in Abstimmung mit der zuständigen Regierung statt und hat sie eher polizeilichen als militärischen Charakter, so ist für die Anwendung des humanitären Völkerrechts im Prinzip kein Raum mehr. Zwar gibt es Tendenzen, die „Grauzone“ unterhalb der Anwendungsschwelle des humanitären Völkerrechts durch spezifische Schutzgewährleistungen und (informelle) Verhaltenskodizes für Militär und Polizei zu „verrechtlichen“ (Stichwort: *San Remo Manual on the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*). Solange diese aber nicht verbindlich zur Verfügung stehen, muss zur Vermeidung eines „rechtsfreien“ Raums auf die internationalen Menschenrechtsgewährleistungen zurückgegriffen werden. Diese fungieren gegenüber dem spezielleren humanitären Völkerrecht als Auffangkategorie, sofern sie nicht derogiert³³ und im Ausland anwendbar sind.

3.2. Extraterritoriale Geltung von Menschenrechtsverpflichtungen

Während das Genfer Recht die Streitkräfte unabhängig von ihrem Einsatzort an die Vorschriften des humanitären Völkerrechts bindet (Art. 1 GK), erfordert die extraterritoriale Anwendung der internationalen Menschenrechte einen erhöhten Begründungsaufwand: Denn Art. 1 EMRK beschränkt die Anwendbarkeit der Konventionsrechte auf die der „Jurisdiktion“ (Hoheitsgewalt) eines Konventionsstaates unterstehenden Personen – Art. 2 des Internationalen Zivilpaktes beschränkt sie sogar auf „die im Staatsgebiet der Vertragsstaaten lebenden Personen“.

Die Rechtsprechung hat den Begriff der „Jurisdiktion“ extensiver ausgelegt und wendet die Verträge auch außerhalb ihres räumlichen Geltungsbereiches an, sofern staatliche Organe im Ausland die „effektive Kontrolle“ (über einen potentiellen Beschwerdeführer) ausüben.³⁴ Die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes in Straßburg bewegt sich derzeit zwischen zwei Polen: Während die Handlungen von Besatzungsregimen (wie die Türkei auf Nordzypern) an die EMRK gebunden bleiben, weil dort umfassende und effektive Hoheitsgewalt ausgeübt wird,³⁵ lehnte der Gerichtshof die Anwendung der EMRK auf Militäreinsätze ab, bei denen nur eine (bloße) Lufthoheit

über dem umkämpften Gebiet hergestellt wurde.³⁶ Ausgehend vom Territorialitätsprinzip ist der völkerrechtlich relevante Anknüpfungspunkt (*genuine link*) für extraterritoriale Menschenrechtsverpflichtungen also nicht in den „Wirkungen“ staatlichen Handelns im Ausland zu suchen – nicht jeder, der unter den negativen Folgen einer staatlichen Handlung zu leiden hat, ist automatisch schon dessen „Herrschaftsgewalt“ unterworfen –, sondern im *status passivus* des Menschenrechtspräzedenzents. Erst wenn ein Staat einer Person wie ein staatlicher Hoheitsträger gegenübertritt, entsteht zwischen beiden eine Beziehung (Subordinationsverhältnis), die es rechtfertigt, der betreffenden Person dieselbe grundrechtliche Rechtsstellung einzuräumen, die er im Inland gegenüber dem eingreifenden Staat hätte.³⁷

Die Straßburger Rechtsprechung hatte in einer Reihe von Fällen, in denen mutmaßliche Verbrecher von den Sicherheitskräften eines Konventionsstaates in Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden festgenommen und ins Heimatland verbracht wurden, die Anwendbarkeit der Konvention bejaht.³⁸ Dementsprechend fallen auch die extraterritorialen polizeiähnlichen Zugriffe auf Terroristen(verstecke) in Afghanistan unter das Menschenrechtsregime.

3.3. Konvergenz von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten – Auf dem Weg zu Standards einer humanen Terrorismusbekämpfung

Die unterschiedlichen Anwendungsschwellen bei den Menschenrechten und beim humanitären Völkerrecht führen also – je nach Lage im Einsatzland – zu einem „Patchwork“ disparater Regelwerke. Angesichts möglicher Eskalationsstufen (in Richtung militärische Konflikte) entsteht für die entsandten Soldaten eine kaum hinnehmbare rechtliche Ungewissheit über die gerade anzuwendenden Vorschriften. Da ein spezielles Regelwerk für Maßnahmen des Antiterrorkampfes – etwa ein „Destillat“ aus humanitärem Völkerrecht

³² Vgl. dazu allgemein T. Stodiek, Internationale Polizei als Alternative zur militärischen Konfliktbearbeitung im gleichnamigen Werk von H. Düringer / H. Scheffler (Hrsg.), Frankfurt 2002, S. 39 ff.

³³ Gem. Art. 15 EMRK können die Vertragsstaaten in einem Krieg oder einem anderen öffentlichen Notstand Maßnahmen treffen, die von den in der Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen. Abs. 2 normiert die sog. „notstandsfesten“ Menschenrechte.

³⁴ Im *General Comment* des Menschenrechtsausschusses vom 5. Mai 2003 (*General Comment on Article 2 – The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.3) heisst es zu Art. 2 IPBPR: „A State Party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of the forces of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party“.

³⁵ *Loizidou gegen die Türkei*, Urteil v. 25. März 1995, Serie A, Nr. 310.

³⁶ *Banković gegen 17 NATO-Staaten*, Entscheidung v. 12. Dezember 2001 (abgedr. in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2002, S. 133).

³⁷ R. Schmidt-Radefeldt, Die Menschenrechtsverpflichtungen von Streitkräften bei antiterroristischen Maßnahmen im Ausland, in: D. Fleck, a.a.O. (Fn. 26), S. 101 (109); zur extraterritorialen Jurisdiktion vgl. auch H. Krieger, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), S. 671; U. Erberich, Auslandseinsätze der Bundeswehr und EMRK, Köln u. a. 2004, S. 8 ff.

³⁸ Erinnert sei an den Terroristen „Carlos“ (*Sánchez Ramirez*) im Sudan, an den Nazi Klaus Barbie in Bolivien oder an Kurdenführer Öcalan in Kenia.

und Menschenrechten – nicht existiert, müssen die geltenden Verpflichtungen der Streitkräfte in der Grauzone unterhalb des bewaffneten Konflikts mit Blick auf die *Konvergenz* zwischen beiden Rechtsregimen ermittelt werden.³⁹ Hieraus ließen sich dann allgemeine Standards einer humanen Terrorismusbekämpfung ableiten, die unabhängig von der konkreten Lage im Einsatzgebiet zu beachten wären.

Zum derogationsfesten menschenrechtlichen „Marschgepäck“ der Soldaten bei antiterroristischen Maßnahmen⁴⁰ gehört das Verbot der Folter, einschließlich des Rechts auf humane Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 7 IPBPR), das Verbot, gefangene Terroristen an Staaten zu überstellen, die keine Gewähr für die Einhaltung des Folterverbots bieten (sog. *refoulement*-Verbot)⁴¹ sowie die Beachtung einiger verfahrensrechtlicher Gewährleistungen von inhaftierten Terroristen (z. B. Elemente der *habeas-corporis*-Garantie oder das Recht auf ein faires Verfahren).⁴² Im Vergleich zu den Regeln des humanitären Völkerrechts, die auf Terroristen Anwendung finden, ergeben sich *Übereinstimmungen* mit den grundlegenden Garantien aus dem gemeinsamen Art. 3 GK (bzw. aus Art. 75 ZP I, sofern ratifiziert), die ja im Kern menschenrechtliche Gewährleistungen beinhalten. Standards für die Terrorismusbekämpfung an der Schwelle zum bewaffneten Konflikt kristallisieren sich dabei unschwer heraus, zumal es im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob sich die staatlichen Verpflichtungen gegenüber inhaftierten Terroristen aus dem humanitären Völkerrecht oder aus den Menschenrechten speisen. Beide Regime haben geistesgeschichtlich identische Wurzeln und streben als oberstes Ziel den Schutz der Würde des Einzelnen an.

Unterschiede ergeben sich dagegen beim Recht auf Leben bzw. dem Privileg straffreien Tötens. In einem bewaffneten Konflikt können Terroristen, die sich an Kampfhandlungen beteiligen, als Freischärler (bzw. „ungesetzliche Kombattanten“) mit militärischen Mitteln bekämpft und getötet werden, wobei (nur) die allgemeinen humanitär-völkerrechtlichen Grenzen zu beachten sind (insbesondere existiert keine freie Wahl der Methoden und Mittel, Art. 35 ZP I). So dürfen etwa bei einem Angriff auf terroristische Operationsbasen Zivilpersonen und zivile Objekte nicht unverhältnismäßig in Mitleidenschaft gezogen werden (Art. 48 und 51 ZP I). Überdies sind heimtückische Tötungen von Terroristen verboten (Art. 37 ZP I). Polizeieinsätze unter Anwendung der Menschenrechte sind hingegen in ungleich stärkerem Maße an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden.⁴³ Die Frage nach der „Notwendigkeit“ einer Tötung, wie sie der EGMR im Rahmen des Art. 2 EMRK stellt, setzt eine Abwägung von Ziel und Mitteln einer militärischen Operation voraus, wobei die Gewaltanwendung strikt verhältnismäßig sein muss. Deutlich wird dies anhand des Falles *McCann u. a. gegen Großbritannien*, der die Tötung dreier mutmaßlicher RAF-Terroristen auf Gibraltar durch die *Special Air Forces* betraf. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof sah die gravierenden Mängel bei der Vorbereitung und Durchführung des Einsatzes als Verletzung des Rechts auf Leben gem. Art. 2 EMRK an, da ein letaler Ausgang des Einsatzes nachgerade unvermeidlich gewesen war.⁴⁴ Der Fall *McCann* scheint die vom Gerichtshof bislang

geübte Rücksichtnahme auf spezielle Problemlagen der staatlichen Terrorismusbekämpfung aufzukündigen. Offenbar ist der Gerichtshof zum Schutze des Rechts auf Leben (der Terroristen) sogar bereit, einen gewissen taktischen Rückstand des Staates gegenüber den Aktionen von Terroristen hinzunehmen. Hieran wird deutlich, dass für polizeiliche Antiterrorereinsätze in Friedenszeiten andere Maßstäbe gelten, als für Einsätze unter Kriegsbedingungen.

Indes mutet es illusorisch an, alliierte Antiterrorkommandos in den unwirtlichen Grenzgebieten zwischen Afghanistan und Pakistan auf die Beachtung der strengen Maßstäbe des Menschenrechtsregimes verpflichten zu wollen, wie sie unter Friedensbedingungen im Inland gelten. Die besonderen Umstände in Konflikt- oder Notstandsgebieten legen eher eine Verschränkung (bzw. kumulative Anwendung) beider Rechtsregime nahe.⁴⁵ Bei extraterritorialen Antiterrorereinsätzen, die an der Schwelle zum bewaffneten Konflikt stattfinden, wird man Inhalt und Reichweite der menschenrechtlichen Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK, d. h. insbesondere die Anforderungen an Planung und Durchführung der Operation, *im Lichte des humanitären Völkerrechts* interpretieren müssen. Will heißen: Um ermitteln zu können, was eine (verbotene) willkürliche Beraubung des Lebens unter kriegsähnlichen Bedingungen (an der Schwelle zum bewaffneten Konflikt) darstellt, müssen u. a. die Regelungen über die Mittel und Methoden der Kriegsführung für die Interpretation der Menschenrechte herangezogen werden. Dieser Auslegungsmethode folgte etwa die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte im *Tablada*-Gutachten.⁴⁶

³⁹ Vgl. zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht den gleichlautenden Beitrag von H.-J. Heintze, Zum Verhältnis von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 4 (2003), S. 172 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu die vom *Ministerkomitee des Europarates* (<http://www.coe.int>) am 11. Juli 2002 verabschiedeten *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*.

⁴¹ Art. 3 der Anti-Folterkonvention lautet: *Ein Vertragsstaat darf eine Person nicht an einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden.* Eine Parallele zum humanitären Völkerrecht findet sich in Art. 12 GK III: Danach dürfen vom Gewahrsamsstaat Kriegsgefangene nur dann einer anderen Macht übergeben werden, wenn dieser sich vergewissert hat, dass diese Macht willens und in der Lage ist, das Abkommen einzuhalten. Das *refoulement*-Verbot gilt unstreitig für jede Form der Überstellung und Auslieferung. Andere Formen der Kooperation, z. B. die Weitergabe von Informationen über Terroristenverstecke an Drittstaaten, begründen hingegen noch keine menschenrechtliche Verantwortung – selbst wenn Terroristen aufgrund dieser Informationen Gefahr laufen, gefasst und dann gefoltert zu werden.

⁴² Danach darf niemand ohne hinreichende Verdachtsmomente festgenommen und ohne richterliche Anordnung auf unbestimmte Zeit festgehalten werden (Art. 5 EMRK, Art. 9 und 10 IPBPR). Im Strafverfahren sind bestimmte Grundsätze – etwa das Recht auf einen Anwalt – zu beachten (Art. 6 EMRK).

⁴³ Art. 2 EMRK sieht eine Tötung *nicht* als Verletzung des Rechts auf Leben, „wenn sie sich aus einer Gewaltanwendung ergibt, die **unbedingt erforderlich ist, um jemanden rechtmäßig festzunehmen**“.

⁴⁴ Urteil vom 27. September 1995, Serie A, Nr. 324. Der Gerichtshof monierte die mangelhafte Ausbildung und Bewaffnung der Sicherheitskräfte, die fehlende Abgabe eines Warnschusses sowie die defizitären, auf bloßen Hypothesen beruhenden Einschätzungen der Behörden.

⁴⁵ Von einer Offenheit des Kriegsvölkerrechts für den Menschenrechtsschutz geht insb. Art. 72 ZP I aus.

⁴⁶ Case 11.137, Inter-Am.C.H.R., No. 55/97, para 161 (1997). Dabei ging es um einen Angriff von 42 bewaffneten Personen auf die La-Tablada-Kaserne der argentinischen Streitkräfte am 30. Oktober 1997.

Auch der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat im *Bamaca-Velasquez*-Fall Art. 3 der GK zur Interpretation der Pflichten nach der AMRK herangezogen.⁴⁷ Schließlich hat der EGMR auf das humanitäre Völkerrecht zurückgegriffen, als es um Maßnahmen der türkischen Sicherheitskräfte in den Kurdengebieten ging.⁴⁸

Die Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts bei der Interpretation des Rechts auf Leben senkt (im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung) die Anforderungen an die Durchführung von solchen Antiterroroperationen, die an der Schwelle zum bewaffneten Konflikt stattfinden. Die daraus resultierenden menschenrechtlichen Verpflichtungen der Streitkräfte gehen zwar immer noch deutlich über das bloße kriegsvölkerrechtliche Verbot der heimtückischen Tötung hinaus; die Anforderungen an Planung und Durchführung einer Antiterroroperation bleiben jedoch im Ergebnis hinter dem strengeren menschenrechtlichen Maßstab des Falles *McCann* zurück. Konkret müssen die Streitkräfte also nicht alles Menschenmögliche tun, um einen letalen Ausgang der Operation zu vermeiden – dem Verbot willkürlichen Tötens ist vielmehr schon dann Genüge getan, wenn Planung und Durchführung des Einsatzes vom Willen zur Festnahme des Terroristen getragen sind. Dieser vergleichsweise „abgemilderte“ Maßstab konstituiert gleichsam den Standard für Antiterroroperationen in der „Grauzone zwischen Krieg und Frieden“.

Das eingangs zitierte Bundestagsmandat für *Enduring Freedom* geht davon aus, dass die Operation zum Ziel hat, „Führungs- und Ausbildungseinrichtungen von Terroristen **auszuschalten** und Terroristen zu **bekämpfen**“. Diese eindeutig auf bewaffnete Konflikte zugeschnittene Terminologie steht damit im Widerspruch zu den menschenrechtlichen Verpflichtungen der Streitkräfte im Antiterrorkampf. Es müsste vielmehr klargestellt werden, dass ein „Bekämpfen“ bzw. „Ausschalten“ von Terroristen unter dem Vorbehalt des Verbotes willkürlichen Tötens aus Art. 2 EMRK steht. Dies bedeutet, dass ein letaler Ausgang niemals das Ziel einer Antiterroroperation sein darf, sondern soweit als möglich vermieden werden muss.⁴⁹ Bundestagsmandat und Führungsweisung müssten insoweit an die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen angepasst werden.

4. Ergebnis

Die Terrorismusbekämpfung in Afghanistan seit dem 11. September 2001 zeigt, wie sich die rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen der *Operation Enduring Freedom* weiterentwickelt und „verschoben“ haben. So hat der UN-Sicherheitsrat – ohne den USA ein explizites Mandat für *Enduring Freedom* zu erteilen – die staatlichen Antiterrormaßnahmen gleichwohl anerkannt und gebilligt und die Terrorismusbekämpfung zu einer Angelegenheit der gesamten Staatengemeinschaft gemacht. Im Zuge des von den Vereinten Nationen unterstützten Petersberg-Prozesses hat sich die Terrorismusbekämpfung in Afghanistan von einer ursprünglichen Selbstverteidigungsmaßnahme zu einer friedenssichernden Ordnungsmaßnahme erweitert, welche vom Sicherheitsrat mit getragen und von den örtlichen Regierun-

gen in Kabul und Islamabad gebilligt wird. Dabei wird das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung vom Regime der kollektiven Sicherheit überlagert und schließlich ganz abgelöst. Staatliche Antiterrormaßnahmen sind völkerrechtlich daher nicht allein durch die Einwilligung der Aufenthaltsstaaten gedeckt, sondern werden gleichzeitig in den Handlungsverbund der internationalen Gemeinschaft eingeordnet. Während die Erweiterung des Selbstverteidigungsrechts auf nicht-staatliche Akteure (Terrornetzwerke) wegen Art. 51 UN-Charta völkerrechtlich nicht möglich ist, erlaubt die Einordnung der Terrorismusbekämpfung in den Handlungsverbund der UN auch eine Beteiligung der Bundeswehr nach Art. 24 Abs. 2 GG.

Aufgrund der Weiterentwicklung von *Enduring Freedom* zu einem polizeilichen Antiterrorereinsatz mit Zustimmung der örtlichen Regierung liegen die Voraussetzungen eines „bewaffneten Konflikts“ nicht mehr vor. Um einen „rechtsfreien Raum“ der Terrorismusbekämpfung unterhalb der Anwendungsschwelle des bewaffneten Konflikts zu vermeiden, müssen sich die Rahmenbedingungen vom humanitären Völkerrecht in Richtung Menschenrechte verschieben. Die Gewährleistungen der EMRK oder des internationalen Zivilpaktes, die bei polizeiähnlichen Antiterroroperationen im Ausland extraterritoriale Geltung beanspruchen, stellen (derogationsfeste) Mindestanforderungen an die Behandlung und Rechtsstellung gefangener Terroristen (Art. 15 Abs. 2 EMRK), die mit den Standards des humanitären Völkerrechts (insb. Art. 3 GK) weitgehend übereinstimmen. Allein das menschenrechtliche Verbot willkürlicher Tötungen (Art. 2 EMRK) stellt mit Blick auf die Planung und Durchführung von Antiterroroperationen höhere Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als das humanitäre Völkerrecht. Bei Einsätzen an der Schwelle zum bewaffneten Konflikt erweist sich jedoch der strenge menschenrechtliche Verhältnismäßigkeitsmaßstab als überzogen. Eine Auslegung der menschenrechtlichen Gewährleistung im Lichte (d. h. unter Berücksichtigung) des humanitären Völkerrechts führt indes zu „abgemilderten“ Anforderungen, die als Indikator für die *Willkürlichkeit* einer Tötung im Sinne des Art. 2 EMRK herangezogen werden können.

Die Konvergenz zwischen Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht führt insoweit zu Standards einer humanen Terrorismusbekämpfung, die unabhängig von der Lage im Einsatzgebiet gelten. Die erklärten Ziele der *Operation*

⁴⁷ Inter-Am. Ct.H.R. (Ser. C) No. 70 (2000). In dem Fall ging es um einen Guerillakämpfer, der während einer Schlacht in die Hände des guatemaltekischen Militärs fiel und von den Soldaten gefoltert und ermordet wurde. Guatemala und die Menschenrechtskommission waren aber von der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts ausgegangen.

⁴⁸ Vgl. etwa *Güleç gegen Türkei* (Urteil v. 27. Juli 1998). Dieser *riot-control*-Fall betraf die Auseinandersetzung zwischen einem Schützenpanzer und gewaltsamen Demonstranten (darunter vorgeblich auch Terroristen) in der türkischen Provinz Sırnak, wo der Notstand ausgerufen war. Im Fall *Ergi gegen die Türkei* (Urteil v. 28. Juli 1998) äußerte sich der EGMR zur Rechtmäßigkeit eines Angriffsziels und zur Verhältnismäßigkeit eines Angriffs.

⁴⁹ Die Anforderungen an die „Vermeidungsstrategie“ richten sich danach, ob man eine strenge (wie im Fall *McCann*) oder eine „abgemilderte“ Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt.

Enduring Freedom, die in einem rein kriegsvölkerrechtlichen Kontext stehen, geraten damit in Widerspruch zu den weitergehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen der Streitkräfte im Antiterrorkampf unterhalb der Schwelle zum bewaffneten Konflikt.

Die Weiterentwicklung der Terrorismusbekämpfung zu einer friedenssichernden Ordnungsmaßnahme unter prinzipieller Anwendung des Menschenrechtsregimes erweist sich als erstes Anzeichen für eine „Pazifisierung“ des Krieges gegen den internationalen Terrorismus.

State-Building im Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Herausforderung für die internationale Gemeinschaft

Mehrdad Payandeh*

The humanitarian catastrophe in Somalia and the dismemberment of the former Yugoslavia have confronted the international community with the phenomenon of the ‘failed state’. As a response to this development, the concept of State-building tries to compensate for the lack of efficient State power and aims at recreating political, economical, and legal foundations for a sustainable and stable State system. The article analyses the concept of State-building within the United Nations peacekeeping system. First, the evolution of the UN peacekeeping system and, in particular, the development of peacekeeping operations (“blue helmet operations”) are described. State-building, as undertaken in Kosovo and East-Timor for the first time, can be regarded as the ‘fourth generation’ of UN peacekeeping operations, although it decidedly departs from the traditional concept of the latter. The article then examines the legal framework governing this new kind of UN operations. Although peacekeeping operations are not referred to in the founding document of the United Nations, articles 41 and 42 of the UN Charter provide a sufficient legal basis for State-building missions. Within the institutional framework of the United Nations, the main responsibility for the establishment of such operations lies with the Security Council, leaving a –highly controversial– subsidiary competence to the General Assembly. Owing to the principle of non-intervention, either a Security Council Resolution under Chapter VII of the UN Charter or the consent of the affected State are required for a State-building operation. With regard to the rules governing the operation, legal parameters can be derived not only from the – very broad – Security Council Resolutions installing the mission but also and primarily from the fundamental principles of international law, namely the principle of self-determination, the principle of sovereignty, human rights obligations, and the rule of law.

1. Einleitung

Die Stellung des Staates in der internationalen Ordnung ist von einem merkwürdigen Paradoxon geprägt. Auf der einen Seite gerät der klassische Nationalstaat westlicher Prägung und mit ihm das Völkerrecht, dessen Theorie und Praxis sich ganz am Leitbild des souveränen Staates orientieren, zunehmend in die Kritik. Das internationale Staatensystem stellt bis heute keinen Garant für Frieden und Sicherheit in der Welt dar, die reflexartige Berufung auf staatliche Souveränität steht einer effektiven Durchsetzung der Menschenrechte entgegen und blockiert die Verfolgung fundamentaler Gemeinschaftsinteressen, wie den Schutz der Umwelt und der natürlichen Lebensgrundlagen oder auch einen gerechten Welthandel. Ein allein an Staaten ausgerichtetes internationales System scheint den Herausforderungen zunehmender Interdependenz sowie dem mit der Globalisierung einhergehenden Verlust an Steuerungsfähigkeit nicht gewachsen zu sein. Angriffe auf das Souveränitätsdogma¹ sowie den Ausschließlichkeitsanspruch des Staates im völkerrechtlichen System² gehen einher mit einer Neubelebung der Frage nach der Daseinsberechtigung des Staates.³ Und auch in Anbetracht der fortschreitenden europäischen Integration, die im – wenn auch stockenden – Konstitutionalisierungsprozess ihren vorläufigen Höhepunkt zu nehmen scheint, wird das Ende des souveränen Nationalstaates prophezeit.⁴ Auf der anderen Seite hält das internationale System beharrlich am Staat als der grundlegenden Bezugs-

größe fest; als allzu voreilig haben sich die zu allen Zeiten angestimmten Abschiedsgesänge auf den Staat erwiesen. Der Staat ist immer noch das primäre und einzig originäre Völkerrechtssubjekt, das sowohl Völkerrecht als auch internationale Politik dominiert. Selbst das Erscheinen weiterer internationaler, in ihrer Bedeutung und ihrem Einfluss nicht zu unterschätzender Handlungseinheiten, wie internationaler und supranationaler Organisationen, Nichtregierungsorganisationen (NGOs) und Individuen, konnte den Staat nicht aus seiner zentralen Rolle verdrängen. Der Staat erscheint weiterhin alternativlos, zu Beginn des 21. Jahrhunderts sind weder nicht-staatliche noch überstaatliche Akteure in der Lage, die staatliche Gemeinschaft vollständig zu ersetzen.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht (Prof. Dr. R. Alexander Lorz, LL.M.) der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Beitrag stellt die erweiterte Fassung eines Vortrags dar, den der Verfasser im Rahmen eines Seminars der Friedrich-Naumann-Stiftung sowie der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen im April 2005 in Gummersbach gehalten hat. Für ihre Diskussionsbereitschaft und wertvollen Anregungen danke ich Herrn Professor Lorz sowie Lars Mammen.

¹ Immer noch grundlegend *H. Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Auflage, Tübingen 1928, S. 320; sowie *ders.*, Allgemeine Staatslehre, Berlin u. a. 1925, S. 103 ff.

² Siehe statt vieler *C. Schreuer*, The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?, in: *European Journal of International Law* 4 (1993), S. 447 ff.

³ *P. Saladin*, Wozu noch Staaten?, Bern 1995.

⁴ Siehe statt vieler nur *E. Denninger*, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, in: *Juristenzeitung* 2000, S. 1121 ff.

Auf schmerzhaft Art und Weise kulminierte diese Erkenntnis in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts durch das Auftauchen eines neuen Phänomens: den Zerfall von Staaten infolge von Bürgerkriegen, wirtschaftlichem Zusammenbruch oder Interventionen von außen.⁵ Die humanitäre Katastrophe in Somalia prägte den Begriff des *Failed State* und die Dismembration Jugoslawiens zwang den Europäern die politische Auseinandersetzung mit der Problematik auf. Warlords und Taliban in Afghanistan haben der Welt vor Augen geführt, dass der Wegfall zentralisierter Staatsgewalt nicht nur Gefahren für die jeweilige Bevölkerung mit sich bringt, sondern ein enormes Bedrohungspotential über Staatsgrenzen hinaus entfaltet. Und die täglichen Medienberichte über die Katastrophe im Irak spiegeln die in jeder Hinsicht verheerenden Zustände eines in Anarchie versinkenden Staates ohne effektive Staatsgewalt wider. Die Antwort der internationalen Gemeinschaft auf den als eine der zentralen Herausforderungen für die internationale Ordnung erkannten Staatenzerfall lautet State-Building.⁶ Staatliche Strukturen, wie insbesondere Verwaltung und Sicherheitsapparat, sollen mit externer Hilfe wiederaufgebaut werden, die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit und die Einleitung von Reformen zielen auf die Etablierung stabiler und selbständiger Staatlichkeit ab. Hierbei kommt den Vereinten Nationen eine zentrale Rolle zu. In der Entwicklung friedenserhaltender Maßnahmen, den so genannten *Peacekeeping Operations*, lässt sich eine neue Dimension des State-Buildings ausmachen. UN-mandatierte *Peacekeeping* Missionen, bestehend sowohl aus militärischen als auch zivilen Komponenten, werden nicht nur unterstützend tätig, sondern übernehmen selbst in weit reichendem Maße elementare hoheitliche Ordnungsfunktionen eines Staates. Sie ergänzen nicht nur, sondern ersetzen die Staatsgewalt – zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum. In der Literatur wurde hierfür bereits der Begriff der *Peace Support and Governance Operations* geprägt.⁷ Der vorliegende Beitrag möchte an die vorwiegend in der Politikwissenschaft geführte Diskussion um das State-Building im Rahmen von friedenserhaltenden Maßnahmen der Vereinten Nationen anknüpfen und einen völkerrechtlichen Beitrag hierzu leisten.⁸ Dazu wird zunächst eine Eingliederung des State-Buildings in das Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen vorgenommen (2) und anschließend der Frage nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit dieser neuen Einsatzform nachgegangen (3). Schließlich sind die völkerrechtlichen Grundprinzipien daraufhin zu untersuchen, ob sie Vorgaben für die Durchführung und Zielsetzung der Mission enthalten (4).

2. State-Building im Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen

Grundlage des Friedenssicherungssystems der Vereinten Nationen bildet das umfassende und absolute Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta, von dem die Charta als einzige Ausnahmen das Selbstverteidigungsrecht im Falle eines bewaffneten Angriffs (Art. 51 UN-Charta) sowie die vom Sicherheitsrat beschlossenen kollektiven Zwangsmaßnahmen (Art. 42 UN-Charta) vorsieht.⁹ Für den Fall eines zwischenstaatlichen Konflikts enthält die UN-Charta in Kapitel VI Maßnahmen der friedlichen Streitbeilegung und Kapitel

VII begründet bei einer Bedrohung oder einem Bruch des Friedens Kompetenzen des Sicherheitsrates zur zwangsweisen Erzwingung des Friedens. Reicht ein nicht-militärisches Vorgehen (Art. 41 UN-Charta) nicht aus, um die Friedensbedrohung zu beseitigen, so kann der Sicherheitsrat gemäß Art. 42 UN-Charta als *ultima ratio* militärische Sanktionen beschließen. Die Art. 43 ff. UN-Charta etablieren ein echtes System zentralisierter Anwendung von Zwangsgewalt im Sinne einer UN-Armee, zu deren Errichtung es freilich mangels entsprechender Bereitschaft der Staatenwelt bislang nicht gekommen ist. Vielmehr mussten die Vereinten Nationen sich damit begnügen, einzelne Staaten zum militärischen Vorgehen gegen Friedensbrecher zu ermächtigen.¹⁰ Das System der Friedenssicherung durch Zwang, so wie es der Charta ursprünglich zugrunde lag, stellte sich in der Zeit des Kalten Krieges aufgrund der Pattsituation im Sicherheitsrat als weitestgehend nicht realisierbar dar.

2.1. Die Entwicklung des UN Peacekeepings

Neue Formen zur Lösung von Konflikten mit erheblichem internationalen Bedrohungspotential mussten gefunden werden, Methoden, die weniger auf Zwang als vielmehr auf Konsens und Kooperation zur Friedenssicherung setzten. Aus dieser Notwendigkeit heraus entstanden die „Peacekeeping Operationen“ der Vereinten Nationen.¹¹ Peacekeeping Operationen („Blauhelmeinsätze“) werden üblicherweise in verschiedene Generationen eingeteilt.¹² Peacekeeping Operationen der ersten Generation bestehen vorwiegend aus militärischen Einsätzen, bei denen Blauhelmsoldaten Waffenstillstandsabkommen oder Grenzen beobachten und eine Pufferfunktion zwischen den Konfliktparteien wahrnehmen. Wesentliche Kennzeichen dieses traditionellen Peacekeepings sind die Zustimmung der beteiligten Parteien als notwendige

⁵ Zur völkerrechtlichen Bewertung *M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt im Völkerrecht: „The Failed State“, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 34 (1996), S. 49 ff.

⁶ Die Literatur zu diesem Thema ist nahezu unüberschaubar, siehe aus neuerer Zeit nur *F. Fukuyama*, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca (New York) u. a. 2004. Neben dem Begriff des State-Buildings werden synonym oder mit leicht abweichenden Implikationen auch die Bezeichnungen „Nation-Building“, „Peacebuilding“ oder „Institution-Building“ verwandt.

⁷ *W. Kühne*, UN-Friedenseinsätze verbessern – Die Empfehlungen der *Brahimi-Kommission*, in: *S. von Schorlemer*, *Praxishandbuch UNO*, Berlin u. a. 2003, S. 718.

⁸ Siehe hierzu auch die monographische Aufarbeitung von *M. Forster*, *Nation-Building durch die internationale Gemeinschaft – Eine völkerrechtliche Analyse der Verwaltungsmission der Vereinten Nationen im Kosovo und in Osttimor*, Göttingen 2005.

⁹ Die Feindstaatenklausel des Art. 107 UN-Charta, die Maßnahmen gegen die im Zweiten Weltkrieg besiegten Staaten vom Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta ausnimmt, stellt einen Anachronismus dar, der spätestens mit der Aufnahme Japans (1956) sowie der Bundesrepublik und der DDR (1973) als Mitglieder der Vereinten Nationen jegliche praktische Bedeutung verloren hat.

¹⁰ Überblick bei *H. Fischer*, in: *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004, § 60 Rn. 18 ff.

¹¹ Umfassend zu Hintergrund und Geschichte des Peacekeepings *M. Bothe*, in: *B. Simma*, *The Charter of the United Nations, A Commentary* Vol. I, 2. Auflage, München 2002, S. 660 ff.

¹² Zur Einteilung vgl. *D. Rossbacher*, *Friedenssicherung – am Beispiel der Interimsverwaltung der Vereinten Nationen im Kosovo (UNMIK)*, Hamburg 2004, S. 24 ff.

Voraussetzung des Einsatzes, die Neutralität und Unparteilichkeit der UN-Truppen sowie deren bloß leichte Bewaffnung und Anwendung von Waffengewalt nur zum Zwecke der Selbstverteidigung. Damit befinden sich die friedenserhaltenden Einsätze im Grenzbereich zwischen friedlicher Streitbeilegung nach Kapitel VI und den eingriffsintensiveren Maßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta. Sie werden daher als „Kapitel VI^{1/2} Maßnahmen“ kategorisiert.¹³ Peacekeeping Operationen der ersten Generation spiegeln das politische Umfeld des Kalten Krieges wider. In der Vergangenheit führten sie nur selten zur tatsächlichen Lösung eines Konflikts, sondern dienten primär der Eindämmung und Vermeidung einer Eskalation. Ein klassisches Beispiel dieser Art von Operationen stellt der UNFICYP-Einsatz in Zypern dar.¹⁴ Seit 1964 stehen UN-Blauhelme buchstäblich zwischen dem türkisch-zypriotischen Norden und dem griechisch-zypriotischen Südtteil der Insel und überwachen die Grenze sowie die Einhaltung des faktisch bestehenden Waffenstillstandes. Eine politische Lösung des Konflikts konnte bislang nicht erreicht werden. Die Wiedervereinigung der Insel ist trotz der intensiven Bemühungen des UN-Generalsekretärs, sowie des Auftriebs, den das Projekt vor dem Hintergrund der EU-Osterweiterung erfahren hat, bislang ausgeblieben.

Insbesondere seit Beginn der 90er Jahre änderte sich das Erscheinungsbild der Peacekeeping Operationen und es entstand die zweite Generation.¹⁵ Neben die Entsendung militärischer Einheiten treten zunehmend zivile Experten, die nicht-militärische Aufgaben wie die Beobachtung von Wahlen, die Einhaltung der Menschenrechte, die Koordination der Flüchtlingsrückkehr, Entwaffnung von Kombattanten sowie die Unterstützung der Regierung bei der Verwaltung des Landes übernehmen. Den Blauhelmen kommt eine aktivere Rolle zu und sie greifen gestaltend in den Konflikt ein. Es wird nicht nur Peacekeeping im eigentlichen Sinne betrieben, sondern es werden auch Maßnahmen der Friedenskonsolidierung (Peacebuilding) getroffen. Konflikte sollen nicht nur eingefroren, sondern nachhaltig gelöst werden.

Übergriffe auf Blauhelmsoldaten ließen sich nie vermeiden, doch die Erfahrungen in Somalia und Bosnien führten der Staatengemeinschaft die Grenzen dessen vor Augen, was eine nur leicht bewaffnete und nicht zum Gewalteininsatz ermächtigte Einsatztruppe in Krisengebieten erreichen kann. Der Sicherheitsrat reagierte auf diese gestiegenen Herausforderungen, indem er die Missionen erstmals dazu autorisierte, militärischen Zwang nicht nur zur Selbstverteidigung, sondern auch zur Erreichung der Missionsziele einzusetzen.¹⁶ Auch der Schutz der Zivilbevölkerung oder die Absicherung humanitärer Transporte konnten mit Waffengewalt durchgesetzt werden. Das so genannte „Robust Peacekeeping“ als dritte Generation friedenserhaltender Missionen war geboren.¹⁷ Mittlerweile hat sich das robuste Peacekeeping als regelmäßige Einsatzform durchgesetzt und auch die von UN-Generalsekretär *Kofi Annan* eingesetzte Kommission zur Untersuchung der UN-Friedensoperationen kommt in ihrem Bericht (sog. *Brahimi-Report*) zu dem Schluss, dass der Einsatz von Waffengewalt zur Erreichung der Missionsziele

gerechtfertigt und – vor dem Hintergrund des Völkermords in Ruanda – auch moralisch geboten sein kann.¹⁸ Unparteilichkeit dürfe nicht als bedingungslose Neutralität interpretiert werden, sondern müsse unter Befolgung der Prinzipien der UN-Charta sowie vor dem Hintergrund der Missionsziele verstanden werden. Einsätze mit „robustem“ Mandat bewegen sich somit in einem Grenzbereich zwischen klassischer Friedenssicherung (Peacekeeping) und Friedenserzwingung (Peace-Enforcement). Die Nähe zu den militärischen Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta führt zur Einordnung des Robust Peacekeeping als Maßnahmen nach „Kapitel VI^{3/4}“.

2.2. State-Building als vierte Generation der Peacekeeping Operationen

Mit den Einsätzen im Kosovo sowie in Osttimor hat das UN Peacekeeping eine neue Qualität erreicht. Nach den Luftangriffen der NATO gegen Jugoslawien schuf der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit der Resolution 1244 sowohl die Grundlage für die NATO-geführte *Kosovo Force* (KFOR) als auch für die *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo* (UNMIK).¹⁹ Humanitäre Situation, Sicherheitslage und politische Instabilität der Region infolge der ethnisch motivierten Auseinandersetzungen ließen eine internationale Übergangsverwaltung für den Kosovo notwendig erscheinen. In Osttimor entschieden sich am 30. August 1999 im Rahmen eines Referendums 78,5 Prozent der Bevölkerung gegen den Status begrenzter Autonomie innerhalb Indonesiens und für die vollständige Unabhängigkeit. Die sich anschließenden gewaltsamen Übergriffe der indonesischen Armee sowie pro-indonesischer Milizen konnten zwar durch den Einsatz einer *International Force for East Timor* (INTERFET) beendet werden,²⁰ hinterließen aber ein zerstörtes Land, das nicht in der Lage war, selbständig mit der humanitären Situation sowie der Flüchtlingsproblematik umzugehen. Daher setzte der Sicherheitsrat am 25. Oktober 1999 die *United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET) ein.²¹ Kosovo und Osttimor zeigen, dass ganz unterschiedliche politische Missstände zur Erforderlichkeit von State-Building Bemühungen führen können. Die Ursache kann in rein innerstaatlichen Vorgängen begründet oder durch eine Intervention von außen bedingt sein. Die Entwicklung in den beiden Fällen zeigt deutlich den generellen Anwendungsbereich des

¹³ T. Stein/C. von Buttlar, *Völkerrecht*, 11. Auflage, Köln u. a. 2005, S. 340.

¹⁴ UN Doc. S/RES/186 v. 4. März 1964.

¹⁵ Hierzu F.-E. Hufnagel, *UN-Friedensoperationen der zweiten Generation*, Berlin 1996.

¹⁶ UN Doc. S/RES/814 v. 26. März 1993 sowie UN Doc. S/RES/836 v. 4. Juni 1993.

¹⁷ Hierzu W. Kühne, *Völkerrecht und Friedenssicherung in einer turbulenten Welt: Eine analytische Zusammenfassung der Grundprobleme und Entwicklungsperspektiven*, in: *ders.*, *Blauhelme in einer turbulenten Welt*, Baden-Baden 1993, S. 51 ff.

¹⁸ Report of the Panel on United Nations Peace Operations, UN Doc. A/55/305-S/2000/809 v. 21. August 2000, Ziff. 48 ff.

¹⁹ UN Doc. S/RES/1244 v. 10. Juni 1999.

²⁰ UN Doc. S/RES/1264 v. 15. September 1999.

²¹ UN Doc. S/RES/1272 v. 25. Oktober 1999, verlängert durch UN Doc. S/RES/1338 v. 31. Januar 2001.

State-Buildings auf: Dieses kann erst dann zum Einsatz gelangen, wenn die kriegerischen Auseinandersetzungen ein Ende gefunden haben. Regelmäßig geht der Einsetzung einer UN-Übergangsverwaltung bereits eine militärische Intervention voraus, welche die Rahmenbedingungen für den weitergehenden Aufbau staatlicher Strukturen und Institutionen schafft.

Trotz sehr unterschiedlicher Rahmenbedingungen und Verläufe der Missionen weisen UNMIK und UNTAET große Gemeinsamkeiten im Hinblick auf das erteilte Mandat auf. In beiden Fällen übernehmen die Vereinten Nationen die vollständige Verantwortung für die Verwaltung des Landes in Form einer treuhändischen Übergangsverwaltung. Den UN-Missionen werden durch das Sicherheitsratsmandat ausdrücklich exekutive Kompetenzen zugeteilt, sie üben Hoheitsgewalt auf staatlichem Territorium aus, die ursprünglich der Staatsgewalt vorbehalten war. Die drei Staatsfunktionen Legislative, Exekutive und Judikative werden auf die Mission übertragen. Aufgabe der jeweiligen Mission ist es, Sicherheit und Ordnung zu etablieren, eine funktionierende Verwaltung aufzubauen, zivile und soziale Dienste zu errichten, die humanitäre Hilfe zu koordinieren, die notwendigen Voraussetzungen für die Selbständigkeit sowie Rahmenbedingungen für eine nachhaltige Entwicklung zu schaffen. Die Vereinten Nationen verwalten diese Treuhandgebiete und bauen die entsprechenden politischen Rahmenbedingungen und staatlichen Strukturen auf, mit dem Ziel, den Staat wieder in die Unabhängigkeit zu entlassen oder – im Fall des Kosovo – Stabilität und Sicherheit zu gewährleisten bis über den letztendlichen Status des Gebietes entschieden wird.

Die sowohl weite als auch komplexe Aufgabenstellung sowie die Übertragung der gesamten Verantwortung schlägt sich in der inhaltlichen Autorisierung nieder. Im Fall Osttimors ermächtigte der Sicherheitsrat die UNTAET dazu „to take all necessary measures to fulfil its mandate“.²² UNTAET und insbesondere der vom Generalsekretär als Übergangsverwalter eingesetzte Spezielle Repräsentant verfügten dadurch über einen enormen Handlungsspielraum. Auch die sehr allgemein formulierten Zielbestimmungen der Mission vermögen kaum eine Konkretisierung der Befugnisse zu bewirken. Im Vergleich zu den traditionell eng und restriktiv formulierten Resolutionen zur Entsendung von Blauhelmeinsätzen kommt das UNTAET-Mandat einer Generalermächtigung gleich. Anwendbares Recht sowie die genauen Befugnisse der Mission werden nicht vom Sicherheitsrat festgesetzt, sondern vom Speziellen Repräsentanten durch entsprechende Verordnungen. Insofern lässt sich von einer *de facto* Alleinherrschaft sprechen.

Die *Peace Support and Governance* Operationen im Kosovo sowie in Osttimor zeichnen sich sowohl durch die Komplexität der Aufgaben als auch durch den Umfang der Kompetenzen aus. Sie üben nicht nur einzelne nicht-militärische Funktionen aus, wie dies auch im Rahmen von Einsätzen der zweiten Generation geschieht, und verfügen über ein robustes Mandat, sondern übernehmen in bisher ungekanntem Ausmaß politische und administrative Verantwortung für ein bestimmtes Territorium. Diese Weiterentwicklung bisheriger

Formen friedenserhaltender Einsätze stellt sich als neue Dimension der Friedenssicherung dar und rechtfertigt es, von einer vierten Generation der Peacekeeping Operationen zu sprechen.²³ Gleichzeitig stellt sie einen Paradigmenwechsel im Recht der Friedenssicherung dar. Die Grundsätze der Neutralität und Unparteilichkeit, unverzichtbare Merkmale des klassischen Peacekeepings, lassen sich bei den umfassenden State-Building-Mandaten nur begrenzt beibehalten. Soweit die Vereinten Nationen die alleinige Verwaltung eines Staatsgebietes treuhändisch übernehmen, übernehmen sie auch die Verantwortung für die dortige Bevölkerung. Sie sind dann dafür verantwortlich, die Interessen des Volkes beim Staatsaufbau zu vertreten und zwar auch nach außen, gegenüber anderen Staaten sowie der internationalen Gemeinschaft.

3. Völkerrechtliche Zulässigkeit von State-Building-Einsätzen

Unabhängig davon, ob es sich bei den Einsätzen im Kosovo und in Osttimor um erste Erscheinungen einer neuen Einsatzform oder besondere Ausnahmefälle handelt, stellen sich eine Reihe völkerrechtlicher Fragen im Kontext der State-Building-Missionen. Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen erlangen insbesondere in Anbetracht des weiten Aufgabenbereichs sowie der offenen und umfassenden Ermächtigung Bedeutung und müssen zur Konkretisierung des Mandats herangezogen werden. Neben der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von State-Building-Einsätzen unter UN-Mandat lassen sich aus materiellen völkerrechtlichen Grundsätzen inhaltliche Vorgaben und Grenzen des State-Buildings ableiten.

3.1. Rechtsgrundlage für State-Building-Missionen

Es stellt sich zunächst die Frage nach der Kompetenz der Vereinten Nationen. Weder traditionelle Peacekeeping Operationen noch State-Building-Einsätze finden eine ausdrückliche Grundlage in der UN-Charta. Dennoch besteht weitgehende Einigkeit hinsichtlich der generellen Zulässigkeit der Entsendung friedenserhaltender Missionen durch die Vereinten Nationen.²⁴ Zur Begründung werden unterschiedliche normative Anknüpfungspunkte herangezogen. Teilweise wird auf die Kompetenzen des Sicherheitsrates im Rahmen der friedlichen Streitbeilegung nach Kapitel VI der UN-Charta verwiesen. Mag dies für die traditionelle erste Generation der friedenserhaltenden Maßnahmen einen gangbaren Weg darstellen, so lassen sich zumindest robuste Mandate nicht auf dieser Grundlage durchführen. Die wohl herrschende Auffassung leitet die Zuständigkeit der Vereinten Nationen daher aus einer Gesamtschau der Aufgaben-

²² UN Doc. S/RES/1272 v. 25. Oktober 1999, Ziff. 4.

²³ Ebenso D. Rossbacher, a.a.O. (Fn. 12); Ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung findet sich bei M. J. Matheson, United Nations Governance of Postconflict Societies, in: American Journal of International Law 95 (2001), S. 76 ff.

²⁴ Zur Frage der Rechtsgrundlage A. Orakhelashvili, The Legal Basis of the United Nations Peacekeeping Operations, in: Virginia Journal of International Law 43 (2003), S. 485 ff.; M. Bothe, a.a.O. (Fn. 11), S. 648 ff.; F.-E. Hufnagel, a.a.O. (Fn. 15), S. 25 ff.

zuweisungs- und Kompetenznormen der Kapitel VI und VII der UN-Charta sowie aus der *implied powers* Lehre ab.²⁵ Da die Friedenssicherungspraxis der Vereinten Nationen von der Staatengemeinschaft akzeptiert und durch die Bereitstellung von Truppen und zivilem Personal unterstützt wird, lässt sich mittlerweile auch eine völkergewohnheitsrechtliche Zulässigkeit annehmen.²⁶ Auch der Internationale Gerichtshof bestätigt die Zulässigkeit der Peacekeeping Operationen.²⁷

Die Zulässigkeit von State-Building-Einsätzen allein mit dem Verweis auf die bisherige Praxis der Vereinten Nationen zu begründen, begegnet im Hinblick auf die neue Qualität, die diesen Einsätzen sowohl im Aufgabenumfang als auch in der Ermächtigungreichweite zukommt, Bedenken. Auch erscheint ein Rückgriff auf die „*implied powers*“ oder eine Gesamtschau der Kompetenzen nur dann geboten, wenn sich der Charta keine konkrete Ermächtigungsgrundlage entnehmen lässt. Zunächst könnte man eine Anwendung des Kapitels XII der UN-Charta über das internationale Treuhandsystem erwägen. Indes beruhen die modernen UN-Verwaltungsmissionen nicht auf einem staatlichen Abkommen, sondern einem Beschluss des Sicherheitsrates, der sich erkennbar nicht auf Kapitel XII der UN-Charta stützen wollte. Überdies schließt Art. 78 UN-Charta die Anwendung des Treuhandsystems auf Hoheitsgebiete, die bereits Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen geworden sind, kategorisch aus. Kapitel XII der Charta scheidet damit als Rechtsgrundlage für *Peace Support and Governance* Operationen aus, steht aber der Zulässigkeit auf der Grundlage anderer Charta-Vorschriften nicht entgegen.²⁸ Die Zulässigkeit der Errichtung einer internationalen Zivilverwaltung könnte sich aus Art. 41 UN-Charta ergeben, ebenso kommt Art. 42 UN-Charta als taugliche Ermächtigungsgrundlage für das in diesem Rahmen erforderliche Vorgehen mit Waffengewalt in Frage. Dafür müssten die Voraussetzungen des Art. 39 UN-Charta vorliegen und State-Building eine nach Art. 41, 42 UN-Charta zulässige Handlungsalternative darstellen.

3.1.1. Voraussetzungen nach Art. 39 UN-Charta

Bevor der Sicherheitsrat eine Maßnahme nach Art. 41, 42 UN-Charta beschließen kann, muss er gemäß Art. 39 UN-Charta feststellen, ob eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens vorliegt. Im Zentrum der Auseinandersetzung steht die Frage nach dem Friedensbegriff. Einigkeit besteht dahingehend, dass alle mit Waffengewalt ausgetragenen Konflikte zwischen zwei oder mehreren Staaten eine Bedrohung beziehungsweise einen Bruch des Friedens darstellen. Jeder Verstoß gegen das Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta kann daher mit Maßnahmen nach Kapitel VII geahndet werden. Nach diesem *negativen* Friedensbegriff kann man Frieden als Abwesenheit gewaltsamer Konflikte zwischen Staaten definieren.²⁹ Seit dem Ende des Kalten Krieges ist in der Praxis des Sicherheitsrats eine Lösung aus diesem engen Begriffsverständnis zu verzeichnen. Zunehmend bezieht der Rat humanitäre, soziale, wirtschaftliche oder ökologische Faktoren ein, wenn er über eine Friedensbedrohung entscheidet. Auch das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit spielt eine immer geringere Rolle, vermehrt werden rein innerstaatliche Vorgänge als Friedensbedrohung qualifiziert. Im Fall Süd-

rhodesien betrachtete der Sicherheitsrat schon 1965 eine einseitige Unabhängigkeitserklärung als Friedensbedrohung³⁰ und auch das südafrikanische Apartheidregime löste Maßnahmen nach Kapitel VII aus.³¹ Der Irak sah sich nicht nur wegen des Überfalls auf Kuwait,³² sondern auch aufgrund der Unterdrückung der kurdischen Zivilbevölkerung im eigenen Land³³ internationalen Sanktionen ausgesetzt. Die katastrophalen humanitären Zustände im zerfallenen Staat Somalia³⁴ und die systematische Tötung der Zivilbevölkerung in Ruanda³⁵ stellten Friedensbedrohungen im Sinne des Art. 39 UN-Charta dar. Auch im Rahmen dieser Ausweitung der Friedenssicherungspraxis hat der Sicherheitsrat sich jedoch stets bemüht, Anknüpfungspunkte für eine Friedensbedrohung im traditionellen Sinne zu finden. So hebt er nicht nur die innerstaatlichen Missstände hervor, sondern verweist zugleich auf die Konsequenzen, die ein innerstaatlicher Konflikt für Nachbarstaaten oder die Stabilität einer Region haben kann. Insbesondere im Fall gravierender Menschenrechtsverletzungen sind es – zumindest nach dem Wortlaut der einschlägigen Resolutionen – nicht die Rechtsverletzungen selbst, welche die Zuständigkeit des Sicherheitsrats nach Kapitel VII begründen, sondern die daraus resultierenden massiven grenzüberschreitenden Flüchtlingsströme, die zu einer erheblichen Destabilisierung einer gesamten Region führen könnten. Der Wandel von einem rein negativen zu einem *positiven* Friedensbegriff, der über die Abwesenheit von Krieg hinaus materielle Mindestanforderungen für ein friedliches Zusammenleben und eine stabile internationale Ordnung beinhaltet, wurde nicht offen vollzogen. Diese Zurückhaltung hat der Rat in seiner jüngeren Praxis aufgegeben. Die Vertreibung des rechtmäßig gewählten Präsidenten *Aristide* in Haiti konstituierte nach Ansicht der Sicherheitsratsmitglieder eine Gefahr für den Frieden und die internationale Sicherheit,³⁶ ebenso die humanitäre Situation in Osttimor.³⁷ In beiden Fällen bezieht sich der Sicherheitsrat auf innerstaatliche Vorgänge und verzichtet weitgehend darauf, grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte für eine Friedensbedrohung zu benennen. Vor dem Hintergrund der Offenheit des Friedensbegriffs sowie der Einschätzungsprärogative des Sicherheitsrates stellt diese

²⁵ Statt vieler *E. Suy*, *United Nations Peacekeeping System*, in: *R. Bernhardt*, *EPIL IV*, Amsterdam u. a. 2000, S. 1144.

²⁶ *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 13), S. 340.

²⁷ *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Rep. 1962, S. 177.

²⁸ Vgl. *C. Stahn*, *International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges ahead*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 61 (2001), S. 130; anders noch *H. Kelsen*, *The Law of the United Nations*, New York 1951, S. 651.

²⁹ *M. Bothe*, in: *W. Graf Vitzthum*, *Völkerrecht*, 3. Auflage, Berlin 2004, S. 619.

³⁰ UN Doc. S/RES/217 v. 20. November 1965.

³¹ UN Doc. S/RES/418 v. 4. November 1977.

³² UN Doc. S/RES/678 v. 29. November 1990.

³³ UN Doc. S/RES/688 v. 5. April 1991.

³⁴ UN Doc. S/RES/794 v. 3. Dezember 1992.

³⁵ UN Doc. S/RES/929 v. 22. Juni 1994.

³⁶ UN Doc. S/RES/841 v. 16. Juni 1993 sowie UN Doc. S/RES/940 v. 31. Juli 1994.

³⁷ UN Doc. S/RES/1264 v. 15. September 1999.

Praxis eine völkerrechtlich zulässige Auslegung dar. Rechtspolitisch ist die Kompetenzausdehnung durch den Sicherheitsrat allerdings ambivalent zu bewerten: Auf der einen Seite ermöglicht das weite Verständnis von Frieden ein internationales Einschreiten bereits im Frühstadium eines Konflikts, auf der anderen Seite eröffnet der konturlose Friedensbegriff die Möglichkeit eines kaum zu kontrollierenden Machtmissbrauchs durch die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates.³⁸ Nach dem weiten Verständnis von Frieden ist die für das State-Building in Frage kommende Situation eines instabilen Staates, dem der Zerfall und das Abgleiten in die Anarchie droht, jedenfalls als Bedrohung für den Frieden nach Art. 39 UN-Charta einzuordnen, da sie zum einen von schweren Menschenrechtsverletzungen begleitet wird und zum anderen grenzüberschreitende Folgen für die betreffende Region mit sich bringt.

3.1.2. Art. 41, 42 UN-Charta als Rechtsgrundlage für State-Building

Hat der Sicherheitsrat nach Art. 39 UN-Charta eine entsprechende Bedrohung oder einen Bruch des Friedens festgestellt, so kann er Maßnahmen nach Art. 41, 42 UN-Charta beschließen, die gemäß Art. 25 UN-Charta für alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen völkerrechtliche Bindungswirkung entfalten. Die Etablierung einer internationalen Zivilverwaltung wird nicht ausdrücklich erwähnt, könnte aber unter die „*measures not involving the use of force*“ nach Art. 41 UN-Charta fallen. Dabei sind neben Wortlaut und Systematik der Vorschrift auch die Praxis der Vertragsparteien sowie das Telos der Norm und ergänzend die Entstehungsgeschichte des Vertrages („*travaux préparatoires*“) heranzuziehen.³⁹ Der weite Wortlaut spricht für die Einbeziehung von State-Building-Einsätzen und auch die Aufzählung konkreter Maßnahmen in Satz 2 steht dieser Auslegung nicht entgegen. Der Katalog stellt keine abschließende Enumeration dar, sondern nur Beispiele für mögliche Handlungsformen.⁴⁰ Auch die Anwendungspraxis spiegelt ein weites Verständnis der Ermächtigungsgrundlage wider. Maßnahmen wie die Errichtung der internationalen Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien⁴¹ sowie Ruanda⁴² und Sierra Leone⁴³ wurden auf Art. 41 UN-Charta gestützt, ohne auf den grundsätzlichen Widerspruch der Staatengemeinschaft gestoßen zu sein.

Im Hinblick auf das Telos des Kapitel VII sowie des Friedenssicherungssystems insgesamt, die Wahrung des Weltfriedens,⁴⁴ erscheint es erforderlich, dem Sicherheitsrat Handlungsmechanismen an die Hand zu geben, mit denen er nicht nur effektiv auf eine Friedensbedrohung reagieren kann, sondern mit denen er auch den sich ständig wandelnden neuen Herausforderungen der internationalen Ordnung begegnen kann. Zwischenstaatliche kriegerische Konfrontationen, die ganze Jahrhunderte der internationalen Beziehungen geprägt haben und vor deren Hintergrund die UN-Charta entstanden ist, sind zwar nicht gänzlich von der Weltkarte verschwunden, werden aber zunehmend von ganz oder überwiegend innerstaatlichen Auseinandersetzungen sowie Konflikten mit grenzüberschreitend tätigen nicht-staatlichen Akteuren, die gravierende regionale und inter-

nationale Bedrohungspotentiale beinhalten, überlagert. Die teleologische Auslegung der Kompetenzen unter Kapitel VII muss die gewandelte Konfliktstruktur zu Beginn des 21. Jahrhunderts berücksichtigen und damit auch das Phänomen des *Failed State*, auf das die Vereinten Nationen mit dem Instrument des State-Buildings reagieren.

Der Gedanke einer weiten und dynamischen Auslegung der Kompetenzen des Sicherheitsrates wird von der zunehmend Beachtung findenden These der Konstitutionalisierung des Völkerrechts bekräftigt⁴⁵. Beurteilt man den qualitativen sowie quantitativen Wandel des Völkerrechts als Konstitutionalisierungsprozess und sieht die UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft an, so lassen sich die Grundsätze, die im Rahmen der nationalen Verfassungslehre entwickelt wurden, zumindest partiell auf die internationale Ebene transferieren.⁴⁶ Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses kann die Charta in verfassungsrechtlicher Lesart, d. h. insbesondere in dynamischer, evolutionärer Weise ausgelegt werden.⁴⁷ Wortlaut und Entstehungsgeschichte spielen danach eine untergeordnete Rolle, die Auslegung erfolgt unter teleologischen Gesichtspunkten und mit dem Ziel, ein zeitgemäßes Verständnis der Charta zu erreichen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Mandatierung von State-Building-Einsätzen, das heißt die Unterstellung eines staatlichen Territoriums unter die Zivilverwaltung der Vereinten Nationen, von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 41 UN-Charta gedeckt ist.⁴⁸ Sofern – wie bei Einsätzen dieser Art erforderlich – die Mission auch zur Anwendung von Gewalt befugt sein soll, ist zusätzlich auf Artikel 42 UN-Charta zurückzugreifen. Die Art. 41 und 42 UN-Charta stellen somit eine hinreichende Rechtsgrundlage für State-Building-Missionen nach den Vorbildern UNMIK und UNTAET dar.⁴⁹

³⁸ H. Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 60 Rn. 8.

³⁹ Vgl. Art. 31 und 32 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) v. 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 926 ff. bzw. UNTS Bd. 1155, S. 331 ff., deren Auslegungsgrundsätze kraft völkergewohnheitsrechtlicher Geltung auch auf die UN-Charta Anwendung finden.

⁴⁰ M. Bothe, a.a.O. (Fn. 29), S. 621.

⁴¹ UN Doc. S/RES/827 v. 25. Mai 1993.

⁴² UN Doc. S/RES/955 v. 8. November 1994.

⁴³ UN Doc. S/RES/1315 v. 14. August 2000.

⁴⁴ Vgl. nur die Präambel, Art. 1 Nr. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 39 sowie Art. 42 UN-Charta.

⁴⁵ Grundlegend A. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien u. a. 1926; zur Konstitutionalisierungsthese B. Fassbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, in: Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), S. 538–568; A. L. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, München 2001, S. 285–328; B.-O. Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: Der Staat 42 (2003), S. 61 ff.

⁴⁶ Vgl. A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 1984, S. vii–viii sowie 221.

⁴⁷ B. Fassbender, a.a.O. (Fn. 45), S. 595 ff.

⁴⁸ M. Bothe, a.a.O. (Fn. 11), S. 685.

⁴⁹ Wie hier N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 99 ff.; D. Rossbacher, a.a.O. (Fn. 12), S. 91 f.; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 28), S. 131.

3.1.3. Organkompetenz

Aufgrund der Aufgabenzuweisung in Art. 24 UN-Charta sowie seiner Befugnisse nach Kapitel VII besteht kein Zweifel, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Kompetenz hat, friedenserhaltende Missionen zu mandatieren. Einigkeit besteht auch dahingehend, dass dem Generalsekretär zwar eine wichtige Rolle bei der Initiative und Durchführung derartiger Einsätze zukommt, er aber nicht befugt ist, diese selbständig zu errichten.⁵⁰ Schwieriger gestaltet sich die Frage nach einer entsprechenden Zuständigkeit der Generalversammlung. Die Art. 10 sowie 11 Abs. 2 der UN-Charta gestehen der Generalversammlung das Recht zu, sich mit Fragen, die den Weltfrieden und die internationale Sicherheit berühren, zu befassen. Diese Zuständigkeit der Generalversammlung hat der IGH ausdrücklich bekräftigt.⁵¹ Allerdings ist zu beachten, dass die Resolutionen der Generalversammlung grundsätzlich nur empfehlenden Charakter haben und ihnen keine völkerrechtliche Verbindlichkeit zukommt. Einsätze gegen den Willen eines Staates oder gar „robuste“ Mandate kann die Generalversammlung nicht beschließen. Ferner ist die Generalversammlung nach Art. 11 Abs. 2 UN-Charta verpflichtet, eine Frage an den Sicherheitsrat zu verweisen sofern „*action is necessary*“ und Art. 12 UN-Charta begründet die Subsidiarität der Generalversammlung gegenüber dem Sicherheitsrat in sicherheitspolitischen Fragen. Die herrschende Auffassung geht daher davon aus, dass allein der Sicherheitsrat dafür zuständig ist, Peacekeeping Operationen zu beschließen.⁵² Die Frage hat erheblich an praktischer Bedeutung verloren, da der einzige Fall, in dem die Generalversammlung eine Friedenstruppe aufgestellt hat, 1956 auf der Grundlage der angenommenen Reservekompetenz (*Uniting for Peace*⁵³) und angesichts der Pattsituation im Sicherheitsrat erfolgte (UNEF I⁵⁴). Seitdem ist es der Sicherheitsrat, der über das Ob und Wie einer Friedensmission entscheidet⁵⁵. Brisanz und Aktualität kann die Frage allerdings wiedererlangen, wenn der Sicherheitsrat, wie beispielsweise in der Darfur-Krise, politisch blockiert ist. Ob die Generalversammlung die Einigkeit und Entschlossenheit aufbringt, die Befugnisse zur Friedenssicherung anstelle des Sicherheitsrates wahrzunehmen, bleibt abzuwarten.

3.2. Interventionsverbot

State-Building-Einsätze stellen eine eingriffsintensive Einmischung in die inneren Angelegenheiten des betroffenen Staates dar und geraten daher in Konflikt mit dem Interventionsverbot des Art. 2 Nr. 7 UN-Charta. Dieses grundlegende Ordnungsprinzip des Völkerrechts, das auch gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen kann, dient dem Schutz der staatlichen Souveränität.⁵⁶ Auch der *Failed State* ist völkerrechtlich betrachtet souverän und unterfällt dem Schutz der Völkerrechtsordnung, so dass es einer Rechtfertigung für die Intervention bedarf.⁵⁷ Unproblematisch ist dies der Fall, sofern eine Sicherheitsratsresolution nach Kapitel VII der UN-Charta die Grundlage für den Einsatz bildet. Art. 2 Nr. 7 2. Halbsatz UN-Charta nimmt die Beschlüsse nach Kapitel VII ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Interventionsverbotes aus⁵⁸. Die Berufung auf den *domaine réservé* steht der Zulässigkeit friedenssichernder Maßnahmen des

Sicherheitsrates somit nicht entgegen. Sofern die Übertragung staatlicher Funktionen auf die Vereinten Nationen nicht auf einem Mandat nach Kapitel VII beruht, kommt die Zustimmung der beteiligten Konfliktparteien als Rechtfertigungsgrund für die Intervention in Betracht. Der UNTAC-Operation in Kambodscha beispielsweise lag zwar eine Resolution des Sicherheitsrates zugrunde, diese erging allerdings nicht unter Kapitel VII der UN-Charta.⁵⁹ Daher war die Zustimmung Kambodschas zur Mission erforderlich. Das Einverständnis des betroffenen Staates kann in einem solchen Fall als Verzicht auf seine Rechte aus Art. 2 Nr. 7 UN-Charta angesehen werden.⁶⁰

Dennoch ist ein Sicherheitsratsbeschluss auf der Grundlage der Art. 41, 42 UN-Charta der bloßen Zustimmung als Rechtfertigungsgrund vorzuziehen. Zum einen kann – insbesondere im Fall des *Failed State* – problematisch sein, welches Organ dazu legitimiert ist, der temporären Übertragung der Staatsgewalt auf die Vereinten Nationen zuzustimmen. Darüber hinaus besteht die jederzeitige Möglichkeit, dass der Staat sein Einverständnis zurücknehmen kann. Der UN-Einsatz müsste dann unverzüglich abgebrochen werden, unabhängig davon, ob die für Frieden und internationale Sicherheit erforderliche Stabilität und innerstaatliche Ordnung bereits hergestellt wurden. Rechtssicherheit und Effektivität der Friedensmission kann nur ein Sicherheitsratsbeschluss nach Kapitel VII der UN-Charta gewährleisten. Nichtsdestotrotz kommt dem Konsens der Inhaber der Staatsgewalt sowie aller anderen beteiligten Parteien eine entscheidende Bedeutung für den State-Building-Einsatz zu.⁶¹ Militärische und zivile Einheiten sind in hohem Maße auf die Akzeptanz der noch bestehenden staatlichen Funktionsträger sowie der Bevölkerung angewiesen. Staatsaufbau kann nicht allein von außen erfolgen, sondern setzt die Kooperationsbereitschaft des Staates bzw. der verbleibenden staatlichen Strukturen voraus.

4. Völkerrechtliche Vorgaben für die Durchführung von State-Building-Missionen

Gegen die völkerrechtliche Zulässigkeit des State-Buildings gibt es somit keine grundsätzlichen Bedenken. Doch die

⁵⁰ K. Rudolph, in: R. Wolfrum, *United Nations: Law, Policies and Practice*, Vol. II, München 1995, S. 961 f.

⁵¹ *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Rep. 1962, S. 163.

⁵² Statt vieler M. Bothe, a.a.O. (Fn. 11), S. 685 f.

⁵³ UN Doc. A/RES/377 v. 3. November 1950.

⁵⁴ UN Doc. A/RES/998 (ES-I) v. 4. November 1956, UN Doc. A/RES/1000 (ES-I) v. 5. November 1956 und UN Doc. A/RES/1001 (ES-I) v. 7. November 1956.

⁵⁵ H. Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 60 Rn. 29.

⁵⁶ Umfassend D. C. Dicke, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, Baden-Baden 1978, S. 18 ff.

⁵⁷ Restriktiv M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 5), S. 58 ff.

⁵⁸ Dies gilt ungeachtet des Wortlauts für alle Maßnahmen nach Kapitel VII, vgl. G. Nolte, in: B. Simma, *The Charter of the United Nations, A Commentary* Vol. I, 2. Auflage, München 2002, Art. 2 (7), S. 169.

⁵⁹ UN Doc. S/RES/745 v. 28. Februar 1992; ausführlich F.-E. Hufnagel, a.a.O. (Fn. 24), S. 95 ff.

⁶⁰ F.-E. Hufnagel, a.a.O. (Fn. 24), S. 300 ff.

⁶¹ Hierzu auch W. Kühne, a.a.O. (Fn. 7), S. 718.

Bedeutung des Völkerrechts erschöpft sich nicht in der Frage nach der Zulässigkeit. Auch im Hinblick auf Durchführung und Zielsetzung der Mission lassen sich konkrete Vorgaben aus den fundamentalen Grundprinzipien des Völkerrechts ableiten.

4.1. Selbstbestimmungsrecht der Völker

Wesentliche Bedeutung kommt dabei dem Selbstbestimmungsrecht der Völker zu. Als Zielbestimmung ist der Grundsatz der Selbstbestimmung bereits in Art. 1 Nr. 2 sowie Art. 55 der UN-Charta verankert und nach der Bekräftigung des Selbstbestimmungsrechts in zahlreichen Resolutionen⁶² sowie der Aufnahme als subjektives Recht aller Völker in die UN-Menschenrechtspakte⁶³ ist seine völkerrechtliche Geltung unbestritten. Vielfach wird dem Rechtssatz der Rang einer *ius cogens*-Norm zugesprochen und er damit der Disposition einzelner Staaten entzogen.⁶⁴ Gewohnheitsrechtliche Geltung und herausragende Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts werden auch vom IGH anerkannt.⁶⁵ Zunehmend setzt sich schließlich die Erkenntnis durch, dass auch der Staat und die staatliche Souveränität sich nur vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts der Völker rechtfertigen lassen.⁶⁶ Die völkerrechtliche Anerkennung kann jedoch nicht über die Konturlosigkeit des Selbstbestimmungsrechts hinwegtäuschen. Streitigkeiten bestehen zunächst im Hinblick auf das Bezugsobjekt, da dem Völkerrecht kein einheitlicher Volksbegriff zugrunde liegt,⁶⁷ und auch der Inhalt des Rechts ist unklar. Kontrovers diskutiert wird beispielsweise, ob aus dem äußeren Selbstbestimmungsrecht ein Recht auf Sezession abgeleitet werden kann.⁶⁸ Das innere Selbstbestimmungsrecht berechtigt das Volk zwar zur freien Gestaltung der staatlichen Ordnung, unklar ist aber, ob sich hieraus auch ein Recht auf eine bestimmte Staatsform ergibt. Schließlich bereitet die völkerrechtliche sowie politische Durchsetzung des Rechts Probleme, so dass eine starke Diskrepanz zwischen normativem Anspruch und politischer Faktizität besteht.

Dennoch bewirkt das Selbstbestimmungsrecht eine Konkretisierung des völkerrechtlichen Rahmens für State-Building-Bemühungen. Einen grundlegenden Teilaspekt des Selbstbestimmungsrechts stellt die Freiheit von äußerer Fremdbestimmung dar. Es ist offensichtlich, dass die Übertragung sämtlicher Staatsfunktionen auf eine UN-Übergangsverwaltung mit dieser Freiheit in Konflikt gerät. Eine völkerrechtswidrige Verletzung des Selbstbestimmungsrechts kann aber in den bisher erfolgten State-Building-Einsätzen nicht festgestellt werden, da diese mit der Zustimmung des betroffenen Volkes erfolgten.⁶⁹ Zudem dient die temporäre Suspendierung gerade der Realisierung und Absicherung des Selbstbestimmungsrechts auf lange Sicht.

Bedeutung erlangt das Selbstbestimmungsrecht daher weniger für die Frage nach der Zulässigkeit einer *Peace Support and Governance* Operation, als vielmehr für deren konkrete Ausgestaltung und Zielsetzung. Aus dem Selbstbestimmungsrecht ergibt sich die völkerrechtliche Vorgabe, den Staatsaufbau nach den Vorstellungen der Bevölkerung zu betreiben und dieser keine Staatsform zu oktroyieren. Das

Volk ist möglichst frühzeitig in den Staatsaufbau einzubeziehen, der Volkswille ist umfassend zu berücksichtigen. Eine solche Berücksichtigung der Willensbildung des Volkes kann durch Wahlen, Referenden oder Plebiszite umgesetzt werden, diesbezügliche Vorgaben hinsichtlich der konkreten Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts lassen sich dem Völkerrecht nicht entnehmen.⁷⁰ Ferner sind die wesentlichen Staatsfunktionen auf Repräsentanten des Volkes zu übertragen. Die schrittweise Einbindung der Bevölkerung in den staatlichen Wiederaufbauprozess konnte man im Fall Osttimor beobachten. Zunächst wurde ein bloß beratendes nationales Gremium (*National Consultative Council*) geschaffen, später ein Nationalrat (*National Council*), der die gesellschaftlichen Strukturen Osttimors widerspiegelte und befugt war, legislative Akte auszuarbeiten. Die UNTAET errichtete zudem acht Verwaltungsabteilungen, die unter Beteiligung lokaler Vertreter und gemeinsam mit dem Leiter der Übergangsverwaltung eine Art Regierungskabinetten bildeten. Die Einbeziehung der Bevölkerung kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Letztentscheidungsrecht weiterhin beim Speziellen Repräsentanten lag, die UNTAET somit sowohl rechtlich als auch faktisch alleiniger Inhaber der Macht blieb.⁷¹ Dies änderte sich erst am 30. August 2001 mit der Wahl einer konstituierenden Versammlung (*Constituent Assembly*), die eine Verfassung nach portugiesischem Vorbild ausarbeitete. *Xanana Gusmão* wurde am 14. April 2002 zum Präsidenten gewählt und am 20. Mai 2002 erlangte Osttimor formell die volle Unabhängigkeit.

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob sich aus dem Selbstbestimmungsrecht ein Recht auf Demokratie ableiten lässt.⁷²

⁶² Vgl. insbesondere die Friendly Relations Declaration, UN Doc. A/2625 (XXV) v. 24. Oktober 1970.

⁶³ Art. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) v. 16. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1534 ff. bzw. UNTS Bd. 999, S. 171 ff. sowie Art. 1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) v. 16. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1570 ff. bzw. UNTS Bd. 993, S. 3 ff.

⁶⁴ S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, S. 257 ff.

⁶⁵ East Timor, Jurisdiction and Admissibility, ICJ Rep. 1995, S. 90; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, ICJ Rep. 1986, S. 14.

⁶⁶ S. Oeter, Souveränität – ein überholtes Konzept?, in: H.-J. Cremer, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, S. 285 f.

⁶⁷ H.-J. Heintze, in: K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004, § 28 Rn. 4 ff.

⁶⁸ Dazu K. Doehring, in: B. Simma, *The Charter of the United Nations*, A Commentary Vol. I, 2. Auflage, München 2002, S. 57 f.

⁶⁹ N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 117.

⁷⁰ H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 67), § 27 Rn. 18 f.; siehe aber auch die Betonung der Wichtigkeit periodischer Wahlen in der Resolution der Generalversammlung UN Doc. A/RES/54/150 v. 17. Dezember 1999.

⁷¹ Daher kritisch J. C. Beauvais, Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor, in: New York University Journal of International Law & Policy 33 (2001), S. 1101.

⁷² Grundlegend T. M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance, in: American Journal of International Law 86 (1992), S. 46; siehe auch R. A. Lorz, International Constraints on Constitution-Making, in: E. Riedel, *Constitutionalism – Old Concepts, New Worlds*, 2005, S. 152 ff.; ausführlich zur Diskussion D. Brühl-Moser, Die Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts der Völker unter besonderer Berücksichtigung seines innerstaatlich-demokratischen Aspekts und seiner Bedeutung für den Minderheitenschutz, Basel u. a. 1994.

Hieraus würde sich die Aufgabe der Demokratisierung als völkerrechtsverbindliche Zielvorgabe des State-Buildings ergeben. Dem klassischen „Westfälischen“ Völkerrecht liegt ein Pluralismus der Ideologien zugrunde, der eine Gleichberechtigung aller Staatsformen durch das Völkerrecht zur Folge hat.⁷³ Fragen der innerstaatlichen Verfasstheit werden als völkerrechtlich irrelevant eingestuft und unterliegen dem durch das Interventionsverbot abgeschirmten *domaine réservé*.⁷⁴ Deutlichen Niederschlag erfährt dieser Grundsatz im Staatsbegriff des Völkerrechts, der allein auf die Effektivität der Staatsgewalt abstellt, Fragen der Legalität sowie Legitimität hingegen außer Acht lässt.⁷⁵ Nichtsdestotrotz erfährt das Prinzip der Demokratie zunehmend Eingang in das Völkerrecht. So lassen sich auf internationaler Ebene zahlreiche Bekenntnisse zur Demokratie ausmachen, beispielsweise in der Erklärung der *World Conference on Human Rights*⁷⁶ von 1993 oder der *Millennium Declaration*.⁷⁷ Dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen dient die Demokratie zumindest als Argumentationsgrundlage, im Fall Haiti sogar als Rechtfertigungsgrund für eine militärische Intervention. Auch erlangt das Demokratieprinzip in Teilaspekten durch die im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte verbürgten Rechte auf politische Teilhabe sowie die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit völkerrechtliche Verbindlichkeit.⁷⁸ Im regionalen Kontext ist die Europäische Union durch das Demokratieprinzip geprägt: Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag (EUV) erhebt es zum grundlegenden Strukturprinzip der Union, dessen Beachtung auch von den Mitgliedstaaten verlangt wird, und gemäß Art. 49 EUV ist eine Befolgung des Prinzips Voraussetzung für einen Beitritt zur Union. Zudem schlägt es sich in der Anerkennungspraxis der EU-Staaten nieder und stellt damit den wertneutralen Staatsbegriff des Völkerrechts in Frage.⁷⁹ Dennoch fehlt es bislang an einer völkervertraglichen Regelung des Demokratieprinzips. Auch eine für völkergewohnheitsrechtliche Geltung erforderliche Staatenpraxis und entsprechende Rechtsüberzeugung sind nicht ersichtlich. Und die im Hinblick auf den Inhalt des Selbstbestimmungsrechts bestehende Unsicherheit und Uneinigkeit lässt – insbesondere vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Ideologiefreiheit des Völkerrechts – eine Verankerung des Rechts auf Demokratie allein in dieser „*lex obscura*“ fragwürdig erscheinen. Es mag zwar sein, dass ein Recht auf Demokratie im Entstehen begriffen ist;⁸⁰ zu einem Rechtssatz des Völkerrechts ist es bislang jedoch nicht erstarkt.

Für State-Building-Missionen ergibt sich daher aus dem Selbstbestimmungsrecht die Vorgabe, der Bevölkerung die freie Entscheidung über ihr politisches System einzuräumen. Dabei ist nahe liegend, dass die Errichtung einer Demokratie dem Willen des Volkes entsprechen wird. Auch darf nicht verkannt werden, dass die demokratischen Staaten des Westens, denen im Rahmen der Vereinten Nationen sowie der friedenserhaltenden Maßnahmen das höchste Einflusspotential zukommt, entschieden auf eine Demokratisierung der verwalteten Gebiete hinarbeiten – nicht zuletzt motiviert durch die *Kantsche* Erkenntnis, dass im Inneren demokratisch verfasste Staaten weniger anfällig für kriegerische Auseinandersetzungen sind. Völkerrechtlich vorgegeben ist dies jedoch nicht. Die letzte Entscheidung über die zukünftige

Ausgestaltung des eigenen Staatswesens liegt in jedem Fall beim Volk und muss allein von diesem getroffen werden.

Schließlich beinhaltet das Selbstbestimmungsrecht eine Forderung nach Minderheitenschutz,⁸¹ so dass im Falle des State-Buildings in Staaten mit verschiedenen ethnischen, religiösen oder sprachlichen Bevölkerungsteilen jeder dieser Gruppen ein Mindestmaß an Teilhabe an der Ausgestaltung des Staatswesens – unter Umständen sogar ein gewisser Autonomiestatus innerhalb des neu entstehenden Staates – eingeräumt werden muss. Integration und Berücksichtigung aller ethnischer Gruppen dienen zum einen der Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte, sind zum anderen notwendige Voraussetzungen für den Aufbau eines nachhaltig politisch und gesellschaftlich stabilen Staatswesens.

4.2. Souveränität des Staates

Das Prinzip der staatlichen Souveränität bildet auch zu Beginn des 21. Jahrhunderts die Grundlage der Völkerrechtsordnung. Mit Art. 2 Nr. 1 UN-Charta ist es an prominenter Stelle völkerrechtlich verankert und prägt Struktur und Arbeitsweise der Vereinten Nationen. Souveränität begründet in ihrer völkerrechtlichen Dimension die Unabhängigkeit des Staates nach außen, das heißt das grundsätzliche Recht eines jeden Staates, seine politischen Angelegenheiten selbst zu regeln.⁸² Selbst wenn man aufgrund der zunehmenden Einbindung des Staates in die völkerrechtliche Ordnung sowie der Konstitutionalisierung der internationalen Gemeinschaft eine weitergehende Einschränkung des Souveränitätsprinzips annimmt, bleibt dem Staat innerhalb dieser Verfassungsordnung ein autonomer Raum der Selbstentfaltung und Eigenverantwortung.⁸³ Die mit der Übertragung der Hoheitsgewalt auf eine UN-Verwaltungsmission einhergehende Souveränitätseinschränkung ist zweifelsohne aus denselben Gründen gerechtfertigt wie der Konflikt mit dem Interventionsverbot: Entweder die Zustimmung des betroffenen Staates oder der Sicherheitsratsbeschluss nach Kapitel VII der UN-Charta können den Eingriff völkerrechtlich legitimieren. Als völkerrechtliches Grundprinzip kommt dem Souveränitätsprinzip jedoch weitergehende Bedeutung zu. Zum einen müssen Beschränkungen der Souveränität dem

⁷³ H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 67), § 30 Rn. 4 f.

⁷⁴ K. Doehring, Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, S. 25 f.

⁷⁵ V. Epping, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, § 5 Rn. 10; grundlegend G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Berlin 1914, S. 396 ff.

⁷⁶ Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF.157/23 v. 25. Juni 1993.

⁷⁷ United Nations Millennium Declaration, UN Doc. A/RES/55/2 v. 8. September 2000.

⁷⁸ Art. 25, 19, 21 und 22 IPbPR, dazu N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 162.

⁷⁹ Vgl. Erklärung der EG-Außenminister zur Anerkennung neuer Staaten in Osteuropa und der Sowjetunion, abgedruckt in ILM 31 (1992), S. 1485.

⁸⁰ T. M. Franck, a.a.O. (Fn. 72), S. 90 f.

⁸¹ Vgl. Art. 27 IPbPR.

⁸² Statt vieler A. Randelzhofer, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 17 Rn. 25 ff.

⁸³ B. Fassbender, Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung, in: H.-P. Mansel, Festschrift für Erik Jayme, Bd. 2, München 2004, S. 1096.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Daraus folgt, dass die vollständige Unterordnung eines Staatsvolks und Staatsgebiets unter eine UN-mandatierte Verwaltung nur die *ultima ratio* darstellen kann. Soweit dies möglich ist, müssen UN-Missionen mit weniger extensiven Mandaten ausgestattet werden, etwa mit unterstützenden Aufgaben im Bereich der öffentlichen Sicherheit und der sonstigen staatlichen Verwaltung. Die bisherige restriktive Praxis der Vereinten Nationen zeigt, dass der Sicherheitsrat diese Einschränkung ernst nimmt – selbst wenn dem Rat diesbezüglich eine weitreichende Einschätzungsprärogative eingeräumt werden muss. Nur in wenigen gravierenden Fällen wurde bislang eine UN-Verwaltung installiert. Zum anderen ergibt sich aus dem Souveränitätsprinzip die Verpflichtung der Vereinten Nationen, auf die baldige Unabhängigkeit beziehungsweise staatliche Eingliederung des betroffenen Territoriums hinzuwirken. Eine UN-Verwaltung kann – auch im Hinblick auf die begrenzten Ressourcen – nur für einen beschränkten Zeitraum unterhalten werden, die Staatsgewalt muss möglichst zeitnah an die staatliche Regierung zurückübertragen werden. Letztes Ziel einer jeden State-Building-Mission muss die vollständige Wiederherstellung der staatlichen Souveränität darstellen; sei es durch die Eingliederung des verwalteten Territoriums in einen bereits bestehenden Staat oder durch die Errichtung eines eigenständigen unabhängigen Staats.

4.3. Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit

In mehrfacher Hinsicht Bedeutung erlangen schließlich die internationalen Menschenrechtsschutzstandards sowie die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit („rule of law“). Die Bindung der Vereinten Nationen sowie der von ihnen eingesetzten Missionen an völkerrechtliche Menschenrechtsgarantien lässt sich auf mehrere normative Anknüpfungspunkte zurückführen. Bereits in der Präambel der UN-Charta finden die Grundrechte des Menschen Erwähnung und nach Art. 1 Nr. 3 UN-Charta sind die Förderung und Festigung der Menschenrechte Ziel der Vereinten Nationen. Dieser Förderauftrag wird in Art. 55 lit. c UN-Charta wiederholt, zudem wird er für die Generalversammlung (Art. 13 Abs. 1 lit. b UN-Charta) sowie den Wirtschafts- und Sozialrat (Art. 62 Abs. 2 UN-Charta) bestätigt. Die Regelungen zielen zwar eigentlich auf eine Förderung der Einhaltung menschenrechtlicher Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten ab, binden aber auch die Vereinten Nationen, sollten diese ausnahmsweise selbst Hoheitsgewalt gegenüber Individuen ausüben.⁸⁴ Jede andere Interpretation wäre mit der Zielsetzung des internationalen Menschenrechtsschutzes – der Bindung jeglicher Hoheitsgewalt – nicht vereinbar. Da die Vereinten Nationen keine Vertragspartei der beiden Menschenrechtspakte sind, kann hieraus zwar keine Verbindlichkeit abgeleitet werden, wohl aber aus denjenigen menschenrechtlichen Gewährleistungen, die als Mindeststandards völkergewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen.⁸⁵ Schließlich lässt sich im Hinblick auf strukturelle Gemeinsamkeiten eine analoge Anwendung des Art. 76 lit. c UN-Charta, der die UN-Treuhandssysteme auf die Achtung von Menschenrechten und Grundfreiheiten verpflichtet, erwägen.⁸⁶ Im Ergebnis ist daher von einer Bindung der Vereinten Nationen sowie der State-Building-Missionen an die Menschenrechte auszugehen. Das Gebot der

Rechtsstaatlichkeit lässt sich mittelbar aus der Verpflichtung auf die Menschenrechte ableiten, da diese nicht nur die Beachtung im Einzelfall verlangen, sondern auf die Errichtung eines Umfelds abzielen, in dem sich die Freiheit des Individuums entsprechend entfalten und geschützt werden kann.⁸⁷

Aus der Bindung der State-Building-Mission an Menschenrechte und rechtsstaatliche Grundsätze ergibt sich zum einen das Ziel der Mission, für den Schutz der Menschenrechte auf dem verwalteten Territorium zu sorgen sowie ein Umfeld zu errichten, in dem Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit zu umfassender und nachhaltiger Entfaltung gelangen können. Diese Zielsetzung wird in den entsprechenden Resolutionen des Sicherheitsrates bekräftigt⁸⁸. Zum anderen lassen sich aus der völkerrechtlichen Bindung Vorgaben für die Durchführung der Mission selbst ableiten. Auch die Mission muss bei der Erfüllung der ihr aufgetragenen Aufgaben die Menschenrechte der betroffenen Bevölkerung respektieren sowie rechtsstaatliche Grundsätze wahren. Die umfassende Ermächtigung durch den Sicherheitsrat befreit die Vereinten Nationen nicht von ihrer diesbezüglichen Verpflichtung, sofern nicht der Sicherheitsrat von der in den meisten Menschenrechtsabkommen vorgesehenen Möglichkeit der partiellen Außerkraftsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen im Falle eines öffentlichen Notstandes Gebrauch gemacht hat.⁸⁹ Kosovo und Osttimor haben gezeigt, wie schwierig es für die Übergangsverwaltung ist, in einem von Gewalt und Elend gezeichneten Krisengebiet, das weder ausreichende Verwaltungsstrukturen noch Polizeikräfte aufweist, einerseits für Sicherheit und Ordnung zu sorgen, andererseits menschenrechtliche und rechtsstaatliche Grundsätze umfassend zu würdigen; insbesondere in der Anfangszeit eines Einsatzes, wenn entsprechende Strukturen noch nicht errichtet sind und die UN-Verwaltung noch nicht auf ein gefestigtes Vertrauen in der Bevölkerung zurückgreifen kann.⁹⁰ Praktische Probleme treffen mit einer unübersichtlichen Rechtslage zusammen: Das Nebeneinander einschlägiger Sicherheitsratsresolutionen, regelmäßig fortgeltenden alten Rechts sowie von der UN-Verwaltungsmission selbst erlassener Rechtsakte macht es im Einzelfall schwierig, das anwendbare Recht zu ermitteln.

Nicht gefolgt werden kann indes der These, dass rechtsstaatliche Verstöße im Einzelfall durch die Zielsetzung eines langfristigen Aufbaus demokratisch-rechtsstaatlicher Strukturen gerechtfertigt werden könnten, um der Effektivität der Mission Rechnung zu tragen.⁹¹ Effektivitätserwägungen

⁸⁴ E. Abraham, *The Sins of the Saviour: Holding the United Nations accountable to International Human Rights Standards for Executive Order Detentions in its Mission in Kosovo*, in: *American University Law Review* 52 (2003), S. 1319 f.; N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 193 f.

⁸⁵ C. Stahn, a.a.O. (Fn. 28), S. 139.

⁸⁶ *Id.*, S. 138; N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 177.

⁸⁷ V. M.-G. Nádrai, *Rechtsstaatlichkeit als internationales Gerechtigkeitsprinzip*, Baden-Baden 2001, S. 92 f.

⁸⁸ Vgl. UN Doc. S/RES/1244 v. 10. Juni 1999, Ziff. 11 (i) und (j).

⁸⁹ Vgl. nur Art. 4 IPbPR.

⁹⁰ N. Forster, a.a.O. (Fn. 8), S. 178 ff.

⁹¹ So aber wohl Forster *ibid.*, der zwar von einer grundsätzlichen Bindung ausgeht, im Hinblick auf die Notwendigkeit effektiven Vorgehens aber zu einer Lockerung der rechtlichen Bindung gelangt.

können nicht für eine Derogation normativer Standards herangezogen werden. Auch in Krisensituationen, in denen realistischerweise nicht von einer umfassenden Beachtung menschenrechtlicher und rechtsstaatlicher Grundsätze ausgegangen werden kann, beanspruchen normative Grundsätze uneingeschränkte Geltung und können – zumindest als Zielvorgabe – das praktische Handeln der Missionsleitung und Einsatzkräfte beeinflussen. Jeder einzelne Verstoß gegen menschenrechtliche Grundsätze stellt eine Verletzung des Völkerrechts dar, die allein mit dem Hinweis auf die besonderen Umstände nicht gerechtfertigt werden kann. Insbesondere im Bereich des Menschenrechtsschutzes bestünden ansonsten enorme Missbrauchsmöglichkeiten. Darüber hinaus eröffnet die Möglichkeit der Außerkraftsetzung vor dem Hintergrund eines öffentlichen Notstandes einen ausreichenden Handlungsspielraum.⁹² Die entsprechende Regelung im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zeigt jedoch gleichzeitig die Grenzen einer solchen Außerkraftsetzung auf: Art. 4 Nr. 2 enthält eine Aufzählung besonders wichtiger Rechte, deren Einhaltung selbst in Anbetracht eines öffentlichen Notstandes verlangt wird. Im Übrigen erscheint die Suspendierung menschenrechtlicher Verpflichtungen schon aus politischen Gesichtspunkten nicht wünschenswert. Eine strikte Beachtung der rechtlichen Vorgaben ist nicht nur normativ geboten, sondern von entscheidender Bedeutung für den langfristigen Erfolg der State-Building-Mission. Nur eine sich im Einklang mit rechtlichen Grundsätzen verhaltende Interimsverwaltung wird als legitimer Ersatz der Staatsgewalt akzeptiert werden und sich nicht dem Vorwurf einer unrechtmäßigen militärischen Besatzungsmacht ausgesetzt sehen. Auch die notwendige Kooperationsbereitschaft sowohl der Bevölkerung als auch der verbleibenden lokalen Staatsstrukturen lässt sich nur auf diese Weise erreichen. Zudem kommt der Peacekeeping Operation eine bedeutsame Vorbildfunktion zu: Nur wenn sie sich selbst an das Recht hält, kann sie auf glaubwürdige Art und Weise die Einhaltung rechtlicher Vorschriften von der Bevölkerung verlangen – und diese notfalls auch mit Zwang durchsetzen. Eingriffe der UN-Verwaltungsmission müssen daher rechtsstaatlichen Standards entsprechen. Die Einhaltung des *habeas corpus* Verfahrens im Umgang mit Festgenommenen sowie die zumindest in begrenztem Umfang bestehende Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung von Maßnahmen der Mission sind nur Beispiele eines umfassend am Rechtsstaatsprinzip ausgerichteten Handelns.

5. Fazit

„Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein“, so lautet der erste Definitivartikel der Friedensschrift *Immanuel Kants*, die der Königsberger Philosoph nicht nur als ideellen Entwurf einer internationalen Gemeinschaft versteht, sondern als konkrete friedenspolitische Handlungsempfehlung.⁹³ Mehr als 200 Jahre später erweist sich die Erkenntnis, dass für ein globales friedliches Zusammenleben auch innerstaatliche Vorgänge Beachtung

finden müssen, als aktueller denn je. Sie spiegelt sich deutlich im Wandel der Friedenssicherungspraxis der Vereinten Nationen, insbesondere in der Auslegung des Friedensbegriffs durch den Sicherheitsrat, sowie in dem Einzug der Menschenrechtsidee und dem Demokratieideal im Völkerrecht wider. State-Building-Einsätze stellen den Versuch der Vereinten Nationen dar, die für die internationale Ordnung erforderliche innerstaatliche politische und gesellschaftliche Stabilität in extremen Krisenfällen nachhaltig wiederherzustellen. Das moderne Völkerrecht stellt dabei die notwendigen rechtlichen Parameter auf: Die nunmehr 60 Jahre alten Normierungen der UN-Charta erweisen sich als flexibel genug, um eine geeignete Rechtsgrundlage für UN-Verwaltungsmissionen zur Verfügung zu stellen. Doch selbst wenn dem entsprechenden Beschluss des Sicherheitsrates im Hinblick auf die völkerrechtliche Legitimierung sowie die Konkretisierung der Einsätze entscheidende Bedeutung zukommt: Die Untersuchung hat gezeigt, dass es außerhalb der Sicherheitsrats-Resolutionen völkerrechtliche Vorgaben für State-Building gibt, die ungeachtet der Beschlüsse des welthöchsten Exekutivgremiums Geltung beanspruchen. Die Trias der tragenden Prinzipien des modernen Völkerrechts – Selbstbestimmungsrecht, Souveränität und Menschenrechte – bildet den eigentlichen Rahmen für die Durchführung und Zielsetzung der Mission.

Die wesentlichen Probleme des State-Buildings liegen jedoch weniger im rechtlichen als vielmehr im politischen Bereich. Durch Zusammensetzung und Verfahren des Sicherheitsrates können Einsätze nicht nach objektiven Kriterien durchgeführt werden, sondern hängen in hohem Maße von den politischen, strategischen und wirtschaftlichen Partikularinteressen der Entscheidungsträger ab. Mit der nach dem Kalten Krieg neu gewonnenen Handlungsfähigkeit und der damit verbundenen Ausweitung des sicherheitspolitischen Aktionsradius der Vereinten Nationen erscheint eine Reform des höchsten Exekutivgremiums heute dringlicher denn je, um einerseits die Effektivität der Entscheidungsfindung zu verbessern und gleichzeitig eine erhöhte Repräsentation der globalen Verhältnisse zu erreichen. Andernfalls kann eine umfassende Akzeptanz der eingriffsintensiven Beschlüsse des Rates in der Staatenwelt sowie von Seiten der betroffenen Bevölkerungen auf Dauer nicht gewährleistet werden. Mit dem politischen Willen der internationalen Gemeinschaft und ausreichender finanzieller und personeller Mittel stellen State-Building-Einsätze nach den Vorbildern Kosovo und Osttimor ansonsten einen kleinen, aber wichtigen Beitrag dar, auf dem Weg zum „ewigen Frieden“.

⁹² Ausführlich R. A. Lorz, Possible Derogations from Civil and Political Rights under Article 4 of the ICCPR, in: Israel Yearbook on Human Rights 33 (2003), S. 85.

⁹³ I. Kant, Zum ewigen Frieden, 1795, in: Kants gesammelte Schriften, herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VIII, Berlin 1912/23, S. 349; aus der neueren Forschung zur Bedeutung der Philosophie Kants für das Völkerrecht siehe nur V. M. Hackel, Kants Friedensschrift und das Völkerrecht, Berlin 2000.

Crimes and Prohibitions of 'Terror' and 'Terrorism' in Armed Conflict: 1919–2005

Ben Saul*

Der Artikel beschreibt und untersucht die langjährige Geschichte der unzähligen Versuche des internationalen humanitären Völkerrechts den Terrorismus in bewaffneten Konflikten unter Kontrolle zu bekommen, insbesondere den Zeitraum zwischen dem Ende des Ersten und dem Zweiten Weltkrieg.

Nachfolgend erörtert der Autor die wenigen bekannten Verbote im Rahmen des Terrorismus allgemein, bei der Verbreitung des Terrorismus und den verschiedenen Akten des Terrorismus, niedergelegt in den Genfer Abkommen von 1949 und ihren Zusatzprotokollen von 1977. Diese haben die Absicht einen erhöhten Schutz für Nicht-Kombattanten im bewaffneten Konflikt zu gewährleisten. Obwohl diese Verträge den Begriff des Terrorismus nicht definieren, kann der Rahmen der Bestimmungen durch die Entstehungsgeschichte, den Wortlaut und einer kleinen Anzahl von Gerichtsentscheidungen abgesteckt werden. Die Bedeutung des Terrorismus im internationalen humanitären Recht unterscheidet sich grundsätzlich von der Bedeutung außerhalb eines bewaffneten Konflikts und verkörpert hier eine geradezu buchstäbliche Angst bei den zu schützenden Personen. Es besteht kein weiterer Grund für den Terrorismus als eine politisch motivierte Gewalt auszuüben, um Regierungen oder internationale Organisationen zu etwas zu zwingen oder diese einzuschüchtern. Trotz der gegenwärtigen Anstrengungen der USA die Terrorismusbegriffe der Friedenszeiten und der des internationalen humanitären Rechts verschmelzen zu lassen, kann sich dies in Zukunft nicht durchsetzen.

Der Artikel beleuchtet im Weiteren die Gründe einiger Verbote in diesem Zusammenhang und lässt auch einen Einblick in die verschiedenen daraus resultierenden Probleme zu.

1. Introduction

In mainstream international law scholarship, it is often asserted that terrorism “is not a discrete topic of international law with its own substantive legal norms”, and is even “a term without legal significance”.¹ Yet, this orthodox position, expressed by two scholar-judges of the International Court of Justice, overlooks the “absolute and unconditional ban on terrorism” in armed conflict.² There is a long history of efforts to establish discrete concepts of terrorism in international humanitarian law (IHL), with specific and legally constitutive reference to ‘terrorism’ and ‘terror’. The omission of these efforts from orthodox analysis is perhaps due to the specialised branch of law from which these efforts derive – IHL. Yet even in the specialist literature, little attention has been paid to these efforts.³

This article examines the emergence of the prohibition on terrorism in armed conflict, grounded in the First and Second World Wars, the inter-war period, and the modern law of Geneva, as applied by modern tribunals and in national laws. It articulates the distinctive features of, and purposes behind, these prohibitions, and examines how they have generated individual criminal responsibility in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the emerging jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone. While acknowledging the difficulties inherent in proving ‘terror’ or ‘terrorism’, this article supports the need for these distinctive prohibitions.

2. Early Developments 1919–1938

At the end of the First World War, the Paris Peace Conference established a Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, to investigate violations of the laws and customs of war by Germany and its allies.⁴ In its 1919 report, the Commission

identified 32 war crimes, the first being “[m]urders and massacres; systematic terrorism” of civilians.⁵ Given its pre-eminent position in the list, it is evident that the Commission considered ‘systematic terrorism’ among the most serious of war crimes,⁶ although such a crime was not prosecuted at the ineffective Leipzig trials.⁷

The concept of terrorism in armed conflict next arose at the 1922 Washington Conference on the Limitation of Armaments, which created a Commission of Jurists to consider legal responses to new methods of warfare since the 1907

* Ben Saul (B.A. (Hons); LL.B. (Hons) (Syd); DPhil (Oxon)) is Lecturer at the Faculty of Law of the University of New South Wales in Sydney (Australia).

¹ R. Higgins, “The General International Law of Terrorism”, in R. Higgins & M. Flory (eds), *Terrorism and International Law*, London, Routledge, 1997, at 13–14 and 28; see also G. Guillaume, “Terrorism and International Law”, Grotius Lecture, BIICL, London, 13 November 2003, at 5.

² H.-P. Gasser, “Prohibition of Terrorist Acts in International Humanitarian Law”, (1986) 253 *International Review of the Red Cross* 200.

³ Key sources include: *ibid.*; H.-P. Gasser, “Acts of Terror, ‘Terrorism’ and International Humanitarian Law”, (2002) 84 *International Review of the Red Cross* 547; H.-P. Gasser, “International Humanitarian Law, the Prohibition of Terrorist Acts, and the Fight against Terrorism”, in IPA (ed.), *Responding to Terrorism* New York, IPA, 2002, at 49; F. Kalshoven, “‘Guerilla’ and ‘Terrorism’ in Internal Armed Conflict”, (1984) 33 *American University Law Review* 73–80; S. Oeter, “Means and Methods of Combat”, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, at 169–180.

⁴ UN War Crimes Commission, *History of the UN War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London, HMSO, 1948, chapter III; Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report to the Preliminary Peace Conference, 29 Mar 1919, in (1920) 14 *American Journal of International Law* 113.

⁵ UN War Crimes Commission, *ibid.*, at 34–35.

⁶ The belligerents executed a “system of terrorism carefully planned and carried out to the end” and had “sought to strike terror into every heart for the purpose of repressing all resistance”: Commission on Responsibility, *supra* note 4, at 113.

⁷ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, ICTY-98-29-T, 5 December 2003, para. 116; see also UN War Crimes Commission, *supra* note 4, at 48–51; C. Mullins, *The Leipzig Trials*, London, HF & G Witherby, 1921, p. 224.

Hague Conference, and specifically to prepare rules on aerial warfare.⁸ The Commission produced the 1923 Hague Draft Rules of Aerial Warfare, article 22 of which prohibited “[a]erial bombardment for the purpose of terrorizing the civilian population”.⁹ The emergence of ‘total war’ and largescale civilian suffering in the First World War, resulting from new technology (including aircraft), underlay the Commission’s decision to ban indiscriminate bombing.¹⁰ Italy was among the first countries to bomb civilians from the air, attacking Arab villages in the Turko-Italian war of 1911–12.¹¹

In the First World War, Germany¹² and the Allies¹³ used aerial bombing of civilians for its moral, political or psychological effects, rather than for military purposes. The belligerents claimed, however, that they were only targeting military objectives, or bombing in reprisal.¹⁴ Thus, although aerial bombardment to terrorise civilians was practiced, *opinio juris* did not exist establishing a right to bomb for this purpose. Jurists at the time even claimed that such bombing was prohibited.¹⁵

The Commission on Responsibilities was conscious that ‘the aircraft is a potent engine of war’ for States, which did not wish to fetter their “liberty of action” in attacking an enemy.¹⁶ While the Commission had great difficulty agreeing on legitimate objects of attack, it had “no difficulty” agreeing “that there are certain purposes for which aerial bombardment is inadmissible”,¹⁷ including terrorising civilians.

The Commission’s report was not endorsed by States, some of which actively opposed it, and the 1923 Hague Draft Rules were never adopted as a treaty.¹⁸ Some States, including France and the US, did not want to fetter their freedom of action to bomb civilians if necessary.¹⁹ Bombing to demoralise civilians continued after the war, with British air action over Somaliland in 1919, and bombing civilians was a colonial policing method.²⁰ Some writers, too, explicitly advocated deliberately targeting civilians.²¹

Nevertheless, the 1923 Hague Draft Rules are regarded as “an authoritative attempt to clarify and formulate rules of law governing the use of aircraft in war”.²² They carried the authority of their eminent drafters;²³ many of the rules reflected custom;²⁴ and other rules were transposed from maritime and land warfare rules.²⁵ The rules strongly influenced State practice in the inter-war period.²⁶ Courts have also taken notice – in *Shimoda*, concerning the use of atomic weapons against Japan, the Tokyo District Court treated the 1923 Hague Draft Rules as equivalent to a treaty.²⁷

Nevertheless, inter-war efforts to create binding treaty norms on aerial bombardment came to nothing,²⁸ and there is still no single treaty on air warfare.²⁹ The tactics of belligerents prior to the Second World War, and during that war, sorely tested the normative pull of the 1923 Draft Rules. In the late 1930s, deliberate or indiscriminate aerial bombing of civilians was committed by Italy in Ethiopia (1935–36), Germany and Italy in the Spanish Civil War (1936–39), and Japan in its invasion of China (1937–39).³⁰

3. The Second World War and Aftermath 1939–1948

3.1. State Practice during the War

In the Second World War, the German air force inflicted large casualties on the civilian populations of major cities

⁸ The Commission comprised the US, France, UK, Italy, Japan and the Netherlands. Earlier, in 1917 Britain refused a Spanish initiative to develop restraints on aerial warfare: D. Watt, “Restraints on War in the Air before 1945”, in M. Howard (ed.), *Restraints on War*, Oxford, Oxford University Press, 1979, at 63. Some German parliaments had, however, called for such restraints: J. Spaight, *Air Power and War Rights*, London, Longmans, Green & Co, 1924, pp. 10–11.

⁹ 1923 Hague Draft Rules Concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare, in (1923) 17 *American Journal of International Law* Supp 245.

¹⁰ Commission of Jurists to Consider and Report upon the Revision of the Rules of Warfare, Report, Part II: Rules of Aerial Warfare, (1938) 32 *American Journal of International Law* Supp 12, 22.

¹¹ W. Roysse, *Aerial Bombardment and the International Regulation of Warfare*, New York, Harold Vinal, 1928, p. 211.

¹² J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 8, at 9–10 and 16; W. Roysse, *ibid.*, 175–183, 214; W. Hall, *A Treatise on International Law* (8th ed, Clarendon, Oxford, 1924), 632, 631.

¹³ W. Roysse, *ibid.*, at 183–4; J. Spaight, *ibid.*, at 11; 10–12; F. Taylor, *Dresden: Tuesday 13 February 1945*, London, Bloomsbury, 2004, pp. 84–85.

¹⁴ W. Roysse, *ibid.*, at 189–190 and 192; J. Spaight, *ibid.*, at 198–201; see also at 42–44; and H. Lauterpacht (ed.), *Oppenheim’s International Law: vol. II*, 8th ed, London, Longmans, Green and Co, 1955, p. 525. Given the rudimentary technology of aerial bombardment in the First World War, bombing in populated areas was inherently indiscriminate: W. Roysse, *supra* note 11, at 185–187; J. Spaight, *ibid.*, at 17.

¹⁵ F. Smith, *International Law*, 5th ed, London, JM Dent and Sons, 1918, p. 214; J. Spaight, *ibid.*, at 19, 30, 44–46; see also W. Roysse, *supra* note 11, at 193.

¹⁶ Commission of Jurists, *supra* note 10, at 22; see also W. Roysse, *supra* note 11, at 193.

¹⁷ Commission of Jurists, *ibid.*, at 22–23.

¹⁸ A. Roberts & R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed, Oxford, Oxford University Press, 2002, at 140 (the Netherlands, France and Britain).

¹⁹ W. Roysse, *ibid.*, at 214–215.

²⁰ D. Watt, *supra* note 8, at 69.

²¹ G. Douhet, *The Command of the Air* (1921), cited in F. Taylor, *supra* note 13, at 85–87.

²² H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 519.

²³ J. Spaight, *Air Power and War Rights*, 3rd edition, London, Longmans, 1947, at 42.

²⁴ A. Roberts & R. Guelff, *supra* note 18, at 139.

²⁵ J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 8, at 36; see also H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 520.

²⁶ See, eg, Resolution of the General Commission of the Disarmament Conference, League of Nations Doc 1932.IX.63, (1932) Docs 179, 268; H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 523 (statements by the US, Japan, Britain); US Secretary of State Hull, Statement of 27 Sep 1937, cited in I. Dettler, *The Law of War*, 2nd ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 285; H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 523 (statement by British Prime Minister); 1938 Amsterdam Draft Convention for the Protection of Civilian Populations against New Engines of War, article 4, in D. Schindler & J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, at 223–229; J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 23, at 42.

²⁷ *Shimoda v. Japan* (1964) Japanese Ann. IL 212.

²⁸ J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 8, at 48 (proposal for individual criminal liability for breaches); D. Watt, *supra* note 8, at 72 (1938 British interest in a treaty on air warfare).

²⁹ A. Roberts & R. Guelff, *supra* note 18, at 139.

³⁰ UN War Crimes Commission, *supra* note 4, at 189; B. Roeling & C. Rueter (eds), *The Tokyo Judgment: vol. I*, Amsterdam, University Press Amsterdam, 1977, p. 394 (Japan indiscriminately bombed to terrorise the Chinese); F. Taylor, *supra* note 13, at 88–91 (Guernica); A. Roberts & R. Guelff, *supra* note 18, at 140. The Commission later agreed to consider 10 cases submitted by Ethiopia against Italy: *infra* note 48.

across Europe, the UK and the Soviet Union.³¹ Japanese bombing in Burma aimed to ‘spread panic and alarm’ among the civilian population.³² British and US air forces attacked major German cities,³³ killing 300,000 civilians and injuring 780,000.³⁴ In Japan, the US firebombed Tokyo, killing 100,000 in March 1945, and used inherently indiscriminate atomic weapons on Hiroshima and Nagasaki, killing over 100,000 and injuring a further 100,000.³⁵

There is abundant historical evidence that the Allies deliberately instituted ‘terror bombing’ against Germany and Japan, without assessing the military necessity of attacking particular targets, the proportionality of the means used, or the minimization of civilian casualties. British ‘area’ bombing of cities was designed to undermine the morale and industrial workers³⁶ and to terrify German leaders.³⁷ For the British air commander Arthur Harris, causing terror to demoralise the enemy was the aim – not merely an unintended side-effect – of bombing.³⁸ US military documents similarly suggest that Japanese targets for atomic attack were chosen to obtain “the greatest psychological effect”.³⁹

At first sight, the extensive use of ‘terror bombing’ suggests that the belligerents did not recognise any customary prohibition on aerial bombing to terrorise civilians.⁴⁰ Yet, both sides “proclaimed their adherence to the 1923 Hague Draft Rules and made accusations of their violation”.⁴¹ There is also *opinio juris* supporting a customary prohibition on terror bombing.⁴² In addition, both Germany and Britain sometimes claimed that raids on one another’s cities were exceptionally justifiable as reprisals.⁴³

At a minimum, aerial bombing in the Second World War sorely tested the existence of any customary restraints on terrorising civilians from the air, reducing “to the vanishing point the protection of the civilian population from aerial bombardment”.⁴⁴ There were no convictions at Nuremberg for indiscriminately bombing civilians.⁴⁵ For Lauterpacht, the aerial bombing of cities obliterated the distinction between combatants and non-combatants.⁴⁶

Since the Second World War, there have been egregious examples of ‘terror’ bombing: US ‘carpet bombing’ in the Viet Nam War (and in Cambodia) in the 1960s–70s;⁴⁷ or the strafing of southern Sudanese villages by the northern Arab government in the 1980s–90s. Yet, these are relatively isolated examples in overall State practice since the war – and examples which have been recognised as unlawful when they occurred. Most States have accepted a prohibition on air bombardment “for the purpose of instilling terror”.⁴⁸ Despite the absence of a treaty on air warfare, the detailed treaty regulation of conflict since 1949 supplies norms of general application – including principles of distinction, military necessity, proportionality, humanity, and on means and methods of warfare.⁴⁹

3.2. Legal Efforts during the War

Despite the frequency of terror bombing in the war, post-war international tribunals did not prosecute individuals for such

conduct. Still, the concept of terrorism appeared in Allied efforts to respond to war-time atrocities. On 25 October 1941, during the drafting of an Inter-Allied Declaration on punishing war crimes, US President Roosevelt condemned Nazi ‘terrorism’ and ‘frightfulness’.⁵⁰ In 1942, nine European States declared that Germany had “instituted in the occupied territories a regime of terror [...] by imprisonments, mass expulsions, the execution of hostages and massacres”.⁵¹ The Moscow Declaration by Stalin, Churchill and Roosevelt on 1 November 1943 noted that Germany and occupied Europe “suffered from the worst form of government by terror”.⁵² These usages of ‘terror’ and ‘terrorism’ were, however, descriptive, rhetorical or political, rather than legal in intent.

In 1942–43, the quasi-governmental London International Assembly (LIA) examined legal responsibility for war crimes, including the establishment of an international tribunal.⁵³ The LIA based its work on the list of war crimes

³¹ R. Overy, *Russia's War*, London, Allen Lane, 1998, p. 89.

³² J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 23, at 281.

³³ M. Connelly, *Reaching for the Stars*, London, IB Tauris, 2001, pp. 90–99–120.

³⁴ M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, 3rd ed, New York, Basic Books, 2000, at 255. Other estimates are higher, with 593,000 German civilians killed: I. Detter, *supra* note 26, at 285.

³⁵ J. Glover, *Humanity*, London, Jonathan Cape, 1999, p. 102.

³⁶ A. Harris, *Bomber Offensive*, London, Collins, 1947, pp. 76–77, 82, 89; J. Glover, *ibid.*, at 69–88. Cf the UK Air Council’s official denial, in M. Connelly, *supra* 33, at 116.

³⁷ A. Harris, *ibid.*, at 176.

³⁸ M. Connelly, *supra* note 33, at 115; see also A. Harris, *supra* note 36, at 176–177; H. Probert, *Bomber Harris*, London, Greenhill, 2001, pp. 339–340; J. Glover, *supra* note 35, at 77, 88.

³⁹ Target Cttee, Minutes of 2nd mtg, Los Alamos, 10–11 May 1945; US National Archives, Record Group 77, Records of Chief of Engineers, Manhattan Engineer District, TS Manhattan Project File 42–46, folder 5D Selection of Targets, 2 Notes on Target Cttee Mtgs, points 7A, 8A.

⁴⁰ Harris believed there was ‘no international law at all’ on air warfare: A. Harris, *supra* note 36, at 177.

⁴¹ A. Roberts & R. Guelff, *supra* note 18, at 140.

⁴² Request to the European Powers by US President Roosevelt, 1 Sept 1939, in J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 23, at 259; Anglo-French Declaration of 2 Sept 1939, in J. Spaight, *Air Power and War Rights*, *supra* note 23, at 259–260 and H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 527–528.

⁴³ J. Spaight, *ibid.*, at 48; M. Walzer, *supra* note 34, at 256–257.

⁴⁴ H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 529.

⁴⁵ *Ibid.*, at 529–530.

⁴⁶ *Ibid.*, at 207, 350, 527.

⁴⁷ I. Detter, *supra* note 26, at 285.

⁴⁸ H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 526.

⁴⁹ See J. Guisández Gómez, “The Law of Air Warfare”, (1998) 323 *International Review of the Red Cross* 347. 1977 Protocol I, article 51 forbids indiscriminate attacks “by any method or means” and prohibits incidental casualties unless outweighed by direct military advantage.

⁵⁰ Punishment for War Crimes: The Inter-Allied Declaration, St James’s Palace, London, 13 January 1942 (HMSO), 15; in UN War Crimes Commission, *supra* note 4, at 88.

⁵¹ 1942 Declaration of the Inter-Allied Commission on the Punishment of War Crimes (Belgium, Czechoslovakia, France, Greece, Luxembourg, Norway, Netherlands, Poland, Yugoslavia), in UN War Crimes Commission, *ibid.*, at 90; 93.

⁵² Quoted in UN War Crimes Commission, *ibid.*, 107.

⁵³ The LIA was an unofficial body under the League of Nations Union, though members were designated by the Allies: UN War Crimes Commission, *ibid.*, at 4, 99.

drawn up by the 1919 Commission on Responsibilities. In its final draft of October 1943, the LIA proposed jurisdiction over the crime of ‘systematic terrorism’,⁵⁴ where committed by heads of State, or in several countries, or against the nationals of several countries.⁵⁵ The LIA draft did not, however, influence the course of post-war prosecutions.

In contrast, the 1919 list of war crimes continued to prove influential, being adopted as a working instrument of the UN War Crimes Commission in December 1943 – including the foremost crime of “[m]urder and massacres – systematic terrorism”.⁵⁶ In May 1944, the Legal Committee recommended adopting the further crime of “[i]ndiscriminate mass arrests for the purpose of terrorising the population, whether described as taking of hostages or not”.⁵⁷

Following its investigation of war atrocities, on 16 May 1945 the UN War Crimes Commission recommended: “To seek out the leading criminals responsible for the organisation of criminal enterprises including *systematic terrorism* [...] in order to punish all the organisers of such crimes.”⁵⁸ The UN War Crimes Commission squarely regarded ‘systematic terrorism’ as a legal concept, although its mandate was investigative rather than prosecutorial or judicial.

3.3. 1945 Nuremberg Charter and the Nuremberg Trials

The foremost judicial attempt to address terrorist acts involved the drafting of the Nuremberg Charter. In a report of June 1945, US Justice Jackson descriptively referred to terrorism in accusing the Nazi leadership, the SS and Gestapo of gaining power in Germany “by terrorism and crime”.⁵⁹ On 20 July 1945, at the International Conference on Military Trials in London, the UK proposed that a post-war military tribunal should try “[s]ystematic atrocities against or systematic terrorism or ill-treatment or murder of civilians”.⁶⁰ The proposal derived from the 1919 notion of ‘systematic terrorism’.⁶¹ There is no recorded explanation of the term ‘terrorism’;⁶² and it did not appear in earlier or later drafts. In contrast, the crimes of atrocities, ill-treatment and murder in the UK proposal were later subsumed as ‘crimes against humanity’ in the Charter.⁶³

The idea of terrorism did, however, cross-cut other categories of crime discussed at the Conference. Nazi terrorism was viewed by the US and UK as *evidence* of the common criminal plan or conspiracy of preparing, launching, and waging an aggressive war, including by eliminating domestic dissent.⁶⁴ This view was reflected in the Indictment of major German leaders at Nuremberg, where systematic Nazi ‘terrorism’ allegedly aided totalitarian control of Germany and the suppression of resistance in Europe.⁶⁵

During the Nuremberg trials, numerous references are made in the trial transcripts to terrorism, describing various kinds of Nazi violence (rather than any operative legal concepts).⁶⁶ Similarly, in the Nuremberg Judgment, frequent reference was made to the Nazi reign of terror, and terrorising of civilians, in Germany and occupied Europe.⁶⁷ Nazi organisations such as the SS and SA were described as terrorist,⁶⁸ while individual defendants were responsible for violently terrorising civilians.⁶⁹

Linguistically, most of the uses of terms such as terror, terrorism and terrorist in the Judgment are descriptive or evaluative, in the same way that the Judgment describes Nazi “horror” or “cruelty”.⁷⁰ Some of the physical acts causing terror were themselves crimes under the Charter, while evidence of terrorism also helped to prove the commission of Charter crimes.

The only tenuously *legal* notion of terrorism emerging from the Judgment is in reference to Nazi (national) law, such as a Gestapo order of 1942 authorising the ‘third degree’ interrogation of “Communists, Marxists, Jehovah’s witnesses, saboteurs, *terrorists*, members of resistance movements, parachute agents, anti-social elements, Polish or Russian loafers or tramps”.⁷¹ The Security Police and the SD executed without trial persons charged as terrorists and saboteurs.⁷² ‘Terrorists’ in this sense referred to political opponents of, or resistance to, German occupation; thus one Nazi commander described the Jewish uprising in the Warsaw ghetto as the work of ‘Polish terrorists’.⁷³

3.4. National Post-War Trials

In the *Hostage* case, the US Military Tribunal at Nuremberg used the term ‘terrorism’ in similar ways to the International Tribunal. In the Indictment, German defendants allegedly “terrorized, tortured and murdered” non-combatants in

⁵⁴ UN War Crimes Commission, *supra* note 4, at 100.

⁵⁵ *Ibid.*, at 103.

⁵⁶ *Ibid.*, at 171, 477–478.

⁵⁷ *Ibid.*, at 172, cf 478.

⁵⁸ *Ibid.*, at 43 [emphasis added].

⁵⁹ R. Jackson, *Report to US President on Atrocities and War Crimes*, 7 June 1945.

⁶⁰ UK Proposed Revision of Definition of ‘Crimes’, 20 July 1945, draft article 6(2), in Report of R. Jackson, International Conference on Military Trials, London, 1945; Dept State Pub 3080, Washington DC, GPO, 1949, p. 312.

⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *Ibid.* 7, para. 117.

⁶² Though the USSR mentioned the 1937 League of Nations Convention on terrorism: Minutes of Intl Conf on Military Trials: London, 2 July 1945 (Nikitchenho).

⁶³ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, London, 8 August 1945, annexed Charter of an International Military Tribunal at Nuremberg, article 6(c).

⁶⁴ US Revised Draft Agreement and Memorandum, 30 June 1945 (terrorism was a manifestation of the master plan to attack peace); UK Illustrative Draft of Indictment, July 17, 1945.

⁶⁵ Nuremberg Indictment, count 1(IV)(D)(1) & (3); count 3(A).

⁶⁶ Although the 1919 crime of ‘systematic terrorism’ was cited in a discussion of the historical development of war crimes: Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 7–19 January 1946, 36th day, 17 January 1946, Pt 8, 370.

⁶⁷ *Nuremberg Judgment*, International Military Tribunal, 1 October 1946, (1947) 41 *American Journal of International Law* 172, 289, 229, 182, 231, 249.

⁶⁸ *Ibid.*, at 177, 231, 267.

⁶⁹ *Ibid.*, at 289–290 (Frank in Poland); at 293 (Frick in Bohemia/Moravia); at 319 (Seyss-Inquart in the Netherlands); at 288 (Rosenberg in Eastern Occupied Territories).

⁷⁰ *Ibid.*, at 224, 249.

⁷¹ *Ibid.*, at 230 [emphasis added].

⁷² *Ibid.*, at 260.

⁷³ Stroop Report, “The Warsaw Ghetto is No More”, Nazi Conspiracy and Aggression, vol. 3, Doc 1061-PS.

Greece, Yugoslavia and Albania in retaliatory attacks.⁷⁴ Such acts, including the execution of hostages,⁷⁵ were “part of a deliberate scheme of terror and intimidation [...] in flagrant violation of the laws and customs of war”.⁷⁶ The defendants were charged with war crimes and crimes against humanity under article II of Control Council Law No 10, for “the murder, torture, and systematic terrorization [...] of the civilian populations”.⁷⁷ Prosecutors and the US Military Tribunal in its Judgment frequently used ‘terrorism’ in descriptive (rather than legal) senses.

In contrast, the *legal* concept of ‘systematic terrorism’ produced a small number of post-war prosecutions elsewhere. First, the former Governor of Crete, General Bruno Brauer, was charged with ‘systematic terrorism’ before a Greek military court in Athens, for the deaths of 3,000 persons in Crete under German occupation.⁷⁸ The defendant was sentenced to death in December 1946 and shot in May 1947, although other charges contributed to this sentence.

Second, a court martial in the Netherlands East Indies, prosecuting Japanese war crimes, had jurisdiction over the war crimes identified by the 1919 Commission,⁷⁹ including ‘[s]ystematische terreur’.⁸⁰ In the *Motomura* case of July 1947, 13 of 15 defendants were convicted of ‘systematic terrorism practiced against civilians’, through unlawful mass arrests and the torture and ill-treatment of civilian internees.⁸¹ These acts terrorised the population because “nobody, even the most innocent, was any longer certain of his liberty, and a person once arrested, even if absolutely innocent, could no longer be sure of health and life”.⁸² Until 2003, this case was one of very few prosecutions for the crime of ‘terror’ in armed conflict.⁸³

4. 1949 Geneva Conventions and 1977 Protocols

The repeated references to terrorism in the context of war crimes suggest that freedom from terror was historically considered an international value worthy of protection.⁸⁴ The tentative legal concept of terrorism in armed conflict was soon cemented in post-war IHL treaties, although there remain few prosecutions.

4.1. Measures of Terrorism: 1949 Fourth Geneva Convention

Article 33(1) of the Fourth Geneva Convention 1949 prohibits “collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism” against protected persons in international armed conflict.⁸⁵ It protects civilians in occupied territory or detained by an adverse party, removing “all doubt as to the illegality of practices [...] in occupied territories during World War II”.⁸⁶

The meaning of ‘terrorism’ in article 33(1) is not defined and there is little in the drafting records.⁸⁷ The ICRC Commentary observes that in past conflicts, belligerents inflicted collective penalties and measures of intimidation and terrorism to prevent hostile acts by protected persons, although “[f]ar from achieving the desired effect [...] such practices, by rea-

son of their excessive severity and cruelty, kept alive and strengthened the spirit of resistance”.⁸⁸ Such acts “strike at guilty and innocent alike” and “are opposed to all principles based on humanity and justice”.⁸⁹

The prohibition in article 33 is a particularization of, or complement to, the ‘general prohibition’ in article 27 on violence and inhumane treatment against civilians.⁹⁰ It is also part of a general movement in IHL towards limiting reprisals against civilians. Given its origins, the notion of ‘terrorism’ in the provision has “a narrower meaning than in present-day language”.⁹¹

4.2. Developments in the 1950s–60s

Further development of the concept of terrorism in armed conflict took place in the 1956 ICRC Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War, which restated and defined the limits on the use of armed force “by the requirements of humanity and the safety of the population”.⁹²

Article 6 of the ICRC Draft Rules prohibited “[a]ttacks directed against the civilian population, as such, whether with the object of terrorizing it or for any other reason”. Although

⁷⁴ *List and Others (Hostages case)*, US Military Tribunal at Nuremberg, 19 Feb 1948 (1953) 15 Ann Dig 632, indictment, count 1(2).

⁷⁵ *Ibid.*, counts 1(4) and 2(8), 3(12)(c) respectively.

⁷⁶ *Ibid.*, count 1(3); see also count 1(4).

⁷⁷ *Ibid.*, count 4(14).

⁷⁸ Cited in UN War Crimes Commission, *supra* note 4, at 525.

⁷⁹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 116.

⁸⁰ Decree No. 44 (1946), in *Staatsblad van Nederlandsch-Indië*, 1946, article 1(2).

⁸¹ *Trial of Shigeki Motomura and 15 Others*, 13 Law R. Trials War. Crim. 138, 140, 143–144. Seven defendants were sentenced to death and the remainder imprisoned.

⁸² *Ibid.*, at 143.

⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 66.

⁸⁴ See also 1946 Constitution of the International Refugee Organization (18 UNTS 3, adopted by UNGA resolution 77 of 15 December 1946, entered into force 20 Aug 1948), excluding from protection persons who “participated in any terrorist organization” after the Second World War: annex I, part II, article 6(a). Terrorists included Zionist IRGUN in Palestine: IRO, *Manual for Eligibility Officers*, Geneva, Imprimeries Populaires, 1950, at 39(1), para. 42, Case No. Geneva 4495.

⁸⁵ The protection applies to persons “in the hands of a Party to the conflict”: 1949 Fourth Geneva Convention, article 4; but it does not apply to civilians in territory not occupied by the adverse Party: ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 119.

⁸⁶ F. Kalshoven, *supra* note 3, at 74; see also H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 558.

⁸⁷ F. Kalshoven, *supra* note 3, at 73–74; *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Berne, Swiss Government, vol. 1, p. 118; vol. 2A, pp. 648–651; vol. 2B, p. 406.

⁸⁸ J. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Geneva, ICRC, 1958, vol. IV.

⁸⁹ *Ibid.* 1949 Fourth Geneva Convention, article 27, states that protected persons ‘shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof’.

⁹⁰ H.-P. Gasser, “Protection of the Civilian Population”, in D. Fleck (ed.), *supra* note 3, at 219.

⁹¹ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 558; E.-C. Gillard, “The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law”, M. Schmitt & G. Beruto (eds), *Terrorism and International Law*, IHL and George C Marshall Centre, 2003, at 52.

⁹² 1956 ICRC Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War, pmbI, article 5.

the meaning of 'terrorising' was not defined, article 6 further stated that '[i]n consequence' of the prohibition, "it is also forbidden to attack dwellings, installations or means of transport, which are for the exclusive use of, and occupied by, the civilian population". Such attacks were thus non-exhaustively listed as examples of acts which aim to terrorise civilians.

The Draft Rules were an attempt to extend the scope of protection under the Geneva Conventions, since they would apply in any armed conflict, including non-international ones.⁹³ In 1957, the ICRC Draft Rules were submitted to the XIXth International Conference of the Red Cross in New Delhi, but there was little support from States to develop the text further.⁹⁴ The Draft Rules did, however, influence the content of the 1977 Protocols.

In 1969, the Institute of International Law adopted a similar resolution stating that "international law prohibits, irrespective of the type of weapon used, any action whatsoever designed to terrorise the civilian population".⁹⁵ There was no definition of 'terrorise', but the resolution is significant because it intended to state existing law and attracted wide support (60 votes to one, with two abstentions). Less successful was a proposal abandoned at a 1972 Conference of Government Experts in Geneva, which sought to prohibit "acts of terrorism, consisting of acts of violence directed intentionally and indiscriminately against civilians taking no active part in the hostilities".⁹⁶

4.3. Spreading Terror among Civilians: 1977 Protocols

Ultimately, a limited concept of terrorism in armed conflict was included in article 51(2) of 1977 Protocol I, and article 13(2) of 1977 Protocol II. These identical provisions prohibit "acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population".

The innovative prohibition⁹⁷ in Protocol I applies "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".⁹⁸ It thus extends the protection available under the Fourth Geneva Convention, since it applies to civilians in international conflict who are not "in the hands" of the adversary.⁹⁹ Protocol II applies to civilians in *non-international* conflicts.¹⁰⁰ In both cases, it may be difficult determining when low-intensity, non-State violence (such as terrorism) crosses the threshold of armed conflict and triggers the application of IHL.¹⁰¹

Both provisions are part of wider treaty prohibitions on attacking the civilian population or individual civilians,¹⁰² and terrorising is one type of "particularly reprehensible" attack.¹⁰³ In the first international decision applying article 51(2) of Protocol I,¹⁰⁴ in *Galic* the ICTY stated that "the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians", the latter of which constitutes "a peremptory norm of customary international law".¹⁰⁵ It includes bombardment (aerial or other) of civilians where "deliberately intended to intimidate the adversary and the enemy civilian population".¹⁰⁶

The ICRC concedes that war "almost always give rise to some degree of terror among the population and sometimes also among the armed forces", and that "attacks on armed forces are purposely conducted brutally in order to intimidate the enemy soldiers and persuade them to surrender".¹⁰⁷ Terrorism in armed conflict thus has a 'different legal connotation' to terrorism in peacetime,¹⁰⁸ because of the special rules regulating violence in armed conflict.

The prohibition on terror is not intended to address "licit" violence in war, but refers to "acts of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population without offering substantial military advantage".¹⁰⁹ The prohibition also covers threats of terror, recalling 'proclamations made in the past threatening the annihilation' of civilians.¹¹⁰ Proposals to limit the provision only to acts which *actually* spread terror were not accepted during the drafting.¹¹¹

Article 13(2) of Protocol II, which applies to non-international conflicts, is worded identically to article 51(2) of Protocol I. The provision is intended to broaden the prohibition on terrorising civilians by aerial bombardment in the 1923 Hague Draft Rules, by prohibiting "[a]cts or threats of violence" in order "to cover all possible circumstances".¹¹² It

⁹³ *Ibid.*, article 2(a)–(b).

⁹⁴ Conference resolution XIII encouraged the ICRC to submit the text to States.

⁹⁵ Institute of International Law, *The Distinction between Military Objectives and Non-Military Objectives in General and Particularly the Problems Associated with Weapons of Mass Destruction*, Edinburgh, 9 September 1969, rule 6.

⁹⁶ Conference of Government Experts, Report: Vol. I, Geneva, 1972, 75, draft article 5(b) (Reactional Cttee); see also J. Toman, "Terrorism and the Regulation of Armed Conflicts", in M.C. Bassiouni (ed.), *International Terrorism and Political Crimes*, Illinois, Charles C. Thomas, 1975, at 149.

⁹⁷ H.-P. Gasser, *supra* note 2.

⁹⁸ 1977 Protocol I, article 1(3); 1949 Geneva Conventions, common article 2.

⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 120; H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 559, 563.

¹⁰⁰ Reaffirmed in the Declaration of General Rules in Non-International Armed Conflicts, 14th San Remo Roundtable, 1989, rule 3, in (1989) 10 *International Review of the Red Cross* 278, 404.

¹⁰¹ UNSubComHR, Terrorism and Human Rights: Progress Report by Special Rapporteur K. Koufa, 27 June 2001, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2001/31, 53rd Session, paras 19–22.

¹⁰² 1977 Protocol I, article 51(2) and 1977 Protocol II, article 13(2): "The 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."

¹⁰³ Y. Sandoz et al (eds), *Commentary on the 1977 Protocols*, Geneva, ICRC, 1987, para. 4785; S. Oeter, *supra* note 3, at 169.

¹⁰⁴ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 66.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 98.

¹⁰⁶ S. Oeter, *supra* note 3, at 169; 219.

¹⁰⁷ *Commentary on the 1977 Protocols*, *supra* note 103, para. 1940 (1977 Protocol I, article 51(2)); see also para. 4786 (1977 Protocol II, article 13(2)); H.-P. Gasser, *supra* note 148, 219–220.

¹⁰⁸ H.-P. Gasser, *supra* note 2.

¹⁰⁹ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 554; H.-P. Gasser, *supra* note 148, at 219–220; Y. Dinstein, "Terrorism as an International Crime", (1989) 19 *Israel Yearbook of Human Rights* 62; F. Kalshoven, *supra* note 3, at 76, 78.

¹¹⁰ *Ibid.*; H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 556.

¹¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 100.

¹¹² *Ibid.*

particularises the more general protection in article 13(1) of Protocol II.¹¹³

The decisive element in the identical prohibitions in Protocols I and II is the *primary purpose* to spread terror.¹¹⁴ While belligerents often claim responsibility for violence and publicly proclaim their purposes,¹¹⁵ this element may give rise to difficulties. Evidence of the subjective purpose of violence may be hard to discover, especially where motives are undeclared; where practice departs from declared motives;¹¹⁶ or where random attacks conceal underlying purposes.¹¹⁷

Where mixed purposes underlie violence,¹¹⁸ it may be difficult to weigh those purposes to uncover which is *primary*. Further, it is not clear whether the provisions prohibit violence against *military* objectives where the primary purpose is to spread terror among civilians.¹¹⁹ Nevertheless, the “primary purpose” standard is more appropriate than an “exclusive purpose” standard.¹²⁰ Demanding that causing terror be the *exclusive* purpose of bombing sets the standard too high, given that attacks often have multiple aims.

4.4. Acts of Terrorism: 1977 Protocol II

Article 4(2)(d) of Protocol II further prohibits ‘acts of terrorism’ in *non-international* conflicts “at any time and in any place whatsoever”, as well as threats to commit such acts.¹²¹ The provision is modelled on article 33 of the Fourth Geneva Convention.¹²² Article 4 is a fundamental guarantee, permitting no derogation; thus terror is not justified in reprisal, and denunciation is ineffective until the end of the conflict.¹²³

Unlike an earlier ICRC draft, the provision covers “not only acts directed against people, but also [...] against installations which would cause victims as a side-effect”.¹²⁴ Acts or threats of violence aimed *solely* at terrorising *civilians* “constitute a special type of terrorism” prohibited in article 13 of Protocol II.¹²⁵ Contrary to Green’s assertion, the prohibition in article 4 is not used in a non-technical sense equivalent to article 13.¹²⁶ Article 4 was plainly intended to be wider provision.

There is a further important distinction. Article 13(2) of Protocol II and article 51(2) of Protocol I prohibit acts or threats “the primary purpose of which is to spread terror”, but the act or threat need not *actually result* in terror. In contrast, article 4(2)(d) of Protocol II prohibits ‘acts of terror’, so that acts which intend but fail to terrorise are not prohibited.

The final wording of article 4(2)(d) was not, however, intended to remove the requirement in the original draft that an act of terrorism be a violent one.¹²⁷ The US observed that “terrorism was an excessively vague word of which no satisfactory definition existed” and insisted that it referred only to physical violence,¹²⁸ though threatening violence was also ultimately prohibited.

In this sense, there is an intimate connection between articles 4(2)(d) and 4(2)(a), the latter prohibiting violence to life. Kalshoven argues that article 4(2)(d) is not “a separate cate-

gory entirely independent of article 4(2)(a)” and that no special legal consequences flow from a finding of terrorism, rather than of violence to life.¹²⁹ The only difference is one of ‘gravity’, so that the vagueness of ‘terrorism’ is not of great concern.¹³⁰

This interpretation, however, renders article 4(2)(d) nugatory and contradicts its plain textual meaning. Putting a person in extreme fear is distinct from any underlying physical violence, both as a separate *intention* and in *moral* distinctiveness. Even a difference in *gravity* entails different legal consequences – at the very least, in enhanced penalties; at most, in the greater moral stigma attaching to a distinct (and possibly more serious) offence. Conceptually, it is not a satisfactory compromise simply to treat terrorism as an ‘aggravated form’ of violence to life.¹³¹

4.5. General Considerations

Cassese writes that “if all these treaties speak of ‘terrorism’ or ‘acts of terrorists’ without specifying what is covered by this notion, it means that the draftsmen had a fairly clear idea of what they were prohibiting [...]. They either deliberately or unwittingly were referring to a general notion underlying treaty provisions and laid down in customary rules.”¹³²

Any ‘general notion’ is, however, implicit, and must be understood according to the principles of treaty interpretation.

¹¹³ 1977 Protocol II, article 13(1): “The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against the dangers arising from military occupation”; see also F. Kalshoven, *supra* note 3, at 75.

¹¹⁴ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 556; F. Kalshoven, *ibid.*, at 76.

¹¹⁵ F. Kalshoven, *ibid.*, at 79.

¹¹⁶ E.g., the IRA and PLO have denied deliberately targeting civilians, claiming that civilians are incidental casualties of attacks on military objectives: AFP, “IRA says sorry for 30 years of killing”, *Sydney Morning Herald*, 17 July 2002; AFP, “Arafat condemns terrorist actions targeting civilians”, *Sydney Morning Herald*, 14 April 2002.

¹¹⁷ *Ibid.*, at 77, 79.

¹¹⁸ M.C. Bassiouni, “A Policy Oriented Inquiry into the Different Forms and Manifestations of ‘International Terrorism’”, in M.C. Bassiouni (ed.), *Legal Responses to International Terrorism*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, at xv, xxx.

¹¹⁹ F. Kalshoven, *supra* note 3, at 76–79.

¹²⁰ E.g., H. Lauterpacht argued Allied strategic bombing in the Second World War was not done ‘for the exclusive purpose of spreading terror’: H. Lauterpacht, *supra* note 14, at 528.

¹²¹ 1977 Protocol II, article 4(2)(h).

¹²² *Commentary on the 1977 Protocols*, *supra* note 103, para. 4538 (1977 Protocol II, article 4(2)(d)); F. Kalshoven, *supra* note 3, at 73.

¹²³ *Ibid.*, para. 4784 (1977 Protocol II, article 13(2)).

¹²⁴ *Ibid.*, para. 4538 (1977 Protocol II, article 4(2)(d)).

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 324.

¹²⁷ Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Official Records*, Geneva, ICRC, 1974–77, vol. 8, p. 412, paras 4–7; F. Kalshoven, *supra* note 3, at 74.

¹²⁸ *Official Records*, *ibid.*, at 426, para. 30 (USA); F. Kalshoven, *ibid.*, at 74.

¹²⁹ F. Kalshoven, *ibid.*, at 75, 80.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 121.

There are few judicial decisions interpreting these provisions. The terms ‘terror’, ‘terrorising’ and ‘terrorism’ must be given their ordinary textual meaning, in their context and in light of their object and purpose.¹³³ The ordinary meaning of ‘terror’ refers to ‘intense fear, fright or dread’; ‘terrorism’ refers to a “policy intended to strike with terror those against whom it is adopted; [or] the employment of methods of intimidation”.¹³⁴

Significantly, however, there is no wider notion of terrorising for an ulterior political purpose, objective, or motive,¹³⁵ such as coercing a government to do or refrain from doing something. There is similarly no requirement that terror be motivated by political aims; it is sufficient that terror against civilians is committed or threatened. The meaning of terrorism in IHL is thus more limited than definitions of terrorism outside armed conflict.

The case-by-case identification of acts which spread terror assists in a pragmatic, contextual interpretation. The ICRC gives the example of carpet bombing in the Second World War.¹³⁶ In *Galic*, the ICTY found that the sniping and shelling of besieged civilians in Sarajevo violated article 51(2) of Protocol I.¹³⁷ Writers support the view that Serbian violence in Croatia (1991), Bosnia (1992) and Kosovo (1998–99), including ‘ethnic cleansing’ and mass expulsions, amounted to terrorism as understood in IHL.¹³⁸

Moreover, Fleck writes of terror that “this particularly barbarian variant of ‘total’ warfare is unfortunately used regularly by military actors in practice”,¹³⁹ such as by the Soviet Union in Afghanistan in the 1980s, and by Iraqi ‘Scud’ missiles fired at Saudi Arabia and Kuwait in the 1991 Gulf War.¹⁴⁰ Gasser suggests examples from the Algerian war of independence; Soviet repression of independence movements; conflicts in Indochina and Northern Ireland; civil wars in Sri Lanka, Africa, and Colombia; and wars in the Middle East and Palestine.¹⁴¹ The videotaping and beheading of aid workers or journalists in Iraq in 2003–05, and the bombing of UN headquarters, may also qualify, as designed to terrorise.

The meaning of the terrorism provisions cannot be divorced from related IHL provisions, including the unequivocal prohibition of reprisals against civilians,¹⁴² and prohibitions on the use of incendiary weapons.¹⁴³ The terrorism provisions are further linked to principles of distinction and discrimination,¹⁴⁴ detailed rules on persons out of combat and enemy civilians,¹⁴⁵ and on cultural property and installations containing dangerous forces.¹⁴⁶

Clearly, certain acts prohibited as terror against civilians may be permissible violence when committed against combatants.¹⁴⁷ However, as Gasser notes, “the right of parties [...] to choose methods or means of warfare is not unlimited”¹⁴⁸ and certain weapons or methods – which might terrorise combatants – are prohibited.¹⁴⁹ In particular, it is prohibited to use methods “of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering”,¹⁵⁰ while some acts regarded as terror may comprise the war crime of perfidy.¹⁵¹

5. International Criminal Tribunals since 1993

Individual criminal liability for breaches of IHL prohibitions on terrorism has been expressly established in the statutes of some recent international tribunals. Article 4(d) of the 1994 ICTR Statute embodies article 13(2) of Protocol II, by conferring jurisdiction over “[a]cts of terrorism” committed in Rwandan territory, or by Rwandan citizens in neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994.¹⁵² Similarly, article 3(d) of the Statute of the Special Court for Sierra Leone enables the prosecution of “[a]cts of terrorism”¹⁵³ as violations of common article 3 of the four Geneva Conventions and Protocol II.

In contrast, ‘terrorism’ appears in neither the 1993 ICTY Statute, nor the 1998 Rome Statute of the ICC. Its omission from the Rome Statute is normatively significant, since it reflects the most recent and “authoritative expression of the legal views of a great number of States” on international criminal law.¹⁵⁴ The Rome Conference rejected a broader crime of terrorism *outside* of armed conflict, yet it also excluded a proposed *war crime* of terrorism.

The proposed war crime of terrorism originated in the 1996 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of

¹³³ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31(1).

¹³⁴ Oxford English Dictionary (online), definitions of ‘terror’ and ‘terrorism’.

¹³⁵ F. Kalshoven, *supra* note 3, at 76 (referring to 1977 Protocol II, article 13(2)).

¹³⁶ ICRC Report, *Terrorism and International Law: Challenges and Responses: The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law*, Geneva, 2002, p. 3.

¹³⁷ See discussion below.

¹³⁸ S. Oeter, *supra* note 3, at 170; L. Green, *supra* note 126, at 324.

¹³⁹ S. Oeter, *ibid.*, at 170.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 547–548.

¹⁴² 1977 Protocol I, articles 51(6) and 52(1); S. Oeter, *supra* note 3, at 170.

¹⁴³ 1980 Protocol III on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons, article 2.

¹⁴⁴ E.g., 1977 Protocol I, articles 51(4) and 52; S. Oeter, *supra* note 3, at 172–180.

¹⁴⁵ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 557–560; W. Mallison & S. Mallison, “The Control of State Terror through the Application of the International Humanitarian Law of Armed Conflict”, in M. Livingston (ed.), *International Terrorism in the Contemporary World*, Westport, Greenwood Press, 1978, at 325.

¹⁴⁶ E.g., 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, article 4; 1977 Protocol I, articles 53 and 56; H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 557.

¹⁴⁷ H.-P. Gasser, *supra* note 3, 557.

¹⁴⁸ 1977 Protocol I, article 35(1).

¹⁴⁹ Such as enemy civilians planting a bomb in an officers’ mess with the specific intent of spreading terror among combatants: A. Cassese, *supra* note 132, at 127.

¹⁵⁰ 1977 Protocol I, article 35.

¹⁵¹ 1977 Protocol I, article 37 (feigning civilian status in an attack).

¹⁵² 1994 ICTR Statute, article 4(2)(d).

¹⁵³ Agreement between UN and Sierra Leone, UNSC resolution 1315 (2000), annexed Statute.

¹⁵⁴ *Furundzija*, ICTY-95-17/1-T (10 Dec 1998), para. 227; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 38.

Mankind,¹⁵⁵ brought to the attention of the ICC Preparatory Committee.¹⁵⁶ Draft article 20(f) described as a “war crime” both the “taking of hostages” and “acts of terrorism”, where committed in violation of IHL in a non-international conflict and “in a systematic manner or on a large scale”.¹⁵⁷ The phrase ‘acts of terrorism’ was not defined, although it resembles article 4(2)(d) of Protocol II.

While the draft provision was not adopted, article 10 of the Rome Statute declares that it cannot limit ‘in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute’. Thus violations of the terrorism prohibitions in IHL treaties may not be tried in the ICC, but prosecutions under customary law (or in other tribunals) are not precluded.

This position is supported by ICTY practice. While the ICTY Statute does not mention terrorism, article 3 allows prosecution of violations of ‘the laws and customs of war’, and jurisdiction is not limited to the offences listed – in contrast to the exhaustive enumeration of crimes in the Rome and ICTR Statutes. Thus in *Galic*, the ICTY prosecutor alleged multiple violations of the laws and customs of war by “unlawfully inflicting terror upon civilians”, under article 51 of Protocol I and article 13 of Protocol II.¹⁵⁸ The prosecutor argued the “principal objective of the campaign of sniping and shelling of civilians [in Sarajevo] was to terrorize the civilian population”.¹⁵⁹ The intent to spread terror was evident from the widespread targeting of civilian activities, the manner of attacks, and their timing and duration.¹⁶⁰

In its judgment of December 2003, the ICTY found that a “crime of terror against the civilian population”, or more simply “the crime of terror”, was committed at Sarajevo.¹⁶¹ The legal basis of the crime was article 51 of Protocol I, which applied to the Bosnian conflict by an international agreement of 22 May 1992. It was consequently unnecessary to decide if Protocol I applied due to its “inherent conditions of application” (in article 1), or if Protocol II also applied.¹⁶² The ICTY emphasised that it did not consider whether parallel customary or peremptory rules existed;¹⁶³ or whether it had jurisdiction over terror resulting from *threats* of violence, or from violence not causing death or injury.¹⁶⁴

There was, however, significant discussion of the elements of the crime, which were found to comprise: (1) acts of violence against civilians not taking a direct part in hostilities, causing death or serious injury; (2) wilfully making civilians the object of the violence; and (3) committing the offence “with the primary purpose of spreading terror among the civilian population”.¹⁶⁵ On the facts, the *actus reus* comprised violence against civilians, in particular “a campaign of sniping and shelling” of Sarajevan civilians.¹⁶⁶

The distinctive feature of the crime of terror is the *mens rea*: “the primary purpose of spreading terror”.¹⁶⁷ The ICTY regards terror as a crime of ‘specific intent’, which excludes “*dolus eventualis* or recklessness from the intentional

state”.¹⁶⁸ The perpetrator must have been aware of the possibility or likelihood that terror would result, and that terror was specifically intended.¹⁶⁹ This accords with the drafting intent,¹⁷⁰ as does the finding that the *actual* spreading of terror is unnecessary.¹⁷¹

In interpreting ‘terror’, the ICTY accepted the prosecution’s definition of “extreme fear”, drawn from a dictionary and the expert testimony of a psychiatrist.¹⁷² The defence had argued for more restrictive interpretation, submitting that “extreme fear” had to be “of the highest intensity”, “long term”, “direct”, and “capable of causing long-term consequences”.¹⁷³ That view sets the bar too high, since terror will often be transient given the ebb and flow of hostilities. Further, the ICTY did not accept the defence’s contention that the terror was an inevitable consequence of urban warfare rather than specifically intended by Galic.¹⁷⁴

6. Individual Criminal Responsibility for ‘Terrorism’

The IHL terrorism provisions are textually framed as *prohibitions*, rather than as *crimes*. The prohibition in article 33(1) of the Fourth Geneva Convention is not expressly included among the ‘grave breaches’ in article 147 of that Convention. Nor are the prohibitions in Protocol I identified as grave breaches under article 85 of that Protocol,¹⁷⁵ while Protocol II contains no provisions establishing grave breaches.

Nonetheless, *Galic* confirms that serious violations of the prohibition on terrorism may attract individual criminal responsibility. Following *Tadic*, the ICTY found that spreading terror is both ‘serious’ (breaching a basic rule protecting im-

¹⁵⁵ 1996 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (Part II), in ILC Report (48th Sess, 1996) UN Doc A/51/10, chapter II(2), paras 46–48.

¹⁵⁶ UNGA resolution 51/160 (1996).

¹⁵⁷ ILC Report, 47th Sess, 2 May–21 July 1995, UN Doc. A/50/10.

¹⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Indictment, ICTY-98-29-T, 26 March 1999, 24 April 1998, unsealed 2 November 2001.

¹⁵⁹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Prosecutor’s Pre-Trial Brief, IT-98-29-I, 23 October 2001, paras 22–25.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, paras 65, 597; see D. Kravetz, “The Protection of Civilians in War: The ICTY’s *Galic* Case”, (2004) 17 *Leiden Journal of International Law* 521.

¹⁶² ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *ibid.*, para. 95.

¹⁶³ *Ibid.*, paras 69, 97, 113; and para. 98 respectively.

¹⁶⁴ *Ibid.*, paras 110, 130.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para. 133.

¹⁶⁶ *Ibid.*, para. 597.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Official Records*, *supra* note 127, vol. XV, 274; vol. XIV, 65 (France); vol. XIV, 64 (Iran).

¹⁷¹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, paras 65, 76, 134; see also *Official Records*, *ibid.*, vol. XV, 241.

¹⁷² *Ibid.*, paras 75, 137; nothing in the drafting records contradicted this.

¹⁷³ *Ibid.*, para. 83.

¹⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Acquittal Motion Decision, ICTY-98-29-T, 3 October 2002, para. 32.

¹⁷⁵ E.-C. Gillard, *supra* note 91, at 52.

portant values and involving grave consequences for the victim) and entails individual criminal responsibility.¹⁷⁶

Although the indictment did not charge spreading terror as a grave breach, the ICTY found that persons seriously violating the prohibition were criminally liable if it caused serious injury or death: “In such cases the acts of violence qualified, in themselves, as grave breaches [...]. Therefore the violation seen in all its elements (attack plus intent to terrorize) could not have been qualified as less criminal than a grave breach.”¹⁷⁷

The ICTY believes that terrorism is a compound offence of other crimes or grave breaches under article 85 of Protocol I, in particular wilfully “making the civilian population or individual civilians the object of attack” and “causing death or serious injury to body or health”.¹⁷⁸ The universal acceptance of article 85 at the Diplomatic Conference, combined with the “unanimous and unqualified condemnation” of spreading terror, is “clear proof” that violations of article 51(2) have been criminalised.¹⁷⁹ Leading writers support the implicit grave breach theory.¹⁸⁰

The argument that serious acts of terrorism *implicitly* amount to grave breaches is not entirely persuasive and misrepresents the legal character of the prohibition. While the underlying physical acts may be grave breaches, the distinctive feature of the prohibition on terror is the special intent to commit violence *for the purpose of* spreading terror. IHL treaties do not treat terror, *as such*, as a grave breach and the ICTY conflates the distinct prohibition of terror with the physical acts partly comprising it.

7. Customary Crimes of Terrorism in Armed Conflict

A better legal argument is to avoid artificially characterising terrorism as an implied grave breach, and instead to regard the prohibition as a customary crime. As stated in the *Hostages* case: “It is not essential that a crime be specifically defined and charged in accordance with a particular ordinance, statute or treaty if it is made a crime by international convention, recognized customs and usages of war, or the general principles of criminal justice common to civilized nations generally.”¹⁸¹

The penal aspect of IHL is “still rudimentary” and “[w]hen treaties fail to clearly define the criminality of prohibited acts [...] customary law and internal penal law [...] supply the missing links”.¹⁸² The system of grave breaches in more recent treaties does not exclude the existence of other war crimes in customary law, just as the absence of grave breaches in earlier treaties did not preclude criminal liability.¹⁸³ The notion of grave breaches may be more relevant to treaty-based obligations concerning jurisdiction, prosecution and extradition than to criminality *per se*.¹⁸⁴

In *Galic*, the ICTY majority refrained from examining whether the treaty prohibitions also constituted customary rules, as argued by the prosecution. In dissent, Judge Nieto-Navia found that the limited criminalization of terrorism in State practice was insufficient to establish criminal liability

in customary law, and as a result, the offence of terrorising civilians was not within the ICTY’s jurisdiction.¹⁸⁵ The ICRC study of customary IHL accepts the existence of a customary *prohibition* on terror, but does not examine whether it also constitutes a customary *crime*.¹⁸⁶

As the majority in *Galic* admitted, there are few prosecutions for violations of treaty or customary prohibitions on terrorising civilians. Ordinarily, more than a few isolated cases are necessary to establish a customary crime, and widespread prosecutions in State practice and attendant *opinio juris* is required.¹⁸⁷ Where the case law and statutes are silent, recourse to military manuals, national legislation and judicial practice, and general principles of justice assume greater importance.¹⁸⁸

Nevertheless, there is some evidence that the treaty prohibitions on terrorism are emerging as customary crimes. First, the origins of liability for terrorism in IHL extend as far back as the 1919 list of war crimes adopted by the Commission on Responsibilities. Second, these provisions influenced a number of attempts to establish criminal liability in the Second World War, and provided the basis for some national post-war prosecutions.¹⁸⁹

Third, there was widespread support for the terrorism provisions during the drafting of the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Protocols, which have been widely ratified.¹⁹⁰ During the drafting of article 51(2) of Protocol I, the ICRC stated that it “merely reaffirmed existing international law”, and article 51 as a whole was adopted by 77 votes to one, with 16 abstentions.¹⁹¹

Fourth, some of the treaty prohibitions on terrorism are reflected in the Statutes of the *ad hoc* criminal tribunals for Rwanda and Sierra Leone, and the practice of the ICTY. The statutes of international criminal tribunals may be evidence of a customary crime, despite a paucity of prosecutions.¹⁹²

¹⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, paras 106–108, 130; and 127, 130 respectively.

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 127.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 128.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ H.-P. Gasser, *supra* note 3, at 556, 560, 565; S. Oeter, *supra* note 3, at 169.

¹⁸¹ *Hostages* case, *supra* note 129, at 634–635; *Nuremberg Judgment*, *supra* note 67, at 221; L. Green, *supra* note 126, at 303.

¹⁸² T. Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, (1995) 89 *American Journal of International Law* 563.

¹⁸³ *Ibid.*, at 564.

¹⁸⁴ *Ibid.*, at 566.

¹⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, dissent of Judge Nieto-Navia, *supra* note 7, paras 108–113 (1992 agreement was not considered sufficient).

¹⁸⁶ See J.-M. Henckaerts & L. Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*; Cambridge University Press, Cambridge, 2 vols, 2004.

¹⁸⁷ A. Cassese, *supra* note 132, at 51.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ See *Trial of Shigeki Motomura and 15 Others*, *supra* note 81, and Brauer, cited in UN War Crimes Commission, *supra* note 4.

¹⁹⁰ There are 188 Parties to each of the four 1949 Geneva Conventions; 155 Parties to 1977 Protocol I; and 148 Parties to 1977 Protocol II: A. Roberts & R. Guelff, *supra* note 18, at 362, 498.

¹⁹¹ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 99; *Official Records*, *supra* note 127, vol. XIV, at 36 and vol. VI, at 163.

¹⁹² A. Cassese, *supra* note 132, at 51.

Up to February 2004, all 13 indictments in the Special Court for Sierra Leone contained charges of “acts of terrorism” or “terrorizing the civilian population”, as war crimes arising under common article 3 of the 1949 Geneva Conventions and Protocol II.¹⁹³

The indictment of Charles Taylor alleges that as leader of the National Patriotic Front of Liberia and Liberian President, Taylor supported, encouraged, organised and led a campaign to terrorise the civilian population of Sierra Leone, and did terrorise them.¹⁹⁴ The acts comprising the campaign included many of the other charges: unlawful killings, sexual and physical violence, use of child soldiers, abductions and forced labour, looting and burning.¹⁹⁵ Indictments against many other defendants are similarly structured, with other war crimes or crimes against humanity supplying the *actus reus* of the overarching war crime of terror.

Fifth, as noted in *Galic*, “evidence of terrorization of civilians has been factored into convictions on other charges” in international tribunals.¹⁹⁶ So much is clear from the Nuremberg judgments mentioned above. In ICTY cases, the ‘atmosphere of terror’ created by defendants in detention camps was evidence of war crimes such as torture, cruel or inhuman treatment,¹⁹⁷ and the crime against humanity of persecution.¹⁹⁸

In other cases, the intentional terrorising of civilians by intensive shelling was evidence of crimes of “unlawful attack” on civilians, and persecution and inhumane acts.¹⁹⁹ Terrorising civilians, through threats, insults, looting and burning houses, beatings, rapes, and murders, was also evidence of persecution and inhumane acts.²⁰⁰ In another case, the ICTY found that the use of cluster bombs was designed to terrorise the civilian population.²⁰¹

Sixth, some national laws lend support to a customary crime of terror. The Spanish and Colombian Penal Codes criminalise attacks in armed conflict whose main purpose is to terrorise the civilian population.²⁰² In 1995, the Colombian Constitutional Court accepted the customary status of article 13 of Protocol II, including its prohibition of terror.²⁰³ As early as 1945, Australia’s War Crimes Act included “murder or massacres – systematic terrorism” as a war crime.²⁰⁴ Similarly, a 1946 Chinese Law defined war crimes to include “Planned slaughter, murder or other terrorist action”.²⁰⁵

In relation to the conflict in the former Yugoslavia in the 1990s, the 1960 Yugoslavian Criminal Code criminalised “intimidating measures and terror” against civilians during “war, armed conflict or occupation” (article 125), while the 1976 Criminal Code prohibited measures aimed at inducing fear and terror.²⁰⁶ 1988 Yugoslavian military regulations also prohibited “measures of intimidation and terror”,²⁰⁷ and were not disavowed by the Serbian Republic of Bosnia-Herzegovina.²⁰⁸ In 1997, in *Radulovic* the Split County Court in Croatia convicted Serbian fighters for “a plan of terrorising and mistreating the civilians”, “with the goal to terrorise”, under article 33 of the Fourth Geneva Convention, article 51 of Protocol I, and article 13 of Protocol II.²⁰⁹ The acts inclu-

ded indiscriminately firing at civilian areas and demolishing a dam with the intention of drowning 30,000 people.

Plainly not all violations of IHL attract criminal liability,²¹⁰ such as certain administrative or regulatory matters.²¹¹ As a matter of policy, factors relevant in determining whether a prohibition also gives rise to criminal liability include “[t]he extent to which the prohibition is addressed to individuals, whether the prohibition is unequivocal in character, the gravity of the act, and the interest of the international community”.²¹² Applying these criteria, the terrorism prohibitions in IHL treaties are: (a) addressed to individual conduct; (b) unequivocal, since terrorism is not even permitted in reprisal; (c) respond to extremely grave violence against civilians; and (d) safeguard a vital international interest – the protection of civilians from violence.

8. US Military Commissions and ‘Terrorism’

In April 2003, the US Department of Defence issued an Instruction specifying the criminal jurisdiction of US mili-

¹⁹³ Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-2003-01; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sankoh*, SCSL-2003-02; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Koroma*, SCSL-2003-03; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Bockarie*, SCSL-2003-04; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sesay*, SCSL-2004-15-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Brima*, SCSL-2004-16-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kallon*, SCSL-2004-15-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Gbao*, SCSL-2004-15-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kamara*, SCSL-2004-16-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kondewa*, SCSL-2004-14-PT; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kanu*, SCSL-2004-16-PT.

¹⁹⁴ Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Taylor*, *ibid.*, count 1: Acts of Terrorism.

¹⁹⁵ *Ibid.*, counts 3–13.

¹⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 66.

¹⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, ICTY-96-21-T, 16 November 1998, paras 976, 1056, 1086-91, 1119; ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, ICTY-95-14-T, 3 March 2000, paras 695, 700, 732-3.

¹⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Nikolic (Rule 61)*, ICTY-94-2, 20 Oct 1995, paras 67, 109, 111, 119, 177, 206.

¹⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, *supra* note 197, paras 630, 505, 511 and ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, ICTY-98-33-T, 2 August 2001, paras 533, 122 respectively.

²⁰⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, *ibid.*, paras 150, 607.

²⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Martić (Rule 61 Decision)*, ICTY-95-11, 8 March 1996, paras 23–31.

²⁰² Spanish Penal Code, article 611; Colombian Penal Code, article 144.

²⁰³ Ruling No C-225/95, excerpted in M. Sassòli & A. Bouvier (eds), *How Does Law Protect in War?*, Geneva, ICRC, 1999, at 1366, para. 30.

²⁰⁴ War Crimes Act 1945 (Australia), s 3, crimes as defined in a 1945 Board of Inquiry Instrument: see (1950-II) ILCYB 253, 265; (1950-II) ILCYB 253, 265.

²⁰⁵ Chinese Law, 24 October 1946, article III(1): see (1950-II) ILCYB 253, 266.

²⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, *supra* note 7, para. 121.

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 122.

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 123, citing 1988 Regulations on the Application of International Laws of War (Yugoslavia).

²⁰⁹ ICTY, *Prosecutor v. Radulovic et al*, Split County Court, Republic Croatia, K-15/95, 26 May 1997.

²¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadic (Interlocutory Appeal)*, ICTY-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 94.

²¹¹ T. Meron, *supra* note 182, at 570.

²¹² *Ibid.*, at 562.

tary commissions in the US ‘war on terror’.²¹³ The listed crimes ostensibly “derive from” and “constitute violations of” the law of armed conflict, or are offences “consistent with that body of law”.²¹⁴ The Instruction purports to be “declarative of existing law” and so allows trials for conduct prior to the date of the Instruction, but not for offences which did not previously exist.

The crime of ‘terrorism’ is listed as an offence.²¹⁵ Although no definition of terrorism is provided, the Instruction outlines its ‘elements’ as: (1) intentionally or recklessly killing or inflicting bodily harm, or destroying property; (2) such conduct was ‘intended to intimidate or coerce a civilian population, or to influence the policy of a government by intimidation and coercion’; and (3) the conduct occurred “in the context of and was associated with armed conflict”.²¹⁶

The elements are not cumulative, since “[e]ach element need not be specifically charged”. However, the offence would not be coherent as a distinct ‘terrorism’ offence if the elements are *not* cumulative. Unless the second element comprises part of the offence, it becomes indistinguishable from other war crimes such as unlawful killing or inflicting bodily harm on civilians.

The offence in the Instruction departs from the more limited crime of terror in IHL.²¹⁷ Mere “intimidation” or “coercion” of civilians falls well short of the standard of ‘extreme fear’ established in *Galic*, and inferred from the ordinary meaning of ‘terrorism’. Moreover, the prohibition of terror in IHL aims solely to protect civilians in armed conflict, not to a wider insulation of government policy from influence by coercion or intimidation – notwithstanding the exclusion of attacks on lawful military objectives, by State military forces exercising official duties.²¹⁸

As a result, the US Military Instruction exceeds its self-imposed limitations. Its offence of terrorism does *not* derive from the law of armed conflict, or declare existing law, and thus permits punishment for an offence which did not exist at the time the conduct took place.²¹⁹ The first two Guantanamo Bay detainees charged in February 2004 were accused of terrorism under the Instruction,²²⁰ giving rise to possible retrospective punishment.

The definition of terrorism in the Instruction draws inspiration from the 1999 Terrorist Financing Convention, which prohibits the financing of acts “intended to cause death or serious bodily injury... when the purpose [...] is to intimidate a population, or to compel a government”.²²¹ However, that Convention only requires States to criminalise the *financing* of such acts, and not the acts themselves. Further, the Convention does not apply to persons participating in armed hostilities. In addition, outside armed conflict, there is no generic treaty or customary crime of terrorism.²²² Consequently, the Instruction is not grounded in any general international crime of terrorism, but conflates different meanings of terrorism within, and outside of, armed conflict.

10. Conclusion: Proving Terror, Avoiding Duplication

Fear is endemic in war, and instilling fear in enemy combatants by lawful methods is normal.²²³ At the same time, the violence of any conflict – even one fought strictly between combatants – produces psychological insecurity in civilians. But the international community has agreed that terrorising civilians warrants specific condemnation, as it rises above the ordinary level of fear tolerated in war as an incident of military necessity.

After a series of early efforts before 1949, there are now well – established – if infrequently invoked – prohibitions of ‘terrorism’ and ‘terror’ in IHL, which derive meaning from their ordinary textual interpretation, drafting history and historical usage, and relevant case law. Developments in customary law have also given rise to individual criminal responsibility for breaches. Unlike for spies or mercenaries, the prohibitions on terror do not establish any special legal status of ‘terrorist’ in IHL, just as those who pillage are not separately categorised as “pillagers”.

Despite the subjectivity of an emotional state such as ‘terror’, justiciable methods of proving the existence, or likelihood, of a state of grave fear are available. Just as national tort laws cope with concepts of nervous shock, emotional distress, mental suffering, post-traumatic stress, psychosis and other psychiatric or psychological conditions, diagnosing ‘terror’ (and identifying acts that produce it) is not beyond medical science.

As in *Galic*, expert psychiatric witnesses may assist in determinations.²²⁴ In a civil analogy, in 2002 a US court held a Bosnian Serb responsible for intentionally inflicting emotional distress.²²⁵ Since different people have different thresholds of terror,²²⁶ courts should consider the degree

²¹³ US Department of Defence, Military Commission Instruction No 2: Crimes and Elements for Trials by Military Commission’, 30 April 2003.

²¹⁴ *Ibid.*, 1.

²¹⁵ *Ibid.*, at 13.

²¹⁶ *Ibid.*, at 12–13 [emphasis added].

²¹⁷ F. Kirgis, “US Charges and Proceedings against Two Guantanamo Detainees”, ASIL Insight, March 2004.

²¹⁸ US Military Instruction, *supra* note 285, at 13.

²¹⁹ *Ibid.*, at 1.

²²⁰ N. Lewis, “US Charges Two at Guantánamo”, *NY Times*, 25 February 2004.

²²¹ 1999 Terrorist Financing Convention, article 2(1)(b).

²²² See B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, forthcoming.

²²³ C. Greenwood, “Terrorism and Humanitarian Law: The Debate over Additional Protocol I”, (1989) 19 *Israel Yearbook of Human Rights* 188–189; ICRC Report, *supra* note 146, at 3.

²²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Trial Transcript, 24–25 June 2002, pp. 10372–10457 (prosecution witness Dr S Turner) and 4–6 March 2003, pp. 20677–20853 (defence witness Dr. B. Kuljic).

²²⁵ Decision of District Court of Northern District of Georgia, 29 April 2002, in “National Implementation of International Humanitarian Law: Biannual Update: Jan–Jun 2002”, (2002) 847 *International Review of the Red Cross* 713.

²²⁶ P. Wilkinson, *Terrorism and the Liberal State*, London, Macmillan, 1977, p. 47.

of fear that a reasonable person, of ordinary mental firmness of mind, is expected to resist; as well as cultural, age and gender differences affecting the coping capacity of populations.

A doctrinal question remains whether prohibiting terror is superfluous in light of more direct prohibitions on violence.²²⁷ An intent to spread terror will usually only exist in connection with other unlawful acts, such as the sniping and shelling in *Galic*. Proving intentional physical attacks avoids the difficulty of proving underlying motives, which vary widely: reaching combatants hiding among civilians; depopulating or capturing territory; undermining civilian support for the military; compelling submission; reprisal or punishment; discrimination or persecution; extermination or genocide; even sadism or base cruelty.

Yet, it is the business of IHL and the criminal law to draw precise distinctions between different types of violence. Simple protections against physical attacks do not capture the

idea that the some attacks are deliberately designed to achieve more than their immediate objective of physical harm. Other crimes already address ulterior purposes behind physical attacks on civilians, including discrimination, persecution, extermination, genocide, reprisal and collective punishment. These too are covered by simple prohibitions on attacking civilians, but exist to protect other values infringed by such attacks.

In the same way, there is something profoundly shocking to moral sensibility about acts or threats of violence which deliberately seek to put civilians in grave fear for their lives. Spreading terror amongst non-combatants is a particular kind of cruelty which deserves explicit condemnation. This is an inherently moral position which may not be shared by all. But it does seem borne out by the experience of civilian suffering in war.

²²⁷ E.g., 1949 Fourth Geneva Convention, article 27; 1977 Protocol I, article 51(2); 1977 Protocol II, article 13(2).

Kein Flüchtlingsschutz auf See? Flüchtlings- und seerechtliche Probleme am Beispiel der „Cap Anamur“

Sicco Rah*

The singular plight of asylum seekers at sea has been in the media for a number of years.

In 2004, one incident attracted special attention: After having rescued asylum seekers from an unseaworthy vessel, the “Cap Anamur”, a ship owned by a humanitarian organisation, attempted to enter the Italian port of Porto Empedocle. The Italian authorities, however, did not grant access to the port.

The emphasis of the article lies on questions regarding international law of the sea and refugee law. However, it also touches upon aspects of the domestic Italian law.

The author argues that the master complied with his obligations to rescue persons in distress. He considers it highly questionable that the master was in breach of Italian immigration law when he tried to enable the asylum seekers to lodge their claim in Italy.

The author addresses the question whether the refusal to enter the port was in line with international law. He points out that coastal States can set up preconditions for entering their internal waters. From a law of the sea perspective a coastal state may refuse access even to ships carrying refugees or asylum seekers.

The article explores whether an obligation to allow the disembarkation of the asylum seekers follows from the *non-refoulement*-principle. The author suggests that this principle has to be interpreted in a broader sense with respect to refugees at sea. This was not taken into consideration by the Italian authorities.

Vor einiger Zeit hat das von den italienischen Behörden beschlagnahmte Schiff der Hilfsorganisation „Komitee Cap Anamur“ seine letzte Reise nach Kroatien angetreten. Ohne Medienpräsenz und in Begleitung der italienischen Küstenwache. Zu weiteren Rettungsfahrten wird das Schiff nicht mehr dienen, sein Verkauf hat bereits stattgefunden.

Dagegen werden auch im Sommer dieses Jahres wieder Tausende von Menschen die gefährliche Fahrt über das Mittelmeer nach Europa wagen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Fall der „Cap Anamur“ in ähnlicher Weise wiederholt. Sowohl die medienwirksame Aktion der Hilfsorganisation als auch das Verhalten der italienischen Behörden waren starker Kritik ausgesetzt.¹ Es lohnt sich also, die komplexe Rechtslage einmal genauer zu betrachten.²

Der Schwerpunkt des Artikels liegt auf den völkerrechtlichen Problemen des Falles. Daneben werden aber auch Fragen des italienischen Rechts thematisiert.³

* Sicco Rah ist Assessor jur. und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Seerecht und Seehandelsrecht an der Universität Hamburg.

¹ Vgl. nur O. Ihlau/H. Knaup/H.-J. Schlamp, „Fatale Fischer“, in: Spiegel 30/2004, S. 92 oder T. Schmid, „Bierdel weist die Vorwürfe zurück“, in: FAZ v. 21. Juli 2004.

² Fragen nach der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme des Schiffes und der Inhaftierung der Besatzung sowie möglicher international-rechtlicher Rechtsmittel konnten an dieser Stelle leider nicht behandelt werden.

³ Der Autor dankt der Rechtsabteilung der deutschen Botschaft in Rom sowie Frau Rechtsanwältin Kirstin Martin, Brescia, für ihre Unterstützung bei der Auswertung des italienischen Rechts.

1. Was war im Sommer 2004 geschehen?

Das erst im Februar eingeweihte Schiff „Cap Anamur“ hatte am 19. Juni 2004 nach einer Motorreparatur den maltesischen Hafen von Valletta verlassen, um nach eigenen Angaben eine Probefahrt zu machen. Am 20. Juni nahm es 37 afrikanische Asylsuchende⁴ an Bord, die sich zunächst als Sudanesen ausgaben und erklärten, vor vier Tagen Libyen in Richtung Europa verlassen zu haben.⁵ Laut Logbuch fand die Begegnung mit den Asylsuchenden 100 Meilen vom italienischen Lampedusa und 180 Meilen von Malta entfernt statt. Die italienischen Behörden behaupteten dagegen, die Asylsuchenden seien vor Malta aufgenommen worden. Videoaufnahmen zeigten die Afrikaner dicht gedrängt in einem Schlauchboot. Laut „Cap Anamur“ entwich Luft aus dem Boot und den Asylsuchenden fehlte es an Wasser. Die Organisation sprach zunächst von einem „Zufallstreffer“, dass das Schiff so schnell auf hilfsbedürftige Flüchtlinge gestoßen sei, später war davon die Rede, dass das Ziel der Fahrt von Anfang an gewesen sei, „auf das Flüchtlingseiland im Mittelmeer hinzuweisen“.

Am 24. Juni durchquerte die „Cap Anamur“ maltesische Gewässer und nahm Kontakt zum Hafen von Valletta auf. Anschließend kreuzte das Rettungsschiff einige Tage zwischen Malta und Libyen, um dem Chef der Hilfsorganisation, *Elias Bierdel*, die Gelegenheit zu geben, an Bord zu kommen. Unterdessen wurde ein weiteres Boot mit Asylsuchenden entdeckt und in den Hafen von Valletta begleitet.⁶

Am 1. Juli lief die „Cap Anamur“ schließlich vor Porto Empedocle in das italienische Küstenmeer ein und forderte die Aufnahme der Asylsuchenden, die seit dem 20. Juni an Bord waren. Der italienische Innenminister lehnte jedoch ihre Aufnahme unter Hinweis darauf ab, dass das Schiff bereits in maltesischen Hoheitsgewässern gewesen sei. Daher wäre Malta zuständig oder aber Deutschland, dessen Flagge das Schiff führe. Am 9. Juli verfassten die Asylsuchenden Anträge auf Asyl in Deutschland und übergaben sie dem Kapitän. Zehn Tage nach dem Einlaufen in die italienischen Küstengewässer nahm das Schiff Kurs auf den sizilianischen Hafen Porto Empedocle, wurde aber 200 Meter vor der Hafeneinfahrt von der Küstenwache aufgehalten. Kurz zuvor hatte der Kapitän berichtet, dass die Lage auf dem Schiff außer Kontrolle gerate. Einige Personen hätten gedroht, sich über Bord zu stürzen. Der Kapitän begründete sein Recht auf Einlaufen mit einer Notsituation.

Unter Begleitung der Küstenwache lief die „Cap Anamur“ schließlich in den Hafen ein.

Tags darauf wurden der auf dem Schiff befindliche Leiter der Organisation, der Kapitän sowie der erste Offizier festgenommen und ein Verfahren wegen Beihilfe zur illegalen Einwanderung eingeleitet.

Am 13. Juli gaben die italienischen Behörden bekannt, dass 30 von den Geretteten aus Ghana stammten, sechs aus Nigeria und eine Person aus dem Niger.⁷ Die Asylanträge der zunächst in einem Auffanglager untergebrachten Asylbewerber wurden abgelehnt und ihre Abschiebung weitgehend

vollzogen.⁸ Nur eine Person hat eine vorübergehende Aufenthaltserlaubnis erhalten.

2. Rechtliche Beurteilung

Für die rechtliche Einordnung des Vorfalles sind sowohl das internationale Flüchtlingsrecht als auch das Seevölkerrecht von Bedeutung. Aber auch die italienischen Einreisevorschriften spielen eine Rolle.

Zunächst ist das Verhalten des Kapitäns einer rechtlichen Klärung zu unterziehen (2.1.).

Im Hinblick auf das Verhalten Italiens drängen sich zwei miteinander im Zusammenhang stehende Fragen auf: Zum einen ist zu untersuchen, ob der italienische Staat die Einfahrt der „Cap Anamur“ in den Hafen von Porto Empedocle verhindern durfte, wie dies zunächst geschehen ist. Zum anderen ist zu klären, wer die Asylsuchenden aufzunehmen hatte (2.2.).

2.1. Das Verhalten des Kapitäns

Der Kapitän der „Cap Anamur“ ist, als er die Asylsuchenden an Bord genommen hat, seinen Verpflichtungen zur Hilfeleistung nachgekommen. Die Verpflichtung zur Aufnahme von Personen in Seenot ergibt sich zum einen aus Art. 98 des Seerechtsübereinkommens von 1982, wonach die Mitgliedstaaten des Abkommens, dazu gehört auch Deutschland, den Kapitän in ihrem nationalen Recht zur Hilfeleistung verpflichten müssen.⁹ Auch andere internationale Abkommen sehen eine entsprechende Pflicht zur Hilfeleistung vor.¹⁰ Diese Vorschriften binden zwar zunächst nur die Vertragsstaaten. Diese sind aber verpflichtet, sie in nationales Recht umzusetzen. Nach deutschem Recht kann der Kapitän eines Schiffs unter deutscher Flagge daher nach § 323c StGB bestraft werden, wenn er der Rettungspflicht nicht nachkommt. Diese Pflicht entfällt nur, wenn dem zur Hilfe kommenden

⁴ Der Begriff „Asylsuchender“ wird im Folgenden als wertneutraler Terminus benutzt, um sowohl die Konnotation „illegaler Einwanderer“ als auch Vorwegnahme der Statusfeststellung als „Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951“ zu vermeiden.

⁵ *O. Ihlau/H. Knaup/H.-J. Schlamp*, a.a.O. (Fn. 1), S. 92.

⁶ *Ibid.*; *H.-J. Fischer*, „Leiter von Cap Anamur in Italien festgenommen“, FAZ v. 13. Juli 2004, S. 4.

⁷ Die Daten zu diesem Vorfall sind, sofern nicht anders gekennzeichnet, der FAZ entnommen, Zusammenstellung der FAZ-Redaktion, „Auf das Flüchtlingseiland im Mittelmeer hinweisen“, FAZ v. 14. Juli 2004, S. 4.

⁸ Der UNHCR hat die Art und Weise des Verfahrens scharf kritisiert. Standards des internationalen und europäischen Rechts seien nicht eingehalten worden; vgl. UNCHR: „Handling of Cap Anamur asylum claims was flawed, says UNHCR“, 23. Juli 2004, unter: <http://www.unhcr.ch> (am 6. September 2005).

⁹ „Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

- to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;
- to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him.

¹⁰ Kapitel V, Regel 10 der Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS-Convention) 25. November 1980, 1974 und Art. 10 der International Convention on Salvage), 11. Juli 1996, 1989. Art. 98 Abs. 2 des SRÜ, Kapitel V, Regel 15 des SOLAS-Abkommens sowie das Kapitel II und IV des SAR-Abkommens (International Convention on Maritime Search and Rescue, 22. Juli 1985, 1979) sehen ferner staatliche Verpflichtungen zur Einrichtung und Unterhaltung von Rettungsdiensten vor.

Schiff, seiner Besatzung oder seinen Passagieren durch die Rettungsaktion Gefahr drohen würde.

Von einer Seenotlage wird ausgegangen, wenn die wohl begründete Annahme besteht, dass das Schiff und die auf ihm befindlichen Personen ohne Hilfe von außen nicht in Sicherheit gelangen können.¹¹ Angesichts der vorliegenden Aufnahmen und der Zeugenberichte kann daran kein vernünftiger Zweifel bestehen. Ohne Wasser und mit einem nicht seetüchtigen Boot wären die Asylsuchenden wohl früher oder später in ernsthafte Schwierigkeiten geraten. Dem Kapitän kommt bei der Beurteilung dieser Situation zudem Ermessen zu. Der mögliche Status von Personen als Asylsuchende darf bei dieser Beurteilung nicht berücksichtigt werden. Ein Fehlverhalten kann dem Kapitän der „Cap Anamur“ insofern nicht vorgeworfen werden.

Die internationalen Normen des Seerechts sehen zwar eine Hilfspflicht vor, jedoch regeln sie nicht, was mit den aufgenommenen Personen zu geschehen hat.¹² Grundsätzlich werden Schiffbrüchige im nächsten regulär anzulaufenden Hafen („*next port of call*“) an Land gebracht.¹³ Eine Verpflichtung zur Aufnahme ergibt sich für die Staaten daraus nicht.¹⁴ Gerade dann, wenn der Verdacht besteht, dass die Geretteten um Asyl nachsuchen werden, kann die Aufnahmebereitschaft beträchtlich sinken.

Da sich die „Cap Anamur“ auf einer Testfahrt von Malta aus befand, hatte sie wahrscheinlich keinen anderen „*next port of call*“ als Valletta. Daran ändern auch die Logbucheintragen nichts, die nahelegen, dass sich das Schiff bei der Begegnung mit den Asylsuchenden bereits näher an Lampedusa als an Malta befand. Dennoch bestand für den Kapitän keine Rechtspflicht,¹⁵ den maltesischen Hafen anzulaufen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Asylsuchenden bei ihrer Aufnahme durch die „Cap Anamur“ im Küstenmeer von Malta befunden haben sollten. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich weder aus dem gemeinschaftsrechtlichen Dublin-II-Abkommen¹⁶, das eine interne Zuständigkeitsregelung darstellt und deshalb auf die Rechte und Pflichten von Asylsuchenden keine Auswirkungen hat, noch aus den Grundsätzen des internationalen Flüchtlingsrechts (dazu weiter unten). Die vorherige Durchquerung des Hoheitsgebiets eines anderen potentiellen Aufnahme Staates kann dazu führen, dass ein Staat sich weigert, Asylsuchende aufzunehmen und sie in den sicheren Drittstaat abschiebt. Das bedeutet jedoch nicht, dass ein Antrag auf Asyl damit völkerrechtlich ausgeschlossen wäre.

Der Vorwurf der italienischen Behörden, der Kapitän habe sich der Beihilfe zur illegalen Einwanderung gemäß Art. 12 der Gesetzesverordnung 286/98¹⁷ strafbar gemacht, ist nur schwer nachzuvollziehen. Zwar setzt die Beihilfe zur illegalen Einwanderung, terminologisch korrekt als „Begünstigung“ bezeichnet, keine *rechtswidrige* Haupttat wie im deutschen Recht voraus. Dies liegt daran, dass die erstmalige illegale Einwanderung („*ingresso clandestino*“) selbst keine Straftat darstellt. Auch der Begriff „illegal“ bezeichnet nur eine Einreise, die gegen ausländerrechtliche Vorschriften verstößt.

Notwendig wäre aber eine zumindest versuchte Einreise nach Italien. Zwar hat die „Cap Anamur“ mit Einlaufen in

das Küstenmeer italienisches Staatsgebiet erreicht, dennoch kann von einer Einreise nicht die Rede sein. Erst mit Passieren der Anlagen der Grenzbehörde im Hafen oder aber durch das Umgehen dieser Anlagen ist eine Einreise vollendet.¹⁸ Eine zeitliche und örtliche Vorverlagerung der Einreise findet auch bei der Einreise auf dem Seeweg nicht statt. Andernfalls würden Seeleute aus Nicht-EU-Ländern regelmäßig illegal einreisen. Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Kapitän oder die Besatzung der „Cap Anamur“ planten, die Grenzbehörden zu umgehen und die Asylsuchenden heimlich an Land zu bringen. Beabsichtigt war stattdessen die Übergabe an die Behörden.

Auch die Übernahme der Kontrolle des Schiffes durch die italienischen Behörden an Bord des Schiffes stellte keine Einreise dar. Hinzu kommt die Frage, warum es einen Verstoß gegen nationale Gesetze darstellen kann, bei den Grenzbehörden eines Landes um Asyl nachzusuchen, solange das einreiserelevante Staatsgebiet nicht betreten wird.¹⁹ Zwar existiert völkerrechtlich kein Rechtsanspruch auf Asyl.²⁰ Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte spiegelt dies in seiner zurückhaltenden Formulierung wider, spricht aber zugleich ausdrücklich vom „*right to seek and enjoy asylum*“. Obgleich die AEMR keine verbindliche Wirkung entfaltet, lässt dies den Willen der Staaten erkennen, dem

¹¹ D. R. Rothwell, The Law of the Sea and the MV Tampa Incident: Reconciling Maritime Principles with Coastal State Sovereignty, in: Public Law Review 13 (2002), S. 123.

¹² Daran hat sich auch durch die Änderungen des SOLAS- und des SAR-Übereinkommens vom Mai 2004 nichts geändert. Zwar sind Verpflichtungen zur Kooperation und Koordination zwischen den Staaten im Hinblick darauf aufgenommen worden, den Kapitän zu unterstützen, die geretteten Personen an einen sicheren Ort („*place of safety*“) zu bringen. Eine Definition dieses Ortes findet sich jedoch nicht. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass das die Flüchtlinge aufnehmende Schiff nicht automatisch als sicherer Ort anzusehen ist.

¹³ Vgl. Beschluss Nr. 23, Absatz 3 des UNHCR-Exekutivkomitees: „*In accordance with international practice, supported by the relevant international instruments, persons rescued at sea should normally be disembarked at the next port of call. This practice should also be applied to asylum-seekers rescued at sea. In cases of large-scale influx, asylum seekers rescued at sea should always be admitted, at least on a temporary basis. States should assist in facilitating their disembarkation by acting in accordance with the principles of international solidarity and burden-sharing in granting resettlement guarantees.*“

¹⁴ R. Barnes, Refugee Law at Sea, in: International and Comparative Law Quarterly 53.1. (2004), S. 63.

¹⁵ Vgl. M. Pallis, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea, in: International Journal of Refugee Law 14.2/3 (2002), S. 360, zur Behauptung der australischen Regierung, die Tampa wäre verpflichtet gewesen, die Asylsuchenden nicht in Australien auszuschiefen.

¹⁶ EG-Verordnung 343/2003.

¹⁷ Diese Gesetzesverordnung modifiziert Gesetz 40/1998 (sog. Turco-Napolitano-Gesetz v. 6. März 1998), unter: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/980401.htm> (am 6. September 2005). Relevant ist hier Art. 10; weitere Änderungen unter: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1189_02.html (am 6. September 2005).

¹⁸ Auch in Italien ist die Einreise in das Staatsgebiet der Grenzkontrolle untergeordnet (Auskunft P. Adamek, Leiter der Rechts- und Konsularabteilung der Deutschen Botschaft in Italien, v. 11. 05. 2005). Art. 21 (h) SRÜ würde andere Einreisevorschriften allerdings zulassen, solange diese mit dem Recht auf friedliche Durchfahrt vereinbar wären. Die Bedingungen für das Einlaufen in innere Gewässer müssen zumindest mit dem übrigen Völkerrecht vereinbar sein.

¹⁹ In diese Richtung aber G. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law, Oxford 1996, S. 164; dagegen M. Pallis, a.a.O. (Fn. 15), S. 350.

²⁰ S. Hobe / O. Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, Tübingen 2004, S. 427.

Einzelnen zu gestatten, um Asyl zu bitten. Nichts anderes ist hier geschehen.

Auch unter der Voraussetzung, dass dem Kapitän der „Cap Anamur“, dem ersten Offizier und dem Leiter der Organisation bekannt war, dass die Asylsuchenden keine Fluchtgründe vorweisen konnten, ist der von den italienischen Strafverfolgungsbehörden geäußerte Vorwurf daher äußerst zweifelhaft.

2.2. Die Vorgänge vor Porto Empedocle

Der zweite Aspekt bezüglich der Verhinderung der Einfahrt in den Hafen und der Aufnahme der Asylsuchenden ist wesentlich komplexer.

2.2.1. Die Verhinderung der Einfahrt

Zunächst gilt es die Frage zu beantworten, ob die Verhinderung der Einfahrt des Schiffes in den Hafen rechtmäßig war. Diese Situation, das muss zur Verdeutlichung vorangestellt werden, ist nicht mit der Verweigerung der Einfahrt in das *Küstenmeer* eines Staates gleichzusetzen.

Im Küstenmeer kann der Küstenstaat das Anhalten, Kontrollieren oder Zurückweisen eines Schiffes nicht einfach damit begründen, er würde seine staatliche Souveränität ausüben. Zwar ist das Küstenmeer Teil des staatlichen Hoheitsgebiets, aber die im Küstenmeer nach Art. 2 Abs. 1 des Seerechtsübereinkommens existierende territoriale Souveränität und Gebietshoheit des Küstenstaates wird durch das Recht der friedlichen Durchfahrt für Schiffe aller Staaten beschränkt (vgl. Art. 17 f des SRÜ).²¹

Entgegen einer häufig vertretenen Ansicht²² kann sich auch ein Flüchtlinge transportierendes Schiff, sofern es eine Flagge führt, unter bestimmten Voraussetzungen auf das Recht der freien Durchfahrt²³ berufen.

Art. 19 Abs. 1 SRÜ qualifiziert eine Durchfahrt als friedlich, solange sie nicht den Frieden, die Ordnung oder die Sicherheit des Küstenstaats beeinträchtigt. Dieser weite Tatbestand wird durch eine umfassende Aufzählung verschiedener Handlungen präzisiert.

In Betracht kommt zunächst Art. 19 Abs. 2 g SRÜ, wonach eine Durchfahrt durch das Küstenmeer dann nicht mehr friedlich ist, wenn das Schiff Personen entgegen den Einreisegesetzen oder diesbezüglichen sonstigen Vorschriften des Küstenstaats lädt oder entlädt.

Von einem „Laden und Entladen entgegen den Einreisegesetzen des Staates“ konnte aber noch nicht die Rede sein. Die „Cap Anamur“ hatte Kurs auf Porto Empedocle genommen, um den Asylsuchenden die Gelegenheit zu geben, dort um Asyl nachzusuchen. Ein vorheriges Ausschiffen außerhalb der Kontrollmöglichkeiten der lokalen Behörden war nicht geplant. Wie sich aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 lit. g SRÜ ergibt, der auf eine Handlung und nicht auf eine subjektive Voraussetzung abstellt, ist die bloße *Präsenz* von Personen im Küstenmeer ohne Einreisedokumente kein Tatbestand, der die Durchfahrt unfriedlich werden lässt.²⁴ Diese

Auslegung wird auch durch den Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 SRÜ gestützt, der verlangt, dass „eine Tätigkeit vorgenommen wird“.²⁵

Auch wenn die Aufzählung von Aktivitäten in Art. 19 Abs. 2 nicht abschließend ist, wie sich aus Art. 19 Abs. 2 l) ergibt, kann die Weiterfahrt nicht unter diesen Auffangtatbestand subsumiert werden, denn bei ihr handelte es sich ja gerade nicht um „eine andere Tätigkeit“, sondern um die Durchfahrt selbst.²⁶ Die Einfahrt in das Küstenmeer war somit als friedliche Durchfahrt zu qualifizieren. Tatsächlich hat Italien die Fahrt in das Küstenmeer zunächst nicht behindert oder untersagt.

Die „Cap Anamur“ wollte allerdings in einen Hafen, also in die *inneren Gewässer* Italiens einlaufen. Die inneren Gewässer (Art. 8 SRÜ) stehen unter der vollständigen territorialen Souveränität des Küstenstaats. Anders als im Küstenmeer steht dritten Staaten grundsätzlich kein Recht auf Durchfahrt zu.²⁷ Der Küstenstaat kann daher das Anlaufen seiner inneren Gewässer von der Einhaltung bestimmter Bedingungen, etwa im Bereich der Sicherheit, abhängig machen.

Gegen eine Verletzung dieser Vorschriften kann sich der Küstenstaat nach Art. 25 Abs. 2 SRÜ schützen. Er ist damit berechtigt, in Bezug auf Schiffe, die in seine inneren Gewässer einlaufen oder eine Hafenanlage außerhalb der inneren Gewässer anlaufen wollen, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um jede Verletzung der Bedingungen zu verhindern, die für das Einlaufen solcher Schiffe in die inneren Gewässer oder für das Einlaufen solcher Anlagen bestehen.

Ein Schiff, das die Einreisebestimmungen eines Staats missachtet, dabei aber keine Personen lädt oder belädt, befindet sich zwar auf einer friedlichen Durchfahrt. Beabsichtigt es jedoch, einen Hafen oder eine Reede anzulaufen, kann der

²¹ M. Schweitzer, Staatsrecht III, Heidelberg 2004, Rn. 561; K. Doehring, Völkerrecht, Heidelberg 1999, Rn. 527.

²² Etwa Ch. M.-J. Bostock, The International Legal Obligations Owed to the Asylum Seekers on the MV Tampa, in: International Journal of Refugee Law 14 (2002), S. 294.

²³ Der Begriff Durchfahrt wird gemäß Art. 18 SRÜ als Fahrt durch das Küstenmeer zu dem Zweck definiert, a) es ohne Einlaufen in die inneren Gewässer oder Anlaufen einer Reede oder Hafenanlage außerhalb der inneren Gewässer zu durchqueren oder b) in die inneren Gewässer einzulaufen oder sie zu verlassen oder eine solche Reede oder Hafenanlage anzulaufen oder sie zu verlassen.

Die Fahrt der „Cap Anamur“ zum Hafen Porto Empedocle war also eine Durchfahrt im Sinne des Art. 18 Abs. 1 b) SRÜ.

²⁴ M. Pallis, a.a.O. (Fn. 15), S. 356.

²⁵ Auch Art. 19 Abs. 2 l) verwendet den Begriff „Tätigkeit“. Anders als das Küstenmeerübereinkommen von 1958²⁵ setzt das SRÜ in Art. 19 SRÜ also *Aktivitäten* voraus, um eine Durchfahrt als unfriedlich einzustufen. Andere Faktoren sind dagegen unerheblich. Die vorliegende Handlung, nämlich die Fahrt von Personen ohne Einreisedokumente durch das Küstenmeer, wird in Art. 19 Abs. 2 SRÜ jedoch nicht als Tatbestand aufgeführt. Schließlich zeigt die Formulierung „die Durchfahrt ist friedlich, solange [...]“ in Art. 19 Abs. 1 SRÜ ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von friedlicher und unfriedlicher Durchfahrt an. Eine restriktive Auslegung der unfriedlichen Aktivitäten liegt damit nahe.

²⁶ Einige Autoren sehen Art. 19 Abs. 2 SRÜ dagegen als abschließend an; so etwa D. Rothwell / S. Bateman, Navigational Rights and Freedoms and the New Law of the Sea, Dordrecht 2000, S. 75.

²⁷ C.-G. Hasselmann, Die Freiheit der Handelsschifffahrt: eine Analyse der UN-Seerechtskonvention, Kehl am Rhein 1987, S. 352.

Küstenstaat die Verletzung seiner Einreisevorschriften dadurch verhindern, indem er die erforderlichen Maßnahmen trifft.²⁸ Dieses Schutzrecht betrifft damit ziemlich genau die Situation, in der sich die „Cap Anamur“ befand.

Dann aber müsste die geplante Ausschiffung der Asylsuchenden in Porto Empedocle als Verstoß gegen die Einreisegesetze zu werten sein. Das erscheint zweifelhaft. Geplant war, die Asylsuchenden an die Behörden zu übergeben. Nach der üblichen Einreisefiktion (s.o), die für Grenzübergangstellen wie Häfen und Flughäfen praktiziert wird, ist mit dem Betreten des Staatsgebiets, also auch des Landterritoriums, allein noch keine Einreise verbunden. Die Betroffenen wären in diesem Falle nicht in Italien eingereist, da die Einreise davon abhängt, ob die Behörden ihnen die Weiterreise in das Land gestatten.²⁹ Ein Verstoß gegen Einreisevorschriften hätte unter diesen Umständen also nicht stattfinden können.

Zudem ist der Küstenstaat bei Ausübung dieses Schutzrechts an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, wie sich aus der Formulierung „erforderlich“ in Art. 25 Abs. 2 SRÜ ergibt.³⁰ Entscheidend ist, dass er die „Verletzung der Bedingungen“ verhindert und nicht in erster Linie das Einlaufen in die inneren Gewässer. Auch wenn die „Cap Anamur“ in den Hafen eingelaufen wäre, hätte eine illegale Einwanderung durch eine entsprechende Kontrolle des Schiffes und des umliegenden Hafengebiets verhindert werden können. Nach dem Eingreifen der Küstenwache ist das Schiff dann auch tatsächlich in den Hafen verbracht worden.

Zwar ist der Küstenstaat nicht an Art. 21 Abs. 1 SRÜ gebunden, wonach er nur in *Übereinstimmung mit den sonstigen Regeln des Völkerrechts* entsprechende Gesetze für die Durchfahrt erlassen kann. Sein Handeln ist aber ohnehin durch andere völkerrechtliche Verpflichtungen beschränkt, sofern er sie eingegangen ist. Einer deklaratorischen Einschränkung, wie sie Art. 21 Abs. 1 SRÜ vornimmt, bedarf es also nicht. Die Einreise- bzw. Einwanderungsgesetze dürfen nicht so angewendet werden, dass sie die aus der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK) folgenden Rechte zunichte machen. Die seerechtlichen Schutzrechte des Küstenstaates finden ihre Grenze in der Reichweite des flüchtlingsrechtlichen *Refoulement*-Gebots aus Art. 33 Abs. 1 GFK. Italien als Signatarstaat der GFK kann daher seine Einreisebedingungen möglicherweise nicht in jeder beliebigen Weise fassen bzw. anwenden. Wo diese Grenze liegt, soll weiter unten verdeutlicht werden.

Diese Schutzrechte gelten allerdings nur für das freiwillige Einlaufen eines Schiffes in die inneren Gewässer eines anderen Staates. Das Einlaufen eines Schiffes, das sich in Seenot befindet, kann in der Regel nicht untersagt werden.³¹ Daran knüpft sich die Frage, ob ein Fall von Seenot vorliegt.³² Dies ist sicher dann der Fall, wenn menschliches Leben gefährdet ist.³³

Zu betrachten sind dabei die Umstände, als der „Cap Anamur“ die Aufnahme der Flüchtlinge von Italien verweigert wurde. Diese Ablehnung der Aufnahme beinhaltete auch eine zumindest konkludente Verweigerung des Einlaufens in den Hafen.

Zu diesem Zeitpunkt lag keine Notlage vor. Das Schiff hatte zwar bereits einige Zeit auf See zugebracht, Versorgungsprobleme oder Krankheitsfälle waren jedoch nicht berichtet worden.

Erst später kam es zu einer krisenhaften Situation, in der die Asylsuchenden ankündigten, von Bord zu springen. Daraufhin wurde die „Cap Anamur“ zunächst an der Weiterfahrt gehindert.

In dieser Situation waren Menschenleben gefährdet. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass die Gefährdung durch die Gefährdeten selbst herbeigeführt wurde. Es stellt sich indes die Frage, ob diese Notlage nicht rechtsmissbräuchlich herbeigeführt wurde. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs und erst recht seine Voraussetzungen sind allerdings schon völkerrechtlich umstritten. Er kann jedenfalls nicht als allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts anerkannt werden.³⁴ Eine Einschränkung der Notrechte stößt in jedem Fall auf kaum überwindbare praktische Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Das beginnt mit der Frage, wie zum Zeitpunkt der Gefahr zwischen bloß fahrlässig gefahrverursachenden und vorsätzlichem und damit das Notrecht ausschließendem Verhalten sicher unterschieden werden kann³⁵. Hinzu kommt, dass stets die Gesamtsituation betrachtet werden muss. Es ist keineswegs eindeutig, dass die Suiziddrohungen der Asylsuchenden im Sinne einer freien Entscheidung verstanden werden mussten oder gar als Druckmittel eingesetzt wurden. Ebenso gut könnten sie als Folge des hohen psychischen Drucks zu sehen sein, dem die Asylsuchenden schlichtweg nicht mehr standhalten konnten. Letzteres kann aber kaum als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Im Ergebnis sollte auf das Vorliegen einer objektiven Gefahr für Menschenleben abgestellt werden. Damit kam der „Cap Anamur“ tatsächlich das Recht zum Hafenzugang zu. Letztlich wurde ihr das Einlaufen auch gestattet.

²⁸ D. Rothwell/D. Bateman, a.a.O. (Fn. 26), S. 78.

²⁹ Im deutschen Recht gelten die Personen an Bord eines Schiffs, das von außerhalb des deutschen Küstenmeeres kommend einen deutschen Hafen anläuft, erst dann als eingereist, wenn sie gem. § 13 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz Kontrollpositionen der Grenzbehörden in dem Hafen überschritten haben oder unter Umgehung der anerkannten Grenzübergangsstellen – zu denen alle deutschen Seehäfen zählen – an Land gehen. Diese Auffassung findet sich auch in der entsprechenden Verwaltungsvorschrift. Ein mit Flüchtlingen beladenes Schiff, das auf direktem Wege einen Hafen ansteuert, damit die Passagiere dort bei den zuständigen Grenzbehörden um Asyl nachsuchen können, verletzt dagegen keine bundesdeutschen Einreisevorschriften.

³⁰ So auch R. Barnes, a.a.O. (Fn. 14), S. 56, für das insofern gleichlautende Recht („die erforderlichen Schritte ergreifen“) zur Verhinderung einer unfriedlichen Durchfahrt nach Art. 25 Abs. 1 SRÜ.

³¹ Vgl. zu diesem Problem instruktiv E. van Hooydonk, The Obligation to Offer a Place of Refuge to a Ship in Distress, in: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly Teil 3 (2004), S. 347 ff. Zu flüchtlingspezifischen Aspekten siehe M. Jaguttis, Freier Hafenzugang für Flüchtlingsschiffe, in: Archiv des Völkerrechts 43.1. (2005), S. 90 ff.

³² Eine völkerrechtlich verbindliche Definition von „distress“ existiert nicht. Diese schwierige Diskussion soll an dieser Stelle jedoch nicht aufgenommen werden, da zumindest über das Grundelement „Gefährdung menschlichen Lebens“ Einigkeit besteht. Siehe etwa H. von Brevern/J. M. Bopp, Seenotrettung von Flüchtlingen, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), S. 845, unter Hinweis auf die Entscheidung „Eleanor“ vom 22. November 1809.

³³ Vgl. R. Barnes, a.a.O. (Fn. 14), S. 60 m.w.N.

³⁴ K. Ipsen, Völkerrecht, München, 2004 § 39 Rn. 44.

³⁵ M. Jaguttis, a.a.O. (Fn. 31), S. 122.

Die erstmalige Verweigerung war damit aus einer rein seerechtlichen Perspektive nicht völkerrechtswidrig. Das zeigt die Schutzlücke, die im internationalen Seerecht für diese Fälle besteht: Ein Küstenstaat kann die Einfahrt eines mit Flüchtlingen beladenen Schiffes in seine Häfen verweigern. Dieses Ergebnis muss aus anderen Erwägungen heraus jedoch korrigiert werden.

2.2.2. Verpflichtung zur Aufnahme?

Es stellt sich nämlich die Frage, ob Italien zur wenigstens vorläufigen Aufnahme³⁶ der Asylsuchenden verpflichtet war,³⁷ was ebenfalls eine Ausschiffungsverpflichtung zur Folge haben kann.

Da eine entsprechende seevölkerrechtliche Verpflichtung fehlt, rückt das internationale Flüchtlingsrecht ins Blickfeld. Für die Beurteilung der Situation ist vom Kenntnisstand Italiens vor der Befragung der Asylsuchenden auszugehen, als nicht ausgeschlossen werden konnte, dass ihre Angaben richtig sind und sie die Kriterien des Art. 1 A der GFK erfüllen, also Flüchtlinge sind.

Denkbar ist, dass sich eine Aufnahmepflicht aus Art. 33 Abs. 1, der Grundsatznorm der Genfer Flüchtlingskonvention von 1952 (GFK) ergibt. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Asylgewährung existiert schließlich nicht.

Art. 33 Abs. 1 der GFK regelt: *Keiner der vertragsschließenden Parteien wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht sein würde.*³⁸

Mit anderen Worten: Das gewohnheitsrechtlich anerkannte³⁹ *Non-Refoulement*-Prinzip sieht vor, dass kein Flüchtling in ein Land zurückgeschickt werden darf, wo er oder sie wahrscheinlich Verfolgung oder Folter erleidet.⁴⁰ Der Begriff „*non-refoulement*“ kommt vom französischen „*refouler*“, was soviel wie zurück- oder abweisen bedeutet.⁴¹ Diese Vorschrift schützt Flüchtlinge auch dann,⁴² wenn sie nicht oder noch nicht von einem Staat als solche anerkannt worden sind.

Anders als andere Vorschriften in der Konvention, die bestimmte Rechte und Ansprüche vom *rechtmäßigen* Aufenthalt im Aufnahmestaat abhängig machen, enthält Art. 33 GFK keine derartige Beschränkung.⁴³ Der aus Art. 33 Art. 1 GFK abgeleitete Schutz kommt damit auch für solche Flüchtlinge zum Tragen, die unter Verletzung der Einreisevorschriften in das Staatsgebiet bzw. unter die Hoheitsgewalt eines anderen Staates gekommen sind.

Die Asylsuchenden auf der „Cap Anamur“ befanden sich allerdings noch nicht auf dem italienischen Landgebiet, sondern vor dem Hafen Porto Empedocle im Küstenmeer Italiens.

Man könnte daran zweifeln, ob die GFK auch im Küstenmeer gilt. Die Auslegung des Vertrags, nach den durch die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) anerkannten Methoden ergibt jedoch ein klares Ergebnis. Ist eine vertragliche Bindung eingegangen, so erstreckt sich ihre Wirkung

gem. Art. 29 WVK auf das *gesamte* Staatsgebiet der Vertragspartner, es sei denn, diese hätten im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit selbst eine entsprechende Einschränkung vereinbart.⁴⁴ Das war im Hinblick auf Art. 33 der GFK nicht der Fall.⁴⁵ Das Küstenmeer ist ebenso Staatsgebiet wie das Landterritorium eines Staates. Daran ändert auch die Beschränkung durch das Recht der freien Durchfahrt (Art. 17 SRÜ) nichts.

Dennoch bestehen Bedenken, ob sich Flüchtlinge, die sich im Küstenmeer eines Staates befinden, auf Art. 33 Abs. 1 GFK berufen können. Es wird argumentiert, dass diese Verpflichtung erst dann entstehe, wenn die Flüchtlinge ins Staatsgebiet eingereist seien. Da die GFK nicht vorschreibe, was als Einreise anzusehen sei, sei es den einzelnen Staaten überlassen, dies zu definieren.⁴⁶ Wie bereits gezeigt, ist weder mit der Einfahrt in das Küstenmeer noch mit der Einfahrt in den Hafen eine Einreise in den jeweiligen Staat verbunden.

Diese Ansicht stützt sich ferner auf eine systematische Auslegung der GFK. Danach nehme die GFK in Art. 14 bis 19, 23 bis 28 sowie 31 und 32 klar auf den Begriff Territorium Bezug,⁴⁷ knüpfe also die staatlichen Verpflichtungen an die vorherige Einreise in das Staatsgebiet.

Dem steht jedoch entgegen, dass der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 GFK, anders als etwa Art. 32,⁴⁸ sich gerade nicht auf

³⁶ Derartige Probleme stellen sich nicht zum ersten Mal. In den siebziger und achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts hat man angesichts der Fluchtbewegungen in Südostasien die Lösung darin gesehen, Vereinbarungen zwischen den Flaggenstaaten und den Küstenstaaten der Region abzuschließen. Die Küstenstaaten erklärten sich darin zur vorläufigen Aufnahme bereit, während die Flaggenstaaten garantierten, sich um die endgültige Ansiedlung der Asylsuchenden zu kümmern („*resettlement guarantees*“) und entsprechende Programme (DISERO/ RASRO) aufstellten und finanzierten. Seit Ende der achtziger Jahre wurde von den Küstenstaaten jedoch vermehrt der Flüchtlingsstatus der Betroffenen bestritten, was dazu führte, dass die vorläufige Aufnahme nicht mehr garantiert war. Hauptschwierigkeit war jedoch, dass die Flaggenstaaten der vereinbarten Lastentragung zunehmend kritisch gegenüberstanden. Vgl. G. Goodwin-Gill, a.a.O. (Fn. 19), S. 159. Solche Ansätze können im Einzelfall zur Überwindung von Massenfluchtsituationen beitragen. Letztlich hängt ihr Erfolg aber von der Bereitschaft der jeweiligen Staaten ab, Asylsuchende aufzunehmen beziehungsweise ein solches System zu finanzieren und die Letztverantwortung für ihre Aufnahme zu tragen. In jedem Fall ändern solche Lösungen nichts an der Notwendigkeit, die rechtliche Lage grundsätzlich zu klären.

³⁷ Die Bundesrepublik Deutschland war nicht verpflichtet, die Asylgesuche der Asylsuchenden zu berücksichtigen. Diese befanden sich zwar auf einem Schiff deutscher Staatszugehörigkeit, auf dem Deutschland die Jurisdiktion ausübt, nicht aber auf deutschem Staatsgebiet. Schiffe sind kein schwimmendes Territorium ihres Flaggenstaates.

³⁸ Im englischen Originaltext: „*No contracting state shall expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.*“

³⁹ G. Goodwin-Gill, a.a.O. (Fn. 19), S. 167.

⁴⁰ G. Goodwin-Gill, a.a.O. (Fn. 19), S. 117.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob dies als individuelles Recht oder lediglich als Rechtsreflex Wirkung entfaltet.

⁴³ G. Goodwin-Gill, a.a.O. (Fn. 19), S. 142.

⁴⁴ K. Doehring, a.a.O. (Fn. 21), S. 144 Rn. 335.

⁴⁵ Art. 33 GFK konnte durch die dem Vertrag beitretenden Staaten nicht durch einen Vorbehalt eingeschränkt werden, vgl. K. Doehring, a.a.O. (Fn. 21), S. 152 Rn 353.

⁴⁶ J. Wyatt, Tampa Issues, in: Maritime Law 16 (2002), S. 11.

⁴⁷ R. Barnes, a.a.O. (Fn. 14), S. 67.

⁴⁸ Art. 32 GFK: „*The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.*“

innerstaatliches Recht bezieht. Wenn die Reichweite von Art. 33 vom innerstaatlichen Recht hätte beschränkt werden können, wäre dies wie in Art. 32 GFK auch sprachlich zum Ausdruck gekommen.⁴⁹ Art. 31 GFK, der regelt, dass Flüchtlinge nicht wegen ihrer illegalen Einreise bestraft werden dürfen, unterstützt dies. Er macht deutlich, dass gerade auch *illegal*, also entgegen innerstaatlichem Recht eingereiste Flüchtlinge vom *Refoulement*-Schutz umfasst sind.

Zum anderen liegt die Betonung von Art. 33 GFK nicht darauf, wo sich die Flüchtlinge befinden, sondern darauf, wohin sie nicht gebracht werden dürfen.⁵⁰ Es kann daher keine Rolle spielen, ob die Asylsuchenden eingereist sind oder nicht. Aufschlussreich ist zudem auch der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 GFK: Dort wird nämlich ausdrücklich geregelt, dass das Zurückschicken von Flüchtlingen „*in any manner whatsoever*“ verboten ist. *Goodwin-Gill* folgert daraus, dass einem Staat daher jegliches Zurückschicken, nicht nur wie, sondern von wo auch immer, verboten sei.⁵¹ Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgt, wird deutlich, dass mit der weiten Formulierung eine Umgehung der *Non-Refoulement*-Verpflichtung verhindert werden sollte.⁵²

Die allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsmaßstäbe unterstreichen diese Interpretation. Danach müssen Verträge nach Treu und Glauben ausgelegt werden, Art. 31 Abs. 1 WVK.

Problematisch ist daher die einseitige Festlegung von Gebieten, für die die Genfer Konvention nicht gelten soll. Dies würde darauf hinauslaufen, dass Staaten zwar die Grenz- und Einwanderungskontrollen durchführen, also staatliche Gewalt ausüben könnten, sie aber gleichzeitig frei von allen damit verknüpften Verpflichtungen wären.⁵³

Schließlich darf ein Staat nach Art. 27 der WVK auch nicht sein innerstaatliches Recht als Hindernis für die Anwendung des Vertrages vorschieben. Mit internationalem Recht ist es nicht vereinbar, wenn die einzelnen Staaten ihre zuvor eingegangenen internationalen Verpflichtungen einseitig wieder einschränken.

Nur insoweit der Vertrag selbst auf innerstaatliches Recht Bezug nimmt, ist die Anwendung des Vertrags vom nationalen Recht abhängig. Dies ist aber, wie gezeigt, bei Art. 33 Abs. 1 GFK gerade nicht der Fall.

Die teleologische Auslegung stützt dieses Ergebnis: Für die Anwendbarkeit des *Non-Refoulement*-Grundsatzes lässt sich anführen, dass Flüchtlinge auf See nicht weniger schutzwürdig und -bedürftig sind als jene, die auf dem Landweg einreisen. Gegen eine Anwendung des Grundsatzes wird zwar eingewendet, dass Asylsuchende sich zumindest in einigen Fällen auf das Recht der freien Durchfahrt berufen könnten. Die Einfahrt in das Küstenmeer sei wesentlich einfacher als die auf dem Landweg und eine effektive Einwanderungskontrolle nur erschwert möglich.⁵⁴ Diese Auffassung übersieht aber zum einen, dass das Recht der freien Durchfahrt nicht für die Einfahrt in die inneren Gewässer gilt. Zum anderen muss auch hier zwischen (illegaler) Einwanderung und der Geltendmachung des *Non-Refoulement*-Schutzes unterschieden werden. Einwanderungskontrollen können trotz An-

wendbarkeit des *Non-Refoulement*-Schutzes weiterhin im Küstenmeer stattfinden, mit dem Ergebnis, dass Migranten, die sich nicht auf den Flüchtlingsstatus berufen können, aufgegriffen und gegebenenfalls ausgewiesen werden. Sofern ein Flüchtlingsschiff erfolgreich das Recht der freien Durchfahrt geltend macht, kann es dennoch beobachtet und gegebenenfalls begleitet werden.

Selbst wenn zur Zeit der Entstehung der GFK davon ausgegangen wurde, dass Flüchtlinge sich entweder bereits im Zufluchtstaat oder vor dessen Landgrenze in einem anderen Staat befinden, die Möglichkeit eines gefährlichen und unklaren Zwischenzustandes – wie etwa auf See zwischen mehreren Küstenstaaten – also nicht bedacht wurde, kann dies an der Auslegung der GFK nichts ändern. Eine solche Auslassung darf nicht die Menschen benachteiligen, die alle Kriterien des Flüchtlingsstatus erfüllen. Der historische Wille spielt demgegenüber nur eine untergeordnete Rolle,⁵⁵ da völkerrechtliche Verträge dynamische Rechtsquellen sind, die sich zeitlichen Veränderungen anpassen. Insofern kann es nicht maßgeblich sein, dass es in der Entstehungszeit der GFK nach dem Zweiten Weltkrieg um die Regulierung von Flüchtlingsströmen in Kontinentaleuropa ging, die hauptsächlich Landgrenzen überquerten.⁵⁶

Verschiedene, zwar unverbindliche, aber für die Interpretation geltenden Rechts relevante Beschlüsse des Exekutivkomitees des UNHCR untermauern dieses Verständnis von Art. 33 Abs. 1 GFK.⁵⁷

⁴⁹ *J. Grawford/P. Hyndman*, Three Heresies in the Application of the Refugee Convention, in: *International Journal of Refugee Law* 1.2. (1989), S. 177.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *G. Goodwin-Gill*, a.a.O. (Fn. 19), S. 142.

⁵² Dazu könnte eben auch die bewusste Nichteinbeziehung des Küstenmeers in das einreiserelevante Staatsgebiet zählen. So hat etwa Australien sein Küstenmeer aus der sog. Migrationszone ausgenommen. Flüchtlinge im Küstenmeer sind damit nach australischer Sichtweise nicht im (einwanderungsrelevanten) Staatsgebiet angekommen.

⁵³ So auch *R. Barnes*, a.a.O. (Fn. 14), S. 69, der deshalb von der Anwendbarkeit des *Non-Refoulement*-Prinzips ausgeht.

⁵⁴ Darauf weist *Røsaeg* hin, der aber zugleich einwendet, dass auch die Einreise auf dem Landweg kaum zu kontrollieren sei; *E. Røsaeg*, Refugees as rescuees – the Tampa Problem, in: *SIMPLY* (2003), S. 73.

⁵⁵ Vgl. *K. Ipsen*, (Fn. 34), § 11 Rn. 21.

⁵⁶ *R. Barnes*, a.a.O. (Fn. 14), S. 68. Zwar gab es auch damals bereits Migrationsbewegungen, die auf dem Seeweg erfolgten. So versuchten etwa jüdische Flüchtlinge, auf dem Seeweg vor dem Naziregime in Sicherheit zu gelangen. Dennoch wurde die Situation von Flüchtlingen auf See bei dem Entwurf der GFK weder diskutiert noch in den Regelungen berücksichtigt. Die Vorschrift über Seeleute als Flüchtlinge, Art. 11 GFK, betrifft somit auch nur jene und nicht etwa Flüchtlinge auf See im Allgemeinen. Vgl. zum „St. Louis-Fall“ *T. Magner*, A Less than „Pacific“ Solution for Asylum Seekers in Australia, in: *International Journal of Refugee Law* 16.1. (2004), S. 68 f.

⁵⁷ Die Beschlüsse des Komitees geben Meinungen wieder, die von der internationalen Gemeinschaft weitgehend geteilt werden. Ihre Relevanz liegt in der Formalisierung von Staatenpraxis und in der Beeinflussung der Entstehung von Gewohnheitsrecht. Die Fachkenntnis des Komitees und die durch Konsensus erfolgten Entscheidungen stärken die Bedeutung der Beschlüsse. Der Beschluss Nr. 14 (xxx) 1979, General Conclusion on International Protection, etwa weist in Absatz (c) auf die Besorgnis hin, „*that Refugees had been rejected at the frontier [...] in disregard of non-refoulement and that refugees arriving at sea had been refused even temporary asylum with resulting danger to their lives*“. Der Beschluss Nr. 15 (xxx) 1979, Refugees without an Asylum Country, unter: <http://www.unhcr.ch> (am 6. September 2005), (auch abgedruckt in *Goodwin-Gill*, a.a.O. (Fn. 19), S. 475) betont in Absatz (c): „*It is the humanitarian obligation of all coastal States to allow vessels in distress to seek haven in their waters and to grant asylum, or at least temporary refuge, to persons on board wishing to seek asylum.*“ Vgl. auch UNHCR, Background note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea, 18. März 2002, unter: <http://www.unhcr.ch> (am 6. September 2005).

Nach allem gilt das *Non-Refoulement*-Gebot für das gesamte Territorium eines Staates.⁵⁸

Was aber ergibt sich daraus für Asylsuchende an Bord der „Cap Anamur“? Solange nicht geklärt war, ob diese die Kriterien der Flüchtlingskonvention erfüllen, war der *Refoulement*-Schutz auch auf sie anzuwenden.⁵⁹ Dem steht nicht entgegen, dass Art. 33 Abs. 2 GFK nationale Sicherheit und öffentliche Ordnung als Beschränkungsmöglichkeiten vorsieht. Diese Ausnahmen sind eng auszulegen.⁶⁰ Die Notwendigkeit, 37 Asylverfahren zu bearbeiten, kann sicher nicht als Gefährdung eines Staates wie Italien angesehen werden.

Fraglich ist jedoch, ob aus dem *Non-Refoulement*-Gebot auch eine Aufnahmeverpflichtung abzuleiten war.

Erforderlich ist eine genaue Definition der Reichweite des Gebots: Staaten müssen einem Flüchtling an der Grenze zwar kein Asyl gewähren, sie sind aber zur Einhaltung des *Non-Refoulement*-Gebots verpflichtet. Falls ein Staat also einer Person kein Asyl gewähren will, die eine wohlbegründete Furcht vor Verfolgung hat, dann muss er einen Weg wählen, der *Refoulement* eben vermeidet. Er kann den Flüchtling – oder die Person, bei der noch nicht entschieden ist, ob es sich um einen Flüchtling handelt – entweder in ein sicheres Drittland schicken oder ihm einen vorübergehenden Aufenthalt gewähren.⁶¹

Das Prinzip verbietet jedoch nicht den Transfer in einen Staat, der aus Sicht der Flüchtlinge weniger attraktiv ist. Rechtlich war es daher nicht zu beanstanden, dass Australien die Flüchtlinge der „Tampa“⁶² auf die abgelegene Insel Nauru verbrachte.⁶³ Denn auch Nauru ist völkergewohnheitsrechtlich⁶⁴ an das internationale Flüchtlingsrecht gebunden und es gab keine Hinweise darauf, dass es diese Verpflichtung missachten würde.

Falls aber die potentiellen Konventionsflüchtlinge in keinem anderen Land aufgenommen werden, könnte es sein, dass diese doch irgendwann wieder in ihr Herkunftsland zurückkehren müssen und dort verfolgt werden. Dies wäre ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 1 GFK.

Ein Flüchtling, der an die Grenze oder auf das Staatsgebiet eines Vertragsstaats gelangt, muss geduldet werden, falls dieser Staat keinen anderen *sicheren* Staat findet, der bereit ist, diesen Flüchtling aufzunehmen.⁶⁵ In Deutschland gehören diese Personen zur Gruppe der so genannten *de-facto*-Flüchtlinge.⁶⁶ Eine Verpflichtung zur Aufnahme kann sich also ergeben, wenn es wahrscheinlich ist, dass andere Möglichkeiten als eine Rückkehr in das Herkunftsland ausscheiden. Gerade dies ist in Fällen wie dem vorliegenden nicht auszuschließen. Viele Asylsuchende, die sich auf den Weg nach Italien machen, kommen aus Libyen, einem Staat, der weder die Genfer Flüchtlingskonvention unterzeichnet hat noch über ein Asylverfahren verfügt. Auch wenn Libyen völkergewohnheitsrechtlich ebenfalls gebunden ist, so besteht hier ein entscheidender Unterschied zu Nauru. Die faktische Möglichkeit einer Rückschiebung in die Verfolgerstaaten

kann nicht ausgeschlossen werden. Tatsächlich ist sogar davon auszugehen, dass derartige Abschiebungen stattfinden.⁶⁷ Entscheidend ist nicht nur, ob ein Staat Vertragspartei der GFK ist oder gewohnheitsrechtlich gebunden, sondern auch, wie seine tatsächliche Praxis aussieht.⁶⁸

Es stellt sich also an dieser Stelle die Frage, welches Risiko von dem Staat, der die Aufnahme ablehnt, in Kauf genommen werden darf. *Crawford* und *Hyndman* gehen davon aus, dass eine Übernahme der Verantwortung für Asylsuchende immer dann erfolgen muss, wenn die Tatsache, dass ein Staat sich auf einen anderen verlässt, *möglicherweise* zu einer Verletzung von Art. 33 Abs. 1 GFK führen würde.⁶⁹

Zu bedenken ist an dieser Stelle, dass die Auslegung unklarer Normen der Konvention nur unter Berücksichtigung und

⁵⁸ Vgl. *E. Røsaeg*, a.a.O. (Fn. 54), S. 72. Das Problem der Zurückweisung an der Grenze spielt in dieser Fallkonstellation keine Rolle, da die Staatsgrenze schon bei Einfahrt in das Küstenmeer überschritten worden ist. Dem steht, wie gezeigt, nicht entgegen, dass die Grenzkontrollstellen noch nicht passiert wurden. Denn diese sind innerstaatlich festgelegt worden, haben also auf die internationalen Verpflichtungen keine Auswirkung. Die vorzuziehende Auslegung von Art. 33 I GFK erfasst allerdings auch die Zurückweisung an der Grenze, vgl. *E. Lauterpacht / D. Bethlehem*, The Scope and the Content of the Principle of Non-Refoulement, in: *E. Feller / V. Türk / F. Nicholson*, Refugee Protection in international Law (UNHCR's Global Consultations on International Protection), Cambridge 2003, S. 114 Nr. 83.

⁵⁹ Es ist unerheblich, ob die Asylsuchenden sich zunächst Menschenhändlern anvertraut hatten. Dies beeinflusst ihren Schutz nicht, vgl. Art. 19 des Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Doc. A/55/383. Dies folgt auch aus Art. 31 Abs. 1 GFK, wonach die illegale Einreise von Flüchtlingen keine Strafe nach sich ziehen darf.

⁶⁰ *R. Barnes*, a.a.O. (Fn. 14), S. 64.

⁶¹ *E. Lauterpacht / D. Bethlehem*, a.a.O. (Fn. 58), S. 113 Nr. 76.

⁶² Am 26. August 2001 nahm der norwegische Frachter „Tampa“ auf Anfrage der australischen Behörden 433 Asylsuchende zwischen Indonesien und Australien auf, die sich in Seenot befanden. Zunächst nahm die „Tampa“ Kurs auf Indonesien. Nachdem sich die Lage an Bord kritisch zuspitzte und einige Asylsuchende mit Selbstmord drohten, nahm das Schiff Kurs auf Christmas Island. Die australische Regierung versagte der „Tampa“ jedoch die Einfahrt in das australische Küstenmeer und in den Hafen von Christmas Island. Als einige Asylsuchende schwer erkrankten und sich die Sicherheitslage weiter verschlechterte, fuhr die „Tampa“ am 29. August in das australische Küstenmeer, wurde jedoch vor Christmas Island von australischen Spezialeinheiten aufgehalten. Diese übernahmen das Kommando an Bord und leisteten den Asylsuchenden medizinische Hilfe. Nach ausgedehnten juristischen Auseinandersetzungen wurden 150 Asylsuchende von Neuseeland aufgenommen, während die übrigen nach Nauru kamen. Vgl. dazu *Ch. M.-J. Bostock*, a.a.O. (Fn. 22), S. 279 ff.

⁶³ *E. Røsaeg*, a.a.O. (Fn. 54), S. 70.

⁶⁴ *Non-Refoulement* ist Teil des Völkergewohnheitsrechts; dazu *E. Lauterpacht / D. Bethlehem*, a.a.O. (Fn. 58), Nr. 213.

⁶⁵ *K. Hailbronner / A. Randelzhofer*, Zur Zeichnung der UN-Folterkonvention durch die Bundesrepublik Deutschland, in: *EuGRZ* (1986), S. 643.

⁶⁶ *V. Westphal / E. Stoppa*, Ausländerrecht für die Polizei, Lübeck 2001, S. 281.

⁶⁷ UNHCR, Libyen kann nicht als sicheres Drittland betrachtet werden, Pressekonferenz v. 18. März 2005, unter: <http://www.unhcr.ch> (am 6. September 2005).

⁶⁸ *J. Crawford / P. Hyndman*, a.a.O. (Fn. 49), S. 173; *R v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Bugdaycay, 1987 AC 514; Asyl sollte nicht deswegen verweigert werden, nur weil es auch von einem anderen Staat begehrt werden könnte. Ebenso *T. Clark*, Rights based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation, in: *International Journal of Refugee Law* 16.4 (2004), S. 590: Die formale Anwendung aller relevanten Schutzvorschriften ist entscheidend für die Beurteilung eines anderen Staates.

⁶⁹ *J. Crawford / P. Hyndman*, a.a.O. (Fn. 49), S. 178.

zugunsten des menschenrechtlichen Charakters der Konvention erfolgen kann.⁷⁰ Hinzu kommt, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nach dem Effektivitätsgrundsatz ausgelegt werden muss.⁷¹ Es ist also die Auslegung zu wählen, die seine Wirksamkeit am meisten fördert. Eine nicht total fern liegende Möglichkeit einer Kettenabschiebung sollte daher ausreichen, um eine – zumindest vorübergehende – Aufnahmepflicht zu bejahen. Diese ist sicher dann gegeben, wenn glaubhafte Berichte eine solche Praxis nahe legen.

Es muss ferner verhindert werden, dass Flüchtlinge von einem zum nächsten Staat bzw. ihrem jeweiligen Küstenmeer weitergeschickt werden, ohne dass sich ein zur Aufnahme bereiter Staat findet. Diese Situation wird mit dem Begriff „*Refugees in orbit*“ bezeichnet⁷² und stellt einen Verstoß gegen Art. 3 der EMRK dar. Flüchtlinge dürfen nicht zum Spielball von Staaten werden, die ihre Verantwortung nicht anerkennen. Eine solche Lage kann möglicherweise auch als ein Fall von Seenot, also „*distress*“ eingestuft werden.

Nicht übersehen werden darf auch, dass die Zurückweisung auf See weder in ihren tatsächlichen noch in ihren rechtlichen Konsequenzen der Zurückweisung in ein (sicheres) Drittland entspricht. Mit der Zurückweisung auf die hohe See, aber auch mit der Untersagung der Weiterfahrt in den Hafen sind Gefahren verbunden, die bei entsprechenden Maßnahmen auf dem Land nicht auftreten. Je nach Größe und Ausstattung des Verkehrsmittels, der Wetterlage, aber auch abhängig von der Zahl der Asylsuchenden und ihrer Versorgungssituation, kann es auf See wesentlich schneller zu lebensbedrohlichen Situationen, eben zu Seenot kommen. Zwar mag es auch auf Land Fälle geben, bei denen Flüchtlinge sich in einer Art faktischem „Niemandland“ zwischen zwei Staaten befinden. Dort drohen jedoch keine Gefahren durch die See und Versorgungsprobleme könnten zumindest von außen leichter behoben werden. In jedem Fall aber stellt die rechtliche Zuständigkeit für diese Personen keine derartige Schwierigkeit dar wie die Klärung der Verantwortlichkeit für Asylsuchende auf hoher See. Die Zurückweisung auf See führt gerade dazu, dass Staaten sich ihrer Verantwortung entledigen.

Sicherlich ist es auch denkbar, dass ein solches Schiff seetüchtig, ausreichend bemannt, mit Treibstoff, hinreichend Nahrung, Wasser und Medikamenten versehen ist und daher auch eine längere Zeit auf See verbleiben kann. Die Regel ist dies jedoch nicht. Die Möglichkeit, dass die staatliche Maßnahme mittelbar dazu führt, dass ein Schiff oder Boot in Seenot gerät, konterkariert die seerechtlichen Hilfsverpflichtungen. Die Zurückweisung eines nicht seetüchtigen Schiffes kann im Übrigen auch als Verletzung von Menschenrechten angesehen werden.⁷³

Dass dies berücksichtigt werden muss, widerspricht dem *Refoulement*-Verbot dogmatisch nicht. Denn hier ist der menschenrechtliche Charakter des Flüchtlingsrechts zu beachten. Wenn die GFK die Bestrafung von Flüchtlingen wegen illegaler Einreise verbietet, so muss dies erst recht für die durch Zurückweisung eines Schiffes folgende lebensbedrohliche Behandlung von Flüchtlingen gelten.⁷⁴

Das aus dem Völkergewohnheitsrecht folgende *Non-Refoulement*-Prinzip wird mittlerweile dahingehend verstanden, dass es auch die Zurückweisung von Menschen dorthin verbietet, wo ihnen grausame oder unmenschliche Behandlung droht.⁷⁵ Diese menschenrechtliche Dimension ist im Rahmen der Auslegung von Art. 33 GFK zu berücksichtigen.

Das *Non-Refoulement*-Gebot ist nach dem Sinn und Zweck der GFK so auszulegen, dass der beabsichtigte Schutz aus Art. 33 GFK auch den Flüchtlingen auf See zukommt. Daraus ergeben sich folgende Forderungen: Das Zurückdrängen von (seetüchtigen) Booten vom Küstenmeer auf die hohe See bzw. die Verweigerung der Einfahrt ins Küstenmeer, aber eben auch in den Hafen, ist nur dann mit dem *Non-Refoulement*-Gebot vereinbar, wenn ausgeschlossen werden kann, dass

1. weder eine (Ketten-)Rücksendung in das Heimatland erfolgt,
2. noch eine „*Refugee in Orbit*“-Situation entsteht,
3. auch nur die geringe Gefahr besteht, dass das Boot/Schiff infolge der Handlung in „*distress*“ gerät.

Legt man diese Grundsätze zugrunde, so erscheint die Rechtmäßigkeit des Handelns der italienischen Behörden als zweifelhaft.

Abhängig ist die Beurteilung zum einen von der möglichen Reaktion Maltas. Eine Aufnahme der Asylsuchenden im Nachhinein, als sich die „*Cap Anamur*“ bereits im italienischen Küstenmeer befand, hat Malta abgelehnt.⁷⁶ Es kann daher zumindest nicht unterstellt werden, dass Malta die Flüchtlinge bereitwillig aufgenommen hätte, wenn sie trotzdem in den Hafen von Valetta eingelaufen wären. Eine „*Refugee in Orbit*“-Situation war damit nicht völlig auszuschließen.

Problematisch erscheint in jedem Fall der dritte Aspekt. Denn die Situation an Bord hatte sich insofern dramatisch verschlechtert, als mehrere Asylsuchende drohten, sich über Bord zu stürzen. Es waren also Menschenleben in Gefahr. Diese Lage hätte von den italienischen Behörden berücksichtigt und die Verantwortung für die Asylsuchenden akzeptiert werden müssen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine solche Notlage bewusst herbeigeführt wird. Entscheidend ist das objektive Vorliegen einer Gefahr, die von der Zurückweisung kausal verursacht wurde. Ansonsten entstände ein Widerspruch zu den insofern ebenfalls unbedingten seerechtlichen Rettungsverpflichtungen. Dagegen kann

⁷⁰ E. Lauterpacht/D. Bethlehem, a.a.O. (Fn. 58), S. 113.

⁷¹ K. Ipsen, a.a.O. (Fn. 35), § 11 Rn. 16.

⁷² R. Barnes, a.a.O. (Fn. 14), S. 64 Fn. 80.

⁷³ E. Røsaeg, a.a.O. (Fn. 54), S. 76.

⁷⁴ Auch Pallis verlangt, dass die (menschenrechtlichen) Folgen solchen Verhaltens im Rahmen des *Non-Refoulement*-Gebots berücksichtigt werden, M. Pallis, a.a.O. (Fn. 15), S. 349.

⁷⁵ E. Lauterpacht/D. Bethlehem, a.a.O. (Fn. 58), S. 149 Nr. 217 ff.; S. 253 Nr. 163.

⁷⁶ Vgl. O. Ihlau/H. Knaup/H.-J. Schlamp, a.a.O. (Fn. 1), 93.

auch nicht eingewendet werden, dass eine solche Auslegung missbräuchlichen Verhaltensweisen Tür und Tor öffnet. Denn die seerechtlichen Verpflichtungen gelten bereits jetzt und führen zumindest in der Regel zu einer vorübergehenden Aufnahme.

Zu dieser Übernahme der Verantwortung kam es aber erst, als die „Cap Anamur“ sich über die Verweigerung zur Aufnahme der Flüchtlinge hinwegsetzte und Kurs auf den Hafen nahm.

Ansetzen lässt sich aber bereits früher: Das Verhalten der italienischen Regierung hat dazu geführt, dass die „Cap Anamur“ längere Zeit vor dem Hafen vor Anker gehen musste. Damit hat sie die Verschlechterung der Lage an Bord aber mit verursacht.⁷⁷ Es war klar, dass sich auf Dauer nicht so viele Menschen an Bord des Schiffes aufhalten können.

Es spricht daher einiges dafür, dass die italienischen Behörden durch ihr Verhalten Art. 33 Abs. 1 GFK verletzt haben.

Dieses Ergebnis kann sich auf andere Erwägungen stützen. Das Exekutivkomitee des UNHCR hat sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Situation von Flüchtlingen auf See und dadurch auch mit den Fragen beschäftigt, die an der Schnittstelle von Flüchtlingsrecht und internationalem Seerecht liegen.⁷⁸ Insbesondere die Erfahrungen der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts haben zu dem Schluss geführt, dass die Verweigerung der Ausschiffung von Flüchtlingen, vor allem, wenn sie nur einen vorübergehenden Aufenthalt zur Folge hat, zur Nichtbeachtung der Rettungsverpflichtungen auf See führen und damit auch weitere internationale Verpflichtungen beeinträchtigen kann. Der UNHCR fordert, dass Flüchtlinge in Seenot nicht nur ohne Rücksicht auf ihren Status gerettet werden müssen, sondern auch ausgeschifft werden sollen. Asylsuchenden seien ein zumindest vorübergehender Aufenthalt und der Zugang zu einem fairen und effektiven Asylverfahren zu ermöglichen.

Diese Empfehlungen werden von der Literatur teilweise als Gewohnheitsrecht betrachtet: Die gewohnheitsrechtliche Praxis, auf dem Seeweg kommende Asylsuchende an Land zu lassen oder sie aus Seenot zu retten und an Land zu bringen und ihnen dort Zugang zum Asylverfahren zu gewähren, sei in dem Beschluss Nr. 23 des Exekutivkomitees durch die Verpflichtung zur vorübergehenden Aufnahme formalisiert worden.⁷⁹

Fraglich ist jedoch, ob daraus in jedem Fall die Pflicht zur Ausschiffung folgt. Denkbar ist nämlich auch, dass Asylsuchende vorübergehend auf Staatsschiffen untergebracht werden.

Røsaeg lehnt eine Pflicht zur Ausschiffung ab.⁸⁰ Denn Art. 31 Abs. 2 der GFK erlaube es den Staaten, die Bewegungsfreiheit derjenigen zu beschränken, die ihr Staatsgebiet unerlaubt betreten haben: „*The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall*

only be applied until their status in the country is regularised or they obtain admission into another country.“

Dieses Recht zur Beschränkung gilt auch für Flüchtlinge im Sinne der Konvention, sogar wenn sie direkt von einem Gebiet kommen, wo ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht war, vgl. Art. 31 Abs. 1 GFK. Daher könnte man annehmen, dass ein Staat erst recht die Bewegungsfreiheit von Flüchtlingen einschränken kann, die ihre Statusfeststellung noch vor sich haben. *Røsaeg* weist darauf hin, dass Art. 11 der GFK diese Ansicht unterstützt.⁸¹ Nach Art. 11 soll Seeleuten, die regelmäßig als Besatzungsmitglied eines Schiffes fahren, eine bevorzugte Behandlung bei der Ausschiffung widerfahren, wenn sie bei dem Flaggenstaat um Asyl nachsuchen. Die Formulierung „regelmäßig“ zeige, dass damit keine anderen Flüchtlinge gemeint seien. Dies ergebe sich auch aus den Beratungen zur GFK, bei denen unterstrichen wurde, dass mit den Erleichterungen des Art. 11 nur die Situation der Seeleute verbessert werden sollte.⁸²

Es ist jedoch fraglich, ob diese Sicht aufrechterhalten werden kann. Denn es ist kaum vorstellbar, dass ein weiterer Aufenthalt auf See als „notwendig“ angesehen werden kann, wenn auch eine Unterbringung an Land möglich ist. Die Konvention definiert zwar nicht, welche Einschränkungen als notwendig anzusehen sind. Die Formulierung des Art. 31 zeigt aber, dass es sich hier um ein Regel-Ausnahmeverhältnis handelt, bei dem Beschränkungen eben nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt sind. Eine kurze Zeit des Gewahrsams kann notwendig sein, um die Identität einer Person festzustellen.⁸³ Das Verfahren einer Statusfeststellung bzw. das Asylverfahren kann sich aber über längere Zeit hinziehen. Müssten die Flüchtlinge dann weiterhin auf ihrem – oder einem anderen – Schiff bleiben? Diese Frage muss auch im Interesse eines fairen Verfahrens verneint werden. Aus den klar formulierten EXCOM-Beschlüssen geht dies ebenfalls hervor.

Auch aus historischen Gründen sollen Flüchtlinge nicht dauerhaft in einer haftähnlichen Situation bleiben.⁸⁴ Diese Ansicht kann sich auch auf Art. 22 der III. Genfer Konvention von 1949 stützen. Danach ist es verboten, Kriegsgefangene auf See zu inhaftieren. Dies unterstreicht, dass eine solche Behandlung grundsätzlich nicht akzeptabel ist.⁸⁵

Nach allem bestand – trotz aller Unklarheiten hinsichtlich des Verhaltens der „Cap Anamur“ – die Verpflichtung, die Asylsuchenden vom Schiff auf das italienische Festland zu lassen.

⁷⁷ Vgl. *E. Røsaeg*, a.a.O. (Fn. 54), S. 75: Ein langer Aufenthalt an Bord eines Schiffes muss aus menschenrechtlichen Erwägungen vermieden werden.

⁷⁸ Vgl. Fn. 57.

⁷⁹ *B. Frelick*, Haitian Boat Interdiction and Return: First Asylum and First Principles of Refugee Protection, in: *Cornell International Law Journal* 675 (1993), S. 685; vgl. Fn. 13.

⁸⁰ *E. Røsaeg*, a.a.O. (Fn. 54), S. 68.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *P. Weis*, *The Refugee Convention – Travaux Préparatoires analysed with a Commentary*, Cambridge 2004, S. 81.

⁸³ *P. Weis*, a.a.O. (Fn. 82), S. 303.

⁸⁴ *Ibid.*: „*refugees should not be kept behind barbed wire*“.

⁸⁵ *M. Pallis*, a.a.O. (Fn. 15), S. 361.

3. Fazit

Es ist deutlich geworden, dass sowohl das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Besatzungsmitglieder der „Cap Anamur“ als auch die Weigerung der italienischen Behörden, dem Schiff den Zugang zum Hafen zu gewähren, auf sehr wackligen Füßen stehen. Nach einer zeitgemäßen Auslegung des *Non-Refoulement*-Gebots aus Art. 33 Abs. 1 GFK müssen sowohl Kettenabschiebungen verhindert als auch die besondere Gefährdung der Menschenrechte von Flüchtlingen auf See berücksichtigt werden. Angesichts der kritischen Situation an Bord war von einer Notlage auszugehen, die zur Unzulässigkeit der Zurückweisung bzw. Verweigerung der Einfahrt in den Hafen führt.

Zugleich ist klar geworden, dass Seerecht und Flüchtlingsrecht sich in einem seltsamen Spannungsverhältnis befinden, etwa wenn es um die Frage geht, wie weit die innerstaatliche Gesetzgebung in Bezug auf Einreisevorschriften gehen kann. Beide Rechtsgebiete berühren sich, nehmen aber kaum aufeinander Bezug. Die Folge ist, dass etwa das *Non-Refoulement*-Gebot weit ausgelegt werden muss. Das ist zwar zuläs-

sig und auch notwendig; vorzuziehen wären aber klare und eindeutige Regelungen in den Verträgen selbst, die keinen Zweifel an den Verpflichtungen lassen.

Solange eine europäische Politik fehlt, die sich sowohl um eine faire Lastenverteilung als auch um eine Verbesserung der Lage in den Heimatländern bemüht, wird es immer wieder Fälle dieser Art geben. Nicht alle werden so spektakulär und in den wenigsten Fällen wird eine NGO beteiligt sein. Aber die menschliche Tragödie bleibt dieselbe. Entscheidend ist, dass die betroffenen Regierungen einsehen, dass die Zurückweisung von Asylsuchenden auf See in den meisten Fällen nicht nur rechtswidrig ist, sondern auch keine dauerhafte Lösung ihrer Probleme bietet. Unterstützt von der Europäischen Union unternimmt der UNHCR derzeit neue Anstrengungen, um aussagekräftige Daten über die Fluchtbewegungen zu gewinnen und gleichzeitig neue Lösungsvorschläge zu erarbeiten.⁸⁶ Es wäre wünschenswert, wenn diese Ergebnisse auch Gehör finden würden.

⁸⁶ UNHCR, „UNHCR project to shed light on Africa-Europe transit migration“, 1. Februar 2005: unter: <http://www.unhcr.ch> (am 6. September 2005).

Zum rechtlichen Umfeld einer Mitwirkung von Rotkreuz-Helfern im Sanitätsdienst der Streitkräfte

Sascha Rolf Lüder*

On 26 February 1951 the German Red Cross was recognised by the Chancellor of the German government as a voluntary aid society in the sense of article 26(1) of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. This empowers such a voluntary aid society to assist the medical services of the German Federal Armed Forces. Yet, if members of the German Red Cross participate in the medical service of the German armed forces, some to problems pertaining to their legal status arise.

This article will show in which legal context such employees are working. For example, the civil-military cooperation must be organised in such a way that the German Red Cross respects the principles of the Red Cross movement and international humanitarian law whenever it is performing its humanitarian work inside and outside Germany. It will further be shown that, should workers of a voluntary aid society keep their status of volunteers, they cannot be bound by the so-called “military laws and regulations” mentioned in international humanitarian law. In particular, the German Red Cross is obliged to abide by the principles of the Red Cross movement inasmuch as it is a national Red Cross society and is, thereby, a member of the Red Cross movement. Although the national Red Cross societies shoulder the humanitarian work undertaken by the authorities and are bound by national law, they should preserve their independence, which authorises them at all times to act according to the principles of the Red Cross movement.

1. Einführung

Das Deutsche Rote Kreuz (DRK) ist kraft Anerkennungsschreibens des Bundeskanzlers der Bundesrepublik Deutschland vom 26. Februar 1951 freiwillige Hilfsgesellschaft i. S. d. Art. 26 Abs. 1 des I. Genfer Abkommens vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (GA I). Ebenfalls als freiwillige Hilfsgesellschaften sind in der Bundesrepublik Deutschland, die Deutsche Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger, die Johanniter-Unfall-Hilfe sowie der Malteser-Hilfsdienst anerkannt.

Durch die Anerkennung seitens der Bundesregierung werden die freiwilligen Hilfsgesellschaften insbesondere ermächtigt, im Sanitätsdienst der Bundeswehr mitzuwirken.

Werden Mitarbeiter des DRK als Helfer im Sanitätsdienst der Streitkräfte eingesetzt, so ergeben sich Probleme hinsichtlich ihrer Rechtsstellung. Im Rahmen dieser Abhandlung wird zunächst der Rechtsstatus der Rotkreuz-Helfer im Sanitätsdienst der Streitkräfte im völkerrechtsgeschichtlichen Zusammenhang erläutert. Im Anschluss daran soll anhand des geltenden Rechts aufgezeigt werden, in welchem Rechte- und Pflichtenkreis die Helfer während ihrer Tätigkeit innerhalb der Streitkräfte stehen. So muss die zivilmilitärische Zusammenarbeit dergestalt organisiert sein, dass das DRK seine humanitäre Arbeit im In- und Ausland im

* Dr. Sascha Rolf Lüder ist Akademischer Koordinator des Institutes für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum (Deutschland) und Landeskonzventionsbeauftragter des DRK-Landesverbandes Westfalen-Lippe, Münster (Deutschland).

Sinne der Grundsätze der Rotkreuz-Bewegung und des humanitären Völkerrechtes leisten kann.

Die Analyse erfolgt unter besonderer Berücksichtigung des Beschlusses des Präsidiums des DRK vom 10. Juli 2003 zur zivil-militärischen Zusammenarbeit.

2. Völkerrechtliche Entwicklung der Stellung von Rotkreuz-Helfern seit 1864

2.1. Abkommen betreffend die Linderung des Loses der im Felddienste verwundeten Militärpersonen vom 22. August 1864

Bereits in der ersten Genfer Rotkreuz-Konvention wird für den gesamten Sanitätsdienst eine umfassend neutrale Stellung festgelegt.¹ Nach Art. 2 des Abkommens betreffend, die Linderung des Loses der im Felddienste verwundeten Militärpersonen vom 22. August 1864 nehmen Feldlazarette einen neutralen Charakter ein: „*Das Personal der leichten und Hauptfeldlazarette, inbegriffen die mit der Aufsicht, der Gesundheitspflege, der Verwaltung, dem Transport der Verwundeten beauftragten Personen, sowie die Feldprediger nehmen so lange an der Wohltat der Neutralität teil, als sie ihren Verpflichtungen obliegen und als Verwundete aufzuheben oder zu verpflegen sind.*“

Weiter bestimmt Art. 6, dass Verwundete ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit aufgenommen werden sollen.

Die Konvention geht dabei von einem einheitlichen Begriff des „Sanitätspersonals“ aus; eine Unterscheidung in militärisches und ziviles Sanitätspersonal sowie in Sanitäter der freiwilligen Hilfsgesellschaften ist dem Abkommen unbekannt.

2.2. Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken bei den im Felde stehenden Heeren vom 6. Juli 1906

Innerhalb der zweiten Genfer Rotkreuz-Konvention findet erstmalig eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Personengruppen innerhalb des Sanitätspersonals statt: „*Das ausschließlich zur Bergung, zur Beförderung und zur Behandlung von Verwundeten und Kranken sowie zur Verwaltung von Sanitätsformationen und -anstalten bestimmte Personal und die den Heeren beigegebenen Feldprediger sollen unter allen Umständen geachtet und geschützt werden; wenn sie in die Hände des Feindes fallen, dürfen sie nicht als Kriegsgefangene behandelt werden.*“ (Drittes Kapitel Art. 9) „*Dem im vorstehenden Artikel erwähnten Personale wird das Personal der von ihrer Regierung in gehöriger Form anerkannten und ermächtigten freiwilligen Hilfsgesellschaften, das in den Sanitätsformationen und -anstalten der Heere verwendet wird, gleichgestellt mit dem Vorbehalte, daß dies Personal den militärischen Gesetzen und Verordnungen untersteht.*“ (Drittes Kapitel Art. 10).

Die Zugehörigkeit zum Sanitätsdienst der Streitkräfte an sich orientiert sich aber am Einsatzzweck des Personals. Dem-

nach ist es für eine Bejahung der Eigenschaft als „Sanitätspersonal“ unerheblich, ob es sich bei dem Sanitäter um einen Sanitätssoldaten oder um einen Helfer handelt.

Gleichwohl nimmt dieser Vertrag bereits eine Einschränkung hinsichtlich der Geltung humanitärer völkerrechtlicher Regelungen vor, indem er verlangt, dass das Sanitätspersonal der freiwilligen Hilfsgesellschaften den jeweiligen „*militärischen Gesetzen und Verordnungen*“ (Art. 26 Abs. 1 I. GA) unterstehen muss, um Normadressat zu werden.

Durch die zweite Genfer Rotkreuz-Konvention wird erstmalig ausdrücklich die Möglichkeit genannt, neben dem ständigen Sanitätspersonal auch freiwillige Hilfsgesellschaften für Sanitätsaufgaben zu verwenden.

2.3. Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Heere im Felde vom 27. Juli 1929

Im Wesentlichen stimmen die Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 des Abkommens zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Heere im Felde vom 27. Juli 1929 mit den o.g. Regelungen der zweiten Genfer Rotkreuz-Konvention überein. Weiter heißt es: „*Dem in Artikel 9 Absatz 1 erwähnten Personal wird das Personal der von ihrer Regierung in gehöriger Form anerkannten und ermächtigten freiwilligen Hilfsgesellschaften, das zu denselben Verrichtungen wie das im genannten Absatz erwähnte Personal verwendet wird, gleichgestellt mit dem Vorbehalt, daß das Personal dieser Gesellschaften den militärischen Gesetzen und Verordnungen untersteht.*“

Von daher kann man sehen, dass das humanitäre Völkerrecht weiterhin von der Möglichkeit ausgeht, um das Personal der freiwilligen Hilfsgesellschaften für Sanitätsfunktion einzusetzen. Ebenso wie 1906 wird das Rote Kreuz als Regelbeispiel für eine freiwillige Hilfsgesellschaft aber noch nicht genannt; eine Erwähnung findet erst 1949 statt.

2.4. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde vom 12. August 1949

Mit Inkrafttreten der GA wird das Genfer Recht ein weiteres Mal modifiziert. Hinsichtlich des Sanitätspersonals nimmt Art. 24 I. GA – wie bereits die Abkommen von 1906 und 1929 zuvor – eine Begriffsbestimmung in materieller Hinsicht vor.² Weiter heißt es in Art. 26 Abs. 2 I. GA: „*Dem in Artikel 24 erwähnten Personal wird das Personal der von ihrer Regierung in gehöriger Form anerkannten und ermächtigten nationalen Gesellschaften des Roten Kreuzes und*

¹ Zum Grundgedanken des Genfer Rechtes Ch. Greenwood, in: D. Fleck (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, München 1994, Ziff. 118; K. Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, § 65 I 1.

² Die Systematik der Art. 24 bis 26 des Ersten Genfer Abkommens beschreiben F. Kalshoven / L. Zegveld, Constraints on the Waging of War, 3. Auflage, Genf 2001, III 4.3.

anderer freiwilliger Hilfsgesellschaften, das zu denselben Verrichtungen wie das im genannten Artikel erwähnte Personal verwendet wird, gleichgestellt, vorausgesetzt, daß das Personal dieser Gesellschaften den militärischen Gesetzen und Verordnungen untersteht.“

Insoweit betrifft Art. 26 Abs. 2 I. GA auch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit. Hiernach ist das Handeln eines Organs stets dem Völkerrechtssubjekt zuzurechnen, dem dieses Organ angehört.³ Unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe des Sanitätspersonals wird das jeweilige Handeln von Sanitätseinheiten dem Staat, für den sie tätig sind, als Völkerrechtssubjekt zugerechnet.

An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, dass das humanitäre Völkerrecht keinen Unterschied macht, in welcher Form sich ein Staat im Sanitätsbereich betätigt. Beispielsweise ist das Handeln einer nationalen Rotkreuz-Gesellschaft bei der Wahrnehmung sanitätsdienstlicher Aufgaben dem Staat völkerrechtlich zuzurechnen, in dem diese Gesellschaft anerkannt ist.

2.5. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977

In Art. 8 lit. c des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977 (ZP) schließlich erfolgt eine umfassende Definition des „Sanitätspersonals“, die im Wesentlichen mit der Begriffsbestimmung der GAen übereinstimmt: „(...) bedeutet ‚Sanitätspersonal‘ Personen, die von einer am Konflikt beteiligten Partei ausschließlich den unter Buchstabe e genannten sanitätsdienstlichen Zwecken, der Verwaltung von Sanitätseinheiten oder dem Betrieb oder der Verwaltung von Sanitätstransporten zugewiesen sind. Ihre Zuweisung kann ständig oder nichtständig sein. Der Begriff umfaßt

- i) *das militärische oder zivile Sanitätspersonal einer am Konflikt beteiligten Partei, darunter das im I. und II. Abkommen erwähnte sowie das den Zivilschutzorganisationen zugewiesene Sanitätspersonal;*
- ii) *das Sanitätspersonal der nationalen Gesellschaften des Roten Kreuzes (Roten Halbmonds, Roten Löwen mit Roter Sonne) und anderer freiwilliger nationaler Hilfsgesellschaften, die von einer am Konflikt beteiligten Partei ordnungsgemäß anerkannt und ermächtigt sind;*
- iii) *das Sanitätspersonal der in Artikel 9 Absatz 2 genannten Sanitätseinheiten oder Sanitätstransportmittel (...).“*

„Die Zivilbevölkerung hat die Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen, auch wenn sie der gegnerischen Partei angehören, zu schonen und darf keine Gewalttaten gegen sie verüben. Der Zivilbevölkerung und den Hilfsgesellschaften, wie beispielsweise den nationalen Gesellschaften des Roten Kreuzes (Roten Halbmonds, Roten Löwen mit Roter Sonne) ist es gestattet, auch von sich aus und auch in Invasions- oder besetzten Gebieten die Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen zu bergen und zu pflegen. Niemand darf wegen solcher humanitärer Handlungen behelligt, verfolgt, verurteilt oder bestraft werden.“

Innerhalb des ZP I findet sich kein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die freiwilligen Hilfsgesellschaften sich den „militärischen Gesetzen und Verordnungen“ unterwerfen müssen. Gleichwohl ist der Charakter dieses völkerrechtlichen Vertrages zu beachten: Es handelt sich um zusätzliche Vereinbarungen zu den GAen, so dass die Vertragsbestimmungen von 1977 ergänzend zu denen von 1949 zu lesen sind. Somit ist die Einschränkung der „militärischen Gesetze und Verordnungen“ hinzuzudenken, es sei denn, der Begriff des „Sanitätspersonals“ wäre im ZP I abschließend neu definiert worden. Jedoch kann von einer solchen Neubestimmung nicht ausgegangen werden.

3. Zum Status der Rotkreuz-Helfer nach geltendem Recht

Nach geltendem humanitären Völkerrecht gibt es mithin drei Kategorien geschützten Sanitätspersonals: das ständige Sanitätspersonal (Art. 24 I. GA), das medizinische Hilfspersonal (Art. 25 I. GA), sowie das Personal der freiwilligen Hilfsgesellschaften (Art. 26 I. GA).

Das ständige Sanitätspersonal ist unter allen Umständen zu schonen und zu schützen. Bei dem medizinischen Hilfspersonal handelt es sich um militärisches Personal, welches zusätzlich zu seiner militärischen Funktion eine Ausbildung als Hilfskrankenpfleger oder Hilfskrankenträger erhalten hat. Es ist ebenso zu schonen und zu schützen, wenn es seine Sanitätsaufgaben verrichtet. Das Personal der freiwilligen Hilfsgesellschaften ist dem ständigen Sanitätspersonal statusrechtlich gleichgestellt. Dies gilt allerdings nur u. a. unter der Voraussetzung, dass dieses Personal den „militärischen Gesetzen und Verordnungen“ unterworfen ist.

Es fragt sich aber, ob diese Unterwerfung umfassend sein muss. So ist eine freiwillige Hilfsgesellschaft zwar den Streitkräften angeschlossen, wird aber nicht Teil der Streitkräfte. Nichts im I. GA impliziert, dass die freiwilligen Hilfsgesellschaften Bestandteil des Sanitätsdienstes und damit der Streitkräfte werden. Andernfalls würden sie ihre Funktion als freiwillige Hilfsgesellschaft verlieren.

Das humanitäre Völkerrecht will den Grundsätzen der Rotkreuz-Bewegung auch bei Mitwirkung von Rotkreuz-Helfern im Sanitätsdienst der Streitkräfte Geltung verschaffen. Sinn und Zweck dieser Grundsätze ist es insoweit, die Funktionsfähigkeit der Rotkreuz-Bewegung sicherzustellen, insbesondere das „Los der Verwundeten im Felde“ unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfliktpartei zu lindern. Wäre das Personal der freiwilligen Hilfsgesellschaften umfassend an „militärische Gesetze und Verordnungen“ gebunden, verlören die Helfer letztlich ihre Identität als „Freiwillige“ i. S. d. Art. 26 Abs. 1 I. GA.⁴

³ Zu den Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit allgemein *J. Crawford*, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, Art. 1; *K. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 1), § 39 III.

⁴ *J. S. Pictet*, in: ders. (Hrsg.), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Genf 1952, Art. 26 I 2 d.

In Art. 17 ZP I findet sich zudem ein indirekter Hinweis auf den Grundsatz der „Unabhängigkeit“ der Rotkreuz-Bewegung: Indem Sanitätseinheiten „auch von sich aus“ (Art. 17 Abs. 1 S. 2 ZP I) Handlungen vornehmen dürfen, räumt das Protokoll bestimmten Verhaltensweisen einen unabhängigen Rechtscharakter ein.

Folglich muss zwischen dem militärischen und zivilen Sanitätspersonal unterschieden werden. In diesem Sinne sprechen auch die Anerkennungsvoraussetzungen des DRK davon, dass das DRK im ständigen Sanitätsdienst der Bundeswehr unter der Verantwortung der Bundesregierung als freiwillige Hilfsgesellschaft mitwirkt und eben nicht Teil der Streitkräfte wird. Daher muss das DRK einem Wunsch der Bundeswehr zur Mitarbeit im Sanitätsdienst nicht in jedem Fall Folge leisten. Eine Mitarbeit muss insbesondere dann ausscheiden, wenn die Grundsätze der Rotkreuz-Bewegung oder die Sicherheit des Personals unvertretbar beeinträchtigt werden. Insbesondere im Auslandseinsatz ist einer Mitarbeit in denjenigen Fällen mit größter Zurückhaltung zu begegnen, in denen die Bundesrepublik Deutschland Konfliktpartei ist. Dies kann vor allem der Fall sein, wenn die Bundeswehr unter einem Mandat der Vereinten Nationen nach Kap. VII der Satzung der Vereinten Nationen oder mit einem Auf-

trag der Nordatlantikvertrags-Organisation zur Anwendung militärischer Gewalt ermächtigt ist.

4. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Mitarbeiter einer freiwilligen Hilfsgesellschaft gar nicht umfassend an die „militärischen Gesetzen und Verordnungen“ gebunden sein können, wollen sie nicht ihren Charakter als Freiwillige verlieren. Insbesondere das DRK, welches als nationale Rotkreuz-Gesellschaft zu den Mitgliedern der Rotkreuz-Bewegung zählt, ist verpflichtet, speziell deren Grundsätze zu beachten. Obwohl die nationalen Rotkreuz-Gesellschaften den Behörden bei ihrer humanitären Tätigkeit zur Seite stehen und dem jeweiligen nationalen Recht unterstellt sind, sollten sie dennoch eine Eigenständigkeit bewahren, die es ihnen gestattet, jederzeit nach den Grundsätzen der Rotkreuz-Bewegung zu handeln.

Ausgehend von der humanitär-völkerrechtlichen Verpflichtung, dass die nationale Rotkreuz-Gesellschaft die Grundsätze der Rotkreuz-Bewegung beachtet und sich diesen jederzeit verpflichtet fühlt, muss stets gewährleistet sein, dass das DRK die uneingeschränkte Verantwortung für seine Mitglieder und deren Handlungen jederzeit übernehmen kann.

The European Court of Justice between the Common Market and Human Rights*

Jan Wiethoff**

Dieser Artikel behandelt grundsätzliche Fragen des Europäischen Menschenrechtsschutzes. In der Einleitung wird zunächst die Parallelität des Grundrechtsschutzes, das heißt das Nebeneinander der Europäischen Union und des EMRK-Regimes, dargestellt. Gemeinsam ist beiden Systemen, dass sie Grundrechtsschutz gewährleisten. In ihrem Bestand und ihrer Entwicklung sind beide Systeme jedoch völlig unabhängig voneinander. Während die Europäische Union als maßgeblichen Bezugspunkt stets auf den gemeinsamen Markt verweisen konnte, geht es bei der EMRK um einen effektiven Grundrechtsschutz für den Einzelnen. Mittlerweile verfügen beide Systeme über einen Gerichtshof. Zuständig für die Wahrung des EU-Rechts ist der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg. Über die Einhaltung der EMRK wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Festgehalten wird auch, dass alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union zugleich auch der Europäischen Menschenrechtskonvention angehören, nicht aber die Europäische Union selbst.

Im zweiten Teil wird auf Rechtsprechungsdivergenzen zwischen beiden Gerichten eingegangen und im Ergebnis dargelegt, dass beide Gerichte ein und dasselbe Grundrecht unterschiedlich auslegen können. Begründet ist die divergente Grundrechtsinterpretation maßgeblich in der unterschiedlichen Zielsetzung beider Gerichte. Diese Divergenzen bleiben für die verpflichteten Staaten nicht ohne Konsequenzen. Vorstellbar ist eine Situation, in der sich ein Staat entscheiden muss, ob er seine Verpflichtungen aus Luxemburg oder aus Straßburg erfüllt, das heißt im Umkehrschluss, ob er gegen das Gemeinschaftsrecht oder die EMRK verstößt. Die neue Rechtsprechung des EGMR im „Bosphorus Airways vs. Ireland-Fall“ verdeutlicht, dass der Straßburger Gerichtshof bestrebt ist, die Einhaltung des EMRK-Standards auch in der Europäischen Union zu überwachen, so dass zukünftig weitere divergente Entscheidungen zu befürchten sind.

Im dritten Teil werden verschiedene Lösungsmodelle vorgestellt. Insbesondere wird der in dem Vertrag über eine Verfassung für Europa vorgeschlagene Beitritt der EU zur EMRK thematisiert. Nach einem Beitritt wären Divergenzen zwischen EuGH und EGMR nicht mehr denkbar, da dem EGMR die Letztentscheidungskompetenz zufiele. Eine Frage bleibt jedoch unbeantwortet: Ist eine Bindung der Europäischen Union an einen Menschenrechtsgerichtshof überhaupt mit der Identität der auf dem gemeinsamen Markt beruhenden EU vereinbar?

* This presentation was made on 8 July 2005 in Istanbul (Turkey) in the framework of the intensive programme of the European Doctorate Enhancement Programme.

** Jan Wiethoff is a SYLFF-Doctorate Fellow at the Institute of International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University Bochum (Germany) as well as a Ph.D. candidate at the Faculty of Law of the Ruhr-University Bochum (Germany).

1. Introduction: Human Rights in Europe

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) entered into force on 9 September 1953.¹ It is the product of the period shortly after the Second World War when the issue of the international protection of human rights gained a great deal of attention.² Originally signed by twelve States the Convention was ratified by the 44 members of the Council of Europe. Its importance in Europe was stressed in a landmark judgement of 23 March 1995 in which the European Court of Human Rights referred to the Convention as “a constitutional instrument of European public order”.³

Presently the European Union is not party to the ECHR⁴ and, hence, is not bound by it.⁵ However, article 6 (2) of the Treaty of the European Union, as amended by the Amsterdam Treaty of 1 October 1997, clearly concretises the European Union’s obligation to ensure respect for fundamental rights.⁶ Further, article 6(2) of the Amsterdam Treaty provides that “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the member states, as general principals of Community Law.”

On numerous occasions, the European Court of Justice has protected fundamental rights within the Community sphere as being part of the unwritten general principles of Community law.⁷ Since 1969 (*Stauder* case) the European Court of Justice has developed a considerable body of case law referring to fundamental rights⁸ and this despite the fact that the Luxembourg Court is not legally obliged to follow the interpretation of the European Court of Human Rights.⁹

Article 6 (2) also reflects the approach already adopted by the European Court of Justice that fundamental human rights form part of Community law, which means that they can be invoked not only against the EU authorities, but also against national governments and legislatures when they act within the scope of Community law and when the issue is governed by Community provisions.¹⁰ Unfortunately, this construction does not offer a full solution for those Member States of the European Union which have a dualist system since it may give rise to conflicting case law concerning the interpretation of provisions in the convention by the European Court of Justice and the Strasbourg Court.¹¹

2. Conflicts

Flagrant conflict as to the case law of the two European Courts can be ascertained in the context of major cases concerning article 8 of the European Convention where the Luxembourg Court took a restrictive view.¹² Article 8 ECHR guarantees that everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. For example, in *Hoechst A.G. v. Commission*¹³ the European Court of Justice ruled that article 8 ECHR could not be extended to cover commercial premises,¹⁴ as a consequence of

which article 8 is not applicable to companies.¹⁵ In contrast, the Strasbourg explicitly adjudicated in the *Niemitz* case¹⁶ that the search of the applicant’s office constituted an interference with his rights under article 8 ECHR.¹⁷ In this judgement the Court mentioned the *Hoechst* Judgement of the EC Court, which means that the Strasbourg Court was aware of this jurisprudence, yet not willing to follow the European Court of Justice.

Further, the decisions of the European Court of Justice are inconsistent with the Strasbourg case law concerning the right not to give evidence against oneself which is protected by article 6 ECHR.¹⁸

Besides, in the event of an extension of the European Union’s competence to improve co-operation in the fields of justice and home affairs, the so called ‘third pil-

¹ D. Spielmann, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities”, in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, at 757.

² P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 1998, p. 1.

³ D. Spielmann, *supra* note 1, at 758.

⁴ D. Spielmann, *supra* note 1, at 759.

⁵ J. Wolf, “Vom Grundrechtsschutz ‘in Europa’ zu allgemeinverbindlich geltenden europäischen Grundrechten – Wege der Grundrechtssicherung unterhalb der Ebene europäischer Verfassungsgebung“, in: J. Bröhmer (ed.), *Grundrechtsschutz in Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, at 37; D. Spielmann, *supra* note 1, at 759.

⁶ D. Spielmann, *supra* note 1, at 759.

⁷ ECR 419, *Stauder v. City of Ulm*, (1969); D. Spielmann, *supra* note 1, at 760; P. Hector, „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union“, in J. Bröhmer (ed.), *supra* note 5, at 180.

⁸ ECR 419, *Stauder v. City of Ulm*, (1969); D. Spielmann, *supra* note 1, at 760; P. Hector, *supra* note 7, at 180; A. Bleckmann, “Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte”, in J. Baur (ed.), *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1992, at 30.

⁹ D. Spielmann, *supra* note 1, at 762; G. Ress, “Menschenrechte, Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht”, in: H. Haller, C. Kopetzki, R. Novak, S.L. Paulson, B. Raschauer, G. Ress & E. Wiederin (Hrsg.), *Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler*, Wien / New York, Springer, 1997, at 921.

¹⁰ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 20.

¹¹ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 21; N. Philippi, „Divergenzen im Rechtsschutzsystem zwischen EuGH und EGMR“, (2000) 1 *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 99; T. Stein, *supra* note 4, at 178.

¹² D. Spielmann, *supra* note 1, at 766; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 21; H.-C. Krüger & J. Polakiewicz, „Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa – Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechtecharta“, (2001) *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 92–105; E. Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH – Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, p. 217; A. Busch, *supra* note 5, p. 139.

¹³ European Court of Justice, Rs. 46/87, Slg. 1989-I, 28259 = EuGH, *Europäische Grundrechtezeitschrift*, 1989, 389.

¹⁴ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 21; D. Spielmann, *supra* note 1, at 767; E. Stieglitz, *supra* note 12, p. 217.

¹⁵ D. Spielmann, *supra* note 1, at 766; E. Stieglitz, *supra* note 12, p. 217.

¹⁶ European Court of Human Rights, 1992, A. 251-B, p. 35.

¹⁷ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*.

lar’,¹⁹ one may expect a flood of complaints relating to human rights and, hence, even more clashes between the jurisprudence of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Also one of the recent cases reflects that the expectation to find more clashes hereafter could become true. In the case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*²⁰ the European Court of Human Rights decided that State action taken in compliance with legal obligation of the European Union is justified as long as the EU is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides. That means that the European Court of Human Rights considers itself competent to investigate whether there is an equivalent human rights protection in the system of the European Union or not.

3. Conclusion

All in all, it is very difficult to explain why both courts adopted a different approach with regard to article 8 ECHR (and article 6 ECHR).²¹ However, it is obvious that divergent interpretation is possible in certain areas such as European competition law²² inasmuch as this area of law illustrates the clear contradiction between the ‘*in dubio pro integrationem* approach’ of the European Court of Justice and the ‘strong civil liberty approach’ of the European Court of Human Rights.²³

To avoid inconsistent case law it has been suggested to create a net of bridges between both courts,²⁴ the most effective bridge one being the so-called ‘preliminary ruling’.²⁵ The system developed in article 234 EC Treaty worked well and could be expanded to the relationship between other legal systems.²⁶

Nevertheless, an ultimate guarantee of uniformity of interpretation would only be achieved if the European Union or the separate European Communities were to become parties to the Convention.²⁷ One of the direct outcomes would be that the European Court of Justice would have to give up the ‘so-called common market approach’. The ensuing question that needs to be answered subsequently is whether a new ‘strong civil liberty approach’ fits together with the goals of the European Union which is historically based on the concept of a common market? Even an analysis of the European

Constitution demonstrates that the common market is still one of the most important factors in the European integration process all the more as this discussion inevitably leads to the question of the identity of the European Union.²⁸

In fact, another consequence would be a formal and factual subordination of the European Court of Justice to the Strasbourg Court.²⁹

As a consequence, the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights, which is recommended in the European Constitution, would not only lead to a coherent and maybe uniform interpretation provided by both courts but would also cause a new range of problems. In this sense divergent interpretation should not necessarily be ruled out from the very outset.³⁰ A dissenting or merely separate voice from Luxembourg could indeed be a valuable input, especially as the Strasbourg Court is accustomed to separate opinions coming from its own members.³¹

¹⁹ D. Spielmann, *supra* note 1, at 771.

²⁰ D. Spielmann, *supra* note 1, at 778.

²¹ European Court of Human Rights, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Application 45036/98, 30 June 2005.

²² D. Spielmann, *supra* note 1, at 776.

²³ D. Spielmann, *supra* note 1, at 777; A. Busch, *supra* note 5, p. 134; M. Hilf & S. Hörmann, “Der Grundrechtsschutz von Unternehmen im europäischen Verfassungsverbund”, (2003) 1 *Neue Juristische Woche* 1–9.

²⁴ D. Spielmann, *supra* note 1, at 779; M. Hilf & S. Hörmann, *supra* note 22; A. Busch, *supra* note 5, p. 134.

²⁵ D. Spielmann, *supra* note 1, at 777; A. Busch, *supra* note 5, p. 223; E. Stieglitz, *supra* note 12, p. 217; S. Alber & U. Widmaier, „Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung“, (2000) *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 508.

²⁶ D. Spielmann, *supra* note 1, at 777; A. Busch, *supra* note 5, p. 223; E. Stieglitz, *supra* note 12, p. 217; S. Alber & U. Widmaier, *supra* note 24, at 508.

²⁷ D. Spielmann, *supra* note 1, at 777.

²⁸ P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *supra* note 2, p. 21; D. Spielmann, *supra* note 1, at 777; Europäischer Konvent, das Sekretariat, Schlussbericht der Gruppe II über die Charta, Brüssel, 22. Oktober Convent 345/02, p. 12, available at: <<http://register.consilium.eu.int/pdf/de/02/cv00/00345-r1d2.pdf>>, 26 September 2005.

²⁹ Just a common market or a community of values?

³⁰ S. Alber & U. Widmaier, *supra* note 24, at 497, 506; J. Callwaert, „Die EMRK und die EU-Grundrechtecharta Bestandsaufnahme auf halbem Weg“, (2003) *Strasbourg, Europäische Grundrechte Zeitschrift* 203; H.-C. Krüger & J. Polakiewicz, *supra* note 12, at 100.

³¹ D. Spielmann, *supra* note 1, at 778.

³² D. Spielmann, *supra* note 1, at 779.

Paradigmenwechsel im deutschen Staatshaftungsrecht – OLG Köln läutet das Ende der „Nachkriegsrechtsprechung“ ein

Philipp Stammer*

After the attack of NATO aircraft during the operation “Allied Force” inhabitants of the Serbian town Varvarin sued Germany for reparations. The appeal court held that the claimants had no direct right of action under international humanitarian law but that Germany was liable under the German law on state responsibility for its military actions carried out during an international armed conflict. The decision of the Court of Appeal effectively overruled the consolidated jurisprudence of German courts, namely that the German law on State responsibility is generally not applicable to situations of armed conflict. The court nevertheless rejected the claim, holding that Germany was not responsible for the bombing in Varvarin. It could not find that German troops contributed to the attack or that German officials approved of the specific way the attack was carried out.

1. Einleitung

Das Oberlandesgericht Köln entschied am 28. Juli 2005 im Berufungsverfahren über eine Schadensersatzklage von serbischen Bürgern aus dem Ort Varvarin gegen die Bundesrepublik Deutschland.¹ Die Kläger sind Geschädigte eines Luftangriffs der NATO im Zuge der Operation „Allied Force“ im Mai 1999. In der ersten Instanz waren sie vor dem Landgericht Bonn gescheitert.²

Das Bonner Landgericht blieb mit seinem Urteil im Einklang mit der ständigen deutschen Rechtsprechung zur Entschädigung von Kriegsoffern seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs. Das OLG Köln stellte mit seinem Varvarinurteil als erstes deutsches Gericht dagegen fest, dass Kriegsoffer bei Verstößen deutscher Soldaten gegen humanitäres Völkerrecht grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch aus dem deutschen Staatshaftungsrecht haben.

2. Hintergrund

2.1. Sachverhalt

Das Bonner Landgericht ermittelte in der ersten Instanz folgenden Sachverhalt: Im Zuge der Luftoperationen der NATO gegen die Bundesrepublik Jugoslawien im Jahre 1999 kam es zu einem Angriff auf Varvarin. Die kleine Stadt (4000 Einwohner) liegt knapp 200 km von Belgrad und dem Kosovo entfernt, verfügte über keine militärischen Anlagen und beherbergte während des Kosovokriegs keine Truppen. Durch sie hindurch fließt der Fluss Morawa, über den eine leichte Brücke führte. Am 30. Mai 1999, einem Sonntag, war in der Stadt, wie jeden Sonntag, ein größerer Markt. Gegen Mittag hielten sich rund 3000 Menschen auf dem Markt auf. Nach der Darstellung der Kläger³ flogen zu dieser Zeit zwei Jagdflugzeuge der NATO im Tiefflug einen Angriff auf die Brücke. In einem ersten Anflug schossen sie wahrscheinlich zwei Raketen auf die Brücke ab und kurze Zeit später, in einem zweiten Anflug, zwei weitere. Bei dem Angriff kamen 10 Zivilisten zu Tode, 30 Menschen wurden verletzt, darunter 17 schwer. Viele von den Opfern kamen zu Schaden, als sie nach dem ersten Anflug zur getroffenen Brücke eilten, um den Opfern dort zu helfen.

Die NATO gab die Nationalität der angreifenden Flugzeuge nie bekannt. Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig,

dass es keine deutschen Flugzeuge waren. Unstreitig war weiter, dass deutsche Tornado-Aufklärungsflugzeuge an diesem Tag über dem Kosovo unterstützenden Begleit- und Luftraumschutz gewährten.

Die Brücke von Varvarin war von der NATO in ihre globale Zielliste aufgenommen worden. An der Zielerstellung waren alle Mitgliedstaaten beteiligt.⁴ Bezüglich der konkreten Einsatzplanung galt jedoch der Grundsatz „need-to-know“, demzufolge die Mitgliedstaaten nur diejenigen Einsatzdetails, die ihre nationalen Truppenkontingente betrafen, erfuhren.⁵

2.2. Rechtliche Einordnung

Das Urteil des OLG Köln ist ein wichtiger Schritt vorwärts in der Debatte über die individuelle Anspruchsberechtigung von Kriegsoffern. Die Diskussion über Schadensersatzansprüche Einzelner wegen Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht wird auf drei unterschiedlichen rechtlichen Ebenen geführt. Zunächst geht es auf der völkerrechtlichen Ebene um die Frage, ob sich auch Individuen auf die zur Leistung von Schadensersatz verpflichtenden Normen des huma-

* Philipp Stammer ist Rechtsreferendar in Berlin und promoviert bei Prof. Dr. Christian Tomuschat an der Humboldt Universität Berlin (Deutschland) zum Thema „Schadensersatzansprüche Einzelner aus Völkerrecht wegen Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht“.

¹ OLG Köln, Urteil v. 28. Juli 2005, Az. 7 U 8/04, im Internet abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de> (am 13. September 2005).

² LG Bonn, NJW 2004, 525 f. (Varvarin), s. dazu P. Herrmann, Recht auf Leben nicht einklagbar? Das Varvarin-Urteil des Landgerichts Bonn vom 10. Dezember 2003, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 2 (2004), S. 79 ff.

³ Die klägerischen Darstellungen decken sich in weiten Teilen mit denen aus der Presseberichterstattung. Amnesty International veröffentlichte nach dem Kosovokrieg einen Report über mögliche Kriegsverletzungen der NATO während dieses Kriegs, in dem sich ähnliche Feststellungen über den Angriff auf die Brücke von Varvarin finden, NATO/Federal Republic of Yugoslavia – “Collateral Damage“ or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force, Report v. 6. Juni 2000 (im Internet abrufbar unter: <http://www.amnesty.org> [am 13. September 2005]), S. 67 f.; s.a. J. Mojsilovic/S. Bates, “Planes buzzed overhead – and then death came”, The Guardian, 31. Mai 1999.

⁴ S. zu dem Prozess der Zielauswahl den sehr instruktiven Beitrag von M. Ignatieff, Der gefesselte Kriegsherr, Die Zeit 33/1999.

⁵ S. dazu A. Roberts, Entailing Alliances: NATO’s Security of Information Policy and the Entrenchment of State Security, in: Cornell International Law Journal 36 (2003), S. 329 ff. (insb.: 337 f.).

nitären Völkerrechts berufen dürfen.⁶ Gleichzeitig gibt es, ebenfalls auf der völkerrechtlichen Ebene, mehrere Initiativen, die sich für eine Ausgestaltung individueller Rechte stark machen (2.2.1.).⁷ Auf einer zweiten Ebene geht es um eine internationale rechtsvergleichende Sicht auf diese Problematik (2.2.2.). Die dritte Ebene betrifft die Rechtslage nach deutschem (Staatshaftungs-)Recht (2.2.3.). Die Ausführungen im Urteil des OLG Köln betreffen hauptsächlich diese letzte Ebene. Dennoch soll hier ein Überblick über alle drei Diskussionsebenen nicht fehlen, um ein gewisses Verständnis für die hinter diesem Urteil stehenden Zusammenhänge zu schaffen.

2.2.1. Völkerrechtliche Ebene

In der Völkerrechtswissenschaft gibt es schon seit längerem Stimmen, die eine unmittelbare Anwendbarkeit der zum Schadensersatz verpflichtenden Normen des humanitären Völkerrechts zu begründen suchen. Besonders hervorgerufen hat sich hierbei *Frits Kalshoven*, der vor allem aus historischen Gründen für eine individuelle Wirkung des Artikels 3 IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges (Haager Abkommen) plädiert.⁸ Diese Ansicht begegnete, unabhängig von den verschiedenen Begründungsansätzen, in der völkerrechtlichen Literatur stets heftiger Kritik⁹ und ist bis heute eher von akademischem Interesse.

Bislang existiert kein internationales Forum, für die Überwachung der Einhaltung des humanitären Völkerrechts an das sich Individuen wenden könnten.¹⁰ Auf dieser Ebene haben bislang einzig Urteile des Inter-Amerikanischen¹¹ und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Bedeutung erlangt. Während sich der AGMR für eine unmittelbare Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts aussprach und auf dieser Linie wohl auch individuelle Ansprüche auf der Sekundärebene des *ius in bello* bejahen würde, lehnte der EGMR bislang immer seine Kompetenz zur Anwendung humanitären Völkerrechts ab.¹²

De lege ferenda ist eine Resolution der UN-Menschenrechtskommission bemerkenswert, die im April dieses Jahres verabschiedet wurde.¹³ Hierin fordert die Kommission die Staaten auf, Opfern von schweren Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht Entschädigungsansprüche zu gewähren. Auch die International Law Association hat eine Arbeitsgruppe zu diesem Thema eingesetzt.¹⁴

Insgesamt lässt sich auf der völkerrechtlichen Ebene wohl noch keine klare Tendenz zugunsten der Etablierung individuell einklagbarer Schadensersatzansprüche von Kriegsoffizieren ausmachen. Dennoch mehren sich die Stimmen derjenigen, die sich für die Rechte der Opfer stark machen.

2.2.2. Internationale Perspektive (Rechtsvergleichung/Kollisionsrecht)

Der Blick in fremde Jurisdiktionen offenbart, dass auch außerhalb Deutschlands die Frage nach der individuellen Einklagbarkeit von Schadensersatzansprüchen durch Kriegsoffiziere die Gerichte beschäftigt. Weltweit gab es – gerade in

den letzten Jahren – eine ganze Reihe von Schadensersatzklagen von Kriegsoffizieren. Hierzulande hat vor allem die Klage der Nachkommen von Opfern eines Massakers der SS während des Zweiten Weltkriegs im griechischen Distomo, die zunächst vor griechischen Gerichten betrieben wurde, Bekanntheit erlangt.¹⁵ Die Gerichte gaben dieser Klage durch alle Instanzen statt¹⁶ und konnten erst von dem außerordentlichen obersten griechischen Sondergericht gestoppt

⁶ Dies sind insbesondere Art. 3 des IV. Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges und Art. 91 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen von 1949 (ZP I).

⁷ Daneben wird in diesem Zusammenhang auf der Ebene des Völkerrechts vor allem die Reichweite der Staatenimmunität thematisiert. Diese spielt jedoch nur eine mittelbare Rolle bei der Frage nach Schadensersatzrechten von Kriegsoffizieren, da es hierbei nur um die Frage geht, vor welchen *Fori* Kriegsoffiziere gegebenenfalls ihre Rechte geltend machen können.

⁸ *F. Kalshoven*, State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces, in: *International and Comparative Law Quarterly* 40 (1991), S. 827 ff.

⁹ S. u. a.: *J. Pictet* (Hrsg.), I. Geneva Convention, Commentary, Genf 1952, S. 373; *A. Freeman*, Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, *Récueil des Cours* 88 (1955 II), S. 333 f.; *R. Dolzer*, The Settlement of War-related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons after 1945, in: *Berkeley Journal of International Law* 20 (2002), S. 306 ff.; *H. Hahn*, Individualansprüche auf Wiedergutmachung von Zwangsarbeit im Zweiten Weltkrieg, in *Neue Juristische Wochenschrift* 53 (2000), S. 3521; *W. Heintschel v. Heinegg*, Entschädigung für Verletzungen des humanitären Völkerrechts, in ders. u. a. (Hrsg.), *Berichte der DGVR*, Bd. 40, 2003, S. 25 f.; *B. W. Eichhorn*, Reparation als völkerrechtliche Deliktshaftung, *Baden-Baden 1992*, S. 71 ff.; *R. Provost*, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2002, S. 45 ff.; *Ch. Tomuschat*, Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law, in: *A. Randelzhofer / Ch. Tomuschat* (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, Den Haag 1999, S. 1 ff.

¹⁰ *J. K. Kleffner* und *L. Zegveld* diskutieren die Möglichkeit der Etablierung eines solchen Forums *de lege ferenda*, Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law, in: *Yearbook of International Humanitarian Law* 3 (2000), S. 384 ff.

¹¹ Im Amerikanischen Menschenrechtssystem gab es zunächst einen Konflikt zwischen der erstinstanzlichen Kommission für Menschenrechte, die im *Tablada-Fall* (*Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97) ihre Kompetenz zur Prüfung von Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht annahm und dem AGMR, der sich im *Las Palmeras-Verfahren* (*Las Palmeras Case*, Preliminary Objections, v. 4. Februar 2000) zunächst gegen diese Rechtsauffassung stellte. Später erklärte der Gerichtshof jedoch, dass die Organe der AMRK zumindest *obiter dictum* die Kompetenz hätten, Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht festzustellen (*Bámaca Velásquez Case*, Urteil v. 25. November 2000, beide abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/juris_ing/index.html [am 13. September 2005]).

¹² *H.-J. Heintze* (The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights During Armed Conflicts, in: *German Yearbook of International Law* 45 [2002], S. 60 ff.) beschäftigt sich u. a. mit der Frage der Anwendung humanitären Völkerrechts durch den EGMR.

¹³ Resolution der Menschenrechtskommission von ihrer 61. Sitzung, vom 13. April 2005, The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, UN Doc. E/CN.4/2005/L.48, v. 13. April 2005.

¹⁴ S. ILA, *Committee on Compensation for Victims of War – Background Report* von *R. Hoffmann/F. Riemann*, v. 17. März 2004, im Internet abrufbar unter: <http://www.ila-hq.org> (am 13. September 2005).

¹⁵ *R. Dolzer*, Der Areopag im Absicht, *NJW* 2001, S. 3525 ff.; *B. Kempen*, Der Fall Distomo, in: *H.-J. Cremer* u. a. (Hrsg.), *Festschrift Steinberger*, Berlin u. a. 2002, S. 185 f.; *S. Hobe*, Durchbrechung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen, in: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 4 (2001), S. 368 ff. Ausführliche Schilderung des Sachverhalts bei *N. Paech*, Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, in *Kritische Justiz* 3 (1999), S. 380 ff.

¹⁶ Ausführliche Besprechung von *B. Oxman/M. Gavouneli/I. Bantekas*, in *American Journal of International Law* 95 (2001), S. 198 ff. und *E. Vournas*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany: Sovereign Immunity and the Exception for Ius Cogens Violations*, in: *New York Law School Journal of International & Comparative Law* 21 (2002), S. 629 ff.

werden, das in den klagestattgebenden Urteilen eine Verletzung des deutschen Immunitätsrechts erkannte.¹⁷

Nicht weniger interessant ist das Ferrini-Urteil¹⁸ des italienischen *Corte di Cassazione* vom letzten Jahr. Der Kläger, Luigi Ferrini, ein ehemaliger Zwangsarbeiter in Deutschland, verklagte die Bundesrepublik auf Schadensersatz. Das oberste italienische Gericht bejahte dessen Anspruch auf Schadensersatz. Auch US-Gerichte urteilten schon vielfach über Klagen ehemaliger Kriegsoffer und auch von diesen waren einige gegen die Bundesrepublik gerichtet. Das bekannteste Beispiel aus den USA ist der Fall des ehemaligen KZ-Häftlings *Hugo Prinz*.¹⁹

Bemerkenswert, bislang aber wenig diskutiert, ist ein Urteil des englischen High Court.²⁰ Kosovaren klagten hier gegen Großbritannien vor dem High Court auf Schadensersatz wegen einer Schießerei mit britischen Soldaten in Pristina.²¹ Das Gericht setzte sich in seinem Urteil mit beispielhafter Akkuratess mit dem sehr umfangreichen Tatsachenvortrag auseinander und kam letztlich auch zu einer Verurteilung der britischen Krone.

Diese Aufzählung stellt nur eine sehr zufällige Auswahl verschiedener Verfahren dar.²² Sie kann jedoch einen Hinweis darauf geben, in welchem Maße die Frage nach individuellen Schadensersatzansprüchen inzwischen Gerichte weltweit beschäftigt und wie vergleichsweise häufig die Opfer hierbei Recht bekamen.

2.2.3. Nationale Perspektive

In Deutschland ist die Debatte über Schadensersatzansprüche von Kriegsoffern nach wie vor durch die Erfahrungen mit dem Zweiten Weltkrieg geprägt. Sowohl in der Literatur²³ als auch in der Rechtsprechung wurden individuelle Ansprüche lange Zeit konsequent abgelehnt.²⁴

Im Fokus der Debatte stand vor allem die Entschädigung ehemaliger Zwangsarbeiter.²⁵ Sowohl hier als auch bei anderen Opfergruppen des Zweiten Weltkriegs vertraten die verschiedenen Bundesregierungen und die Gerichte lange Zeit grundsätzlich den Standpunkt, dass die früheren Sklavenarbeiter keine Schadensersatzansprüche geltend machen könnten. Die Begründungen hierfür variierten.²⁶

Völkerrechtliche Ansprüche standen dabei lange Jahre überhaupt nicht zur Debatte. Vielmehr gingen sowohl die Kläger als auch die Gerichte sowie die beklagte Bundesrepublik davon aus, dass Individuen aus dem Völkerrecht ohnehin keine eigenen einklagbaren Rechte zustünden.²⁷ Erst in den letzten Jahren hatte das Bundesverfassungsgericht mehrmals die Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern.²⁸ Dabei blieb es auf dem (weithin anerkannten) Standpunkt, dass das humanitäre Völkerrecht auf der Sekundärebene allein zwischenstaatliche Wirkung entfalte.²⁹

Unabhängig von diesem Verweis auf die mangelnde Völkerrechtssubjektivität von Individuen geisterte auch lange Zeit die Theorie von der Exklusivität völkerrechtlicher Ersatzansprüche durch die deutsche Rechtsprechung. Danach sollten

völkerrechtliche Sekundärrechte exklusiv gegenüber solchen aus dem nationalen Recht sein, die auf die Entschädigung derselben Schäden gerichtet waren.³⁰ Dies hat erstmals das Bundesverfassungsgericht in seiner „Exklusivitätsentscheidung“ in Frage gestellt.³¹ Hier urteilte das Gericht im Jahr 1996 in einem viel beachteten *obiter dictum*, dass grundsätzlich neben völkerrechtlichen Schadensersatzansprüchen auch Ersatzansprüchen aus nationalem (Staatshaftungs-) Recht existieren können. Diesbezüglich bestehe kein Exklusivitätsverhältnis. Damit war den Gerichten grundsätzlich der Weg für eine Prüfung der Haftung der Bundesrepublik aus nationalem Staatshaftungsrecht eröffnet.

Die Gerichte verwehrten den Klägern aber auch diesen Weg über das nationale Recht. In diesem Zusammenhang konnte

¹⁷ Urteil des obersten griechischen Sondergerichts vom 17. September 2002 – Fundstelle nicht bekannt, liegt Verfasser in deutscher Übersetzung vor.

¹⁸ *Luigi Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, Urteil des *Corte di Cassazione* v. 11. März 2004, abgedruckt in: Guida al Diritto 2004, S. 30 ff. Besprechung von A. Gattini, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, in: Journal of International Criminal Justice 3 (2005), S. 224 ff.

¹⁹ US Court of Appeals (D.C. Circuit), *Hugo Prinz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (1994); s. dazu P. Heidenberger, Die Praxis von US-Gerichten zur Staatenimmunität Deutschlands, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 97 (1998), S. 441 ff.

²⁰ Aus Sicht des Völkerrechts ist dieses Urteil allerdings auch nur von geringem Interesse, da das Gericht sein Urteil allein auf britisches Staatshaftungsrecht stützte. Insofern kann dieses Urteil jedoch auch schon als Vorläufer zum hier besprochenen Urteil des OLG Köln betrachtet werden.

²¹ *Mohamet Bici, Skender Bici v. Ministry of Defence*, High Court (QBD) [2004] EWHC 786.

²² Eine Auflistung weiterer Urteile findet sich bei J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Law, Vol. II, Part 2, Cambridge 2005, S. 3561 ff.

²³ *Ernst Féaux de la Croix* war einer der am meisten profilierten Gegner individueller Ansprüche, s. z. B. seine Aufsätze „Schadensersatzansprüche ausländischer Zwangsarbeiter im Licht des Londoner Schuldenabkommens“, in: Neue Juristische Wochenschrift (1960), S. 2268 ff. und „Die Abgeltung der Reparationsschäden“, in: Die öffentliche Verwaltung (1962), S. 211 ff.

²⁴ Ähnlich war dies im Übrigen in Japan, dem zweiten Verlierer des Zweiten Weltkriegs, wo Kriegsoffer bis heute vergeblich um Entschädigungen kämpfen und bis vor kurzem auch nicht auf Entschuldigungen seitens der japanischen Regierungen hoffen durften, s. allgemein zu japanischen Kriegsverbrechen und ihrer juristischen Aufarbeitung P. Li (Hrsg.), The Search for War Justice – Japanese War Crimes, New Brunswick 2003.

²⁵ S. hierzu z. B. die Werke von P. Zumbansen (Hrsg.), Zwangsarbeit im Dritten Reich, Baden-Baden 2002, und U. Adamheit, Jetzt wird die deutsche Wirtschaft von ihrer Geschichte eingeholt – Die Diskussion um die Entschädigung ehemaliger Zwangsarbeiter am Ende des 20. Jahrhunderts, Berlin 2004.

²⁶ Zumeist wurden die ablehnenden rechtlichen Argumente aus dem nationalen Recht hergeleitet (z. B. Verweis auf das Allgemeine Kriegsfolgenrecht oder das Bundesentschädigungsgesetz, später, nach dem Abschluss des 2+4-Vertrages, gingen aber auch einige Gerichte von einer Verjährung möglicher Ansprüche aus) oder speziellen völkerrechtlichen Verträgen zur deutschen Schuldfrage, wie z. B. dem Londoner Schuldenabkommen von 1952.

²⁷ Allein das OVG Münster mochte eine individuelle Berechtigung aus Art. 3 Haager Abkommen in einer frühen Entscheidung nicht völlig ausschließen, NJW 1952, S. 1030 f.

²⁸ S. schon BVerfGE 27, 253 (274), aus neuerer Zeit: BVerfG, NVwZ 2005, 560 (564) (*Prinz von Hannover*), und BVerfG NJW 2004, 3257 (3258) (*Italienische Militärinternierte*).

²⁹ In der *Prinz von Hannover*- und der *Italienische Militärinternierte*-Entscheidung (*Ibid*) hat das Gericht allerdings durchblicken lassen, dass es eine individuelle Anspruchsberechtigung auf der Primärebene des humanitären Völkerrechts anerkenne (s. dazu u. 3.1.2.1.).

³⁰ *E. Féaux de la Croix*, a.a.O. (Fn. 23), S. 2268 ff.; BGH MDR 1963, 492 f.

³¹ BVerfGE 94, 315 (328 ff.) (*Exklusivität*).

sich bis zur Varvarinentscheidung des OLG Köln die so genannte „Überlagerungsthese“³² behaupten.³³ Nach dieser Theorie war deutsches Staatshaftungsrecht nicht bei Ereignissen aus bewaffneten Konflikten anwendbar. Sobald das *ius in bello* in Kraft trete, sei neben diesem neuen völkerrechtlichen Rechtsverhältnis kein Platz für nationale Regelungen. Die Rechtsbeziehungen aller Beteiligten eines bewaffneten Konflikts könnten, nach der Ansicht der Vertreter der Überlagerungstheorie, allein durch das humanitäre Völkerrecht bestimmt werden. Neben diesem dogmatischen Argument gab es aber auch eine sehr praktische Argumentation, die das OLG Köln in einem früheren Verfahren in die prägnante Aussage fasste: „Die Vorstellung, die kriegsführenden Parteien haften nach Deliktsgrundsätzen den Millionen von Opfern und Geschädigten gegenüber, ist (...) dem Amtshaftungsrecht systemfremd.“³⁴

Besonders virulent wurde diese Überlagerungsthese im „deutschen Distomoverfahren“. Vom LG Bonn³⁵ über das OLG Köln³⁶ bis hin zum BGH³⁷ urteilten die Gerichte, dass die Kläger keine Schadensersatzansprüche aus dem humanitären Völkerrecht geltend machen könnten.

Während die unterinstanzlichen Gerichte von einer fortdauernden Geltung dieser Überlagerungsthese ausgingen, schränkte der BGH diese in seinem Distomourteil jedoch ein. Zwar sei deren Anwendung auf den zu entscheidenden Fall richtig, da nach dem Grundsatz der intertemporalen Rechtsauslegung davon auszugehen sei, dass bis zum Jahr 1945 uneingeschränkt davon ausgegangen wurde, dass Kriegsfolgen allein zwischenstaatlich und nach den Regeln des *ius in bello* reguliert werden sollten.³⁸ Gleichzeitig ließ das Bundesgericht jedoch offen, ob es diese Beurteilung auch für einen Sachverhalt neueren Datums aufrechterhalten würde. Es ließ sogar ganz im Gegenteil andeutungsweise durchblicken, dass es angesichts der Herrschaft des deutschen Grundgesetzes und der Fortentwicklungen im Völkerrecht, das den Einzelnen und dessen Schutz zunehmend in das Zentrum seiner Regelungen gestellt habe, eine andere Entscheidung durchaus für vertretbar hielte.³⁹

Diese „Steilvorlage“ nutzte das LG Bonn in seiner Varvarin-Entscheidung aus dem Jahre 2003 nicht.⁴⁰ Vielmehr hielt es an der mittlerweile überkommenen Überlagerungsthese fest und urteilte, dass das deutsche Staatshaftungsrecht in Fällen bewaffneter Konflikte nicht anwendbar sei.⁴¹ Nach dieser Feststellung konnte das Landgericht auch auf einer rein rechtlichen Ebene der Begründetheitsprüfung der Klage verharren und unterließ damit eine Beurteilung der tatsächlichen Ebene.

3. Inhalt der Entscheidung des OLG

Das OLG Köln nutzte unter dem Eindruck der Distomo-Entscheidung des BGH seinen neu definierten Urteilsspielraum in seiner Entscheidung dagegen sehr viel weiter als das Bonner Landgericht und kam zu dem aus rechtlicher Sicht spektakulären Ergebnis, dass Kriegsoffern im Grundsatz durchaus ein Staatshaftungsanspruch wegen Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht zustünde. Dadurch kamen

die Kölner Richter auch zu einer Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs

3.1. Aussagen über die Existenz individueller Schadensersatzansprüche

Allerdings stellte das Berufungsgericht zunächst fest, dass ein individueller Schadensersatzanspruch keinesfalls unmittelbar aus dem humanitären Völkerrecht folge. Einschränkend wies es darauf hin, dass dieses Judiz angesichts der zunehmenden Fortentwicklung individueller Schutzrechte im Völkerrecht nur dem gegenwärtigen Stand der Rechtsauslegung entspreche und es zukünftig zu Änderungen kommen könne.⁴² In diesem Zusammenhang fällt auf, dass das Gericht, abgesehen von einem Verweis auf das Bankovic-Urteil des EGMR,⁴³ seine völkerrechtliche Analyse allein auf Urteile des BVerfG und BGH stützt.⁴⁴ Ob dies als Schwäche der Berufungsbegründung der Kläger ausgelegt werden muss, die es möglicherweise versäumt hat, auf die Bedeutung internationaler Entwicklungen, wie z. B. der Verabschiedung der Menschenrechtskommission-Resolution⁴⁵ oder anderer Urteile ausländischer und internationaler Gerichte hinzuweisen, kann hier nicht beurteilt werden.

Anders als das Bonner Landgericht und die Vertreter der Überlagerungsthese kamen die Kölner Richter aber zu dem Schluss, das deutsche Staatshaftungsrecht werde nicht etwa in Kriegszeiten vom *ius in bello* überlagert und könne somit nicht der individuellen Kriegsfolgenregulierung dienen. Grundsätzlich stünde Kriegsoffern daher der Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG offen. Zur Begründung machte das Gericht folgende „Rechnung“ auf: Anspruchsparellität von völkerrechtlichen und nationalen Ansprüchen (3.1.1.) *Minus* Überlagerung des Staatshaftungsrechts in Kriegszeiten (3.1.2.) *Plus* Existenz primärrechtlicher Schutzrechte aus humanitärem Völkerrecht (3.1.2.1.) *Plus* grundgesetzliche Bindungen Deutschlands (3.1.2.2.) = Anwendbarkeit des Staatshaftungsrechts in Kriegszeiten (3.1.2.).

³² Ch. Johann führte diesen Begriff in die Debatte ein, Amtshaftung und humanitäres Völkerrecht – Zur Möglichkeit eines Anspruchs auf Schadensersatz bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG; Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 2 (2004), S. 87.

³³ Vertreter der Überlagerungsthese in der Literatur sind H. Gurski, Kriegsfolgenforderungen, in: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs Beraters (1961), S. 15; B. W. Eichhorn, Reparation als völkerrechtliche Deliktshaftung, S. 78.; H.-J. Brodessaer/B. J. Fehn/T. Fransosch/W. Wirth, Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation, München 2000, S. 186 f.

³⁴ OLG Köln, Urteil vom 27. August 1998, 7 U 167/97 (*Distomo*, abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de>, [am 13. September 2005]).

³⁵ LG Bonn, Urteil vom 23. Juni 1997, 1 O 358/95.

³⁶ OLG Köln, a.a.O. (Fn. 34).

³⁷ BGHZ 155, 279 ff. (*Distomo*).

³⁸ *Id.*, S. 294 ff.

³⁹ *Id.*, S. 300.

⁴⁰ A.a.O. (Fn. 2).

⁴¹ *Id.*, S. 526.

⁴² A.a.O. (Fn. 1) unter Gliederungspunkt III.2 des Urteils.

⁴³ EGMR, *Bankovic and others v. Belgium and others*, Urteil v. 12. Dezember 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001 XII, 333.

⁴⁴ BVerfG NJW 2004, 3257, BGHZ 155, 279 ff. (*Distomo*).

⁴⁵ A.a.O. (Fn. 13).

3.1.1. Anspruchsparallelität

Das OLG folgt der inzwischen gefestigten Rechtsprechung deutscher Gerichte, die eine Exklusivität völkerrechtlicher Ersatzansprüche gegenüber solchen des nationalen Rechts verneinen.⁴⁶ Erstaunlich ist hierbei lediglich, dass es überhaupt einmal ernsthafte Zweifel an einer Parallelität staatlicher und völkerrechtlicher Ansprüche geben konnte. Seit der bereits oben angesprochenen Exklusivitätsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁷ hat sich allerdings endgültig die Ansicht durchgesetzt, dass die bloße Existenz völkerrechtlicher Ersatzansprüche nicht zu einer Sperrung gleichgerichteter staatlicher Ansprüche führen kann.

In diesem Zusammenhang stellte das OLG auch nochmals unmissverständlich klar, dass auch die Handlungen deutscher Staatsorgane im Ausland am Staatshaftungsrecht gemessen werden können.⁴⁸

3.1.2. Überlagerung

Juristisches Neuland betritt das OLG allerdings mit der Ablehnung der überkommenen Überlagerungsthese. Zwar geht das Gericht davon aus, dass das *ius in bello* immer noch einen gewissen Suspensiveffekt habe, der dazu führe, dass im Falle seiner Anwendbarkeit Teile der Friedensrechtsordnung ausgesetzt würden. Allerdings sei dieser Suspensiveffekt nicht umfassend.⁴⁹ Eine fortwirkende Geltung des nationalen Staatshaftungsrechts sei insbesondere mit Blick auf Entwicklungen im humanitären Völkerrecht und der Werteordnung des deutschen Grundgesetzes geboten.⁵⁰

3.1.2.1. Humanitäres Völkerrecht

Ein Krieg führt nicht zu einem Zustand der Rechtlosigkeit. Die beteiligten Staaten müssen ihr Handeln in Kriegszeiten am Maßstab des humanitären Völkerrechts messen lassen. Diese in Wirklichkeit banale und selbstverständliche Erkenntnis taucht im Urteil des OLG Köln nur am Rande auf.⁵¹ Dennoch stellt sie die eigentliche Kernaussage dieses Urteils dar. Denn während es das LG Bonn in der erstinstanzlichen Verhandlung noch abgelehnt hatte, den Klägern eine Überprüfung deutscher Schuld an ihrem Unglück zu gewähren, erkennt das OLG an, dass die Regelungen des humanitären Völkerrechts nicht nur programmatische Leitsätze sind, deren Verletzung allenfalls auf der zwischenstaatlichen Ebene gerügt werden können, sondern dass jedem einzelnen Betroffenen eine (mittelbare) Berufung auf die Regeln des Haager und Genfer Rechts gewährt werden muss.

Dies sei zum einen durch Art. 25 GG bedingt, der die Geltung und Achtung allgemeiner Regeln des Völkerrechts innerhalb der deutschen Rechtsordnung begründe. Zum anderen müsse aber auch bedacht werden, dass das humanitäre Völkerrecht auf der Primärebene unmittelbar wirkende Schutzrechte enthalte, deren Einhaltung jeder Einzelne unmittelbar von den Kriegsparteien verlangen könne.⁵² Hierbei stützt sich das Gericht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über Ansprüche italienischer Militärinterner wegen Zwangsarbeit.⁵³ Das Verfassungsgericht hatte

hier ebenfalls entschieden, dass Art. 3 Haager Abkommen nicht als unmittelbar für Individuen wirkender Schadenersatzanspruch zu verstehen sei. Gleichzeitig, so das Bundesverfassungsgericht, müsse dieser Schadenersatzanspruch „von dem primärrechtlichen Anspruch der betroffenen Personen auf Einhaltung der Verbote des humanitären Völkerrechts [unterschieden werden], der in dem Völkerrechtsverhältnis zwischen dem ein Territorium besetzenden Staat und der in diesem Gebiet lebenden Bevölkerung besteht“.⁵⁴

Das Kölner Gericht konkretisiert in seinem Urteil die vom Verfassungsgericht eher vorsichtig angedeutete unmittelbare primärrechtliche Wirkung des humanitären Völkerrechts und stellt fest: „Dass dessen Regelungen, die etwa z. B. in Artikel 48 ff. ZP I auch mehrfach auf die ‚einzelne Zivilperson‘ abstellen, nicht nur abstrakt dem Schutz der Zivilbevölkerung insgesamt, sondern auch konkret dem Schutz des Einzelnen dienen sollen, kann aber keinen ernstlichen Zweifeln unterliegen.“⁵⁵

Weiter führt das Gericht aus, dass der Schutz des humanitären Völkerrechts gänzlich ins Leere liefe, wenn man, insbesondere angesichts der Ablehnung des Exklusivitätsgrundsatzes, darauf beharrte, dass das deutsche Staatshaftungsrecht vom *ius in bello* überlagert würde. Nur wenn Verstöße gegen die primärrechtlichen Schutzrechte sanktionsbewehrt seien, könne das humanitäre Völkerrecht seine Schutzwirkung entfalten. Der alleinige Verweis auf das diplomatische Schutzrecht führte gerade im Falle der Regulierung individueller Kriegsschäden zumeist ins Leere, da insbesondere die unterlegenen Staaten nicht bereit oder in der Lage seien, Ansprüche ihrer Staatsangehörigen gegenüber dem Siegerstaat geltend zu machen.⁵⁶

3.1.2.2. Werteordnung des Grundgesetzes

Der entscheidende Grund für die Kölner Richter zur Änderung ihrer Rechtsprechung, wie sie noch im Distomourteil⁵⁷ zum Ausdruck kam, ist jedoch nicht im Völkerrecht, sondern auf der Ebene des nationalen Rechts zu suchen. Das Gericht wies darauf hin, dass, anders als noch bei dem im Distomoverfahren zu beurteilenden Sachverhalt, im vorliegenden Fall das deutsche Handeln am Maßstab des Grundgesetzes zu messen sei, dessen Werteordnung seit 1949 Maßstab allen staatlichen Handelns deutscher Staatsgewalt sein müsse. Als wichtigstes Instrument zur Durchsetzung dieser Werteordnung, mit der absoluten Schutzverbürgung für die Men-

⁴⁶ A.a.O. (Fn. 1) unter Gliederungspunkt III b aa des Urteils.

⁴⁷ S.o. *Exklusivitätsentscheidung* des BVerfG (Fn. 31).

⁴⁸ A.a.O. (Fn. 1) unter Gliederungspunkt III b aa des Urteils, mit Verweis auf BGHZ 155, 279 (295 f.) (*Distomo*).

⁴⁹ S. dazu K. Ipsen, in ders., *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004, S. 1215.

⁵⁰ A.a.O. (Fn. 1) unter Gliederungspunkt III b aa des Urteils.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Dazu K. Ipsen, a.a.O. (Fn. 49), S. 1230 f.

⁵³ BVerfG NJW 2004, 3257 f.

⁵⁴ *Id.*, S. 3258; so auch in *Prinz von Hannover*, a.a.O. (Fn. 28).

⁵⁵ A.a.O. (Fn. 1) unter Gliederungspunkt III b aa des Urteils.

⁵⁶ *Ibid.*

schenwürde an ihrer Spitze, existiere das Staatshaftungsrecht, § 839 BGB und Art. 34 GG. Nur mit Hilfe des Amtshaftungsrechts sei es dem Einzelnen möglich, seine grundgesetzlich geschützten Rechte gegenüber dem Staat durchzusetzen und diesen zur Einhaltung seiner Rechte zu zwingen.⁵⁸

Wenn man aber, wie dies die Verfechter der Überlagerungsthese in der Literatur und Rechtsprechung bislang getan haben, von einer völligen Suspendierung des Staatshaftungsrechts zu Kriegszeiten – die ohnehin eine besondere Krisensituation für die Menschenrechte darstellen – ausginge, würden die dem Einzelnen gegenüber bestehenden Schutzpflichten und -garantien völlig aufgehoben, so dass sogar eine Suspendierung des grundgesetzlichen Wertesystems befürchtet werden müsse. Angesichts dessen folgert das Gericht: *„Es verbietet sich daher, von einer vollständigen Suspendierung des § 839 BGB i. V. m. Artikel 34 GG in Kriegszeiten oder betreffend militärische Handlungen auszugehen, da es sich dabei um den allgemeinen Haftungsanspruch gegenüber dem Staat handelt, und sie die zentrale Regelung der Staatshaftung gegenüber dem hoheitlich geschädigten Individuum ist. Eine Suspendierung der Regelung würde – mit Ausnahme von spezialgesetzlichen Regelungen, die aber für Fälle wie den vorliegenden eben nicht existieren – bedeuten, jeglichen Anspruch des einzelnen Menschen für jedes noch so schwerwiegende unrechtmäßige staatliche Handeln zu verneinen, ihm jegliche individuelle Rechtsgewährung zu verweigern und ihn auf den (ungesicherten) Weg des diplomatischen Schutzes zu verweisen. Dies entspricht nicht dem Menschenbild und dem Anspruch auf Rechtsgewährung des Grundgesetzes.“*⁵⁹

Zudem ergäben sich weder aus dem Wortlaut noch der Systematik oder Historie der Normen des Staatshaftungsrechts Grundlagen für ihre Suspendierung in Kriegszeiten.⁶⁰

3.1.3. Folge

Die Konsequenz aus diesem Befund stellt eine völlige Umkehr in der Rechtsprechung deutscher Gerichte zur Anspruchsberechtigung Einzelner wegen der Verursachung von Kriegsschäden dar. Erstmals wird Kriegssopfern damit ein Schadensersatzanspruch aus deutschem Staatshaftungsrecht wegen der Verursachung von Kriegsschäden eröffnet. Die im haftungsbegründenden Tatbestand zu prüfende Amtspflichtverletzung bemisst sich nach dieser Rechtsauffassung nach den Normen des humanitären Völkerrechts. Einzelne können sich danach mittelbar auf das *ius in bello* berufen.

Allerdings lässt das OLG ausdrücklich offen, in welchem Umfang dieser Staatshaftungsanspruch gegeben ist. Nur zwei Hinweise zur näheren Ausgestaltung dieses Kriegsstaatshaftungsanspruchs finden sich in dem Urteil. Einmal sollen Bereiche der Rechtsordnung, die wegen der bewaffneten Auseinandersetzungen suspendiert wurden, nicht diesem Haftungsanspruch unterfallen. Zum anderen verstehe es sich von selbst, dass in denjenigen Bereichen, in denen das *ius in bello* stattdessen gelte, dieses dann auch in dem Umfang, in dem es dem einzelnen Individuum konkrete Rechte

einräumen wolle, als Haftungsmaßstab für den Amtshaftungsanspruch gelten müsse.⁶¹

3.2. Anwendung humanitären Völkerrechts – Bewertung des tatsächlichen Geschehens

Die richtige und überfällige Öffnung des Staatshaftungsrechts für Kriegssopfer kam den Klägern im Varvarinverfahren im Ergebnis allerdings nicht zugute. Bei der Anwendung des § 839 BGB i. V. m. Artikel 34 GG auf den konkreten Fall kam das Gericht zu dem Schluss, dass der Bundesrepublik kein schuldhafter Rechtsverstoß zugerechnet werden könne. Hierbei untersuchte es sowohl eine Haftung Deutschlands für eigenes Verhalten (3.2.1.) als auch eine Haftung für Teilnahme an einem fremden Rechtsverstoß (3.2.2.).

3.2.1. Haftung Deutschlands für eigenes Verhalten

Eine selbständige Haftung Deutschlands entfiel nach der Auffassung des Gerichts ohne größere Bedenken. Zum einen war es zwischen den Parteien unstrittig, dass der Angriff auf Varvarin nicht von deutschen Kampfflugzeugen durchgeführt worden war. Zum anderen sah das Gericht auch keine Haftungsgrundlage darin, dass sich Deutschland überhaupt an dem Luftkrieg über der Bundesrepublik Jugoslawien beteiligt hatte. Darin konnte es nach den hier anzuwendenden Maßstäben des deutschen Deliktsrechts keinen ausreichend engen Zusammenhang mit den in Varvarin verursachten Personen- und Sachschäden erblicken.⁶²

3.2.2. Haftung für Teilnahme an einem fremden Delikt

Auch für eine teilnehmerische Haftung Deutschlands gemäß § 830 BGB an einem von einem anderen Staat verursachten Schaden konnte das Gericht keine ausreichende Grundlage entdecken. Hierfür, so das Urteil, fehle es an einem ausreichend substantiierten Klägervortrag. Mögliche Anknüpfungspunkte für eine Haftung als Teilnehmer oder Gehilfe untersuchte das Gericht anhand drei verschiedener Handlungen.

3.2.2.1. Luftraumüberwachung/Begleitschutz

Als eine mögliche haftungsbegründende Handlung erachtete das Gericht die Sicherstellung der Luftraumüberwachung und die Bereitstellung von Begleitschutz durch deutsche Flugzeuge an dem fraglichen Tag im jugoslawischen Luftraum. Diese Handlungen könnten der Bundesrepublik nach der Meinung des Gerichts jedoch nur dann zum Nachteil gereichen, wenn hierin eine schuldhafte Hilfeleistung zu einer vorwerfbaren Tat erblickt werden könne. Die Kläger hätten es jedoch nicht vermocht, der Bundesrepublik positive

⁵⁷ OLG Köln, a.a.O. (Fn. 34).

⁵⁸ A.a.O. (Fn. 1), unter Gliederungspunkt III b aa des Urteils.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Angriff auf Varvarin vorzuwerfen, so dass zumindest kein schuldhaftes Handeln vorläge.⁶³

3.2.2.2. Beteiligung an Kriegsverbrechen/völkerrechtlichem Delikt

Weiter, so das Gericht, könnte eine deutsche Haftung dann begründet sein, wenn die konkreten Umstände des Angriffs ein völkerrechtliches Delikt oder sogar ein Kriegsverbrechen darstellten. Allerdings nimmt das OLG auch hier keine nähere Prüfung des Sachverhalts vor, da seiner Ansicht nach auch hier offensichtlich kein Verschulden vorlag. Es sei nicht dargelegt worden, dass deutschen Organen die näheren Umstände des Angriffs bekannt waren, ja sogar noch nicht einmal, ob deutsche Stellen überhaupt von dem Angriff auf Varvarin wussten. Davon müsse auch nicht ausgegangen werden, da die NATO-Mitglieder während des Kosovokriegs nur nach dem Grundsatz „need to know“⁶⁴ über Einzelheiten informiert gewesen seien. Jeder Mitgliedsstaat habe danach nur von denjenigen Operationsdetails erfahren, die für die Beteiligung seiner Truppen von Relevanz waren.⁶⁵

Bei diesem Punkt bleibt das Gericht zu sehr im Ungefähren. Aus dem Urteil geht nicht klar hervor, welche Handlung deutscher Organe hier für die Bundesrepublik nachteilig sein sollte. Dass eine Haftung aufgrund des Staatshaftungsrechts nur dann in Frage kommt, wenn ein Deutschland zurechenbarer Verstoß gegen das *ius in bello* vorliegt, ist eine Selbstverständlichkeit, die das Gericht zudem selbst bekräftigt hat. Dieser Rechtsverstoß muss nach den Grundsätzen des deutschen Amtshaftungsrechts jedoch auf einem Deutschland zurechenbaren Organhandeln beruhen. Welche konkrete Handlung das Gericht an dieser Stelle des Urteils in Erwägung zieht, bleibt aber unklar.

3.2.2.3. Erstellung der Zielliste/Nichtausübung Vetorecht

Schließlich prüft das Gericht, ob Deutschland wegen der Teilnahme an der Erstellung der Ziellisten durch die NATO bzw. der Nichtausübung seines Vetorechts in diesem Zusammenhang ein haftungsrelevanter Vorwurf gemacht werden könne. Aber auch dieser Anknüpfungspunkt für eine deutsche Haftung wird von den Richtern verworfen. Die fraglichen Handlungen seien Akte (außen-)politischer Natur, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁶ nur einer sehr eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterlägen. Gerichte hätten nur die Möglichkeit, Ermessensentscheidungen der Regierung auf Fehler, die einer willkürlichen Ermessenausübung gleichkämen, zu überprüfen.⁶⁷

Die Aufnahme der Brücke von Varvarin in die NATO-Zielliste könne jedoch nicht als willkürlicher Akt gewertet werden, da hierin kein offensichtlicher Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht zu sehen sei. Zum einen sei die Zerstörung der Brücke kein Angriff gegen eine unverteidigte und damit nicht-angreifbare Ortschaft i. S. v. Art. 59 ZP I gewesen. Zum anderen sei auch die Aufnahme der Brücke an sich in die NATO-Zielliste kein Akt der Willkür, da Brücken grundsätzlich zulässige militärische Ziele seien.⁶⁸

An dieser Stelle kommt das OLG wohl zum richtigen Ergebnis, wobei es in seiner Begründung sehr knapp bleibt. Immerhin ist die Frage, welche Einrichtungen zulässigerweise attackierbare militärische Ziele sein können, in der Praxis und der Wissenschaft sehr umstritten.⁶⁹ Allerdings dürften Brücken als wichtige Verkehrseinrichtungen grundsätzlich in den Katalog der militärischen Ziele i. S. v. Art. 52 Abs. 2 ZP I fallen.⁷⁰

4. Ausblick und Fazit

Mit seinem Urteil im Varvarinverfahren hat sich das OLG Köln von der deutschen Nachkriegsrechtsprechung zur Kriegsfolgenregulierung abgewandt. Sollte dieses Urteil in Rechtskraft erstarken, könnte die Fokussierung dieser Rechtsprechung auf den Zweiten Weltkrieg, 60 Jahre nach dessen Ende, einen Abschluss gefunden haben. Falls es zu einer Revision vor dem BGH kommt (diese wurde vom OLG Köln zugelassen), erscheint es nach den Andeutungen der Karlsruher Richter in ihrem Distomourteil als nicht unwahrscheinlich, dass sie der Rechtsauffassung des OLG hinsichtlich der Anwendbarkeit des Staatshaftungsrechts folgen werden.

Unter diesem Gesichtspunkt kann das Kölner Urteil sicherlich als Meilenstein bewertet werden, auch wenn es im Detail Ansatzpunkte für Kritik gibt. Aber auch die Kläger müssen sich kritische Fragen zur Art und Weise ihrer Prozessführung gefallen lassen. Zunächst stellt sich die Frage, ob sie in diesem Verfahren überhaupt die richtige Beklagte gewählt haben.⁷¹ Die Klägerseite vermochte es offensichtlich nicht, eine schlüssige Verbindung zwischen den Ereignissen vom 30. Mai 1999 in Varvarin und einer relevanten Handlung der Bundesrepublik herzustellen. Aus verfahrensbegleitenden Berichten in der Presse und Stellungnahmen von Unterstützern der Kläger⁷² lässt sich herauslesen, dass man eher bemüht war, die offenkundige Rechtswidrigkeit des Angriffs darzustellen und vor der Öffentlichkeit anzuprangern, als stichhaltige Belege für eine konkrete Verantwortlichkeit Deutschlands an diesem Unglück zu liefern. Das OLG hat daher in der Sache sicherlich richtig entschieden, indem es eine haftungsrelevante Verantwortlichkeit der Bundesrepublik für das Unglück von Varvarin verneinte. Allerdings hätte das Urteil auch für die Opfer eine stärkere Genugtuungsfunktion erfüllen können, wenn die

⁶³ A.a.O. (Fn. 1), unter Gliederungspunkt III b bb des Urteils.

⁶⁴ S. dazu oben a.a.O. (Fn. 5).

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ S. z. B. BVerfGE 55, 349 (364 ff.); 68, 1 ff.; 77, 137 ff.

⁶⁷ A.a.O. (Fn. 1), unter Gliederungspunkt III b bb des Urteils.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Vgl. S. Oeter in D. Fleck (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, München 1994, S. 128 ff.

⁷⁰ *Id.*, S. 131 f.

⁷¹ Unberührt blieb während des Verfahrens und auch im verfahrensbegleitenden Schrifttum die komplizierte Frage nach der Haftung internationaler Organisationen. In diesem Fall hätte immerhin auch eine Haftung der NATO in Betracht kommen können.

⁷² S. z. B. R. Jung, „Die Brücke von Varvarin“, Frankfurter Rundschau, 14. Oktober 2003. Zahlreiche Materialien und Stellungnahmen sind auf der Homepage der deutschen Unterstützer der Kläger, abrufbar unter: <http://www.nato-tribunal.de/varvarin/> (am 13. September 2005) zu finden.

Richter zumindest abstrakt die Völkerrechtswidrigkeit des Angriffs festgestellt oder wenigstens in Erwägung gezogen hätten.⁷³

In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Richter sich in ihrem Urteil mehr mit der völkerrechtlichen Debatte über individuelle Schadensersatzansprüche wegen Kriegsschäden auseinandergesetzt hätten. Dies steht in scharfem Kontrast zu ähnlichen Urteilen aus anderen Staaten, in denen die Richter zumindest zeigten, dass sie von dieser Problematik Kenntnis genommen haben.⁷⁴

Diese Kritik wirkt sich jedoch nur im Detail aus. An erster Stelle gebührt den Richtern Respekt für ihren Mut, diese auch sehr politische Frage in der dargestellten Weise entschieden zu haben. Damit leisten sie ihren Beitrag zur weltweit fortschreitenden Stärkung der Rechte von Kriegsopfern. Gerade im Ausland wird man dieses Urteil sicherlich mit großem Interesse zur Kenntnis nehmen. Waren sich doch die deutschen Regierungen und Gerichte in ihrer konsequenten Verweigerung der Anerkennung einer Rechtspflicht zur Entschädigung von Kriegsopfern über Jahrzehnte hinweg einig.⁷⁵

Ob diese Entscheidung, sollte sie tatsächlich rechtskräftig werden, auch innerhalb Deutschlands besondere Auswirkungen zeitigen wird, bleibt abzuwarten. Durch das Distomo-Urteil des BGH ist gesichert, dass eine – von der Politik und weiten Teilen der Literatur gefürchtete – rückwirkende Anwendung des Staatshaftungsrechts auf die Verbrechen des

Naziregimes ausgeschlossen bleibt. Eine neuerliche Klagewelle von Opfern des Dritten Reichs muss daher nicht erwartet werden. Bislang boten auch die Einsätze der Bundeswehr kaum Anlässe zu zivilen Schadensersatzklagen. Angesichts der nach wie vor wenig offensiv ausgerichteten deutschen Außenpolitik besteht auch Anlass zur Hoffnung, dass dies in Zukunft so bleiben wird. Urteile wie jenes des OLG Köln erhöhen dabei sicherlich auch den Druck auf die Staaten und Militärs, die Regeln des humanitären Völkerrechts einzuhalten.

⁷³ Dafür, dass dieser Angriff tatsächlich im Widerspruch zu Normen des humanitären Völkerrechts durchgeführt wurde (in Betracht kommt hier Art. 51 II ZP I) – wenn er auch nicht, wie von Klägerseite behauptet, ohne weiteres als Kriegsverbrechen bezeichnet werden kann – spricht vieles. Auch in der Literatur finden sich einige Stimmen, die in diese Richtung weisen, s. z. B.: *O. Medenica*, Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality?, in: *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* 23 (2001), S. 424 f.; *T. McDonnell*, Cluster Bombs over Kosovo: A Violation of International Law?, in: *Arizona Law Review* 44 (2002), S. 40, Fn. 22; *M. Mandel*, Politics and Human Rights in International Criminal Law: Our Case Against NATO and the Lessons to be Learned from it, in: *Fordham International Law Journal* 25 (2001), S. 115 ff.; *S. D. Murphy*, NATO Air Campaign against Serbia and the Laws of War, in: *American Journal of International Law* 94 (2000) S. 691 f.; s. a. den oben genannten, a.a.O., (Fn. 3) Report von Amnesty International.

⁷⁴ Siehe z. B. das Urteil des US District Court (New Jersey), *Iwanowa v. Ford Motor Company*, 67 F.Supp.2d 424, 439 (1999) oder das Urteil des Bezirksgerichts von Tokio, *Ryuchi Shimoda et al. v. The State*, ILM 32 (1966).

⁷⁵ Deutschland gehörte noch im April zu einem der wenigen Staaten, die der Verabschiedung der oben genannten (Fn. 3) Resolution der Menschenrechtskommission ihre Zustimmung verweigerten, vgl. Pressemitteilung der MRK vom 19. April 2005, „Commission adopts Texts on Civil and Political Rights, Rights Of Women, Rights of the Child and Special Groups“, abrufbar unter: <http://www.unog.ch>, unter News and Media/Press Releases & Meeting Summaries/Commission on Human Rights/Meeting Summaries (am 13. September 2005).

Internationale Konferenz anlässlich des 60. Jahrestages des Beginns des Prozesses gegen die Hauptkriegsverbrecher im Gerichtssaal 600 des Justizpalastes in Nürnberg, Nürnberg (Deutschland), 17. – 20. Juli 2005

Hannes Honecker*

Zum 60. Jahrestag des Nürnberger Militärtribunals (IMT) veranstaltete das US-amerikanische Touro College Law Center unter Mitwirkung des Oberlandesgerichts Nürnberg und der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg u.a. eine viertägige Konferenz, die am ersten Tag am Ort der Verhandlung, dem Schwurgerichtssaal 600, Nürnberg, stattfand.

Die Konferenz befasste sich an den ersten beiden Tagen schwerpunktmäßig mit historischen Themen. Einige der Referenten waren als Zeitzeugen eingeladen. Zu Beginn wurde zwischen Juristen aus den vier Siegermächten die Fragestellung diskutiert, welche politischen und nationalen Interessen die jeweils beteiligten Staaten mit der Einrichtung des IMT verfolgten. Interessant waren die Ausführungen zu der Entwicklung vom *Morgen-thau-Plan* (und ähnlichen Vorhaben in den anderen Staaten), der vorsah, eine Hauptkriegsverbrecherliste von etwa 25 000 Personen zu erstellen, diese identifizieren, festnehmen und liquidieren zu lassen, zu dem später durchgeführten Versuch, rechtsstaatlich auf die Verbrechen der Nazis zu reagieren. Der mit auf dem Podium sitzende Richter des UN-Jugoslawientribunals, Prof. *Albin Eser*, erwiderte in seinem Beitrag eindrücklich auf die vergangenen und aktuellen Einwände gegen die Legitimität des IMT.

Danach setzten sich die Referenten mit der historischen Bedeutung der Nürnberger Prozesse auseinander. Die Alliierten verbanden mit dem Gerichtshof nicht nur die Absicht die Schuldigen zu bestrafen, sondern auch zu dokumentieren, was in Europa unter dem Naziregime geschah. Prof. *Michael Marrus*, Centre of Holocauststudies an der Universität Toronto (Kanada), etwa betrachtete das Tribunal unter dem Gesichtspunkt der Aufarbeitung des Genozids und stellte fest, dass es dem Tribunal gelungen sei, den Holocaust in einem für den Zeitpunkt Ende 1945 beachtlichen Ausmaß aufgearbeitet zu haben. So konnte schon zu diesem Zeitpunkt die Zahl der ermordeten europäischen Juden mit 6 Millionen beziffert werden; eine Zahl, die auch nicht durch die spätere Geschichtsschreibung revidiert werden musste.

Prof. *Sam Garkawe*, Law University Lismore (Australien), monierte dagegen das Fehlen von Opferzeugen in dem Verfahren. Dies habe das Verfahren zum einen langweilig gemacht, zum anderen dazu geführt, dass sich die traumatisierten Opfer nicht äußern und die deutsche Öffentlichkeit keinen Anteil an den Verbrechen nehmen konnten. Opferbeteiligung sei seines Erachtens eine Frage der Gerechtigkeit. Für den Internationalen Strafgerichtshof meint er, sei das kontradiktorische Verfahren insoweit eine ungeeignete Verfahrensform, da sie keine Verfahrensbeteiligung von Opfern vorsehe.

Prof. *Lawrence Douglas*, Amherst College (USA), erwiderte, dass auch kontinentaleuropäische Verfahrensordnungen nicht in der Lage seien, Verfahren dieser Art ein ausreichendes und angemessenes Reglement zur Verfügung zu stellen. Er wies auf die historische Bedeutung des IMT hin. Es sei das erste Verfahren universeller Art gewesen, das sich mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit auseinander setzte. Gleichzeitig stellte er aber die Frage, welches der pädagogische Effekt des Verfahrens gewesen sei. Einerseits genieße Nürnberg heute auch in Deutschland ein hohes Ansehen als die Geburtsstunde universeller Jurisdiktion. Das sei früher anders gewesen. Insoweit habe es eine Entwicklung gegeben. Andererseits habe sich die deutsche Bevölkerung mit der Schuld der Haupttäter eine Exkulpation geschaffen. Insbesondere kritisierte er, dass der neu geschaffene Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nur eine untergeordnete Rolle in der Reihe der Anklagepunkte gespielt habe.

In einer Abendveranstaltung trat *Whitney R. Harris*, Mitglied des Anklageteams und Assistent des Chefanklägers *Robert Jackson*, auf. *Harris*, im Programm als „rastloser Ritter für den Weltfrieden“ beschrieben, war Vertreter der Anklage im Fall gegen den Chef des Sicherheitsdienstes und des Reichssicherheitshauptamts *Kaltenbrunner*. Er gab dem Abend im Schwurgerichtssaal 600 einen skurrilen Zug, indem er seinen Zeitzeugenbericht in der dramatisch detailliert beschriebenen Hinrichtung *Ribbentrops*, an der er wohl nicht ohne Genugtuung teilnahm, gipfeln ließ.

Der Montagvormittag war der historisch-philosophischen Perspektive verpflichtet. Prof. *Reginbogin*, Touro College Potsdam, befasste sich mit der Geschichte der strafrechtlichen Aufarbeitung von Kriegsverbrechen. Er spannte einen Bogen von den Prozessen von Leipzig, in denen deutsche Gerichte sich in den zwanziger Jahren nur unzulänglich ihrer im Versailler Vertrag kodifizierten Verpflichtung der Ahndung von Kriegsverbrechen der Reichswehr widmeten bis zum Nürnberger Militärtribunal. Dass die Alliierten nicht mehr wollten, dass die deutsche Justiz die Verbrechen der Nazis ahndet, hatte nicht nur mit der bekannten Verstrickung der Justiz in die Verbrechen der NS-Regierung zu tun, sondern ruhte auch auf der Erfahrung der Verfahren von Leipzig.

Prof. *Benjamin B. Ferencz*, ebenfalls ehemaliger Ankläger im so genannten Einsatzgruppenprozess, gab einen Einblick in die Arbeitsbedingungen der Anklagebehörde in dem weltweit größten Mordverfahren. Die Einsatzgruppen ermordeten in einer ersten Vernichtungswelle, noch vor der Industrialisierung der Morde in den Vernichtungslagern, der Wehrmacht folgend über eine Million osteuropäische Juden von Hand und in unermesslicher Grausamkeit. *Ferencz* erhob sich in angenehmer Weise über das nationale Pathos seines Kollegen *Harris*. Er stellte klar, dass sein Kampf für die Gerechtigkeit heute auch bedeute, dass er sich mit der völkerrechtswidrigen, und in der Argumentation mit der Putativ-Notwehr an die Angeklagten Hauptkriegsverbrecher erinnernde Argumentation der USA im Irak-Krieg befassen wolle.

Am Montagnachmittag enttäuschten die Referenten Prof. *Harry Reicher*, Pennsylvania Law School (USA), *Dr. Roland Bank*, Rechtsberater der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung, Zukunft“ Berlin, und Prof. *Louise Harmon*, Touro Law Center Huntington (USA), unsere Erwartung. Sie sollten ausweislich des Programms über die dem Hauptkriegsverbrecherprozess folgenden Prozesse gegen Mediziner, Juristen und Industrielle referieren. Sie hinterließen dabei aber den Eindruck, zu den Verfahren gar nichts sagen zu können und waren damit eine komplette Fehlbesetzung. Allerdings verstärkte dieser Programmteil den Eindruck, als wollten sich die Veranstalter eher mit der symbolischen Bedeutung des Verfahrens gegen die Hauptkriegsverbrecher befassen als eine politische Analyse der Entwicklung der universellen Gerechtigkeit nach Nürnberg zu leisten.

* RA *Hannes Honecker* ist als Strafverteidiger in Berlin tätig und Geschäftsführer des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins e.V. (Deutschland).

Am Dienstag morgen schilderte Richter am Obersten Gericht in Israel und Ankläger im Eichmann-Prozess, *Gabriel Bach*, seine Erlebnisse aus dem Verfahren gegen – und aus persönlichen 4-Augen-Gesprächen mit – *Adolf Eichmann*. *Bach* berichtete von der Notwendigkeit, eine Vielzahl von Zeugen zu hören, die den konkreten Nachweis der Folgen der Tötungsanordnungen *Eichmanns* liefern mussten. Eine seiner eindrucklichsten Erfahrungen war die Zeugenaussage eines ehemaligen Inhaftierten, der die Ermordung seiner Frau, seines Sohnes und seiner Tochter in dem kleiner werden roten Punkt, der Farbe des Mantels seiner 2½-jährigen Tochter in Auschwitz als letzte bildhafte Erinnerung zusammenfasste. Er wies darauf hin, dass dies ein Bild in Schindlers Liste geworden sei, in welchem Steven Spielberg diese Zeugenaussage in dem ansonsten in Schwarz-Weiß gehaltenen Film filmisch festhielt. *Bach* fasste die Hauptauseinandersetzungen im Verfahren zusammen, die er in der Entführung *Eichmanns* aus Argentinien und der Sorge um ein nicht vorurteilsfreies Verfahren im Land der Opfer sah. Auch problematisierte er, dass *Eichmann* der einzige zum Tode verurteilte und hingerichtete Angeklagte in Israels Geschichte war.

Danach beleuchtete *Greg James*, Richter am Supreme Court in New South Wales, die in Australien stattgefundenen Verfahren gegen Kriegsverbrecher des Dritten Reichs und der japanischen Diktatur.

Prof. *Michael Bayzler*, Witthier Law School, Costa Mesa (USA), referierte über den Fall *Demjanjuk*, der als Iwan der Schreckliche aus dem Vernichtungslager Sobibor bekannt wurde, sowie zu vornehmlich aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, mit denen die USA auf die Erkenntnis reagierte, dass sich unter Einwandern auch potentielle Kriegsverbrecher befanden. *Demjanjuk* wurde in den USA als Iwan der Schreckliche ermittelt, jedoch nicht an die Ukraine, sondern auf eigenen Wunsch nach Israel ausgeliefert, wo er in einem Großverfahren zum Tode verurteilt wurde, nach neuen in den USA ermittelten Zeugenaussagen und Beweismitteln jedoch erneut in die USA zurückgeliefert werden musste.

Vor der Mittagspause referierte Prof. *Kress*, Universität Köln (Deutschland), zur Rolle der Bundesrepublik bei der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs, die er als zunehmend aktiv hervorhob. Die bayrischen Behörden haben durch die Auslieferung *Tadić* in einem anklagereifen Verfahren an das Jugoslawien ad hoc Tribunal (ICTY) und die Bundesbehörden durch die Unterstützung des Internationalen Strafgerichtshofs eine durchaus proaktive Rolle

gegenüber einer Vielzahl anderer Staaten gespielt. Diese werde nur durch den noch immer bestehenden Vorbehalt der BRD gegen Art. 7 Abs. 2 EMRK kontrastiert. Art. 7 Abs. 2 EMRK stellt eine Lockerung des ansonsten absolut geltenden Rückwirkungsverbots dar. Das Motiv dieser Lockerung wird im Schutz des IMT vor dem Vorwurf gesehen, gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen zu haben. Der Vorbehalt wiederum wird als bloßer Ausdruck der Missbilligung der Urteile gesehen. Da Art. 103 GG (absolutes Rückwirkungsverbot), sowie Vorrang vor Art. 7 Abs. 2 EMRK habe, plädierte *Kress* konsequent für die Aufhebung des Vorbehalts und damit die Rücknahme der Missbilligung der Urteile des IMT.

Herr *Hans-Peter Kaul*, deutscher Richter am Internationalen Strafgerichtshof und Präsident der Vorverfahrensabteilung, hielt die Bedeutung des IMT für die Geburt der universellen Jurisdiktion hoch und warb vor der stark von US-amerikanischen Teilnehmern geprägten Konferenz und unter deren großem Applaus für die Zustimmung und Mitwirkung der USA am Internationalen Strafgerichtshof.

Unmittelbar im Anschluss an seinen Vortrag konterkarierte Prof. *Anne Bayefsky*, Touro Law Center Huntington (USA), dessen Plädoyer für die Mitwirkung der bislang nicht zu den Unterzeichnern gehörenden Staaten. Sie stellte die These auf, dass die Idee von Nürnberg sich gegen die Opfer der Verbrechen gewandt habe, deren Aburteilung in Nürnberg anstand. Sie begründete dies mit der Vielzahl der UN-Resolutionen gegen Israel, sowie zuletzt wegen der IGH – Entscheidung zur Errichtung eines Sicherheitszaunes; dagegen gebe es keine Resolutionen der Vereinten Nationen gegen den Terror der Hamas. Die UN versagten in der Feststellung eines Genozids in Dafur, Sudan, dem Kampf gegen die Unterdrückung einer Milliarde Chinesen, die Menschenrechtswidrigkeit von Verstümmelungen von Dieben im Iran oder Saudi-Arabien, sowie die Strafen der Kreuzigung und Steinigung in diesen Ländern. Die Wahrnehmung einer großen Zahl der befragten Personen von Israel als Bedrohung für den Weltfrieden nach einer neuen Studie der UN sei es, warum Israel neben den USA nicht die Statuten von Rom ratifiziert hätten. Israel, so befürchtet *Bayefsky*, wäre nach dieser Wahrnehmung seiner Politik ständig in der Rolle der Beschuldigten. Dies sei ein Umstand, der seine ganze Bevölkerung treffe, die zur Verteidigung gegen den Terror, allesamt Grundwehrdienst leisten müssten.

Prof. *Andreas Zimmermann* aus Kiel musste dann zu Beginn seiner Rede zunächst

die Serie sachlicher Unrichtigkeiten aus dem Vortrag *Bayefskys* klarstellen; insbesondere die Ausführungen der Referentin zum Internationalen Strafgerichtshof und dessen Statut und ihre Rechtfertigung der Weigerung der Unterzeichnung Israels wurden damit als ideologisches Statement entlarvt.

Die mit dem Referat *Bayefsky* entstehende deutliche Kontroverse wurde leider nicht diskutiert. Die Veranstalter hatten nämlich im Anschluss an die Vorträge zu keiner Zeit Diskussionen vorgesehen. Solche waren offensichtlich nicht erwünscht. Die Konferenz, mit einem extrem dicht gesteckten Programm, mit jeweils 5–6 Referaten am Vormittag und ebenso vielen am Nachmittag, erweckte den Eindruck, eher eine Festveranstaltung zum 60. Jahrestag des IMT, als eine wissenschaftliche Konferenz zu sein. Folgte man der Schwingung der Konferenz, hinterließen die Veranstalter den Eindruck, einen Mythos schaffen zu wollen. Dieser könnte lauten, der IMT sei Grundstein der universellen Jurisdiktion, errichtet durch die USA. Die sich beständig aufdrängende aber aus dem Publikum nicht gestellte, allenfalls in Nebensätzen der Referenten auftauchende Frage der heutigen Rolle der USA in Fragen universeller Gerechtigkeit sollte wohl die Feierlichkeiten zum 60. Jahrestag und die Bedeutung der Zeitzeugen nicht trüben. Einen Ausblick darauf, dass universelle Gerechtigkeit stark von politischen Interessen der Staaten geleitet wird, die sie sprechen sollen, leistete die ansonsten erstaunliche Konferenz nicht. Festzuhalten bleibt, dass es ein außerordentlich beeindruckendes Erlebnis ist, Zeitzeugen der strafrechtlichen Befassung mit NS-Verbrechen am Ort des Geschehens zu hören. Auch wenn die Ausführungen des Anklägers *Harris* erschreckend waren, bleibt natürlich der Eindruck, den der Vernehmer und Ankläger eines Verwaltungsmassenmörders namens *Kaltenbrunner* hinterlässt. Gerechtigkeit im Zusammenhang mit Völkermord ist rar. Ihre Durchsetzung hing von vielen Zufällen, dem unbändigen Willen einiger weniger Leute, die die politischen Zeichen der Zeit lesen konnten, und davon ab, dass die USA sich gegen die Interessen der Sowjetunion durchsetzen konnten. Denn die Sowjetunion wollte lediglich eine noch zu verhandelnde Zahl von Kriegsverbrechern erschießen lassen. Der Internationale Strafgerichtshof ist als Fortschritt gegenüber den, von den jeweiligen politischen Stimmungen abhängenden Entscheidungen einzelner Staaten abhängenden *Ad-hoc*-Gerichten zu werten. Dabei ist zu entscheiden, ob er sich über den gegenwärtigen Status, ein eher afrikanisches Gericht zu sein, erheben kann.

11. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht, Berlin, 31. Juli – 6. August 2005

Elisabeth Handl*

Von 31. Juli bis 6. August 2005 veranstaltete das Deutsche Rote Kreuz (DRK) unter Mitwirkung des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum in Berlin den 11. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht. Tagungsstätte war das im Berliner Stadtteil Zehlendorf gelegene „Hotel am Schlachtensee“.

Die 25 Teilnehmer aus Costa Rica, Deutschland, Finnland, dem Iran, Italien, Österreich, Schweden und den USA waren zum Großteil Jurastudenten höherer Semester, Rechtsreferendare, Doktoranden der Rechtswissenschaft und bereits praktizierende Juristen. Abgerundet wurde der Teilnehmerkreis durch einige Nicht-Juristen überwiegend mit Berufstätigkeit im humanitären Bereich. Die Teilnehmer wurden vor Ort mit einer umfangreichen Sammlung einschlägiger Rechtsdokumente (Genfer Abkommen, Zusatzprotokolle, Haager Landkriegsordnung etc.) ausgestattet. Darüber hinaus stand während des gesamten Kurses eine kleine, aber erlesene Handbibliothek für selbständige Recherchen zur Verfügung.

Nach der offiziellen Eröffnung des Kurses am Montag, den 1. August durch *Dr. Heike Spieker* und Prof. *Dr. Manfred Mohr* vom Generalsekretariat des DRK, skizzierte Prof. *Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen*, ehem. Präsident des DRK, zur allgemeinen Einführung die Entwicklung, Grundzüge und Problemlagen des humanitären Völkerrechts.

Am Montagnachmittag steckte Prof. *Dr. Wolff Heintschel von Heinegg* von der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder, in weiterer Folge den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts ab. Detailliert erläuterte er die verschiedenen Konflikttypen und wies auf neuere Entwicklungen hin. So zeugen etwa militärische Handbücher, der *Tadić*-Fall (Jugoslawien-tribunal) und eine kürzlich vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) erstellte Studie von der Tendenz, das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts dem des internationalen bewaffneten Konflikts anzugleichen. Abschließend erörterte Prof. *Dr. Heintschel von Heinegg* Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung des humanitären Völkerrechts im „Krieg“ gegen den Terror.

Montagabend und Dienstagvormittag waren der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung

gewidmet. *Stefan Biehl*, Koordinator für Entwicklungszusammenarbeit im DRK-Generalsekretariat, eröffnete den Teilnehmern die praktische Hilfstätigkeit Nationaler Gesellschaften am Beispiel der internationalen Hilfsaktionen des DRK. *Marion Messerschmidt*, Koordinatorin für Verbreitungsarbeit und Internationale Gremienarbeit im DRK-Generalsekretariat, informierte über Entstehung, Grundsätze, Ziele, Symbole und Struktur der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung, die sich aus dem IKRK, der Internationalen Föderation der Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften sowie allen anerkannten nationalen Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften zusammensetzt. Im Anschluss daran sprach *Dr. Toni Pfanner*, langjähriger IKRK-Delegationsleiter und jetziger Chefredakteur der „International Review of the Red Cross“, über die Rechtsgrundlagen und Einsatzfelder des IKRK. Dabei gewährte er in anschaulicher Weise Einblick in die präventiven, „konfliktuellen“ und „post-konfliktuellen“ Aktivitäten des IKRK und machte deutlich, dass die politische Wirklichkeit jederzeit äußerst diplomatisches Vorgehen erfordert (so auch in der Diskussion um die Einführung eines neuen Emblems). Abschließend beschrieb er den Teilnehmern die spezifisch juristischen Tätigkeitsfelder beim IKRK und erklärte, wie das IKRK Personal rekrutiert.

Von Dienstagnachmittag bis Donnerstagmittag befasste sich der Kurs mit wichtigen Regelungsinhalten des humanitären Völkerrechts. Zuerst behandelte *Dr. Noëlle Quéni-vet*, LL.M. und wissenschaftliche Mitarbeiterin am IFHV, den Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus im Recht des internationalen bewaffneten Konflikts. Dabei zeigte sich, dass es strittig ist, ob und wann auch Staatsoberhäupter und Verteidigungsminister zu den Kombattanten zählen. In einer anschließenden Gruppenarbeit diskutierten die Teilnehmer Probleme, die sich durch das Outsourcing von Kampfeinsätzen an private Militärfirmen und die Behandlung von Gefangenen in Guantánamo und Abu Ghraib ergeben. Prof. *Dr. Horst Fischer*, Akademischer Direktor des IFHV, setzte sich in weiterer Folge mit dem Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte auseinander. Er erläuterte die diesbezüglichen Regeln sehr anschaulich anhand eines fiktiven Beispiels. In den Arbeitsgruppen wurden rezente Vorfälle etwa im Irak, in Palästina oder in Usbekistan diskutiert. Prof. *Dr. Manfred Mohr*, EU-Referent im DRK-Generalsekretariat

und DRK-Landeskonventionsbeauftragter in Berlin, referierte in Ergänzung dazu über besonders geschützte Personen wie Verwundete, Kranke, Helfer und Journalisten. Er gab zunächst einen grundsätzlichen Überblick und beauftragte sodann die Arbeitsgruppen, zwei Fallkonstellationen einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. MinR *Dr. Thomas Desch* vom österreichischen Bundesministerium für Landesverteidigung sprach zum Thema Waffenverbote und Abrüstung. Einleitend grenzte er das humanitäre Völkerrecht begrifflich vom Abrüstungsrecht ab. Dem folgte eine übersichtliche Darstellung der humanitär-völkerrechtlichen Grundsätze und damit verbundener Beschränkungen und Verbote im Einsatz von Kampfmitteln und Kampfmethoden. Danach gab er einen Überblick über völkerrechtliche Waffenverbote. MinR *Dr. Desch* schloss seinen Vortrag mit Bemerkungen zu aktuellen und künftigen Rechtsentwicklungen. Lebhaft schilderte er auch seine persönlichen Erfahrungen bei der Aushandlung der Ottawa-Konvention über das Verbot von Antipersonenminen, wodurch er den Teilnehmern einen wertvollen Einblick in die Praxis von Vertragsverhandlungen gewährte. In einer anschließenden Gruppenarbeit waren die Teilnehmer gefordert, zwei Situationen bewaffneter Auseinandersetzung auf Verstöße gegen Waffenverbote hin zu untersuchen.

Dr. Hans-Joachim Heintze vom IFHV erläuterte in seinem Vortrag am Donnerstagnachmittag das Verhältnis von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht. Er zeigte auf, dass die klassische Teilung des Völkerrechts in Kriegs- und Friedensrecht durch den Menschenrechtsschutz überwunden ist, da im bewaffneten Konflikt sowohl humanitäres Völkerrecht als auch Menschenrechte Anwendung finden. Mit Fällen, in denen menschenrechtliche Schutzorgane direkt humanitäres Völkerrecht angewandt haben, veranschaulichte er die praktische Konsequenz der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht, die darin besteht, dass menschenrechtliche Beschwerdeverfahren in den Dienst der Durchsetzung des humanitären Völkerrechts gestellt werden können. In den anschließenden Arbeitsgruppen setzten sich die Teilnehmer mit der Anwendung der beiden Rechtsmaterien in einer dem Kosovo-Konflikt nachempfundenen Fallkonstellation auseinander.

Den Donnerstag beschloss ein Vortrag von *Dr. Wolfgang Heinz*, Referent am Deut-

* *Mag. Elisabeth Handl*, LL.M. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Öffentliches Recht/Völkerrecht der Universität Salzburg (Österreich).

schen Institut für Menschenrechte. Zunächst stellte er kurz das Institut vor, das eine von der Bundesrepublik finanzierte, aber mit einem pluralistischen Leitungsgremium versehene Einrichtung zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte durch Information und Dokumentation, Beratung von Politik und Gesellschaft, anwendungsorientierte Forschung, Menschenrechtsbildung sowie Dialog und Zusammenarbeit im nationalen und internationalen Rahmen ist. Dann präsentierte er eine jüngst erstellte Studie zur Terrorismusbekämpfung, deren bemerkenswerte Erkenntnisse über bestehende Informations- und Kontrolldefizite als Grundlage für Empfehlungen an politische Entscheidungsgremien in Deutschland dienen.

Freitag und Samstag standen ganz im Zeichen der Durchsetzung von humanitärem Völkerrecht. Zunächst stellte *Dr. Heike Spieker*, Leiterin des Teams Internationales Recht und Internationale Gremien im DRK-Generalsekretariat, die möglichen Mechanismen einerseits der Implementierung und andererseits der Durchsetzung des humanitären Völkerrechts vor. In der anschließenden Gruppenarbeit waren die Teilnehmer gefordert, sich mit einzelnen Implementierungs- oder Durchsetzungsmaßnahmen näher auseinander zu setzen. *Robert Heinsch*, LL.M. und *Associate Legal Officer* am Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag, befasste sich im Anschluss daran ausführlich mit der Völkerstrafgerichtsbarkeit als „neuem“ Durchsetzungsinstrument. In diesem Rahmen referierte er über Entwicklung, Stand und Perspektiven des Internationalen Strafgerichtshofs und des Völkerstrafrechts, bot aber auch einen Einblick in die Rechtsprechungspraxis internationaler und nationaler Gerichte anhand von sechs Kriegsverbrecherprozessen (Nürnberg, Tokio, *Eichmann*, *Tadić*, *Akayesu* und *Milošević*). Abgerundet wurde der Themenkomplex mit einem *Moot Court*, in dem die Teilnehmer den Prozess gegen Saddam Hussein vor dem *Iraqi Special Tribunal* simulierten.

Der Kurs endete Samstagmittag mit einer Evaluierung der Veranstaltung und der Ausgabe der Teilnahmebestätigungen. Teilnehmer, die ein Diplom erwerben möchten, haben die Möglichkeit, bis Jahresende eine 20-seitige Diplomarbeit einzureichen. Eine Liste mit Themenvorschlägen wurde im Kurs verteilt.

Abschließend kann festgehalten werden, dass fundierte Vorkenntnisse im humanitären Völkerrecht zwar nützlich, aber nicht unabdingbare Voraussetzung waren, um im 11. DRK-Sommerkurs gut aufgehoben zu sein. Die durchweg ausgezeichneten

Vortragenden haben den Teilnehmern in sechs intensiven Tagen anschaulich die Grundprinzipien, wichtigsten Regelungsinhalte und aktuellen Problemlagen des humanitären Völkerrechts vor Augen geführt. Die überwiegend angewandte Lehrmethode, eine Kombination von Vortrag und Gruppenarbeiten, hat sich dabei sehr gut bewährt. Neben dem Erwerb von Fachwissen kamen auch nützliche Einblicke in

die Praxis des humanitären Völkerrechts nicht zu kurz. Darüber hinaus erhielten die Teilnehmer viele Tipps und Anregungen für eine mögliche ehrenamtliche oder hauptberufliche Tätigkeit in diesem Bereich. *Last but not least* haben auch die hervorragende Organisation und das entspannte Ambiente rund um den Schlachtensee das ihre zu einer bereichernden Kurswoche beigetragen.

Fach- und Medientagung der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen (DGVN) und der Stiftung Entwicklung und Politik (SEF), Vor dem UN-Reformgipfel. Positionen der Bundesregierung und Forderungen aus der Zivilgesellschaft, Berlin (Deutschland), 1. September 2005

Hans-Joachim Heintze*

Die UN-Reform war Mitte 2005 in aller Munde. Neben der (deutschen) Außenpolitik erhoffte sich auch die Zivilgesellschaft wesentliche und notwendige Verbesserungen im Hinblick auf die Effektivität der Weltorganisation gerade im Hinblick auf die Menschenrechte und Entwicklungspolitik. Nach dem Scheitern der Reform auf dem Gipfeltreffen im September 2005 herrscht Katzenjammer. Gleichwohl bleiben dennoch der Druck der objektiven Herausforderungen und damit auch die Unumgänglichkeit von Verbesserungen des UN-Systems auf der Tagesordnung.

Deshalb war es eine höchst begrüßenswerte Initiative der DGVN und der SEF, unmittelbar vor dem UN-Reformgipfel zu einer Fach- und Medientagung einzuladen. Hier konnten die Fachleute einerseits nochmals die Reformvorschläge vorstellen und andererseits die Erwartungen auf ein realistisches Maß herabgeschraubt werden. Vor allem aber war es die Idee, die unterschiedlichen Positionen der Politik und Zivilgesellschaft gegenüberzustellen. Und das war wohl das Überraschendste an der Tagung: Die Unterschiede waren gering, es gab kaum wirklich gegensätzliche Auffassungen, so dass man sich fragen musste, ob die mittlerweile wohletablierten NGOs nicht ihren Biss verloren haben.

Eröffnet wurde die Tagung durch Prof. *Franz Nuschler* (Duisburg), der das einseitige Medieninteresse an der Aufnahme Deutschlands in den Sicherheitsrat deshalb bedauerte, weil die Reformvorschläge über den Tag hinaus von Bedeutung seien und

deshalb umfassendere Beachtung verdienten. Im folgenden Referat stellte *Dr. Ursula Schäfer-Preuss* (Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung) die Entwicklungsagenda des UN-Gipfels dar. Sie analysierte die vorbereitenden Dokumente und bedauerte, dass die relevanten Ziele bezüglich der Armutsbekämpfung und der Umweltpolitik zu unverbindlich seien. Dennoch gingen selbst diese Ziele den USA zu weit, so dass sie eine weitere Verwässerung befürchtete. Die EU-Position verbinde demgegenüber die Themen Armut, Ressourcenbewirtschaftung, Menschenrechte, „good governance“ und Entwicklung in sinnvoller Weise. Hinsichtlich der UN-Reform sprach sich die Referentin für den Ausbau des ECSOC als Plattform für die Entwicklungszusammenarbeit und eine stärkere Einbeziehung in Post-Konflikt-Aufgaben aus. Diese ministerielle Darstellung wurde von *Peter Mucke* („terre des hommes“) kommentiert. Allerdings fand er kaum kritische Worte, sondern verteidigte eher bestehende Ansätze und forderte recht allgemein, dass das Anrecht auf Hilfe für die Ärmsten der Maßstab bleiben müsse. Deutlicher wurde die anschließende Diskussion, in der vielfach die Verwunderung ausgedrückt wurde, dass die beiden Referenten im Hinblick auf die zukünftige Entwicklungshilfe seitens der Industriestaaten so optimistisch waren. Schließlich hätten sich alle diesbezüglichen

* PD Dr. Hans-Joachim Heintze ist Hochschuldozent für Völkerrecht am Institut für Friedenssicherungsrecht und humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum (Deutschland).

vollmundigen Versprechen in der Vergangenheit als Wunschdenken herausgestellt.

Der zweite Schwerpunkt war die UN-Reform. Dazu sprach einleitend *Hans-Joachim Daerr* (Auswärtiges Amt), der sich nochmals nachdrücklich für die Erweiterung des Sicherheitsrats aussprach und bedauerte, dass die afrikanische Staatengruppe überhöhte Forderungen erhoben habe. Gleichwohl gehe der Dialog weiter, wobei allerdings alle bislang vorgeschlagenen Alternativen nicht praktikabel seien. Dieses Referat wurde von Prof. *Tanja Brühl* (Frankfurt/M.) ergänzt, die meinte, über die Notwendigkeit der Reform des Sicherheitsrats gebe es einen Konsens innerhalb der Zivilgesellschaft. Er müsse effektiver, legitimer und transparenter werden. Die Industrieländer seien überrepräsentiert und langfristig dürfe es nur einen europäischen Sitz geben. Die Forderung der deutschen Politik nach einem ständigen Sitz im Rat sah die Referentin kritisch, da die Wahlmitgliedschaft den Vorteil habe, dass derjenige, der eine gute Arbeit mache, auch wiedergewählt würde.

Die folgende Diskussion zeigte, dass das Thema – nach den nahezu zeitgleich bekannt gewordenen und jede Reformations ablehnenden Entscheidungen aus New York – etwas blutleer geworden war. Vorgebracht wurden weitere gut gemeinte, aber doch wohl etwas blauäugige Vorstellungen über die wachsende Rolle des Individuums in der Völkerrechtsentwicklung, die „duty to protect“ und den Verzicht auf das Veto bei Genozid. Die Vorschläge sind altbekannt und somit nicht sehr originell. Insgesamt wurde deutlich, dass sich sowohl die Staatenwelt als auch die Zivilgesellschaft weitgehend auf den Gedanken der Charta-revision fixiert hat. Damit fällt nach Auffassung des Berichterstatters das eigentliche Problem unter den Tisch: Wie können die Staaten, insbesondere die fünf ständigen Mitglieder, veranlasst werden, das Völkerrecht zu respektieren? Es bedarf nämlich keiner neuen Instrumente, sondern der Einhaltung der bestehenden. Das kann aber letztlich nur durch den öffentlichen Druck der Zivilgesellschaft erreicht werden. Dazu gab es allerdings auf der Tagung wenig zu hören.

Der dritte Tagesordnungspunkt waren die Menschenrechte. Dazu sprach *Tom Koenigs*, der Beauftragte der Bundesregierung für die Menschenrechte. Er stellte die Vorschläge zur Neuordnung der UN-Menschenrechtskommission in den Vordergrund und lobte insbesondere die Idee der Kommission, insbesondere diejenigen auszuklammern, die mit UN-Kontrollverfahren belegt sind. Im Mittelpunkt der

Diskussion stand dann allerdings das von *Koenigs* vehement verteidigte Konzept, wonach alle Staaten alljährlich über die Menschenrechtssituation in ihrem Hoheitsgebiet zu berichten hätten. Dem wurde entgegengehalten, dass es bereits Berichtsverfahren für alle UN-Menschenrechtsverträge gebe. Ein weiteres derartiges Verfahren führe zur Inflation und überfordere all die Staaten, die nicht über riesige Bürokratien verfügten.

Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (published new in paperback 2003), XXVI and 560 pages, £ 25

Konstantinos D. Magliveras*

Once upon a time, things were quite straightforward in the international system. There were only States participating in it and they were transacting through the conclusion of legally binding bilateral and multilateral treaties. The role that treaties have played in the history of international relations has been so fundamental that the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) refers to it at the very first indent of its preface. However, the international community has experienced, especially in the post World War II period, an unprecedented evolution in almost all spheres of endeavour, while new players appeared and started participating actively in global negotiations. These players were given the collective name ‘non-state actors’ in an apparent attempt to distinguish their origins from the traditional sovereign State.¹ In order to facilitate the above developments, new mechanisms and devices but also new structures were necessitated.

To illustrate this point, one could take the example of nuclear power, one of the breakthroughs in science during the Second World War, which has both civil and military applications. Although originally the required technology, equipment and know-how were held by a few States, they eventually came into the possession of other States as well. Consider the following two instances where countries of the so-called First World concluded agreements with developing States in – the very sensitive for national sovereignty issue – of using nuclear power.

First, in October 1994 the United States and North Korea signed the Agreed Framework, where the former promised to provide light-

water reactors to the latter in exchange of an assurance that North Korea shall freeze its graphite-moderated reactors.² Second, in 2003–2004, France, Great Britain and Germany concluded with Iran a number of Agreements whereby the latter agreed to suspend uranium enrichment and conversion in exchange of an undertaking that the former would recognise its rights under the Nuclear Non-proliferation Treaty. Had these two instruments been negotiated as legally binding treaties whose non-fulfillment could entail the infliction of countermeasures, in other words as hard law, there is no doubt that North Korea and Iran would have never consented to their conclusion. In the event, they were entered into as non-binding instruments or, to use the jargon, as soft law.

Commitment and Compliance puts into perspective, examines and analyses the scope, function and importance of non-binding norms in the international community. The origins of the collected volume lie in a 1996 workshop that sought to identify and explore issues relating to compliance with soft law.³ It then developed into a

* Dr. Konstantinos D. Magliveras is Assistant Professor in the Law of International Organizations at the Department of Mediterranean Studies of the University of the Aegean (Greece).

¹ See M. Fitzmaurice, P. Muchlinski & M. Szuniewicz, “From the Editors”, (2001) 1 *Non-State Actors and International Law* 1.

² Text in (1995) 89 *American Journal of International Law* 120–121.

³ Published as E. Weiss (ed.), *Studies in Transnational Legal Policy: International Compliance with Nonbinding Accords*, American Society of International Law, 1997.

study project organised by the American Society of International Law⁴ and directed by Professor Shelton. Based as it did on a workshop, the book has a very clear structure and coherence and benefits from the commentary at the end of each part.

One of the most crucial issues in developing a theory of soft law is whether such instruments have or could have a legally binding effect. To put it otherwise, whether they compel contracting parties to give effect to and comply with their stipulations or whether they bind parties at a political only level. This is the central theme in the introductory contributions by Professors Shelton and Chinkin.⁵ The former argues that if the answer were in the affirmative, “then perhaps the concept of international law, or the list of sources of international law, requires expansion” (p. 11), an argument that is also shared by Professor O’Connell (pp. 113–114).⁶

Another key issue is why should States and other actors of the international system be persuaded to opt for soft law and not continue to apply the well-established hard law. Professor Shelton cites seven possible reasons (pp. 12–13). They range from the intention to induce States to participate in treaty negotiations (the above examples of the instruments concluded with North Korea and Iran could be invoked as proof) to issues of flexibility. In the latter reason, hard law is portrayed as rigid and inflexible. On the contrary, soft law is revealed as able to adapt in accordance with the prevailing circumstances and offer solutions when negotiations involve different actors with varying socio-economic backgrounds and pursuing different agendas.

Clearly, soft law as any other (direct or indirect) source of international law is in need of a definition, not least in order to avoid issues of interpretation. At the same time, the completeness of the definition would serve to show how advanced the development of soft law is and the degree of its autonomy. That the authors of the collected volume did not offer a definition of soft law by reference to its own attributes but only in terms of its distinction from hard law (p. 31) should not be understood as omission or failure. On the contrary, it probably shows that soft law has not yet reached the age of maturity and, therefore, it is still necessary to construct it as an offspring of hard law.

However, it would be wrong to assume that soft law has only recently emerged on the international plane and the authors have made this point absolutely clear. A considerable number of instruments such as the

Yalta Agreement (1943), the Universal Declaration of Human Rights (1948), the Moscow Treaty banning certain nuclear weapons tests (1963) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), especially compared to the way the sister Covenant on Civil and Political Rights was formulated, serve to show that States were prepared to accept and/or deliberately resorted to non-binding norms in order to conclude negotiations successfully. Thus, it could be argued with some persuasion that soft law has long abandoned the stage of infancy. It is for this reason that it would be inappropriate to refer to soft law as ‘fragile law’ or ‘weak law’⁷ or even as *droit flou*.⁸

Nowadays, soft law is being used extensively in a very large number of areas that have been covered under the customary tools of international law. The second part of *Commitment and Compliance* records four such areas (environment and natural resources; trade and finance; human rights; and multilateral arms control) and offers fifteen case studies of how soft law has been employed. There is a good balance between specialised case studies (e.g. the contributions by Professor Rothwell on the General Assembly ban on driftnet fishing and by Professor Joyner on the Antarctic Recommended Measures) and general ones (e.g. the contributions by Cassel on Inter-American Human Rights Law and by Professor Kellman on the protection of nuclear materials).

Although the editor has not claimed that the areas covered and the case studies given exhaust the use of soft law, it is submitted that some other subjects ought to have been addressed. Suffice to mention the following two. First, the resolutions of plenary organs of international organisations and, in particular, of the UN General Assembly.⁹ Second, the regional institutionalised forms of cooperation among States, some of which have been utilising practices akin to soft law since their inception. To be fair, the collected volume does include two regional *fora*, the Organisation for Security and Cooperation in Europe (p. 346) and the Asia-Pacific Economic Cooperation (p. 303). However, they are treated only as examples of compliance in the areas of, respectively, human rights and the environment.

As far as the European continent is concerned, one has particularly in mind the following institutions and entities: the Nordic Council and the Nordic Council of Ministers, the two mechanisms that have implemented cooperation among Scandinavian countries since the 1960s; the Central Eu-

ropean Initiative (1991); the Arctic Council (1995), which also encompasses the United States and Canada; and the European Union as regards the so-called Second Pillar on a common foreign and security policy and the Third Pillar on police and judicial cooperation in criminal matters.¹⁰ Although the European Community (the Union’s First Pillar) is well known for having pioneered in the matter of legally binding decisions of intergovernmental organisations through the adoption of regulations and directives, in the other two Pillars Member States have chosen to proceed with non-binding (political) instruments such as ‘joint actions’, ‘common positions’ and ‘common actions’.

Furthermore, considering that a large number of the principles that have guided international law have derived from fundamental rules enshrined in domestic law, it might have been useful to have included a chapter examining whether States have adopted soft law as part of the domestic norm creating process. In other words, whether there have been instances where States substituted hard law (i.e. acts of parliament) with other forms, e.g. codes of conduct. Such a chapter could have also looked into the question of how State organs (e.g. courts) have approached and reacted to international soft law.¹¹

⁴ See also the panel titled “A Hard Look at Soft Law” in (1988) 82 *ASIL Proceedings* 371.

⁵ For an earlier treatment of soft law by the same author, see Ch. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850.

⁶ Cf. G. J. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer, 1983, pp. 187–189.

⁷ See P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, (1983) 77 *American Journal of International Law* 413, who rejects soft law on the whole. Naturally, he is not the only one; see also J. Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, (1996) 65 *Nordic Journal of International Law* 167.

⁸ See R.J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law” in Société française pour le droit international, *Colloque de Toulouse, L’élaboration du droit international public*, 1974, p. 140. Also appeared as “Declaratory Law and Programmatore Law: From Revolutionary Custom to Soft Law” in *Festschrift für Bert Röling*, Leiden, 1977, p. 247.

⁹ See, *inter alia*, I. Detter, *The International Legal Order*, Dartmouth, Aldershot, 1994, pp. 212–251.

¹⁰ Respectively, Articles 11–28 and Articles 29–42 of the Treaty on European Union (the Treaty of Maastricht).

¹¹ Generally, see Ch. Schreuer, “Die innerstaatliche Anwendung von internationalem ‘soft law’ aus rechtsvergleichender Sicht”, (1983) 34 *Austrian Journal of Public International Law* 243.

Judging from practice so far, soft law may still have a long way to go to be considered as a source of international law in its own right and discard what has been described as a “fluid notion”¹² or, even worse, as “symptom of a deep crisis of international law”.¹³ Even though it is widely used in environmental negotiations and may soon prove to be the standard setting process, in many other fields, States, still the dominant actors on the international plane, prefer to transact in the old way. *Commitment and Compliance* is an excellent treatise on how to understand the complexities of soft law and its significance in the current development of

international law. The lack of a decent number of books and articles dealing specifically with soft law is perhaps an indication of the intricacies surrounding it and the difficulties in placing soft law in a specific framework. And there lies the true significance of *Commitment and Compliance*.

¹² See K. Zemanek, “Is the Term ‘Soft Law’ Convenient?” in D. Hafner et al (eds), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 843, 862.

¹³ See B. Simma, “Völkerrecht in der Krise?”, (1980) *Österreichische Zeitschrift für Außenpolitik* 273.

Janusz Symonides (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2003, 421 pages, \$ 39.95

Elvira Domínguez Redondo*

This volume, the third in a series of books edited by Janusz Symonides,¹ provides an institutional approach to the examination of human rights, and was envisaged as a UNESCO manual for teaching human rights at university level. The book is divided into five parts. The first Part, in three chapters, addresses the so-called ‘UN system’, i.e., existing mechanisms dealing with the promotion and protection of human rights under the UN (Chapter One) and two of its specialised agencies namely the ILO (Chapter Two) and UNESCO (Chapter Three).

The first chapter, by far the longest, is devoted to an understanding of UN mechanisms. The author, Kedzia, reviews charter-based and treaty-based bodies, effectively summarising some of their strengths and weaknesses, including the budgetary shortfalls that appear to chronically affect human rights bodies. This chapter takes on renewed importance at a time when the mandate and function of the UN Commission on Human Rights is being reevaluated following the Secretary General’s proposal to convert it into a Human Rights Council. It contributes to this discussion by summarising the Commission’s own discussions on reform from five years ago. The chapter is also to be welcomed in light of the lack of attention from academics and practitioners towards the 1503 procedure which is dealt with exhaustively. Nonetheless the wide amplitude of the mechanisms addressed and the numerous aspects tackled make it dry to read and contribute to an overall lack of clarity. It also fails to provide easy explanations on how victims or their representatives may access the Commission.

The chapter by Sweptston provides a concise and clear insight into the role of the ILO. Sweptston provides a positive view of the human rights work of this organisation, defending the principles and concepts underlying its work, and discussing its implementation mechanisms. The impact of the ILO’s work and its results are illustrated by reference to concrete cases in a dozen territories. The chapter concludes with a guide for NGOs keen to use ILO mechanisms and monitoring bodies, including a description of the ‘best practices’ developed in Norway. The final chapter in the first part of the book (written by Partsch, who died in 1996, with the chapter updated by Hüfner) concludes by presenting a brief overview of UNESCO’s Human Rights Procedure. In a relatively short space (18 pages) the chapter highlights the parallel development of UNESCO’s procedure for human rights communications. Similar to the 1503 procedure, the confidentiality of this procedure has led to a general underestimation and ignorance of its existence. The chapter overviews this mechanism, mindful of its weaknesses, but nonetheless highlighting its uniqueness in terms of the content of its communications and the universality of the actors with access to it.

The second part of the book is devoted to Regional Systems and consists of four chapters. Tardu focuses on the European systems for Protection of Human Rights; a chapter divided into examining preventative techniques and mechanisms (mainly focussing on the OSCE) and post-facto procedures, investigation, redress and sanctions. It is well-structured and gives the reader full appreciation of the range of measures and

mechanisms within Europe. Perhaps a more detailed examination of the relevance of the European Union in furthering human rights would have made a worthy addition, especially in keeping with the institutional focus of the book. The Inter-American system is dealt with expertly by Caminos who also provides a case review of various civil, political, economic, social and cultural rights. Nanjira’s contribution on the African System is particularly welcome since it provides an overview of the institutional mechanisms within the continent while also casting light on some of the conceptual debates that remain in the forefront of the human rights battles faced in this continent. The critical commentary (pp. 224–228) is well framed and its presentation, in light of the conceptual difficulties highlighted earlier in the chapter, is particularly useful and constructive. The final chapter, by Hassan on the ‘in statu nascendi’ system for protection of human rights in Arab States makes the absence of a chapter discussing the attempts to forge co-operation in the ASEAN states particularly conspicuous.

The final part of the book focuses on five disparate issues that the editor considers important towards strengthening human rights protection. It consists of commentaries on developing areas of human rights law in chapters by Marie on National Systems; by Schabas on Criminal Responsibility for Violations; by Tomaševski on Sanctions; by Kirby on Indicators of Implementation, and a final chapter by Wiseberg on the Role of NGOs. However only two of the chapters adhere to the institutional focus of the book (i.e. Marie and Schabas) while the others present a broader commentary on their issues without focussing on particular institutions.

This volume, while analysing institutional frameworks, was envisaged as a practical guide to using human rights procedures. The background of the contributors as academics as well as advocates greatly assists this aim. In fact, the general descriptive tone of the articles (with the notable exception of the African chapter) has the advantage of providing lecturers with good tips on approaching human rights bodies. Taking into account the myriads of existing international institutions tasked with implementing human rights, the reduced size of the book and its structural clarity, are characteristics to be welcomed.

* Dr. Elvira Domínguez Redondo is a IRCHSS Post-Doctoral Fellow at the Irish Centre for Human Rights of the National University of Ireland in Galway (Ireland).

¹ The other two volumes are entitled *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, (1998) and *Human Rights: Concepts and Standards*, (2000).

Jan Schlösser, Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des sogenannten Schreibtischtäters im Völkerstrafrecht, Berlin 2004, 77 Seiten, 29 € und Kieran McEvoy and Tim Newburn (Hrsg.): Criminology, Conflict Resolution and Restorative Justice, Basingstoke 2003, 221 Seiten, £ 52.50

Christina Möller*

Die in diesem Beitrag besprochenen Publikationen beschäftigen sich mit zwei interessanten Themenkreisen, die zum einen das moderne Völkerstrafrecht, zum anderen die internationale Friedensforschung/Kriminologie derzeit beschäftigen und die bislang weder zufrieden stellend erforscht, noch abschließend beantwortet worden sind.

Jan Schlösser untersucht in einer übersichtlichen Abhandlung die besondere Problematik der individuellen Verantwortlichkeit staatlicher Leitungsorgane im Völkerstrafrecht. Dass die angemessene individuelle strafrechtliche Zurechnung für diesen spezifischen Täterkreis letztlich über den Erfolg oder Misserfolg des Völkerstrafrechts in der praktischen Anwendung entscheiden wird, wird öffentlich, wenn man an den Hauptkriegsverbrecherprozess in Nürnberg zurückdenkt und die aktuellen Anklageschriften der derzeit existierenden *ad hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – ICTY)¹ und für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda – ICTR)² ansieht. Auch der Internationale Strafgerichtshof (IStGH), dessen erste Anklageschrift derzeit noch auf sich warten lässt, wird sich mit großer Wahrscheinlichkeit auf diesen Täterkreis konzentrieren müssen. Die Probleme und Unsicherheiten, die bei der individuellen (völker-)strafrechtlichen Zurechnung für diesen vom Tatgeschehen zumeist weit entfernten Schreibtischtätertypus entstehen, wurden jedoch bereits durch die Rechtsprechung insbesondere des ICTY mehrfach offenbar und eine zufrieden stellende Lösung wurde auch hier noch nicht gefunden, was grundlegende Untersuchungen, wie die vorliegende, besonders begrüßenswert erscheinen lässt. Allerdings stellt sich – auch bei Berücksichtigung des sehr kursorischen Formats der Abhandlung – hier sogleich die Frage, warum die mittlerweile recht umfangreiche Rechtsprechung des ICTY zum themenverwandten Zurechnungsmodell des „joint criminal enterprise“ vom Autor in keinsten Weise ausgewertet oder auch nur erwähnt wird. Nicht zuletzt hätte

eine solche Auswertung die Schwächen der bislang existierenden Zurechnungsmodelle aufzeigen und damit der Forderung des Autors nach einer stärkeren Berücksichtigung von (deutscher) Strafrechtsdogmatik Gewicht verleihen können.³ Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang besonders, dass das erstinstanzliche Urteil *Prosecutor v. Milomir Stakic* gänzlich unerwähnt bleibt, da mit diesem zum ersten Mal – und unter Federführung des deutschen Vorsitzenden Richters *Schomburg* – auf die Roxin'sche Tatherrschaftslehre in einem völkerstrafrechtlichen Urteil eines Internationalen Straftribunals explizit Bezug genommen und ein auf dieser Lehre basierendes Zurechnungsmodell der „co-perpetration“ gleichberechtigt neben das bislang angewandte Modell des „joint criminal enterprise“ gestellt wurde.⁴ Aus den vorgenannten Gründen wird der kaum drei Seiten umfassende Abhandlungsteil, der vorgibt „Entwicklungslinien im Völkerstrafrecht“ nachzuzeichnen, seinem Titel kaum gerecht und wäre in dieser Form wohl entbehrlich gewesen.

Durchaus ansprechend lesen sich dann jedoch die hiernach folgenden Teile der Untersuchung, die sich nach einer Betrachtung von Entwicklungslinien in nationalen Rechtsordnungen, Gedanken zu einem „neuen Bild“ von Verantwortlichkeit und der Grobskizzierung eines Gegenentwurfs einer möglichen Auslegung von Artikel 25 Abs. 3 des IStGH-Statuts zuwenden. Insbesondere die Ausführungen zur „Begründung einer sozialen Tatherrschaftslehre“ enthalten interessante Denkanstöße, die die Abhandlung sowohl für den Straf- als auch den Völkerstrafrechtler zur kurzweiligen Lektüre werden lassen. Nicht zuletzt stellt die Untersuchung auch ein engagiertes Plädoyer für eine stärkere Berücksichtigung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht dar, womit sich der Autor in bester Gesellschaft mit renommierten deutschen Völkerstrafrechtslehrern findet.⁵

Interessante Denkanstöße bietet auch die Beitragssammlung von *McEvoy/ Newburn*, die einen Brückenschlag zwischen Krimi-

nologie, Friedens- und Konfliktforschung und dem Modell der sog. „restorative justice“, teilweise in ausgewählten Länderkontexten, versucht. Wie von der Verfasserin dieser Buchbesprechung schon an anderer Stelle angemerkt⁶, hält sich die kriminologische Forschung im Bereich des Völkerstrafrechts, der Friedensforschung und der so genannten „transitional justice“ noch weitgehend zurück. Auch die Herausgeber erklären in ihrem einleitenden Beitrag, dass der vorliegende Sammelband aus ähnlichen Überlegungen heraus entstand, nämlich um der von ihnen bemängelten „*criminology's*

* Dr. iur. Rechtsanwältin (Frankfurt/Den Haag), Trial Attorney in the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Die in diesem Beitrag zum Ausdruck gebrachten Auffassungen sind alleine der Verfasserin zuzurechnen, sie spiegeln nicht notwendigerweise die Ansichten der Vereinten Nationen oder des ICTY wider.

¹ Die Anklageschriften sowie detaillierte Informationen über die einzelnen Angeklagten und Strafverfahren können über die Homepage des ICTY abgerufen werden: <http://www.un.org/icty/>.

² Die Anklageschriften sowie detaillierte Informationen über die einzelnen Angeklagten und Strafverfahren können über die Homepage des ICTR abgerufen werden: <http://www.ictt.org>.

³ Als Beispiel einer problematischen Entwicklung der Rechtsprechungspraxis zum „joint criminal enterprise“ kann z. B. das erstinstanzliche Urteil im Fall *Prosecutor v. Radoslav Branin* dienen. Die Strafkammer stellte die generelle Anwendbarkeit des Zurechnungsmodells des „joint criminal enterprise“ für politische/militärische Leitungsorgane (i.e. „Schreibtischtäter“) in Frage, indem sie feststellte: „*The Trial Chamber is of the view that JCE is not an appropriate mode of liability to describe the individual criminal responsibility of the Accused, given the extraordinarily broad nature of this case, where the Prosecution seeks to include within a JCE a person as structurally remote from the commission of the crimes charged in the Indictment as the Accused.*“ *Prosecutor v. Branin*, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004, para 355. Die Staatsanwaltschaft ist zu diesem Punkt in Berufung gegangen, das Verfahren war zur Zeit der Fertigstellung dieser Buchbesprechung noch anhängig.

⁴ *Prosecutor v. Stakic* IT-07-24-T, Judgment, 31 July 2003, paras. 438–441. Die Kammer stellte fest: „*The Trial Chamber is aware that the end result of its definition of co-perpetration approaches that of the aforementioned joint criminal enterprise and even overlaps in part. However, the Trial Chamber opines that this definition is closer to what most legal systems understand as „committing“ and avoids the misleading impression that a new crime not foreseen in the Statute of this Tribunal has been introduced through the backdoor.*“ (para. 441).

⁵ Das gleiche Anliegen vertritt z. B. auch *K. Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin 2003, S. 57.

⁶ *Ch. Möller*, Book Review, François Jean und Jean-Christophe Rufin (Hrsg.), *Ökonomie der Bürgerkriege*, in: *International Criminal Law Review*, Volume 5, 2005, S. 307–309.

lack of substantive engagement with the processes of conflict resolution“ entgegenzuwirken (S. 1). Konfliktlösung verstehen die Herausgeber hier nicht nur im makrosozialen, i.e. politisch-zwischenstaatlichen Kontext, sondern beziehen auch sog. mikro-Konflikte, die zwischen indigenen und großstädtischen Kulturen, innerhalb und zwischen Justizsystemen oder auch zwischen Nachbarschaften entstehen können, mit ein. Entsprechend dieses Ansatzes beschäftigen sich die Beiträge des Sammelbandes zum Teil dann auch mit dem kriminologischen Diskurs in staatlichen (makro-) Transitionsprozessen (so z. B. die Beiträge von *Dirk van Zyl Smit*, der sich mit dem südafrikanischen Transitionsprozess und der parallelen Entwicklung kriminologischer Ideen und Konzepte auseinandersetzt (S. 21 ff.) und *McEvoy/Ellison*, die das Wechselspiel von Konflikt, Konfliktlösung, Positivismus, Transition und Kriminologie im nordirischen Landeskontext untersuchen

(S. 45 ff.). Gleichzeitig enthält der Band aber auch Untersuchungen zu kulturellen (mikro-)Konflikten, wie z. B. die Untersuchung von *Lisa Rieger*, die die bei der Rechtsanwendung und -durchsetzung westlicher Jugendgerichtsbarkeitsmodelle auf indigene Jugendliche in Alaska entstehenden Konflikte analysiert (S. 153 ff.). Abgerundet wird die Beitragssammlung ferner durch einige generelle Abhandlungen, die sich mit dem Begriff und der Entwicklung der sog. „peacemaking criminology“ (*Jim Thomas* u. a., S. 101 ff.), der Interaktion von Menschenrechten und Konfliktverhütung in Afrika (*Rachel Murray*, S. 83 ff.) und spezifischen Aspekten der restaurativen Justiz (*Mika/Zehr*, S. 135 ff. und *Crawford*, S. 171 ff.) auseinander setzen. Die thematische Bandbreite wie auch der interdisziplinäre Ansatz des Sammelbandes lässt erwarten, dass nicht nur Kriminologen, sondern auch Völker(straf-)rechtler wie auch insbesondere Friedens- und Konfliktforscher diesen Band schätzen werden.

system with the United States as its centre. He comments that “[t]he United States dominates the world as no other empire has ever done. Its supremacy is overwhelming in the five traditional spheres of power: political, economic, military, technological and cultural.” (p.1) Ramonet’s analysis of the modern world order comes to the interesting conclusion that the aim of modern power is now the control of wealth and not, as in the past, the control of territory. Ramonet then moves from this issue to something completely different – the danger of genetically modified organisms and the lack of acceptable limits to this scientific development. He poses interesting questions on page 14. He asks “[w]ho has developed these genetically modified organisms [...] and with what aim? Was it sensible? Was it really necessary?” However, the problem with these questions is that they remain unanswered.

Chapter 1 continues to jump from topic to topic and lists various issues among the main challenges faced by humanity at the beginning of the 21st century: preventing deviations of science, reducing pollution and combating global climatic changes, protecting biodiversity and stopping depletion of resources, ending soil erosion and desertification and feeding 8–10 billion people. Ramonet believes that we have lost our way and are overwhelmed by these challenges. He quotes from de Tocqueville in an attempt to understand how the world is now faced with so many new and dangerous threats: “With the past no longer shedding light on the future, the mind advances in darkness.” (p. 20)

Throughout the eight chapters of the book Ramonet may manage to scare the reader. He states that the changes that have happened to society in recent times “[...] have forged an environment that is terrifying for many citizens who have witnessed the collapse of the world that was familiar to them. Many of them are afraid, haunted by new fears and new threats.” (p. 23) If citizens were not scared and terrified at the changes in society before reading this book, they definitely would be a little concerned after reading it. Ramonet makes broad statements such as “[...] political leaders seem incapable of responding to the challenge of the new world just as many have begun to think that the world is sinking.” (p. 23) His belief that political leaders seem unable to meet the new challenges faced by the world leads him to conclude

Ignacio Ramonet, *Wars of the 21st Century; New Threats New Fears*, Translated by Julie Flanagan, Melbourne / New York, Ocean Press, 2004, 186 pages, \$ 16.95

Noelle Higgins*

Wars of the 21st Century is a thought-provoking and rather radical work by Ignacio Ramonet, who is the editor of *Le Monde Diplomatique* and founder and President of the anti-globalisation movement, ATTAC (Action for a Taxation of Financial Transactions to Aid Citizens). The author discusses a wide and varied range of modern challenges to both world security, (for example, Chapter 2 is entitled ‘September 11, 2001 World War Against Terrorism’ and Chapter 5 is called ‘The Kosovo War and the New World Order’) as well as burning contemporary political issues, (for example, Chapter 4 is entitled ‘Globalization / Antiglobalization Planetary Social War’ and Chapter 6 is called ‘The Ecosystem is Danger. New Threats, New Fears.’)

The book essentially describes almost every conceivable threat to our modern society, from the threat that terrorism poses to international peace and security to threats to the environment posed by multi-national corporations to the threat of globalisation to the world order and many more in between. Almost every possible issue which is causing harm in some form or another to the planet and society is mentioned. These

issues are dealt with one after another, at a very fast pace, leaving the reader at the end of the book no doubt with a pessimistic view of the world today. Various frightening facts and figures are scattered throughout the piece, e.g. on page 4, Ramonet states that “[o]f the world’s six billion inhabitants, 500 million live in comfort, while 5.5 million live in conditions of want. The world is travelling down the wrong path [...]” and on page 141, he states that “[m]ore than half of the world’s inhabitants live on less than € a day. Thirty thousand people [...] die every day after drinking poor quality water [...]”. These facts emphasise and consolidate Ramonet’s view of the dismal plight of the planet and society and make the reader question what can be done to remedy the situation.

Chapter 1 of the work, entitled ‘The New Face of the World’, serves as an introduction to the work and highlights all of the ills and evils facing modern society and indeed, caused by modern society. Here Ramonet places some of the blame for the new threats and fears facing the world on the way that society and the world order has changed. He describes the modern world

* Noelle Higgins (M.A., LL.M., H.Dip. Ed.) is Lecturer at the School of Law and Government of Dublin City University (Ireland). She is currently undertaking a Ph.D.

that another path must be taken. He states that “[f]ostering fragmentation and partition, neoliberal ideology creates a selfish society. It is therefore necessary to reintroduce collective values that hold the seeds of the future.” (p. 29) He believes that the alternative should be stronger non-governmental organisations and civil society associations.

Throughout the book Ramonet discusses a number of major conflict situations and threats to international peace and security, e.g. the war on terrorism, the Middle East conflict, the war in Kosovo and the invasion of Iraq. He gives his views on the reasons for these conflicts and quite a radical analysis of the conflicts themselves. Many of Ramonet’s comments concerning the threats to international peace and security of the modern era are quite cynical. He describes how Vladimir Putin was the first to contact President Bush on 11th September to express his solidarity and states that “Moscow’s reward for this has been twofold: the silence of the United States about the atrocities committed by the Russian Army in its ‘fight against terrorism’ in Chechnya, and the agreement to Russia becoming a de facto member of NATO.” (p. 50) In fact, the book is quite anti-American in character. Ramonet comments that “[t]he fact is that the United States is subjugating the world as no other empire in the entire history of humanity has ever done.” (p. 67) He is also very cynical in relation to the reasons for US participation in the Kosovo conflict. He comments that the real reason behind this participation was that the US saw an opportunity to extend democracy into the region which “has as its essential condition the obligatory adoption of the western model of neoliberal globalization,

hand-in-hand with submission to the hegemony of the United States.” (pp. 104–105) He also is quite bold in his assertion that “[s]ince the early 1990s, there have been many signs that the United States wants the United Nations to stop performing its international role” (p. 111) and hints that they were behind the appointment of Kofi Annan rather than a renewal of Boutros Boutros Ghali’s term as Secretary-General of the United Nations as he was “presumably more malleable in Washington.” (p. 111) He goes on to describe President Bush’s main advisors, i.e. Cheney, Rumsfeld, Wolfowitz and Perle as ‘dangerous men’ (p. 142) and comments that “[d]runk on power, Bush and his entourage have misled the US people and world public opinion” (p. 160) in a section in which he questions the legitimacy of the war against Iraq.

As well as modern conflict situations, Ramonet also devotes two chapters of his book to two other modern evils, i.e., globalisation (on page 3, Ramonet comments that “[g]lobalization [...] means the plundering of nature: pillage on a planetary scale.”) and threats to the ecosystem. Chapter 6 concerning the ecosystem deals deftly with a topic that is not often well written about and it definitely deserves to be read carefully.

Chapter 8 of the book proclaims that ‘Another World is Possible’. Ramonet’s main argument can be summarised in his statement: “The real lords of the earth are no longer those who exhibit the trappings of political power, but those who control the financial markets, the media groups of worldwide reach, the information highways and genetic technologists.” (p. 161) He sug-

gests that bodies such as the IMF, the World Bank, the OECD and the WTO are the key players in the *de facto* world government and that as these bodies are immune to universal suffrage, a new countervailing power is needed. He proposes that this power must come from civil society groups in some form. Some of Ramonet’s suggestions and proposals are innovative and indeed rather radical, e.g. a universal basic income, payable to everyone, no matter who they are or what they do, because he believes that “[w]e all deserve it, not so much to stay alive, as for the simple reason of being alive.” (p. 165) While suggestions and proposals of what needs to be done can be found throughout the book, especially in Chapter 8, there is no real discussion of how these proposals could possibly be implemented and achieved. This is one of the biggest failings of Ramonet’s work. While the author is excellent at setting out the ills of modern society and indeed bombarding the reader with his facts and figures, he does little to address the problems. He is adamant that civil society organisations should be the leading force in an attempt to ‘reclaim the world’ but he does not discuss concrete workable proposals that could have any impact on the present situation. Some of the suggestions he makes, such as the above-mentioned universal basic income are completely aspirational and naive.

The book will appeal to many who are activists in the anti-globalisation movement as it does set out the case against globalisation quite well and contain a lot of emotive statements and rhetoric and indeed, thought-provoking questions, but it may not be as appealing to others who are searching for real solutions to our current societal problems.

Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, London, The Free Press, 1996, 377 pages, € 14,50 and Ian Buruma and Avishai Margalit, *Occidentalism: The West in the Eyes of Its Enemies*, London, Penguin Books, 2004, 175 pages, € 13,50

Dennis Dijkzeul*

This review discusses two books – *The Clash of Civilizations* and *Occidentalism* – that stand as markers for the changing world order since the end of the Cold War. At first glance, these books seem similar, because they both analyse enmity towards the West. Moreover, they have been published in an almost logical sequence. The first was written after the fall of the Berlin Wall, the second after the fall of the twin

towers. Upon more thorough review, however, their approaches and implications differ considerably. Whereas Huntington perceives the world as consisting of stable civilisations, whose continuing differences present perennial conflict opportunities, Buruma and Margalit stress both the problems and opportunities that result from the way different cultures interact with each other.

When the Berlin Wall fell, it was widely perceived as the advent of a new political era. President George Herbert Walker Bush declared a bright future for international

* Prof. Dr. Dennis Dijkzeul is Professor in the Management of Humanitarian Crises at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict at the Ruhr-University Bochum (Germany).

cooperation and peace. Francis Fukuyama even declared the end of mankind's ideological evolution and the universalisation of Western liberal democracy as the final form of human government. Simultaneously, it was not clear what the conceptual underpinnings of international policy for this era would be and how a stable international order should be established. Institutions, such as NATO had to reorient themselves and, unexpectedly, many civil wars in such places as the Balkans, the Horn of Africa and Central Asia broke out.

In 1993, Huntington published an article titled “*The Clash of Civilizations?*” in the journal *Foreign Affairs*. It received great attention, because Huntington provided an alternative, more pessimistic view of the future. In the scenario he presented, a multi-polar power struggle among, for example, the Christian West, Islamic countries, and the Confucian Sinic bloc would take place. He also explained many conflicts as identity conflicts. A few years later, he laid out his vision in more detail in a book that set out to provide the conceptual foundations of future world politics. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* became a classic in international relations.

Huntington argues that civilisations, and in particular their religious foundations, shape the identity of people and that this identity is essentially a zero-sum game. “Every civilization sees itself as the center of the world and writes its history as the central drama in history” (pp. 54–55). People cannot compromise on their identity; they either win or lose. Moreover, belonging to the same civilisation establishes a level of commonality and therewith trust within a civilisation, but fosters antagonism among civilisations. Huntington goes into great detail to explain a civilisational paradigm of war, peace and power and predicts a gradually diminishing role for the West, in particular for the US.

Huntington's book consists of four parts. In the first part, he defines the concept of civilisation. Modern-day anthropologists would not use the concept anymore, because it conjures up the image of either primitives or barbarians vs. sophisticated Westerners, but Huntington defines civilisations as potential or developing geo-political blocs, often based on a common religious culture and shared history. He distinguishes nine major civilisations: Western, Latin American, (Sub-Saharan) African, Islamic, Sinic, Hindu, Orthodox, Buddhist, and Japanese. He foresees a multi-polar world where ongoing modernisation becomes distinct from Westernisation and a

universal civilisation cannot arise. He argues “In the post-Cold War world, the most important distinctions among peoples are not ideological, political, or economic. They are cultural. [...] People define themselves in terms of ancestry, religion, language, history, values, customs, and institutions” (p. 21). He boldly states that “For people seeking identity and reinventing ethnicity, enemies are essential, and the potentially most dangerous enmities occur across the fault lines between the world's major civilizations” (p. 20).

The second part explains that the balance of power is shifting to the detriment of the West. In particular, the Asian Affirmation and the Islamic Resurgence stand out. The first is based on the rapid economic, cultural, and military expansion of Asian countries that are either predominantly Chinese or have huge Chinese minorities. The second stems from the Islamic demographic explosion; large, youthful populations can destabilise Muslim countries and the adjoining regions.

In the third part, Huntington describes the emergence of a civilisation-based world order, in which societies with cultural affinities cooperate more successfully and “efforts to shift societies from one core civilisation to another are unsuccessful” (p. 20). Many such attempted shifts result in torn countries. He describes Turkey as being such a case, torn between Europe and the Islamic world. Furthermore, he explains that the strongest civilisation blocs will be those that can rally around a strong core-state, such as China, India, or the US. The Islamic world lacks such a core state, which may doom it to instability.

The fourth part shows how the West's universalist assumptions – Huntington calls them pretensions – cause conflicts, most seriously with China and Islam. Local level fault line wars can escalate into broader conflagrations. Cooperating core States may have the strength to halt such wars.

Finally, in the last part, Huntington discusses what can be done to prevent civilisational conflict. He would prefer the West to unite more in order to renew and preserve itself, instead of promoting multi-culturalism, which he sees as a delusional approach, playing into the hands of the enemies of the West. At the same time, Western countries should realise that their civilisation is unique and not universal. Global leaders of the future should accept the multi-civilisational character of international politics and build on the limited, common values that exist among civilisations.

The “Clash of Civilizations” thesis, however, became hotly disputed. Did such a thesis not run the risk of becoming a self-fulfilling prophecy? And what about the role of individuals, such as Milosevic, in creating and disrupting political order? For sure, such individual rulers are not just exponents of a civilisation. And what about our common humanity? Do poverty or environmental degradation not present common threats that should foster cooperation? Reading the third part raises many questions about the future of integration. For Huntington, it would be ridiculous to have Turkey attempt to become part of the EU. Yet, the EU is already integrating many Orthodox countries. Perhaps civilisations can find more ways of cooperating than Huntington predicts? If so, his view of civilisation may be more mechanical and linear than justified in practice.

Yet, with the fall of the Twin Towers in New York, it looked like Huntington's thesis had been validated and that our current era would be characterised by an ongoing clash, in particular between the West and the Islamic world.

Buruma and Margalit's book is an intellectual reaction on the Al-Qaeda attacks of 9/11. It too is based on an article, which was published in the *New York Review of Books* in 2002. At first, the book seems to bear out Huntington's thesis. In a pun on Edward Said's *Orientalism*,¹ Buruma and Margalit have named their book *Occidentalism*. Yet, the scope of their book is more limited. While Huntington goes for sweeping generalisations and displays an enormous breadth of vision concerning the history and future of our world, they prefer depth and focus on the intellectual history of the enemies of the West over the last two centuries. These enemies include the slavophiles contemplating the Russian soul in the 19th century, Nazis and Japanese in-

¹ E.W Said, *Orientalism*, New York, Vintage Books, 1978. Said showed how in both academic and popular culture, the East, in particular India and the Middle East, were consistently represented as other than the Occident, exotic, mysterious and, in the end, inferior. This representation helped the West (us) both to control the East (them) and constitute itself, for example, as being more rational (us vs. them). In a similar vein, Buruma and Margalit (p. 10) contend “The view of the West in Occidentalism is like the worst aspects of its counterpart, Orientalism, which strips its human targets of their humanity. Some Orientalist prejudices made non-Western people seem less than fully adult human being; they had the minds of children, and could thus be treated as lesser breeds. Occidentalism is at least as reductive; its bigotry simply turns the Orientalist view upside down.”

tellecuals in the 1930s, and contemporary Islamists. Ultimately, they show that many of these ideas have their origins in German Romanticism, which in turn was a reaction against French military, intellectual, cultural, and economic dominance at the end of the 18th century. These ideas were then translated and adapted by intellectuals and activists dissatisfied with Western dominance. Put differently, both authors show the paradox that the enemies of the West owe more to it than they are aware of. Bin Laden thus has more in common with George W. Bush than just the business interests of their respective families.

Buruma and Margalit do not provide a strict chronological overview of Occidentalism; instead they highlight some common strands of hostility in it. In their first chapter, they describe the hatred of the Occidental city. “The problem is not the city per se, but with cities given to commerce and pleasure instead of religious worship” (p. 17) in which rootless, greedy, decadent and frivolous cosmopolitanism thrives (p. 11). In cities, “old rules of trust between the honest rural folks are replaced by dodgy contracts drawn up by men in suits” and economic profit replaces pure spirituality. Both authors provide an interesting intellectual link when they describe the reaction of Romantic scholars and poets to French, Paris-based expansion. “Romantic thinkers in eighteenth- and early nineteenth-century Germany resisted the imperial designs of France in the cultural sphere, even as Prussian troops fought Napoleon’s army. France [...] represented the aggressive, expanding City, driven by its false, rationalist, metropolitan ways” (pp. 36–37).

The second chapter, titled “Merchants and Heroes,” takes a hard look at the “love of death” of Afghan Taliban fighters, Islamic terrorists, and Japanese *kamikaze* pilots. Buruma and Margalit argue “Liberal democracy is the political system most suited to merchant peoples. It is a competitive system in which different parties contend, and in which conflicts of interest can be solved only through negotiation and com-

promise. It is by definition unheroic, and thus, in the eyes of its detractors, despicably wishy-washy, mediocre, and corrupt” (pp. 54–55). Although *kamikaze* pilots and suicide attackers think of their deaths as the ultimate sacrifice for ‘their’ community based on old traditions, their modern ‘military’ ideology owes much to the European military tradition. In Japan, self sacrifice, in the form of ritual suicide existed, but this was permitted only to the warrior caste as an expression of atonement for some form of dishonour: a transgression of some kind, or a humiliating defeat – and not as an act of war (p. 64). Similarly, the idea that “terrorists would enter paradise as martyrs by murdering unarmed civilians is a modern invention, one that would have horrified Muslims in the past [...] and still horrifies many Muslims today” (pp. 68–69).

The third chapter deals with the “mind of the West.” It describes the intellectual reaction, with many examples from 19th century Russia, on fast modernisation, which often equals Westernisation. The reaction derives from a wounded sensibility, often a sense of humiliation and leads to a rejection of rationalism as an unjustified belief in reason. The West is then considered “capable of great economic success [...] and of developing [...] advanced technology, but cannot grasp the higher things in life, for it lacks spirituality and understanding of human suffering” (p. 75). In addition, extremist thinkers reject moderate reasonableness as unheroic and call for radical action, based on sheer will and sacrifice, which often leads to murderous violence.

In the fourth chapter, the two authors discuss the ultimate sanction: “the wrath of God.” Religious extremists believe that they are part of an unfolding order and make claims for universal salvation. In particular, they will protest Western civilisation as worshipping materialism and corrupting sexual morality, which form idolatrous barbarism that should be eradicated. At the very least, religious authority should prescribe public morality. Here, both authors touch repeatedly on the role of controlling

female sexuality; a central issue that would have been worth a separate chapter.

Ultimately, in their fifth chapter, Buruma and Margalit make clear how romanticism has influenced many thinkers (such as al Qutb, a radical Egyptian) who feel that Western society is dominating, or even destroying their way of life. The backlash against expansive Western culture paradoxically has roots in the West too. The authors thus argue that “Western rationalism and Oriental religious zeal are dangerously entangled” (p. 143). It is the synthesis of religious zealotry and modern ideology, of ancient bigotry and modern technology that makes terror so lethal. In sum, it is not so much the clash of civilisations, but the exchange among civilisations that can create terror.

With this last thesis, Buruma and Margalit implicitly refute Huntington, because with their history of ideas they show how civilisations interact. This allows them to stress that the solutions to extremism should be found simultaneously within the Islamic world and in a better interaction with Islamic civilisation. They also show that extremism can establish itself within every civilisation. Ideas and thus identity come from multiple cultural sources, and identity can thus never be a zero-sum game. Neither do the fault lines coincide with national, ethnic, or religious borders (p. 147). Whether religious extremists know it or not, they are shaped by ideas that are constitutive to the civilisations they fight.

The two books differ in scope, but can be read together as counterpoints in an ongoing conversation on enmity and conflict. Huntington’s book, however, has a mechanistic tinge to it, so that conflict appears at times inescapable, while Buruma and Margalit’s provide a more convincing and constructive picture of civilisations and the possible clashes among them. For Huntington international policy should be based on an understanding of different, and rather independent civilisations. For Buruma and Margalit, international policy should be based on an understanding of cultural entanglement.

Peter G. Kirchschräger, Thomas Kirchschräger, Andréa Belliger und David J. Krieger (Hrsg.), Menschenrechte und Terrorismus, 1. Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) 2004, Bern 2004, 348 Seiten, € 16,50

Sybill Pauckstadt*

Die Menschenrechte – eine moralische oder eine rechtliche Größe? Kampf gegen den Terrorismus oder Schutz der Menschenrechte? Was kann ein Unternehmen in der Schweiz zur Förderung der Menschenrechte beitragen?

Dies sind nur einige der Themen, die auf dem 1. Internationalen Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) des Instituts für Kommunikation und Kultur (IKK) der Universität Luzern im Juni 2004 behandelt wurden. Zu dieser Veranstaltung hat die Leitung des IHRF und des IKK eine Zusammenstellung der Tagungsbeiträge herausgegeben, die Thema der vorliegenden Buchbesprechung ist. Das IHRF soll laut Vorwort dieses Buchs zukünftig regelmäßig stattfinden und als Teil eines Gesamtkonzeptes nachhaltig die Menschenrechtsdebatte fördern.

Zu diesem Vorhaben passt die interdisziplinäre Ausrichtung des Forums, die sich bereits in den oben beispielhaft angeführten Fragestellungen andeutet und zu einer besseren Vernetzung der Experten untereinander, aber auch zwischen Spezialisten und interessierten Laien beitragen soll.

Dieses Ziel spiegelt sich zunächst einmal in den unterschiedlichen Fachrichtungen der eingeladenen Referenten wider, so dass angefangen bei den Kommunikationswissenschaften über Philosophie, Soziologie, Rechtswissenschaften, Politik- und Wirtschaftswissenschaften bis zur Informatik diverse Disziplinen vertreten waren. Darüber hinaus haben die Veranstalter auch darauf geachtet, Akteure aus unterschiedlichen Positionen einzuladen. So waren Vertreter aus Wissenschaft, Politik, Wirtschaft, Journalismus und interessierter Öffentlichkeit eingeladen. Beispielhaft seien hier *Bertrand Ramcharan* (Geschäftsführender UN-Hochkommissar für Menschenrechte von 2003–2004), *Walter Kälin* (Mitglied des UN-Menschenrechtsausschusses), *Fausta Borsani* (Projektleiterin Ethik beim Migros-Genossenschaftsbund) und *Rahel Bösch* (Mitarbeiterin der Sektion Gouvernanz bei der Direktion für Entwicklungszusammenarbeit) genannt.

Die Tagung bildete des Weiteren den Höhepunkt eines Menschenrechtsprojekts an

ausgewählten Schulen der Schweiz, die sich innerhalb des Unterrichtes mit der Menschenrechtsthematik befasst hatten.

Der Tagungsband enthält neben einer Beschreibung dieses Projektes und den einzelnen Vorträgen auch die innerhalb der drei Workshops gehaltenen Beiträge. Er umfasst die Teilnehmervorträge des Expertenpanels zum Thema „Freiheit durch Sicherheit ohne Freiheit: Die Problematik der Terrorismusbekämpfung“ sowie Kurzbeiträge aus der Podiumsdiskussion zu den „Aufgaben des modernen Staates: Kampf gegen den Terrorismus oder Schutz der Menschenrechte?“.

Positiv fällt die jeden Beitrag vorangestellte Kurzbiografie des jeweiligen Referenten auf; allerdings erscheint die Anordnung der Beiträge selbst nicht durchgängig schlüssig und konsequent. So findet sich der Vortrag „Was kann ein Unternehmen in der Schweiz zur Förderung der Menschenrechte beitragen?“ von *Fausta Borsani* (Projektleiterin Ethik Migros-Genossenschaftsbund) nicht etwa unter der Überschrift „Menschenrechte heute“, sondern in dem Teil, der laut Überschrift „Menschenrechte und Terrorismus“ zum Gegenstand hat. Dies ist unpassend, da *Borsanis* Beitrag keinerlei Aussagen oder Anknüpfungspunkte zum Terrorismus enthält. Soweit sich die Herausgeber für die Strukturierung ihres Tagungsbandes an dem zeitlichen Ablauf des Forums orientiert haben, hätten sie besser auf die oben genannte Einteilung anhand von Überschriften verzichtet, da diese Anordnung der Beiträge nicht stringent durchgehalten wird.

Aufgrund der bloßen Zahl der Vorträge ist es nicht möglich, auf jeden einzelnen inhaltlich gesondert einzugehen. Die nachfolgend besprochenen Beiträge und Themen bilden daher lediglich eine Auswahl der im Buch enthaltenen.

Eine wiederholt aufgegriffene Thematik war die Frage, was Wirtschaftsunternehmen zur Förderung der Menschenrechte tun können. Während *Klaus Leisinger* (Präsident der Novartis Stiftung für Nachhaltige Entwicklung) die Wirtschaftsunternehmen auffordert, ihrer sozialen Verantwortung nachzukommen und in seinem Artikel ausführlich eine entsprechende Vorgehens-

weise darstellt, beschäftigt sich *Walter Zwald* (Ehrenpräsident der Schweizerischen Kaffeehändler-Vereinigung) speziell mit der Situation des internationalen Kaffeehandels. Seiner Meinung nach fördert der anhaltende Preisverfall für Rohkaffee zumindest indirekt den Terrorismus, da er zur Verarmung und Instabilität ganzer Länder führt. Zur Bewältigung dieser Krise schlägt *Zwald* die Einrichtung eines Fonds durch die kaffeeverarbeitende Industrie vor. *Peter Eigen* (Vorstandsvorsitzender von *Transparency International*) zeigt in seinem Vortrag die zerstörerische Wirkung von Korruption auf und stellt die Bemühungen der NGO *Transparency International* zur Bekämpfung dieses weltweiten Problems vor.

Einen weiteren Schwerpunkt des Forums bildete die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung von Folter als Mittel der Terrorismusbekämpfung sowie nach dem Verhältnis von Terrorbekämpfung und der Beachtung von Menschenrechten. Erfreulicherweise vertreten alle Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussion die Ansicht, dass die Anwendung von Folter nach geltendem nationalen und internationalen Recht rechtswidrig ist. Konsens herrscht auch darüber, dass es keinen rechtlichen oder strategischen Grund für eine andere Sichtweise diesbezüglich gibt und Aufweichversuche des Folterverbots nicht hinnehmbar seien. *Edward J. Flynn* (Koordinator des Anti-Terrorismus-Projekts beim UN-Hochkommissariat für Menschenrechte), betont in seinem Beitrag genauso wie *Daniel Bolomey* (Generalsekretär der Sektion Schweiz von *amnesty international*) die Bedeutung der Menschenrechtsbeachtung allgemein im Kampf gegen den Terrorismus. Einigkeit besteht auch hinsichtlich der Aussage, dass zu den Aufgaben eines Staates sowohl der Schutz der Menschenrechte als auch der Kampf gegen den Terrorismus gehört. Allerdings setzen die Redner unterschiedliche Akzente hinsichtlich des Verhältnisses beider Aufgaben: Während u. a. *Helene Keller* (Prof. für Rechtswissenschaften an der Universität Zürich) und *Georg Lohmann* (Prof. für praktische Philosophie an der Universität Marburg) insbesondere vor der Missachtung der Menschenrechte im Zuge der Terrorbekämpfung warnen und großes Konfliktpotential zwischen den beiden staatlichen Aufgaben sehen, richtet *Heinrich Koller* (Direktor des Eidgenössischen Bundesamtes für Justiz) das Augenmerk ausschließlich auf die

* 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.

Situation in der Schweiz. Dabei vertritt er die Ansicht, dass dort eine gute Balance zwischen Maßnahmen zur Terrorbekämpfung und der Beachtung der Rechte Einzelner gefunden worden sei. Interessanterweise fehlt jedoch auch nicht in seinem Beitrag der Hinweis auf problematische Vorgehensweisen zur Bekämpfung des Terrorismus: *Koller* kritisiert die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener, deren Vermögen aufgrund ihrer Aufnahme auf eine UN-Liste von möglichen *Al-Quaida*-Unterstützern eingefroren wurde.

Auch *Abdul Razique Samadi* (Mitglied der afghanischen Menschenrechtskommission) setzt sich in seinem Beitrag zumindest indirekt mit dem Verhältnis zwischen Menschenrechten und Sicherheit auseinander: Nach einer kurzen Darstellung der aktuellen Situation in Afghanistan und der Rolle der afghanischen Menschenrechtskommission betont er, dass für die Durchsetzung der Menschenrechte in Afghanistan Sicherheit und Frieden im gesamten Land durch *Peacemaking* und *Peacebuilding* die wichtigsten Voraussetzungen darstellen.

In einem informativen Kurzbeitrag zum Thema Humanitäres Völkerrecht und Terrorismus geht *Knut Dörmann* (Stellvertretender Leiter der Rechtsabteilung des *Internationalen Komitee vom Roten Kreuz*) kurz auf die Situation sog. *unlawful combatants* ein und weist darauf hin, dass auch diese Personen nicht völlig recht- und schutzlos nach internationalem Recht sind.

Ein interessanter Beitrag von *Hanspeter Bigler* (Geschäftsführer der Gesellschaft für bedrohte Völker Schweiz) beschäftigt sich mit der zukünftigen Arbeit von nichtstaatlichen Menschenrechtsorganisationen. Er betont, dass mit dem Sammeln und Weitergeben von Informationen über Menschenrechtsverletzungen zwei der drei ursprünglichen Kernaufgaben solcher Organisationen zukünftig über das Internet durch Informationsdienste übernommen werden könnten. Umso wichtiger sei eine neue Ausrichtung der NGOs und die Konzentrierung auf die dritte Kernkompetenz, die Expertise, welche sie an lokale Gruppen weitergeben müssten.

Bedauerlicherweise erfährt der Leser zwar einiges zum Projekt *Students Meet Human Rights*, allerdings fehlen in diesem Abschnitt Erfahrungsberichte und selbst erarbeitete Positionen der beteiligten Klassen. Gerade im Hinblick darauf, dass die eigene aktive Förderung der Menschenrechte laut Vorwort erklärtes Ziel der Veranstalter des IHRF ist, wäre eine kurze Darstellung der Schülerpositionen als Ergebnis der durchgeführten Projektarbeit wünschenswert gewesen. Entsprechendes gilt für die Work-

shops zu den Themen „Die nationale Kommission für Menschenrechte“ und „Menschenrechte in Theorie und Praxis“, von denen man weder erfährt, ob konkrete Ergebnisse erarbeitet wurden und wie diese – bei Bejahung der Frage – aussahen.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, an wen sich das besprochene Buch richtet. Leider bildet diesbezüglich der Hauptvorteil der Tagung – das Zusammenbringen von Experten aus unterschiedlichen Fachrichtungen und Positionen sowie von Laien – auch den größten Nachteil des Buches.

Mit Ausnahme des Workshops zur Errichtung einer schweizerischen Menschenrechtskommission können aufgrund der unterschiedlichen Beitragsthemen kaum

verschiedene Positionen der Referenten zu einer Fragestellung gegenübergestellt werden. Selbst bei den Podiumsdiskussionsbeiträgen gelingt dies nur ansatzweise. Darüber hinaus wechseln sich hochwissenschaftliche Aufsätze mit Darstellungen ab, die aufgrund ihrer Kürze Probleme nur grob skizzieren und daher für die Experten des jeweiligen Fachgebiets nichts Neues bieten.

Das Buch ist dennoch als interdisziplinärer Querschnitt zum Thema Menschenrechte und Terrorismus interessant, weil es dazu anregt, in anderen Fachgebieten als dem eigenen zu „wildern“. So kann neben dem Laien auch der Experte durch die Beiträge von Vertretern anderer Fachrichtungen neue Aspekte zum komplexen Thema Menschenrechte entdecken.

Charles Lipson, *Reliable Partners: How Democracies Have Made a Separate Peace*, Princeton University Press, Princeton, 2005, 272 pages, £ 14.95

Emilian Kavalski*

It is always a pleasure to read a book with such broad scope and possible important consequences not only for the disciplines of political science and international relations theory, but also for the understanding and explanation of world affairs as the one written so intelligently by Charles Lipson. In effect, the word ‘brilliant’ is most likely an understatement when used to describe his analysis of the phenomenon of the democratic peace. Ever since Immanuel Kant wrote his essay on *Perpetual Peace* in 1795, scholars and practitioners of international affairs have made conjectures on the peaceful relations among democracies. As the hackneyed quip of political scientists goes ‘we know it works in practice, now we have to see whether it works in theory’. Lipson’s achievement is exactly in promoting a convincing theoretical framework that suggests an explanation for the absence of armed conflicts underscoring the relations among democratic States.

It should be stated at the outset that *Reliable Partners* engages in a stringently rationalist analysis of the phenomenon of democratic peace, emphasising the effects of information and the ability of States to signal credible commitments. In this respect, Lipson advances a fairly straightforward contracting theory of democratic peace, stressing the superior ability of democracies to forge reliable bargains with each other. His main argument is that wars as well as

armed conflicts between States are caused by problems of information, which leads him to conclude that democracies are better equipped to communicate effectively their intentions.

Lipson contends that it is not merely the abstract notions of transparency and accountability that inhibit the outbreak of violence among democratic States. Instead, it is the functional and instrumental mechanisms underpinning the practice of these notions that make war between democracies impossible. Hence, democracies are underwritten by two important commitment devices, which in practical terms prevent them from engaging in unpredictable (in particular, surprise military) policies. The first one is their constitutional framework, whose design aims specifically at publicising and locking in the foreign policy commitments of democratic States. In democracies policy-intentions tend to be advanced during elections, in parliamentary debates, mass media and public discussions. Such visibility, therefore, allows foreign partners to determine the extent of their dedication and the credibility of their commitment. The

* Emilian Kavalski is a Ph.D. candidate in international relations at the University of Loughborough (United Kingdom). He was a Marie Curie Fellow at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict of the Ruhr-University Bochum (Germany).

second device for locking-in the policy expectations of democratic States stems from their regime continuity. As *Reliable Partners* evinces, serious commitments undertaken by one president or prime minister transcend the tenure of the individual office holder and are not severed by discontinuous regime changes. In this respect, democracies have by and large managed to obviate crises of leadership succession, which are often the cause for war within and among non-democratic States. Consequently, Lipson makes a convincing case that the policy continuity of democratic States strengthens their reliability as partners.

In other words, it is the domestic governance of democracies that sends signals, which help communicate convincingly their decision-making-intentions and policy-goals. Therefore, owing to the various domestic and international contracting costs (i.e. constitutional constraints) democracies are less capable to engage in bluffing or unpredictable international behaviour. However, Lipson's conceptual framework is particularly relevant because of its attention to details. In this respect, its prescience stems from the elaboration of the caveats affecting the contracting theoretical understanding of democratic peace advanced by *Reliable Partners*.

Lipson points out that it is not sufficient for a state to be *democratic* to be part and parcel of the dynamic of democratic peace. His qualification is that instead democratic peace characterises the patterns of relations between *developed* democracies. In other words, States which have not sufficiently internalised – both at the elite and the societal level – the rhetorical, institutional and practical mechanisms of democratic governance are technically in a state of limbo. Consequently, their democratisation could go either way: (i) proceed towards a developed democracy; or (ii) relapse into a non-democratic framework. More significantly, however, the latter development is neither uncommon, nor unlikely. At least since Adolf Hitler used the liberal democratic trappings of Weimar Germany, opportunistic leaders have followed his example of an electoral rise to power only to reverse the transition dynamics in their countries. Such volatility of fledgling democracies has been stressed most recently by the disturbing examples of post-Soviet dictatorships or the verbatim authoritarianism of post-colonial States in Africa. These are only a few examples of a trend which suggests that democratisation is not an irreversible process.

Another caveat suggested by Lipson is that although democratic States do not fight each other militarily, this does not mean

that they do not engage in conflict behaviour. The contention, however, is that they settle their disputes by other means short of war. Furthermore, the fact that they do not involve in armed conflicts with each other, does not propose that democracies do not engage in war-like behaviour. Confirming the findings of a number of recent analyses *Reliable Partners* indicates that democratic States engage as often (if not more) in armed conflicts as non-democratic ones. As Lipson reiterates, however, the distinction is that when democracies recourse to military threat it tends to be perceived as more genuine due to the institutional constraints and costs underpinning their decision-making process. Therefore, democracies are usually better at selecting when to start a war, and more often than not the wars that they initiate last less than a year. Consequently, such record sends a clear message on the credibility and capability of democratic States to deliver on their threats.

Invariably, however, despite the intellectual brilliance of *Reliable Partners*, the crit-

ics could very likely contest the approach of such exploration. On the one hand, the issue is to what extent the rationalist account adopted by Lipson is really the best vessel for conveying his ideas. On the other, some detractors would argue that this volume is just another (and cherry-picked at that) outline of the democratic peace framework. Yet, regardless of such potential misgivings, both detractors and supporters would have to admire the consistency and coherence with which Lipson develops his argument. Lipson's proposition of a contracting theory of democratic peace makes his investigation a very important and stimulating work in the field. It will benefit the exploration of anyone working and dealing with international security issues as well as tackling the phenomena of peace and war. In this respect, *Reliable Partners* is one of the most authoritative volumes on the issue of democratic peace, which is going to be a lasting reference source as well as a main point of departure for further investigations on this issue.

Philippe Sands, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules*, London, Allen Lane, 2005, 309 pages, £ 12.99

Peter Haig*

Philippe Sands is a Professor of Law at University College London and a leading QC in international law at London's prestigious Matrix Chambers. In *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules*, Sands provides an excoriating account of what he perceives to be the assault on the post-World War II global legal architecture being perpetrated by America.

At least in terms of the publicity its intricacies have garnered, the last few years have been heady times for international law. Arcane questions of the legality, as opposed to the morality, of States' actions have been the subject of vibrant public debate. This is not to say that there has been a universal acceptance that such questions matter; George W. Bush, two years into the "War on Terror", is quoted as querying the relevance, if not the existence, of international law: "international law? I better call my lawyer [...]. I don't know what you're talking about by international law" (p. 204). Sands, as an expert advocate, sets out in *Lawless World* to make the case for international rules.

Sands starts *Lawless World* with a 'short and recent history' of international law, which provides a framework for his analysis of recent controversial episodes in this rapidly unfolding, or unravelling, history. The divergent chapters range from a vivid account of the Pinochet case (with which Sands was directly involved), to an exploration of the creation of the International Criminal Court, and finally an analysis of "the post 9/11 disgraces of Guantanamo, Iraq and Abu Ghraib" (p. xx).

While ostensibly a book about international law, Sands is acutely aware that his book comprises stories that are best understood as conflicts between political values and legal rules, never losing sight of the intimate connection between the political and legal spheres. International law, understands Sands, is a function of power.

* Peter Haig holds an honours degree in Law and a degree in International Business and Marketing from the University of Tasmania (Australia) and now practice law at Allens Arthur Robison in Melbourne (Australia).

While neat in its attribution of both the construction and the destruction of this international order – and Sands is meticulous in illustrating the former – *Lawless World's* subtitle is somewhat misleading in its neglect of Sands' own country of origin. This omission is curious given that Sands opens his book with a reproduction of the original draft of the Atlantic Charter, penned by Franklin Delano Roosevelt and Winston Churchill aboard a warship off the coast of Newfoundland in 1941. It is a document which Sands presents as heralding a new global order; a manifesto containing the guiding principles in which the subsequent evolution of international law is anchored, and against which recent incursions and erosions are assessed. Just as the 'making' of global rules was undoubtedly a joint enterprise, the 'breaking' of these rules has not been prosecuted by America alone; in Sands' eyes Britain has been barely less irresponsibly delinquent.

Sands' focus on the Atlantic Charter, for all its symbolism, perhaps overstates the importance of a document that is best seen as a stepping stone. In an age in which Bush and Blair have so polarised opinion, it is tempting to hark back to the image of Roosevelt and Churchill awash with a shared optimism for a new world order. The enduring significance of the Atlantic Charter, however, was cemented only with the signing of the United Nations Charter on 26 June 1945. It was this moment, as Sands acknowledges, that was the starting point for the system of modern global rules (p. 10). As historian Michael Dunne has noted, "Despite the noble and supranational language of the Charter of the United Nations, the document itself was the product of explicit bargains during the Second World War between the two emerging superpowers, the United States and the Soviet Union".¹ An acknowledgement of this truth, and its modern day unipolar world corollary: that the United Nations is an aspect of the "institutional bargain"² between America and the rest of the world, is essential to any understanding of America's behaviour within this institution and, in these altered times, its future within a system of international law of which the United Nations Charter is perhaps the highest embodiment.

In making his argument Sands is not afraid of using the same bellicose language deployed by those he views as determined to reshape the global rules. Even before the 'War on Terror' was declared, the George W. Bush administration is accused of having mounted a "war on law" (p. xii). *Lawless World* traces the course of the various means by which the George W. Bush

administration has attempted to "remake the system of global rules, from the abandonment of the Kyoto Protocol on global warming, through the attempt to disapply the Geneva Conventions and other human rights norms at Guantanamo and other places, to the virtual disavowal of the United Nations' prescriptions prohibiting the use of force" (p. xii). In the face of such an assault on international law, Sands is trenchant in his depiction of a British government obsequious to the point of complicity.

Sands identifies the dangers represented by instrumentalism, fulminating against those who seek to effect the political appropriation of international law for imperialistic ends: international law as hegemonic technique. While alive to the potential for international law to serve as merely a convenient fiction deployed to legitimate the actions of great powers, more disturbing to Sands is that the American Republican administration has, at times explicitly, repudiated the very notion of international law as a constraining force on political decisions. Sands cites John Bolton, an architect of the neo-conservative agenda in America, as being of the view that the recognition of such constraints will result in the atrophication of America's ability to act independently (p. 174).

The views expressed by Bolton and others among the Republican administration are contrasted with those prevailing in the upper echelons of the British administration, and Sands readily juxtaposes a 'European politics of law' and an 'American politics of empire'.³ The consequences of this juxtaposition are incisively contrasted in Sands' discussion of the respective constraints placed on the pre-war public utterances of Bush and Blair. Bush's belligerent private musings ("I don't care what the international lawyers say [...] we are going to kick some ass": p. 174) filtered into the public domain in scarcely less bellicose form. Blair, whatever his private thoughts, repeatedly opined that Britain would only act within the limits of international law.

It has been said that Blair, himself a former barrister and his wife a colleague of Sands' at Matrix Chambers, in many ways presides over an administration of lawyers. Bush's 'war cabinet', on the other hand, is a neo-conservative cabal which adopted the sobriquet 'the Vulcans' (in honour of the Roman god of fire). As James Mann has detailed in *The Rise of The Vulcans*,⁴ the Vulcans are a military generation. In charting America's retreat to unilateralism, or more realistically an à la carte multilateralism, *Lawless World* would perhaps have benefited from contrasting the personalities of

those around whom the United Nations' multilateralist ideals became enshrined with those in whose presence they now appear so precarious. Mann's increasingly accepted thesis is that the Pentagon schooled Vulcans embody a unique generation in American foreign policy every bit as distinctive as the 'Wise Men' who emerged from the worlds of business and international law to craft a new foreign policy at the end of World War II.⁵ The implications of this thesis are not lost on Sands, who closes his book with the statement that: "Tough guys are not enough in international relations. In the twenty-first century you need rules, and proper lawyers too" (p. 239).

The Bush administration's willingness to put the national interest ahead of the consideration of international norms and institutions is well documented. The alacrity with which it has done so has perhaps never been so evident as in the series of now infamous 'torture memos' drafted by senior Bush administration lawyers in 2002. These internal memos essentially advised that the 'War on Terror' rendered obsolete long-standing legal restrictions on the treatment and interrogation of detainees. While containing little by way of revelation, in a chapter dedicated to the attempts by these politically-appointed lawyers to eviscerate from the Geneva Conventions many of their most vital protections, Sands adeptly illustrates the direct line from this deeply flawed legal advice to the pictures that emanated from Abu Ghraib. Sands' closing plea for 'proper lawyers' is thus an expression of an exasperation to be shared not just by those possessed of the legal training to detect the flaws in such legal arguments, but also by all those who are alive to the consequences.

Rarely have the consequences of the legality or otherwise of a political decision been so sharply brought into focus as during the 2005 British election. Sands is never too engrossed in the legal intricacies to lose sight of the political reality (recognised but

¹ M. Dunne, "The United Nations and Iraq: Multilateralism of a Kind", (2003) 79.2 *International Affairs* 271.

² See J. Ikenberry, "State Power and the Institutional Bargain: America's Ambivalent Economic and Security Multilateralism", in R. Foot, S.N. MacFarlane & M. Mastanduno (eds), *US Hegemony and International Organisations*, Oxford, Oxford University Press, 2003, at 50.

³ For an excellent analysis of this contrast, see M. Koskenniemi, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", (2005) 16 *European Journal of International Law* 113–124.

inexpertly exploited by the Tories, who campaigned on the issue despite their own pro-war perorations) that it is the manner in which legal issues are interwoven with conceptions of integrity and trust that elevates them into the public consciousness. In this context Sands' account of how Blair came upon the legal advice that was a crucial pillar supporting the decision to go to war afforded *Lawless World*, released in the midst of the election campaign, headline status. The advice itself – to the effect that the authority to use force against Iraq existed from the combined effects of United Nations Security Council Resolutions 678, 687 and 1441 – was always contentious. Sands, who positions himself with the vast majority of expert opinion in disputing the legality of the decision to proceed to war without a second Security Council Resolution explicitly authorising the use of force, casts a forensic eye over the process that led to the British Attorney General, Lord Goldsmith, providing unequivocal legal support for war on 17 March 2003.

While Sands magnanimously contends that the Attorney General's advice of 17 March 2003 "is well spun and could, at a pinch, win the prize for the most plausible response to the question: what is the best possible argument to justify the use of force in Iraq in March 2003?" (p. 189), his argument that the reliance on Resolution 678 is misconceived is compelling. In refuting the much-maligned 'revival' argument, Sands focuses on what he perceives to be risible after-the-fact claims of 'hidden triggers' and 'automaticity' embedded within the language of Resolution 1441 (p.193). Having forcefully stated his objections to the 17 March 2003 case for war, Sands then turns the spotlight on the process by which this advice came to be produced and relied upon, raising serious questions as to whether legal arguments were corrupted in order to achieve illegal ends.

At the heart of Sands' inquiry is the apparent change of view that occurred between Lord Goldsmith's tendering of equivocal advice on 7 March 2003, replete with vital caveats, and the unambiguous legal support for the war provided in the response, published in answer to a parlia-

mentary question, delivered just ten days later. Sands expertly canvasses the differences between the two advices (though only the first is properly characterised as legal advice, with the parliamentary response best seen as an advocacy document), contrasting the conclusion of the 7 March 2003 advice that a war without explicit Security Council authorisation was no more than 'reasonably arguable', with the unequivocal statement in the 17 March response that "a material breach of Resolution 687 revives the authority to use force under Resolution 678". While Sands pours scorn on the advocated mechanics of such a 'revival' – postulated as occurring at the behest of just three of the fifteen members of the Security Council – it is Sands' marshalling of the evidence suggesting that the change of heart experienced by the Attorney General was the product of his having been 'leaned on' that has the most disturbing implications.

Sands identifies the incongruity of the notion that during January and February 2003 the British government, while arduously pursuing a second United Nations resolution, was in possession of legal advice from the Attorney General that such a measure was unnecessary. Even before the change of heart resulting in the stripping of the caveats from the 7 March advice, it appears that the Attorney General had to be won over to this ambiguity-laden and equivocal starting point: "We had trouble with your Attorney, we got him there eventually", is how the White House's National Security Council legal adviser described his February 2003 meeting with Lord Goldsmith (p. 196).

Although the Bush administration has opined that its response to the terrorist attacks of 11 September 2001 required a reordering of America's international engagement, Sands is at pains to point out that the preceding unilateralist policies of the Bush administration served to prime international distrust of its motives. From its repudiation of the Kyoto Protocols, of which Sands is particularly scathing, to its abandonment of numerous treaty commitments and its hostility to the 1998 Statute of the International Criminal Court, Sands identifies the re-emergence of American

exceptionalism. It is an instrumentalist approach, contends Sands, that is unsustainable in a globalised world in which interdependence is an inalienable reality mandating obedience to an international order, however imperfect it may be.

The consequence of the current American administration's myopic concern with traditional security threats is a pernicious disregard for measures designed to mitigate against new threats, such as those posed by global warming. The administration's environmental policies have been memorably lambasted by Timothy Garton Ash: "It was said of ancient Rome that the emperor Nero fiddled while the city burned. In the new Rome, the president fiddled while the Earth burned."⁶ While Sands shares Garton Ash's optimism that the current ascendancy of the neo-conservatives in the American administration will pass, his faith in the robust nature of international law, and the irreversibly interdependent world it has fostered, precludes him from entertaining any notion of an apocalyptic sojourn down the path of empire and tragedy.

Despite his sometimes barely concealed tone of outrage, Sands has succeeded in producing a predominantly measured account of what he depicts as a veritable litany of abuses, injustices and chicanery. Sands' own experiences and standing in the world of international law lend *Lawless World* a gravitas that allows it to transcend the purely polemic. What emerges from Sands' eminently readable book is the image of a significantly buffeted and emasculated United Nations Charter-based legal order. Ultimately, however, Sands underpins an optimism for the future of a rules-based global order by asserting that it is within such a system that American interests and identity are firmly embedded.

⁴ J. Mann, *Rise of the Vulcans: the History of Bush's War Cabinet*, New York, Viking Penguin, 2004.

⁵ J. Mann, *supra* note 4, p. xxii.

⁶ T. Garton Ash, *Free World: Why a Crisis of the West Reveals the Opportunity of our Time*, London, Penguin, 2005, p. 180.

Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005, XIII and 237 pages, £ 36

Lydia Bolani*

On 16 October 1998 “a symbol of the dictatorships that had plagued much of the world during the 1970s and the 1980s” (p. vii) Augusto Pinochet was put under arrest by a delegation from Scotland Yard while he was recovering from a surgery at the London Clinic. His arrest had been the result of an arrest order issued by the Spanish Judge Garzón. That was the event which would trigger numerous legal battles in many countries of Europe and South America so as those responsible for the murder and torture of thousands of people, during the reign of totalitarian regimes in Latin America, to be brought to justice and punished for their crimes.

Naomi Roht-Arriaza in her book describes the effect the Pinochet case had in the quest for criminal justice and the avalanche of complaints that it generated against former heads of States and high-ranking military officials. With a very vivid and eloquent manner the author narrates the ‘chained reactions’ that led to the revitalisation of transnational justice using as a weapon the development of international law and advancing it at the same time. While, we lawyers tend to focus on the outcome of a trial, on the legal arguments that are put forward and on the legal implications of a decision forgetting quite often how a case is built up, the author gives us in detail the whole background of the *Pinochet* case and of the ones that were born afterwards. The reader has the opportunity to discover throughout the book who were the people involved in each case and their admirable efforts, the problems that they encountered, the political scenery behind them, and in short all the circumstances which favoured the various cases or brought them to a halt. Details like the one relating to the translation of English faxes by the daughter of Judge Garzón, who did not speak English and to his efforts to reply the next morning while fighting for Pinochet’s extradition, give to the book the character of an adventurous novel which makes it hard for the reader to put it down before he reaches the end.

Thus, in Chapter 1 entitled ‘The Beginning’ the author describes in detail the events prior to the arrest of Pinochet. The reader finds out that all begun on 28 March 1996 with Carlos Castresana, a

Spanish anti-corruption prosecutor, who presented a criminal complaint to the Spanish national court against Generals Jorge Videla and Antonio Bussi, Admiral Emilio Massera – for genocide among other charges – which was assigned to – the very well-known by now – Judge Garzón. The Argentinean complaint led to the filing of a similar complaint against Pinochet and the military and civilian command of his dictatorship with the initiative of Joan Garcés, former advisor of Allende, which was assigned to Judge Castellón. The complaints were based on a Spanish law which allows for prosecution of certain crimes committed by non-Spaniards outside Spain, including genocide, terrorism, and other crimes recognised in international treaties ratified by Spain, which law incorporates the principle of universal jurisdiction. The author takes us through the involvement of various NGOs in Spain and the countries under question in preparing the cases, gathering evidence, finding witnesses, the debates among them on the strategy to be followed, the efforts to mobilise the public opinion in favor of their cause, the unexpected co-operation of the US authorities after a request by judge Castellón, and the unraveling of Operation Condor, a counter-revolutionary alliance, which involved the military intelligence services of Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia and Brazil and which would turn out to be the key for Pinochet’s arrest.

In Chapter 2, ‘The Adventures of Augusto Pinochet in the United Kingdom: A “Most Civilized Country”’ according to the General himself, the author describes step by step the events that led to the refusal of the Home Secretary to extradite Pinochet due to its health condition: the request to the British authorities to guarantee the presence of Pinochet for questioning with regard to Operation Condor, the refusal of the British authorities, the issue of arrest order by Garzón based on the Operation Condor cases, his final arrest, the orchestration and preparation of both sides of the forthcoming legal battle, the legal difficulties that Garzón encountered in relation to the double criminality rule and the status of international law under UK law due to its dualist approach, the hearings in the English Courts, and the hearings in the Spanish

Courts in relation to their jurisdiction over the two cases.

Along with Pinochet ‘The Investigations Come Home to Chile’ (Chapter 3). In this Chapter the author describes the “breaching of a dam” (p. 68) with the complaints filed in Chile against Pinochet. However, breaking down the dam proved to be much more difficult mostly due to the impediment of the 1978 amnesty law which applied a global amnesty to all persons who committed criminal offences between 11 September 1973 and 10 March 1978. The author explains how the judicial reform of the 1990s contributed to the first preliminary arrests of ex-military high-ranking officials for the Caravan of Death cases, how the Judges managed to overcome – at least in a preliminary stage – the amnesty law, how Pinochet was stripped of his parliamentary immunity and turned “from untouchable to the most complained-against man in Chile” (p. 85). And although the Supreme Court closed permanently the case against Pinochet due to its moderate and progressive dementia, the fact that the Court of Appeals held that forced disappearances constitute aggravated kidnappings which are not covered by the amnesty laws, which led to convictions shows that the river could not turn back.

In Chapter 4, entitled ‘Argentina: Truth and Consequences’, the author describes the impact that the *Pinochet* case and the Argentinean complaint filed in Spain had in Argentina itself. The ‘Truth Trials’ – a compromise between the Government and the relatives of the victims- where the courts were given jurisdiction to determine the truth regarding the fate of persons who disappeared prior to 10 December 1983, resulted in the accumulation of evidence against specific persons but without the possibility of taking any further steps due to the amnesty laws. Nevertheless, arrest orders were issued against several officials, including General Videla, for child kidnapping and concealment (because over 400 children were given to military or police-related families with false identity after they were born) or extortion and kidnapping for personal gain, crimes which were not covered by the amnesty laws. However, the absurdity of being able to investigate what happened to the child but not to the parents led in March 2001 Judge Cavallo to

* Lydia-Maria Bolani is a Lawyer at the Athens Bar (Greece). She also holds a LL.B. and a LL.M. from the University of Athens (Greece) as well as a M.Jur. from the University of Oxford (United Kingdom). She is currently a M.Phil. Candidate at the University of Oxford (United Kingdom).

declare the amnesty laws null and void. That decision was upheld by the Appeals Court and I am sure the author is very pleased with the Supreme Court's decision of 14 June 2005 by a majority of 7–1 that declared the amnesty laws unconstitutional.

In 'The European Cases' Chapter Roht-Arriaza describes the 'Pinochet Effect's' dimensions all over Europe. Belgium and France requested Pinochet's extradition. France brought charges against Argentinean and Chilean officials for crimes committed against French citizens. In Italy there were trials against Argentinean military officials for the murder of Italian-Argentineans where the defendants were found guilty. In Germany, there were also charges against Chileans and Argentineans for crimes committed against German nationals and requests for extradition against the latter which were denied as in all other cases. But for the first time the German government challenged the summary denial of the extradition request in the Argentinean courts. And last but not least, Cavallo, an Argentinean torturer, was extradited from Mexico to Spain, "the first country to formally extradite a suspect to another country for trial for crimes committed in a third country" (p. 148).

In Chapter 6, under the title 'Operation Condor Redux' the author describes the birth of new cases in numerous countries based on the evidence obtained from declassified documents released by the US authorities in relation to the 'Operation Condor'. Complaints were filed in Buenos Aires, in Uruguay and in Europe against the ex-dictators and top-ranking officials of Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay and Bolivia for crimes committed against respective nationals on Argentinean soil. Pinochet was indicted in Argentina for the *Prat* case while further investigations were ordered in the US for his involvement in the *Letelier* case, both cases forming part of the 'Third Phase' of Operation Condor. Purdy became the first former US official (he was the consul in Chile) to be questioned by a judge about the US government role in human rights abuses in Chile. On 11 September 11 the anniversary of the military coup in Chile, a criminal case was filed in Chile naming several ex-Southern Cone leaders as well as Henry Kissinger and ex-CIA head Richard Helms for their roles in Operation Condor.

Chapter 7, 'The Legal Legacy of Pinochet: Universal Jurisdiction and its Discontents', constitutes in a way the concluding observations of the author with regard to transnational justice. The author argues that it was a mistake to 'overload the boat' by target-

ing highly visible current and former heads of States, such as Sharon or even President Bush, and by bringing dozens of cases all at once, while the process was still new and controversial. She argues that first there should be an established jurisprudence with cases of low-level defendants in order to allow the trials of superstar officials. The restrictive interpretation of extraterritorial jurisdiction by the various national courts by holding either that their jurisdiction was subsidiary to that of the State where the crimes took place and it could be exercised only when there was evidence of its courts being unable or unwilling to pursue the cases (Guatemalan cases); by making their extraterritorial jurisdiction dependant on the 'principle of jurisdictional intervention' (Peruvian cases); by requiring the presence of the defendant in order to exercise their jurisdiction, or by transforming it to a passive personality jurisdiction validates her argument. The author presents the problems that an expansive application of the "presence of the defendant" rule will provoke, such as blocking the "investigate and extradite route" (p. 192) as well as the problems with a basis of jurisdiction on the grounds of 'unable or unwilling' formula. Questions like: "How many cases need to be underway before the courts are given a pass? Will a few emblematic cases do, or do most cases have to be investigated?" (p. 194) will be raised with no easy answer to be given to, especially since *de facto* impunity is difficult to be assessed. Then, she argues that while the ICC's "objective is the same as that of transnational justice: to jumpstart stalled or obstructed domestic justice" (p. 201) transnational prosecutions are not obsolete due to the significant *ratione personae* and *ratione temporis* jurisdictional limitations of the ICC. "Transnational prosecutions have the potential to fill the gap, to take up the many cases the ICC will be unable to hear, and to act as an adjunct and multiplier of the emerging international criminal jurisprudence" (p. 201). The author concludes that "a two-track approach to international justice seems to be emerging" (p. 202). On the one hand the 'institution-building approach' with the ICC as its pinnacle and on the other hand networking approach, "featuring a group of existing national courts and webs of international and national lawyers and organizations" (p. 202) stating the pros and cons of each approach.

This captivating and detailed depiction of the consequences of Pinochet's adventure in the UK, however, fails to sufficiently demonstrate their impact on international law. Since the author throughout the book argues that international law was one of the tools used by individual judges and nation-

al courts in order to establish their jurisdiction and that various national decisions contributed to the development of international law in the context of international criminal justice one would expect the analysis of the raised legal issues to be more thorough. For example, the author does not analyse satisfactorily the decisions of the House of Lords, concerning Pinochet's immunity, especially in combination with the International Court of Justice's decision in the *Arrest Warrant* case. The implications of the distinction between 'private' and 'official' acts which was dominant in both Courts' decisions are not given the appropriate attention. If the former criterion prevails then the State as such will not bear international responsibility for the acts of its former official.¹ If the latter is to prevail, which is more reasonable bearing in mind the requirement of official capacity in order for some international crimes to be committed, such as torture, then immunity remains a barrier to criminal prosecution. The point that the ICJ could have held that under customary international law the functional immunities for State officials accused of international crimes are lifted is not raised at all.²

On another note, the expansive interpretation of 'national group' in the context of the definition of genocide by the Audiencia Nacional describing the victims as "contrary to the understanding of national identity and national values supported by the new government" (p. 47) required further examination in order for the author to demonstrate the potential changes of international law that were underway. Even if the target-group of the author were not lawyers, some additional analysis of the legal issues is required in order for someone not familiar with concepts, such as crimes against humanity and functional immunities, to be able to comprehend the importance of the events described in the book.

Irrespective of this partial deficiency the book remains intriguing for lawyers and for readers interested in the issues under question and a tribute to the people, whether lawyers, judges, human rights activists or relatives of the victims who worked hard so as to see justice be served.

¹ See M. Spinedi, "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?", (2002) 13 *European Journal of International Law* 895.

² See A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", (2002) 13 *European Journal of International Law* 853.



Transnational Publishers, Inc.

SEXUAL OFFENSES IN ARMED CONFLICT AND INTERNATIONAL LAW

By Noëlle N.R. Quénivet

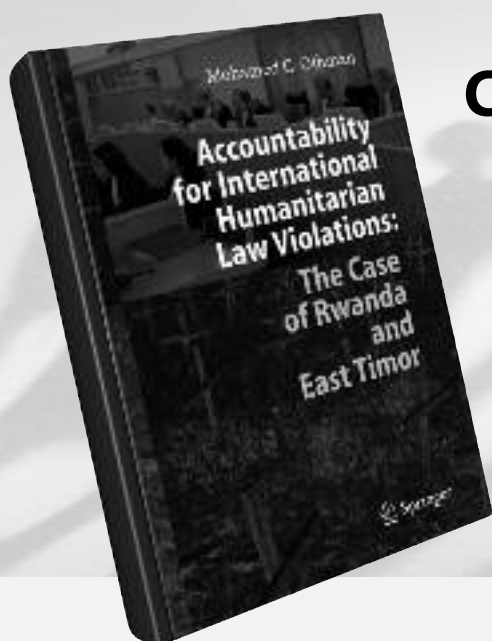
2005. 300 pages. 1-57105-341-7. \$115.00/hardcover.

Sexual Offenses & International Law provides a careful analysis of the recent jurisprudence of the international criminal tribunals on sexual offenses, taking into account the claims propounded by feminist writers and the reality of the norms and conflicts. Sexual offenses are examined under the headings of the four main categories of severe international crimes: torture, war crimes, crimes against humanity, and genocide. The key issues of the debate about sexual offenses such as consent, physical integrity, persecution, discrimination are well researched and mirrored with both judgments and 'feminist' critique.

By covering the past decade with its tremendous development in theory and practice of international criminal law, Dr. Quénivet's book sheds new and interesting light on the recent jurisprudence and new trends in dealing with sexual offenses in times of armed conflict. It provides answers to difficult issues concerning the subtleties of international law definitions applicable to armed conflict situations and to international criminal law dealing with the punishment of perpetrators of serious individual and mass crimes.

The book is of particular importance for its careful consideration of the growing relationship between international humanitarian law, international criminal law and feminist approaches to international law. It is recommended for all those who are involved with the subject from a scholarly perspective, those who want to benefit from the author's recommendations on how to deal with some of the specific open issues, or those who wish to refine their approach towards international law.

Noëlle N.R. Quénivet is a researcher at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict.



Case Studies of Humanitarian Law Violations

Accountability for International Humanitarian Law Violations

The Case of Rwanda and East Timor

Mohamed Chande Othman, Senior Legal and Justice Sector Reform Adviser with UNDR; High Court of Tanzania.

The book is a critical review of accountability conducted under the authority of the United Nations Security Council, by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET). It is centred on two case studies: the 1994 events in Rwanda, which constituted genocide, "the crime of crimes", and the 1999 mayhem in East Timor. The book's subjects are tested using cross-examination tools to hold accountable persons with "the greatest responsibility" for serious international humanitarian law violations. A detailed expose is made of conspiracy to commit genocide. Comparison is also made whether joint criminal enterprise, and the forms of co-perpetration embodied in the Statute of the International Criminal Court provide effective alternatives in the case of atrocity crimes.

Excellent Features:

- ▶ Lessons learnt and shared experiences in accountability for atrocity crimes committed in Rwanda in 1994 and East Timor in 1999.
- ▶ Includes Accountability Matrix for international humanitarian law violations.

2005. XIV, 384 p. Hardcover

ISBN 3-540-26081-1 ▶ € 119,95 | £ 92.50

Easy Ways to Order ▶ Write: Springer Distribution Center, Haberstrasse 7, 69126 Heidelberg, Germany ▶ **Call:** +49 (0) 6221-345-0
▶ **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ▶ **Email:** SDC-bookorder@springer-sbm.com ▶ All € and £ prices are net prices subject to local VAT, e.g. in Germany 7%. All prices exclusive of carriage charges. Prices and other details are subject to change without notice.

011949x