

21. Jahrgang
3/2008

Volume 21
3/2008

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 35,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 44,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 9,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 22,75 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, 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, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, 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:

Verantwortlicher Redakteur: **PD Dr. Hans-Joachim Heintze**, Bochum; Redaktionsassistentin: **Jeannette Bell M.A.**, Bochum

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Cristina Churruca Muguruza, Bilbao/Spanien; **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; **Dr. Sven Peterke M.A.**, Brasilia/Brasilien; **Dr. Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Dr. Heike Spieker**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeletch Worku LL.M.**, Bochum

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Knut Dörmann, Genf; **Dr. Robert Heinsch LL.M.**, Berlin; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Hagen

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

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

21. Jahrgang
3/2008

Volume 21
3/2008

Editorial 129

Das Thema / Topic

A Development in International Law or a Misnomer: Who is the “Combatant Adversary” Referred to in Article 8 (2) (E) (IX) of the Rome Statute of the International Criminal Court?

Sergey Sayapin 130

Keine Gefangenen? – Auf der Suche nach dem „zuständigen Gericht“ gemäß Art. 5 der III. Genfer Konvention

Heiko Meiertöns 134

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Die Rechtsprechung des Sondergerichtshofs für Sierra Leone und sein Beitrag zum humanitären Völkerrecht

Simon M. Meisenberg 143

Der Präsident des Sudan vor dem Internationalen Strafgerichtshof – ein Verstoß gegen das Völkerrecht? Überlegungen zur völkerrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern anlässlich des Haftbefehlsantrages gegen *Omar al-Bashir*

Helmut Kreicker 157

Fallstudien / Case Studies

The landmark *Martić* case and the inconsistent treatment of cluster munition use by the Office of the Prosecutor of the ICTY

Alexander Breitegger 164

Panorama / Panorama

Verbreitungsarbeit im Deutschen Jugendrotkreuz

Robin Wagener 181

Konferenzen / Conferences

International Humanitarian Law in a Nutshell – Red Cross Summer School on International Humanitarian Law, Cambridge

Heiko Meiertöns 186

Der 14. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht: Manchmal trägt der Schein

Christian Djeffal und Daniel Sigg 187

Security in the South Pacific Region – Civil Disorder & the Military; a legal Minefield?

International Conference of the Armed Forces Law Association of New Zealand and the School of Law, University of Canterbury; Christchurch, New Zealand
Jan P. P. Ganschow 189

8. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz: Auf dem Weg zu einem europäischen Asylrecht – Bestandsanalyse und Perspektiven

Irene Suominen-Picht 192

Buchbesprechungen / Book Reviews

Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 43: Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht

Hans-Joachim Heintze 194

Elke Schwager, *Ius bello durante et bello confecto*. Darstellung am Beispiel von Entschädigungsansprüchen der Opfer von Antipersonenminen

Jana Hertwig 195

Ian Hurd, *After Anarchy – Legitimacy & Power in the United Nations Security Council*

Patrick Kübart 196

Karl-Heinz Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*

Felix Boor 198

BOCHUMER SCHRIFTEN

zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hout Fischer,
Prof. Dr. Dr. Kurt Ipsen, Prof. Dr. Joachim Wolf

Band 59 Hau-Joachim Heintze, Annette Roth-Löhic (Hrsg.)

Kriegsbegründungen

Wie Gewaltanwendung und Opfer gerechtfertigt werden sollen

2007, 109 S., hwt., 12,80 Euro, ISBN 978-3-8505-1449-7

Band 57 Robert Heusch

Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda

Zur Bedeutung von internationalen Gerichtsentscheidungen
als Rechtsquelle des Völkerstrafrechts

2007, 415 S., hwt., 42,- Euro, ISBN 978-3-8505-1456-1



Band 56 Eugénio José Guilherme de Araújo

Strategien zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Strafverfolgung der Folter am Beispiel Brasiliens

Eine Untersuchung zum Verhältnis zwischen Völkerstrafrecht und Staatenverantwortlichkeit

2007, 459 S., hwt., 45,- Euro, ISBN 978-3-8505-1568-1

Band 55 Volker Byping, Hau-Joachim Heintze (Hrsg.)

Wiederherstellung staatlicher Strukturen in Nach-Konflikt-Situationen

Theoretische Fragen und Fallstudien

2007, 171 S., hwt., 22,- Euro, ISBN 978-3-8505-1195-5

Band 54 Sven Peterke

Der völkerrechtliche Sonderstatus der Internationalen Föderation der Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften

Untersucht auf der Grundlage von Rechtsstatutabkommen und der in ihnen enthaltenen
Privilegien und Immunitäten zugunsten der Föderation und ihres Personals

2005, 302 S., hwt., 52,- Euro, ISBN 978-3-8505-1150-2

Band 53 Gregor Schotten

Wirtschaftssanktionen der Vereinten Nationen im Umfeld bewaffneter Konflikte

Zur Bindung des Sicherheitsrates an individualschützende Normen

2007, 594 S., hwt., 42,- Euro, ISBN 978-3-8505-1166-5

Band 52 Hout Fischer, Noëlle Quéniévet (eds.)

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

2005, 194 S., hwt., engl., 24,- Euro, ISBN 978-3-8505-1005-1



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

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

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de

Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Editorial

Aktuelle Geschehnisse und theoretische Fragestellungen um das Humanitäre Völkerrecht und Völkerstrafrecht gestalten diese neue Ausgabe der „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“ inhaltlich. Analysen zum Begriff „Combatant Adversary“, der inzwischen in aller Munde ist, zum Kriegsgefangenenstatus, zur aktuellen Rechtsprechung des Sondergerichtshofes für Sierra Leone, zur Immunität von Staatsoberhäuptern im Völkerstrafrecht, zu Fragen der Rüstungskontrolle und viele andere Themen finden ihren Platz in der dritten HuV-I des Jahres 2008.

Bezug nehmend auf Artikel 8 Abs. 2 (e) des Rom-Statuts eröffnet *Sergey Sayapin* (IKRK, Regionaldelegation Zentral Asien) die Rubrik *Thema/Topic* mit einer Begriffsanalyse des „Combatant Adversary“. Die Anwendung des Begriffs sowie die Authentizität der offiziellen Übersetzungen werden kritisch beleuchtet.

Dr. *Heiko Meiertöns* erörtert, welche Antwort die Bundesregierung auf die Frage geben könnte, wie ein Verfahren zur Festlegung des Kriegsgefangenenstatus in der Bundesrepublik Deutschland gehandhabt werde? Sind Truppendienstgerichte zuständig? Die Analyse gibt detailliert Einblick in die deutsche Rechts- und Gerichtslage in Bezug auf die Anwendung humanitären Völkerrechts.

Die Vorgänge in Sierra Leone bilden den Hintergrund der detaillierten Analyse eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts von Ass. iur. *Simon M. Meisenberg*. „Die Rechtsprechung des Sondergerichtshofs für Sierra Leone und sein Beitrag zum humanitären Völkerrecht“ behandelt unter anderem Straftatbestände, Rechtsprechungen und Anwendungsfragen des humanitären Völkerrechts, in denen theoretische Überlegungen stets im Fallbezug dargestellt werden. Darauf folgend stellt Dr. *Helmut Kreicker* am Beispiel des Haftbefehlsantrages des Internationalen Strafgerichtshofes gegen den derzeitigen sudanesischen Präsidenten *Omar al-Bashir* die Problematik der völkerrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern dar.

Mit seinem Beitrag in der Rubrik *Aktueller Fall* richtet *Alexander Breitegger* unter dem Titel „The landmark *Martić* case and the inconsistent treatment of cluster munition use by the Office of the Prosecutor of the ICTY“ seine Aufmerksamkeit auf den Einsatz von Streubomben im ehemaligen Jugoslawien. Der Autor unterlegt hier das Spannungsfeld zwischen Völkerstrafrecht und Rüstungskontrolle mit verschiedenen Zeugenaussagen von Betroffenen.

Robin Wagener (stellvertretender Bundesleiter des Deutschen Jugendrotkreuzes und Konventionsbeauftragter des DRK Kreisverbandes Lippe) berichtet im *Panorama* von Projekten, vorwiegend für Kinder und Jugendliche, in der Verbreitungsarbeit des Deutschen Jugendrotkreuzes. Aufgegriffen wird der Aspekt der Verbreitung noch einmal in den Konferenzberichten über die diesjährige Red Cross Summerschool in Cambridge und die DRK-Sommerschule in Berlin. *Jan P. P. Ganschow* schließt seinen Konferenzbericht über die Sicherheit im Südpazifik an, bevor sich *Irene Suominen-Picht* mit dem „8. Symposium zum Flüchtlingsschutz“ auf den „Weg zu einem europäischen Asylrecht“ begibt und eine Bestandsanalyse mit Perspektiven erhebt.

Die Redaktion schließt diesen Auftakt mit dem Hinweis, dass die Inhalte der Beiträge nicht zwangsweise die Meinung der Redaktion widerspiegeln. Nun hoffen wir, dass sich Information und Lesevergnügen auch in dieser Ausgabe der HuV-I verbinden und wünschen Ihnen interessante Einblicke und Freude bei der Lektüre.

Ihre HuV-I Redaktion

A Development in International Law or a Misnomer: Who is the “Combatant Adversary” Referred to in Article 8 (2) (e) (ix) of the Rome Statute of the International Criminal Court?

Sergey Sayapin*

Bis zum Jahre 1998 war die Haltung des Völkerrechts gegenüber Zivilisten, die direkt an Kampfhandlungen in nicht-internationalen Konflikten teilnahmen, klar: ihnen sollte eine menschenwürdige Behandlung in Einklang mit dem gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen von 1949 und dem Zweiten Zusatzprotokoll zuteil werden sowie in Hinblick auf den Schutz der Opfer von nicht-internationalen Konflikten, jedoch definierte keine dieser Quellen einen Rechtsstatus dieser Personengruppe. Art. 8 (2) (e) (ix) des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) stellte ganz im Gegenteil den überraschenden Bezug zu „*meuchlerische[r] Tötung oder Verwundung eines gegnerischen Kombattanten*“ her.

Im klassischen Völkerrecht wurde der Kombattantenstatus nur Personen zugesprochen, die zu den regulären Streitkräften von Parteien in einem internationalen Konflikt gehörten, was beinhaltete, dass diese aufgrund ihres Status als Vertreter ihrer Staaten – als Staatsorgan – für ihre Taten nicht bestraft werden konnten. Dem entsprechend löst das unerwartete Auftauchen des Begriffes „gegnerischer Kombattant“ einer bindenden Völkerrechtsquelle den nicht-internationalen Konflikt betreffend Fragen auf der theoretischen und praktischen Ebene aus: Was waren die Gründe für das Einfügen des kritischen Begriffes in Art. 8 (2) (e) (ix)? Und welche Probleme könnten in Hinblick auf die Anwendung und Durchsetzung des Artikels auftreten? Dieser Beitrag versucht, mögliche Antworten auf diese Fragen zu geben.

Until 1998, international law was rather clear on the issue of the status of persons who take direct part in non-international armed conflicts: they were to be accorded humane treatment under Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions¹ and Protocol II Additional to those Conventions and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts,² but none of those sources went as far as to pronounce on their legal status.³ By contrast, Article 8 (2) (e) (ix) of the Rome Statute of the International Criminal Court made a surprising reference to “*killing or wounding treacherously a combatant adversary*”.⁴ In traditional international law, the combatant status was only accorded to persons belonging to the armed forces of sides in *international* armed conflicts⁵ and implied that those persons might not be punished for the mere fact of fighting, by virtue of their acting as representatives – indeed, organs – of States.⁶ Thus, the unexpected appearance of the term “*combatant adversary*” in a legally binding source of international law pertaining to non-international armed conflicts raises questions both at the level of theory and practice: what were the reasons for including the critical notion in Article 8 (2) (e) (ix), and what could be the potential problems related to the application and enforcement of that Article? This article seeks to provide possible answers to both questions.

1. Why Use the Controversial Term?

Surprisingly enough, most authoritative commentaries on the Rome Statute have avoided tackling the above outlined question.⁷ Instead, the commentators have limited themselves to analysing the *actus reus* and *mens rea* of the crime (perfidy), without dealing with the question of *who* the victims of the crime can be. It seems, though, that pretending that “the

the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135; Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287.

² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), reprinted in: A. Roberts, R. Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War* (Oxford, Clarendon Press, 1982), pp. 449 – 458.

³ See, for example, C. Greenwood in: A. Delissen, G. Tanja (eds.), “Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols”, in: *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), pp. 93 – 114, at 112 – 113.

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter referred to as the Rome Statute), U.N. Doc. A/CONF.183/9, adopted on 17 July 1998, Art. 8(2)(e)(ix), emphasis added.

⁵ See Article 1 of the Annex to the 1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex, reprinted in: A. Roberts, R. Guelff (eds.), *supra* note 2, pp. 43 – 57, at 48.

⁶ According to K. Ipsen, the “*mere fact of fighting*”, for which combatants are not punishable, “means participating directly in hostilities within the limits imposed by international law applicable in international armed conflict, provided that all relevant norms of this body of law with respect to military activities are observed”. See K. Ipsen, “Combatants and Non-Combatants”, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, pp. 65 – 104, at 68.

⁷ See, for example, K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2003, pp. 476 – 479.

* Sergey Sayapin is Dr. iur. candidate at the Humboldt University of Berlin’s Chair for German and International Criminal Law, Criminal Procedure and Contemporary Legal History of the International Committee of the Red Cross (ICRC). This article reflects the views of the author and not necessarily those of the ICRC. The author thanks Ms Sevil Velieva, currently an LLM candidate at the University of Essex, for her helpful opinion on the text, as well as Mr Tsung Yan Ambrose Leung (People’s Republic of China) and Barrister Karim Ben Hamida (Republic of Tunisia) for their linguistic assistance in the textual interpretation of, respectively, the Chinese and Arabic authentic texts of Article 8(2)(e)(ix) of the Rome Statute of the International Criminal Court. The author invites readers to send their comments on this article to: sergey.sayapin@yahoo.com

¹ Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31; Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85; Convention Relative to

answer is clear” and the question should not therefore merit any further attention as one of law would not be more useful than simply being opportune.

One may note that the Rome Statute contains an almost analogous provision in Article 8 (2) (b) (xi) pertaining to international armed conflicts.⁸ While the elements of both crimes are identical, their victims are not defined in similar ways: in international armed conflicts they may be “*individuals belonging to the hostile nation or army*”, e.g. combatants, non-combatants or civilians. The striking feature of this sister provision is that it does not contain the notion of “*combatant*” either – although it might have contained one, given the existence of that status in international armed conflicts. Instead, the drafters preferred using a broader reference allowing virtually the whole enemy population to be protected against acts of perfidy, which can be committed against the military personnel and civilian persons alike. Article 8 (2) (e) (ix) does not have such a far-reaching effect: it just refers to a “*combatant adversary*”, without defining this international legal novelty, and does not cover civilians who do not take direct part in hostilities.⁹ Consequently, whilst Article 8 (2) (e) (ix) no more than hypothetically represents a departure from the relevant pre-existing international law (Common Article 3 and Protocol II), it certainly tempts one to argue – especially if one belongs to a non-State faction – for an extensive interpretation of the term “*combatant adversary*”.

It is rather difficult to imagine that the above mentioned inconsistency is simply a mistake due to the negligence of drafters: too superior was their qualification, and too far-reaching may be the unintended consequences of such negligence, which they should have been conscious about. In the past, quite a number of non-State armed groups who opposed States within national borders have already claimed to be fighting in international armed conflicts,¹⁰ and thus to be entitled to combatant status. It is therefore quite obvious that the plain inclusion of the term “*combatant adversary*” in the Rome Statute’s Article pertaining to non-international armed conflicts, how involuntary it might be, has a potential for multiplying similar claims, especially within States Parties to the Rome Statute,¹¹ the Statute’s creating rights and duties first and foremost for States – but probably also for non-State actors¹² – notwithstanding.

One may wonder why the drafters of the Rome Statute used the term “*combatant adversary*” and not any other, less controversial, description (for example, simply “*adversary*”, or “*member of opposing armed group*”), if they did not intend to modify the scope of application of international humanitarian law. It is an established norm of international law dating back to as early as 1907¹³ that the combatant status is accorded to members of the armed forces of sides in international armed conflicts who find themselves under the authority of a superior, wear a sign distinguishable at a distance, carry arms openly and comply with the laws and customs of war, which makes them immune from criminal prosecution for the mere fact of fighting, if the above conditions are fulfilled. This rule was somehow modified in 1977,

to make it compatible with realities of wars of national liberation,¹⁴ but the Diplomatic Conference for the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (CDDH), where the Additional Protocols to the 1949 Geneva Conventions were drafted and adopted, did not go as far as to also extend its applicability to “*all armed conflicts [...] which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement [the Second Additional] Protocol*”.¹⁵ It was unthinkable at the time that members of armed groups who fight their respective governments could be accorded any status under the law of armed conflict¹⁶ other than the legal capacity – even duty – to comply with the minimum humanitarian requirements contained in Common Article 3 and Additional Protocol II.

Interestingly, at the time Additional Protocol II was negotiated at the CDDH, its draft Article 24(1) submitted by the ICRC to the Conference provided that “*in order to ensure respect for the civilian population, the parties to the conflict... shall make a distinction between the civilian popula-*

⁸ Rome Statute, *supra* note 4, Article 8(2)(b)(xi).

⁹ Overall, intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking part in hostilities are covered by Article 8(2)(e)(i). One may argue that killing or wounding treacherously a civilian person is covered by that Article, in the absence of a more specific provision.

¹⁰ Such claims were made, *inter alia*, during the 1994 – 1996 armed conflict in Chechnya and with respect to the lasting conflict in Sri Lanka. See N. Satyendra, *Tamil Armed Resistance and the Law*, TamilNation.Org website, <<http://www.tamilnation.org/tamilcelem/armedstruggle/index.htm>>, accessed 27 February 2008.

¹¹ It would be more difficult to put forward such claims in States other than Parties to the Rome Statute, since the Statute does not limit or prejudice in any way existing or developing rules of international law for purposes other than the Statute itself (see Article 10). In such States, not even a seeming conflict between Article 8(2)(e)(ix) of the Statute and, respectively, Common Article 3 and Additional Protocol II may arise.

¹² Article 8(2)(f) of the Rome Statute defines the *rationae materiae* field of application of Article 8(e) as “*armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups*” (emphasis added). Especially in the latter case, where there exists an armed conflict between organized armed groups and the State Party is either unwilling or unable to investigate or prosecute the war crimes occurring in its territory, the rationale behind the International Criminal Court’s exercise of jurisdiction over the crimes must be that members of those armed groups have committed “*most serious crimes of concern to the international community as a whole*” (Article 5(1), first sentence), either in violation of the Statute directly or of the domestic criminal legislation, which had been enacted in accordance with the Statute.

¹³ See *supra* note 5.

¹⁴ See Articles 43 and 44 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), reprinted in: A. Roberts, R. Guelff (eds.), *supra* note 2, pp. 389 – 446, at 411 – 412; See also C. Greenwood, *supra* note 3, at 107.

¹⁵ See Article 1(1) of Protocol II, *supra* note 2, at 449 – 450.

¹⁶ See para. 15.1.2 of the UK Ministry of Defence’s Manual of the Law of Armed Conflict (Oxford University Press, 2004), p. 384: “*The doctrine has declined to the point where recognition of belligerency is almost unknown today*”.

tion and combatants".¹⁷ This proposal was amended and adopted by consensus in Committee III of the CDDH.¹⁸ The approved text provided that "in order to ensure respect and protection for the civilian population ... the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants".¹⁹ Eventually, however, this Article was rejected in the plenary session, because it failed to obtain the necessary two-thirds' majority (36 votes in favour, 19 against and 36 abstentions).²⁰ Hence, the term "combatant" did not find its way into the law of non-international armed conflicts, and there was nothing indeed in States' subsequent practice, until the adoption of the Rome Statute in 1998, that could reasonably suggest that even a slight evolution in their attitude towards the matter in question was possible.

Currently, out of 163 States Parties to Additional Protocol II, a hundred are also Parties to the Rome Statute.²¹ In accordance with Articles 30 (4) (a) and 30 (3) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, when the parties to the later treaty (in our case, the Rome Statute) do not include all the parties to the earlier one (the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocol II), and that earlier treaty is not terminated or suspended in operation, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.²² Common Article 3 and Additional Protocol II make no reference to „combatant adversary“ but Article 8 (2) (e) (ix) of the Rome Statute does, and thereby extends the range of international legal rules which apply to non-international armed conflicts. This means, it seems, that each of the States Parties to the Rome Statute could be challenged, in the context of an objectively non-international armed conflict as the latter is defined in the Statute's Article 8 (2) (f), by non-State armed groups claiming more rights than the pre-existing international law had been granting them, those claims having been made possible by a bare terminological inaccuracy in the Statute's English text. It appears that the gravity of this imprecision is even more critical in at least three other authentic texts of Article 8 (2) (e) (ix).

2. Are the Authentic Texts of the Rome Statute Fully Identical?

The Rome Statute has six authentic languages: Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish (Article 128). Under the 1969 Vienna Convention, all authentic texts of a treaty are equal in terms of legal force²³ and for the purpose of interpretation.²⁴ As a rule, all authentic texts must convey the same meaning, the grammatical and lexicological particularities of a language notwithstanding.

However, the Arabic,²⁵ Russian²⁶, and Spanish²⁷ texts of Article 8 (2) (e) (ix) are substantially different from the Chinese,²⁸ English²⁹, and French³⁰ ones. This difference is mostly due to the grammatical relationship between nouns and adjectives that they describe (or, as in the Russian text, between nouns) in all languages except Arabic, and, in the latter case, also to the use of vocabulary. Thus, in English and Russian, adjectives usually precede nouns, whilst in French and Spanish they follow immediately the nouns they relate

to. In turn, nouns may be related to each other either directly or by means of prepositions. Importantly, whereas some grammatical variations are permissible in colloquial use, legal texts require a very high degree of precision and therefore must allow for no deviations. It is therefore exceptionally surprising that six authentic texts of the Article under consideration suggest, at least, three different meanings.

The meaning of the English expression "combatant adversary" is fairly identical to that of the French "adversaire combattant". In accordance with the usual literary meaning of the words used therein, both expressions stand for "an adversary who is fighting", or in terms of the law of armed conflicts, "a person who belongs to an adverse side and takes direct part in hostilities". In both phrases the contentious notion ("combatant"/"combattant") is an adjective meaning no more than "fighting" and does not have therefore the technical legal meaning explained above.³¹ In both English and French, the word could easily be replaced by a simple or descriptive synonym without the paragraph's overall meaning being affected: it is a war crime to kill or wound treacherously a person who belongs to an adverse side in the armed conflict and takes direct part in hostilities.

Such a substitution would not be possible without causing any detriment to the substance in either the Spanish or Russian texts of the paragraph in question where "combatant" ("combatiente"/"комбатант") is used as a noun, and hence suggests having a terminological value. In both cases, the paragraph's literal interpretation suggests that the criminal act consists in killing or wounding treacherously a person belonging to an adverse side in the armed conflict, but that person is specifically referred to as a combatant!³² Thus, not only was a rule that had traditionally been applicable only in international armed conflicts³³ and was not contained

¹⁷ CDDH, *Official Records*, Vol. I, Part Three, Draft Additional Protocols, June 1973, p. 37.

¹⁸ CDDH, *Official Records*, Vol. XV, CDDH/215/Rev.1, 3 February – 18 April 1975, p. 288, § 113.

¹⁹ *Ibid.*, p. 319.

²⁰ CDDH, *Official Records*, Vol. VII, CDDH/SR.52, 6 June 1977, p. 135, § 78.

²¹ "International Humanitarian Law – Treaties and Documents" database, ICRC website, <<http://www.icrc.org/ihl>>, accessed 27 February 2008.

²² See the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, Article 30 ("Application of successive treaties relating to the same subject matter").

²³ *Ibid.*, Article 33(1) ("Interpretation of treaties authenticated in two or more languages"): "When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail".

²⁴ *Ibid.*, Article 33(3): "The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text".

²⁵ Article 8(2)(e)(ix). Arabic text: من العدو أو إصابت، غدراً؛
نقل أحد المقاتلين

²⁶ *Ibid.*, Russian text: "вероломное убийство или ранение комбатанта неоружием" (emphasis added).

²⁷ *Ibid.*, Spanish text: "Matar o herir a traición a un combatiente adversario" (emphasis added).

²⁸ *Ibid.*, Chinese text: 以背信弃义的方式杀、伤属对方战斗员.

²⁹ See *supra* note 4.

in either Common Article 3 or Additional Protocol II given an additional field of application *rationae materiae* – non-international armed conflicts –, but also were the victims of the crime defined in two authentic texts of the Statute in a way that departs from all relevant pre-existing law. It seems to be probably irrelevant now – almost a decade after the adoption of the Statute – whether or not the translation of the term was deliberate or mistaken. What does matter, however, is whether States are prepared to face possible consequences of a confusing formulation in authentic texts of a binding international treaty being invoked as a matter of legal *status*, and not just as a factual or functional description. And it seems they are not.

In turn, the Arabic and Chinese texts of Article 8 (2) (e) (ix) deserve each a special mention. Both of them are different from others, first, in that they offer descriptive (rather than direct) translations of the term “*adversary*”, each of them suggesting a notable semantic nuance of its own, and secondly, in that they may be said to require different numbers of victims, in order for the crime to be completed, due to the respective languages’ grammars. The Arabic text reads literally: “*killing or wounding treacherously one of the enemy combatants*”. It follows from this phrase that killing or wounding treacherously a single individual is sufficient for the crime to be complete, which corresponds well to all other authentic texts. However, the strong reference to the “*enemy*” rather than “*adversary*” is somewhat problematic: in non-international armed conflicts, individuals, whether or not they take direct part in hostilities, are nationals of the same State but the use of the word “*enemy*” creates an overall sense of alienation, which is something a State should probably wish to avoid generating within the population in times of a civil war.

As concerns the Chinese text, it refers to “*combatant(s) fighting for the other side*”. Since the Chinese language does not differentiate between the singular and plural forms of nouns, the term in question may be understood to mean one

or several victims of the crime. But, more importantly, this particular wording raises the question whether an act of perfidy can only be committed during an attack, because the phrase refers to “*fighting*”; or whether the word “*fighting*” is used in its generic meaning, in which case individuals should enjoy protection against perfidy at all times, including outside actual combat.

3. Conclusion

To conclude with, a miniature paragraph in the Rome Statute raises more questions than a legislative text reasonably should. Not only is a controversial term employed in a context where a more neutral one would do, but also does it offer a range of inconsistent interpretations, which an international criminal law statute should avoid as far as possible by virtue of the principle of legality (*nullum crimen sine lege*).³⁴ Obviously, both of these factors may be quite disadvantageous to the national security and the rule of law within the States Parties to the Rome Statute. As the First Review Conference of States Parties to the Rome Statute (2009 or 2010) is approaching, it may be worthwhile to consider revising Article 8 (2) (e) (ix) as to eliminate the intrinsic risks it poses, with a view to having an even more efficient Rome Statute in the future. ■

³⁰ Article 8(2)(e)(ix), French text: “*Le fait de tuer ou de blesser par trahison un adversaire combattant*” (emphasis added).

³¹ See *supra* notes 13 and 14.

³² The English equivalent of both the Spanish and Russian phrases would be “an adversary combatant”, where “combatant” is a principal noun, and “adversary” is used as an adjective describing it.

³³ See Article 37 (“*Prohibition of Perfidy*”) of Protocol I, *supra* note 14, at 447.

³⁴ Rome Statute, *supra* note 4, Article 22(2): “*The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted*”.

Keine Gefangenen? – Auf der Suche nach dem „zuständigen Gericht“ gemäß Art. 5 der III. Genfer Konvention

Heiko Meiertöns*

In March 2004, the German Bundestag passed a resolution in which it called upon the USA to fulfil its obligations under international law and to treat prisoners in *Guantánamo* as prisoners of war until a competent tribunal had determined their status under international law. However, which reply could Germany itself give if asked which procedure it has established in order to determine the status of prisoners of war? Currently no specific German regulation states which entity is a “competent tribunal” in the sense of Article 5 of the Third Geneva Convention. This uncertainty is particularly problematic with regard to the constitutional guarantee of recourse to the courts, enshrined in Article 19 IV of the German Constitution. It would be a long stretch to argue that Administrative Military Courts (*Truppendienstgerichte*) could be considered competent tribunals in the sense of Article 5. A clarification of this issue through specific legislation is desirable.

Im März 2004 fasste der Bundestag einen Beschluss, in dem die U.S.-amerikanische Regierung dazu aufgefordert wurde, die Gefangenen in *Guantánamo* zumindest solange als Kriegsgefangene zu behandeln, bis ein zuständiges Gericht ihren Status nach dem Völkerrecht festgelegt hat. Doch welche Antwort könnte Deutschland auf die Frage geben, welches Gericht nach deutschem Recht für eine entsprechende Entscheidung zuständig wäre? Z.Zt. existiert keine spezielle Regelung, die festlegt, welches Gericht als „zuständiges Gericht“ im Sinne von Artikel 5 der III. Genfer Konvention gilt. Dieser Artikel zeigt dieses Regelungsdefizit näher auf. Fälle in denen diese Frage Relevanz erlangen könnte, werden vorgestellt und diskutiert. Das Fehlen einer expliziten Regelung hat eine rechtliche Unsicherheit zur Folge, die gerade im Hinblick auf die Rechtsweggarantie des Artikels 19 IV Grundgesetz fragwürdig erscheint. Die schwer vertretbare Annahme einer Zuständigkeit der Truppendienstgerichte erfordert einige argumentative Kreativität. Der Artikel kommt zu dem Ergebnis, dass eine spezielle gesetzliche Regelung dieser Frage wünschenswert erscheint.

1. Einleitung

Bereits im März 2004 hat der Deutsche Bundestag einen Beschluss gefasst, in dem er die Bundesregierung verpflichtete, „... 1. die U.S.-Regierung aufzufordern, ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den Bestimmungen der Genfer Konventionen nachzukommen;

2. zu erklären, dass es sich nach Ansicht der Bundesrepublik bei den Gefangenen in *Guantánamo Bay* zumindest solange um Kriegsgefangene handeln muss, bis ein zuständiges Gericht ihren Status nach dem Völkerrecht festgelegt hat; ...“¹

Doch welche Antwort hätte die Bundesregierung geben können, wenn die U.S.-amerikanische Seite als Reaktion darauf nachgefragt hätte, wie ein entsprechendes Verfahren zur Festlegung des Kriegsgefangenenstatus in der Bundesrepublik Deutschland gehandhabt würde?

Auf den ersten Blick mag die Frage nach einem Verfahren zur Festlegung oder Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus nach deutschem Recht mangels einer konkreten Anwendungsmöglichkeit einer solchen Regel zunächst abwegig erscheinen. Allerdings ist die Festlegung oder Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus eine Frage von erheblicher Tragweite: Eines der grundlegenden Privilegien, das Kriegsgefangenen zukommt, ist, dass sie nicht angeklagt oder bestraft werden können für rechtmäßige Schädigungshandlungen,

die sie als Kombattanten bei der Teilnahme an Feindseligkeiten vorgenommen haben.² In anderen Staaten, in denen Tötungsdelikte mit der Todesstrafe bedroht sind, handelt es sich hierbei um nicht weniger als eine Frage von Leben und Tod des einzelnen Gefangenen.³

Art. 5 Abs. 2 des Dritten Genfer Abkommens über die Behandlung von Kriegsgefangenen (folgend: GK III) weist die Entscheidung darüber, ob einer Person Kriegsgefangenenstatus zukommt im Zweifelsfalle einem „zuständigen Gericht“ zu.

2. Aktualität des Themas

Die Verweigerung des Kriegsgefangenenstatus durch die USA für in *Guantánamo* Inhaftierte hat in der breiten Öffentlichkeit und in der Völkerrechtswissenschaft beachtliches Interesse gefunden und wiederholt Anlass zur Kritik gebo-

* Dr. iur., M.Litt., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Bundestags-Drucksache (BT-Drs.), 15/2756; Antrag der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 24. März 2004.

² L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2. Aufl., Manchester 2000, S. 209-210; H. Fischer, in: D. Fleck (Hrsg.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 2. Aufl., Oxford u.A. 2008, S. 357-359.

³ J. Pictet (Hrsg.), *Commentaire, III, La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genf 1958, S. 77.

ten.⁴ Sie war auch Gegenstand mehrerer Urteile U.S.-amerikanischer Gerichte im Zusammenhang mit dem Fall *Hamdan v. Rumsfeld*.⁵ Der District Court of Columbia stellte am 31. Januar 2005 in diesem Fall fest, dass eine pauschale Differenzierung zwischen *Al-Qaida* und *Taliban*-Kämpfern, wie sie die U.S.-Regierung bis dahin vorgenommen hatte, jedenfalls nicht zulässig sei und ihnen der Schutz der dritten Genfer Konvention zukomme, bis ein zuständiges Gericht i.S.d. Art. 5 GK III das Gegenteil festgestellt habe. Ein *Combatant Review Tribunal* (CRT), wie durch den Präsidenten eingerichtet,⁶ genüge den Anforderungen an ein solches jedenfalls nicht.⁷ Zwar bejahte in der nächst höheren Instanz der Court of Appeals des Districts of Columbia die Zuständigkeit und Völkerrechtskonformität der *Combatant Review Tribunals*,⁸ doch hob der U.S.-Supreme Court dieses Urteil am 29. Juni 2006 auf und verwies den Fall zurück. In seinem Urteil führte der Supreme Court aus, dass es sich jedenfalls bei den eingesetzten Militärkommissionen nicht um „zuständige Gerichte“ i.S.d. Art. 5 GK III handele.⁹ Als Reaktion hierauf wurde der *Military Commission Act* erlassen, der klar darauf abzielte, dem Urteil seine Rechtswirkung zu nehmen.¹⁰ Der U.S.-Präsident bestätigte die Zuständigkeit dieser Militärkommissionen erneut durch Erlass vom 16. Februar 2007.¹¹ Kritik an dieser U.S.-amerikanischen Praxis ist in Wissenschaft und Politik ebenso zahlreich, wie umfassend und gut begründet.¹²

Eine Anfrage im Bundestag zu etwaigen Verfahrensweisen bei Gefangennahme im Rahmen der Operation Enduring Freedom,¹³ wurde von der Bundesregierung mit einem Verweis darauf, bisher gäbe es keine Gefangennahmen, beschieden.¹⁴ Um auf die Eingangsfrage zurückzukommen und sie zu präzisieren: Wie könnte die deutsche Antwort lauten, wenn die USA den Vorwurf erheben sollten, Deutschland selbst habe Art. 5 der dritten Genfer Konvention nur unzureichend umgesetzt?

3. Problemstand

Diese Frage ist nicht nur in dem o.g. politischen Zusammenhang von Bedeutung, sondern auch eine Frage, die nicht von rein akademischem Interesse ist, wie es zunächst den Anschein haben mag. In verschiedenen Zusammenhängen kann diese Frage Bedeutung erlangen, wie die folgenden Fallbeispiele verdeutlichen. Zum Beispiel im Zuge der wiederholt fälschlich als „Krieg“ bezeichneten Bekämpfung militant islamistischen Terrorismus¹⁵ kann diese Frage auftauchen:

Fall I: Ein an der Planung eines Bombenanschlages gegen einen Stützpunkt U.S.-amerikanischer Streitkräfte in Deutschland Beteiligter, nicht-deutscher Staatsangehöriger, der dem Terrornetzwerk *Al-Qaida* zugerechnet wird, wird in Deutschland inhaftiert und angeklagt. Vor dem deutschen Strafgericht beruft er sich darauf, er habe die Absicht gehabt, diese schädigende Handlung als Kombattant vorzunehmen. Da ihm folglich Kriegsgefangenenstatus zustehe, könne er dafür nicht belangt werden; es bestehe bereits ein Strafverfolgungshindernis. Ist ein Strafgericht für die Entscheidung über den Kriegsgefangenenstatus zuständig?

Vor dem Hintergrund einiger aktueller, kontroverser Entscheidungen deutscher Gerichte im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung der Anschläge vom 11. September 2001 ist die politische Sprengkraft,¹⁶ die in der Entscheidung eines solchen Falles liegen kann, offensichtlich. Umso mehr erscheint bei einem solchen Fall eine eindeutige Zuständigkeitsregelung wünschenswert.

In Fällen wie dem oben beschriebenen, erscheint bereits die Berufung auf einen Kriegsgefangenenstatus als grob abwegig. Jedoch schreibt Art. 45 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls von 1977 zu den Genfer Abkommen (folgend: ZP 1)¹⁷ eine Annahme zu Gunsten des Status als Kriegsgefangener fest. Dies setzt jedoch die Teilnahme einer Person an Feindseeligkeiten („a person who takes part in hostilities“) voraus, die in diesem Falle nicht vorliegt.

⁴ Z.B. *Agora*: Military Commission, AJIL, Bd. 96 (2002), S. 320-358; A. McDonald, Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich, HuV-I, Bd. 15 (2002), S. 206-209; Eingehend dazu: J. Wiczeorek, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, Berlin 2005, m.w.N.

⁵ Dazu: G. Fletcher, The Hamdan Case and Conspiracy as War Crime, A New Beginning for International Law in the US, JICJ, No. 4 (2006), S. 442-447; M. Happold, Hamdan v. Rumsfeld and the Law of War, HRLR, Bd. 7, Nr. 2 (2007), S. 418-431.

⁶ Military Commissions Act of 2006 (Public Law 109-366), Authorization for Use of Military Force (Public Law 107-40).

⁷ *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld (Hamdan v. Rumsfeld)*, United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 04-1519; dazu: B. Dougherty, Unnamed Detainees at Guantanamo; Decision for the Detainees. Score before the District Court now: 2-1 in favour of the Detainees, BOFAXE No. 292 E, 01. März 2005.

⁸ Der U.S. Supreme Court hat diese Frage i.R.d. Entscheidung explizit ausgespart, weil deren Beantwortung jedenfalls zur Begründung seiner Zuständigkeit in dem vorliegenden Fall nicht erforderlich sei. (*Hamdan v. Rumsfeld*), U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. S. 2749, 2786-2797.

⁹ U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. S. 2749, 2786-2797.

¹⁰ M. Byers, Kriegsrecht, Berlin 2005, S. 129 f.; S. Murphy, Hamdan and the Military Commissions Act of 2006, ASIL-Proceedings, Bd. 101 (2007), S. 339-347; C. Stuckenberg, Das zähe Ringen um die Rechtsstellung der Gefangenen von Guantanamo Bay, JZ, 2006, S. 1142-1150, insb. S. 1149-1150.

¹¹ Executive Order, Trial of Alien Unlawful Enemy Combatants by Military Commission, 17. Februar 2007; <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2007/02/20070214-5.html>.

¹² N. Adams, Developments in US Anti-Terrorism Law, Checks and Balances undermined, JICJ, Nr. 4 (2006), S. 1117-1136. m.w.N.; S. Heselhaus, Die Behandlung Internierter im Irak-Krieg: Grauzonen hinter der Kampfzone?, HuV-I, Bd. 17 (2004), S. 136-143.

¹³ BT-Drs. 16/2899 vom 06. November 2006, Anfrage von Abgeordneten der Fraktion „Die Linke“.

¹⁴ BT-Drs. 16/3272 vom 08. November 2006, S. 2.: „Der Bundesregierung sind keine Fälle der Gefangennahme durch OEF-Streitkräfte bekannt.“

¹⁵ F. Mégret, „War“? Legal Semantics and the Move to Violence, EJIL, Bd. 13, (2002), S. 361-399; A. Cassese, Terrorism is also Disrupting Some Crucial Categories of International Law, EJIL, Bd. 12 (2001), S. 993-1001 „Terror“ ist per Definition eine Strategie, die als solche nicht losgelöst von ihrer politischen Zielsetzung bekämpft werden kann, vgl. J. Baylis/J. Wirtz, Introduction, in: J. Baylis/J. Wirtz/E. Cohen/C. Gray (Hrsg.) Strategy in the Contemporary World, Oxford u.A., 2002, S. 3-4, m.w.N..

¹⁶ Vgl. z.B. die Entscheidungen im Fall *Motassadeq*: HansOLG Hamburg, Urteil vom 19. August 2006; BGH, Urteil vom 16. November 2006, 3 StR 139/06; BVerfG, 2 BvR 2557/06, Beschluss vom 10. Januar 2007.

¹⁷ Sartorius II, Nr. 54 a.

Zudem fehlt es bereits an einem bewaffneten Konflikt zwischen der Bundesrepublik Deutschland und *Al Qaida*.¹⁸ Eine andere Annahme, ja bereits die Erwägung eines solchen bewaffneten Konflikts, erscheint als eine unzutreffende und unangemessene Aufwertung einer Terrororganisation.¹⁹ Ebenso fehlt es in einem solchen Fall bereits an einem „Zweifel“ am möglichen Kombattantenstatus des einzelnen Terroristen. Zweck der Regelung des Art. 5 GK III und der Zweifelsregelung des Art. 45 ZP 1 ist es, sicherzustellen, dass Personen, die im Zusammenhang eines internationalen bewaffneten Konflikts in Gewahrsam genommen werden (woran es in diesem Falle offensichtlich fehlt), den Schutz der III. Genfer Konvention genießen.²⁰ Zweck der Regel ist es nicht, den Schutz darüber hinaus zu erstrecken. Daher handelt es sich im oben dargestellten Fall auch nicht um einen Anwendungsfall des Art. 5 GK III. Daher ist es auch nicht erforderlich, dass ein deutsches Strafgericht in diesem Sinne „zuständiges Gericht“ ist.

Weniger eindeutig fällt hingegen die Antwort auf etwaige Gewährung des Kriegsgefangenenstatus bei Personen aus, die im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr inhaftiert werden.

Ein Bulletin des UN-Generalsekretärs vom 6. August 1999 trifft in Abschnitt 9 eine wenig präzise Regelung für die Behandlung von Personen, die durch UN-Peacekeeping-Einheiten in Gewahrsam genommen werden. Danach sollen diese, ungeachtet ihres rechtlichen Status, in Übereinstimmung mit den relevanten Regelungen der III. Genfer Konvention, soweit den Umständen nach auf sie anwendbar, behandelt werden („... Without prejudice to their legal status, they shall be treated in accordance with the relevant provisions of the Third Geneva Convention of 1949 as may be applicable mutatis mutandis. ...“).²¹ Das führt logisch zur Folgefrage, welche Regeln im Einzelnen *mutatis mutandis* auf in Gewahrsam genommene Personen anwendbar sind.

Bestehende, spezielle Regelungen betreffen zwar die Autorität, Personen in Gewahrsam zu nehmen, regeln aber nicht, den ihnen zukommenden Status und etwaige Privilegien. Für UN-Peacekeeping-Einheiten basiert die Befugnis, Personen zu inhaftieren, in der Regel auf entsprechenden Resolutionen des UN-Sicherheitsrats oder einer Übereinkunft mit dem Einsatzland. Im Falle der internationalen Präsenz im Kosovo z.B. wird diese Autorität aus der UN-Sicherheitsratsresolution 1244 hergeleitet.²² Ähnlich wird die Autorität der International Security Assistance Force (ISAF) in Afghanistan zur Inhaftierung aus der UN-Sicherheitsratsresolution 1386 hergeleitet.²³

Diese Zuständigkeitsregelungen treffen aber keine inhaltliche Aussage über etwaige Privilegien der III. Genfer Konvention, die Inhaftierten zuteil werden sollen. Auch das Bulletin des UN-Generalsekretärs von 1999 trifft hierzu keine Aussage, sondern trifft, neben einem allgemeinen Gebot zur würdevollen Behandlung, einige eher technische Regelungen, z.B. zur Unterbringung und Verpflegung.²⁴ Zuständigkeitsregeln und Bulletin des Generalsekretärs lassen jedenfalls keinen Schluss auf die Beantwortung der

dennoch relevanten Statusfrage und *ergo* die Frage der Straflosigkeit schädigender Handlungen zu.

Die Frage der Zuständigkeit für die Feststellung des Kombattanten- bzw. Kriegsgefangenenstatus im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen kann auch bei Fällen auftauchen, in denen eine Inhaftierung nicht unmittelbar während des Einsatzes erfolgt, sondern erst danach, wie der folgende Fall verdeutlicht.

Fall 2: Bei einem auf einem Mandat des UN-Sicherheitsrats basierenden, friedenserhaltenden Auslandseinsatz kommt es zu einem Angriff auf deutsche Soldaten, bei dem mehrere deutsche Soldaten zu Tode kommen. Per Bulletin des UN-Generalsekretärs sind Kernnormen des humanitären Völkerrechts, darunter das Dritte Genfer Abkommen, für anwendbar erklärt worden.²⁵ Ein nachweislich an dem Angriff Beteiligter wird zu einem späteren Zeitpunkt in Deutschland festgenommen. Der Auslandseinsatz dauert noch an. Können deutsche Strafverfolgungsbehörden ihn wegen der damaligen Tötung deutscher Soldaten gemäß § 7 StGB (Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen) belangen, wenn er sich auf seinen vorgeblichen Kombattantenstatus zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung beruft und behauptet, daraus folge ein Status als Kriegsgefangener? Welches Gericht ist dafür zuständig, über diese Frage zu entscheiden?

In einem derart gelagerten Fall erscheint es zumindest zweifelhaft, auf die zuvor zu Fall 1 gemachten Ausführungen zurückzugreifen, dass es auch hier bereits an einem „Zweifel“ fehle.

¹⁸ M. Sassoli, The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law, JICJ, Bd. 2 (2004), S. 96-106; K. Wolny, Die völkerrechtliche Kriminalisierung von modernen Akten des internationalen Terrorismus – unter besonderer Berücksichtigung des ISGH-Statuts, zugl. Diss. Jur. Universität St. Gallen, 2006, S. 155 ff.

¹⁹ I. Dettler, The Law of War and Illegal Combatants, The George Washington Law Review, Bd. 75 (2007), S. 1049-1104, insb. S. 1072-1076.

²⁰ UK Ministry of Defence (Hrsg.), The Manual of the Law of Armed Conflict, Oxford u.A. 2005, S. 150.

²¹ Secretary General's Bulletin, Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13 vom 6. August 1999.

²² UN Doc. S/RES/1244 vom 19. Juni 1999: "The Security Council ... authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo ... with all necessary means to fulfil its responsibilities", dazu: W. Hermsdörfer, Verhaftung von Störern und Straftätern durch KFOR im Kosovo, UBWV 8/2003, S. 290-292.

²³ UN Doc. S/RES/1386 vom 20. Dezember 2001: "The Security Council ... authorizes ... ISAF to assist the Afghan Interim Authority in the maintenance of security in Kabul and its surrounding areas, so that the Afghan Interim Authority as well as the personnel of the United Nations can operate in a secure environment [and to] take all necessary measures to fulfil its mandate".

²⁴ Secretary General's Bulletin, Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

²⁵ Vgl. dazu D. Shraga: UN-Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage, AJIL, Bd. 94 (2000), S. 406-412; F. Nert, Detention in Peace Operations: The Legal Framework and Main Categories of Detainees, K.U. Leuven Faculty of Law Institute of International Law Working Paper No. 94 – Mai 2006.

Als gesicherter Anwendungsfall besteht daneben zumindest eine begrenzte Fallgruppe, nämlich Fälle eines bewaffneten Konflikts, in denen diese Entscheidung in jedem Fall relevant wird. An einem solchen nahm die Bundeswehr jedenfalls im Fall des Kosovo-Einsatzes 1999 teil.²⁶

Fall 3: Die Bundesrepublik Deutschland nimmt, ähnlich wie im Kosovo-Konflikt 1999, an einem bewaffneten Konflikt teil.²⁷ Im Zuge der Bodenoperationen wird eine Person bei dem Versuch, ein deutsches Fahrzeug aufzubrechen und sich Waffen zu beschaffen, festgenommen. Der Festgenommene beruft sich darauf, ihm komme Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus zu, weshalb er für diese Handlung nicht strafrechtlich belangt werden dürfe. Auch dürfe er nicht an die lokalen Behörden zur Aburteilung übergeben werden. Welches Gericht ist zuständig, über den Kriegsgefangenenstatus zu entscheiden?²⁸

So konstruiert, unwahrscheinlich und speziell die oben dargestellten Fälle auf den ersten Blick wirken mögen, so zeigen sie doch, unter welcher unterschiedlichen Konstellationen sich Fragen über die Entscheidungsbefugnis über den Kombattanten- bzw. Kriegsgefangenenstatus stellen können. Eine Vielzahl an deutschen Normen mit Auslandsbezug kommt selten zur Anwendung, was ihre Bedeutung nicht schmälert²⁹ und keinen Grund darstellt, sich mit einer unvollständigen Regelung zufrieden zu geben.

Auch wenn hinsichtlich dieser Fragen in den USA eine Tendenz zur Umkehr zu erkennen ist,³⁰ so ist bei aller – wie gesagt, noch so berechtigter – von deutscher Seite vorgetragener Kritik an der U.S.-amerikanischen Umsetzung von Art. 5 GK III und dem Pochen auf die Einhaltung verfahrensrechtlicher Mindeststandards, doch zu fragen, ob und wie ein Verfahren zur Festlegung oder Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus nach deutschem Recht geregelt ist.

4. Rechtliche Ausgangslage

Die Bundesrepublik Deutschland ist den vier Genfer Rotkreuzabkommen vom 12. August 1949 durch Beitrittsgesetz vom 21. August 1954 beigetreten.³¹

Dennoch fehlt es bis heute an einer expliziten Regelung, welche das „zuständige Gericht“ i.S.d. Art. 5 GK III nach deutschem Recht bestimmt. Ebenso gibt es – aus dem nahe liegenden Grund, dass die Bundesrepublik Deutschland bis 1999 nie Partei eines bewaffneten Konflikts war – keine völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland zur tatsächlichen Handhabung dieser Frage³². So schweigt auch die einschlägige Literatur zu dem oben dargestellten Problemstand.³³

Dieser Regelungsmangel überrascht umso mehr, als zu Zeiten des Kalten Krieges zahlreiche und umfassende Regelungen für den ungewissen Eintritt des Verteidigungsfalles, also gewissermaßen „auf Halde“, getroffen worden sind.³⁴ Die nahe liegende Erklärung für dieses Regelungsdefizit, die sich aufdrängt, ist, dass man für diesen Fall davon ausging, das Ergebnis einer nuklearen Auseinandersetzung seien in jedem Falle keine Gefangenen.

Weil diese Erklärung aber nicht nur keineswegs zeitgemäß erscheint, sondern auch eine für einen Völkerrechtler zutiefst unbefriedigende Antwort sein muss, stellt sich die Frage, ob aus den geltenden völkerrechtlichen Verträgen und dem geltenden deutschen Prozessrecht eine Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entscheidung der Frage über den Kriegsgefangenenstatus hergeleitet werden kann.

4.1. Völkerrechtliche Vorgaben

Artikel 5 GK III über die Behandlung von Kriegsgefangenen³⁵ sieht vor, dass, wenn Zweifel bestehen, „ob eine Person, die eine kriegerische Handlung begangen hat und in Feindeshand gefallen ist, einer der in Art. 4 aufgezählten Kategorien angehört, so genießt diese Person den Schutz des vorliegenden Abkommens, bis ihre Stellung durch ein zuständiges Gericht festgestellt worden ist.“ Artikel 4 definiert, wer Kriegsgefangener im Sinne des 3. Genfer Abkommens ist.³⁶ Art. 5 GK III stellt also die Vermutung auf, dass ein gefangener Kombattant Kriegsgefangener ist, solange ein zuständiges Gericht nicht für den Einzelfall das Gegenteil festgestellt hat. In Art. 45 des ersten Zusatzprotokolls von 1977 zu den Genfer Konventionen – dem die Bundesrepublik durch Beitrittsgesetz von 1990 beigetreten ist³⁷ – wird der Geltungsbereich des Art. 5 GK III erweitert und präzisiert. Während Art. 5 GK III einen „Zweifel“ voraussetzt, ob es sich um einen Kriegsgefangenen handelt, erläutert Art. 45 Abs. 1 den Status in diesen Zweifelsfällen.

Nach Art. 45 Abs. 1 wird vermutet, dass Kombattant ist, wer an Feindseeligkeiten teilnimmt, und daher unter die GK III fällt. Der Status als Kriegsgefangener kommt daher aufgrund dieser Zweifelsregelung jedem Kombattanten automatisch mit der Gefangennahme zu.³⁸

²⁶ S. Egorov: The Kosovo crisis and the law of armed conflicts, *International Review of the Red Cross*, Nr. 837 (2000), S. 183-192.

²⁷ Näher dazu: B. Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, *EJIL*, Bd. 10 (1999), S. 1-22.

²⁸ Im Übrigen können Einheiten auch als Teile von UN-Peacekeeping-Einheiten, als Parteien eines bewaffneten Konflikts auftreten. Dazu: C. Greenwood, Scope of Application of Humanitarian Law, in: D. Fleck (Hrsg.) *The Handbook of International Humanitarian Law*, S. 52-53.

²⁹ Z. B. § 353 a Vertrauensbruch im auswärtigen Dienst (kein einziger Fall nach Kriminalstatistik zwischen 1987 und 2007, <http://www.bka.de/pks/zeitreihen/pdf/t01.pdf>); dazu: K. Ringwald, Der „Arnim-Paragraf“ (§ 353 a StGB) und der Schutz der auswärtigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland, (erscheint voraussichtl. 2009).

³⁰ H. Keller/M. Forowicz, A New Era for the Supreme Court after *Hamdan v. Rumsfeld?*, *ZaöRV*, Bd. 67(2007), S. 1-42.

³¹ BGBl. II, 1954, S. 781.

³² M. Schweitzer/A. Weber, *Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland* (Baden-Baden 2004), S. 852-853.

³³ Z.B.: H. Fischer, a.a.O. (Fn. 2), S. 374-375.

³⁴ K. Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, München 1980, S. 1409 ff.

³⁵ Sartorius II, Nr. 53.

³⁶ Im Einzelnen legt Art. 4 GK III sechs Kategorien von Personen fest, denen Kombattanten- und folglich Kriegsgefangenenstatus zukommt. Näher dazu: H. Fischer: a.a.O. (Fn. 2.) S. 334-335.

³⁷ BGBl. II 1990, S. 1550.

³⁸ T. Stein/C. v. Buttlar, *Völkerrecht*, (Carl Heymanns Verlag, 11. Aufl. 2005), RdNr. 1259.

Es genügt daher nach Art. 45 Abs. 1 ZP 1, dass sich eine Person, die an Feindseligkeiten teilgenommen hat, auf den Kriegsgefangenenstatus beruft, um eine Entscheidung über diesen Status erforderlich zu machen. Bis zur Aberkennung dieses Status kommt einem in Gewahrsam Genommenen zunächst aber der Schutz der III. Genfer Konvention zu. Eine solche gesonderte Entscheidung über die Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus soll nach Art. 45 Abs. 1 S. 2 ZP 1 wiederum ein „zuständiges Gericht“ („competent tribunal“) entscheiden, was erneut die Ausgangsfrage nach dem nach deutschem Recht zuständigen Gericht aufwirft.

Art. 45 Abs. 2 ZP 1 wiederum schreibt vor, dass wer „in die Gewalt einer gegnerischen Partei geraten ist, nicht als Kriegsgefangener in Gewahrsam gehalten wird und von dieser Partei wegen einer im Zusammenhang mit den Feindseligkeiten begangenen Straftat gerichtlich verfolgt werden soll, berechtigt ist, sich vor Gericht auf seinen Status als Kriegsgefangener zu berufen und eine diesbezügliche Entscheidung des Gerichts herbeizuführen“. Somit ist nach Art. 45 Abs. 2 ZP 1 auch eine Berufung auf Kriegsgefangenenstatus möglich, wenn die Gefangennahme nicht im Zusammenhang mit der Teilnahme an Feindseligkeiten erfolgte,³⁹ was Konstellationen wie dem oben geschilderten Fall 2 Relevanz verleiht.

4.1.1. Anforderungen des Art. 5 GK III an ein „competent Tribunal“

Die Ausgestaltung des „competent Tribunal“ i.S.d. Art. 5 GK III ist völkerrechtlich weitgehend dem Gewahrsamsstaat überlassen.⁴⁰

Die ursprüngliche Entwurfsfassung des Artikels sprach lediglich von einer „zuständigen Autorität“ („autorité responsable“), die dann zunächst in „Militärtribunal“ („tribunal militaire“) und schließlich in „zuständiges Tribunal“ („tribunal competent“/„competent tribunal“) geändert wurde, um der Bedeutung der zu treffenden Statusentscheidung Rechnung zu tragen. Diese sollte jedenfalls nicht von einer einzelnen Person getroffen werden.⁴¹

Die offene Formulierung des Art. 5 GK III wird gemeinhin so verstanden, dass eine Statusbestimmung beispielsweise auch durch Militärkommissionen erfolgen kann.⁴² Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass eine solche Entscheidung durch ein ziviles Gericht oder ein Militärtribunal erfolgt.⁴³ Art. 5 GK III verlangt weder ein langwieriges Verfahren, noch die Möglichkeit, Rechtsmittel gegen diese Entscheidung einlegen zu können.⁴⁴

Doch unterscheidet sich der Wortlaut von „competent Tribunal“ wie in Art. 45 Abs. 1 ZP 1, der eine Entscheidung durch ein „competent tribunal“ vorsieht, von einem „judicial Tribunal“ in Art. 45 Abs. 2 ZP 1, was in der deutschen Fassung als „Gericht“ übersetzt wird. Die Regelung des Art. 45 Abs. 2 ZP 1 wird so verstanden, dass sie dem einzelnen Betroffenen ein Recht einräumt, sein Anrecht auf Kriegsgefangenenstatus in einem neuen Verfahren, ungeachtet der im Verfahren nach Artikel 45 Abs. 1 ZP 1 getroffenen Entscheidung einzukla-

gen.⁴⁵ Diese durch das 1. Zusatzprotokoll getroffene verfahrensmäßige Ausgestaltung führt aber nur zurück zu der Frage, welches „zuständige“ deutsche Gericht diesen Anforderungen genügen könnte.

4.1.2. Abweichung der deutschen Übersetzung

Die amtliche deutsche Übersetzung des Art. 5 GK III („zuständiges Gericht“) weicht semantisch von der Regelung des Abkommens in den Vertragssprachen ab. Während in den verbindlichen Vertragssprachen Englisch und Französisch von einem „zuständigen Tribunal“ („competent tribunal“/„tribunal compétent“) die Rede ist, heißt es in der deutschen Übersetzung „zuständiges Gericht“.⁴⁶ Diese Abweichung in der Übersetzung scheint eher auf ein ziviles, der militärischen Exekutivgewalt gegenüberstehendes Gericht, als auf ein ihr zugehöriges Militärtribunal hinzudeuten, wie es in den verbindlichen Vertragssprachen der Fall ist.⁴⁷

Jedoch hat eine solche abweichende Übersetzung hinsichtlich der Bindungswirkung des Staates keinerlei Auswirkungen. Allein durch eine unpräzise amtliche Übersetzung kann eine völkerrechtliche Bindung aber nicht erweitert werden, wie auch Art. 33 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) feststellt. Da die deutsche Übersetzung der III. Genfer Konvention auch nicht zu den Vorarbeiten der Konvention zählt, kann sie nicht einmal als ergänzendes Auslegungsmittel i.S.v. Art. 32 WVK herangezogen werden.⁴⁸ Es stünde dem deutschen Gesetzgeber aber frei, im Rahmen seiner Vertragsgewalt, eine über völkerrechtliche Verpflichtungen hinausgehende Rechtsschutzgarantie in einem nationalen Ausführungsgesetz festzuschreiben.⁴⁹ Ein Ausführungsgesetz, welches die Umsetzung und nähere Ausgestaltung eines solchen Tribunals oder Gerichts nach innerdeutschem Recht regelt, besteht wie gesagt in der Bundesrepublik Deutschland bisher – über 50 Jahre nach deren Beitritt zu den Genfer Konventionen von 1949 – nicht.

³⁹ J. d'Preux, in: C. Sandoz / Y. Swinarski / B. Zimmermann (Hrsg.) Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Genf 1987, RdNr. 1729.

⁴⁰ L. Green, a.a.O. (Fn. 2), S. 112.

⁴¹ J. Pictet, a.a.O. (Fn. 3), S. 85-86.

⁴² J. Wiczorek, a.a.O. (Fn. 4), S. 119; J. d'Preux, a.a.O. (Fn. 39), RdNr. 1745.

⁴³ J. Pictet, a.a.O. (Fn. 3), S. 86.

⁴⁴ Gutachten Nr. 245/2003 der Venedig Kommission vom 17. Dezember 2003 zum möglichen Bedürfnis, die Genfer Konventionen fortzuentwickeln, Nr. 25-29 (Gutacher: C. Grabenwarter / J. Helgensen / G. Nolte).

⁴⁵ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, S. 433, CDDH/III/3338.

⁴⁶ BGBl. II, 1954, S. 841.

⁴⁷ In diesem Sinne versteht zudem die Interamerikanische Menschenrechtskommission Art. 5 GK III, Inter-American Commission on Human Rights (IACHR): Decision on Request for Precautionary Measures (Detainees at Guantánamo Bay, Cuba), ILM, Bd. 41 (2002), S. 532-533.

⁴⁸ W. Heintschel von Heinegg, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, 2004, Kap. 3, § 11, RdNr. 23, S. 147.

⁴⁹ R. Bernhardt, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: HdbStR, VII, § 174, RdNr. 21 ff.

Mangels Einrichtung eines entsprechenden Tribunals liegt daher zunächst die Vermutung nahe, dass folglich keine Möglichkeit besteht, im Zweifelsfall über den Status von Kriegsgefangenen zu entscheiden bzw. ihnen diesen entgegen der Zweifelsregelung des Art. 5 der III. Genfer Konvention und Art. 45 Abs. 1 Zusatzprotokoll 1 zu verweigern oder abzuerkennen. Es stellt sich aber die Frage, ob die bestehenden Zuständigkeitsregelungen genügen, so dass sich aus ihnen die Zuständigkeit eines bestehenden deutschen Gerichts herleiten lässt.

4.2. Vorgaben und mögliche Zuständigkeiten nach deutschem Recht

Der Umstand, dass es an einer spezifischen Regelung fehlt, wirft eine Reihe an Fragen und Problemständen auf, die hier nur angerissen, aber nicht abschließend beantwortet werden können. Allein schon ein kursorischer Überblick über diese Problemstände lässt erahnen, welche komplexen Fragen damit einhergehen.

Naheliegender ist die Frage, ob die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz auch für die Statusentscheidung zur Festlegung oder ggf. Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus gilt. Bei Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 hat dies zur Folge, dass zumindest subsidiär der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet wäre. Auch ergeben sich daraus Anforderungen zur Ausgestaltung des Rechtswegs.⁵⁰

4.2.1. Verfassungsrechtliche Aspekte

Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) garantiert die Eröffnung des Rechtswegs für den Fall, dass „jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt“ wird. Sollte es sich also bei einem möglichen Kriegsgefangenen um einen „jemand“ i.S.d. Art. 19 Abs. 4 handeln, so hätte das zur Folge, dass nach Art. 19 Abs. 4 S. 2, „soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist“, zumindest subsidiär der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet wäre. Hierfür müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 erfüllt sein. Dieser gilt grundsätzlich auch für Ausländer,⁵¹ was ein gegnerischer Kombattant noch nicht einmal sein muss.⁵² Als natürliche Person wäre ein potentieller Kombattant jedenfalls „jemand“ i.S.d. Art. 19 Abs. 4.⁵³ Die einzige Umgehungsmöglichkeit dessen wäre womöglich, sich auf die Begrenzung zu berufen, Art. 19 Abs. 4 gelte nicht für ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts,⁵⁴ für die ein Kombattant handelt. Diese Ansicht ist allerdings höchst streitig.⁵⁵ Auch wenn schon eine Qualifikation bestimmter Konfliktparteien als ausländische juristische Person öffentlichen Rechts fragwürdig erscheint, so kommt es im Übrigen für einen Kombattantenstatus auch nicht auf eine solche Festlegung an.⁵⁶

Dies wirft aber die Frage auf, ob der Gefangene in seiner Grundstellung als Individuum, als Organ einer gegnerischen Konfliktpartei oder eines ausländischen Staates betroffen ist. Einzelne Handlungen jedenfalls, die er in seiner Eigenschaft als Kombattant vorgenommen hat, sind ggf. dem ausländischen Staat zuzurechnen, in dessen Streitkräfte er eingegli-

dert ist.⁵⁷ Diese Frage betrifft das zentrale Spannungsfeld der gegenwärtigen wissenschaftlichen Diskussion von humanitärem Völkerrecht, nämlich die Frage des Verhältnisses von humanitärem Völkerrecht und menschenrechtlichen Gewährleistungen.⁵⁸ Individualschutz mag im Völkerrecht zum Zeitpunkt der Schaffung der Regel des Art. 5 der III. Genfer Konvention nicht in dem Maße ausgeprägt gewesen sein, wie es gegenwärtig der Fall ist, da eine weitere Ausprägung des Schutzes von Individualrechten wohl einer generellen Tendenz der Völkerrechtsentwicklung entspricht.⁵⁹ Im Falle eines Tätigwerdens als Kombattant ist aber klar zwischen der funktionalen Stellung (Kombattant) und der Grundstellung (Mensch) – nicht unähnlich der Lehre vom allgemeinen und besonderen Gewaltverhältnis im deutschen Verwaltungsrecht –⁶⁰ zu unterscheiden. Dem für den einzelnen Staat tätig werdenden Kombattanten wird in der konkreten Situation, in der er schädigende Handlungen als Organ des anderen Staates begeht, jedenfalls nicht voll umfänglich menschenrechtlicher Schutz zuteil.⁶¹ Dies mag zunächst befremdlich erscheinen, ist jedoch ebenso logisch, wie auch konsequent. Als Kombattant befindet sich der Einzelne gerade nicht in einer Lage, in der die auf die innerstaatliche Situationen anwendbaren ethischen Maßstäbe angesichts der Anarchie nicht ohne weiteres übertragen, ja quasi „hochgezont“, werden können.⁶² Dies beschränkt sich aber auf die enge Situation der militärischen Auseinandersetzung an sich.⁶³ Außerhalb der Situation der militärischen Auseinandersetzung gilt eine entsprechende Rechtsschutzgarantie auch für den mutmaßlichen Kriegsgefangenen.⁶⁴

⁵⁰ P. Huber, Art. 19 IV, in: H. v. Mangoldt/E. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, München 2005, RdNr. 440 ff.

⁵¹ P. Huber, *Id.*, RdNr. 382.

⁵² Vgl. z.B. K. Doehring, Aliens, Military Service, in: EPIL, Bd. 1, S. 112-116.

⁵³ E. Schmidt-Aßmann, in: T. Maunz / G. Düring / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 2007, RdNr. 38.

⁵⁴ W. Krebs, Art. 19, in: I. v. Münch / P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Auflage, München, 2000, RdNr. 51.

⁵⁵ P. Huber, a.a.O. (Fn. 50), RdNr. 383, m.w.N.

⁵⁶ J. Preux, Statut de combattant et de prisonnier de guerre, IRRC, Bd. 71 (1989), S. 47-54.

⁵⁷ A. Freemann, Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, RdC, Bd. 88 (1955-II), S. 263-416, insb. S. 293 ff.

⁵⁸ D. Weingärtner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte (Baden-Baden 2008); T. Marauhn / G. Nolte / A. Paulus, Possible future trends in international humanitarian law, Human Rights Law Journal, Bd. 28 (2007), S. 65-75, M. Bothe, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte, HuV-I, Bd. 21 (2008), 1, S. 4-8.

⁵⁹ N. Krisch, Legality, Morality and the Dilemma of Humanitarian Intervention after Kosovo, EJIL, Bd. 13 (2002), S. 323-336.

⁶⁰ Dazu: F.-J. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2006, RdNr. 274 ff.

⁶¹ B. Schäfer, Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, in: N. Weiß, Menschenrechtsbindung bei Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, Potsdam 2006, S. 7-9.

⁶² H. Morgenthau, Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen, Leipzig 1929, zugl. Diss. Jur. Leipzig, 1929, S. 98-104.

⁶³ T. Meron, The Humanization of Humanitarian Law AJIL, Bd. 94 (2000), S. 239-278 (240-242).

⁶⁴ H. Fischer, a.a.O. (Fn. 2), S. 372.

Auch wenn der eigentliche bewaffnete Konflikt noch andauern mag, so ist hinsichtlich der Fragen des Menschenrechtsschutzes – und konsequenterweise der Grundrechtserstreckung – auf die konkrete Situation abzustellen.⁶⁵ Daraus folgt, dass die Entscheidung über die Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus den potentiellen Kriegsgefangenen als „jemand“ i.S.d. Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz betrifft.

Weitergehend und in diesem Rahmen nicht annähernd umfassend zu behandeln, ist die Frage, ob es sich bei der Statusentscheidung um einen „Akt der öffentlichen Gewalt“ handelt. Grundsätzlich werden darunter alle Akte der staatlichen, deutschen Gewalt, die an das Grundgesetz gebunden ist, verstanden.⁶⁶ Die Aberkennung des Kriegsgefangenenstatus stellt sich danach *prima facie* als ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt dar.

Denkbar wäre jedoch, in Abhängigkeit von dem jeweiligen konkreten politischen Zusammenhang eines bewaffneten Konflikts, eine Zurechnung der Entscheidung als einen Rechtsakt einer internationalen Organisation anzusehen, die nicht von Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz erfasst werden.⁶⁷ Das bringt eine Reihe weitergehender Problemkreise mit sich.⁶⁸ Es erscheint hingegen abwegig, auch bei Fällen wie z. B. dem Kosovo-Konflikt 1999, internationale Organisationen wie die NATO selbst als Konfliktpartei anzusehen, die durch die III. Genfer Konvention gebunden ist, und nicht die dahinter stehenden Staaten.⁶⁹ Zudem kann auch der nationale Vollzug einer solchen Entscheidung unter den Schutzbereich der Rechtsschutzgarantie fallen.⁷⁰

Jedenfalls erschiene es abwegig, die Verweigerung des Kriegsgefangenenstatus nach deutschem Recht als einen sogenannten justizfreien Hoheitsakt⁷¹ anzusehen. Daher stellt sich auch aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe die Frage nach dem Gericht, dem die Zuständigkeit für die entsprechende Entscheidung zukommt und dem entsprechenden Rechtsweg.

4.2.2. Mögliche Rechtswege und zuständige Gerichte

In Betracht kommen unterschiedliche Rechtswege und zuständige Gerichte. Es erscheint nahe liegend, zunächst eine Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu überprüfen.

4.2.2.1. Verwaltungsrechtsweg

Nach § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit sie nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen sind. Der Charakter eines Verfahrens zur Feststellung des Kriegsgefangenenstatus als öffentlich-rechtliche Streitigkeit⁷² dürfte außer Zweifel stehen.

Fraglich ist jedoch, ob sich eine abdrängende Spezialzuweisung findet, die einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 40 VwGO ausschließt. Eine Regelung, die explizit ein solches Verfahren anderen Gerichten als der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuweist, existiert (wie oben dargestellt) nicht.

Bei der Suche nach dieser Spezialzuweisung, kann aber das völkerrechtliche Prinzip der Gegenseitigkeit (Reziprozität) hilfreich sein.⁷³ Bezogen auf den hier behandelten Problemstand gebietet dieses Prinzip allgemein eine Angleichung der Behandlung von Kriegsgefangenen an die Behandlung der Angehörigen der eigenen Streitkräfte (Angleichungsprinzip, „*Principle of Assimilation*“).⁷⁴

Zudem bestimmt Art. 82 der III. GK, dass Kriegsgefangene den für die Streitkräfte des Gewahrsamsstaates geltenden allgemeinen Gesetzen, Verordnungen und Anordnungen unterstehen. Art. 102 der III. GK legt außerdem fest, dass ein Urteil gegen einen Kriegsgefangenen nur dann rechtsgültig gefällt werden kann, wenn es durch die gleichen Gerichte und nach den gleichen Verfahren, wie sie für die Streitkräfte des Gewahrsamsstaates vorgesehen sind, ausgesprochen wird. Zwar beziehen sich die Artikel 82 und 102 auf Straf- und Disziplinarverfahren,⁷⁵ doch kann der Sinn und Zweck dieses Artikels vollends unterlaufen werden, wenn bereits der Zugang zu einem solchen Verfahren durch ein Verfahren mit geringeren Hürden ausgestattet ist. Sollte es also eine Zuweisung geben, die näher regelt, wie ein deutscher Soldat den Kombattantenstatus geltend machen kann, so ließen sich daraus Schlüsse für ein entsprechendes Verfahren ziehen.

Der Kombattantenstatus ergibt sich für deutsche Soldaten aus dem Wehrdienstverhältnis.⁷⁶ Dieses wiederum kann auf verschiedene Weisen begründet werden, nämlich durch Wehrpflicht oder durch freiwillige Verpflichtung.⁷⁷ Grundsätzlich steht zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines solchen Wehrdienstverhältnisses der Verwal-

⁶⁵ T. Meron, a.a.O. (Fn. 63), S. 252 f.; G. Dürig, Art. 87 a, in: T. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München, Loseblattsammlung, Stand: Dez. 2007, RdNr. 54.

⁶⁶ BVerfGE, 1, 10; 6, 15, 18.

⁶⁷ P. Huber, a.a.O. (Fn. 50), RdNr. 421.

⁶⁸ Vgl. G. Nolte, Human Rights Protection against International Institutions in Kosovo: The Proposals of the Venice Commission of the Council of Europe and their Implementation, in: P.-M. Dupuy / B. Fassbender / M. Shaw / K. Sommermann (Hrsg.) in: Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in International Law, Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl 2006, S. 245-258. Zu den jüngst viel diskutierten Fällen *Behrami* und *Saramati*: U. Häußler: Regional Rights vs. International Peace Missions: Lessons Learned from Kosovo, HuV-I, Bd. (2007), S. 238-244.

⁶⁹ Eingehend zu diesem Problemstand: D. Saoroshi, International Organizations and their exercise of sovereign power, Oxford 2008, S. 46-49; L. Green, a.a.O. (Fn.2), S. 191-192.

⁷⁰ W. Krebs, a.a.O. (Fn. 50), RdNr. 53.

⁷¹ Zum Begriff: E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn. 53), RdNr. 77 ff.

⁷² Dazu: W.-R. Schenke, Verfassungsprozessrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2007, S. 30-39.

⁷³ Allgemein dazu: S. Hobe / O. Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 8. Auflage, Tübingen und Basel 2004, S. 350-352.

⁷⁴ J. de Preux, Commentary, III Geneva Convention, Genf 1960, S. 406-409.

⁷⁵ H.-P. Gassner, Humanitäres Völkerrecht – eine Einführung, Baden-Baden 2007, S. 107.

⁷⁶ M. Oldiges, Wehrrecht und Zivilverteidigungsrecht, in: N. v. Achterberg / G. Püttner / T. Würtzberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg, 2000, § 123, RdNr. 129.

⁷⁷ Näher dazu: D. Walz, § 1, in: D. Walz / K. Eichen / S. Sohm (Hrsg.), Soldatengesetz-Kommentar, Heidelberg: 2006, RdNr. 24 ff.

tungsrechtsweg aufgrund besonderer gesetzlicher Zuweisungen (§ 32 WPfIG, § 59 SG) offen.⁷⁸

Doch ist der völkerrechtliche Kombattantenstatus weiter gefasst und nicht an das Bestehen eines bestimmten Dienstverhältnisses gebunden und kann auch auf andere Art und Weise begründet werden.⁷⁹ Die Möglichkeit, die Frage des Kombattantenstatus für deutsche Soldaten unabhängig und losgelöst vom Bestehen eines etwaigen Dienstverhältnisses festzustellen, besteht grundsätzlich nicht. Fälle, in denen Verwaltungsgerichte sich u.a. mit Fragen des Kombattantenstatus deutscher Soldaten zu befassen hatten, betreffen diese Frage nur mittelbar. So hatte sich 2005 während des Einsatzes im Rahmen der ISAF in Afghanistan eine Sanitätssoldatin gegen eine Disziplinarbuße gewandt, die gegen sie aufgrund einer Weigerung, als Sanitätssoldatin Dienste zur Lagersicherung zu übernehmen, ergangen war. Zur Begründung dieser Weigerung trug sie vor, dass sie als Nichtkombattantin mit angelegter Rot-Kreuz-Binde nicht im Sicherungsdienst eingesetzt werden dürfe. In der Folgezeit erhob die Sanitätssoldatin Beschwerde gegen den Befehlshaber des Einsatzführungskommandos der Bundeswehr wegen der – nach ihrer Ansicht – völkerrechtswidrig erteilten Befehle. Nach Zurückweisung dieser Beschwerde beantragte sie gerichtliche Entscheidung gemäß § 17 Abs. 1 Wehrbeschwerdeordnung (WBO) mit dem Ziel festzustellen, die Befehle und Weisungen zum Einsatz von Sanitätssoldaten seien rechtswidrig.⁸⁰

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diesem Fall nicht mit der Frage des Kombattantenstatus der Antragstellerin auseinandergesetzt, sondern die erhobene Beschwerde bereits als unzulässig verworfen, da die Antragstellerin bereits durch die beanstandeten Befehle und Weisungen nicht selbst beschwert sei, wie es § 17 Abs. 1 S. 1 WBO erfordert, da die angegriffenen Befehle und Weisungen ausschließlich an Vorgesetzte der Antragstellerin und andere Dienststellen der Bundeswehr gerichtet seien.⁸¹

In dem bekannten Fall eines Majors, der 2003 mit Berufung auf seine Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und 3 GG einen Befehl zur Mitarbeit an einem Computerprogramm verweigerte, um nicht eine etwaige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an einem rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak zu unterstützen, trug dieser zur Begründung seiner Weigerung u.a. vor, er wolle nicht als Kombattant gelten. In diesem Fall tauchte die Frage des Kombattantenstatus zwar auf, jedoch setzte sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil nicht mit dieser Frage auseinander.⁸²

Diese Fälle zeigen aber einen möglichen Lösungsweg auf: Es stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit dem Prinzip der Gegenseitigkeit von einer abdrängenden Spezialzuweisung zu den Truppendienstgerichten ausgegangen werden kann. Eine Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs durch einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 40 VwGO erscheint jedenfalls weder sachgerecht noch praktikabel, zieht man den Regelungszweck, des Art. 5 III. GK in Betracht.⁸³

Allerdings erfordert § 40 VwGO als abdrängende Spezialzuweisung ein förmliches Bundesgesetz.⁸⁴ Das Vertragsgesetz

zur III. GK⁸⁵ ist zwar ein förmliches Bundesgesetz,⁸⁶ enthält aber für sich genommen keine solche abdrängende Spezialzuweisung. Eine solche Verweisung könnte aber in § 17 Wehrbeschwerdeordnung liegen.

4.2.2.2. Truppendienstgerichte

Schon aus Gründen der größeren Sachnähe erscheint es nahe liegend, eine Zuständigkeit der Truppendienstgerichte anzunehmen. Die Begründung einer solchen Zuständigkeit gestaltet sich aber als schwierig. Ein Spiegelbildargument kann für die Begründung hilfreich sein: Der Grundsatz der Gegenseitigkeit gebietet es, Kriegsgefangenen eine ähnliche Behandlung angedeihen zu lassen, wie Angehörigen der eigenen Streitkräfte. Aufgrund des Art. 45 Abs. 1 ZP 1 gilt zunächst die Vermutung, es handele sich bei in Gewahrsam genommenen Personen um Kriegsgefangene. Ein gesonderter Verfahren zur Feststellung des Kombattantenstatus deutscher Soldaten existiert wie gesagt nicht (s. o.). Hingegen bestehen durchaus spezielle Rechtsschutzmöglichkeiten, die es Soldaten ermöglichen, bei Verletzung bestimmter Rechte die Truppendienstgerichte anzurufen. Nach § 17 WBO „... kann der Beschwerdeführer die Entscheidung des Truppendienstgerichts beantragen, wenn seine Beschwerde eine Verletzung seiner Rechte oder eine Verletzung von Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber zum Gegenstand hat ...“. Zu diesen Rechten gehört die Verlängerung des Wehrdienstverhältnisses für Soldaten, die während eines Auslandseinsatzes der Streitkräfte verschleppt werden oder in Gefangenschaft geraten bis zum Ablauf eines Monats nach Beendigung dieses Zustandes.⁸⁷ Als rechtsverletzende Maßnahme oder Unterlassung i.S.d. § 17 WBO kommt hier schon der bloße Zweifel am Kombattantenstatus in Betracht.

Das gerichtliche Verfahren nach § 17 WBO setzt aber ein erfolgloses Vorverfahren bestehend aus Beschwerde und weiterer Beschwerde voraus. Fälle, in denen wie in anderen Verfahrensordnungen das Vorverfahren entbehrlich ist, kennt die WBO grundsätzlich nicht.⁸⁸ Höchstens ließe sich – mit viel Mühe und fragwürdiger Argumentation – aus der Rege-

⁷⁸ F. Kopp / W.-R. Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, 15. Aufl., München 2007, § 40 RdNr. 75.

⁷⁹ Y. Dinstein, Prisoners of War, in: EPIL, Bd. III, S. 1109-1111.

⁸⁰ BVerwG, 1 WB 58.06/1 WB 64.06, Beschluss des 1. Wehrdienstsenates vom 27. November 2007.

⁸¹ BVerwG, 1 WB 58.06/1 WB 64.06, RdNr. 36-42.

⁸² BVerwG, 2 WD 12/04, Urteil des 2. Wehrdienstsenates des Bundesverwaltungsgerichts von 21. Juni 2005, dazu: R. Geiß, Weltbürger in Uniform, AVR, Bd. 44 (2006), S. 217-233; M. Ladiges, Das BVerwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten, NJW 2006, S. 956.

⁸³ J. Pictet, a.a.O. (Fn. 3), S. 83-85.

⁸⁴ F. Kopp/W.-R. Schenke, a.a.O. (Fn. 79), § 40 RdNr. 49 ff.

⁸⁵ BGBl. II, 1954, S. 781.

⁸⁶ P. Kunig, Völkerrecht und Staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, RdNr. 99 ff.

⁸⁷ §§ 40 Abs. 5, 44 Abs. 1 S. 6, 51 Abs. 2 S. 6 SG; vgl. C. Raap, Zur Einführung: Wehrrecht, JuS 2003, S. 10; Bei diesen Regelungen handelt es sich um spezielle Ausprägungen der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstherrn. vgl. W. Scherer / R. Alff / A. Poretschkin, Soldatengesetz – Kommentar, 8. Auflage, München 2008, § 40 RdNr. 13.

⁸⁸ W. Stauf, Wehrrecht II, Kommentar, Baden-Baden 2002, WBO § 17 RdNr. 2.

lung des Art. 45 Abs. 1 ZP 1 die Vermutung eines erfolglosen Vorverfahrens herleiten. Jedoch handelt es sich hierbei um Fragen der Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung und nicht der Zuständigkeit. Daneben stellen sich eine Reihe an Fragen zur etwaigen Zulässigkeit einer solchen Beschwerde, wie z.B. die, ob ein Angehöriger fremder Streitkräfte überhaupt Beschwerdeberechtigter sein kann.⁸⁹ Strukturell handelt es sich zudem bei einem Verfahren nach Art. 5 GK III, Art. 45 Abs. 1 ZP I nicht um ein Rechtsschutzbegehren des einzelnen Gefangenen, sondern vielmehr um ein geordnetes Verfahren, das der Gewahrsamsstaat selbst bestreiten muss, um dem einzelnen Kriegsgefangenen einen solchen Status zu verweigern.⁹⁰

Zumindest nach Praktikabilitätserwägungen erschiene, angesichts des gegenwärtigen, virtuell vorhandenen Bedarfs, die Annahme einer Zuständigkeit der Truppendienstgerichte als hinreichend, wenn auch derzeit kaum mit rechtlich zufriedenstellenden Argumenten begründbar.

4.2.2.3. Ordentlicher Rechtsweg

Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz eröffnet zumindest subsidiär den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Für einen solchen Rückgriff besteht, wenn man die oben dargestellte Regelung als hinreichend ansehen will, kein Bedarf.

Aufgrund einer im Zusammenhang mit Feindseligkeiten begangenen Straftat, könnte jedenfalls im Rahmen eines Strafverfahrens von einem Strafgericht, wie in Art. 45 Abs. 2 ZP 1 vorgesehen, der Kriegsgefangenenstatus aberkannt werden. Art. 45 Abs. 2 ZP 1 erfordert zwar eine gesonderte Entscheidung des jeweiligen Strafgerichts, aber keinen gesonderten Rechtszug.⁹¹ Infolge dieser Regelung stellt sich auch das vorhandene Regelungsdefizit nicht als ganz so groß dar, wie es zunächst den Anschein hat.

5. Vergleich mit den Regelungen anderer Staaten

Anders als die Bundesrepublik Deutschland haben andere Staaten nähere Regelungen zur Bestimmung des „*competent Tribunal*“ nach Art. 5 der III. GK getroffen. Es ist wenig erstaunlich, dass gerade die Staaten, die sich regelmäßig mit der Situation des bewaffneten Konflikts auseinandersetzen haben, hierzu die genauesten Regelungen getroffen haben.⁹² Die in den Vereinigten Staaten dazu getroffene Regelung war unlängst Gegenstand einiger eingangs erwähnter Urteile der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung und ist in der Völkerrechtswissenschaft eingehend diskutiert worden.⁹³

In Großbritannien existieren seit 1958 eigens zum Zweck der Statusbestimmung eingerichtete Untersuchungsausschüsse, die aufgrund der „Prisoner of War Determination of Status Regulations“ eingerichtet wurden.⁹⁴ Commonwealthstaaten wie Kanada, Australien und Neuseeland haben ebenfalls präzise Regelungen zur Festlegung des Kriegsgefangenenstatus getroffen. Kanadisches Recht z. B. sieht in den 1991 erlassenen „Prisoner of War Status Determination Regulations“ ein Verfahren vor, in dem aufgrund einer Anhörung durch einen Rechtsberater der kanadischen Streitkräfte die

Feststellung des Kriegsgefangenenstatus erfolgt.⁹⁵ Die israelische Regelung zur Festlegung des Kriegsgefangenenstatus sieht sogar die Möglichkeit einer Einlegung von Rechtsmitteln bis hinauf zum israelischen Verfassungsgericht vor.⁹⁶ All diese bestehenden Regelungen bieten reichlich Anregung, auf welche Art und Weise dem Zustand der nicht existenten Regelung in der Bundesrepublik Deutschland abgeholfen werden könnte.

6. Ergebnis

Ein Ausführungsgesetz, das die Umsetzung und nähere Ausgestaltung eines solchen Tribunals oder Gerichts i.S.d. Art. 5 der III. GK nach deutschem Recht regelt, besteht in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht. Mangels Einrichtung eines entsprechenden Tribunals besteht daher z. Zt. im deutschen Recht keine gesondert geregelte Möglichkeit, im Zweifelsfalle über den Status von Kriegsgefangenen zu entscheiden bzw. ihnen diesen entgegen der Zweifelsregelung des Art. 5 der III. GK und Art. 45 Abs. 1 ZP 1 zu verweigern oder abzuerkennen.

Eine Zuständigkeit der Truppendienstgerichte aufgrund von Art. 17 WBO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 ZP 1 anzunehmen, erscheint rechtlich nur schwer begründbar.

Allein im Rahmen eines Strafverfahrens vor einem Strafgericht aufgrund einer im Zusammenhang mit Feindseligkeiten begangenen Straftat könnte, wie in Art. 45 Abs. 2 ZP 1 vorgesehen, der Kriegsgefangenenstatus aberkannt werden.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage scheint es wünschenswert, eine nähere innerstaatliche Regelung über ein „*competent Tribunal*“ i.S.d. Art. 5 der III. Genfer Konvention zu treffen. Hier besteht insoweit Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber.

7. Rechtslage und Handlungsbedarf *de lege ferenda*

Es mag generell unpopulär sein, in Zeiten der Rechtsbereinigung den Erlass einer neuen Norm anzuregen,⁹⁷ jedoch erscheint eine klarstellende Regelung aufgrund der oben

⁸⁹ H.-V. Böttcher/K. Dau, Wehrbeschwerdeordnung – Kommentar, 4. Auflage, München 1996, § 17 RdNr. 3.

⁹⁰ J. d'Preux, a.a.O. (Fn. 39), RdNr. 1746 ff.

⁹¹ J. d'Preux, id., RdNr. 1752-1754.

⁹² Eingehend dazu: J. Naqui, Doubtful Prisoner of-War Status, IRRC, Bd. 84 (2002), S. 584-591.

⁹³ S. Murphy, Hamdan and the Military Commissions Act of 2006, an Overview, Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law, Bd. 101 (2007), S. 339-347.

⁹⁴ UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict, Oxford 2005, RdNr. 8.21.; G. Risius, Prisoners of War and the United Kingdom, in: P. Rowe (Hrsg.), The Gulf War 1990-91 in International and English Law, London 1993, S. 298-303.

⁹⁵ Prisoner of War Status Determination Regulations, SOR/91-134, Department of Justice, Canada.

⁹⁶ J. Naqui, a.a.O. (Fn. 93), S. 590-591.

⁹⁷ Bundesministerium der Justiz, Initiative Bürokratieabbau, Bereinigung des Bundesrechts, Zweiter Zwischenbericht vom 23. August 2005, <http://www.bmj.bund.de>.

dargestellten völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben geboten. Eine Klarstellung kann im Rahmen einer Regelung, die letztlich nur einen Satz umfassen müsste, geschehen. Dieser Satz könnte z.B. lauten „Zuständiges Gericht im Sinne des Art. 5 des Dritten Genfer Abkommens von 1949 und Artikel 45 Abs. 1 erstes Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1949 sind die Truppendienstgerichte.“ Dies könnte als Regelung im Rahmen einer Ergänzung einer bestehenden Vorschrift des Bundesrechts oder im Rahmen einer eigenständigen rechtlichen Kodifikation erfolgen.

Es steht dem Gesetzgeber aber völkerrechtlich frei, eine andere Regelung zu treffen, z.B. durch Einrichtung eines

Ausschusses oder einer ähnlichen Institution, denn die völkerrechtlichen Anforderungen an ein solches „zuständiges Gericht“ sind ausgesprochen gering. In jedem Falle genügen die Truppendienstgerichte den völkerrechtlichen Anforderungen an ein solches zuständiges Gericht.⁹⁸

Bis eine solche klarstellende Regelung getroffen ist, kann die Antwort auf die aufgeworfene Frage nach dem „competent Tribunal“ wohl kaum „Keine Gefangenen!“ lauten. ■

⁹⁸ Dazu: W. Hays Parks, *The Law of War Adviser*, JAG Journal, Bd. 31 Nr. 1 (1980), S. 14.

Die Rechtsprechung des Sondergerichtshofs für Sierra Leone und sein Beitrag zum humanitären Völkerrecht

Simon M. Meisenberg*

The Special Court for Sierra Leone has issued its first two judgements in early 2008 by convicting five persons to long sentences for crimes against humanity and war crimes. The current article examines the jurisprudence of the Special Court in relation to international humanitarian law, especially in relation to war crimes in non-international armed conflicts, and highlights its most important legal findings. The Special Court made important and significant findings in relation to the recruitment of children in armed conflict, act of terror, collective punishment, wanton destruction, pillage, and superior responsibility with non-state armed groups or irregular forces. The article can however, due to the complexity of the factual background of the cases and the quantity of interesting legal issues, only mention and highlight the most important and significant findings and where appropriate briefly comment on them.

Der Sondergerichtshof für Sierra Leone hat im Frühjahr 2008 seine ersten beiden Verfahren durch die rechtskräftigen Verurteilungen von fünf Personen für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen abgeschlossen. Im vorliegenden Beitrag wird die Rechtsprechung des Sondergerichtshofs zum humanitären Völkerrecht, insbesondere zu den Tatbeständen der Kriegsverbrechen im nicht-internationalen Konflikt, untersucht, und seine wichtigsten Feststellungen werden hervorgehoben und diskutiert. Der Sondergerichtshof hat wichtige und wegweisende Feststellungen zu den Tatbeständen der Rekrutierung von Kindersoldaten, terroristischer Akte, Kollektivstrafen, Sachbeschädigungsdelikte, der Plünderungen und der Befehlshaberstrukturen in irregulären Streitkräften getroffen, die besonderer Erwähnung und Anmerkungen bedürfen. Durch die Komplexität der Sachverhalte und der Vielfalt an rechtlichen Fragestellungen, kann dieser Beitrag jedoch nur die wichtigsten Feststellungen der Rechtsprechung aufzeigen und kurz zu ihnen Stellung nehmen.

1. Einführung

Am 22. Februar 2008 bestätigte die Berufungskammer des Sondergerichtshofs für Sierra Leone (SLStGH) im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil gegen drei frühere Anführer der Rebellenorganisation „Armed Forces Revolutionary Council“ (AFRC). Die drei Angeklagten, *Brima*, *Kamara* und *Kanu*, wurden zu 45 bis 50 Jahren Haft für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verurteilt.¹ Dieses erste rechtskräftige Urteil des SLStGH ist ein wichtiger Meilenstein für das durch den Bürgerkrieg geprägte Land. Ferner erging am 28. Mai 2008 das Berufungsurteil im sogenannten „Civil Defence Forces“ (CDF) Verfahren. Zwei Anführer dieser bewaffneten Organisation, *Fofana* und

Kondewa, die als Bürgermilizen auf der Seite der Regierung gegen die Rebellen kämpften, wurden zu 15 und 20 Jahre respektive für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen

* Ass. iur (2003); Research Assistant Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (2004); seit 2005 Legal Officer am SLStGH. Der Artikel gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

¹ *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, SCSL-2004-16-A, Judgement, 22. Februar 2008 (nachfolgend „AFRC AC Urteil“); *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, SCSL-2004-16-T, Judgement, 20. Juni 2007 (nachfolgend „AFRC TC Urteil“); *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, SCSL-04-16-T, Sentencing Judgement, 19 July 2007; Richter der Berufungskammer sind Richter G. King (Sierra Leone), E. Ayoola (Nigeria), R. Winter (Österreich), R. Fernando (Sri Lanka) und J. Kamanda (Sierra Leone); Richter der Verfahrenskammer II sind Richter J. Sebutinde (Uganda), T. Doherty (Großbritannien) und R. Lussick (Samoa)

die Menschlichkeit verurteilt.² Die Verfahrenskammer hatte zuvor vergleichsweise milde Strafen gegen die beiden Angeklagten von 6 bis 8 Jahren Haft für Kriegsverbrechen verhängt.³

Vor vier Jahren, noch bevor der SLStGH sich wesentlich zum materiellen Völkerstrafrecht und insbesondere zu den Verbrechenselementen der einzelnen Straftaten äußern konnte, wurde in dieser Zeitschrift ein Ausblick zum möglichen Beitrag des SLStGH zum humanitären Völkerrecht gegeben.⁴ Im Jahre 2004 erließ der Gerichtshof eine Reihe wichtiger Vorverfahrensentscheidungen zu seiner rechtmäßigen Errichtung, seiner Zuständigkeit über bestimmte Verbrechen und über bestimmte Strafausschließungsgründe.⁵ Einige dieser Entscheidungen sind in der Literatur auf große Aufmerksamkeit gestoßen.⁶ In diesem Artikel soll der tatsächliche Beitrag des SLStGH zum humanitären Völkerrecht durch die genannten Urteile aufgezeigt werden. Besonders Augenmerk wird hierbei auf das humanitäre Völkerrecht im engeren Sinne, also auf die Straftatbestände der Kriegsverbrechen, gelegt. Es sollen aber auch einige ausgewählte Aspekte der Straftatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erörtert werden, sofern diese in einem engeren Zusammenhang mit den Kriegsverbrechen stehen. Hier sollen insbesondere rechtliche Entscheidungen und Feststellungen der Urteile diskutiert werden, die Fragen der Abgrenzung dieser beiden Verbrechenskategorien betreffen. Ferner sollen ausgewählte Feststellungen zur Befehlsverantwortlichkeit innerhalb irregulärer Streitkräfte und das eher besorgniserregende Sondervotum eines Richters zur Annahme eines übergesetzlichen Notstandes diskutiert werden. Durch die Komplexität der Sachverhalte und die Vielfalt an interessanten rechtlichen Aspekten, kann dieser Beitrag nur in Kürze die wichtigsten Feststellungen der jeweiligen Kammer aufzeigen.

2. Rechtsprechung zu Kriegsverbrechen im nicht-internationalen Konflikt

Folgende Kriegsverbrechen wurden in den beiden Verfahren vor dem SLStGH angeklagt: Mord (Art. 3 Abs. a) SLStGH-Statut), schwere Körperverletzungen (insbesondere die Amputation von Gliedmaßen) (Art. 3 Abs. a) SLStGH-Statut), sexuelle Gewalt (Art. 3 Abs. e) SLStGH-Statut), Verwendung von Kindersoldaten (Art. 4 Abs. c) SLStGH-Statut), Plünderungen (Art. 3 Abs. f) SLStGH-Statut), Kollektivstrafen (Art. 3 Abs. b) SLStGH-Statut) und terroristische Handlungen (Art. 3 Abs. d) SLStGH-Statut). Die Kriegsverbrechen nach Art. 3 SLStGH-Statut beziehen sich auf Verbrechen des gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konventionen (GK) und Zusatzprotokoll II (ZP II).⁷ Hierbei ist zu beachten, dass die Verbrechen der Plünderung, Kollektivstrafe und terroristische Handlungen nur in Art. 4 Abs. 2 ZP II genannt werden und nicht im gemeinsamen Art. 3 der GK.

Das SLStGH machte einige grundsätzliche Feststellungen zur Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts. In einer prozessualen Zwischenentscheidung stellte die Verfahrenskammer II im AFRC Fall fest, dass der SLStGH eine weite Zuständigkeit in Bezug auf Straftaten hat, die dem huma-

nitären Völkerrecht im engeren Sinne zuzuordnen sind. Daher könne der SLStGH alle schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts verfolgen, also nicht nur die im gemeinsamen Art. 3 GK und Art. 4 Abs. 2 ZP II genannten, welche keine Sachbeschädigungsdelikte umfassen.⁸ Hierdurch erweiterte die Verfahrenskammer den Anwendungsbereich der verfügbaren Normen über den Wortlaut des Art. 3 SLStGH-Statut hinaus, ähnlich wie der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) in seiner bekannten *Tadić*-Entscheidung.⁹ Verfahrenskammer II äußerte sich nicht dazu, ob eine solche „Ausweitung“ der Zuständigkeit nur auf schwere Verbrechen in einem internen

² *Prosecutor v. Fofana*, Kondewa, SCSL-2004-15-A, Judgement, 28. Mai 2007 (nachfolgend „CDF AC Urteil“).

³ *Prosecutor v. Fofana*, Kondewa, SCSL-2004-15-T, Judgement, 2. August 2007 (nachfolgend „CDF TC Urteil“); *Prosecutor v. Fofana*, Kondewa, SCSL-2004-15-T, Sentencing Judgement, 9. Oktober 2007; Richter der Verfahrenskammer I sind Richter *B. Itoe* (Kamerun), *P. Boutet* (Kanada) und *B. Thompson* (Sierra Leone).

⁴ *S. M. Meisenberg*, Festigung, Fortentwicklung, Verbreitung: Der Beitrag des Sondergerichtshofs für Sierra Leone zum Humanitären Völkerrecht, in: HuV-I 2004, S. 175-180.

⁵ Zur rechtmäßigen Errichtung des SLStGH siehe *Prosecutor v. Kallon et al.*, SCSL-2004-15-AR72(E), Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13. März 2004; *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Illegal Delegation of Jurisdiction by Sierra Leone, 25. Mai 2004; *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction Materiae: Illegal Delegation of Powers by the United Nations, 25. Mai 2004; *Prosecutor v. Gbao*, SCSL-2004-15-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on Establishment of the Special Court, 25. Mai 2004; zu Prozesshindernissen und Strafausschließungsgründen siehe *Prosecutor v. Kallon, Kamara*, SCSL-2004-15-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13. März 2004; *Prosecutor v. Kondewa*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Lack of Jurisdiction/Abuse of Process: Amnesty Provided by the Lomé Accord, 25. Mai 2004; *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31. Mai 2004; zum völkergewohnheitsrechtlichen Status einiger Strafnormen siehe *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31. Mai 2004.

⁶ *A. Cassese*, The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2004), S. 1130 ff.; *S. Williams*, Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone, in: *Human Rights Law Review* 5 (2005), S. 271 ff.; *S. M. Meisenberg*, Legality of amnesties in international humanitarian law: The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone, in: *International Review of the Red Cross* 86 (2002), S. 837 ff.; *Z. Deen-Racsmany*, *Prosecutor v. Taylor*: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity, in: *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), S. 299 ff.; *V. Klingenberg*, (Former) Heads of State before International(ized) Criminal Courts: the Case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone, *German Yearbook of International Law* 46 (2004), S. 537 ff.; *M. Happold*, International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone's Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, in: *Leiden Journal of International Law* 18 (2005), S. 283 ff.; *A. Smith*, Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2004), S. 1141 ff.; *M. Pack*, Developments at the Special Court for Sierra Leone, in: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 171 ff.

⁷ Siehe Art. 3 SLStGH-Statut. Eine deutsche Übersetzung des Statuts wurde in HuV-I 2004, S. 47 veröffentlicht.

⁸ *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, SCSL-04-16-T, Decisions on Defence Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98, 31. März 2006, Rn. 264.

⁹ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-I-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 2005, Rn. 89

bewaffneten Konflikt anzuwenden sind, oder sogar auf einen internationalen bewaffneten Konflikt. Die Berufungskammer hatte in dieser Hinsicht bereits ohne nähere Begründung festgestellt, dass der SLStGH auch eine Zuständigkeit über schwere Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht im internationalen bewaffneten Konflikt hat.¹⁰

Die Berufungskammer hatte auch in einer Vorverfahrensentscheidung festgestellt, dass im Völkergewohnheitsrecht anerkannt sei, dass nichtstaatliche Akteure durch das humanitäre Völkerrecht verpflichtet werden.¹¹ Die Verfahrenskammern sind auf diesen Punkt daher in ihren Urteilen sodann auch nicht mehr eingegangen.

2.1. Rechtsnatur des bewaffneten Konflikts in Sierra Leone

Beide Verfahrenskammern des SLStGH haben einen bewaffneten Konflikt von 1991 bis 2002 in Sierra Leone festgestellt.¹² Dieser bewaffnete Konflikt wurde im Wesentlichen zwischen den folgenden Gruppierungen und Streitkräften ausgefochten: 1991–1996 kämpfte die Revolutionary United Front (RUF) gegen die reguläre Armee Sierra Leones; im Mai 1997 stürzte die Armee Sierra Leones die demokratisch gewählte Regierung und gründete die sogenannte Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) Bewegung, die sich größtenteils aus ehemaligen Soldaten zusammensetzte und die RUF in ihre Regierung einlud und bis Februar 1998 die Regierungsmacht ausübte; 1997–2002 kämpften AFRC und RUF gegen die westafrikanischen Eingreiftruppen (ECOMOG) und gegen die lokalen Bürgerwehren, die Civil Defence Forces (CDF).¹³ Da der SLStGH nur über Verbrechen, die nach dem 30. November 1996 begangen wurden Zuständigkeit besitzt, war allein der Zeitraum von 1996–2002 für die Verfahrenskammern entscheidend.

Der bewaffnete Konflikt in Sierra Leone war durch eine starke Beteiligung ausländischer Streitkräfte gekennzeichnet, unter anderem durch das Engagement der westafrikanischen Eingreiftruppe ECOMOG.¹⁴ Dieser Umstand bewog die Verteidigung des Angeklagten *Fofana*, bereits in einem Vorverfahrensantrag vor der Berufungskammer die Zuständigkeit des SLStGH über bestimmte Kriegsverbrechen anzuzweifeln, da, so sein Antrag, der SLStGH keine Zuständigkeit über Kriegsverbrechen im internationalen Konflikt habe, sondern nur im nicht-internationalen Konflikt.¹⁵ Da Truppen eines Drittstaates involviert waren, sei der Konflikt als international zu bewerten.¹⁶

Der Antrag wurde von der Berufungskammer mit dem Argument abgelehnt, dass die Rechtsnatur des Konfliktes keinen Einfluss auf die Anwendung der Verbrochenselemente in Art. 3 und 4 des SLStGH-Statuts habe, da diese gleichermaßen in einem internationalen und nicht-internationalen Konflikt Anwendung finden.¹⁷ Die Berufungskammer teilt die Ansicht der Verteidigung, dass die Motive und die Stellungnahme des Generalsekretärs zum SLStGH-Statut¹⁸ die Rechtsnatur eines internen bewaffneten Konfliktes andeuten. Jedoch könne daraus nicht geschlossen werden, dass der Gerichtshof keine Zuständigkeit über Kriegsverbrechen im

internationalen Konflikt habe.¹⁹ Ferner sei die Unterscheidung zwischen internen und internationalen Konflikten durch die Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale, d. h. des JStGH und des Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda (RStGH), längst überwunden.²⁰ Die Berufungskammer machte in dieser Entscheidung weitere wegweisende Feststellungen, teils als *obiter dictum*, die einen direkten Einfluss auf die erstinstanzlichen Urteile hatten. Diese Feststellungen werden im nächsten Abschnitt besprochen.

Zur Rechtsnatur des bewaffneten Konfliktes in Sierra Leone stellte Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil fest, dass dieser ein nicht-internationaler Konflikt gewesen sei. Es seien keine Beweise vorgebracht worden, die eine Intervention von Streitkräften eines Drittstaates oder die übergreifende Kontrolle über nichtstaatliche bewaffnete Akteure durch einen anderen Staat über jeden Zweifel hinaus bewiesen

¹⁰ *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 19 (“*To the extent that the drafting history of the Statute suggests that the conflict in Sierra Leone was considered to be internal in nature, it does not necessarily follow that the Statute denies the Court jurisdiction over crimes committed during an international armed conflict.*”).

¹¹ *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31. Mai 2004, Rn. 22 (“*Customary international law represents the common standard of behaviour within the international community, thus even armed groups hostile to a particular government have to abide by these laws.*”).

¹² CDF TC Urteil, Rn. 696; AFRC TC Urteil, Rn. 258.

¹³ Zum Hintergrund des Konfliktes siehe AFRC TC Urteil, Rn. 155–209, siehe auch S. M. Meisenberg, Sierra Leone, in: Max Planck Encyclopedia for Public International Law, Sierra Leone, Oxford University Press (2008) (im Erscheinen).

¹⁴ Siehe nur AFRC TC Urteil, Rn. 167, 168.

¹⁵ Siehe *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 1.

¹⁶ Siehe *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 2.

¹⁷ *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 19 (“*... the question whether the conflict in Sierra Leone was of an internal or international character and at which point, if any, it became internationalized, does not have any bearing on the applicability of Articles 3 and 4 of the Statute.*”).

¹⁸ Stellungnahme des Generalsekretärs der Vereinten Nationen zum Statut des Sondergerichtshof für Sierra Leone, U.N. Doc. S/2000/915.

¹⁹ *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 19 (“*To the extent that the drafting history of the Statute suggests that the conflict in Sierra Leone was considered to be internal in nature, it does not necessarily follow that the Statute denies the Court jurisdiction over crimes committed during an international armed conflict.*”).

²⁰ *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25. Mai 2004, Rn. 25 (“*It has been observed that ‘even though the rules applicable in internal armed conflict still lag behind the law that applies in international conflict, the establishment and work of the ad hoc Tribunals has significantly contributed to diminishing the relevance of the distinction between the two types of conflict.’ The distinction is no longer of great relevance in relation to the crimes articulated in Article 3 of the Statute as these crimes are prohibited in all conflicts. Crimes during internal armed conflict form part of the broader category of crimes during international armed conflict.*”).

hätten.²¹ Der Verweis der Verfahrenskammer auf die „übergreifende Kontrolle“ über nicht staatliche Akteure ist eine deutliche Anlehnung an die Rechtsprechung der JStGH-Berufungskammer im *Tadić*-Fall. Diese hatte eine übergreifende Kontrolle („*overall control*“) eines anderen Staates über militärische oder paramilitärische Gruppen verlangt, um dem bewaffneten Konflikt eine internationale Rechtsnatur zu verleihen.²² Diese Feststellung der Verfahrenskammer ist auch deswegen beachtlich, da die SLStGH-Anklagebehörde in einem weiteren Fall einem Angeklagten vorwirft, dass er in seiner Funktion als Staatsoberhaupt von Liberia die RUF-Rebellengruppe nicht nur in ihren kriminellen Handlungen unterstützt habe, sondern auch, dass er der Befehlshaber dieser Gruppierung war und damit die tatsächliche Befehlsgewalt über die RUF-Organisation ausübte. Zu beachten ist jedoch, dass die Verfahrenskammer aus Mangel an Beweisen im AFRC-Fall keine endgültige Stellungnahme zu dieser Frage machte und weil dieser Punkt von den Parteien nicht vorgetragen wurde. Durch die Rechtsprechung der Berufungskammer, dass Art. 3 SLStGH-Statut sowohl auf interne als auch internationale Konflikte anwendbar ist, scheint diese Diskussion ohnehin nur von theoretischem Interesse.

2.2. Anwendbarkeit von Zusatzprotokoll II: Territoriale Kontrolle

Mit der Rechtsnatur des bewaffneten Konfliktes eng verbunden ist die Frage des Anwendungsbereiches des gemeinsamen Art. 3 GK und ZP II. Für die Anwendbarkeit des gemeinsamen Art. 3 der GK müssen zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, um diesen von geringeren Gewalttätigkeiten, wie inneren Unruhen, abzugrenzen.²³ Diese Merkmale sind a) die Intensität des bewaffneten Konfliktes und b) die Organisation der Konfliktparteien.²⁴ Verfahrenskammer II hat im AFRC-Fall nur diese Anwendungsvoraussetzungen aus dem gemeinsamen Art. 3 GK geprüft. Dies ist bemerkenswert, da drei angeklagte Straftatbestände aus ZP II stammen, und nicht im gemeinsamen Art. 3 GK zu finden sind. Dies sind die Straftatbestände der Kollektivstrafe (Art. 4 Abs. 2. b) ZP II), der terroristischen Handlungen (Art. 4 Abs. 2. d) ZP II) und der Plünderung (Art. 4 Abs. 2. f) ZP II). ZP II verlangt jedoch striktere Anwendungsvoraussetzungen als die oben genannten des gemeinsamen Art. 3 der GK. Art. 1 Abs. 1 ZP II beschränkt den Geltungsbereich auf solche bewaffnete Konflikte, die zwischen Streitkräften einer Vertragspartei und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden, die unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dabei das Zusatzprotokoll anzuwenden vermögen. Dies bedeutet, dass ZP II nur anwendbar ist, wenn die nicht-staatlichen Akteure oder Aufständischen Territorium des Staates kontrollieren. Werden diese strengeren Anwendungsvoraussetzungen des ZP II nicht erfüllt, bleibt der Minimalstandard des gemeinsamen Art. 3 GK.²⁵ Das IStGH-Statut verlangt keine solche territoriale Kontrolle und hat dadurch die Voraussetzungen für die Annahme eines internen Konfliktes abgeschwächt.²⁶ Der RStGH wendet die strikteren Anwendungsvoraussetzun-

gen aus ZP II weiterhin für den Konflikt in Ruanda im Jahre 1994 an.²⁷ Eine Anwendung dieser strikten Voraussetzungen in den Verfahren vor dem SLStGH hätte jedoch eine Ablehnung der übergreifenden Voraussetzung eines bewaffneten Konfliktes bedeutet, wenn eine solche territoriale Kontrolle durch die Rebellenorganisationen nicht gegeben gewesen wäre. Es ist zunächst bemerkenswert, dass die Frage der territorialen Kontrolle von den Parteien nicht vorgebracht wurde.²⁸ Ferner wurde dieser Punkt durch ein *obiter dictum* der Berufungskammer beeinflusst. Das AFRC-Verfahrensurteil weist daher nur auf dieses *obiter dictum* der Berufungskammer,²⁹ das lediglich verlangt, dass für die Kriegsverbrechen aus Art. 3 SLStGH-Statut ein bewaffneter Konflikt von einer gewissen Intensität existiert und dass die Akteure eine gewisse Organisationsgewalt besitzen.³⁰ Die Frage der territorialen Kontrolle hätte jedoch in tatsächlicher Hinsicht Schwierigkeiten für Verfahrenskammer II im AFRC-Fall aufwerfen können, da die AFRC-Organisation während bestimmten Zeitspannen keine territoriale Kontrolle ausübte.³¹ Hier wären die engeren Anwendungsmerkmale des ZP II problematisch gewesen. Bemerkenswert ist dies auch dadurch, dass Sierra Leone bei den Verhandlungen zum IStGH-Statut in Rom 1998 – also zum Zeitpunkt des Konfliktes in Sierra Leone – für eine weite Definition der Anwendung von Kriegsverbrechen in internen Konflikten plädierte. Sierra

²¹ AFRC TC Urteil, Rn. 251 (“*The Trial Chamber finds that the armed conflict in Sierra Leone was non-international. This conclusion is derived from the application of the two-pronged test for the internationalisation of non-international armed conflicts developed in the jurisprudence of the ICTY. There is no evidence before the Trial Chamber that proves beyond reasonable doubt that a third State intervened in the conflict, either through its own troops or alternatively by exercising the requisite degree of overall control over some of the conflict’s participants to find that they acted on its behalf. Nonetheless, the Trial Chamber reiterates that this finding is immaterial to its jurisdiction as Articles 3 and 4 of the Special Court’s Statute apply where an armed conflict was in existence when the crimes were committed, regardless of whether such conflict was non-international or international in character.*”).

²² *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 2005, Rn. 131, 137.

²³ Siehe hierzu *H.-P. Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2007, S. 61.

²⁴ AFRC TC Urteil, Rn. 244; siehe auch *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 2005, Rn. 70.

²⁵ *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, § 65 Rn. 16.

²⁶ Siehe hierzu *A. Cullen*, *The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2) (f)*, in: 12(3) *Journal of Conflict & Security Law* (2008), S. 432.

²⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 2. September 1998, Rn. 619, 623; *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgment, 6 December 1999, Rn. 94; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-T, Judgment, 25. Februar 2004, Rn. 766.

²⁸ AFRC TC Urteil, Rn. 249 (“*The Defence of each of the three Accused admitted the fact that [...] a state of armed conflict existed throughout the territory of Sierra Leone.*”).

²⁹ *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction - Nature of the Armed Conflict, 25 May 2004, Rn. 25 (“*In respect of Article 3 [of the SCSL Statute], therefore, the Court need only be satisfied that an armed conflict existed and that the alleged violations were related to the armed conflict.*”).

³⁰ AFRC TC Urteil, Rn. 244.

³¹ AFRC TC Urteil, Rn. 177-207; siehe auch Karte mit der Route der AFRC Truppen in Annex C des AFRC Urteils.

Leone begründete dies damit, dass die strikteren Anwendungsmerkmale bestimmte Kriegsverbrechen auf dem Territorium von Sierra Leone ausgrenzen würden, da die Rebellengruppen in Sierra Leone keine effektive Kontrolle über das Territorium besäßen.³² Dieser Hintergrund und die Änderung der Anwendungsvoraussetzungen der Kriegsverbrechen in internen Konflikten im IStGH-Statut im Jahre 1998, hätten dadurch eigentlich zu einer Prüfung führen müssen, welche Voraussetzungen im internen Konflikt völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sind, die weitergefassten Voraussetzungen aus dem gemeinsamen Art. 3 GK oder die restriktiven aus Art. 1 ZP II.

Die CDF-Verfahrenskammer ist den strikteren Anwendungskriterien aus Art. 1 Abs. 1 ZP II gefolgt und hat eine territoriale Kontrolle verlangt.³³ Jedoch hat sie diese Kriterien letztlich nicht auf den Sachverhalt angewendet.³⁴ Vom Sachverhalt des Urteils ist aber zu erahnen, dass die CDF-Organisation die territoriale Kontrolle über mindestens drei Provinzen ausübte.

2.3. „Rekrutierung“ von Kindersoldaten

Das AFRC-Urteil ist die erste Entscheidung und Verurteilung im Völkerstrafrecht zum Straftatbestand der Eingliederung und Zwangsrekrutierung von Kindern unter 15 Jahren in bewaffnete Gruppen und zu ihrer Verwendung in Feindseligkeiten.

Die Frage der völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung dieser Tatbestände musste von den Verfahrenskammern eigentlich nicht mehr untersucht werden, da die Berufungskammer bereits 2004 in einer Vorverfahrensentscheidung festgestellt hatte, dass die individuelle Strafbarkeit der Rekrutierung von Kindersoldaten im Völkergewohnheitsrecht vor dem Beginn der temporären Zuständigkeit des SLStGH-Statuts im November 1996 anerkannt gewesen sei.³⁵ Verfahrenskammer I war jedoch der Ansicht, dass die Berufungskammer nur den allgemeinen Begriff der „Rekrutierung“ in seiner Vorverfahrensentscheidung erörtert habe und nicht die spezielleren Verbrochenselemente der Eingliederung, Zwangsverpflichtung und Verwendung in Feindseligkeiten. Da im CDF-Verfahren jedoch nur die Verwendung und Eingliederung von Kindern in die bewaffnete Gruppe angeklagt wurde, war Verfahrenskammer I der Ansicht, dass sie die völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung dieser Delikte begründen müsste. Jedoch folgt Verfahrenskammer I nicht den etablierten Voraussetzungen im Völkerstrafrecht für die Herleitung einer gewohnheitsrechtlichen individuellen Strafbarkeit. Vier Kriterien müssen hierzu nach der Rechtsprechung der JStGH-Berufungskammer erfüllt sein: 1) es muss sich um einen Verstoß gegen eine Norm des humanitären Völkerrechts handeln; 2) die Norm muss völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sein; 3) das Vergehen muss gravierend sein; 4) der Verstoß muss nach Völkergewohnheitsrecht eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge haben.³⁶ Auch die SLStGH Berufungskammer folgte dieser Rechtsprechung und wendete diese Kriterien an.³⁷ Von Verfahrenskammer I wurden diese Kriterien jedoch nicht geprüft. Stattdessen zählt sie nur in einer knappen Prüfung die GK und ZP II auf, entgegen der Rechtsprechung ihrer eigenen Berufungskammer.³⁸

Die einzelnen Verbrochenselemente nach Art. 4 Abs. c) SLStGH-Statut werden durch die Verfahrenskammer II wie folgt definiert:

- 1) Der Täter verpflichtet unter Zwang oder gliedert eine oder mehrere Personen in die Streitkräfte oder bewaffnete Gruppe ein oder verwendet eine oder mehrere Personen zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten;
- 2) Diese Person ist unter 15 Jahre alt;
- 3) Der Täter wusste oder hätte wissen müssen dass diese Person oder Personen unter 15 Jahre alt waren;
- 4) Die Handlung fand im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt statt;
- 5) Der Täter hatte Kenntnis vom bewaffneten Konflikt.³⁹

³² A/CONF.183/C.1/SR. 35, Rn. 8 (“[s]ections C and D should be included in the new article 5quater, but it had reservations, for example, regarding the chapeau of section D, which referred to organized armed groups that exercised ‘control over a part of [a State Party’s] territory’. That wording was very restrictive: in his own country, for example, the rebel forces did not occupy a territory. Thus, as presently drafted, section D would exclude the type of internal conflict presently taking place in Sierra Leone. His delegation therefore proposed that the second sentence of the chapeau should be replaced by the text: ‘It applies to armed conflicts that take place in a territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.’”); siehe auch A. Cullen, The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f), in: Journal of Conflict & Security Law 12(3) (2008), S. 432.

³³ CDF TC Urteil, Rn. 125.

³⁴ CDF TC Urteil, Rn. 696, 697.

³⁵ *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004; hierzu kritisch M. Happold, International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone’s Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, in: Leiden Journal of International Law 18(2), S. 283 ff.; S. Meisenberg, Customary International Law and the Recruitment of Child Soldiers, Bofaxe 286E, 2. September 2004.

³⁶ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 2005, Rn. 94 (“The following requirements must be met for an offence to be subject to prosecution before the International Tribunal under Article 3:

- (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law;
- (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met;
- (iii) the violation must be “serious”, that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. Thus, for instance, the fact of a combatant simply appropriating a loaf of bread in an occupied village would not amount to a “serious violation of international humanitarian law” although it may be regarded as falling foul of the basic principle laid down in Article 46, paragraph 1, of the Hague Regulations (and the corresponding rule of customary international law) whereby “private property must be respected” by any army occupying an enemy territory;
- (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule.”).

³⁷ *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, Rn. 25.

³⁸ CDF TC Urteil, Rn. 190, 197.

³⁹ AFRC TC Urteil, Rn. 729 (“1) The perpetrator conscripted or enlisted one or more persons into an armed force or group or used one or more

Diese Definition beruht auf den IStGH-Verbrechenselementen.⁴⁰ Verfahrenskammer I verwendete im Wesentlichen die gleichen Verbrechenselemente.⁴¹ Jedoch fügt Verfahrenskammer I zum Element der Eingliederung hinzu, dass diese entweder freiwillig oder unter Zwang erfolgen kann.⁴² Die Berufungskammer bestätigt zudem, dass das erste Verbrechensmerkmal sich aus drei individuellen Elementen zusammensetzt, nämlich dem der Eingliederung, Zwangsverpflichtung und Verwendung, die sich voneinander unterscheiden, und dass die Verantwortlichkeit eines dieser Elemente nicht ein weiteres ausschließt.⁴³

Zum Begriff der Eingliederung stellt Verfahrenskammer II fest, dass hier – im Gegensatz zum Element der Zwangsverpflichtung – keine Gewaltanwendung nötig ist und daher die freiwillige Eingliederung mit umfasst wird.⁴⁴ Dass bei der Eingliederung keine Gewaltanwendung nötig ist, wurde auch durch den IStGH im *Lubanga*-Fall bestätigt.⁴⁵ Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis ist daher schon durch die Deliktsstruktur ausgeschlossen, da hierdurch das tatbestandliche Unrecht nicht wegfällt. Ferner verweist die Berufungskammer auf den Hintergrund und die Natur des Konfliktes in Sierra Leone hin und insbesondere auf den Umstand, dass die Eingliederung von nichtregulären bewaffneten Gruppen begangen wurde und daher kein formaler Eingliederungsprozess vorliegen muss.⁴⁶

Andiskutiert wurde, ob eine dogmatische Einteilung zwischen Eingliederung und Zwangsrekrutierung durch die Unterscheidung einer Gewaltanwendung vorgenommen werden sollte. Richterin *Winter* ist der Ansicht, dass eine Unterscheidung der Begriffe der Eingliederung und Zwangsrekrutierung keine praktische Bedeutung haben kann, da die Einwilligung eines Kindes grundsätzlich keine Rechtfertigung für eine solche Handlung darstellen kann.⁴⁷ Daher sei es unbeachtlich, ob ein Gewaltelement vorliegt oder nicht. Doch die Frage, ob es sich bei dem Verbot der Eingliederung von Kindersoldaten um ein nicht disponibles Rechtsgut handelt, müsste zunächst geklärt werden. Oder andersherum: Kann ein Kind darüber verfügen, ob es sich einer bewaffneten Gruppe anschließt oder nicht? Da beim SLStGH die Altersgrenze der Kinder unter 15 Jahre ist, wird es bei dieser Altersgruppe regelmäßig Zweifel an einer Einwilligungsfähigkeit durch den Mangel an geistiger und sittlicher Reife geben, um die Folgen eines solchen Beitritts begreifen zu können. Wie ist dies aber beim IStGH, wo die Altergrenze 18 Jahre beträgt? Richterin *Winter* scheint der Ansicht zu sein, dass das Verbot der Eingliederung absolut gilt und eine Disposition über dieses Rechtsgut nicht möglich ist. Diese Ansicht steht im Einklang mit dem absoluten Verbot der Teilnahme von Kindern an Feindseligkeiten in Art. 4 Abs. 3 c) ZP II und ihr ist zuzustimmen.

Zum Begriff der Zwangsverpflichtung stellt Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil fest, dass diese vom Wortlaut („*Verpflichtung*“) eine Zwangslage durch eine gesetzliche Ermächtigung andeutet, also in der Regel durch gesetzliche Regelungen eines Staates zum obligatorischen Dienst in den Streitkräften. Eine teleologische Auslegung von Art. 4 Abs. c) SLStGH-Statut zeige jedoch, dass durch die Mög-

lichkeit der Zwangsverpflichtung von Kindern in eine bewaffnete Gruppe eine solch restriktive Auslegung, welche die Zwangsverpflichtung zur Prerogative eines Staates machen würde, nicht mit der Norm vereinbar sei. Ferner sei eine solche Interpretation auch nicht mit den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts vereinbar, welches gerade nicht auf einem solchen formalistischen Postulat gründe.⁴⁸ Daher umfasse der Tatbestand auch die Zwangsverpflichtung in bewaffnete Gruppen.

Verfahrenskammer II stellt im AFRC-Urteil weiter fest, dass die Verpflichtung eine Nötigungslage umfassen muss, entweder durch eine Entführung – welche als besonders schwere Form der Zwangsverpflichtung beschrieben wird⁴⁹ – oder eine Zwangsrekrutierung, die in der Absicht geschieht, das Kind später aktiv in den Feindseligkeiten zu verwenden.⁵⁰ Die Verfahrenskammer scheint daher für den Begriff der Zwangsverpflichtung zu Recht nicht zwischen willensbe-

persons to participate actively in hostilities; 2) Such person or persons were under the age of 15 years; 3) The perpetrator knew or should have known that such person or persons were under the age of 15 years; 4) The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict; 5) The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.”).

⁴⁰ Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2)(b)(xxvi) IStGH Statut; die Verfahrenskammer zitiert versehentlich die Verbrechenselemente zu den internationalen Konflikten und meinte wohl Art. 8 Abs. 2)(e)(vii) IStGH-Statut.

⁴¹ CDF TC Urteil, Rn. 195, 196.

⁴² CDF TC Urteil, Rn. 195.

⁴³ CDF AC Urteil, Rn. 139 (“*The actus reus requires that the accused recruited children by way of conscripting or enlisting them or that the accused used children to participate actively in hostilities. These modes of recruiting children are distinct from each other and liability for one form does not necessarily preclude liability for the other.*”).

⁴⁴ AFRC TC Urteil, Rn. 735 („*‘Enlistment’ entails accepting and enrolling individuals when they volunteer to join an armed force or group. Enlistment is a voluntary act, and the child’s consent is therefore not a valid defence.*”).

⁴⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 Januar 2007, Rn. 246-247.

⁴⁶ CDF AC Urteil, Rn. 144 („*In the context of this case, in which the armed group is not a conventional military organisation, ‘enlistment’ cannot narrowly be defined as a formal process. The Appeals Chamber regards ‘enlistment’ in the broad sense as including any conduct accepting the child as a part of the militia.*”).

⁴⁷ Sondervotum *Winter*, CDF AC Urteil, Rn. 11, FN. 1207 (“*I am of the opinion that any distinction between conscription and enlistment is of little practical significance in the context of armed conflict, especially because a child’s consent cannot be a valid defence to the crime.*”).

⁴⁸ AFRC TC Urteil, Rn. 734 (“*‘Conscription’ implies compulsion, in some instances through the force of law. While the traditional meaning of the term refers to government policies requiring citizens to serve in their armed forces, the Trial Chamber observes that Article 4(c) allows for the possibility that children be conscripted into ‘[armed] groups’. While previously wars were primarily between well-established States, contemporaneous armed conflicts typically involve armed factions which may not be associated with, or acting on behalf, a State. To give the protection against crimes relating to child soldiers its intended effect, it is justified not to restrict ‘conscription’ to the prerogative of States and their legitimate Governments, as international humanitarian law is not grounded on formalistic postulations.*”).

⁴⁹ AFRC TC Urteil, Rn. 1276, (“*[...] abduction, a particularly egregious form of ‘conscription’.*”).

⁵⁰ AFRC TC Urteil, Rn. 734 („*the Trial Chamber adopts an interpretation of ‘conscription’ which encompasses acts of coercion, such as abductions and forced recruitment, by an armed group against children, committed for the purpose of using them to participate actively in hostilities.*”).

gender Gewalt (*vis compulsiva*) und willensbrechender Gewalt (*vis absoluta*) zu unterscheiden. Hervorzuheben ist zudem die Feststellung, dass die Zwangsverpflichtung in einer Verwendungsabsicht geschehen muss.⁵¹ Fraglich ist warum eine solche Verwendungsabsicht für den Tatbestand der Zwangsverpflichtung verlangt wird, jedoch nicht für den der Eingliederung. Jedoch scheint eine solche Verwendungsabsicht den Tatbestand entgegen dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Norm einzuengen, der ein präventives Verbot zur späteren Verwendung darzustellen scheint. Ferner wird aus praktischer Sicht eine solche spätere Verwendungsabsicht nur schwer zu beweisen sein.

Die Verwendung von Kindersoldaten wird von Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil grundsätzlich sehr weit ausgelegt und nicht alleine auf die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten limitiert, sondern auch auf indirekte Handlungen, die grundsätzlich in der Lage sind militärische Handlungen zu unterstützen. Die Verwendung von Kindern zur aktiven Teilnahme an den Feindseligkeiten umschreibe eine direkte Verbringung dieser in eine Lebensgefahr.⁵² Daher sei die Teilnahme an den Feindseligkeiten nicht auf eine direkte Teilnahme beschränkt. Streitkräfte vertrauten auf logistische Unterstützung, die die militärischen Handlungen aufrechterhalten würden. Jede Arbeitsverrichtung oder Unterstützung, die eine solche militärische Handlung aufrechterhalte, sei eine aktive Teilnahme an den Feindseligkeiten. Daher seien auch solche Handlungen wie das Tragen von Gegenständen für die bewaffneten Gruppen, das Beschaffen von Nahrungsmitteln, das Tragen von Waffen und Munition, die Übermittlung von Nachrichten als Laufbursche, als Fährtenfinder, die Bewachung von Grenzbarrieren und die Benutzung als menschliches Schutzschild Beispiele für eine aktive Teilnahme an Feindseligkeiten.⁵³ Diese Auslegung des Begriffes der aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten ist umstritten.⁵⁴ Das RStGH hatte noch im *Rutaganda*-Fall, dem IKRK-Kommentar folgend, zur aktiven Teilnahme festgestellt, dass diese Handlungen umfasst, welche in ihrer Natur oder nach ihrem Zweck nach einiger Wahrscheinlichkeit das Personal oder das Kampfgerät der feindlichen Truppen beschädigen werde.⁵⁵ *Werle* hat darauf hingewiesen, dass eine striktere Definition der unmittelbaren Teilnahme den allgemeinen Schutz von Kindern in Konfliktgebieten erweitern würde, da hierdurch der Schutzbereich der Zivilisten erweitert würde.⁵⁶ Eine strikte Definition der aktiven Teilnahme beim Tatbestand der Verwendung von Kindern führe jedoch zu einer Begrenzung des Schutzes von Kindern und somit gegen das Motiv das Kindeswohl zu schützen. Auch wenn im nicht-internationalen Konflikt die Begriffe der Kombattanten, nicht-Kombattanten und Gefolge nicht wirklich angebracht erscheinen,⁵⁷ so scheint es, dass Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil die unmittelbare Beteiligung der Kinder an bestimmten Aktivitäten, die im internationalen Konflikt Nicht-Kombattanten und Gefolge verrichten würden, ausschließen möchte. Die aktive Teilnahme sollte jedoch nur die unmittelbare Teilnahme an den Feindseligkeiten umfassen, also, dass ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen der aktiven Teilnahme und den direkten Konsequenzen der Feindseligkeiten besteht.⁵⁸ Dies würde nur die von der Verfahrenskammer aufgezählten Handlungen des Tragens von Waffen

und Munition, die Übermittlung von Nachrichten als Laufbursche, die Tätigkeit als Fährtenfinder, die Bewachung von Grenzbarrieren umfassen. Nicht umfasst wären Tätigkeiten, die unmittelbar die Kriegsbestrebungen der bewaffneten Parteien unterstützen. Zum Beispiel wäre nach der Auslegung der Verfahrenskammer II auch die Tätigkeit von Kindern in Waffenfabriken vom Begriff der aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten mitumfasst. Eine solche Handlung scheint aber eher als eine Form der Sklaverei zu bewerten sein und nicht als eine aktive Teilnahme in den Feindseligkeiten.

Die Berufungskammer musste im CDF-Verfahren untersuchen, ob die Nötigung eines Kindes zum Tragen von geplündertem Gut bereits eine Eingliederung in eine bewaffnete Gruppe darstellt. Die Mehrheit der Berufungskammer war dieser Ansicht.⁵⁹ In ihrem Sondervotum sprach sich Richterin *Winter* gegen diese Feststellung aus. Sie ist der Ansicht, dass die CDF-Organisation ein bestimmtes Ritual befolgte, um Kinder in ihre bewaffnete Gruppe einzugliedern und, dass ein solches Initiierungsritual eine Bedingung *sini qua non* für eine Eingliederung in diese Organisation darstellte.⁶⁰ Da das in Frage stehende Kind nicht durch ein solches Initiierungsritual eingliedert wurde, könne die Nötigung zum Tragen von geplündertem Gut den Tatbestand nicht erfüllen.⁶¹ Ferner ist Richterin *Winter* der Ansicht, dass die Nötigung zum Tragen von geplündertem Gut weder eine Eingliederung in die bewaffnete Gruppierung, noch eine aktive Teilnahme an Feindseligkeiten darstellen könne. Diese Ansicht ist überzeugend, da trotz der relativ weiten Ausle-

⁵¹ AFRC TC Urteil, Rn. 734 (“[...] committed for the purpose of using them to participate actively in hostilities.”).

⁵² AFRC TC Urteil, Rn. 736 (“‘Using’ children to ‘participate actively in the hostilities’ encompasses putting their lives directly at risk in combat.”).

⁵³ AFRC TC Urteil, Rn. 737 (“It is the Trial Chamber’s view that the use of children to participate actively in hostilities is not limited to participation in combat. An armed force requires logistical support to maintain its operations. Any labour or support that gives effect to, or helps maintain, operations in a conflict constitutes active participation. Hence carrying loads for the fighting faction, finding and/or acquiring food, ammunition or equipment, acting as decoys, carrying messages, making trails or finding routes, manning checkpoints or acting as human shields are some examples of active participation as much as actual fighting and combat.”).

⁵⁴ Enschränkend auch Sondervotum Richter *Hoe*, CDF TC Urteil, Rn. 12-16.

⁵⁵ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-1993-3-T, Judgement, 6. Dezember 1999, Rn. 100 („To take a „direct“ part in hostilities means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces“).

⁵⁶ *Werle*, a.a.O., Rn. 968.

⁵⁷ Siehe auch *M. Schmitt/C. H.B. Garraway, Y. Dinstein*, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict – With Commentary, in: Israel Yearbook on Human Rights (2006), Supplement, S. 4, die im nicht-internationalen Konflikt zwischen „Kämpfern“ und „Personen, die nicht aktiv an den Feindseligkeiten“ teilnehmen unterscheiden.

⁵⁸ Siehe auch *Y. Sandoz*, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), Rn. 4787 (“[A] sufficient causal relationship between the active participation and its immediate consequences.”).

⁵⁹ CDF AC Urteil, Rn. 142 (“Upon his capture by the CDF, Witness TF2-021 was forced to carry looted property by the CDF. This act, in the opinion of the Appeals Chamber constituted enlistment.”).

⁶⁰ Sondervotum *Winter*, CDF AC Urteil, Rn. 18.

⁶¹ Sondervotum *Winter*, CDF AC Urteil, Rn. 12-18.

gung von Verfahrenskammer II zum Begriff der aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten, dennoch ein gewisses Korrektiv zugefügt werden muss, und insbesondere geprüft werden sollte, ob ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen der aktiven Teilnahme und den direkten Konsequenzen der Feindseligkeiten besteht. Das Tragen von geplündertem Gut, das nicht im Zusammenhang mit den militärischen Aktivitäten der bewaffneten Gruppe steht, kann nicht darunter fallen. Durch diese Auslegung würde auch nicht unbedingt eine Strafbarkeitslücke bestehen, da auch der Straftatbestand Sklaverei eine solche Handlung umfassen könnte.

Das Argument eines Angeklagten, der einen Verbotsirrtum geltend gemacht hatte, lehnte Verfahrenskammer II ab. Der Angeklagte *Kanu* argumentierte, dass für ihn nicht ersichtlich gewesen sei, dass die Verwendung von Kindersoldaten zum Tatzeitpunkt ein Kriegsverbrechen war, da selbst die Regierung während des bewaffneten Konfliktes Kindersoldaten verwendete. Da auch die Regierung diesem Brauch nachging, sei für ihn nicht ersichtlich gewesen, dass es sich um ein Verbrechen handelte. Verfahrenskammer II lehnte diesen Einwand mit einer sehr kurzen Begründung ab, und stellte fest, dass sie nicht davon überzeugt sei, dass ein Verbotsirrtum in diesem Fall geltend gemacht werden könne. Ein Straftatbestand der völkergewohnheitsrechtlichen Bestand habe, könne nicht durch den rechtmäßigen Anschein einer innerstaatlichen Vorgehensweise entschuldigt werden.⁶² Durch den Anschein einer gewissen Flexibilität gewohnheitsrechtlicher Normen und der dadurch einhergehenden mangelnden Rechtssicherheit, scheint dieses Argument der Verteidigung auf den ersten Anschein einzuleuchten. Es ist aber letztlich nur der Versuch den sprichwörtlichen Satz, dass Unwissenheit nicht vor Strafe schützt, zu widerlegen. Dennoch wäre eine differenziertere Argumentation in diesem Zusammenhang interessant gewesen. Für die Verwendung von Kindern in Feindseligkeiten und bei einer gewaltsamen Entführung in einer Verwendungsabsicht kann schon die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ausgeschlossen werden. Kann jedoch die gleiche Schlussfolgerung für die freiwillige Eingliederung von Kindern in die bewaffnete Gruppe gezogen werden, als die völkergewohnheitsrechtliche Geltung des Straftatbestandes noch fraglich war? Hier hätte der Einwand der Verteidigung einer genaueren Erörterung bedurft. Insbesondere sind die Feststellungen der Berufungskammer fragwürdig, die diesen Einwand als „schikanös und lästig“ bezeichnet.⁶³ Zu bedenken ist immerhin, dass selbst der Generalsekretär der Vereinten Nationen in seiner Stellungnahme zum SLStGH noch Zweifel an einer gesicherten völkergewohnheitsrechtlichen Rechtsgrundlage der gewaltfreien Tatbestände der Rekrutierung von Kindersoldaten hatte⁶⁴ und auch ein Berufungsrichter der Ansicht war, dass die gewaltlosen Elemente vor 1998 nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen seien.⁶⁵ Daher wäre durchaus eine genauere Diskussion, ob denn der Verbotsirrtum für den Angeklagten vermeidbar gewesen wäre, gerechtfertigt gewesen. Hier wäre dann auch die Frage zu stellen, ob kulturelle Erwägungen zu beachten gewesen wären. In einem anderen Zusammenhang wurde dies von Richterin *Winter* mit dem Argument abgelehnt, dass der SLStGH kein nationales Gericht sei.⁶⁶ Die Ablehnung einer gewissen Aufmerksam-

keit gegenüber der lokalen Kultur und Eigenheiten ist bemerkenswert, war das Konzept des SLStGH doch gerade darauf ausgerichtet mehr nationale Elemente und Eigenheiten zu beachten.

Da Verfahrenskammer II ein kollektives Strafmaß für alle zu bestrafenden Taten gebildet hat, ist ein individuelles Strafmaß für die Verwendung von Kindersoldaten im AFRC Verfahren nicht ersichtlich. Verfahrenskammer I hatte den Angeklagten *Kondewa* im CDF-Verfahren für die Eingliederung von Kindern in die CDF-Organisation und deren Verwendung in Feindseligkeiten zu sieben Jahren Haft bestraft.⁶⁷ Dies kann jedoch nur ein grober Anhaltspunkt sein, da die Berufungskammer das Urteil in dieser Hinsicht korrigierte und den Angeklagten *Kondewa* von diesem Vorwurf freisprach.

2.4. Terroristische Akte

Verfahrenskammer II verurteilte die drei Angeklagten im AFRC-Fall auch wegen terroristischer Handlungen nach Art. 3 Abs. d) SLStGH-Statut. Die Verfahrenskammer stellte fest, dass die AFRC-Gruppierung einen Feldzug der Terrorisierung gegen die Zivilbevölkerung von Sierra Leone beging, um diese einzuschüchtern. Die Einzeltaten der Terrorisierung wurden durch die anderen Anklagepunkte der Anklageschrift begangen, also der Tötungen, Vergewaltigungen und schweren Körperverletzung.

Der Straftatbestand der terroristischen Handlungen ist keine Neuheit im humanitären Völkerrecht,⁶⁸ und so folgt die Verfahrenskammer II auch der Rechtsprechung des JStGH bei der Definition der Verbrechenselemente. Jedoch ist die Ausweitung der Definition der terroristischen Handlungen auf Gegenstände erwähnenswert, da bislang davon ausgegangen wurde, dass eine terroristische Handlung gegen eine Person gerichtet werden muss. Der Verfahrenskammern definierten die Verbrechenselemente folgendermaßen:

⁶² AFRC TC Urteil, Rn. 732 („[T]he Trial Chamber is not persuaded that the defence of mistake of law can be invoked here. The rules of customary international law are not contingent on domestic practice in one given country. Hence, it cannot be argued that a national practice creating an appearance of lawfulness can be raised as a defence of conduct violating international norms.”).

⁶³ AFRC AC Urteil, Rn. 296 („*Kanu's* submission that conscripting or enlisting children under the age of 15 was not a war crime at the time alleged in the Indictment is without merit. Furthermore it is frivolous and vexatious for *Kanu* to contend that the absence of criminal knowledge on his part vitiated the requisite *mens rea* in respect of the crimes relating to child soldiers.”).

⁶⁴ Stellungnahme des Generalsekretärs der Vereinten Nationen zum Statut des Sondergerichtshof für Sierra Leone, U.N. Doc. S/2000/915, Rn. 17 f.

⁶⁵ Sondervotum Richter *Robertson*, *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, Rn. 47.

⁶⁶ Sondervotum Richterin *Winter*, Rn. 4 („Not being a domestic court, it cannot also accept any cultural consideration as excuses for criminal conduct.”).

⁶⁷ CDF TC Urteil, Rn. 968.

⁶⁸ Siehe nur *Prosecutor v. Galić*, IT-98-29-A, Judgement, 30. November 2006.

- 1) Acts or threats of violence directed against persons or their property;
- 2) The perpetrator wilfully made persons or their property the object of those acts and threats of violence; and
- 3) The acts or threats of violence were committed with the primary purpose of spreading terror among those persons.⁶⁹

Die Besonderheit an dieser Definition ist, dass sie den Tatbestand insofern ausweitet, dass auch Gegenstände das Ziel terroristischer Handlungen sein können. Der IKRK-Kommentar zu Art. 4 Abs. 2 d) ZP II scheint aber davon auszugehen, dass die terroristische Handlung nur gegen Personen begangen werden können.⁷⁰ Zu beachten ist, dass Art. 13 Abs. 2 ZP II normiert, dass weder die Zivilbevölkerung als solche noch einzelne Zivilpersonen das Ziel von Angriffen sein dürfen. Und ferner, dass die Anwendung oder Androhung von Gewalt mit dem hauptsächlichen Ziel, Schrecken unter der Zivilbevölkerung zu verbreiten, verboten ist. Vor diesem Hintergrund hat Verfahrenskammer II es abgelehnt den Tatbestand nur auf Handlungen, die gegen Personen gerichtet sind anzuwenden. Verfahrenskammer II argumentiert, dass die Unterscheidung zwischen terroristischer Handlungen und einfachen Sachbeschädigungsdelikten alleine die Terrorabsicht darstelle. Daher könne es keinen Unterschied machen, ob der Täter seine Handlung gegen eine Person oder gegen eine Sache richte, wenn der Effekt der terroristischen Handlung, nämlich die Einschüchterung des Opfers, im Sinne dieser speziellen Absicht beim Opfer eintritt.⁷¹ Die Berufungskammer ging auf diese rechtlichen Feststellungen im AFRC Berufungsurteil nicht ein.

Jedoch äußerte sich die Berufungskammer im CDF-Verfahren zu den Verbrechenselementen der terroristischen Handlungen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, ob die Berufungskammer der oben genannten Feststellung von Verfahrenskammer II, dass auch Gegenstände das Tatobjekt einer terroristischen Handlung sein können, solange die Terrorabsicht der Einschüchterung der Zivilbevölkerung besteht, im CDF-Berfungsurteil mitträgt. Verfahrenskammer I hatte die gleiche Ansicht wie Verfahrenskammer II vertreten.⁷² Zunächst modifiziert die Berufungskammer die Definition:

- (i) Acts or threats of violence;
- (ii) That the offender wilfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts or threats of violence; and
- (iii) The acts or threats of violence were carried out with the specific intent of spreading terror among the civilian population.

Ersichtlich ist, dass nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird, dass die Gewaltakte oder Gewaltdrohungen gegen Personen oder Gegenstände gerichtet sein müssen. Zudem verweist die

Berufungskammer auf den Kommentar zu ZP II, wo die Ansicht vertreten wird, dass Gewaltakte oder Gewaltdrohungen auch Akte umfassen, die nicht nur gegen Personen gerichtet seien, sondern auch gegen Installationen, welche „Opfer als Nebeneffekt“ verursachen würden.⁷³ Diese Passage hatte bereits Verfahrenskammer I herangezogen, um Objekte als Tatziel von terroristischen Handlungen zu bejahen.⁷⁴ Es ist jedoch fraglich, ob das „Opfer als Nebeneffekt“ die gleiche Bedeutung hat wie ein Gewaltakt gegen ein Objekt, um bei diesem eine Einschüchterung zu erreichen. Die Berufungskammer scheint daher diesen Aspekt nicht zu bestätigen, ihr aber auch nicht ausdrücklich zu widersprechen.

Ferner ist anzumerken, dass Verfahrenskammer II die spezielle Terrorabsicht nicht bei den Einzeltaten und Verbrechen der Eingliederung, Zwangsverpflichtung und Verwendung von Kindersoldaten annahm, da diese in erster Hinsicht aus militärischen Erwägungen begangen wurden.⁷⁵ Ferner wollte sie auch nicht annehmen, dass die sexuellen Straftaten in einer solchen Terrorabsicht erfolgt sind.⁷⁶ In Bezug auf diese beiden Einzeltaten und dem Tatbestand der Sklaverei als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit lehnte sie terroristische Handlungen ab.

2.5. Kollektivstrafen

Vergeltungsmaßnahmen gegen die Zivilbevölkerung waren in dem Konflikt in Sierra Leone weit verbreitet. Insbeson-

⁶⁹ AFRC TC Urteil, Rn. 667.

⁷⁰ Y. Sandoz, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), Rn. 4583.

⁷¹ AFRC TC Urteil, Rn. 670 (“While the Trial Chamber agrees that it is not the property as such which forms the object of protection from acts of terrorism, the destruction of people’s homes or means of livelihood and, in turn, their means of survival, will operate to instil fear and terror. The attacks on, or destruction of, property thus plays an important role in defining the contours of this crime. What places acts of terrorism apart from other crimes directed against property is the specific intent to spread terror among the population. The acts or threats of violence committed in furtherance of such a purpose are innumerable and may well encompass attacks on property through which the perpetrators intend to terrorise the population.”).

⁷² CDF TC Urteil, Rn. 170.

⁷³ CDF AC Urteil, Rn. 351 („Consistent with the ICRC Commentary to Additional Protocol II, this ‘covers not only acts directed against people, but also acts directed against installations which would cause victims as a side-effect.’”) mit Verweis auf Y. Sandoz, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987).

⁷⁴ Siehe T. Blumenstock/N. Guibert, The First Judgement of the Special Court for Sierra Leone: A Missed Opportunity?, in: The Law and Practice of International Courts and Tribunals 6 (2007), S. 383, 384.

⁷⁵ AFRC TC Urteil, Rn. 1450, 1454.

⁷⁶ AFRC TC Urteil, Rn. 1459 (“The Trial Chamber therefore finds that in the particular factual circumstances before it, the primary purpose behind commission of sexual slavery was not to spread terror among the civilian population, but rather was committed by the AFRC troops to take advantage of the spoils of war, by treating women as property and using them to satisfy their sexual desires and to fulfil other conjugal needs. As with evidence of the other enslavement crimes, namely the abduction and use of child soldiers and forced labour therefore, even where sexual slavery occurred simultaneously with other acts of violence examined by this Chamber with regards to the crime of terror, the Trial Chamber is of the opinion that such acts cannot be considered to have been committed with the primary purpose to terrorise the civilian population.”).

dere richteten sich die Kampfhandlungen oft gezielt gegen die Zivilbevölkerung. Die Rebellenbewegungen „bestrafen“ die Zivilbevölkerung dafür, dass sie mutmaßlich die Regierungspartei in den demokratischen Wahlen 1996 unterstützen oder weil sie als Kollaborateure bezichtigt wurden. Massenamputationen und die Brandschatzung ganzer Dörfer waren das „kollektive Strafmaß“. Dieser Straftatbestand aus Art. 4 Abs. 2(b) ZP II wurde bisher nicht von einem internationalen Gericht angeklagt und verurteilt. Der SLStGH befand sich hier daher weitgehend auf Neuland.⁷⁷ Verfahrenskammer II definierte die Verbrechenselemente der Kollektivstrafe in Art. 3 Abs. b) SLStGH-Statut⁷⁸ wie folgt:

- 1) Die unterschiedslose und kollektive Verhängung von Strafen gegen Personen für Taten, die diese nicht begangen haben; und
- 2) die Absicht des Täters diese Personen unterschiedslos und kollektiv für diese Taten zu bestrafen.⁷⁹

Verfahrenskammer I definierte jedoch die Verbrechenselemente in einer leicht modifizierten Form,⁸⁰ und verlangt nicht, dass die kriminelle Handlung unterschiedslos („indiscriminate“) sein muss. Sie verlangt alleine das Merkmal der Kollektivität. Die Definitionen der Straftatbestände wurden nicht in der Revisionsinstanz angegriffen, so dass sich die Berufungskammer hierzu nicht äußerte.

Der Angeklagte *Kanu* machte vor der Verfahrenskammer II geltend, dass die Definition verlange, dass ein Beweis erbracht werden müsste, dass die bestrafte Zivilisten tatsächlich nicht die ihnen vorgeworfene Handlung begangen hätten. Im konkreten Fall wäre also der Beweis zu erbringen, dass die Zivilisten tatsächlich nicht die Regierungspartei gewählt haben. Die Forderung einer solchen Beweislast, ist bei dem konkreten Sachverhalt mit dem Verfahrenskammer II befasst war nicht zu vollbringen. Letztlich lehnt sie dieses Argument mit der Begründung ab, dass es nicht darauf ankomme, ob die geschützten Personen tatsächlich eine bestimmte Handlung vorgenommen hätten oder nicht. Es sei entscheidend, ob der Täter den Vorsatz besitze unterschiedslos und kollektiv die geschützten Personen für mutmaßliche Handlungen zu bestrafen.⁸¹ Trotz dieser zu begrüßenden Klarstellung der Definition, ist jedoch die von Richterin *Winter* angewendete Definition zu bevorzugen, da sie die Deliktstruktur der Kollektivstrafe besser beschreibt und sie insbesondere von „vermeintlichen“ Handlungen, im Gegensatz zu tatsächlichen, ausgeht:

- 1) Eine unterschiedslose Sanktion, die aufgrund einer vermeintlichen Handlung gegen eine geschützte Person gerichtet wird;
- 2) in der Absicht diese Personen oder Gruppe von Personen kollektiv für eine solche vermeintliche Handlung zu bestrafen.⁸²

Ferner stellt Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil fest, dass eine weite Auslegung der Kollektivstrafe alle erdenklichen Handlungen beinhalte. Insbesondere subsumierte sie auch die Brandschatzung von Gebäuden unter diese Definition,

wenn erwiesen war, dass eine solche Handlung in einer Bestrafungsabsicht erfolgte.⁸³

Da die Kollektivstrafe ein besonderes Vorsatzdelikt ist und die Tat eine Bestrafungsabsicht der Personen verlangt, kann je nach den einzelnen Gegebenheiten eine solche für die Rekrutierung von Kindersoldaten, der Plünderungen und unter Umständen auch die Sklaverei nicht gegeben sein, wenn diese Handlungen aus rein militärischen Überlegungen begangen werden. Eine solche Feststellung wurde jedoch nur explizit für terroristische Handlungen vorgenommen und nicht für Kollektivstrafen. Warum eine ähnliche Schlussfolgerung nicht für Kollektivstrafen vorgenommen wurde, ist nicht ersichtlich.

2.6. Sachbeschädigung im nicht-internationalen Konflikt

Der bewaffnete Konflikt in Sierra Leone war ferner durch die ausgedehnten Brandschatzungen von Städten und Dörfern gekennzeichnet. Daher war es konsequent, dass die Anklagebehörde in allen Anklageschriften die Zerstörung von zivilem Eigentum anklagte.⁸⁴ Jedoch klagte sie den Tatbestand der Brandstiftung unter Art. 3 Abs. f) SLStGH-Statuts an, d.h. dem Tatbestand der Plünderung. Eine solche Vorgehensweise ist beachtenswert, da zumindest nach dem allgemeinen Verständnis und Wortlaut die Plünderung ein Enteignungsdelikt und kein Zerstörungsdelikt zu sein scheint. Zu beachten ist im Zusammenhang mit dem SLStGH ferner, dass das Statut in Art. 5 Abs. b) SLStGH-Statut einen gesonderten Straftatbestand der Brandstiftung nach Sierra Leonischem Recht beinhaltet. Diese nationalen Tatbestände sind in das Statut aufgenommen worden, um mehr nationale Elemente in den Gerichtshof einzubinden, die den Gerichtshof eine sog. „hybride“ oder gemischte Rechtsnatur geben.⁸⁵ Jedoch

⁷⁷ Siehe zum Tatbestand der Kollektivstrafe auch See *Y. Dinstein*, *The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing Off of Houses*, in 29 *Israel Y.H.R.* (1999), S. 285 ff.

⁷⁸ Es ist hervorzuheben, dass das ISGH-Statut einen solchen Straftatbestand für den nicht-internationalen Konflikt nicht kennt.

⁷⁹ AFRC TC Urteil, Rn. 676 (“1) *A punishment imposed indiscriminately and collectively upon persons for acts that they have not committed; and 2) The intent on the part of the perpetrator to indiscriminately and collectively punish the persons for acts which form the subject of the punishment.*”).

⁸⁰ CDF TC Urteil, Rn. 180 (“(i) *A punishment imposed collectively upon persons for omissions or acts that they have not committed; and (ii) The Accused intended to punish collectively persons for these omissions or acts or acted in the reasonable knowledge that this would likely occur.*”).

⁸¹ AFRC TC Urteil, Rn. 1572 (“*Such punishments are imposed upon persons for acts which they may or may not have committed. In other words, the punishments are imposed indiscriminately without establishing individual responsibility through some semblance of due process and without any real attempt to identify the perpetrators, if any.*”).

⁸² Sondervotum *Winter*, CDF AC Urteil, Rn. 46 (“(i) *an indiscriminate sanction directed against protected persons for their perceived conduct; and (ii) the specific intent to punish persons or groups of persons collectively for their perceived conduct.*”).

⁸³ AFRC TC Urteil, Rn. 681.

⁸⁴ Siehe Count 14 in der Anklageschrift gegen *Brima, Kamara, Kanu*; Count 14 in der Anklageschrift gegen *Sesay, Kallon, Gbao*; Count 5 in der Anklageschrift gegen *Fofana und Kondewa*.

⁸⁵ Siehe hierzu *G. Werle*, *Völkerstrafrecht*, Tübingen (2007), Rn. 74 f.

standen einer Anklage dieser nationalen Straftatbestände wohl rechtliche und praktische Erwägungen im Wege. Zum einen beinhaltet Art. 10 des SLStGH-Statuts für die gewährte Amnestie im Lomé Friedensvertrag nur für die in Art. 2 bis 4 SLStGH-Statut genannten Verbrechen kein Strafverzicht und damit kein Prozesshindernis. Dies gilt jedoch nicht ausdrücklich für die in Art. 5 SLStGH-Statut genannten nationalen Straftatbestände. Die Berufungskammer hatte in ihrer Vorverfahrensentscheidung zur Lomé Amnestie lediglich festgestellt, dass die Amnestie im Lomé Friedensabkommen kein Prozesshindernis für die internationalen Straftatbestände, also Art. 2 bis 4 SLStGH-Statut, darstellt.⁸⁶ Sie äußerte sich jedoch nicht zu den nationalen Straftatbeständen. Daher hätten, ohne eine ausdrückliche Ablehnung der Amnestie für die nationalen Verbrechen, nur Brandstiftungsdelikte nach Juli 1999 angeklagt werden können. Ferner könnte ein praktischer Gesichtspunkt die Anklagebehörde dazu bewegen haben, keine nationalen Straftatbestände anzuklagen, da die Tatherrschafts- und Teilnahmebestimmungen für diese Delikte gem. Art. 6 Abs. 5 SLStGH-Statut nach nationalem Recht zu beurteilen gewesen wären. Dies hätte in praktischer Hinsicht die simultane Anwendung zweier Strafrechtssysteme auf teils tateinheitliche Handlungen bedeutet. Für die schon ohnehin extrem komplexen Verfahren hätte dies eine weitere, nicht zu unterschätzende, Herausforderung bedeutet.

Die Ansicht der Anklagebehörde, die Brandstiftungsdelikte unter den Begriff der Plünderung zu subsumieren,⁸⁷ wurde von den Verfahrenskammern konsequent abgelehnt. Die Anklagebehörde hatte argumentiert, dass das Resultat für den Besitzer das gleiche sei. Ob die Sache zerstört oder weggenommen werde, er könne über die Sache jeweils nicht mehr verfügen. Verfahrenskammer II stellte hierzu fest, dass viele Militärhandbücher zwischen Wegnahme- und Sachbeschädigungsdelikten unterscheiden,⁸⁸ ferner, dass die Rechtsprechung des JStGH eine Aneignung der Sache verlangt,⁸⁹ und letztlich, dass auch das IStGH Statut zwischen Wegnahmedelikten und Sachbeschädigungsdelikten unterscheidet.⁹⁰ Die Berufungskammer musste diese Frage auch im CDF-Verfahren klären und ging noch ausführlicher auf diese Frage ein.⁹¹ In ihrer Auslegung des Begriffs der Plünderung verweist sie auf Haager und Genfer Recht, auf das IStGH-Statut, IKRK-Kommentare zum humanitären Völkerrecht, Rechtsprechung des JStGH und RStGH und mehrere Militärhandbücher. Ferner, und ganz entscheidend, verweist die Berufungskammer auf Art. 5 Abs. b) SLStGH-Statut und die Stellungnahme des Generalsekretärs zum SLStGH, in dem ausdrücklich gesagt wurde, dass der nationale Tatbestand der Sachbeschädigung und Brandstiftungsdelikte in das SLStGH-Statut eingefügt wurden, da im Völkerrecht diese Verbrechen für den Bereich der nicht-internationalen Konflikte nicht oder nicht adäquat normiert gewesen seien.⁹² Die Berufungskammer stellt somit fest, dass das entscheidende Element für den Tatbestand der Plünderung die Aneignung einer fremden Sache ist.⁹³

Wie bereits oben erwähnt hat Verfahrenskammer II jedoch bestimmte Brandstiftungstaten unter dem Tatbestand der Kollektivstrafe und terroristischen Handlungen verurteilt,

wenn diese in einer besonderen Terrorabsicht oder Bestrafungsabsicht erfolgten.

2.7. Plünderung

Den Begriff der Plünderung im „engeren Sinne“ haben die beiden Verfahrenskammern uneinheitlich definiert. Die Definitionen wurden weder von der Anklagebehörde noch der Verteidigung in den Berufungsverfahren bemängelt, so dass sich die Berufungskammer nicht zu den Definitionen äußern konnte. Die Verbrechenselemente der Plünderung werden durch Verfahrenskammer II wie folgt definiert:

- 1) Die Aneignung von privatem oder öffentlichem Besitz;
- 2) in der Enteignungsabsicht gegenüber dem Besitzer und in Absicht sich den privaten oder öffentlichen Besitz anzueignen;
- 3) ohne dass eine Einwilligung des Besitzers vorlag.⁹⁴

Verfahrenskammer I macht jedoch keinen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Besitz.⁹⁵ Daher, und insbesondere durch die übergreifenden Voraussetzungen für den Tatbestand der Kriegsverbrechen, kann nur der Besitz von Personen, die nicht an den Feindseligkeiten teilnehmen von dieser Definition umfasst sein. Dies scheint bei den oben genannten Elementen von Verfahrenskammer II nicht der Fall zu sein, da ausdrücklich auch der öffentliche („public“) Besitz in der Definition umfasst wird. Wie der Begriff „öffentlicher Besitz“ in einem nicht-internationalen Konflikt zu verstehen ist, wird jedoch nicht gesagt. Bedeutet öffentlicher Besitz, der Besitz einer Sache durch einen Staat, ob demokratisch oder autokratisch? Oder könnte der öffentliche Besitz auch durch eine aufständische Rebellenorganisation aus-

⁸⁶ SLStGH, Beschl. v. 13. März 2004 (Kallon Kamara, AC), Rn. 67 ff. Siehe hierzu auch A. Cassese, *The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 1130 ff.; S. M. Meisenberg, *Legalities of amnesties in international humanitarian law – The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone*, *International Review of the Red Cross* 86 (2004), 837 ff.

⁸⁷ AFRC TC Urteil, Rn. 756.

⁸⁸ AFRC TC Urteil, Rn. 757; Verfahrenskammer II nennt exemplarisch die Militärhandbücher der folgenden Staaten: Canada, Frankreich, Niederlande, Jugoslawien, Georgien, Algerien, Burkina Faso und Kamerun.

⁸⁹ Mit Verweis auf die Urteile der Verfahrenskammern in *Prosecutor v. Nalitić, Martinović*, IT-98-34-T, Urteil, 31. März 2003, Rn. 612; *Prosecutor v. Kordić*, Cerkez, IT-95-14/2-T, Urteil, 26. Februar 2001, Rn. 352; *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-A, Judgement, 5. Juli 2001, Rn. 48.

⁹⁰ Hierzu verweist Verfahrenskammer II auf Art. 8 Abs. 2(a)(iv) und Art. 8 Abs. 2(b)(xiii) des IStGH-Statuts.

⁹¹ CDF AC Urteil, Rn. 389-409.

⁹² CDF AC Urteil, Rn. 408 („If pillage included wanton destruction, there would have been no reason to include the provision of the 1861 Malicious Damage Act.“).

⁹³ CDF AC Urteil, Rn. 409.

⁹⁴ AFRC TC Urteil, Rn. 752 („1) *The perpetrator appropriated private or public property*; 2) *The perpetrator intended to deprive the owner of the property and to appropriate it for private or personal use*; 3) *The appropriation was without the consent of the owner.*“).

⁹⁵ CDF TC Urteil, Rn. 157.

geübt werden, die eine gewisse territoriale Kontrolle und ein Mindestmaß an Organisationsgewalt besitzt, und den Nutzen des Besitzes der allgemeinen Bevölkerung zugute kommen lässt? Wollte man Aufständischen keinen öffentlichen Besitz zusprechen, würde dies in der Sache bedeuten, dass nur nicht-staatliche Organisationen den Straftatbestand der Plünderung öffentlichen Besitzes erfüllen könnten. Der Staat dürfte jedoch die Plünderung der Ressourcen seinen Kriegszielen unterwerfen ohne diese der Zivilbevölkerung zugute kommen zu lassen. In der Sache mussten beide Verfahrenskammern diese Frage nicht entscheiden, da die Anklageschriften ausschließlich den privaten Besitz von Zivilisten anklagten. Dennoch wäre die oben genannte Diskussion für den Konflikt in Sierra Leone prädestiniert gewesen, da dieser Konflikt durch die Plünderung der natürlichen Ressourcen gekennzeichnet war, insbesondere der Diamantenvorkommen.⁹⁶ Dieser Sachverhalt ist nur in einem weiteren Sinne von der Anklagebehörde in ihre Anklagen einbezogen worden, nämlich im Zusammenhang eines gemeinsamen Tatplans die Macht und Kontrolle über Sierra Leone, insbesondere der Diamantengebiete, auszuüben. Jedenfalls mussten die Strafkammern im Zusammenhang mit dem einzelnen Anklagepunkt der Plünderung nicht näher auf dieses viel diskutierte Problem im humanitären Völkerrecht eingehen.⁹⁷

3. Rechtsprechung zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit

3.1. Begehung durch nichtstaatliche Truppen

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, sollen unter diesem Abschnitt nur bestimmte Aspekte der Verbrechen gegen die Menschlichkeit besprochen werden, wenn diese einen engen Bezug zum humanitären Völkerrecht im engeren Sinne aufweisen. Es bleibt nur darauf hinzuweisen, dass der SLStGH teils wichtige Feststellungen zu einzelnen Verbrechenelementen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemacht hat.⁹⁸ Hinzuweisen ist insbesondere auf die Feststellungen zur Zwangsverheiratung von Mädchen und Frauen.⁹⁹

Verbrechen gegen die Menschlichkeit setzen voraus, dass sie im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden (Kontextelement oder Gesamttat). Die Einzeltat muss im Gesamtzusammenhang mit dem Kontextelement begangen werden. Das geschützte Rechtsgut ist unter anderem der grundlegende Menschenrechtsschutz.¹⁰⁰ Dieser Hintergrund lässt einige Autoren argumentieren, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit typischerweise nur durch staatliche Akteure begangen werden können, da diese Hauptadressat menschenrechtlicher Verpflichtungen seien. Auf diesen Gedanken sind die Urteile des SLStGH nicht detailliert eingegangen. Sie haben lediglich erörtert, ob die nicht-staatlichen Akteure, hier die Rebellenorganisationen, faktisch über das Potenzial verfügten, einen ausgedehnten oder systematischen Angriff auf die Zivilbevölkerung zu verüben.¹⁰¹ Verfahrenskammer II stellte im AFRC-Urteil fest, dass insbesondere von dem Zeitpunkt, als die AFRC- und RUF-Truppen keine staatliche Gewalt mehr innehatten, diese dennoch über genügend organisatorische Kapazitäten und Ressourcen verfügten, um die Zivil-

bevölkerung anzugreifen. Sie stellte sogar fest, dass die Angriffe öfters erfolgten und brutaler waren, nachdem die Rebellenbewegungen aus ihrer kurzen Regierungsperiode vertrieben wurden. Der Ansatz der Strafkammer alleine die faktische Situation zu untersuchen, ob staatliche nicht-Akteure in der Lage sind einen ausgedehnten oder systematischen Angriff vorzunehmen ist zu begrüßen. Dieser Ansatz unterstreicht, dass das Rechtsgut der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch den internationalen Frieden und die internationale Sicherheit umfasst.

3.2. Zivilbevölkerung als Tatobjekt beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Verfahrenskammer I stellte im ihrem Urteil für die bewaffnete Organisation der CDF fest, dass die Zivilbevölkerung nicht das Hauptziel (primary object) der Angriffe der CDF gewesen sei. Die Angriffe seien gegen die feindlichen Rebellenbewegungen gerichtet und hätten der Wiederherstellung der demokratischen Ordnung gedient.¹⁰² Diese relativ knappe Feststellung zu diesem Kontextelement ist überraschend, da der Sachverhalt des Falles Situationen schildert, in denen zivile Objekte und die Zivilbevölkerung ohne jeden militärischen Nutzen angegriffen wurden.¹⁰³ Daher hat die Berufungskammer diese Feststellung in der Berufungsinstanz zu Recht korrigiert. Sie stellt hierzu fest, dass das humanitäre Völkerrecht ungeachtet ihrer politischen Ziele die feindseligen Parteien gleichermaßen adressiere. Daher könne es keine Rechtfertigung für die Täter solcher Verbrechen geben, wenn sie im Namen der Wiederherstellung der Demokratie kämpften.¹⁰⁴ Da Verfahrenskammer I seine Feststellungen primär mit dem Sachverhalt begründete, also das nicht ohne jeden Zweifel bewiesen sei, dass die Zivilbevölkerung das primäre Ziel der Angriffe gewesen sei, nahm die Berufungskammer eine rechtliche Überprüfung dieser Tatsachenfeststellung vor.¹⁰⁵ Die Berufungskammer kam zu dem Ergebnis, dass die Zivilbevölkerung sehr wohl das Hauptziel der Angriffe der CDF gewesen sei.¹⁰⁶ Insbesondere stellt sie fest, dass es nur notwendig sei, dass die Zivilbevölkerung das primäre Angriffsziel der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sein

⁹⁶ Siehe hierzu die UN Sicherheitsratsresolution und Bericht der Ermittlungskommission.

⁹⁷ Siehe auch IGH, Demokratische Republik Kongo gegen Uganda, Urteil v. 19. Dezember 2005, Rn. 222-250, P. Okowa, Natural Resources in Situations of Armed Conflict: Is there a Coherent Framework for Protection?, in: International Community Law Review 9 (2007), S. 237 ff.

⁹⁸ Siehe hierzu T. Blumenstock/N. Guibert, The First Judgement of the Special Court for Sierra Leone: A Missed Opportunity?, in: The Law and Practice of International Courts and Tribunals 6 (2007), S. 367 ff.

⁹⁹ AFRC AC Urteil, Rn. 175-203.

¹⁰⁰ JStGH, Urteil v. 14. Januar 2000 (Kupreskic), Rn. 547; Ambos, Rn. 173.

¹⁰¹ AFRC TC Urteil, Rn. 226.

¹⁰² CDF TC Urteil, Rn. 693.

¹⁰³ Siehe nur hierzu nur Bemerkung der Berufungskammer, CDF AC Urteil, Rn. 307 ("In view of these findings of fact, taken as a whole, the Appeals Chamber is of the view that criminal conduct against those civilians was neither random nor isolated acts but was rather perpetrated to a common pattern of targeting the civilian population.").

¹⁰⁴ CDF AC Urteil, Rn. 247.

¹⁰⁵ CDF AC Urteil, Rn. 265-296.

¹⁰⁶ CDF AC Urteil, Rn. 307.

muss, und nicht notwendigerweise das primäre Motiv oder Objekt eines Angriffs.¹⁰⁷ Ferner stellt die Berufungskammer fest, dass Verfahrenskammer I in seiner rechtlichen Würdigung zu viel Gewicht auf den Einsatzzweck (purpose) des Angriffes gelegt habe, statt auf das Angriffsziel.¹⁰⁸

Da die Verfahrenskammer I den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch ihre fehlerhafte Rechtsansicht ablehnte, musste die Berufungskammer weitere Tatsachenfeststellungen zu den Einzeltaten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – hier Mord und andere unmenschliche Handlungen – vornehmen und befand die beiden Angeklagten auch dieser Taten für schuldig und erhöhte das Strafmaß zu 15 und 20 Jahren.¹⁰⁹

3.3. Definition der Zivilbevölkerung

Verfahrenskammer II musste den Begriff der Zivilbevölkerung näher untersuchen, insbesondere ob der Begriff der Zivilbevölkerung mit dem Begriff der Personen, die nicht an Feindseligkeiten teilnehmen in Einklang zu bringen sei. Die Anklagebehörde wollte diese beiden Begriffe deckungsgleich benutzen.¹¹⁰ Verfahrenskammer II stellte im AFRC-Urteil fest, dass diese beiden Begriffe nicht kongruent seien und dass der Begriff der Zivilbevölkerung enger zu verstehen sei, da ja ansonsten auch ehemalige Kombattanten unter diesen Begriff fallen würden.¹¹¹ Diese Unterscheidung sei insbesondere in einem Fall wichtig in dem Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem engen zeitlichen und geographischen Zusammenhang begangen würden.¹¹² Die praktische Relevanz dieser Diskussion ist im AFRC-Verfahren ersichtlich, wo letztlich „nur“ ein Kriegsverbrechen angenommen wird, da nicht sicher gewesen sei, ob die getöteten Personen ehemalige Kämpfer der gegnerischen Partei, und damit nur Personen, die im Sinne von dem gemeinsamen Art 3 GK und ZP II nicht aktiv an Feindseligkeiten teilnahmen, gewesen seien und somit nicht der Zivilbevölkerung zuzurechnen gewesen seien.¹¹³

Im CDF-Verfahren stellte die Berufungskammer ferner fest, dass vermeintliche Kollaborateure der Rebellenbewegungen als Zivilpersonen anzusehen seien. Diese Feststellung ist jedoch zu pauschal, da letztlich die Zugehörigkeit einer Person zur Zivilbevölkerung nur eine Tatsachenfeststellung sein kann. Insbesondere muss die tatsächliche Rolle eines Kollaborateurs zum Tatzeitpunkt untersucht werden. Eine solche Tatsachenfeststellung hat die Berufungskammer jedoch nicht vorgenommen. Diesen Ansatz einer Tatsachenfeststellung befolgt die Berufungskammer jedoch bei ihrer Feststellung, dass Angehörige der Sierra Leonischen Polizei nicht an den Feindseligkeiten teilnahmen und daher der Zivilbevölkerung zuzurechnen und schutzbedürftig gewesen seien.¹¹⁴

4. Vorgesetztenverantwortlichkeit in irregulären Streitkräften

Die Feststellungen von Verfahrenskammer II im AFRC-Urteil zur Vorgesetztenverantwortlichkeit sind im Besonderen hervorzuheben. Der Sachverhalt, den die Verfahrenskammer zu behandeln hatte, zeigte eine bewaffnete Gruppierung, die

stark militärisch geprägt war, da sie hauptsächlich aus ehemaligen Berufssoldaten bestand. Dennoch war sie weit davon entfernt ihre Befehlshaberstruktur durch rechtsförmliche Kompetenzzuweisungen auszufüllen. Viele Elemente sprachen eher für eine ungeordnete und chaotisch geführte bewaffnete Gruppe ohne formelle Strukturen in der hauptsächlich das Recht des Stärkeren zählte. Verfahrenskammer II musste daher klären, ob trotz der fehlenden formalen Kompetenzen eine Vorgesetztenverantwortlichkeit der Angeklagten gegeben war. Der Rechtsprechung des JStGH folgend, stellte sie fest, dass die tatsächliche Befehls- und Weisungsgewalt für eine Einstufung als Vorgesetzter entscheidend sei.¹¹⁵ Die *de facto* Befehlsgewalt sei entscheidender als die *de jure* Befehlsgewalt. Für die Beurteilung einer solchen tatsächlichen Befehlsgewalt verwies sie auf bestimmte Faktoren, die von der Rechtsprechung des JStGH hierzu begründet wurden.¹¹⁶ Diese beinhalten unter anderem die formale Ernennung zum Vorgesetzten, die Ermächtigung Befehle zu erlassen und Disziplinarmaßnahmen zu ergreifen, die Befugnis Berichte zu erstellen, dass Untergebene in der Präsenz des Vorgesetzten mehr Respekt an den Tag legen.¹¹⁷ Verfahrenskammer II argumentierte im AFRC-Urteil jedoch, dass diese Faktoren in einer regulären Armee nützlich seien, um eine *de facto* Befehlsgewalt anzunehmen. Bei irregulären

¹⁰⁷ CDF AC Urteil, Rn. 299 (“*The Appeals Chamber emphasizes that what must be primary is the civilian population as a target and not the purpose or the objective of the attack.*”).

¹⁰⁸ CDF AC Urteil, Rn. 300.

¹⁰⁹ CDF AC Urteil, Rn. 322, 565.

¹¹⁰ AFRC TC Urteil, Rn. 218.

¹¹¹ AFRC TC Urteil, Rn. 218 (“*The presence of combatants within the ‘civilian population’ does not change the civilian nature of the population. However, the Trial Chamber notes that the Prosecution defined the term ‘civilian’ and ‘civilian population’ as ‘persons who took no active part in the hostilities, or who were no longer taking an active part in the hostilities.’ This definition is usually used for persons protected under Common Article 3 and Additional Protocol II and also covers combatants who no longer take active part in hostilities (hors de combat). The definition proposed by the Prosecution would appear to cover all the references to the terms ‘civilian’ and ‘civilian population’ in the Indictment. With regards to alleged crimes under Article 2 of the Statute, however this definition is overly broad and inconsistent with customary international law.*”).

¹¹² FRC TC Urteil, Rn. 219 („[T]he Trial Chamber concludes that the term civilian must be narrowly defined in order to ensure a distinction in an armed conflict between civilians and combatants no longer participating in hostilities. The fact that the persons are hors de combat during the commission of a crime, does not render them ‘civilian’ or being part of the ‘civilian population’ for the purposes of Article 2 of the Statute. This distinction is particular important in a case were the Prosecution alleges that crimes against humanity were committed in a situation of armed conflict.”).

¹¹³ AFRC TC Urteil, Rn. 864.

¹¹⁴ CDF AC Urteil, Rn. 261; CDF TC Urteil, Rn. 451.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-A, Judgement, 20. Februar 2001, Rn. 193.

¹¹⁶ AFRC TC Urteil, Rn. 785 (“*Indications for effective control include the formality of the procedure used for appointment of a superior, the power of the superior to issue orders or take disciplinary action, the fact that subordinates show greater discipline in the superior’s presence, the level of profile, manifested through public appearances and statements, or the capacity to transmit reports to competent authorities for the taking of proper measures.*”).

¹¹⁷ Siehe hierzu auch *I. Bantekas*, *The Contemporary Law of Superior Responsibility*, in: *American Journal of International Law* 93 (1999), S. 537, 584 f.

Streitkräften, wie die der AFRC-Rebellenbewegung, seien diese Faktoren jedoch ungenügend und wenig hilfreich.¹¹⁸ Bei irregulären Streitkräften und durch die besonderen Umstände des Sachverhalts in dem Konflikt in Sierra Leone ist die Verfahrenskammer der Ansicht, dass weitere Faktoren als Indizien für die *de facto* Befehlsgewalt beachtet werden müssten. Genannt werden unter anderem die Faktoren, ob der vermeintliche Vorgesetzte der Hauptprofiteur der Plünderungen oder der Waffenlieferungen sei, ob er den bevorzugten Zugang zu Telekommunikationsmaterial habe, ob er in einer Position sei, andere zu erniedrigen, ob er eine Leibgarde besitze, ob er die Ideologie der Gruppierung bestimme, ob er mit anderen Gruppierungen oder der Regierung verhandle.¹¹⁹ Diese Liste an Faktoren ist bemerkenswert und hervorzuheben, da sie einen hohen Praxisbezug für Konflikte aufweist in denen irreguläre bewaffnete Gruppierungen involviert sind. Im Völkerstrafrecht werden in Zukunft noch weitere Konflikte zu behandeln sein, in denen Angehörige von Rebellen-Gruppierungen mit schwachen formellen Organisationsstrukturen angeklagt werden. Dies ist beispielsweise in den zukünftigen Verfahren vor dem IStGH zu den Situationen in der Demokratischen Republik Kongo, in Uganda, der Zentralafrikanischen Republik und wohl bald auch Sudan der Fall. Die oben genannte Aufzählung ist sicherlich eine nützliche Indizienliste, um eine faktische Vorgesetztenverantwortlichkeit in solchen irregulären Streitkräften zu ermitteln.

Verfahrenskammer II ging nicht im Detail darauf ein, ob sich die völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auch auf nicht-internationale Konflikte erstreckt, sondern verwies hierzu lediglich auf die Rechtsprechung des JStGH.¹²⁰ Ferner ist noch erwähnenswert, dass Verfahrenskammer II einer mittlerweile durchaus umstrittenen Rechtsprechung des JStGH gefolgt ist, und zwar der Ansicht, dass das Vorgesetztenverhältnis zum Tatzeitpunkt bestehen muss.¹²¹ Diese Rechtsprechung steht nunmehr durch neuere Entwicklungen und Urteile unter besonderer Beachtung.¹²²

5. Übergesetzlicher Notstand

Die Berufungskammer hat sich unmissverständlich gegen die Ansicht eines Richters der Verfahrenskammer I gewandt, der für die Kriegsverbrechen einen übergesetzlichen Notstand begründen wollte. Der Sierra Leonische Richter *Thompson*, hat im CDF-Urteil einen übergesetzlichen Notstand angenommen, da seiner Ansicht nach die beiden Angeklagten *Fofana* und *Kondewa* die Demokratie in Sierra Leone gegen die Rebellen verteidigt hätten. In der Herleitung eines solchen Rechtsinstituts werden grundlegende Prinzipien, die auf Staaten anwendbar wären, unterschiedlos und ohne nähere Begründung auf ein Individuum angewendet. Seine Ansicht und Begründung eines solchen Rechtsinstituts ist bedenklich. Das Sondervotum von Richter *Thompson* ignoriert das Grundverständnis des humanitären Völkerrechts, insbesondere seiner absoluten Geltungskraft und der Unerheblichkeit der Kriegsgründe.¹²³ Zudem ignoriert das Sondervotum den Grundsatz der Menschlichkeit im humanitären Völkerrechts. Zudem werden grundlegende

Feststellungen des IGH zum humanitären Völkerrecht ignoriert, insbesondere die Feststellung des IGH, dass der gemeinsame Art. 3 der GK die „*elementaren Überlegungen der Menschlichkeit*“ ausdrücke und als Mindestmaß („minimum yardstick“) des Annehmbaren gelte.¹²⁴ Stattdessen zitiert Richter *Thompson* Urteile des IGH und reißt diese aus dem Zusammenhang, um seiner fragwürdige Ansicht Gewicht zu geben. Zudem wird nicht darauf eingegangen, dass im nicht-internationalen Konflikt der Grundsatz der militärischen Notwendigkeit viel enger ausgelegt wird als im internationalen Konflikt, da es hier keine Definition des militärischen Ziels gibt. Stattdessen bestimmt Art. 13 Abs. 2 des Zusatzprotokoll II, dass „Weder die Zivilbevölkerung als solche noch einzelne Zivilpersonen dürfen das Ziel von Ansätzen sein“. Auf diese Grundprinzipien geht Richter *Thompson* nicht ein, um einen übergesetzlichen Notstand für begangenen Kriegsverbrechen zu begründen. Ferner wird letztlich nicht untersucht, ob die einzelnen Handlungen in tatsächlicher Hinsicht die Demokratie wieder hergestellt haben oder hätten herstellen können. Auch die Verhältnismäßigkeit der individuellen Taten wird nicht diskutiert. Die Berufungskammer hat sich mit aller Bestimmtheit gegen die Ansicht des Richters gewandt.¹²⁵

6. Schlussbemerkung

Art. 20 SLStGH-Statut besagt, dass die Berufsrichter sich durch die Rechtsprechung der *ad hoc*-Gerichte leiten

¹¹⁸ AFRC TC Urteil, Rn. 787 (“[I]n a conflict characterised by the participation of irregular armies or rebel groups, the traditional indicia of effective control provided in the jurisprudence may not be appropriate or useful. As the Trial Chamber has observed, the formality of an organisation’s structure is relevant to, but not determinative of, the question of the effective control of its leaders. The less developed the structure, the more important it becomes to focus on the nature of the superior’s authority rather than his or her formal designation.”).

¹¹⁹ AFRC TC Urteil, Rn. 788 (“The Trial Chamber considers that indicia which may be useful to assess the ability of superiors in such irregular armies to exercise effective control over their subordinates, include that the superior had first entitlement to the profits of war, such as looted property and natural resources; exercised control over the fate of vulnerable persons such as women and children; the superior had independent access to and/or control of the means to wage war, including arms and ammunition and communications equipment; the superior rewarded himself or herself with positions of power and influence; the superior had the capacity to intimidate subordinates into compliance and was willing to do so; the superior was protected by personal security guards, loyal to him or her, akin to a modern praetorian guard; the superior fuels or represents the ideology of the movement to which the subordinates adhere; and the superior interacts with external bodies or individuals on behalf of the group.”).

¹²⁰ AFRC TC Urteil, Rn. 782, siehe hierzu auch Greenwood, Command Responsibility and the *Hadzihasanovic* Decision, in: 2 Journal of International Criminal Justice (2004), 600 f.

¹²¹ AFRC TC Urteil, Rn. 799 („According to the ICTY Appeals Chamber, there is no support in customary international law for the proposition that a commander can be held responsible for crimes committed by a subordinate prior to the commander’s assumption of command over that subordinate.”); siehe auch Rn. 1673.

¹²² Siehe hierzu *Prosecutor v. Oric*, IT-03-68-A, Judgement, 3. Juli 2008 und insbesondere Sondervotum von Richter *Schomburg*.

¹²³ Siehe hierzu nur *H.-P. Gasser*, Humanitäres Völkerrecht, Baden-Baden 2007, S. 23 ff.

¹²⁴ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Rep. 1986, S. 104.

¹²⁵ CDF AC Urteil, Rn. 247.

lassen sollen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist das Bedürfnis einer einheitlichen Rechtsprechung im Völkerstrafrecht und humanitären Völkerrecht. Die SLStGH-Kammern sind der Rechtsprechung der *ad hoc*-Tribunale im Wesentlichen gefolgt, wie die Urteile und die vielen Verweise auf diese eindeutig zeigen. Dennoch hat der SLStGH auch einen eigenen Beitrag zum humanitären Völkerrecht geleistet, wie die

ausgewählte Rechtsprechungsübersicht zeigt. Hier sind insbesondere die Feststellungen zu Kindersoldaten, Terroristischen Handlungen, der Kollektivstrafe, der Plünderungen, der Sachbeschädigung im nicht-internationalen Konflikt und die Befehlsverantwortlichkeit von irregulären Streitkräften zu nennen. Hier hat der Sondergerichtshof Neuland betreten und seinen eigenen Beitrag geleistet. ■

Der Präsident des Sudan vor dem Internationalen Strafgerichtshof – ein Verstoß gegen das Völkerrecht? Überlegungen zur völkerrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern anlässlich des Haftbefehlsantrages gegen Omar al-Bashir

Helmut Kreicker*

On July 14, 2008, the Prosecutor of the International Criminal Court applied for a warrant of arrest against the President of Sudan, *Omar al-Bashir*. *Al-Bashir* is suspected of being responsible for Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes committed in Darfur, a region in Western Sudan. For the first time, the ICC conducts criminal proceedings against a serving head of state. Heads of states, however, enjoy immunity. Only recently, judgements like those of the House of Lords in the *Pinochet*-case and the decision of the ICJ in *Democratic Republic of Congo against Belgium* have confirmed this immunity and emphasized that there is no exception to international crimes. This essay, therefore, discusses whether the proceedings against *al-Bashir* are compatible with international law.

Am 14. Juli 2008 hat der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs einen Haftbefehl gegen den Präsidenten des Sudan, *Omar al-Bashir*, beantragt. Ihm wird vorgeworfen, für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im westsudanesischen Gebiet Darfur verantwortlich zu sein. Erstmals führt der IStGH damit ein Verfahren gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt. Staatsoberhäupter genießen jedoch Immunität. Erst in jüngerer Zeit haben Gerichtsentscheidungen wie die Urteile des House of Lords im Fall *Pinochet* und die Entscheidung des IGH im Verfahren Demokratische Republik Kongo gegen Belgien diese Immunität bestätigt und betont, sie gelte auch bei völkerrechtlichen Verbrechen. Der Beitrag geht deshalb der Frage nach, ob das Verfahren gegen *al-Bashir* mit dem Völkerrecht vereinbar ist.

1. Die Situation in Darfur

Seit 2003 wird der Konflikt zwischen der sudanesischen Regierung und Rebellengruppen in der westsudanesischen Provinz Darfur gewaltsam ausgetragen. Die Rebellen namentlich der afrikanischen Stämme *Fur*, *Massalit* und *Zaghawa* wehren sich gegen die Bestrebungen der Zentralregierung, die Region und die dort ansässigen Stämme politisch und wirtschaftlich zu marginalisieren. Die sudanesisch Regierung setzt in diesem Konflikt nicht nur ihr Militär ein, sondern bedient sich insbesondere auch der mit ihr verbündeten arabischen Reitermilizen *Janjaweed*. Militär und *Janjaweed*-Milizen gehen massiv gegen die Zivilbevölkerung in Darfur vor. Gezielt werden Dörfer der *Fur*, *Massalit* und *Zaghawa* angegriffen: Behausungen werden zerstört, Vorräte vernichtet, Wasserstellen unbrauchbar gemacht, Mädchen und Frauen systematisch vergewaltigt und die zivilen Bewohner getötet oder in die Wüste vertrieben. Selbst in

den Flüchtlingslagern kommt es zu gesteuerten Übergriffen – vor allem in Form von Vergewaltigungen – gegen Zivilisten. Ziel der Regierungstruppen und der *Janjaweed* sei es, so der Ankläger des IStGH, die Stämme *Fur*, *Massalit* und *Zaghawa* in ihrer Existenz zu vernichten. Bislang sind in Darfur etwa 300.000 Menschen durch den Konflikt ums Leben gekommen; mehr als zweieinhalb Millionen wurden vertrieben. Der Aufbau der gemeinsamen Friedenstruppe der UN und der Afrikanischen Union UNAMID verzögert sich immer noch. Zwischenzeitlich hat sich die Lage so zugezuspitzt, dass die in Darfur tätigen Hilfsorganisationen ihre Arbeit einstellen mussten.

* Dr. Helmut Kreicker ist Richter im Justizdienst des Landes Niedersachsen und war zuvor Leiter des Referats „Internationales Strafrecht und Völkerstrafrecht“ am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

2. Das Verfahren gegen den sudanesischen Präsidenten *al-Bashir*

Am 31.3.2005 überwies der UN-Sicherheitsrat durch die auf Kapitel VII UN-Charta gestützte Resolution 1593 (2005) die Situation in Darfur an den IStGH.¹ Mit dieser ersten Entscheidung nach Art. 13 lit. b) IStGH-Statut folgte der Sicherheitsrat einer Empfehlung der von den UN eingesetzten Darfur-Untersuchungskommission.² Die Anklagebehörde des IStGH nahm Ermittlungen auf; auf ihren Antrag erließ der IStGH am 27.4.2007 bereits Haftbefehle gegen *Ahmad Harun*, den früheren Innenminister des Sudan, und *Ali Kushayb*, einen Anführer der *Janjaweed*-Milizen, die aber noch nicht vollstreckt werden konnten. Am 14.7.2008 hat der Ankläger bei der zuständigen Vorverfahrenskammer I gemäß Art. 58 IStGH-Statut den Erlass eines Haftbefehls gegen *Omar Hassan Ahmad al-Bashir*, den amtierenden Präsidenten des Sudan, beantragt.³ Ihm wird vorgeworfen, in seiner Funktion als Staatsoberhaupt, Regierungschef und oberster Militärbefehlshaber des Sudan, die in Darfur an der Zivilbevölkerung verübten Verbrechen initiiert und gesteuert zu haben. Anders als die UN-Kommission geht der Ankläger des IStGH davon aus, dass die Verbrechen gegen Angehörige der *Fur*, *Zaghawa* und *Massalit* als Völkermord zu klassifizieren sind, weshalb der Haftbefehlsantrag *al-Bashir* Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zur Last legt. Über den Haftbefehlsantrag werden die drei Richter der Vorverfahrenskammer I voraussichtlich noch in diesem Jahr befinden.

3. Immunität von Staatsoberhäuptern nach Völkergewohnheitsrecht

Die Vorverfahrenskammer wird sich auch damit befassen müssen, ob dem Erlass eines Haftbefehls eine Immunität *al-Bashirs* entgegensteht. Denn Staatsoberhäuptern kommt nach Völkergewohnheitsrecht Immunität zu. Gilt diese im Fall *al-Bashir* nicht oder ist das Verfahren völkerrechtswidrig? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

3.1. Die Staatenimmunität als Strafverfolgungshindernis

Aus dem völkerrechtlichen Fundamentalprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta) folgt die Staatenimmunität: Grundsätzlich darf kein Staat einen anderen Staat seiner nationalen Gerichtsbarkeit unterwerfen.⁴ Die Staatenimmunität untersagt aber nicht nur zivilrechtliche Klagen gegen einen Staat vor Gerichten eines anderen Staates, sondern erstreckt sich auch auf natürliche Personen. Diese sind in Bezug auf ihr Handeln für einen fremden Staat der nationalen Gerichtsbarkeit grundsätzlich entzogen.⁵ Denn mit der Inanspruchnahme von Personen für Handlungen, die einem anderen Staat als staatliches Handeln zurechenbar sind, würde man indirekt Gerichtsbarkeit über einen fremden Staat ausüben. Für das Strafrecht bedeutet dies, dass die Staatenimmunität einer Strafverfolgung staatlicher Funktionsträger wegen Handlungen, die als Handlungen in Ausübung ihres Amtes einem anderen Staat zuzurechnen sind, prinzipiell entgegensteht.⁶ Die Staatenimmunität in

ihrer Ausprägung als Strafverfolgungshindernis ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.⁷ Sie ist eine „Immunität *ratione materiae*“ (handlungsbezogene Immunität), da sie nicht bestimmte Personen als solche von fremder Gerichtsbarkeit befreit, sondern „nur“ eine Strafverfolgung wegen Amtshandlungen für einen anderen Staat untersagt, dafür aber für alle staatlichen Funktionsträger gleichermaßen gilt.

Auch Staatsoberhäupter genießen für die in Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen Staatenimmunität im Sinne einer Befreiung von der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten. Doch obgleich es sich bei den Völkerstrafataten, die *al-Bashir* zur Last gelegt werden, um Taten handelt, die er in seiner Funktion als Staatsoberhaupt begangen haben soll, verbietet die Staatenimmunität seine Strafverfolgung nicht. Denn die Staatenimmunität gilt bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht.⁸

Diese Ausnahme ist seit den Nürnberger Prozessen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und seither immer wieder bestätigt worden.⁹ Sie folgt zwangsläufig aus dem Charakter

¹ Vgl. hierzu *Condorelli/Ciampi*, JICJ 3 (2005), 590 (590 ff.); *Kreß*, in: Kempf u.a. (Hrsg.), FS Richter II (2006), S. 319 (325 ff.).

² Der Kommissionsbericht vom 25.1.2005 (S/2005/60) ist abrufbar unter <www.un.org/Depts/dpko/missions/unamid/reports.html>.

³ Eine Zusammenfassung des Haftbefehlsantrages ist abrufbar unter: <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf>. Weitere Informationen zu den Darfur-Ermittlungen des IStGH finden sich unter: <http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur.html>.

⁴ *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, Rn. 658 ff.; *Epping*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl., 2004, § 26 Rn. 17 ff. Staatenimmunität wird heutzutage aber nur für hoheitlich-staatliche Tätigkeit (*acta iure imperii*) und nicht für privatwirtschaftliches Handeln (*acta iure gestionis*) gewährt; Vgl. BVerfGE 16, 27 (33 ff., 51 f., 61) = NJW 1963, 1732 (1732 f., 1735).

⁵ BGH NJW 1979, 1101 (1102); *Folz/Soppe*, NSTZ 1996, 576 (576, 578).

⁶ BVerfGE 96, 68 (85, 91) = NJW 1998, 50 (53 f.); BGHSt 39, 260 (263) = NJW 1993, 3147 (3147); House of Lords, 2. Entscheidung im Fall *Pinochet* vom 24.3.1999, Votum von Lord *Browne-Wilkinson*, HRLJ (1999), 61 (69), Votum von Lord *Millet*, HRLJ (1999), 61 (98); *Ambos*, Internationales Strafrecht (2006), § 7 Rn. 106; MK-StGB-*Ambos*, vor § 3 Rn. 106; *Cassese*, International Law, 2. Aufl., 2005, S. 110 ff. Ausführlich zur strafrechtlichen Relevanz der Staatenimmunität *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, S. 49 ff.

⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, 29.10.1997 (IT-94-1AR108bis), Nr. 38, 41: “State officials acting in their official capacity (...) are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. (...) they enjoy so-called ‘functional immunity’. This is a well established rule of customary international law (...) and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*).”

⁸ BVerfGE 96, 68 (84 f.) = NJW 1998, 50 (52 f.); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 7 Rn. 111; MK-StGB-*Ambos*, vor § 3 Rn. 135 ff.; *Cassese*, International Criminal Law, 2003, S. 23 f., 267 ff.; *ders.*, JICJ 1, (2003), 437 (445 ff.); *Gaeta*, in: *Cassese u. a.* (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Bd. I, 2002, S. 975 (982); *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, S. 178 ff.; *Kreß*, GA 2003, 25 (35); *Kreß/Prost*, in: *Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 16, 18; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 609 ff.

⁹ Vgl. nur ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, 29.10.1997 (IT-94-1AR108bis), Nr. 41: “(...) exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity.” Weitere Nachw. bei *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, S. 187 ff.

völkerrechtlicher Verbrechen: Die Staatenimmunität soll die Souveränität der Staaten schützen. Ein Staat, dessen Funktionsträger Völkerstraftaten begehen, verletzt jedoch in eklatanter Weise das Völkerrecht. Solche Straftaten berühren – wie es in der Präambel des Römischen Statuts heißt – die internationale Gemeinschaft als Ganzes. Eine strafrechtliche Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen stellt damit keine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Staates dar, der „hinter dem Verbrechen steht“, und verletzt keine legitimen Souveränitätsinteressen dieses Staates.

3.2. Die Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern

Amtierende Staatsoberhäupter genießen allerdings neben der Staatenimmunität noch eine spezielle Immunität *ratione personae* (personenbezogene Immunität): Seit jeher ist anerkannt, dass Staatsoberhäuptern während ihrer Amtszeit vollständige Immunität von fremdstaatlicher Gerichtsbarkeit zukommt, die nicht nur – wie die Immunitäten *ratione materiae* – vor einer Strafverfolgung wegen Handlungen in Ausübung des Amtes schützt, sondern – in gleicher Weise wie die diplomatische Immunität nach Art. 31 Wiener Übereinkommen über Diplomatische Beziehungen (WÜD) – auch Privathandlungen und Taten erfasst, die vor der Amtsübernahme begangen wurden, also die Person des Staatsoberhauptes als solche gänzlich fremder Strafgerichtsbarkeit entzieht.¹⁰ Diese völkergewohnheitsrechtliche¹¹ Immunität von Staatsoberhäuptern verdeckt gewissermaßen während der Amtszeit die allgemeine Staatenimmunität. Sie gilt *erga omnes*, befreit also – anders als die allein vom jeweiligen Empfangsstaat zu beachtende Immunität *ratione personae* der Diplomaten – von der Strafgerichtsbarkeit aller Staaten außer der des eigenen Landes. Bereits die Einleitung eines Strafverfahrens – nicht etwa nur eine Inhaftierung – ist untersagt, und zwar unabhängig davon, ob sich die betreffende Person im Hoheitsgebiet des strafverfolgungswilligen Staates aufhält oder nicht.¹² Die umfassende Immunität der Staatsoberhäupter wurde erst in jüngerer Zeit durch Entscheidungen internationaler und nationaler Gerichte eindrucksvoll bestätigt. Zu erwähnen sind die Urteile des britischen House of Lords im Fall *Pinochet*,¹³ die Entscheidung der französischen Cour de Cassation im Fall *Gaddafi* vom 13.3.2001,¹⁴ der Beschluss des OLG Köln im Fall *Saddam Hussein* vom 16.5.2000¹⁵ und das Urteil des IGH im Verfahren *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien*¹⁶. Die Immunität von Staatsoberhäuptern dient der Verhinderung zwischenstaatlicher Konflikte, die eine Strafverfolgung eines fremden Staatsoberhauptes wohl nahezu zwangsläufig zur Folge hätte, und schützt die Funktionsfähigkeit der internationalen Beziehungen, da sie Reisen in andere Staaten ohne Furcht vor – politisch motivierter bzw. mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbarer – Strafverfolgung ermöglicht. Sie dient also nicht zuletzt der Friedenssicherung und hat so eine hinreichende Legitimationsbasis.

Es stellt sich aber die Frage, ob die Immunität für Staatsoberhäupter – ebenso wie die von dieser streng zu unterscheidende Staatenimmunität – bei völkerrechtlichen Verbrechen eine Ausnahme erfährt. Vereinzelt ist dies in der Literatur bejaht worden – zumeist unter Hinweis darauf, dass in den Statuten aller internationalen Strafgerichtshöfe vom Nürnberger Militärgerichtshof bis zum IStGH ein genereller, also auch Staatsoberhäupter erfassender Ausschluss völkerrechtlicher Immunitäten normiert ist.¹⁷ Doch ganz abgesehen davon, dass es unzulässig ist, von einem Immunitätsaus-

schluss eine Ausnahme erfährt. Vereinzelt ist dies in der Literatur bejaht worden – zumeist unter Hinweis darauf, dass in den Statuten aller internationalen Strafgerichtshöfe vom Nürnberger Militärgerichtshof bis zum IStGH ein genereller, also auch Staatsoberhäupter erfassender Ausschluss völkerrechtlicher Immunitäten normiert ist.¹⁷ Doch ganz abgesehen davon, dass es unzulässig ist, von einem Immunitätsaus-

¹⁰ Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht (2006), § 7 Rn. 106; *Cassese*, EJIL 13 (2002), 853 (864); *ders.*, International Criminal Law, 2003, S. 264 ff.; *ders.*, JICJ 1 (2003), 437 (440); *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., 1989, S. 252 f.; *Gornig*, in: *Ipsen* u.a. (Hrsg.), FS Rauschning, 2001, S. 457 (460 ff.); *Tangermann*, Immunität von Staatsoberhäuptern, 2002, S. 116 ff., 207 f.; *Uerpmann-Witzack*, AVR 44 (2006), 33 (33 f.); *Watts*, RdC 247 (1994 III), S. 9 (51 ff.); *Weiß*, JZ (2002), 696 (701); *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 607, 614; *Wirth*, EJIL 13 (2002), 877 (883 ff.). Ausführlich zur strafrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 707 ff. Inwieweit neben Staatsoberhäuptern auch Regierungsmitglieder Immunität *ratione personae* genießen, ist umstritten. Der IGH hat eine umfassende völkergewohnheitsrechtliche Immunität von Außenministern wegen ihrer vielfältigen Auslandskontakte mit einer teleologischen Argumentation bejaht (*Demokratische Republik Kongo gegen Belgien*, Urteil vom 14.2.2002, ICJ-Reports 2002, 3 [23 ff.], unter: <http://www.icj-cij.org>, Nr. 54 ff.). Dann aber wird man auch Regierungschefs und anderen Fachministern eine derartige Immunität zubilligen müssen; Vgl. *Kreicker*, a.a.O., S. 723 ff. m.w.N. A.A. unter Hinweis auf Art. 7 Abs. 2 lit. a) WVRK *Kreß*, GA 2003, 25 (32 f.).

¹¹ Eine universelle völkervertragliche Regelung der Immunität von Staatsoberhäuptern gibt es nicht. Allerdings setzt Art. 21 der *Convention on Special Missions* vom 8.12.1969 (UNTS 1400, 213 = ILM 9 [1970], 127) mittelbar eine gewohnheitsrechtliche Immunität *ratione personae* von Staatsoberhäuptern voraus. Vgl. hierzu *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 712 f.

¹² BGHSt 33, 97 (97 f.) = NJW 1985, 639 (639); OLG Köln, NStZ 2000, 667 (667).

¹³ Lord *Nicholls of Birkenhead*, 1. *Pinochet*-Urteil vom 25.11.1998, HRLJ (1998), 436 (438 f.): "(...) there can be no doubt that if Senator Pinochet had still been head of the Chilean State, he would have been entitled to immunity. (...) I have no doubt that a current head of state is immune from criminal process under customary international law." Lord *Steyn*, 1. *Pinochet*-Urteil vom 25.11.1998, HRLJ (1998), 439 (440): "It is common ground that a Head of State while in office has an absolute immunity against civil or criminal proceedings." Lord *Browne-Wilkinson*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ (1999), 61 (67): "(...) personal immunity of the head of state persists to the present day. (...) This immunity enjoyed by a head of state in power (...) is a complete immunity attaching to the person of the head of state (...) and rendering him immune from all actions and prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state." Lord *Saville of Newdigate*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ (1999), 96 (96): "In general, under customary international law serving heads of state enjoy immunity from criminal proceedings in other countries by virtue of holding that office. This form of immunity is known as immunity *ratione personae*. It covers all conduct of the head of state while the person concerned holds that office and thus draws no distinction between what the head of state does in his official capacity (...) and what he does in his private capacity."

¹⁴ Arrêt Nr. 1414. In englischer Übers. wiedergegeben in ILR 125, 490 ff. Siehe auch MK-StGB-*Ambos*, vor § 3 Rn. 141 mit Fn. 780; *Zappala*, EJIL 12 (2001), 595 (595 ff.).

¹⁵ OLG Köln, NStZ (2000), 667 (667) mit Anm. *Wirth* in: NStZ (2001), 665 (665 ff.).

¹⁶ Urteil vom 14.02.2002, ICJ-Reports 2002, 3, unter: <http://www.icj-cij.org>; dt. Übers. in EuGRZ, 2003, 536. Diese Entscheidung betraf zwar den völkerrechtlichen Status von Außenministern, doch gelten die Erwägungen für Staatsoberhäupter in gleicher Weise (so auch *Weiß*, JZ (2002), 696 [698]).

¹⁷ Z.B. *Orakhelashvili*, GYIL 45 (2002), 227 (250); *Ruffert*, NILR (2001), 171 (184 f.); *Schultz*, ZaöRV 62, 2002, 703 (705); *Watts*, RdC 247 (1994 III), S. 9 (84, 111 ff.); *Wouters*, LJIL 16 (2003), 253 (259 ff.).

schluss in Bezug auf supranationale Gerichte auf eine Nichtgeltung von Exemtionen auch bei einzelstaatlicher Strafverfolgung zu schließen, findet eine solche Immunitätsausnahme keinen Rückhalt in der Völkerrechtspraxis. Die bereits erwähnten Gerichtsentscheidungen in den Fällen *Pinochet* und *Gaddafi* gehen von einer absoluten Geltung der Immunität von Staatsoberhäuptern in Bezug auf nationale Strafverfolgungen aus, die auch bei völkerrechtlichen Verbrechen keine Ausnahme erfährt.¹⁸ In seinem Urteil im Verfahren *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien* vom 14.2.2002¹⁹ hat der IGH – zwar in Bezug auf Außenminister, aber wegen des vom IGH angenommenen Gleichlaufs der Immunität von Außenministern und der von Staatsoberhäuptern für letztere ebenso geltend – ausgeführt:

“58. *The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers of Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity. The Court has also examined the rules concerning immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter (...). It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts.*”

Ganz zu Recht wird deshalb auch in der Literatur überwiegend angenommen, die Immunität amtierender Staatsoberhäupter gelte in Bezug auf nationale Strafverfolgungen uneingeschränkt, also auch bei völkerrechtlichen Verbrechen.²⁰ Völkerrechtliche Strafverfolgungspflichten treten insofern zurück.²¹

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten: Eine Strafverfolgung des sudanesischen Präsidenten durch staatliche Gerichte – etwa ein Strafverfahren in Deutschland nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) – wäre wegen der *al-Bashir* zukommenden Immunität als amtierendes Staatsoberhaupt unzulässig.

4. Geltung der Immunität bei Verfahren vor dem IStGH?

Aus dem Umstand, dass die Immunität von Staatsoberhäuptern in Bezug auf nationale Strafverfolgungen uneingeschränkt gilt und *al-Bashir* deshalb eine Strafverfolgung durch einen anderen Staat nicht zu fürchten braucht, kann aber nicht gefolgert werden, dass auch der IStGH nicht tätig werden darf, also das vom Ankläger des IStGH gegen *al-Bashir* eingeleitete Strafverfahren völkerrechtswidrig ist und der beantragte Haftbefehl gegen ihn nicht erlassen werden darf. Die Frage, inwieweit Immunitäten dem IStGH Schranken setzen, ist vielmehr isoliert zu betrachten.

4.1. Der Immunitätsausschluss des Art. 27 IStGH-Statut

Auf den ersten Blick scheint es, als könne die Frage leicht beantwortet werden, ordnet doch Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut die generelle Unbeachtlichkeit von Immunitäten für den IStGH an.²² Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut lautet:

„Immunitäten oder besondere Verfahrensregeln, die nach innerstaatlichem Recht oder nach dem Völkerrecht mit der amtlichen Eigenschaft einer Person verbunden sind, hindern den Gerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über eine solche Person.“

Doch griffe es zu kurz, wenn man sich auf einen Verweis auf Art. 27 IStGH-Statut beschränkte.²³ Es ist vielmehr zu fragen, inwieweit dieser Immunitätsausschluss überhaupt völkerrechtlich konform und wirksam ist. Denn der IStGH wurde durch einen völkerrechtlichen Vertrag einzelner Staaten als von den Vertragsstaaten getragene internationale Organisation gegründet. Die Kompetenzen des IStGH müssen sich daher aus den völkerrechtlichen Kompetenzen der Vertragsstaaten oder dem übrigen Völkerrecht ableiten lassen. Immunitäten, die gegenüber nationaler Gerichtsbarkeit gelten, sind grundsätzlich auch für ein internationales Gericht wie den IStGH beachtlich, da einzelne Staaten dadurch, dass sie sich zusammentun und ein internationales Gericht schaffen, diesem nicht konstitutiv Kompetenzen zusprechen können, die sie selber nicht haben. Gegenüber Drittstaaten, also Staaten, die das Römische Statut des IStGH nicht ratifiziert haben, kann der IStGH keine Rechte – etwa das Recht auf Nichtbeachtung völkerrechtlicher Immunitäten – geltend machen, die sich nicht entweder aus einer – durch Delegation auf den IStGH übertragenen – völkerrechtlichen Kompetenz eines Vertragsstaates oder aus dem auch für Drittstaaten verbindlichen Völker(gewohnheits)recht ergeben. Insofern ist einerseits zwischen den verschiedenen völkerrechtlichen Exemtionen, andererseits zwischen Vertragsstaaten des Statuts und Drittstaaten zu differenzieren:

Die Staatenimmunität kann einer Strafverfolgung durch den IStGH von vornherein keine Grenzen setzen, da sie – wie

¹⁸ Vgl. Fn. 13 f.

¹⁹ Vgl. Fn. 16.

²⁰ Vgl. nur *Akande*, AJIL 98 (2004), 407 (411); *Ambos*, JZ 1999, 16 (23); *Cassese*, EJIL 13 (2002), 853 (865 ff.); *ders.*, International Criminal Law (2003), S. 267, 271 f.; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2 (2007), S. 729 ff. m.w.N. in Fn. 85; *Kreß*, GA 2003, 25 (33); *Kreß/Prost*, in: *Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 20; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 608, 614, 619; *Wirth*, EJIL 13 (2002), 877 (883, 888 f.). Eine Ausnahme von dieser uneingeschränkten Immunität amtierender Staatsoberhäupter normiert allerdings Art. IV der Völkermordkonvention vom 9.12.1948 (BGBl. 1954 II, S. 730), doch gilt diese gemäß Art. VI nur bei Strafverfolgungen durch den Tatortstaat; Vgl. *Kreicker*, a.a.O., S. 741 f.

²¹ IGH, *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien*, Urteil vom 14.2.2002, ICJ-Reports 2002, 3 (25 f.), unter: <http://www.icj-cij.org>, Nr. 59.

²² Vgl. *Gaeta*, in: *Cassese u.a.* (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Bd. I, 2002, S. 975 (978, 990 ff.).

²³ So aber *Gornig*, in: *Ipsen u.a.* (Hrsg.), FS Rauschning (2001), S. 457 (484).

dargelegt – bei völkerrechtlichen Verbrechen (nur solche Taten fallen in die Jurisdiktionskompetenz des IStGH) eine völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme erfährt. Art. 27 IStGH-Statut ist mithin insoweit, als die Norm die Irrelevanz der Staatenimmunität ausspricht, deklaratorisch.²⁴

Da die mittlerweile 108 Vertragsstaaten des IStGH mit der Ratifikation des Römischen Statuts auch dessen Art. 27 akzeptiert haben, haben sie zugleich eingewilligt, dass völkerrechtliche Exemtionen ihrer Funktionsträger einer Strafverfolgung durch den IStGH keine Schranke setzen. Die Vertragsstaaten haben also mit der Ratifikation des Statuts *ex ante* auf sämtliche ihnen zukommenden völkerrechtlichen Immunitäten und sonstigen Exemtionen (etwa Unverletzlichkeitsgewährleistungen) gegenüber dem IStGH verzichtet. Wegen dieses pauschalen Verzichts kommt Staatsoberhäuptern und sämtlichen anderen Funktionsträgern von Vertragsstaaten keine Immunität gegenüber einer Strafverfolgung durch den IStGH zu.²⁵

Dagegen kann Art. 27 Abs. 2 IStGH-Statut nicht mit konstitutiver Wirkung die Geltung der Immunität von Staatsoberhäuptern von Nichtvertragsstaaten ausschließen; dem steht das allgemeine Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter (Art. 34 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK)) entgegen.²⁶ Weil die Immunität von Staatsoberhäuptern *erga omnes* gilt, lässt sich eine Kompetenz des IStGH zur Strafverfolgung von Staatsoberhäuptern von Drittstaaten nicht aus einer Kompetenz eines Vertragsstaates ableiten: Da wie gezeigt die Immunität von Staatsoberhäuptern jeglicher nationaler fremdstaatlicher Strafverfolgung entgegen steht, ist kein Vertragsstaat in der Lage, eine Verfolgungskompetenz an den IStGH zu delegieren. In der Literatur ist Art. 27 IStGH-Statut deshalb insofern, als die Unbeachtlichkeit der Immunität von Staatsoberhäuptern von Drittstaaten ausgesprochen wird, für völkerrechtswidrig erachtet worden.²⁷

Der Sudan hat das Römische Statut nicht ratifiziert und damit auch nicht auf die *al-Bashir* zukommende Immunität als Staatsoberhaupt gegenüber dem IStGH verzichtet. Auf Art. 27 IStGH-Statut kann eine Unbeachtlichkeit der Immunität *al-Bashirs* als Staatsoberhaupt deshalb nicht gestützt werden. Gleichwohl wäre es verfehlt, nun zu behaupten, das Verfahren gegen *al-Bashir* vor dem IStGH sei völkerrechtswidrig. Denn es ist zu berücksichtigen, dass der UN-Sicherheitsrat den IStGH aufgefordert hat, sich der Situation in Darfur anzunehmen.

4.2. Immunitätsverlust durch UN-Sicherheitsratsresolution 1593 (2005)

Art. 13 lit. b) IStGH-Statut sieht vor, dass der Gerichtshof auch dann für die Verfolgung von Völkerstraftaten zuständig ist, wenn die betreffende Situation – im Sinne eines Geschehenskomplexes – dem Ankläger vom UN-Sicherheitsrat auf der Basis von Kapitel VII UN-Charta unterbreitet wurde. Nur in einem solchen Fall ist der IStGH auch für Taten zuständig, die – wie im Fall *al-Bashir* – weder im Hoheitsgebiet noch von einem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates oder eines Staates begangen wurden, der im Einzel-

fall die Gerichtsbarkeit des IStGH anerkannt hat. Von dieser Möglichkeit hat der UN-Sicherheitsrat mit der Resolution 1593 (2005) vom 31.3.2005 Gebrauch gemacht.

Der Sudan ist Mitglied der Vereinten Nationen. Gemäß Art. 24 Abs. 1 UN-Charta haben die UN-Mitglieder dem Sicherheitsrat die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit übertragen und anerkannt, dass der Sicherheitsrat bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe in ihrem Namen handelt. Nach Art. 25 UN-Charta sind die Staaten verpflichtet, Beschlüsse des Sicherheitsrates anzunehmen. Die UN-Mitglieder haben sich mithin verpflichtet, sämtliche Maßnahmen des Sicherheitsrates zu akzeptieren, und sich mit hieraus folgenden Eingriffen in ihre völkerrechtlichen Rechtspositionen vorab einverstanden erklärt.²⁸ Indem der UN-Sicherheitsrat die Situation in Darfur dem IStGH überwies, hat er dem Gerichtshof zugleich gestattet, sämtliche Verantwortliche, auch insoweit, als es sich um Funktionsträger des Sudan handelt, strafrechtlich zu verfolgen. Der Sicherheitsrat hat damit völkerrechtliche Immunitäten etwaiger Beschuldigter implizit für unbeachtlich erklärt. Diesen Eingriff in seine Souveränitätsrechte muss der Sudan nach Art. 25 UN-Charta akzeptieren. Die Sicherheitsratsresolution 1593 (2005) bewirkt also, dass die – den Interessen des Sudan, nicht dem persönlichen Interesse *al-Bashirs* dienende – Immunität *al-Bashirs* als Staatsoberhaupt für den IStGH unbeachtlich ist.²⁹

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die UN-Resolution nicht ausdrücklich die Irrelevanz etwaiger Immunitäten festlegt. Denn bei Verabschiedung der Resolution war bekannt, dass die Verbrechen in Darfur von der höchsten Staatsführung (mit-)verantwortet wurden und werden. Deshalb verbietet sich die Annahme, der Sicherheitsrat habe den IStGH lediglich zu einer Strafverfolgung subalternen Funktionsträger des Sudan, nicht aber einer Verfolgung der höchsten Verantwortlichen einschließlich des auch als Regierungschef und Oberbefehlshaber der Armee fungierenden Staatsoberhauptes ermächtigen wollen. Hätte der Sicherheitsrat eine Strafverfolgung *al-Bashirs* und anderer hochrangiger Regierungsmitglieder des Sudan, die Immunität genießen,³⁰ ausschließen wollen, hätte er dies in der Resolution zum

²⁴ Beachtlich könnte die Staatenimmunität für den IStGH – in Bezug auf die Verfolgung von Funktionsträgern von Nichtvertragsstaaten – allerdings dann werden, wenn dem IStGH die Kompetenz zur Ahndung von Taten übertragen würde, die keine völkerrechtlichen Verbrechen, also keine unmittelbar nach Völkerrecht strafbare Taten sind (etwa Drogendelikte).

²⁵ Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 218, 290, 760; Kreß, GA 2003, 25 (38); Kreß/Prost, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 13; Meißner, Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, 2003, S. 123 f., 130, 213; Wirth, CLF 12 (2001), 429 (452, 456 f.).

²⁶ Akande, AJIL 98 (2004), 407 (418 f., 421); Kreß, GA 2003, 25 (39 f.); Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (35 ff.).

²⁷ Wirth, CLF 12 (2001), 429 (453).

²⁸ Delbrück, in: Simma (Hrsg.), Charter of the United Nations, 2. Aufl., 2002, Art. 25 Rn. 4 ff.

²⁹ Ebenso Uerpmann-Witzack, AVR 44 (2006), 33 (41 f., 55). Vgl. zudem die in der Sache identische Argumentation von Gaeta, JICJ 1 (2003), 186 (192 f.); Kreß, GA 2003, 25 (39); Wirth, CLF 12 (2001), 429 (442).

³⁰ Zur Frage, inwieweit neben dem Staatsoberhaupt auch hochrangige Regierungsmitglieder Immunität *ratione personae* genießen, vgl. Fn. 10.

Ausdruck gebracht. Dies gilt umso mehr, als Ziffer 6 der Resolution 1593 (2005) Funktionsträger anderer Nichtvertragsstaaten des Römischen Statuts explizit von einer Verfolgungszuständigkeit des IStGH ausschließt. Das Strafverfahren gegen *al-Bashir* und ein Haftbefehl des IStGH sind also mit dem Völkerrecht vereinbar.

4.3. Immunitätsausschluss nach Völkergewohnheitsrecht

Über den konkreten Fall hinaus stellt sich die Frage, ob das Völkergewohnheitsrecht eine Ausnahme von der Immunität von Staatsoberhäuptern – und hochrangigen Regierungsmitgliedern – bei einer Strafverfolgung wegen völkerrechtlicher Verbrechen durch ein internationales Gericht normiert.³¹ An derartiges Völkergewohnheitsrecht wären auch Nicht-Vertragsstaaten des Römischen Statuts gebunden. Staatsoberhäupter von Drittstaaten könnten dann unabhängig von einer Entscheidung des UN-Sicherheitsrates nach Art. 13 lit. b) IStGH-Statut vom IStGH verfolgt werden. Eine solche Immunitätsausnahme lässt sich nicht schon mit dem Argument verneinen, dass – wie gezeigt – die Immunität von Staatsoberhäuptern gegenüber nationalen Strafverfolgungen auch bei völkerrechtlichen Verbrechen gilt. Denn bei einzelstaatlicher Strafverfolgung, die – da bei völkerrechtlichen Verbrechen das Weltrechtsprinzip gilt – von jedem Staat durchgeführt werden könnte, lässt sich die Gefahr einer politisch motivierten, parteiischen oder sonst mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbaren Verfolgung nicht immer von der Hand weisen – deshalb verwundert es nicht, dass eine Ausnahme von der Immunität von Staatsoberhäuptern gegenüber fremdstaatlicher Strafverfolgung in der Staatenpraxis keine Anerkennung findet. Derartige Gefahren bestehen jedoch bei einem auf Universalität angelegten, an die Vereinten Nationen angebotenen, mit Richtern aus allen Teilen der Welt besetzten sowie von einzelnen Staaten unabhängigen und strengen rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Gericht wie dem IStGH nicht.

Für eine solche Immunitätsausnahme lässt sich auf eine durchaus beachtliche Staatenpraxis verweisen: 1999 erhob der Ankläger des *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (ICTY) Anklage gegen den damaligen Staatspräsidenten der Bundesrepublik Jugoslawien *Slobodan Milosević*; das Gericht erließ einen Haftbefehl. Die Bundesrepublik Jugoslawien war aber zu diesem Zeitpunkt nicht Mitglied der Vereinten Nationen, so dass das ICTY-Statut (Art. 7 Abs. 2) eine Immunität von *Milosević* nicht konstitutiv ausschließen konnte.³² 2001 begründete der ICTY die Nichtgeltung einer Immunität von *Milosević* damit, der Immunitätsausschluss in Art. 7 Abs. 2 ICTY-Statut spiegele Völkergewohnheitsrecht wider.³³ Der Sondergerichtshof für Sierra Leone erklärte 2004 die Erhebung einer Anklage und den Erlass eines Haftbefehls gegen den zum Zeitpunkt der Anklageerhebung und des Erlasses des Haftbefehls noch amtierenden Staatspräsidenten von Liberia, *Charles Taylor*, mit dem Argument für rechtmäßig, amtierende Staatsoberhäupter genossen keine Immunität gegenüber (bestimmten Anforderungen genügenden) internationalen Strafgerichtshöfen – und als ein solcher sei der Sondergerichtshof für

Sierra Leone zu klassifizieren.³⁴ Auch der IGH ist im Urteil *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien* offenbar von einer solchen Immunitätsausnahme ausgegangen: “(...) *an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction.*”³⁵ Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Statuten aller internationalen Strafgerichtshöfe vom IMT-Statut des Nürnberger Militärgerichtshofs über das ICTY- und ICTR-Statut (*International Criminal Tribunal for Rwanda*) bis hin zum IStGH-Statut sämtliche Immunitäten und damit auch die Immunitäten von Staatsoberhäuptern für unbeachtlich erklären. Bedenkt man, dass das IStGH-Statut von mittlerweile 108 Staaten und damit mehr als der Hälfte der Staaten der Welt ratifiziert worden ist, so finden die genannten Gerichtsentscheidungen Unterstützung in einer breiten Verbalpraxis der Staaten.

Deswegen wird man mittlerweile davon ausgehen dürfen, dass die Immunität amtierender Staatsoberhäupter gegenüber internationalen Strafgerichtshöfen wie dem IStGH eine völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme erfährt.³⁶ Auch aus diesem Grund kann *al-Bashir* gegenüber dem IStGH keine Immunität geltend machen.

5. Immunität als Schranke für Rechtshilfemaßnahmen für den IStGH

Der IStGH ist, da er über keine eigenen Vollzugsorgane verfügt, bei der Vollstreckung eines Haftbefehls gegen *al-Bashir* auf eine Unterstützung durch die Staaten angewiesen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob einzelne Staaten, obgleich sie zu einer eigenen Strafverfolgung *al-Bashirs* wegen dessen Immunität nicht befugt sind, einen etwaigen Haftbefehl des IStGH – sollte *al-Bashir* in ihren Hoheitsbereich geraten – vollstrecken und *al-Bashir* an den Gerichtshof überstellen dürften oder ob die Immunität *al-Bashirs* dem ebenfalls entgegensteht.

³¹ Methodisch unzulänglich wäre es, eine Nichtgeltung der Immunität gegenüber internationalen Gerichten schlicht damit zu begründen, es lasse sich keine positive gewohnheitsrechtliche Regel dahingehend feststellen, dass die Immunität auch gegenüber internationalen Gerichten gilt. Denn die seit jeher anerkannte Immunität von Staatsoberhäuptern befreit vor jeglicher fremder Hoheitsgewalt, so dass es für die Nichtgeltung gegenüber internationalen Gerichten einer Ausnahmenvorschrift bedarf. So auch *Uerpmann-Witzack*, AVR 44 (2006), 33 (35 ff.).

³² Vgl. hierzu *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 200, S.762.

³³ ICTY, *Prosecutor v. Milosević*, 8.11.2001 (IT-02-54), Nr. 28.

³⁴ *Decision on Immunity from Jurisdiction* vom 31.5.2004 im Verfahren SCSL-2003-01-I, Nr. 34 ff.; abrufbar unter: <http://www.sc-sl.org>. Vgl. zu dieser Entscheidung *Deen-Racsmany*, LJIL 18 (2005), 299 (299 ff.); *Frulli*, JICJ 2 (2004), 1118 (1118 ff.); *Nouwens*, LJIL 18 (2005), 645 (645 ff.).

³⁵ IGH, *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien*, Urteil vom 14.2.2002, ICJ-Reports 2002, 3 (26 f.), unter: <http://www.icj-cij.org>, Nr. 61.

³⁶ Wie hier Lord *Slynn of Hadley*, 1. *Pinochet*-Urteil vom 25.11.1998, HRLJ (1998), 419 (425); *Ambos*, JZ (1999), 16 (20); *ders.*, Internationales Strafrecht (2006), §7 Rn. 109; *Bassiouni*, Introduction to International Criminal Law (2003), S. 73, 81 f.; *Frulli*, JICJ 2 (2004), 1118 (1127 f.); *Kreiß/Prost*, in: *Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 20 ff.; *Triffterer*, in: *ders.* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl., 2008, Art. 27 Rn. 12 f.; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 616, 620. Siehe zudem *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 761 ff. m.w.N. in Fn. 212. A.A. aber *Uerpmann-Witzack*, AVR 44 (2006), 33 (45 ff.).

Grundsätzlich untersagt die von den Staaten selbst bei völkerrechtlichen Verbrechen zu beachtende Immunität von Staatsoberhäuptern den Staaten nicht nur eine eigene Strafverfolgung fremder Staatsoberhäupter, sondern jegliche Ausübung von Hoheitsgewalt. Auch Rechtshilfeleistungen für den IStGH stellen eine Ausübung nationaler Hoheitsgewalt dar. Von den Staaten zu beachtende Immunitäten hindern diese deshalb grundsätzlich auch an einer Zusammenarbeit mit dem IStGH, etwa an der Vollstreckung von Haftbefehlen des IStGH.³⁷ Die Verpflichtung der Vertragsstaaten des Römischen Statuts zur Zusammenarbeit mit dem IStGH tritt daher gemäß Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut hinter ihre Verpflichtung zur Achtung von Immunitäten zurück: Danach darf der IStGH kein Überstellungs- oder Rechtshilfeersuchen an einen Staat richten, welches von dem Staat verlangen würde, Immunitäten zu missachten, solange der immunitätsberechtigende Staat nicht gegenüber dem IStGH einen Immunitätsverzicht ausgesprochen hat.³⁸

Damit scheint eine Strafverfolgung *al-Bashirs* zum Scheitern verurteilt. Denn es ist nicht zu erwarten, dass der Sudan ihn an den IStGH überstellt oder auch nur einen Immunitätsverzicht ausspricht. Doch ist Folgendes zu überlegen: Der UN-Sicherheitsrat hat dem IStGH mit Resolution 1593 (2005) die Aufgabe übertragen, die für die Verbrechen in Darfur Verantwortlichen strafrechtlich zu verfolgen, und – wie dargelegt – höchste Funktionsträger des Sudan einschließlich des Präsidenten von dieser Aufgabenzuweisung nicht ausgenommen. Diese Aufgabe kann aber nur erfüllt werden, wenn die einzelnen Staaten mit dem IStGH zusammenarbeiten und dessen Haftbefehle vollstrecken. Deshalb muss Resolution 1593 (2005) – soll sie nicht faktisch leer laufen – dahingehend interpretiert werden, dass der Sicherheitsrat völkerrechtliche Immunitäten etwaiger Beschuldigter auch insoweit implizit für unbeachtlich erklärt hat, als es um Rechtshilfeleistungen einzelner Staaten für den IStGH und auf dessen Ersuchen hin geht.³⁹ Auch diesen Eingriff in seine Souveränitätsrechte muss der Sudan nach Art. 25 UN-Charta akzeptieren, so dass einzelne Staaten durch die Immunität *al-Bashirs* völkerrechtlich nicht an einer Vollstreckung eines etwaigen Haftbefehls für den IStGH gehindert sind.

6. Immunität ehemaliger Staatsoberhäupter

Unbestritten endet die umfassende Immunität *ratione personae*, die Staatsoberhäuptern gegenüber der Strafgewalt

anderer Staaten zukommt, mit dem Amtsverlust.⁴⁰ Da einem Staatsoberhaupt Immunität nicht als persönliche Wohltat gewährt wird, sondern allein deshalb, damit er sein Amt ungehindert ausüben kann, ist für eine über die Amtszeit hinausreichende Immunität *ratione personae* kein Raum. Allerdings wird immer wieder darauf hingewiesen, dass ein ehemaliges Staatsoberhaupt zeitlich unbegrenzt Immunität für seine früheren Amtshandlungen genieße, da es sich insoweit um völkerrechtlich seinem Staat zuzurechnende Handlungen handele, so dass man, würde man ein ehemaliges Staatsoberhaupt eines fremden Staates für seine früheren Amtshandlungen bestrafen, indirekt Gerichtsbarkeit über den fremden Staat ausübe und gegen den Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten verstieße.⁴¹ Diese Begründung zeigt, dass die fortbestehende Immunität ehemaliger Staatsoberhäupter für frühere Amtshandlungen nichts anderes ist als die auch Staatsoberhäuptern zukommende Staatenimmunität, die während der Amtszeit lediglich von der umfassenden Immunität *ratione personae* überdeckt wird.⁴² Die Staatenimmunität aber erfährt – wie gezeigt – bei völkerrechtlichen Verbrechen eine Ausnahme. Ehemalige Staatsoberhäupter genießen deshalb bei einer Strafverfolgung wegen völkerrechtlicher Verbrechen auch gegenüber der nationalen Strafgerichtsbarkeit einzelner Staaten keine Immunität.⁴³ Sobald *al-Bashir* sein Amt als Staatsoberhaupt

³⁹ Allgemein stehen aus dieser Erwägung bei einer Verfahrensiniziation durch den UN-Sicherheitsrat nach Art. 13 lit. b) IStGH-Statut völkerrechtliche Exemtionen Rechtshilfeleistungen einzelner Staaten für den IStGH nicht entgegen; Vgl. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 1395 Fn. 356. Ebenso *Kreiß/Prost*, in: *Triffterer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 24.

⁴⁰ Vgl. nur *Lord Browne-Wilkinson*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ 1999, 61 (68); *Lord Goff of Chieveley*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ 1999, 69 (71); *Lord Saville of Newdigate*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ 1999, 96 (96); *Cassese*, EJIL 13 (2002), 853 (864); *ders.*, *International Criminal Law* (2003), S. 264, 266, 273; *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, Rn. 672; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 607, 615.

⁴¹ Vgl. die in Fn. 40 zitierten Voten im 3. *Pinochet*-Urteil sowie *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl., 1989, S. 254; *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, Rn. 672; *Gornig*, in: *Ipsen/Schmidt-Jortzig* (Hrsg.), FS Rauschnig (2001), S. 457 (484).

⁴² So auch *Lord Millett*, 3. *Pinochet*-Urteil vom 24.3.1999, HRLJ 1999, 97 (98); OLG Köln, NStZ (2000), 667 (667); *Cassese*, EJIL 13 (2002), 853 (862 ff.); *Wirth*, EJIL 13 (2002), 877 (883, 888 ff.); *Zappalà*, EJIL 12 (2001), 595 (598 ff.).

⁴³ Im Ergebnis ganz h.M.; vgl. *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 747 ff. m.w.N. in Fn. 165. Insofern braucht man, um die Zulässigkeit einer nationalen Strafverfolgung ehemaliger Staatsoberhäupter wegen völkerrechtlicher Verbrechen zu begründen, nicht die – realitätsferne und unrechtsrelativierende – These zu bemühen, solche Taten seien – zumindest in immunitätsrechtlicher Hinsicht – als Privathandlungen zu werten. So aber z.B. *Ambos*, JZ (1999), 16 (23); *Kreiß*, GA (2003), 25 (36). Ausführlich zu dieser Diskussion *Kreicker*, a.a.O., S. 120 ff., 751 ff. m.w.N. Die Ausführungen des IGH im Urteil *Demokratische Republik Kongo gegen Belgien*, wonach ehemalige Außenminister von anderen Staaten wegen solcher während der Amtszeit verübter Straftaten verfolgt werden dürfen, die als Privathandlungen zu werten sind (ICJ-Reports 2002, 3 [26], Nr. 61), steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen, da diese Passage des Urteils nur Beispiele für eine zulässige Strafverfolgung (ehemaliger) höchster staatlicher Funktionsträger nennt; vgl. *Kreicker*, a.a.O., S. 755 f. Für völkerrechtswidrig, weil die Nichtgeltung der Immunität ehemaliger höchster staatlicher Funktionsträger bei völkerrechtlichen Verbrechen außer Acht lassend, erachtet das IGH-Urteil u.a. MK-StGB-*Ambos*, vor § 3 Rn. 143; *Cassese*, EJIL 13 (2002), 853 (866 ff.).

³⁷ *Akande*, JICJ 1 (2003), 618 (642); *Ambos*, Internationales Strafrecht (2006), § 8 Rn. 67; *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 2, 2007, S. 1374 ff., insb. S. 1388. A.A. *Kreiß/Prost*, in: *Triffterer* (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl., 2008, Art. 98 Rn. 23 mit dem – sehr progressiven – Argument, die völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von der Immunität der Staatsoberhäupter bei Strafverfolgungen durch internationale Gerichte wie dem IStGH müsse auch eingreifen, soweit es um Unterstützungsmaßnahmen einzelner Staaten für den IStGH gehe. Rückhalt in der Völkerrechtspraxis oder im IStGH-Statut findet diese These jedoch – bislang – nicht.

³⁸ *Ambos*, Internationales Strafrecht (2006), § 8 Rn. 67; *Gaeta*, in: *Cassese u.a.* (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd. I (2002), S. 975 (992 ff.); *Meißner*, Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, 2003, S. 120 ff.

des Sudan verliert, steht mithin einer Strafverfolgung durch einzelne Staaten – etwa in Deutschland nach dem VStGB – keine Immunität mehr entgegen.

7. Fazit

Amtierende Staatsoberhäupter genießen vollständige Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit anderer Staaten, die selbst bei völkerrechtlichen Verbrechen keine Ausnahme erfährt. Gegenüber dem IStGH gilt die Immunität von Staats-

oberhäuptern dagegen nicht; insofern greift eine völkerge-
wohnheitsrechtliche Immunitätsausnahme. Die Verfolgung
des sudanesischen Präsidenten *al-Bashir* durch den IStGH
verstößt also nicht gegen dessen völkerrechtliche Immunität.
Die Immunität *al-Bashirs* als Staatsoberhaupt steht zudem
schon deshalb einer Strafverfolgung durch den IStGH nicht
entgegen, weil der UN-Sicherheitsrat die Situation in Darfur
dem IStGH überwiesen hat. Ehemalige Staatsoberhäupter
können sich allein auf die Staatenimmunität berufen; diese
aber gilt generell bei völkerrechtlichen Verbrechen nicht. ■

The landmark *Martić* case and the inconsistent treatment of cluster munition use by the Office of the Prosecutor of the ICTY

Alexander Breitegger*

2007 verurteilte der ICTY erstmals einen Angeklagten, Milan Martić, aufgrund von unterschiedslosen Einsätzen von Streumunitionen in Zagreb 1995, die zahlreiche Opfer unter Zivilisten forderte, wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Auch Streitkräfte von NATO Mitgliedstaaten setzten Streumunitionen in oder in der Nähe von Zivilistengebieten 1999 in Ex-Jugoslawien ein. Ebenfalls zahlreiche Opfer unter der Zivilbevölkerung waren die Folge. Jedoch entschied sich die ICTY Anklagebehörde, in diesen Fällen kein Verfahren einzuleiten.

Nach Ansicht des Autors gab es für diese unterschiedliche Behandlung von Streumunitionseinsätzen in Zagreb von denen durch Streitkräfte von NATO Mitgliedstaaten unbestreitbar politische, aber keine rechtlichen Gründe.

Jedenfalls ist die Bedeutung von einzelnen Verurteilungen für die Prävention von Opfern unter der Zivilbevölkerung durch Streumunitionseinsätze beschränkt. Größeres Potential für eine solche zukünftige Prävention von Opfern unter der Zivilbevölkerung besteht in Form der neuen Konvention, die den Einsatz, die Lagerung, die Herstellung und den Transfer von Streumunitionen verbieten wird.

In 2007, the ICTY as the first international criminal tribunal convicted an accused, Milan Martić, of war crimes and crimes against humanity for the indiscriminate use of cluster munitions with a wide area effect on Zagreb in 1995, which entailed a great number of civilian casualties.

NATO member states armed forces also used cluster munitions in or near civilian residential areas in the former Yugoslavia in 1999, causing a great number of civilian casualties. However, in this case, the ICTY Office of the Prosecutor decided not to commence an investigation.

According to the author, there were undeniably political but no legal grounds for distinguishing cluster munition use in Zagreb from that of NATO member states armed forces.

In any event, the new convention prohibiting the use, stockpiling, production and transfer of cluster munitions has a greater potential to guarantee lasting prevention of civilian casualties from the use of these weapons.

“It was a routine working day. [...] We exchanged but a few words and after that, first we heard an explosion and then everything fell silent. It seemed as if everything had stopped and as if we were in a vacuum. It lasted for a few seconds, but to us it appeared to be much longer. After that, we heard a series of small explosions. It all happened within a moment of time. After that I felt pain in my leg and I could see that my leg had been blown apart. At first, I wasn’t clear as to what was happening. It was so unexpected and it was such a surprise. I was in a state of shock. After that, people began panicking, one could hear screams, and mayhem was created. [...] I tried walking towards other cars that were

parked there because I was in the open, but I couldn’t stand on the leg, and I realised that it had been shattered to pieces. I threw myself on the ground and I crawled to find a place between the cars. Fuel was leaking from all the tanks, and all the cars around me were damaged. [...] I saw a man running by the vehicles with an extinguisher. I grabbed him by his leg

* European Master on Human Rights & Democratisation (EMA), Researcher and Lecturer at the University of Vienna, Section for International Law and International Relations; Adviser on international human rights and international humanitarian law to Cluster Munition Coalition-Austria (CMC-Austria).

and I asked him to spray the area around me because I was afraid that I would be caught by the fire. When the man saw the condition I was in, he stopped my bleeding, he did it with his belt, and he sprayed the area around me with the fire extinguisher. [...] They could not carry me to that vehicle and they could not bring that vehicle towards me because there were a lot of debris and unexploded bomblets around me and they didn't dare enter the street with that vehicle [...] and after a while, they took a door from a building, they put me on the door and they started carrying me slowly from that street towards that car they had been able to locate. [...] After that, they took me to the trauma centre, to the hospital that is in Draskoviceva, south of the intersection of Draskoviceva and Vlaska, approximately five to ten minutes' walk from the place where I was wounded. [...] I suffered serious injuries in my right leg. My right foot was shattered. One part of my foot was amputated. My lower right leg was heavily damaged. I had a fracture of my right knee, right hip, my right fist, and I also sustained head injuries. I had a head full of shrapnels. My whole back was black and blue with contusions."

Witness testimony by *Mina Žunac* before the ICTY in the *Martić* case, 20 June 2006, Croatian victim of cluster rocket attack on Zagreb on 2 May 1995.¹

"I was on my way to work that day – all medical workers were on duty every day, working extra hours. I was standing right across the street from the health centre, waiting to cross when the bombs fell. At first, there was this noise, something I've never heard before. And then it hit me in the leg. And then the other leg, too. I felt severe pain in my right leg, but I didn't look at it. I was still standing, didn't know what to do. There were detonations everywhere, cars were getting hit. I managed to cross to the other side of the street and to lie down behind a car. A car nearby was burning. I was in a state of shock, but I was also aware of everything that was happening. A woman fell down a couple of metres away from me, hit in the stomach by several fragments. My colleagues started coming out of the building, they were running around, looking for the injured. I was yelling, calling them, but they couldn't see me. I started hitting the car in front of me with both of my hands. I tried to stand up; I was wearing trousers, I tried to pull them up a bit, to ease my way up. It was then that I saw it for the first time. I remember thinking clearly: so strange, a bare bone, no muscle tissue at all. It was my right leg. The other one didn't react at all. There were many small bomb fragments in it. A green van stopped by. They told me later that it was a volunteer who collected the dead and the injured in the streets during the attacks. He tied up my leg and carried me into the van. He took me to the hospital, to the department of surgery. Then the burning sensation came, it was not just the leg, my whole body was burning. It was unbearable. I was hitting the doctor, asking him to spare me the pain, to kill me. 'Throw me out the window!' I remember repeating that many, many times. They sedated me. When I woke up the next day, my right leg was amputated. They saved the left leg. They had to patch it up; some of the fragments couldn't be taken out.' *Gita* shows her

amputation without hesitation. I would show it to everyone, as many times as necessary, if only that could be a guarantee that something like this would never happen to anyone again."

Account by *Gita Jović*, Serbian victim of NATO member state cluster munition bombing of the Serbian city of Niš, 7 May 1999.²

1. Introduction

These are just two of the numerous accounts by civilian victims of the use of cluster munitions by different parties to armed conflicts on the territory of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia between 1991 and 1999. In fact, Handicap International, a global NGO specialising in assistance to disabled people, in a study on the worldwide impact of cluster munitions has found that 98% of the victims of cluster munition use are civilians like *Mina Žunac* and *Gita Jović*.³ The new "Oslo Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production, and Transfer of Cluster Munitions, and on their Destruction", adopted on 30 May 2008 in Dublin understands by a cluster munition "a conventional munition that is designed to disperse or release explosive sub-munitions each weighing less than 20 kilograms, and includes those explosive sub-munitions." Explosive sub-munition is further defined as "a conventional munition that in order to perform its task is dispersed or released by a cluster munition and is designed to function by detonating an explosive charge prior to, on or after impact."⁴ Thus, cluster munitions consist of two component parts, a delivery system (container) which can be a container attached to an aircraft but also ground-launched howitzers or rockets, and multiple, in most cases hundreds of explosive sub-munitions. Two fundamental problems are associated with the use of cluster munitions. Firstly, the explosive sub-munitions are designed to be dispersed over a wide area which poses problems to distinguish between military and civilian targets when cluster munitions are used in populated areas. Secondly, often large numbers of the explosive sub-munitions do not detonate as designed on impact leaving behind a legacy of duds putting individual lives, limbs and livelihood at risk after armed hostilities are over.

¹ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Mina Žunac*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. IT-95-11-T, T.Ch. I, 20 June 2006, at 5809, 5819-5822.

² *Gita Jović*, Serbian victim of NATO member state cluster munition of bombing of Niš on 7 May 1999, in: Norwegian People's Aid: Yellow Killers: The Impact of Cluster Munitions in Serbia and Montenegro, February 2007, at 22, <http://www.npaid.org/filestore/YellowKillersNPA.pdf> (last visited 9 May 2008).

³ Handicap International, Circle of Impact: The Fatal Footprint of Cluster Munitions on People and Communities, May 2007, at 136, http://en.handicapinternational.be/download/0606_WEB_FINAL_REPORT_HI_BD.pdf (last visited 9 May 2008).

⁴ See Art. 2 (2), Convention on Cluster Munitions, adopted 30 May 2008, Diplomatic Conference for the Adoption of a Convention on Cluster Munitions, Conf. Doc. CCM/77.

The victim accounts by *Mina Žunac* and *Gita Jović* are tragic illustrations of the first set of problems, the indiscriminate effect of cluster munitions when used in populated areas. It was death and serious injury on civilian victims caused by explosive sub-munitions at the time of cluster munition use that mainly led a Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) to convict *Milan Martić*, the Krajina Serb leader, of crimes against humanity and war crimes for ordering the use of cluster rockets on Zagreb on 2 and 3 May 1995. The tribunal in its landmark 2007 judgement held that irrespective of whether there had been military targets in Zagreb due to the wide dispersal pattern of sub-munitions contained in eight to twelve Orkan cluster rockets, a direct attack on civilians may be inferred. Accordingly, ordering the use of cluster munitions in or near populated areas may give rise to individual criminal responsibility regardless of the presence of military targets intermingled with civilian residential areas. To a limited extent, the Trial Chamber also found a direct attack on civilians where individuals are harmed through unexploded sub-munitions that are left on the ground in the immediate aftermath of an attack. However, it did not resort to longer-term post-conflict casualties from sub-munition duds although the Prosecution presented evidence to that effect in 1996. For arriving at these conclusions, the court made extensive use of expert and victim witness testimony which serves as particularly credible evidence of the nature of the weapon and its effects on the civilian population. Among the witnesses whose statements constituted a basis for the court's judgement was also *Mina Žunac*.

In contrast, *Gita Jović* and other Serbian victims have until now not seen any justice done in their cases although the use of cluster munitions by NATO member states on the territory of the former Yugoslavia in 1999 undeniably comes within the jurisdiction of the ICTY. However, on 8 June 2000 a special Review Committee established by the ICTY Prosecutor found that there was no sufficient basis to commence an investigation into instances of cluster munition use like the one in Niš. The ICTY Prosecutor decided to follow this recommendation by the Review Committee. The Committee essentially distinguished NATO member states' use of cluster munitions from the 1996 Decision of an ICTY Trial Chamber on the Confirmation of the *Martić* indictment pursuant to Rule 61 of the ICTY Rules of Procedure and Evidence that unlike in the Zagreb bombing there was no evidence that cluster munitions were used by NATO member states deliberately to terrorise the civilian population. This author will argue that this distinction drawn by the Review Committee was unduly selective, since in the Rule 61 Decision the ICTY also confirmed the indictment for unlawful attacks on civilians even in the case the intention had been to hit military targets in Zagreb. In light of the 2007 *Martić* judgement this distinguishing is even less tenable, since the judgement was rendered on the assumption that military targets had been present in Zagreb but the accused was nevertheless convicted.⁵

This essay shall first set the stage for an analysis of the *Martić* case by reviewing general international humanitarian

law (IHL) relevant to the use of cluster munitions. A second part shall be devoted to the various procedural phases of the *Martić* case from the initial indictment to the 2007 Trial Chamber judgement. In the next part commonalities between cluster munition use in Zagreb and in Niš shall be emphasised and the 2000 Review Committee compared with the 1996 Rule 61 Decision and the 2007 *Martić* judgement. While this author suggests that an ICTY investigation into cluster munition use by NATO members would be called for to ensure consistency, a reconsideration of this issue is not likely for political reasons. In any event, this essay concludes that only the new Cluster Munition Convention adopted in Dublin which prohibits all cluster munitions used to date may contribute towards lasting prevention of civilian harm from the use of cluster munitions.

2. General rules on international humanitarian law: Prevention and Implementation failed

The two fundamental problems associated with the use of cluster munitions, the wide area effect during armed conflict and the legacy of unexploded sub-munitions thereafter raise concerns under general rules of international humanitarian law (IHL) governing the use of any weapon in armed conflict. These rules, most recently laid down in the 1977 Additional Protocol on International Armed Conflicts (API) and recognised in the 2005 ICRC study on customary IHL as customary international law applicable to all types of armed conflicts, are firstly, the obligation on the parties to a conflict to distinguish at all times between civilian and military targets and to direct their military operations against military targets only (Article 48 of API). Secondly, Article 51 of API specifies situations where the fundamental obligation to direct operations only against military objectives is violated. On the one hand, Article 51 (2) API prohibits attacks exclusively directed against civilians and acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population. On the other hand, Article 51 (4) of API prohibits indiscriminate attacks. Indiscriminate attacks are (a) those which are not directed at a specific military objective; (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by IHL; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction. Further, under Article 51 (5) (a) of API an attack by bombardment by any methods or means which treats as a

⁵ It should be acknowledged that the Orkan rocket was also used by the Bosnian Serbs on several occasions between 1992 and 1995 on the towns of Livno, the UN safe area of Bihać and a refugee camp south of Tuzla. Serbian forces reportedly also used cluster munitions during the NATO air campaign but it is unconfirmed whether there are still unexploded sub-munitions stemming from this use. All these instances have also not been subject to prosecution by the ICTY but it seems that the two instances examined here claimed the highest number of victims during attacks. See Handicap International, *Fatal Footprint: The Global Human Impact of Cluster Munitions*, November 2006, at 22, 26, http://www.stopclustermunitions.org/files/Fatal_Footprint_FINAL.pdf (last visited 13 May 2008).

single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects is singled out as a prohibited indiscriminate attack. Finally, disproportionate attacks under Article 51 (5) (b) of API that may be expected to cause incidental civilian harm which would be excessive in relation to the concrete and direct advantage anticipated are prohibited.

The difference between attacks directed against the civilian population as such prohibited under Article 51 (2) of API and indiscriminate attacks under Article 51 (4) of API rests on the *mens rea* of the attacker; while under the former the attacker intentionally directs military operations against civilian targets in the case of indiscriminate attacks such an intention is missing.⁶ Any weapon can be used intentionally, not just cluster munitions. What is more relevant to the prohibition of deliberate attacks on civilians is the specific way the attacker intends to use the weapon. On the other hand, with regard to the prohibition of indiscriminate attacks under Article 51 (4) (a) (b) or (c) of API it is useful to note that Articles 51 (4) (b) and (c) both state that indiscriminate attacks can be committed in employing a method or means of combat. While indiscriminate means of combat generally refer to the nature of the weapons used irrespective of the specific circumstances of use, the notion of indiscriminate methods of combat refers to the way in which weapons are used in a specific case.⁷ In the former case, a weapon as such is indiscriminate only when this weapon cannot distinguish between military and civilian targets in all conceivable circumstances. *De facto* there will be very few cases where it will be concluded that a weapon is indiscriminate by nature which casts doubt on the potential of these general rules to prevent civilian losses. This may be seen, for instance from the submissions made by the UK to the International Court of Justice (ICJ) in the Nuclear Weapons Advisory Opinion where the UK argued that even nuclear weapons could not be considered indiscriminate in nature, since in the case of using low yield nuclear weapons against warships on the High Seas or troops in sparsely populated areas it would be possible to envisage a nuclear attack which causes comparatively few civilian casualties.⁸ With regard to the first problem of cluster munition use, the wide area effect, it cannot be argued that cluster munitions are an indiscriminate weapon by nature since it is possible to envisage the deployment of cluster munitions against military targets far removed from civilian areas. However, such an approach presupposes that there is a clear separation between military and civilian targets.⁹ This is simply not the reality in recent armed conflicts like in Afghanistan, Iraq and Lebanon any more where states increasingly encounter non-state armed actors who tend to intermingle with the civilian population and cluster munitions have been used against military targets in or in close physical proximity to civilian residential areas like in Zagreb and Niš.¹⁰ On the other hand, in the specific circumstances of cluster munition use in or near populated areas such use violates the prohibition of an indiscriminate method of combat under Article 51 (4) (b) API while in other instances where they are used in open areas with no civilian targets nearby their use is lawful.

The propensity of cluster munition use to result in large numbers of unexploded sub-munitions also raises problems of methods and means of combat that are indiscriminate at the post-conflict stage prohibited under Article 51 (4) (c) API. Here some would argue that these effects can be avoided or mitigated with rapid clearance of duds after a conflict or with self-destruct mechanisms that are designed to function if the sub-munitions do not explode immediately upon impact. However, recent research has shown in Lebanon where also sub-munitions with self-destruct mechanisms were used that these technical devices under combat conditions do not function as reliably as producers and certain states claim.¹¹ Finally, despite rapid clearance, casualties due to unexploded sub-munitions continue to occur in Lebanon.¹²

Article 51 (5) (a) API also applies in a specific circumstance of use of a weapon, i.e. an attack on entire cities, towns or villages in order to target separate military objectives contained therein. This provision is especially relevant to cluster munition use, since their use in or near areas where individual military targets are intermingled with civilian targets due to the wide dispersal pattern of sub-munitions also violates this prohibition.

The prohibition of disproportionate attacks under Article 51 (5) (b) of API recognises that certain incidental civilian harm may occur as a result of a legitimate attack against a military objective but requires that the anticipated military advantage outweigh incidental civilian harm. This balance between the anticipated military advantage and incidental civilian harm can also not be evaluated in the abstract without considering the specific circumstance of use of a weapon. However, because of the fact that sub-munition failure rates under combat conditions have differed so considerably from those determined under ideal test conditions, the question arises how a reasonable proportionality judgement can even be made at

⁶ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 118 (2004).

⁷ International Committee of the Red Cross, *Commentary on Article 51, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977, at paras. 1957, 1962-1966, <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/470-750065?OpenDocument> (last visited 13 May 2008).

⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, 1996, *ICJ Rep.* 226, at para. 92.

⁹ Human Rights Council, *Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1*, UN-Doc. A/HRC/3/2 (2006), at para. 254.

¹⁰ *Ibid.*, at para. 252; Human Rights Watch, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, December 2003, at 85, <http://hrw.org/reports/2003/usa1203/usa1203.pdf> (last visited 13 May 2008); Human Rights Watch, "Fatally Flawed: Cluster Bombs and Their Use by the United States in Afghanistan", December 2002, at 20-23, <http://www.hrw.org/reports/2002/us-afghanistan/Afghan1202.pdf> (last visited 13 May 2008).

¹¹ See Norwegian People's Aid, *Norwegian Defence Research Establishment & C. King, M85: An analysis of reliability*, December 2007, <http://www.npaid.org/filestore/M85.pdf> (last visited 25 April 2008).

¹² According to the UN Mine Action Coordination Centre, as of 27 April 2008, the number of casualties is at 40 killed and 261 injured since hostilities in Lebanon ended on 14 August 2006. See <http://www.maccsl.org/reports/Victims/Victims%20d.pdf> (last visited 13 May 2008).

the time of cluster munition use if the number of unexploded sub-munitions with a potential to cause civilian casualties may not be predicted in advance.¹³

Article 57 of API contains important obligations imposed on the attacker designed to avoid indiscriminate and disproportionate attacks. Among these is the obligation to take all feasible precautions in the choice of means and methods of warfare to avoid or at least to minimise incidental civilian harm.

Implementation of the obligation to take feasible precautions to avoid or in any event minimise civilian harm would require that an attacker consider the accuracy of the cluster munition, the size of the dispersal pattern, the amount of unexploded sub-munitions likely to occur, the presence of civilians in the proximity of military objectives and the use of alternative weapons in populated areas.¹⁴ If this obligation had been properly implemented in recent conflicts there might have been an argument that notwithstanding cluster munition use is to be evaluated on a case-by-case basis the general IHL rules are adequate to deal with the problems related to this weapon. Unfortunately, this was apparently not the case and it may therefore be concluded that general IHL rules are not sufficiently preventive and where they would have the potential to be preventive they have not been properly implemented. Against this background, the prosecution of individuals for cluster munition use such as in the *Martić* case is important to compensate for the lack of implementation of precautionary obligations of an attacker. Therefore, we now turn to the analysis of the ICTY proceedings in the *Martić* case and the omission by the Office of the Prosecutor (OTP) of the ICTY to initiate proceedings in the case of NATO cluster munition use during Operation Allied Force in 1999.

3. The landmark *Martić* case: the use of cluster munitions with wide area effects in civilian residential areas leads to prosecution and individual criminal responsibility

3.1. The facts: Launch the Orkan on Zagreb today, kill today and tomorrow

In mid-morning on 2 May 1995 without warning between four and six Orkan rockets, a cluster munition where each rocket contains 288 sub-munitions which in turn are equipped with 420 small steel balls, were launched by armed forces of the self-proclaimed Republika Srpska Krajina (RSK) from between 47 to 51 km south of Zagreb. There were military targets in and around Zagreb at the time of these attacks, including the Ministry of Defence building in the city centre and Zagreb airport which was also used for military purposes and where civilian residential areas were within a distance of around 500 m. Explosive sub-munitions hit targets in central Zagreb and the village of Plešo near Zagreb airport. At midday on 3 May 1995 Zagreb was again shelled with four to six Orkan rockets which hit locations in central Zagreb. *Milan Martić*, the President and Commander in Chief of the armed forces of the RSK ordered these attacks

in the course of which seven persons not actively participating in the hostilities were killed and at least another 214 civilians injured. Most of these victims were claimed at the time of the attack but two clearance experts were killed and injured, respectively, due to the presence of unexploded sub-munitions in the immediate aftermath of the attack. On 2 May, the first attack received massive media coverage before the second attack was launched on 3 May.¹⁵ Also four children were seriously injured over two months after the attacks due to tampering with unexploded sub-munitions caused by the shellings.¹⁶

3.2. The initial indictment: knowingly and wilfully ordering an unlawful attack on civilians

Martić was initially indicted for knowingly and wilfully ordering unlawful attacks against the civilian population of Zagreb both on 2 and 3 May, thereby violating the laws and customs of war under Article 3 of the ICTY Statute (Counts I and III). Alternatively, he was charged with command responsibility for failing to prevent these shellings (Counts II and IV).¹⁷ Thus, from the very beginning, the indictment was concerned with wilful attacks on civilians. The International Committee of the Red Cross (ICRC) commentary on Article 85 (3) (a) of API concerning grave breaches committed in international armed conflicts specifies with regard to wilfully that this “*encompasses the concepts of wrongful intent*” or “*recklessness*”, viz., the attitude of an agent who, without being certain of a particular result, accepts the possibility of it happening; on the other hand, ordinary negligence or lack of foresight is not covered, i.e. when a man acts without having his mind on the act or its consequences (although failing to take the necessary precautions, particularly failing to seek precise information, constitutes culpable negligence punishable at least by disciplinary sanctions).¹⁸

This indictment was confirmed by a single ICTY judge who issued several arrest warrants. Since the arrest warrant could not be executed despite reasonable efforts and the accused remained at large for a considerable time, the ICTY judge who had confirmed the indictment ordered that an ICTY Trial Chamber review the indictment in a public hearing pursuant to Rule 61 of the ICTY Rules of Procedure and

¹³ International Committee of the Red Cross, Observations on the Legal Issues Related to the Use of Cluster Munitions, UN-Doc. CCW/GGE/2007/WP.8 (2007), at para. 13.

¹⁴ *Ibid.*, at para. 15.

¹⁵ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, Case No. IT-95-11-T, T. Ch. I, 12 June 2007, at paras. 303-322, 456-463.

¹⁶ At the Rule 61 hearing, which is analysed below, Prosecution witness *Franjo Tuksa* testified that at the end of July 1995, four children were severely injured due to tampering with unexploded sub-munitions that remained in a park in Zagreb as a result of the 2 and 3 May cluster rocket attacks. See *Prosecutor v. Martić*, Transcript of the Hearing for Confirmation of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case No. IT-95-11-R61, 27 February 1996, at 66-67.

¹⁷ *Prosecutor v. Martić*, Initial Indictment, Case No. IT-95-11, 25 July 1995.

¹⁸ International Committee of the Red Cross, Commentary on Article 85 of the 1977 Additional Protocol I, at para. 3474, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750111?OpenDocument> (last visited 13 May 2008).

Evidence (RoPE).¹⁹ It is important to observe that the accused or a Defence counsel is not present during these proceedings which would secure a close scrutiny of the evidence of the Prosecution. Still, it is interesting to see the line of argument the ICTY Office of the Prosecutor (OTP) followed initially with regard to the use of cluster munitions on Zagreb and compare it with that advocated at subsequent stages. In this regard, it is especially relevant if *Martić's* armed group deliberately targeted the civilian population as such or if they made some attempt to direct operations at military objectives within Zagreb which were not hit due to the choice of the weapon. In the first case, it may be argued that the *Martić* case is just an aberration of cluster munition use since that weapon was used in a particularly irresponsible, i.e. deliberate manner. On the other hand, in the second case, the focus would be more on the weapon and if the weapon can be reasonably used in populated areas in a discriminate manner rather than on the specific *mens rea* of the attacker. In other words, if the latter approach were adopted it would be more difficult to argue that the *Martić* case was a simple aberration and implications for other uses of cluster munitions could be drawn more easily.

3.3. Rule 61 proceedings and the Decision of the Trial Chamber of 8 March 1996: a focus on the Orkan rocket as a terror weapon

The Rule 61 hearing transcripts evidence in this regard that the prosecution primarily focused on the fact that the Orkan rockets were chosen to intentionally target and terrorise the civilian population and that the attack occurred in an area where there were no legitimate military targets.²⁰

This focus by the Prosecution on deliberate attacks against civilians cannot be explained by Article 3 of the ICTY Statute itself since this provision does not contain an explicit reference to either deliberate attacks on civilians or indiscriminate attacks under its heading of “*laws or customs of war*”. However, not long before the 1996 *Martić* Rule 61 proceedings, the ICTY in its celebrated Decision on Interlocutory Appeals in *Prosecutor v. Tadić* on 2 October 1995 established that unenumerated offences are subject to prosecution under Article 3 of the ICTY Statute.²¹

Since the classification of the armed conflict as well as the extent to which war crimes are subject to prosecution both in international and non-international armed conflicts posed significant difficulties in the *Tadić* case at the stage of jurisdiction, it is understandable that the OTP opted for formulations of offences that are the same under treaty law and customary international law regardless of the conflict. In this respect, the prohibition of attacks against the civilian population as such provided this common denominator as it is the same in Article 51 (2) of API, in Article 13 (2) of the 1977 Additional Protocol II on Non-International Armed Conflicts (APII) as well as customary international law.²²

Yet, it must be emphasised that the OTP also contended that even assuming that there were legitimate military targets in downtown Zagreb that the wrong weapon was used to attack them.²³

The ICTY Trial Chamber in its Rule 61 Decision of 8 March 1996 recognised Articles 51 (2) of API and 13 (2) of APII as appropriate legal bases for the charges but as opposed to the OTP explicitly referenced Articles 51 (4) (b) and 51 (5) (b) of API and thereby endorsed the OTP submission that even if an attack was directed against a legitimate military objective an unlawful attack against civilians may have been ordered. On the other hand, the tribunal failed to prove that these specific rules were applicable outside the treaty regime of API as a matter of customary international law to non-international armed conflicts since no identical provisions are to be found in APII.²⁴ As to the factual basis for the indictment, while the Trial Chamber took note of the witnesses' testimonies that there were no military targets around the locations where civilians were killed by the explosive sub-munitions, nevertheless it observed that the administration building of the Ministry of the Interior was allegedly hit on 2 May 1995.²⁵ However, in determining that there were reasonable grounds for reconfirming the indictment, the ICTY stated that “*In respect of its accuracy and striking force, the use of the Orkan rocket in this case was not designed to hit military targets but to terrorise the civilians of Zagreb.*”²⁶ If viewed in isolation it may be surmised that the Trial Chamber primarily upheld the indictment on the ground that the rocket attacks

¹⁹ Rule 61 ensures that an ICTY investigation may proceed despite the initial non-appearance of an accused. Upon activation of Rule 61 the OTP must present the indictment together with evidence supporting it to the Trial Chamber in open court proceedings and the Trial Chamber must again decide whether there are reasonable grounds to reconfirm the indictment as well as issue an international arrest warrant to all states rather than only to the ones which appear to be in the best position to execute the arrest warrant. See *Prosecutor v. Martić*, Decision pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case No. IT-95-11-R61, 8 March 1996, at 129-131; on Rule 61 generally, see *M. Thieroff & E. A. Amley*, Proceeding to Justice and Accountability in the Balkans: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rule 61, 23 *Yale JIL* 231-274 (1998).

²⁰ This may be confirmed by the line of questioning pursued by the Prosecution of witness *Sergeant Curtis*, a British police officer seconded to the ICTY Prosecutor's Office; for instance, *Mr Curtis* was asked whether he saw any military installations in the Orkan rocket strike areas where civilian victims occurred. Also another prosecution witness, *Franjo Tuksa*, the police chief of war crimes and terrorism in the city of Zagreb responsible for investigating the shellings, testified that there were neither military installations in Zagreb city centre nor in and around Zagreb airport. Likewise, *Major Ted Itani*, an expert witness on technical aspects of the Orkan rocket when asked whether the use of this weapon could have a terrorising effect on civilians acknowledged this as a possibility. See *Prosecutor v. Martić*, Transcript of Rule 61 Hearing, *supra* note 16, at 13, 28, 64, 68, 75, 78, 114.

²¹ *Prosecutor v. Tadić*, Decision on Defence Motion for the Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, App.Ch., 2 October 1995, at paras. 87-137.

²² See Prosecution submissions to that effect during the Rule 61 hearings, *Prosecutor v. Martić*, Transcript of Rule 61 Hearing, *supra* note 16, at 14-16.

²³ With regard to this submission the OTP put the question to expert witness *Itani* that assuming the aim of the use of Orkan rockets on Zagreb was to hit military targets whether then this weapon was appropriate to use; the witness answered that he would have used a more precise and more destructive weapon. See *ibid.*, at 29, 113.

²⁴ This may raise problems of *nullum crimen sine lege* since the accused may argue that the conflict was an internal one in which the rules quoted from API are not applicable as a matter of customary international law.

²⁵ *Prosecutor v. Martić*, Decision pursuant to Rule 61, *supra* note 19, at 145.

²⁶ *Ibid.*, at 147.

had been ordered for the purpose of intentionally targeting and terrorising the civilian population. Nevertheless, the quotations of the Tribunal of the prohibitions of indiscriminate attacks and the finding that apparently, there were military targets in Zagreb at the time of the attacks caution against such a narrow interpretation. Finally, the very fact that the Trial Chamber reconfirmed the indictment for wilfully attacking civilians makes it clear that the ICTY accepted that there were reasonable grounds for prosecuting *Martić* not only for intentionally but alternatively also for recklessly, i.e. hitting civilians as a consequence of indiscriminate attacks, even were it to be established that there was an intention to hit military targets.

3.4. From the amended indictment up to trial proceedings: *Martić* turned himself in and the influence of the growing ICTY jurisprudence on the crime of attacks on civilians

In the following years up to trial proceedings, two important developments occurred. Firstly, *Martić* finally surrendered to ICTY custody in 2002. This guaranteed full involvement in the further proceedings of the Defence which argued that there were indeed military targets in Zagreb that were the object of the attacks. Thus, the Prosecution was forced to devote more attention to elaborating on the meaning of wilfully attacking civilians even if there were military targets in and around Zagreb. Secondly, the ICTY in the *Blaskić* and *Galić* cases elaborated more in-depth on the elements of the crime of unlawful attacks on civilians. The *Blaskić* Trial Chamber judgement of 2000 where the accused was, inter alia, convicted for using home made mortars which were especially difficult to guide accurately exclusively against military targets stands for the proposition that a direct attack on civilians may be inferred from the indiscriminate nature of the weapons used.²⁷ For the crime of unlawful attacks on civilians under Article 3 of the ICTY Statute, the Trial Chamber identified the following elements: (a) causation of civilian deaths and/or serious bodily injury within the civilian population or damage to civilian property; and (b) that such attacks must have been conducted intentionally in the knowledge, or when it was impossible not to know that civilians or civilian property were being targeted.²⁸ Significantly, the ICTY in its 2003 Trial Chamber judgement in the *Galić* case, which concerned continual sniper attacks on civilians in Sarajevo, ruled that “[...] indiscriminate attacks, that is to say, attacks which strike civilians or civilian objects and military objectives without distinction, may qualify as direct attacks against civilians.”²⁹ On the *mens rea* element of “wilfulness”, the Trial Chamber confirmed the interpretation given in the ICRC Commentary on Article 85 API viewed above as including recklessness but excluding mere negligence.³⁰ The Trial Chamber significantly added that the prohibition of indiscriminate attacks explicitly only provided for by API constitutes customary international law applicable to all types of armed conflicts.³¹

Against this background, the Prosecution’s Second Amended Indictment of 2002 and the Pre-Trial Brief of 2004 must be understood. The Amended Indictment besides adding other

charges for crimes allegedly committed by the accused elsewhere in Croatia, contained revised Counts 15 to 19 for the Zagreb attacks, including murder as a crime against humanity and as a war crime, inhuman acts as a crime against humanity, cruel treatment and attacks on civilians. For the last count, again Articles 51 (2) API and Article 13 (2) APII were cited as legal grounds.³² The 2004 Prosecution’s Trial Brief more elaborately set out why *Martić* by ordering the Zagreb bombing was allegedly responsible for the war crime of attacks on civilians: Firstly, The Orkan rockets were not aimed at any military targets but indiscriminately at civilians. Secondly, even if they had been aimed at legitimate military targets within Zagreb they were an inappropriate and unlawful choice of weapon due to the wide dispersal pattern of the sub-munitions and the inability to distinguish between civilian and military targets in populated areas. Finally, in this particular instance, the Orkan rocket was even used at the limit of its effective range, thus aggravating the inaccuracy of the weapon system.³³ For the crime of unlawful attacks against civilians, the OTP identified the following elements: (i) an attack resulted in civilian deaths and/or serious civilian injury; (ii) the perpetrator knew or should have known the civilian status of the persons killed or seriously injured; and (iii) the attack was wilfully directed against civilians. Moreover, an indiscriminate attack could substantiate an allegation that the attack was in reality directed at civilians.³⁴ This interpretation is in line with the *Blaskić* and *Galić* judgements and represents a conscious effort of the ICTY to make violations of the prohibitions of indiscriminate attacks punishable for all types of armed conflict under Article 3 of the ICTY Statute under the heading of “direct attacks against civilians”.³⁵ Thus, the Prosecution focused more on the contention that even if there had been military targets in Zagreb through the use of cluster munitions still unlawful attacks were committed. This was necessary to prevail over the Defence which argued that indeed the attacks had been intended on military targets in and around Zagreb. Interestingly, the Prosecution did not pursue evidence any further that it had presented at the Rule 61 hearing as to casualties that occurred about two months after the attacks through the second problem associated with

²⁷ *Prosecutor v. Blaskić*, Judgement, Case No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 March 2000, at paras. 501, 512.

²⁸ *Ibid.*, at para. 180.

²⁹ *Prosecutor v. Galić*, Judgement, Case No. IT-98-29-T, T.Ch. I., 5 December 2003, at para. 57.

³⁰ *Ibid.*, at para. 54.

³¹ *Ibid.*, at para. 57.

³² *Prosecutor v. Martić*, Amended Indictment, Case No. IT-95-11, 18 December 2002, at paras. 21-55.

³³ *Prosecutor v. Martić*, Prosecution’s Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-11-PT, 7 May 2004, at para. 123.

³⁴ *Ibid.*, at paras. 203-204.

³⁵ *W.J. Fenrick*, Sharpening the Cutting Edge of International Human Rights Law: Unresolved Issues of War Crimes Tribunals, in: Symposium Article, Riding the Rhino: Attempting to Develop Usable Legal Standards for Combat Activities, 30 Boston College Int’l & Comp. L. Rev. 111, at 129 (2007). Also the Appeals Chamber judgement in the *Galić* case confirmed this interpretation. See *Prosecutor v. Galić*, Judgement, Case No. IT-98-29-A, A.Ch., 30 November 2006, at para. 132.

cluster munitions, the presence of duds.³⁶ Against this background, the 2007 Trial Chamber judgement shall now be assessed.

3.5. The 2007 Trial Chamber judgement: No military targets in Zagreb justify the use of the Orkan rocket

With regard to the Zagreb bombings, the Trial Chamber first outlined the law relevant to Counts 15-19, ordering murder both as a war crime and crime against humanity, other inhuman acts, a crime against humanity, cruel treatment, a war crime and the war crime of attacks on civilians. As for murder the required objective element is death of persons not actively participating in hostilities caused by an act or omission. In addition, direct or at least indirect intent must be established. "Indirect intent" is understood as knowledge that death was a probable consequence of the perpetrator's conduct.³⁷ Both "Other inhumane acts" and "cruel treatment" require proof of firstly, an act or omission causing serious mental or physical suffering or injury, or constituting a serious attack on human dignity of the victims.³⁸ The required mens rea is the same as for murder, i.e. at least indirect intent, the knowledge that cruel treatment or inhumane treatment was a likely (synonymous to probable) consequence of the act or omission.³⁹ The only difference between the two relates to the status of the victims: While the Trial Chamber noted that for inhumane acts as a crime against humanity proof of combatant status hors de combat is not sufficient, the war crime of cruel treatment merely requires that the victim did not actively participate in hostilities.⁴⁰ Finally, the crime of attacks on civilians has in common with the three others that a direct attack on civilians resulted in death or serious bodily injury of civilians.⁴¹ In this regard, the Trial Chamber reconfirmed the constant jurisprudence of the ICTY in the *Blaskić* and *Galić* judgements that "a direct attack against civilians can be inferred from the indiscriminate character of the weapon used."⁴² Significantly, the judges cited to the *Galić* Appeals Chamber judgement of November 2006 in which the elements were specified that they could take into account to determine whether an attack was in fact directed against civilians. These elements include the means and methods used, the status of the victims, their number and the extent to which the attacking force may be said to have complied with its precautionary IHL obligations.⁴³ As to the mens rea element, the difference between the other three crimes and attacks on civilians is that the indirect intent that needs to be established requires that the attack is launched in the acceptance of the possibility of civilian harm rather than knowledge of the probable consequences.⁴⁴

When examining how the Trial Chamber applied the law to the facts of the case as outlined in Part 3.1 above, this author shall first focus on the crime of attacks on civilians, since the threshold of proof regarding the intent is the lowest compared to the other crimes charged. At the outset, the Trial Chamber found it established that *Martić* had ordered the shelling by noting, inter alia, that in his capacity of President of the RSK he led decisions of the Supreme Defence Council

as a matter of his constitutional authority. Moreover, *Rade Rašeta*, the Chief of the Security Staff of the RSK armed group, testified that the decision to shell Zagreb had been taken by *Martić* and the RSK armed group Main Staff General *Čeleketić* alone rather than the whole Supreme Defence Council.⁴⁵

For establishing that the Orkan rocket attacks caused death to civilians, the Trial Chamber extensively relied on the testimony of *Branko Lazarević*, head of the Zagreb police department of on-site investigations at the time. *Lazarević* compiled extensive reports based on on-site investigations of the locations where the explosive sub-munitions struck as well as forensic medical evidence and found that five people were killed on 2 May, two on 3 May.⁴⁶ The detailed testimony of some of those injured serves as evidence of the kind of injuries cluster munition victims sustain: For instance, *Mina Žunac*, wounded on 2 May, suffered serious injuries in her right leg, making amputation of a part of the right foot necessary. She also had a fracture of her right knee, hip and fist and sustained head injuries. Her head was full of shrapnel and she continues to have over 45 pieces of shrapnel in her leg. As a result of these injuries sustained, *Ms Žunac* underwent at least ten surgeries.⁴⁷ Indeed, amputation of limbs is a frequent consequence of cluster munition use as well as the need for multiple surgeries in the aftermath of such use.⁴⁸ Since many types of cluster sub-munitions are designed to shatter into hundreds of metal fragments upon impact, also the fact that many fragments remain in the body of a victim

³⁶ This is confirmed by the Second Amended Indictment of 2005 which included a list of victims from the Zagreb bombings in Annex II where the names of the four children seriously injured by a dud two months after the attacks were not included. See *Prosecutor v. Martić*, Second Amended Indictment, Case No. IT-95-11, 9 December 2005, Annex II. See *supra* note 16 and corresponding text.

³⁷ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 60.

³⁸ The ICTY has treated "cruel treatment" and "inhumane treatment" as synonymous. See *Prosecutor v. Delalić and Others*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch. II, 16 November 1998, at para. 552; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, T.Ch. III, 26 February 2001, at para. 265; *Prosecutor v. Blaskić*, *supra* note 27, at para. 186.

³⁹ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at paras. 78-85, citing to further ICTY jurisprudence.

⁴⁰ *Ibid.*, at paras. 51-56, 79.

⁴¹ On the question as to who may be regarded as a civilian, the Trial Chamber considered the definition given under Article 50 API according to which anyone who is not a combatant has civilian status as customary international law. See *ibid.*, at para. 71.

⁴² *Ibid.*, at para. 69.

⁴³ *Prosecutor v. Galić*, Appeals Judgement, *supra* note 35, at para. 132.

⁴⁴ Here again, the Trial Chamber cited to the *Galić* Appeals Judgement and the ICRC Commentary on Article 85 API. See *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 72, fn. 138.

⁴⁵ *Ibid.*, at paras. 456-460.

⁴⁶ *Ibid.*, at paras. 305-313.

⁴⁷ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Mina Žunac*, *supra* note 1, at 5822, 5824-5825.

⁴⁸ For accounts on the impact of cluster munition use on victims, see Handicap International, Circle of Impact, *supra* note 3; Handicap International, Ban Advocates: Voices from Communities affected by cluster munitions, <http://www.banadvocates.org> (last visited 9 May 2008).

is a common phenomenon.⁴⁹ *Sanja Risović*, another victim, who was wounded on 3 May, had a total of eleven operations on her back and her hand, and up to the present has to spend three weeks in rehabilitation. Her injuries and the time she has to devote to their treatment have severely impacted on her ability to work and to care for her daughter.⁵⁰ This in turn shows that not only the injured person itself is affected but also relatives that are dependent on the victim. Moreover, among the evidence of death and injuries caused by the Orkan rocket attacks were also the two police officers and bomb disposal experts, *Ivan Markulin* and *Ivica Pukšec*, who died and sustained serious injuries, respectively, when they were trying to defuse unexploded sub-munitions left behind after the attacks.⁵¹ Thus, the Trial Chamber also took into account death and injuries caused by the second fundamental concern associated with the use of cluster munitions, the presence of unexploded sub-munitions that may kill and maim any person at the post-conflict stage.

With regard to the question of whether from these casualties it followed that the Orkan rocket attacks amounted to unlawful attacks on civilians the Trial Chamber reached the most fundamental conclusion of the entire case according to this author. The tribunal noted the Defence arguments that there were military targets in Zagreb at the time of the attacks, including the Ministry of Interior, the Ministry of Defence, Zagreb airport which also had a military purpose and the Presidential Palace. Significantly, the judges did not generally dispute that these objects constituted military targets. In fact, they relied on testimony that for instance, the Ministry of Defence complex included military facilities and institutions.⁵² The Trial Chamber also responded to evidence put forward by the Defence that the Ministry of Defence, the Presidential Palace and the airport, all military targets, were hit; by stating that only the airport was hit and by further noting that two police buildings received damage caused by the attacks, one can infer that the ICTY recognised that there were in fact military targets in Zagreb at the time of the attacks. However, the judges ruled that “*the presence or otherwise of military targets in Zagreb is irrelevant in light of the nature of the M-87 Orkan.*”⁵³ Therefore, the tribunal was not prepared to hold that there were no military targets in Zagreb whatsoever and on that basis conclude that an unlawful attack on civilians had been perpetrated. Rather, it indicated that the nature of the cluster munitions used would be decisive in finding an unlawful attack on civilians.

On the M-87 Orkan rocket, the Trial Chamber found, relying heavily on the testimony of artillery expert witness for the Prosecution, *Jožef Poje*, that “[t]he M-87 Orkan is a non-guided projectile, the primary military use of which is to target soldiers and armoured vehicles. Each rocket may contain either a cluster warhead with 288 so-called bomblets or 24 anti-tank shells. The evidence shows that rockets with cluster warheads containing bomblets were launched in the attacks on Zagreb on 2 and 3 May 1995. Each bomblet contains 420 pellets of 3 mm in diameter. The bomblets are ejected from the rocket at a height of 800-1000 m above the targeted area and explode upon impact, releasing the pellets. The maximum firing range of the M-87 Orkan is 50 kilometres. The

dispersion error of the rocket at 800-1000m in the air increases with the firing range. Fired from the maximum range, this error is about 1000 m in any direction. The area of dispersion of the bomblets on the ground is about two hectares. Each pellet has a lethal range of ten metres.”⁵⁴

These are important findings as to the design and function of cluster munitions like the Orkan rocket. Firstly, the ICTY described the components of cluster munitions, a container or delivery system, in this case a rocket, each containing 288 KB-1 explosive sub-munitions. In this regard, *Jožef Poje* specified that twelve rockets are contained in a launcher which is mounted on a truck, enabling the user to effect individual launches or launches of all twelve rockets in short intervals of two, four or six seconds; that means that no less than 3456 explosive sub-munitions (288 x 12) can be launched at the press of a button. The tribunal also accurately observed that at a certain altitude the container (here: the rocket) opens and disperses the 288 KB-1 explosive sub-munitions which upon impact are designed to explode on the ground over an area as large as two hectares (20000 square metres). Importantly, the judges also emphasised that the Orkan rocket is unguided, which means, again in the words of expert *Poje* that “[a]t the moment when the rocket propulsion engine ceases to work, then the flight is [...] a free flight. As of that moment, we can no longer correct or adjust its trajectory.”⁵⁵ This explains that in contrast to precision-guided weapons which often incorporate sensors, such as infrared sensors that would be able to compensate for environmental conditions like wind to accurately direct a weapon towards its target, the accuracy of an unguided weapon like cluster munitions cannot be influenced any more once the rocket leaves the launcher. With regard to the primary military purpose of the Orkan found by the Trial Chamber, notably to target soldiers and armoured vehicles, it is important to add that these so-called “*dual purpose improved conventional munitions*” (DPICM) were intended for use against dispersed soldiers (first purpose) and tank formations (second purpose) in open, uninhabited areas. The first effect (anti-personnel effect) is achieved through the release of the little metal pellets welded onto each bomblet, creating a fragmentation effect which makes it possible to kill dispersed soldiers, the second through a shaped charge which can pierce up to 6 cm of

⁴⁹ Geneva International Centre for Humanitarian Demining, A Guide to Cluster Munitions, November 2007, at 9, <http://www.gichd.org/fileadmin/pdf/publications/Guide-to-Cluster-Munitions-Nov2007.pdf> (last visited 9 May 2008).

⁵⁰ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Sanja Risović*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. IT-95-T, T.Ch. I, 14 June 2006, at 5587-5588.

⁵¹ *Prosecutor v. Martić*, Transcript of the Rule 61 Hearing, *supra* note 16, at 87. *Pukšec* was among the victims that were expressly included in the list of victims prepared by the Prosecution in the Second Amended Indictment. *Prosecutor v. Martić*, Second Amended Indictment, Annex II, *supra* note 36.

⁵² *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Branko Lazarević*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. 95-11-T, 14 June 2006, at 5628.

⁵³ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 461.

⁵⁴ *Ibid.*, at para. 462.

⁵⁵ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Jožef Poje*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. 95-11-T, T.Ch. I, 6 June 2006, at 5067.

armour.⁵⁶ Emphasising the original military purpose of cluster munitions to attack dispersed troops and armour in open, uninhabited areas would have brought an even sharper contrast to the conclusion by the Trial Chamber that “*the M-87 is an indiscriminate weapon, the use of which in densely populated areas, such as Zagreb, [as opposed to open, uninhabited areas] will result in the infliction of severe casualties.*”⁵⁷ In concluding that the M-87 Orkan was incapable of hitting specific targets, the ICTY not only drew upon the character of the cluster rocket as a non-guided high dispersion weapon but also upon the fact that the rockets had been launched from the maximum of its range, i.e. around 50 kilometres from Zagreb, resulting in a dispersal error of about 1 km in any direction.⁵⁸ However, this author observes that the range from which the Orkan was launched in the specific instance did not exceed the maximum range from which targets with this multiple-rocket launcher could be hit, as these rockets were designed to be launched from a range of up to 50 km.⁵⁹ *Virgil Wiebe*, Professor of Law at the University of St. Thomas, Minnesota and expert on cluster munitions who has extensively written on these weapons since 2000, proved that eight of the actual twelve rockets launched performed as well as could be expected given that they fell within the dispersal error of about 1 km from the nearest military target.⁶⁰ Moreover, even within the probable target area when the weapon is used as designed there were civilian targets in the immediate vicinity of single military targets. Thus, irrespective of the fact that the rockets were used from the extreme of their intended range that does not change, it only further aggravates, the fundamental characteristics of cluster munitions that they are incapable of hitting specific military targets intermingled with densely populated civilian residential areas. This is a landmark conclusion by the ICTY with implications for all instances of cluster munition use to date, since they have always been used in or near densely populated areas, including in recent armed conflicts in the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) in 1999, in Afghanistan in 2001/2, in Iraq in 2003 and in Lebanon and Israel in 2006.

As for the required *mens rea* of “*wilfulness*” the Trial Chamber concluded that by 2 May 1995, the effects of firing the M-87 Orkan on Zagreb were known to those involved.⁶¹ This author submits that the evidence to prove the mental element was thin, even contradictory. While *Rade Rašeta* testified that “*persons who are familiar with these artillery pieces knew that they were intended for targeting wider areas and not points, and that as such they could entail a lot of casualties*”,⁶² *Poje* stated that it would have been easy to conclude what the consequences of using the Orkan would be, however allowed for the possibility that not everyone is familiar with the consequences of using this weapon.⁶³ This author submits that other evidence could have been resorted to, since the same Orkan rockets were already used by the Krajina Serbs before the Zagreb bombing, for example in Zaton in January 1993 and in Gospić in 1993 when two men and one woman were injured as a result of KB-1 sub-munitions.⁶⁴ Significantly, *Martić* had held various posts in the RSK government since 1991, first Minister of Defence, then from June 1991 until 1994 Minister of the Interior. In the

latter capacity, he directed the training of paramilitary police that became part of the RSK armed group and was member of the Supreme Defence Council from April 1993 which took all important military decisions.⁶⁵ From this, it could have been concluded that already in 1993, the effects of the Orkan rockets used by the RSK armed group were known to *Martić*.

The evidence for establishing “*wilfulness*” for the attack on 3 May was much stronger because of the extensive media coverage on casualties from the rocket attack of 2 May.⁶⁶

The Trial Chamber on the basis of the previous ICTY jurisprudence analysed above reiterated that a direct attack on civilians may be inferred from the indiscriminate character of the Orkan rocket and concluded that *Martić* wilfully made the civilian population of Zagreb object of the attacks on 2 and 3 May 1995; therefore, he incurred individual criminal responsibility for the war crime of attacks on civilians.⁶⁷

With regard to Count 15, murder as a crime against humanity, the judges held that due to the characteristics of the M-87 Orkan and the large-scale nature of the attack, the shelling also constituted a widespread attack directed against the civilian population of Zagreb. The Tribunal also had no problem in finding that all seven deaths were caused by the Orkan rocket attacks and that due to the nature of the cluster rockets he was aware that death was a probable consequence of these attacks. The accused could only be convicted of a crime against humanity in relation to six of the seven persons killed, since *Ivan Markulin*, the police officer and bomb disposal expert, could not be termed a “*civilian*” for the purposes of crimes against humanity. On the other hand, *Markulin’s* death formed the basis for a finding of *Martić’s* responsibility besides the death of the other six persons under Count 16, murder as a war crime in accordance with

⁵⁶ *Ibid.*, at 5068.

⁵⁷ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 463.

⁵⁸ *Ibid.*, at paras. 462-463.

⁵⁹ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Jožef Poje*, *supra* note 55, at 5138.

⁶⁰ Prof. *Wiebe* found that strikes one and two hit both at an equidistance of 750 and 850m, respectively, from the Presidential Palace and the Ministry of Defence, strike three less than 300 m from the Ministry of Defence, strike four at a distance of 780 m from the Presidential Palace and strike five at an equidistance of between 900 and 970 m from the Presidential Palace and the Ministry of the Interior. The three strikes designated by strike site number 6 in the Annex to the judgement did not miss the airport by more than 500m. See *V.O. Wiebe*, For Whom the Little Bells Toll: Recent Judgments by International Tribunals on the Legality of Cluster Munitions, in: Legal Studies Research Paper Series, University of St. Thomas, Minnesota 2007, at 38-39, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008990 (last visited 10 May 2008).

⁶¹ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 463.

⁶² *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Rade Rašeta*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. 95-11-T, T.Ch. I, 2 May 2006, at 3939.

⁶³ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Jožef Poje*, *supra* note 55, at 5113-5114.

⁶⁴ Handicap International, Circle of Impact, *supra* note 3, at 64-65.

⁶⁵ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at paras. 135, 137, 144, 151, 155-156.

⁶⁶ *Ibid.*, at para. 463.

⁶⁷ *Ibid.*, at para. 472.

Article 3 of the ICTY Statute because *Markulin* was not taking an active part in hostilities.⁶⁸ The fact that the Trial Chamber held that the launch of eight to twelve Orkan rockets (i.e. 3456 explosive sub-munitions at most) in densely populated areas, which entails seven deaths, may be sufficiently widespread to amount to a crime against humanity already in 1995 is another landmark conclusion of the 2007 judgement. Significantly, expert witness *Poje* testified that because of their high dispersion pattern multiple-barrel rocket launchers in general are unsuitable for firing on targets in populated areas, not only the Orkan but others, too.⁶⁹ Accordingly, *Poje* did not only confine his findings to one type of multiple-launch rocket system (MLRS), the Orkan cluster rocket but indicated that MLR systems dispersing explosive sub-munitions more generally will display the same incapability of hitting specific targets in populated areas. By virtue of this statement, the conclusions as to the Orkan multiple-launch rocket system may equally be applied to the M-26 MLR system when used in or near populated areas. The M-26 MLRS may fire up to 12 rockets at a time from a range of up to 32 km (thus less than the Orkan rocket's range of up to 50 km). Each M-26 cluster rocket contains 644 M-77 dual purpose improved conventional sub-munitions (as opposed to 288 DPICM in the Orkan). Compared with the Orkan rocket where 3456 explosive sub-munitions may be used at the press of a button, a user of the M-26 may disperse 7728 explosive sub-munitions at the press of a button. The sheer number of sub-munitions that may be dispensed from the M-26 which is more than two times higher than with the Orkan rocket makes it reasonable to assume that the dispersion pattern will be similar to sub-munitions released by an Orkan rocket despite the fact that the M-26 is only suitable for use from shorter ranges.

This author submits that where the launching of eight to twelve Orkan rockets into populated areas, entailing a large number of civilian casualties, amounts to a crime against humanity, there is a strong case that the use by the United States ground forces of M-26 cluster rockets in Iraqi populated areas in 2003,⁷⁰ and especially Israeli use of no less than 1800 M-26 cluster rockets, i.e. 1800 x 64 M-77 explosive sub-munitions, equating to almost 1,2 Mio. explosive M-77 sub-munitions in the last three days during hostilities with Hezbollah in 2006,⁷¹ entailing a large number of civilian casualties, also amounted to crimes against humanity.⁷²

Finally, another landmark conclusion reached by the Trial Chamber was that the use of cluster munitions with wide area effects in densely populated areas which results in persons not actively participating in hostilities seriously injured, may constitute cruel treatment punishable as a war crime under Article 3 ICTY Statute and upon satisfaction of the general requirements, inhumane acts punishable as a crime against humanity under Article 5 ICTY Statute.⁷³ The prohibition of subjecting persons to cruel or inhuman treatment forms part of the prohibition of torture and cruel or inhuman and degrading treatment under both human rights and international humanitarian law.⁷⁴ This ruling reinforces the difference between the twin concepts of cruel or inhuman treatment on the one hand and torture on the other that as

opposed to torture that presupposes a situation of specific powerlessness of the victim which usually means deprivation of personal liberty or a similar situation of direct factual power and control by one person over another, the scope of the prohibition of cruel or inhuman treatment is not restricted to detention-like situations.⁷⁵ Significantly, in the conduct of military operations during an armed conflict through which civilians are seriously injured, such detention-like control by the perpetrator will typically be absent. Still, the ICTY has found in the *Galić* and *Strugar* cases where not the mistreatment of persons in detention but the conduct of military operations was at issue that a protracted campaign of sniping and shelling against civilians in Sarajevo and deaths of civilians as a result of the shelling of Dubrovnik amounted to inhumane acts and cruel treatment, respectively.⁷⁶ The Trial Chamber judgement in the *Martić* case is thus in line with this previous jurisprudence but crucially adds that the use of the specific weapon of cluster munitions in densely populated areas, resulting in persons not actively participating in

⁶⁸ *Ibid.*, at para. 470.

⁶⁹ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Jožef Poje*, *supra* note 55, at 5107.

⁷⁰ Human Rights Watch detailed that 1014 MLRS rockets were used by the U.S. ground forces in Iraq, entailing hundreds of civilian casualties in Iraqi major cities, including al-Hilla, al-Najaf, Karbala, Baghdad and Basra. See Human Rights Watch, *Off Target*, *supra* note 10, at 82, 85.

⁷¹ Handicap International, *Circle of Impact*, *supra* note 3, at 120.

⁷² In this respect, compare the conclusion by the Commission of Inquiry on Lebanon established by the Human Rights Council which stated that "*The use of cluster munitions by the IDF was of no military advantage and was in contradiction to the principles of distinction and proportionality. These were part of a widespread and systematic targeting of civilians and their property causing great suffering, injury and death during and after conflict.*" See Human Rights Council, Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, *supra* note 9, at para. 337. See also the figures of civilian casualties resulting solely from unexploded sub-munitions in Lebanon, not even counting civilian casualties at the time of attack, at *supra* note 12. However, it should be noted that also Hezbollah fired cluster rockets into Israel, although on a much smaller scale. Reportedly, Hezbollah fired 118 Type-81 cluster rockets, each containing 39 explosive sub-munitions, amounting to the dispersal of 4602 sub-munitions in total. See Human Rights Watch, *Civilians under Assault: Hezbollah's Rocket Attacks on Israel in the 2006 War*, August 2007, at 44-48, <http://hrw.org/reports/2007/10/opt0807/opt0807web.pdf> (last visited 13 May 2008).

⁷³ *Prosecutor v. Martić*, Judgement, *supra* note 15, at para. 471.

⁷⁴ Arts. 1, 16, 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85; Art. 7, 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 17; common Art. 3 (1) (a), 1949 Geneva Conventions, 75 UNTS 31, 85, 135, 287; Arts. 50/51/130/147, *ibid.*

⁷⁵ *M. Nowak*, *Challenges to the Absolute Nature of the Prohibition of Torture and Ill-Treatment*, 23 (4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 674, at 676-678 (2005), <http://www.fiakat.org/IMG/pdf/Nowak-2.pdf> (last visited 12 May 2008), with further references from cases before the European Court of Human Rights, the Committee against Torture and the Inter-American Commission of Human Rights where excessive police force outside circumstances of detention was found to amount to cruel, inhuman or degrading treatment. Also see the approach adopted by the ICC Statute which under Article 7 (2) (e) defines "torture" as: "*the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused.*" (emphasis added) See 1998 Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 3.

⁷⁶ *Prosecutor v. Galić*, Trial Judgement, *supra* note 29, at para. 599; *Prosecutor v. Galić*, Appeals Judgement, *supra* note 35, at para. 158; *Prosecutor v. Strugar*, Judgement, Case No. IT-01-42-T, T.Ch. II, 31 January 2005, at paras. 260-276.

hostilities and civilians seriously injured, respectively, violates the prohibition of cruel or inhuman treatment.

All these are fundamental conclusions by the Trial Chamber with regard to the first fundamental problem associated with cluster munition use and their wide area effect with harmful consequences for civilians in populated areas. However, this author contends that more attention especially by the OTP could have been devoted to the second humanitarian problem of cluster munition use, the problem of deaths and injury at the post-conflict stage as a result of tampering with landmine-like sub-munitions that were left unexploded. In this respect, the Trial Chamber expressly included police officer *Ivica Markulin* who died when trying to defuse an unexploded sub-munition on 3 May among the victims to find that *Martić* incurred individual criminal responsibility for murder under Article 3 of the ICTY Statute. Moreover, another police officer, *Ivica Pukšec*, who was severely injured when trying to defuse an unexploded sub-munition, was among the victims on the basis of which the Trial Chamber held *Martić* responsible for cruel treatment under Article 3 of the ICTY Statute. These were casualties occurring in the immediate aftermath of the attacks on 2 and 3 May.

Still, as was observed above, already in 1996 the OTP presented evidence of four children that were severely injured in Zagreb as a consequence of tampering with unexploded sub-munitions from the May attacks over two months afterwards but subsequently did not pursue this issue any further.⁷⁷ *Virgil Wiebe* observed in this context that it would have been easy for the ICTY to establish a causal link between these injuries and the use of the Orkan rockets in May, since large numbers of duds were recovered,⁷⁸ Zagreb had never been shelled with cluster munitions before and the incident occurred close to a site of an earlier explosion on 3 May.⁷⁹ Thus, the objective elements for the crimes of attacks on civilians and cruel treatment would also have been satisfied in respect of these post-conflict casualties. With regard to the required *mens rea* the OTP would have had to prove that *Martić* acknowledged as a possibility and knew of the probability, respectively, of civilian injury through the presence of duds months after cluster munition use. Evidence exists from which the mental element could have been established, since as specified above, the Krajina Serbs had used Orkan rockets in Croatia already before 1995. In this respect, it is noteworthy that five people were killed and seven injured from unexploded sub-munitions stemming from Orkan rocket use by the Krajina Serbs between 1 January and 14 July 1993 in Zadar, Muc, Sibenik and Sukosan, and in 1994, one boy was killed by an unexploded sub-munition.⁸⁰ Including long-term post-conflict casualties through unexploded sub-munitions in the conviction for unlawful attacks on civilians and/or cruel treatment would have been an important recognition that such casualties are also a possible and even likely consequence of cluster munition use. It was controversial for a long time whether the long-term civilian harm as a result of cluster munition use must be taken into account in the proportionality assessment upon an attack on military targets. Had the Trial Chamber resorted to the four

long-term casualties in holding *Martić* responsible, it would have confirmed the view that such long-term civilian harm must indeed be considered before launching an attack. Unfortunately, it missed this opportunity but nevertheless both the OTP and the Trial Chamber are to be credited for prosecuting and convicting, respectively, *Martić* on the basis of cluster munition use in civilian residential areas. The OTP deserves less credit for its decision not to investigate cluster munition use by NATO member state armed forces during Operation Allied Force in 1999. That decision shall now be critically appraised in the next section.

4. NATO cluster munition use in Operation Allied Force: the use of cluster munitions with wide area effects in civilian residential areas does not lead to ICTY prosecution

From 24 March to 10 June 1999, the United States, the United Kingdom and the Netherlands extensively used cluster munitions during “Operation Allied Force” against the FRY which affected Albania, Kosovo, Montenegro and Serbia. In Albania, 56 casualties occurred through both NATO member states and Serbian use of cluster munitions, all but two at the post-conflict stage.⁸¹ With regard to Kosovo, NATO confirmed that 1392 cluster bombs containing 289 536 sub-munitions were used against 333 different strike sites.⁸² Two civilians were killed and six injured, one killed and three injured at the time of attack near Podgorica, and one killed and three injured after the conflict in the village of Bestnik in Montenegro.⁸³ In Serbia proper, 78 casualties were recorded at the time of attack and at least 16 casualties at the post-conflict stage. Of the casualties during conflict, the overwhelming majority occurred as a result of cluster munition attacks on Niš.⁸⁴ Therefore, the latter incidents shall be singled out for a closer analysis in the following sections.

⁷⁷ It appears that this was not a conscious decision but that the OTP was confident that focusing on the immediate casualties resulting from the 2 and 3 May attacks would already provide a sufficient basis for a conviction in this case. See *Wiebe*, “For Whom the Little Bells Toll”, *supra* note 56, at 44, fn. 207, citing to an e-mail received from *Alex Whiting* of the Prosecution team in the *Martić* case.

⁷⁸ *Mario Petrić*, Chief of the Anti-Explosives Department of the Zagreb police, testified at the 1996 Rule 61 Hearing that altogether 1599 unexploded sub-munitions were cleared. See *Prosecutor v. Martić*, Transcript of the Rule 61 Hearing, *supra* note 16, at 90.

⁷⁹ *Ibid.*, at 45.

⁸⁰ Handicap International, *Fatal Footprint*, *supra* note 5, at 23.

⁸¹ Handicap International, *Circle of Impact*, *supra* note 3, at 57-58.

⁸² *S. Maslen*, *Explosive Remnants of War: Cluster Bombs and Landmines in Kosovo*, International Committee of the Red Cross, Mines-Arms Unit, August 2000, revised June 2001, at 6, [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/explosive-remnants-of-war-brochure-311201/\\$File/ICRC_002_0780.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/explosive-remnants-of-war-brochure-311201/$File/ICRC_002_0780.pdf) (last visited 12 May 2008). Subsequent research suggests that even approximately 350,000 sub-munitions were dropped on Kosovo. See *R. Moyes*, *Cluster Munitions in Kosovo: Analysis of use, contamination and casualties*, Landmine Action, February 2007, at 10, <http://www.landmineaction.org/resources/Cluster%20Munitions%20in%20Kosovo.pdf> (last visited 12 May 2008).

⁸³ Handicap International, *Circle of Impact*, *supra* note 3, at 77-78.

⁸⁴ *Ibid.*, at 79-80.

4.1. The facts: Drop the CBU-87 on Nis today, kill today and tomorrow

At 11:20 am on 7 May 1999, during Operation Allied Force, at least two NATO member states air-dropped CBU-87 cluster bombs, each containing 202 BLU-97 sub-munitions hit two of the locations most frequented by civilians in Serbia's third largest city of Niš, around the market place and the city hospital, around 2 km from each other. The alleged target was the military airport about 4km from the city centre. At least 13 civilians were killed confirmed by the Review Committee established by the ICTY Prosecutor to investigate alleged IHL violations by NATO member states officials,⁸⁵ seven in the vicinity of the market place, and another seven in two streets near the hospital. 27 civilians were seriously wounded and there are hospital records indicating that 30 others received some medical treatment as a result of this attack.⁸⁶ The Review Committee assumed a figure of 60 injured.⁸⁷ Additionally, as many as 70 others reportedly received some first aid but were sent home without any medical record kept. NATO officials expressed regret about civilian casualties and attributed them to a technical malfunction of the cluster bombs used causing them to land wide off target.

Five days later, at 2:55 pm on 12 May 1999, another densely populated suburb of Niš, Duvanište, was hit with BLU-97 sub-munitions stemming from NATO member state aircraft. Again, the purported target was the airport about 7 km away from this suburb. No civilian was killed but thirteen were injured.⁸⁸

Compared with the Orkan rocket attacks on Zagreb in 1995, the attacks on Niš reveal the following commonalities: Firstly, as in the case of Zagreb there were indisputably military targets in and around Niš. NATO officials alleged that the attack was aimed at the airport which was used for military purposes; it is recalled that one of the military targets in Zagreb was also the airport that was at least partly used for military purposes.⁸⁹ Of the military targets against which the cluster munition strikes had allegedly been directed, the sub-munitions strikes in the vicinity of Zagreb airport came even closest of all the strikes to the intended object.

Secondly, civilian residential areas were nearby the individual military targets: In the case of Zagreb airport, Plešo village was around 500 m away from the airport.⁹⁰ The Niš suburb of Medoševac is only 150 m from Niš airfield.⁹¹

Thirdly, concerning the weapons and the way they were used, compared with the Orkan cluster rocket attacks on Zagreb, also the CBU-87 is a cluster munition which consists of a delivery system (here: an air-dropped bomb) and explosive sub-munitions encompassed by the container. This bomb container as in the case of the Orkan rocket opens at a certain altitude and disperses the 202 BLU-97 explosive sub-munitions which upon impact are designed to explode on the ground over an area of between 243 x 121m (around 2,9 hectares),⁹² and 200 x 400m (around 8 hectares).⁹³ Thus, the dispersal pattern of the explosive sub-munitions by one

CBU-87 is even larger than for the Orkan rocket (2 hectares). The discrepancies in the estimated sizes of the dispersal pattern of the explosive sub-munitions resulting from CBU-87 use may be explained by the differences between the main impact area of a cluster munition strike and the entire perimeter that may be covered by a strike, since there may well be "stray" sub-munitions that fall wide off the main impact area.⁹⁴ Like the Orkan rocket, the CBU-87 is unguided, i.e. once the bomb is dropped the flight is a free flight and as of that moment, the user can no longer control the trajectory of the bomb.⁹⁵ While the 288 KB-1 sub-munitions are DPICM with an anti-armour and anti-personnel effect, the 202 BLU-97 explosive sub-munitions dispensed by the CBU-87 are even so-called "combined effects munitions" (CEM) which means that in addition to an anti-armour and anti-personnel effect they also incorporate an incendiary side-effect through a zirconium ring, an easily inflammable metal ring, inside the sub-munitions. In both cases, the anti-armour effect is achieved by a shaped charge but the BLU-97 sub-munition may penetrate more than 20 cm of armour,⁹⁶ whereas the KB-1 sub-munition can only penetrate 6 cm of armour. With regard to the anti-personnel effect, upon impact, one BLU-97 sub-munition is designed to shatter into approximately 300 steel fragments at extremely high speed, making it possible to cause human injury up to a distance of about 150 m in any direction where the

⁸⁵ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 June 2000, 39 *ILM* 1257, at para. 9. Other sources suggest that the number of civilians killed was even 14. See Human Rights Watch, Civilian Deaths in the NATO Air Campaign, February 2000, <http://www.hrw.org/reports/2000/nato> (last visited 12 May 2008); Norwegian People's Aid, Yellow Killers, *supra* note 2, at 23.

⁸⁶ According to orthopaedic surgeons in Niš main hospital, cluster sub-munition fragments caused severe injuries, i.e. wide devastation of soft tissues and bones including neurovascular destruction, resulting in a high number of amputations. See Handicap International, Circle of Impact, *supra* note 3, at 80.

⁸⁷ Final Report to the Prosecutor by the NATO bombing Review Committee, *supra* note 76, at para. 9.

⁸⁸ Norwegian People's Aid, Yellow Killers, *supra* note 2, at 22-25.

⁸⁹ *Prosecutor v. Martić*, Testimony of *Ivan Mikulčić*, Transcript of Trial Chamber Hearings, Case No. IT-95-11-T, 14 June 2006, at 5610.

⁹⁰ *Ibid.*, at 5608.

⁹¹ Agence France Presse, Sorrow and rage in Niš, as NATO raids kill 15, 7 May 1999, <http://www.bulgaria-italia.com/fry/nisHospital.htm> (last visited 12 May 2008).

⁹² Geneva International Centre for Humanitarian Demining, Guide to Cluster Munitions, *supra* note 49, at 11.

⁹³ Major General *Chuck Wald*, Transcript of U.S. Department of Defense News Briefing, 14 May 1999, <http://www.defenselink.mil/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=542> (last visited 12 May 2008).

⁹⁴ Mennonite Central Committee, Clusters of Death, Report on Global Production and Use of Cluster Munitions, 2000, <http://www.mcc.org/clusterbombs/resources/research/death/> (last visited 12 May 2008).

⁹⁵ This was admitted by Major General *Wald* in the U.S. Department of Defence briefing quoted above in the following words: "The weapon then free-falls to a certain attitude, and it opens up. [...] Then once it opens up, it's not very high above the ground, [...] and then it goes into a pattern that is about 200 x 400 meters." See *Wald*, U.S. Department of Defense News Briefing, *supra* note 82.

⁹⁶ Geneva International Centre for Humanitarian Demining, Guide to Cluster Munitions, *supra* note 49, at 11.

sub-munition falls.⁹⁷ Assuming a mean impact area for the BLU-97 sub-munition of 200 x 400m the actual impact area where persons can be killed may even be as large as 350 x 550 m (around 19,25 hectares).⁹⁸ On the other hand, the lethal range of the pellets that are dispersed by a KB-1 sub-munition upon impact and accounting for the anti-personnel fragmentation effect can only kill within a perimeter of 10 m. Since the BLU-97 can cover a much wider area through fragmentation than the KB-1 sub-munitions, it follows that the actual dispersion pattern may be much larger in the case of the BLU-97 sub-munitions than in the case of the KB-1 sub-munitions. In terms of the accuracy of targeting unguided munitions like air-dropped cluster munitions, it may be observed that the United States Air Force already noted in respect of the 1991 Operation Desert Storm that bombing sorties from medium to high altitudes of above 15.000 feet (around 4.500 m) contribute to greater targeting inaccuracies because of the greater distance to the target and the resulting greater difficulties to accurately identify the objects on the ground.⁹⁹ With regard to Operation Allied Force in 1999, the Review Committee instituted by the ICTY OTP generally acknowledged that at least part of the air campaign had been conducted at an altitude above 15.000 feet, resulting in targeting problems.¹⁰⁰ It is logical that the sub-munitions dispersed are more likely to land further off target, the longer they are in the air and the more they are susceptible to environmental conditions like wind during their fall. Where the great distance from which the Orkan rocket was launched contributed to increasing the inaccuracy of targeting, the equivalent can be seen from dropping the air-delivered CBU-87 from medium to high altitudes, aggravating the accuracy problems with these area weapons.

Further, both Zagreb and Niš were targeted with cluster munitions at times when it could be assumed that a large number of civilians would be out on the streets, increasing the probability of civilian casualties.

Finally, the number of civilian deaths at 13 or 14 in Niš as a result of sub-munitions straying far from the intended target on one day is (about) twice of the number of seven civilian deaths occurring through cluster munition use on Zagreb on two days. If one assumes the figure given by the Review Committee to be correct, the number of 60 injured civilians on one day in Niš is also strikingly similar to the 54 injured on 3 May 1995 in Zagreb which, as shall be recalled, in the initial indictment against *Martić* formed a count separate from the attack of 2 May.

4.2. The Report of the NATO bombing Review Committee established by the ICTY Prosecutor: Selective Case Distinguishing from the *Martić* Rule 61 Decision

Since the ICTY Prosecutor received numerous requests during Operation Allied Force that she investigate serious violations of humanitarian law allegedly committed by NATO member states' officials, she established a Review Committee with the task of advising her whether or not there was a reasonable basis to proceed with investigations.¹⁰¹ In

its Final Report the Review Committee also addressed the issue of cluster munition use by NATO member states.¹⁰²

Firstly, the Committee noted that there was no specific treaty prohibition or restriction on the use of cluster munitions although, of course, they must be used in general compliance with the general principles applicable to the use of all weapons. With regard to the post-conflict problem of unexploded sub-munitions, Human Rights Watch (HRW) was quoted as allegedly claiming that the high failure rate of the sub-munitions converts these sub-munitions into antipersonnel landmines the use of which was then already prohibited by customary international law. In response to this claim, the Committee concluded that there was no general legal consensus that cluster munitions were, in legal terms, equivalent to antipersonnel landmines. This author submits that HRW was misinterpreted by the Committee, since it never claimed that unexploded sub-munitions are legally equivalent to antipersonnel landmines. In a 1999 report on NATO's use of cluster munitions in the FRY, HRW stated that the high dud rate of explosive sub-munitions turns these weapons effectively into antipersonnel landmines, thus not legally. HRW also emphasised that sub-munitions may kill and maim civilians *despite*, and antipersonnel landmines *because* of their design.¹⁰³ This is significant, since the 1997 Ottawa Convention uses a design-based definition of prohibited antipersonnel landmines.¹⁰⁴ On the other hand, explosive sub-munitions are designed to explode upon impact but unfortunately, a consistent pattern has been the effect of being left unexploded after the use of these weapons. Despite this misinterpretation, the Committee reached a correct decision on this point. A legal difference between antipersonnel mines and cluster munitions is warranted, since cluster munition use results in the additional problem of the wide area effect at the time of attack which warrants a separate legal response.

⁹⁷ Mennonite Central Committee, Clusters of Death, *supra* note 85.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ U.S. Air Force, Gulf War Air Power Survey, Vol. 2, Part 2, at 161-162, http://www.airforcehistory.hq.af.mil/Publications/fulltext/gulf_war_air_power_survey-vol4.pdf (last visited 12 May 2008).

¹⁰⁰ Final Report to the Prosecutor by the NATO bombing Review Committee, *supra* note 76, at para. 56.

¹⁰¹ However, it should be emphasised that in accordance with the ICTY Statute the final decision whether or not to commence an investigation is the sole responsibility of the Prosecutor. Compare Art. 18 (1) of the ICTY Statute: "The Prosecutor *shall* initiate investigations ex-officio or on the basis of information obtained from any source, particularly from Governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organizations. The Prosecutor *shall* assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed." (emphasis added)

¹⁰² Final Report to the Prosecutor by the NATO bombing Review Committee, *supra* note 76, at para. 27.

¹⁰³ Human Rights Watch, Ticking Time Bombs: NATO's Use of Cluster Munitions in Yugoslavia, June 1999, <http://www.hrw.org/reports/1999/nato2/index.htm#TopOfPage> (last visited 13 May 2008).

¹⁰⁴ Art. 2 of the 1997 Ottawa Convention states: "Anti-personnel mine means a mine *designed* to be exploded by the presence, proximity or contact of a person and that will incapacitate, injure or kill one or more persons." See 1997 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production, and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, 2056 UNTS 211.

However, the Committee did not examine whether post-conflict casualties from handling unexploded sub-munitions could support the conclusion that there was a reasonable basis that unlawful attacks on civilians had been committed by NATO political or military officials. It may be recalled that already in 1996, the Prosecution in the *Martić* case presented evidence of the two police clearance experts that were killed and injured, respectively when attempting to defuse unexploded sub-munitions resulting from the Zagreb attacks. Evidence as to post-conflict casualties also exists in respect of NATO cluster munition use, for example, in the case of Niš where the civilian *Vladimir Jovanović* was first injured during the attacks on 7 May 1999 by an explosive sub-munition and subsequently died on 4 April 2000 when he accidentally hit an unexploded BLU-97 stemming from the May 1999 attacks in his backyard with his shovel.¹⁰⁵

In respect of the problem of the wide area effect of cluster munitions during an attack, the Committee distinguished the *Martić* case from NATO cluster munition use in the following manner:

“It should be noted that the use of cluster bombs was an issue of sorts in the Martić Rule 61 Hearing Decision of Trial Chamber I on 8 March 1996. In that decision the Chamber stated there was no formal provision forbidding the use of cluster bombs as such [...] but it regarded the use of the Orkan rocket with a cluster bomb warhead in that particular case as evidence of the intent of the accused to deliberately attack the civilian population because the rocket was inaccurate, it landed in an area with no military objectives nearby, it was used as an antipersonnel weapon launched against the city of Zagreb and the accused indicated he intended to attack the city as such [...]. The Chamber concluded that ‘the use of the Orkan rocket in this case was not designed to hit military targets but to terrorise the civilians of Zagreb’ [...]. There is no indication cluster bombs were used in that fashion by NATO.”¹⁰⁶

Therefore, the committee recommended that the OTP should not commence an investigation into use of cluster bombs by NATO.

With regard to this distinction of the two cases by the committee, it must first be emphasised that the Trial Chamber in the *Martić* case did find that it was reasonable to believe that the main reason why the Orkan rocket was used was to attack and terrorise the civilian population deliberately. However, it also reconfirmed that there was a reasonable basis to assume that an unlawful attack against civilians had been wilfully ordered, and thus, also accepted the alternative argument by the OTP that even if the intended purpose of Orkan rocket use had been to hit military targets in Zagreb, it was still not the appropriate weapon choice. Moreover, while enumerating the characteristics and circumstances of use of the Orkan rockets, the committee seemed to rely primarily on the indications of intent by *Martić* to terrorise civilians in Zagreb without discussing the other points enumerated, especially that the Orkan rocket, just like the CBU-87 is inaccurate even where there is some attempt to hit military targets. Therefore, the interpretation of the *Martić* Rule 61 Hearing Decision by the Review Committee appeared unduly restric-

tive and the quote according to which the use of the Orkan rocket was not intended to hit military objectives selective. Nevertheless, the Prosecutor decided to follow this and other recommendations not to investigate allegations of serious IHL violations committed by NATO member states officials.

4.3. The NATO bombing Review Committee report evaluated in the light of the 2007 Trial Chamber judgement in the *Martić* case

The Review Committee’s case distinguishing of NATO member states cluster munition use from cluster munition use in the *Martić* case appears even less tenable in light of the 2007 judgement. First and foremost, the Trial Chamber in the *Martić* case assumed that there were military targets in Zagreb at the time of attack. This effectively removed the scope of a finding that the Orkan rocket was evidence of a deliberate attack on civilians but the issue then moves to whether there was reckless use of the Orkan rocket on Zagreb to conclude that an unlawful attack on civilians had been perpetrated. Thus, it seriously undermines the element on which the Review Committee’s distinction between the *Martić* Rule 61 decision and NATO cluster munition use rested, since in both cases (Zagreb and Niš) military targets were present at the time of the attacks.

Decisive for the Trial Chamber’s conclusion that *Martić* ordered an unlawful attack on civilians was the nature of the Orkan rocket used and the accused’s knowledge of the problematic characteristics of this weapon.

Comparing the analysis of the Trial Chamber in the *Martić* case with regard to the crime of unlawful attacks against civilians, firstly, there is no doubt that NATO authorities ordered cluster bombings, since NATO officials admitted in press conferences that cluster munitions had been used and civilian casualties caused as a result of the wide area effect of the CBU-87s.¹⁰⁷ Secondly, as noted above, by relying on previous ICTY jurisprudence, especially on the 2006 *Galić* judgement, the 2007 judgement *Martić* judgement stands for the proposition that a direct attack on civilians may be inferred from the nature of the Orkan rocket as inaccurate high-dispersion weapon, resulting in indiscriminate attacks

¹⁰⁵ V. O. Wiebe, *Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law*, 22 Michigan JIL 86, at 167 (2000).

¹⁰⁶ Final Report to the Prosecutor by the NATO bombing Review Committee, *supra* note 76, at para. 27.

¹⁰⁷ See, for example, NATO Major General *Gertz*’s statement at a news briefing on 8 May 1999: “NATO has confirmed that the damage to the market and clinic was caused by a NATO weapon which missed its target. This strike was directed against Nis airfield utilising cluster munitions. [...] Once again of course civilian casualties were never intended and NATO regrets the loss of life and injuries inflicted. [...] We were using cluster bombs on the Nis target because, as I already mentioned, cluster bombs are used in aerial [sic: area] targets where we know that collateral damage could not occur, and it would be speculation if I would continue on the reason why some of the clusters obviously did go astray, maybe because of a technical malfunction or they could have been inadvertently released.” NATO Daily Briefing, Operation Allied Force, 8 May 1999, http://www.pbs.org/newshour/bb/europe/jan-june99/nato_briefing_5-8.html (last visited 13 May 2008).

in populated areas. The factual comparison between the Orkan rocket and the CBU-87 in Part 4.1. *supra* suggests that the same argument may also be made with the CBU-87 used in Niš. Here, NATO officials claimed that the sub-munitions landed far off the intended target because of a technical malfunction of the weapon. This seems to imply that conversely, if the weapon had worked as designed civilian harm could have been avoided. However, this author submits that even in that case civilian casualties would have been likely, since the nearest Niš suburb is only 150m from the airport, the intended target. Thus, even if the sub-munitions had fallen precisely in the area of the target, the reach of the sub-munition fragments upon impact would have been exactly 150 m beyond the outer limits of that area, making civilian casualties reasonably probable. Moreover, precise targeting is likely to be precluded due to the unguided nature of the CBU-87, a problem that exacerbates the higher the altitude from which the bomb containers are dropped.

The final crucial element in determining whether the OTP should have investigated cluster munition use by NATO member states officials, especially for the incident in Niš, is that of *mens rea*, i.e. whether NATO member states personnel could be said to have knowledge of the possibility that civilian victims in populated areas would result due to the wide dispersal pattern of the CBU-87. This author submits that such knowledge can be imputed to NATO personnel and officials. Significantly, NATO member states used cluster munitions, especially CBU-87s before the attack on Niš. For instance, on 10 April 1999, cluster munition use was confirmed in the area between Podujevo and Kursumlija on the Serbian-Kosovo border which claimed five civilians dead and three injured near the villages Merdare and Mirovac.¹⁰⁸ On 13 April 1999, one clearance expert was killed on Mount Kopaonik in southern Serbia when trying to defuse a BLU-97.¹⁰⁹ On 17 April 1999, fragments from a stray sub-munition killed one three-year-old girl that was intended to hit Batajnica airfield in the west of Belgrade, about three km away and another person was injured.¹¹⁰ On 28 April 1999, the airfield in Golubovci near Podgorica in Montenegro was the intended object of two CBU-87 strikes but BLU-97 sub-munitions fell a few kilometres away from the airfield into nearby villages where one civilian was killed and three wounded.¹¹¹ On 3 May, a public transport bus and a car were hit in northwestern Kosovo, resulting in seventeen killed and at least 43 injured; cluster bomb remains were documented for this attack.¹¹² Finally, despite a reported internal directive by then *U.S. President Clinton* to cease the use of cluster bombs after the Niš incident, BLU-97 sub-munitions again hit civilian residential areas in Duvanište, over 7 km far off the intended target of Niš airport on 12 May 1999, seriously injuring three and wounding ten others, all of whom received medical treatment.¹¹³ The fact that NATO personnel again targeted Niš with CBU-87s a few days later despite the 7 May incident sheds significant doubt on whether NATO member states officials and personnel complied with their precautionary IHL obligations which may be resorted to as an element of inferring a direct attack on civilians in line with the 2006 *Galić* Appeals judgement on which the Trial Chamber in the *Martić* case relied.

From all these circumstances, this author concludes that there would have been a reasonable basis for an investigation by the OTP into NATO member states use of cluster munitions against the FRY for at least unlawful attacks on civilians under Article 3 of the ICTY Statute.

5. Conclusion: The Need for a New International Convention Prohibiting Cluster Munitions

While this essay has shown that the decision by the ICTY OTP to follow the recommendation by the Review Committee not to investigate into cluster munition use by NATO member states against the FRY cannot be reasonably defended on legal grounds compared with the investigation, prosecution and conviction for cluster munition use in the *Martić* case, it is abundantly clear that the OTP acted in this way due to political constraints. After all, the very existence of the ICTY is dependent on the good will of the UN Security Council, especially the permanent members. An investigation into cluster munition use by NATO member states armed forces would have meant to investigate against U.S., possibly also UK nationals, both nationals of permanent members of the UN Security Council. Moreover, it may be argued that at the time the Review Committee was established (mid-May 1999) Operation Allied Force aimed at stopping massive human rights violations by the *Milošević* regime against Kosovo-Albanians was still ongoing; announcing an investigation into war crimes allegedly committed by NATO member states armed forces might have effectively precluded further military action for accomplishing this essentially humanitarian purpose. However, this last argument does not entirely convince this author both for legal and political reasons: Firstly, this examination was strongly rooted in international humanitarian law. A fundamental proposition on which international humanitarian law rests is that it binds any party to the armed conflict irrespective of the underlying motive behind using armed force, however laudable that motive might be (i.e. humanitarian intervention). The character of humanitarian law (*jus in bello*) is thus fundamentally different from the rules relating to the legality of the use of force (*jus ad bellum*) where the underlying purpose for using armed force comes into play, and it must remain different, since otherwise protection of vulnerable individuals under IHL would be dependent on whether he/she is a national of an “aggressor state” or a state militarily intervening for humanitarian purposes. Secondly, even if the specific motives of a “humanitarian intervention” were to be taken into account the question arises whether the use of cluster munitions is suitable to achieve such humanitarian purposes. After all, most of the casualties that occurred through cluster munition use were

¹⁰⁸ Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, *supra* note 76.

¹⁰⁹ Norwegian People's Aid, *Yellow Killers*, *supra* note 2, at 26.

¹¹⁰ *Ibid.*, *supra* note 2, at 33.

¹¹¹ Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, *supra* note 76.

¹¹² *Ibid.*

not Serbian military and political authorities but civilians. As evidenced supra in Part 4.1., among those affected were also civilians from a state not even party to the conflict, i.e. Albania. Significantly, the Independent International Commission on Kosovo, set up at the behest of then Swedish Prime Minister *Persson* and endorsed by former UN Secretary-General *Annan* for the purpose of evaluating international legal and political issues relating to Kosovo, recommended in its report that “*cluster bombs should never be used in any future undertaking under UN auspices or claiming to be a ‘humanitarian intervention’.*”¹¹⁴

Whether or not the recommendation by the Review Committee and the decision of the ICTY Prosecutor to act upon it were motivated by political considerations, the fact remains that the report analysed still contains legal arguments. Here, this author observes that the OTP of the ICTY must base its decisions to investigate on the existing framework of international humanitarian and human rights law. In doing so, the OTP is dependent upon how well particular problems arising under the factual allegations it is asked to evaluate are addressed by that existing framework. With regard to the use of cluster munitions in armed conflict, Part 2 has attempted to show that the existing IHL framework is inadequate to address the humanitarian problems associated with cluster munition use, since it leaves the evaluation of the legality of cluster munition use to an evaluation on a case-by-case basis. Thus, asked to evaluate the legality of cluster munition use on that basis one may conclude that certain instances of use were illegal while others legal. However, regardless of that

existing framework there have always been civilian casualties as a consequence of cluster munition use over the last forty years. This is the fundamental reason why over 100 states from 19 to 30 May 2008 negotiated and adopted a new “Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Cluster Munitions and on their Destruction” to globally stigmatise this weapon so that even states that will not become party to the convention will think twice before using this weapon again in armed conflicts in the future. The 2007 *Martić* judgement through its inclusion of particularly credible witness testimonies subjected to cross-examination by those who had to defend cluster munition use in the proceedings on behalf of the accused in this respect marked a landmark ruling in that it signalled that cluster munition use in populated areas where military targets are intermingled, circumstances all too present in contemporary armed conflicts, is inappropriate. ■

¹¹³ Norwegian People’s Aid, *Yellow Killers*, supra note 2, at 25.

¹¹⁴ Among the most prominent members of this independent expert commission were notably Justice *Richard Goldstone* of South Africa, serving as Chief Prosecutor of the ICTY and the ICTR from 1994-1996, Professor *Richard Falk*, one of the most eminent U.S. scholars on international humanitarian law, and *Michael Ignatieff*, one of the most eminent scholars of international relations who has published a seminal work on the NATO bombing in Kosovo, winning the Orwell Prize for political non-fiction in 2000, and worked with the International Commission on Intervention and State Sovereignty on preparing the report *Responsibility to Protect*. See Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report*, 2000, <http://www.reliefweb.int/library/documents/thekosovoreport.htm> (last visited 13 May 2008).

Verbreitungsarbeit im Deutschen Jugendrotkreuz (JRK)

Robin Wagener*

International Humanitarian Law needs to be disseminated to the public in order to become applicable in armed conflicts. This should not only include disseminating it to military, public administration or humanitarian assistants. In addition to these groups it is useful to start training and education in IHL even with children and young people. Being the self-responsible youth organization of the German Red Cross, the German Red Cross Youth (grey) is working on that task for some time. Therefore, it has published training and educational material for different groups and young people of different ages. Including action-based Raid Cross, strategic games and classical educational units there are several different possibilities for disseminating IHL to and with children and young people.

Humanitäres Völkerrecht muss den Menschen bekannt sein, damit es seine Wirkung entfalten kann. Im Rahmen der Verbreitungsarbeit ist es sinnvoll, neben den klassischen Zielgruppen in Militär, Verwaltung und Hilfsorganisationen, auch schon Kinder und Jugendliche in altersgerechter Form an das Thema humanitäres Völkerrecht heranzuführen. Das Jugendrotkreuz widmet sich als eigenverantwortlicher Jugendverband des Deutschen Roten Kreuzes schon länger dieser Aufgabe. Dabei hat es Unterrichtsmaterialien für verschiedene Alters- und Zielgruppen entwickelt. Vom handlungsorientierten RaidCross über das Planspiel Outface bis zur klassischen Unterrichtseinheit finden sich vielfältige Möglichkeiten der Verbreitungsarbeit für und mit Kindern und Jugendlichen.

1. Die Rolle des JRK in der Verbreitungsarbeit

Die Grundregeln des humanitären Völkerrechts sind verbindlich einzuhalten. Die Vertragsparteien der Abkommen verpflichten sich, die Regeln des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten zu beachten. Dies scheinen die selbstverständlichen Vorgaben im humanitären Völkerrecht zu sein. Nur sind freilich die Unterzeichnerstaaten nicht selbst handlungsfähig, hinter ihnen stehen konkrete Menschen und diese können nur einhalten, was sie auch kennen. Daher verpflichten die Genfer Abkommen die Staaten, die Kenntnisse um das humanitäre Völkerrecht in ihrem Bereich zu verbreiten.¹ Eine möglichst weitreichende Verbreitung ist notwendige Voraussetzung für die Umsetzung und Beachtung des Regelwerks. Die direkte staatliche Verbreitungsarbeit findet dabei in nachvollziehbarer Weise vornehmlich im Bereich der Streitkräfte statt. Daneben sind auch Einrichtungen im Bereich des Bundesinnenministeriums, wie z. B. das Technische Hilfswerk, mit der Verbreitung in ihrem Bereich befasst. Die Ausbildung der Bevölkerung ist in der Praxis weitgehend den Hilfsorganisationen überlassen. Hier nimmt das Deutsche Rote Kreuz (DRK) eine besondere Rolle ein: Die allgemein anerkannte Rolle der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung, aber auch der Entwurf eines DRK-Gesetzes vom 02.06.2008², verpflichten es zur Verbreitungsarbeit als verbindliche Aufgabe.³ Auch intern hat das DRK sich diesen Auftrag zu Eigen gemacht.⁴ Die DRK-Satzung weist die Verbreitungsarbeit dem Verband als erste Aufgabe aus. Im DRK sind hauptsächlich die Konventionsbeauftragten der verschiedenen Ebenen mit dieser Aufgabe betraut.⁵ Die klassischen Angebote der Verbreitungsarbeit richten sich dabei an Juristen, Verwaltungsmitarbeiter und ehren- und hauptamtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, vornehmlich im Katastrophenschutz. Nicht nur vor dem Hintergrund der immer wieder beklagten Wissensmängel von Kindersol-

daten in bewaffneten Konflikten, sondern vor allem zur allgemeinen Verankerung der Regeln in der ganzen Breite der Bevölkerung, ist es allerdings sinnvoll, die Grundregeln des humanitären Völkerrechts schon Kindern und Jugendlichen nahe zu bringen.⁶ Dabei kommt es darauf an, die Grundregeln des HVR so zu erläutern, dass sie auch im täglichen Leben der Kinder und Jugendlichen Anwendung und Bezugspunkte finden können. Eine rein theoretische Vermittlung wird bei dieser Zielgruppe keinen Erfolg bringen, es bedarf der Verbindungen zum eigenen Leben und Erleben. Dies hat sich das Jugendrotkreuz (JRK) zur Aufgabe gemacht. Als eigenverantwortlicher und anerkannter Kinder- und Jugendverband des DRK ist es für die Umsetzung der Rotkreuzarbeit mit Kindern und Jugendlichen in Deutschland zuständig. Die Verpflichtung des Roten Kreuzes zur Verbreitung des Wissens um das humanitäre Völkerrecht trifft damit auch das

* Robin Wagener ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bielefeld. Er ist ehrenamtlich stellvertretender Bundesleiter des Deutschen Jugendrotkreuzes und Konventionsbeauftragter des DRK Kreisverbandes Lippe unter anderem für Verbreitungsarbeit im DRK zuständig.

¹ Geregelt ist dies in Art. 47 GA I, Art. 48 GA II, Art. 127 Abs. 1 GA III, Art. 144 Abs. 1 GA IV, Art. 83 Abs. 1 ZP I und Art. 19 ZP II.

² BT-Drs. 16/9396 vom 02.06.2008.

³ Siehe § 2 Abs. 1 Nr. 2 DRK Gesetz (noch im Entwurf; s. Fn. 3).

⁴ Siehe § 2 der Satzung des DRK e.V. Hier wird die Verbreitungsarbeit als erste Aufgabe des DRK genannt.

⁵ Einen Überblick zur Verbreitungsarbeit in Deutschland im Allgemeinen und zur Rolle des DRK im Besonderen bietet Deutsches Rotes Kreuz, Verbreitung des humanitären Völkerrechts in Deutschland, in: HuV-I 2005, 206ff.

⁶ Dies stellt auch die Entschließung 3 der 30. Internationalen Konferenz vom Roten Kreuz und Roten Halbmond vom 26. bis 30. November 2007 „Bekräftigung und Umsetzung des humanitären Völkerrechts. Schutz von Menschenleben und Menschenwürde in bewaffneten Konflikten“ in ihrem Punkt 27 fest.

Jugendrotkreuz. Auch die DRK-Satzung und die eigenen Statuten des Jugendrotkreuzes weisen ihm diese Aufgaben zu.⁷

2. Organisation der Verbreitungsarbeit im JRK

Im JRK sind es vor allem die Landes- und Bundesebene, die Angebote für die kind- und jugendgerechte Verbreitungsarbeit entwickeln. Die Umsetzung dieser Angebote findet dann freilich vor Ort in den Kreisverbänden und Ortsvereinen statt. Das JRK arbeitete traditionell hauptsächlich im außerschulischen Bereich.⁸ Mittlerweile findet aber wieder eine verstärkte Hinwendung zur schulischen Arbeit statt. Vor allem die immer weitere Ausrichtung der Schulen auf den Ganztagsbetrieb macht diese Umorientierung für die Jugendverbände erforderlich und sinnvoll. Sowohl in der schulischen als auch in der außerschulischen JRK-Arbeit gibt es dabei dauerhafte und projektorientierte Arbeitsformen.

Die Angebote des JRK zur Verbreitungsarbeit⁹ lassen sich auf verschiedene Arten aufteilen. Während klassische Verbreitungsarbeit hauptsächlich „Kopfarbeit“ ist, richtet das JRK seine Angebote speziell auf den ganzen Menschen aus. Kopf, Herz und Hand werden angesprochen, wie die nähere Darstellung der einzelnen Programme zeigen wird.¹⁰

3. Einzelne Angebote der JRK Verbreitungsarbeit

Nach diesen allgemeinen Ausführungen sind nun einzelne Angebote näher zu beleuchten.¹¹

3.1. Angebote für den Kopf

Den ersten Teil bilden dabei diejenigen JRK-Projekte, die auf eher intellektueller Ebene der Wissensvermittlung dienen. Dies ist freilich nicht so zu verstehen, dass es sich um vorlesungsartige Vermittlungsformen handelt. Auch hierbei findet der Zugang zum humanitären Völkerrecht in jugendgerechter Form statt und immer geht es auch darum, neben der reinen Wissensvermittlung das Interesse und die Begeisterung der Teilnehmenden am Thema humanitäres Völkerrecht zu wecken.

3.1.1. Humanitäre Schule und Outface

Unter der Schirmherrschaft des DRK-Präsidenten Dr. *Rudolf Seiters* hat das Jugendrotkreuz in Niedersachsen das Projekt „Humanitäre Schule“ ins Leben gerufen. Interessierte Schulen wählen hierbei humanitäre *Scouts* in ihren Einrichtungen aus, führen mit ihren Schülerinnen und Schülern das Planspiel Outface durch und organisieren in eigener Verantwortung der Schülerschaft ein humanitäres Projekt. Dabei kann es sich um lokale Maßnahmen, wie auch um international orientierte Projekte handeln. Mit diesem Projekt wird dann auch eigentlich die Grenze der Wissensvermittlung überschritten und zum praktischen Handeln übergegangen. Nach einem Jahr verleiht das Jugendrotkreuz der Schule ein Zertifikat und eine Auszeichnung als „Humanitäre Schule“. Das Planspiel Outface ist eine Simulation einer Konfliktvermittlung zwischen zwei fiktiven, verfeindeten Staaten, die sich

um einen schmalen Landstrich an der Küste orientieren. Unter Beobachtung der ebenfalls von Schülern verkörperten Presse bemühen sich Deutschland, als wichtiger Entwicklungshilfepartner der beiden Länder, das IKRK- und der VN-Bbeauftragte für Kinder in bewaffneten Konflikten um eine Konfliktlösung bzw. um eine Verbesserung der Lage der betroffenen Bevölkerung in beiden Staaten. Alle Gruppen werden dabei von Schülerinnen und Schülern vertreten. Das Spiel endet in einer abschließenden Konferenz, wobei es im Spiel, wie auch in der Realität, nicht immer möglich ist, den eigentlichen Konflikt zu beenden. Die 15-stündige Simulation verschafft den Teilnehmenden aber einen Einblick in die Komplexität von internationalen Verhandlungen und die Vielschichtigkeit der Konflikte. Outface kann auch unabhängig vom Gesamtprojekt „Humanitäre Schule“ gespielt werden und bietet sich damit auch für außerschulische Gruppen an.¹²

3.1.2. Unterrichtseinheit „Mindeststandard Menschlichkeit. Grundlagen des humanitären Völkerrechts“

Im Rahmen seiner jährlich erscheinenden Unterrichtseinheiten hat das Jugendrotkreuz 2003 Arbeitsmaterialien für die Verbreitungsarbeit im Unterricht in der Schule entwickelt und herausgegeben. In „Mindeststandard Menschlichkeit“ finden Lehrerinnen und Lehrer fertig ausgearbeitete Folien, Arbeitsblätter, Tafelbilder und Handouts, sowie Hintergrundinformationen zum humanitären Völkerrecht für den

⁷ § 1 Abs. 4 der Satzung des DRK weist dem Jugendrotkreuz die Aufgabe der Umsetzung der DRK-Arbeit in kind- und jugendgerechter Form zu. Die Ordnung für das Jugendrotkreuz sieht den Aufgabenbereich „Handeln für Frieden und Völkerverständigung“ als eines der Hauptaufgabenfelder des Jugendverbandes in Nr. 2 Abs. 5 vor.

⁸ Die Ursprünge der JRK-Arbeit in Deutschland liegen interessanterweise allerdings in der Schularbeit. Der Gang in die außerschulische Arbeit ist eine Entwicklung der Nachkriegszeit.

⁹ Eine knappe Übersicht über die Angebote bietet auch der Flyer „Auftrag: Menschlichkeit, Werte vermitteln anhand des humanitären Völkerrechts“. Er liegt in den DRK-Landesverbänden vor.

¹⁰ Dabei ist die hier gewählte Einteilung der Angebote in Kopf, Herz bzw. Hand nicht als vollständig passgenaue Kategorisierung zu verstehen. Diese Bezeichnungen sollen eher der Beschreibung des allgemeinen Charakters und der grundsätzlichen Ausrichtung eines Angebotes dienen. Strenggenommen wird natürlich mit allen Projekten Wissen vermittelt – also der Kopf angesprochen. Sie sollen natürlich auch im Sinne der gesamten Ausrichtung der JRK-Arbeit die Begeisterung der Kinder und Jugendlichen wecken und so das Herz ansprechen. Und keines der Programme versucht die Vermittlung didaktisch nur über einen Kanal, so dass sie alle auch „Hand-Aspekte“ beinhalten. Die Aufteilung ist also eher als Grobraster zu verstehen und soll ein wenig die Orientierung vereinfachen.

¹¹ Insgesamt ist bei der Vorstellung der einzelnen Angebote zu beachten, dass nicht jedes Projekt auch in jedem Landesverband durchgeführt und angeboten wird. Nähere Informationen dazu können am besten die für die Verbreitungsarbeit im Jugendrotkreuz des jeweiligen Landesverbandes zuständigen Bildungsreferentinnen und Bildungsreferenten bieten. Die Adressen und Kontaktdaten sind über die jeweiligen Internetseiten zu erfahren. Diese sind alle unter: <http://www.jugendrotkreuz.de> verlinkt.

¹² Die Materialien zum Planspiel Outface sind über den JRK-Vertriebspartner *Kolöchter* (<http://www.koloechter.de>) zu beziehen. Ansprechpartner für die Durchführung des Komplettprojekts „Humanitäre Schule“ ist der jeweilige DRK Landesverband. Dabei ist zu beachten, dass „Humanitäre Schule“ nicht in allen Landesverbänden angeboten wird. Das Jugendrotkreuz im Landesverband Niedersachsen arbeitet derzeit bereits an einem Nachfolgeplanspiel.

Einsatz im sozialwissenschaftlichen Unterricht in den Klassen 10–13.¹³

3.1.3. Entdecke das humanitäre Völkerrecht

Mit der kind- und jugendgerechten Verbreitungsarbeit hat sich seit 1999 auch das IKRK befasst und eine Unterrichtsreihe zum Thema entwickelt. Das international eingesetzte Programm „Entdecke das humanitäre Völkerrecht“ (EHVR) wurde in Kooperation der deutschsprachigen Jugendrotkreuzgesellschaften in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Luxemburg unter Federführung des Österreichischen JRK ins Deutsche übersetzt und seit 2006 auch in Deutschland eingesetzt. Das Deutsche Jugendrotkreuz hat hierzu Multiplikatorenschulungen für Jugendrotkreuzler, aber auch für Konventionsbeauftragte durchgeführt. Mit den Materialien haben nun Lehrende an den Schulen genug Stoff und Vorlagen für eine langfristig angelegte Unterrichtsreihe zum humanitären Völkerrecht zur Hand. Die Lerninhalte sind in fünf Module gegliedert, die von der Lehrkraft in unterschiedlicher Intensität eingesetzt werden können. Die Module bauen sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich ihres Schwierigkeitsgrades und der Komplexität der Materie aufeinander auf. Themen der didaktisch aufbereiteten Einheiten sind u. a. humanitäre Handlung, Grenzen bewaffneter Konflikte, Zeugen, Flüchtlinge und Dilemmata. EHVR eignet sich vor allem für den Unterricht in den oberen Klassen der Sekundarstufe I und der Sekundarstufe II, kann aber auch gut im Rahmen von Projekttagen oder -wochen oder im Rahmen der Nachmittagsgestaltung einer Ganztagschule umgesetzt werden.¹⁴

3.2. Angebote für das Herz

Während diese Angebote eher auf Wissensvermittlung ausgerichtet sind, bildet die nächste Gruppe diejenigen Maßnahmen, die weniger auf Wissensvermittlung, sondern mehr auf emotionale Ansprache setzen. Sie sollen vor allem die Begeisterung der Kinder und Jugendlichen für das Thema wecken.

3.2.1. X-Kurs Menschlichkeit

Im Landesverband Westfalen-Lippe wurde der X-Kurs Menschlichkeit als kreativer Ansatz der Verbreitungsarbeit entwickelt. Hierbei sollen weniger die komplexen Inhalte der Abkommen vermittelt, sondern eher der humanitäre Geist der Teilnehmenden gesteigert werden. An einem Wochenende oder in der Schule während einer Projektwoche können die Interessierten hierbei, ab dem Alter von 16 Jahren, in einem lebendigen Museum, einer Redaktion und der Werkstatt, die Grundwerte des humanitären Völkerrechts und dessen Geschichte für sich entdecken. Dabei werden sie von „freundlichen Begleitern“ betreut, nicht aber bevormundet. Das Medium ist hier nicht die Wissensvermittlung, sondern die eigene Erkundung und der eigene Forschergeist. Mit dem lebendigen Museum begibt sich die Gruppe in die Welt der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und befasst sich vor allem mit den Ereignissen in Solferino. In einer Werkstatt wird die gestalterische Kreativität der Jugendlichen ange-

sprochen, um zum einen Dinge für das Museum herzustellen, zum anderen aber auf die eigene Art Menschlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Den ganzen Prozess dokumentiert eine Redaktion, die Hintergrundinformationen und Veranstaltungsberichte zusammenstellt und anschließend auch online veröffentlicht.¹⁵

3.2.2. Verbreitungsarbeit in Solferino

Neben der Verbreitungsarbeit in Deutschland gehen immer mehr Jugendrotkreuzgruppen dazu über, sich auch am Ort der Schlacht von Solferino mit der Geschichte der Rotkreuzbewegung und des humanitären Völkerrechts zu befassen und die Internationalität des humanitären Gedankens zu erleben. Beim jährlichen Fackellauf zum Zeitpunkt des Schlachtjubiläums nehmen sie, gemeinsam mit zehntausenden Rotkreuzlern aus aller Welt, an der „Erinnerung an Solferino“ teil. Hier vor Ort werden dann auch vereinzelt Seminare durchgeführt. 2007 fand der X-Kurs Menschlichkeit seinen Weg in das Fackellaufzeltlager bei Solferino. Zu beobachten ist, dass das authentische Erleben vor Ort in Italien die Begeisterung der Teilnehmenden entfacht und viele sich anschließend selbst verstärkt der Verbreitungsarbeit widmen.¹⁶

3.3. Angebot für Kopf, Herz und Hand – Raid Cross

Nun gilt es, ein Angebot näher zu betrachten, das hauptsächlich auf „Action“ basiert. Dies ist insbesondere zur Verbindung von Auflockerung und Verbreitungsarbeit bei Veranstaltungen geeignet. Zur Förderung der Aufmerksamkeit spielt hier auch der Spaßcharakter eine große Rolle.

Im Auftrag des Weltpfadfinderverbandes machten sich das französische Rote Kreuz, in späterer Kooperation mit der französisch-sprachigen Sektion des Belgischen Roten Kreuzes, daran, ein abenteuerorientiertes Angebot zur Vermittlung der Kerninhalte des humanitären Völkerrechts zu entwickeln. Herausgekommen ist Raid Cross, das, aus mehreren Modulen bestehend, sowohl als Ganzes, aber auch in seinen

¹³ Die Unterrichtseinheit „Mindeststandard Menschlichkeit“ ist frei zum Download auf den Internetseiten des Deutschen Jugendrotkreuzes zu finden unter: <http://www.djrk.de/uevoelkerrecht.html?&MP=47-210#c406>. In gedruckter Fassung kann sie über den Vertriebspartner *Kolöchter* bezogen werden (siehe FN 12).

¹⁴ Die Materialien „Entdecke das humanitäre Völkerrecht“ sind unter: <http://www.hvr-entdecken.info/Sites/vermitteln1/bestelladressen.htm> bzw. <http://www.koloechter.de> zu beziehen. Weitere Informationen zur Unterrichtsreihe finden sich im Internet unter: <http://www.hvr-entdecken.info>. Die Ordner sind aber auch über die DRK-Landesverbände erhältlich. Dort gibt es zu EHVR geschulte Ansprechpartner im Bereich des Jugendrotkreuzes, die eingehend zu Einsatzmöglichkeiten der Materialien beraten können.

¹⁵ Nähere Informationen zum X-Kurs Menschlichkeit finden sich vor allem über die Internetseite des Angebots <http://www.x-kurs.net>. Hier sind auch die Arbeiten bisheriger Redaktionsteams einzusehen und Buchungsmöglichkeiten zu erfahren.

¹⁶ Der Fackellauf in Solferino wird jährlich vom Rotkreuzmuseum in Castiglione, Italien, organisiert. In der Zeit um den Fackellauf bietet das Italienische Rote Kreuz ein Zeltlager in Castiglione an. Weitere Informationen zum Fackellauf und zum Zeltlager finden sich im Internet unter: <http://www.micr.it>.

einzelnen Teilen gerade auch zur Auflockerung und bewegungsbezogenen Verbreitungsarbeit genutzt werden kann. Während in einer Kriegsgefangenensimulation die Teilnehmenden von einer bedrohlichen und mit Wasserpistolen bewaffneten Gruppe von „Soldaten“ eingeschüchtert werden, um anschließend die Bedeutung der Gefangenenbesuche des IKRK am eigenen Leib zu spüren, müssen an der Artilleriestation möglichst viele, durch Fotos dargestellte, legitime Ziele schnell und sicher von geschützten Personen und Objekten unterschieden und sodann mit, in der Zweck-Mittel-Relation angemessenen auszuwählenden, Bällen abgeworfen werden. Weitere Aufgaben zur Verwundetenversorgung im Kampfeinsatz und zur Arbeit humanitärer Helfer runden das Programm ab.

Jede einzelne Station besteht dabei aus zwei Phasen. Während in der ersten Phase die eigentliche Aufgabe zu bewältigen ist, wird in der zweiten Phase in einem *Debriefing* auf die zugrunde liegenden Regeln des humanitären Völkerrechts eingegangen. Eine deutsche Übersetzung des Programms wurde vom Schweizerischen Jugendrotkreuz, in Kooperation mit dem Deutschen Jugendrotkreuz, erarbeitet und wird auch in Deutschland zur Verfügung stehen.¹⁷

3.4. Weitere Formen der Verbreitungsarbeit im JRK

Neben diesen vor allem auf externe Verbreitungsarbeit zielenden Angeboten, gibt es im JRK auch noch weitere Projekte und Maßnahmen.

3.4.1. Einführungsseminare

Wie alle Angehörigen des DRK werden natürlich auch die Jugendrotkreuzlerinnen und Jugendrotkreuzler in Einführungsseminaren nicht nur in die Strukturen und die Arbeit des Verbandes eingewiesen, sondern auch über die wichtigsten Inhalte des humanitären Völkerrechts aufgeklärt. Diese Einführungsseminare finden in den verschiedenen Landesverbänden auf unterschiedliche Art statt. Während die einen die Teilnahme ihrer Mitglieder an den gemeinsamen Seminaren für alle jugendlichen und erwachsenen Rotkreuzler vorsehen, bieten andere Landesverbände eigene jugendverbandsspezifische Einführungsseminare an. Immer hat aber das humanitäre Völkerrecht seine besondere Verankerung in der Ausbildung der neuen Angehörigen des Jugendrotkreuzes.

3.4.2. Streitschlichtung

Auch andere Angebote des JRK haben Verbindungen zur Verbreitungsarbeit. Schon immer war das JRK als Jugendverband auch in der Schularbeit aktiv. Eines der Angebote dort ist die Streitschlichtung. Hierbei übernehmen im Sinne der *peer-mediation* Schülerinnen und Schüler die Rolle der Vermittlerinnen und Vermittler in Konflikten ihrer Klassen- und Schulkameradinnen und -kameraden. Dabei wird zwar das humanitäre Völkerrecht nicht aktiv in den Vordergrund gespielt, die Kernbotschaften des Schutzes Hilfsbedürftiger und der Vermittlung in Konflikten schwingt aber auch hier immer mit.¹⁸

3.4.3. Wettbewerbsaufgaben

In den Aufgabenkatalogen der Wettbewerbe im Jugendrotkreuz auf der Bundesebene, aber auch in vielen Landes- und Kreisverbänden, hat das humanitäre Völkerrecht ebenfalls einen festen Platz. Dies verdeutlicht auch den hohen Stellenwert, den das Jugendrotkreuz dem Thema in der Ausbildung der eigenen Mitglieder gibt.

4. Möglichkeiten der Vernetzung mit anderen Akteuren der Verbreitungsarbeit

Diese Angebote sind dabei nicht als geschlossener „*closed-JRK-shop*“ anzusehen. Für andere Akteure innerhalb des DRK¹⁹, aber auch für externe Akteure der Verbreitungsarbeit, bieten sich vielfältige Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit dem JRK an. Konventionsbeauftragte, aber auch Dritte, können in ihrem Wirkungsbereich die JRK-Materialien nutzen und Veranstaltungen gemeinsam mit ihrem örtlichen JRK anbieten. Das Planspiel *Outface* könnte als Angebot im Rahmen eines offenen Seminars für die interessierte Bevölkerung, aber auch als universitäre Veranstaltung²⁰ oder im Rahmen der Ausbildung der Bundeswehr oder anderer Akteure angeboten werden. *Raid Cross* ist ja bereits mit und für einen externen Partner, die *Pfadfinder*, entwickelt worden. Es lässt sich hervorragend in allen Formen von Jugendcamps oder anderen erlebnisorientierten Zusammenhängen einsetzen. Gerade aber auch einzelne Stationen aus dem *Raid Cross* Paket können der Ausbildung erwachsener humanitärer Helfer oder zur Auflockerung in der Soldatenausbildung dienen. Die Schulungsmaterialien „Entdecke das humanitäre Völkerrecht“ sind zwar für den Schulunterricht entwickelt worden, einzelne Bausteine daraus lassen sich aber auch möglicherweise in der Verbreitungsarbeit, z. B. der Konventionsbeauftragten, als separates Angebot einsetzen. Im Rahmen der Multiplikatoren-ausbildung hat das JRK auch Schulungen für Konventionsbeauftragte angeboten.

Aber nicht nur in diese Richtung ist Vernetzung möglich und sinnvoll. Auch für das Jugendrotkreuz ist es überlegenswert, externe Experten in die eigenen Seminare mit einzubeziehen. So kann beispielsweise ein Konventionsbeauftragter im Rahmen eines Einführungsseminars referieren, ein Hochschul-lehrer ein Inputreferat zum Planspiel *Outface* oder ein Bundeswehroffizier als Gast Hintergrundinformationen bei *Raid Cross* geben. Von solchen organisationsübergreifenden Kooperationen können alle Beteiligten profitieren.

¹⁷ Eine erste Multiplikatoren-schulung fand im Sommer 2008 im Rahmen eines Jugendcamps in der Schweiz statt.

¹⁸ Das Deutsche Jugendrotkreuz wird die übersetzten Materialien zum kostenfreien Download über die Homepage <http://www.jugendrotkreuz.de> zur Verfügung stellen.

¹⁹ Vertiefende Informationen zum Streitschlichterprogramm finden sich im Internet unter: <http://www.djrk.de/streitschlichtung.html#c965>.

²⁰ Im Bereich des DRK wird die Kooperation schon durch die enge Zusammenarbeit der Teams Verbreitungsarbeit und Jugendrotkreuz innerhalb des Generalsekretariats, aber auch durch regelmäßige Teilnahme von Jugendrotkreuzvertretern bei den Tagungen der Konventionsbeauftragten gefördert.

Das Jugendrotkreuz versteht sich selbst auch als Nachwuchsorganisation des DRK.²¹ Üblicherweise findet die Nachwuchsgewinnung für die anderen ehrenamtlichen Gemeinschaften des DRK, wie z. B. die Bereitschaften, statt. Nachwuchskräfte werden aber auch in allen anderen Arbeitsfeldern und eben auch in der Verbreitungsarbeit benötigt. Mit der grundlegenden Erfahrung in der Rotkreuzarbeit, den vertieften Kenntnissen in der Geschichte der Bewegung und den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts und dem speziellen pädagogischen Augenmerk des JRKs sind Ehrenamtliche mit Jugendrotkreuzhintergrund grundsätzlich besonders für die Arbeit als Konventionsbeauftragter geeignet.²² Hier bieten sich, neben der Nachwuchsgewinnung für die anderen Gemeinschaften im DRK, weitere Potentiale aus der Arbeit des JRK.

5. Fazit

Humanitäres Völkerrecht kann nur von denen eingehalten werden, die es kennen. Klassische Angebote der Verbreitungsarbeit zielen dabei vor allem auf erwachsene Akteure. Das Jugendrotkreuz hat hingegen vielfältige Möglichkeiten der Verbreitung des Wissens um das humanitäre Völkerrecht für Kinder und Jugendliche entwickelt. Mit verschiedenen

pädagogischen Konzepten bieten sich Ansätze für unterschiedliche Anlässe und Zielgruppen. Eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Jugendrotkreuz und anderen Akteuren der Verbreitungsarbeit ist sinnvoll, an vielen Stellen gut möglich und bietet allen Beteiligten verbesserte Möglichkeiten, das gemeinsame Ziel zu erreichen: Eine weite Verbreitung des Wissens um das humanitäre Völkerrecht und eines Gefühls für die Bedeutung dieser Normen und der zugrundeliegenden Grundwerte in allen Altersgruppen.²³ ■

²¹ Die Universität Oldenburg hat beispielsweise am 19. und 20.1.2007 gemeinsam mit dem Jugendrotkreuz im Landesverband Oldenburg ein Planspiel zum Nahostkonflikt entwickelt und angeboten. Solche Kooperationen können sowohl für diverse reale Konflikte, aber auch abstrakt auf der Grundlage des fertigen Planspiels Outface, durchgeführt werden.

²² Leitsatz 6 des Deutschen Jugendrotkreuzes. Die Leitsätze sind online unter: <http://www.djrk.de/leitsaetze.html> zu finden.

²³ siehe FN 6, S. 208.

²⁴ Ansprechpartner für Verbreitungsarbeit und humanitäres Völkerrecht innerhalb des Jugendrotkreuzes auf Bundesebene sind derzeit der ehrenamtliche stellvertretende Bundesleiter *Robin Wagener* und die hauptamtliche Bildungsreferentin *Ute Degel* im DRK Generalsekretariat. Sie sind per E-Mail über jrk@drk.de zu erreichen. Die Ansprechpartner in den Landesverbänden können über die jeweiligen DRK Landesgeschäftsstellen erreicht werden.

International Humanitarian Law in a Nutshell – Red Cross Summer School on International Humanitarian Law, Magdalene College, University of Cambridge (Vereinigtes Königreich), 13.–16. Juli 2008

Heiko Meiertöns*

Mitte Juli fand am Magdalene College an der University of Cambridge die Summer School des Britischen Roten Kreuzes zum humanitären Völkerrecht statt. Diese Summer School wird vom Britischen Roten Kreuz seit nunmehr 20 Jahren ausgerichtet, und eine Besonderheit an dieser Summer School ist sicherlich, dass die Mehrzahl der Vortragenden nicht aus der akademischen Lehre kommt, sondern Rechtsberater in den Britischen Streitkräften ist. Auch sind – im Gegensatz zu ähnlichen Veranstaltungen – nahezu ausnahmslos alle Vortragenden durchgehend anwesend und nehmen an den Diskussionen teil, was die Summer School eher in die Nähe einer Fachtagung rückt. Zudem trägt die durch das Britische Rote Kreuz getroffene Vorauswahl der Teilnehmer zu einem hohen Niveau der Diskussion bei. So waren im Jahr 2008 mehrere Beschäftigte aus dem Foreign and Commonwealth Office und den wissenschaftlichen Diensten des House of Commons unter den Teilnehmern. Neben den mehrheitlich britischen Teilnehmern kamen die übrigen der insgesamt 58 Teilnehmer aus 12 verschiedenen Staaten.

Neben der besonderen Perspektive der Praktiker kam auch eine spezifisch britische Perspektive auf das humanitäre Völkerrecht zum Tragen. So flossen auch die Erfahrungen, die die Vortragenden im Rahmen der reichhaltigen Staatenpraxis des Vereinigten Königreichs (wie z.B. dem Umgang mit Kriegsgefangenen während des Falklandkriegs 1982 und der Golfkriege von 1991 und 2003) sammeln konnten, in Vorträgen und Diskussionen mit ein.

Colonel (ret.) *James Garraway*, u.a. vormals Inhaber des Charles H. Stockton Chairs am U.S. Naval War College (2004–2005) und ehemals Rechtsberater, Army Legal Services, fungierte durchgehend als Moderator und Chairman des gesamten Kurses. Seine Interventionen trugen insbesondere dazu bei, ein anschauliches Bild des humanitären Völkerrechts zu vermitteln und sich den Unterschied zwischen Völkerrecht als akademische Disziplin und als anzuwendende Rechtsmaterie in einer konkreten Situation, die eine verbindliche

Entscheidung erfordert, vor Augen zu führen.

Len Blazeby, Rechtsberater beim Internationalen Komitee vom Roten Kreuz, stellte als Einstieg in das Thema die Entwicklung, Anwendungszusammenhänge und kurzfristig die geltenden Regelungen des humanitären Völkerrechts dar. Hierbei ging er auch auf aktuelle Fortentwicklungen des humanitären Völkerrechts ein. Die Fortentwicklungen des Zurechnungsbegriffs vom *Nicaragua*-Fall bis zum *Tadić*-Fall waren Gegenstand der anschließenden Diskussion.

Am folgenden Tag stellte Commodore *Neil Brown*, RN, Director Naval Legal Services, ausgehend von der I. und II. Genfer Konvention Besonderheiten des humanitären Völkerrechts im Seekrieg dar. Spezifisch britische Problemstände, wie z.B. die Behandlung sogenannter „*Primary Casualty receiving ships*“ wurden angesprochen, wie auch Fragen der zeitgemäßen Reglementierung von Kryptographie und des Kampfes an Bord von Schiffen. Danach, wie auch nach den anderen Fachvorträgen, erfolgte eine Aufteilung des Plenums in vier Gruppen von jeweils 12 Teilnehmern, in denen mehrere Kurzfälle besprochen wurden, gefolgt von einer eingehenden Diskussion der Lösungsvorschläge für die geschilderten Fälle (Reporting Back).

Lieutenant Colonel *Joanna Bowen*, Directorate of Army Legal Services, unterrichtete über Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus. Die historische Entwicklung von Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus von Art. 155 des Lieber Code bis zur III. Genfer Konvention wurde dabei besonders deutlich. So war es naheliegend, dass aktuelle Fragestellungen, wie z.B. Fragen der direkten Teilnahme an Feindseligkeiten i.S.v. Art. 45 ZP 1, die mit diesen nicht unkontroversen Fragestellungen verbunden sind, im Verlaufe der Diskussionen besondere Beachtung fanden.

Zum Abschluss dieses Tages hielt Professor *Francoise Hampson*, University of Essex, eine Vorlesung zu einem Thema, das wohl für nicht absehbare Zeit eines der bestimmenden Themen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem humanitären Völkerrecht sein wird: den Zusammenhang von Menschenrechten und humanitärem

Völkerrecht. Mittels zahlreicher Bezüge zur aktuellen Rechtsprechung (z.B. den Fällen *Al Skeini* und *Behrami & Saramati*) vermittelte sie ein anschauliches Bild des Diskussionsstandes, wobei es ihr gelang, die wesentlich unterschiedlichen Ansatzpunkte der beiden Rechtsgebiete und die sich daraus ergebenden Problemstände herauszuarbeiten.

Den zweiten Tag begann Wing-Commander *Alison Maddell*, Royal Air Force Legal Services, mit einer Präsentation zum Schutz von Zivilisten im bewaffneten Konflikt. Probleme der Zielauswahl („targeting“) wurden dabei praktisch greifbar, und auch hier wurde erneut deutlich, dass sich die Vortragenden, aufgrund der britischen Staatenpraxis, häufiger als manch andere Rechtsberater in der Situation befanden, verbindliche Antworten zur Anwendung humanitären Völkerrechts zu geben.

W. Hays Parks, Office of the General Counsel, Department of Defense, USA, befasste sich in seinem Vortrag mit nicht-internationalen bewaffneten Konflikten und ging auf Fragen der Bekämpfung innerer Aufstände ein. Hierbei spannte er einen historisch weiten Bogen mit Bezügen zu Fällen vom Beginn des 20. Jahrhunderts bis hin zum höchst aktuellen Fall der Befreiung *Ingrid Betancourts* am 2. Juli 2008.

Mit Major-General (ret.) *Tony Rogers*, ehemaliger Director Army Legal Services, jetzt Senior Fellow am Lauterpacht Centre in Cambridge, lieferte am letzten Tag einer der federführenden Bearbeiter des British Armed Forces Manual, einen Vortrag zum Thema „How is IHL enforced?“ als Auftakt für die darauffolgende Podiumsdiskussion. Diese Diskussion, an der neben *Charles Garraway*, *Len Blazeby* und *Tony Rogers* auch Group Captain *Bill Boothby*, RAF Legal Services, teilnahm, hatte Fragen, die sich aus neuen Entwicklungen der Bewaffnung ergeben, zum Gegenstand. Neuere Entwicklungen, insbesondere die Ergebnisse der Dubliner Konferenz im Mai 2008 zur neuen Konvention zum Verbot von Cluster-Munition, wurden vorgestellt und – wie alle übrigen Elemente des Kurses auch – unter aktiver Einbeziehung der Teilnehmer diskutiert.

Abschließend stellte *Len Blazeby* die Arbeit des IKRK vor, so dass sich danach das

* Dr. Heiko Meiertöns, M.Litt., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völker- und Europarecht der Humboldt-Universität zu Berlin.

Verhältnis der „Dreieinigkeit“ von Internationalem Komitee, Föderation und nationalen Rot-Kreuz-Gesellschaften innerhalb der Rot-Kreuz-Bewegung den Teilnehmern deutlich besser erschloss.

Dem Organisator *Michael Meyer*, vom Britischen Roten Kreuz, ist es gelungen, einen hervorragenden, auch für grundsätzlich mit der Materie vertraute Teilnehmer

interessanten Kurs zu organisieren. Nicht zuletzt trug das „weihevoll“ Ambiente des 1428 gegründeten, direkt am Fluss Cam gelegenen Madgalene College zum Gelingen des Kurses bei. Dessen große Halle aus dem 16. Jahrhundert verfügt als einzige des Cambridge Colleges nach wie vor über kein elektrisches Licht, so dass das Abendessen bei Kerzenlicht serviert wird. Diese besondere Konferenzsituation, die durch

den dort betriebenen, sehr hoch erscheinenden Personalaufwand (mit zahlreichen Cambridge Portern und anderen dienstbaren Geistern) noch unterstrichen wird, wäre schon selbst einen weiteren Bericht wert.

Insgesamt gesehen ist es dem Britischen Roten Kreuz gelungen, eine Summer School auszurichten, die ihresgleichen sucht. ■

Der 14. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht: Manchmal trägt der Schein

Christian Djeffal und Daniel Sigg*

Manchmal trägt der Schein: Findet eine Sommerschule zum Humanitären Völkerrecht an einem „Schlachtensee“ statt, so denkt man zunächst an einen Schauplatz vergangener kriegerischer Auseinandersetzungen. Tatsächlich hat der Name des Sees im beschaulichen Berliner Bezirk Steglitz-Zehlendorf einen ganz friedlichen Hintergrund: Die ursprüngliche Bezeichnung „Slatsee“ leitet sich aus dem Slawischen ab und kann verschiedene Bedeutungen wie „goldfarben“, „pfählerne Uferbefestigung“ oder „Sumpf“ haben¹.

In dieser schönen Umgebung fand vom 3. bis 9. August 2008 der 14. Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht statt, den das Deutsche Rote Kreuz (DRK) in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum veranstaltete. Die 24 Teilnehmer aus der Schweiz, Österreich und Deutschland, unter ihnen hauptsächlich Jurastudenten und Rechtsreferendare, aber auch Studenten und Praktiker aus anderen Disziplinen, fanden sich am Sonntagabend im Hotel am Schlachtensee ein, um den Kurs am Montagmorgen zu beginnen.

Nach einer Begrüßung durch *Marion Messerschmidt* und Dr. *Robert Heinsch* vom

Generalsekretariat des DRK führte Dr. *Heike Spieker* in das Thema ein. Frau Dr. *Spieker*, die Bundeskonventionsbeauftragte des DRK, gab einen Überblick über Grundlagen und Probleme des Humanitären Völkerrechts. Von der Anwendbarkeit bis zur Rechtsentwicklung wurde alles angesprochen, was Gegenstand der nächsten Tage werden sollte.

Gemäß der juristischen Logik beschäftigte sich die Gruppe, geleitet von Professor Dr. *Thilo Marauhn* von der Justus-Liebig-Universität Gießen, zuerst mit den Anwendungsbereichen des Humanitären Völkerrechts. Nach einer Vorstellung der Konflikttypen ging dieser dazu über, Streitfragen und Entwicklungen zu diskutieren: Einerseits die Auflösung der traditionellen Dichotomie von Krieg und Frieden und das sich dadurch verändernde Verhältnis von internationalem und nicht-internationalem bewaffnetem Konflikt. Mittlerweile überwogen zahlenmäßig nicht-internationale bewaffnete Konflikte. Ferner sei es zu einer Annäherung zwischen den Regimen für internationale und nicht-internationale Konflikte gekommen. Andererseits wurde die persönliche Anwendbarkeit auf neue Akteure wie die Vereinten Nationen oder private Sicherheitsdienstleister behandelt.

Der Montag wurde dann durch einen abendlichen Vortrag von *Martin Hahn* aus dem Generalsekretariat des DRK abgerundet, der über internationale Hilfsaktionen des DRK berichtete. Anhand verschiedener Beispiele beleuchtete der Vortrag die praktische Arbeit des DRK bei internationalen Hilfsaktionen. Dabei beschrieb er die konkrete Arbeitsweise und damit zusammenhängend auch die Herausforderungen und Hürden, die bei internationalen Hilfsaktionen bewältigt werden müssen. Der Referent ging dabei besonders auf die Zusam-

menarbeit des DRK mit dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), der Internationalen Föderation von Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften, deren nationalen Gesellschaften und anderen Organisationen vor Ort ein.

Am Dienstag stellte Dr. *Cordula Droewe*, die in der Rechtsabteilung des IKRK arbeitet, Grundlagen und Einsatzfelder des IKRK vor. Sie erläuterte Struktur und Prinzipien der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung. In einem historischen Abriss machte die Referentin deutlich, wie sich mit dem Wandel der Kriegsführung auch immer wieder neue Aufgaben für die Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung gestellt haben und stellen. Exemplarisch nannte sie hier besonders die Kriegsgefangenenproblematik im Ersten Weltkrieg sowie die nationalsozialistischen Konzentrationslager im Zweiten Weltkrieg. Daraufhin wurden auch einige Fragen zur Diskussion gestellt, mit denen das IKRK derzeit befasst ist, wie etwa das von den Vereinigten Staaten von Amerika geschaffene Konzept des „war on terror“ oder die Vertreibungsproblematik bei innerstaatlichen Konflikten.

Bernard Dougherty, ehemaliger Mitarbeiter und Dozent des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) an der Ruhr-Universität Bochum, erläuterte im Anschluss die Rechtslage bei der Unterscheidung von Kombattanten und Nichtkombattanten sowie die Grundlagen des Kriegsgefangenenstatus. In einem Planspiel vertiefte er besonders zwei Fragenkomplexe mit der Gruppe: Zunächst die Voraussetzungen, unter denen ein Zivilist seinen Schutz verliert, wobei das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Beteiligung an Kampfhandlungen ausführlich besprochen wurde (Art. 51 Abs. 3 des ersten Zusatzprotokolls). Ferner

* Stud. Jur. *Christian Djeffal* ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht der Ludwig-Maximilians-Universität München. Ref. Jur. *Daniel Sigg* ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Medienrecht der Zeppelin University Friedrichshafen.

¹ *G. Schlimpert*: Brandenburgisches Namenbuch, Teil 3 Ortsnamen des Teltow, Weimar 1972, S. 159 f.

ging es um praktische Probleme, mit denen die Streitkräfte der Vereinigten Staaten in Afghanistan konfrontiert werden. Interessant war dabei besonders eine Diskussion über kulturell verschiedene Auffassungen bezüglich der Anforderungen an militärische Uniformen.

Professor Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* widmete sich am Mittwochmorgen dem Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte. Der Referent, der an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) u.a. Völkerrecht lehrt, begann mit einer systematischen Einführung in das Thema. Besonderen Wert legte er dabei auf das richtige Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie des Abwägungsgrundsatzes. Anhand von Fällen wurden einige Fragen wie die Rechtmäßigkeit des Aushängens der Bevölkerung oder die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von SCUD-Raketen und Streubomben thematisiert. Kontrovers gesprochen wurde auch über den rechtlichen Schutz von Zivilisten, die einen menschlichen Schutzschild bilden.

Im Anschluss referierte Professor Dr. *Manfred Mohr* vom Generalsekretariat des DRK zum Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und der Charta der Vereinten Nationen. Dabei wurde eingehend über die Trennung von *ius ad bellum* und *ius in bello* diskutiert, ein weiteres Thema war die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen.

Der Donnerstag begann mit einem Vortrag von Dr. *Thomas Desch* zu den erlaubten und verbotenen Mitteln und Methoden der Kampfführung. Dr. *Desch*, der im Österreichischen Bundesministerium für Landesverteidigung das Referat „Internationales Recht“ leitet, ging dabei zunächst auf die Abgrenzung zwischen dem Humanitären Völkerrecht und dem Internationalen Abrüstungs- und Waffenkontrollrecht ein. Dieses sei vor allem präventiv ausgerichtet: Verbote der Herstellung bestimmter Waffen, Inspektionen der Waffenarsenale und als *ultima ratio* Sanktionen sollen bereits zu Friedenszeiten helfen, Leiden im Krieg zu vermeiden. Demgegenüber stelle das Humanitäre Völkerrecht Anforderungen an die Beschaffenheit von Waffen und ihren Einsatz im Krieg. An mehreren Beispielen stellte der Referent die Grundsätze der Menschlichkeit, Unterscheidung, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit dar. So gelang es ihm, Bezüge zu den Themen der bisherigen Vorträge aufzuzeigen.

Auch während der nächsten drei Stunden ging es um die Beziehungen zweier Rechtsregime zueinander. Dr. *Gregor Schotten* vom Auswärtigen Amt und *Anke Biehler*,

die für das IKRK in Islamabad arbeitet, gingen auf das Verhältnis des Humanitären Völkerrechts zu den Menschenrechten ein. Dazu stellten sie zunächst die für das Verständnis entscheidende historische Entwicklung dar. Die ursprünglich angenommene strikte Exklusivität der Anwendungsbereiche der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts werde in der heutigen juristischen Diskussion zunehmend abgelehnt. Stattdessen seien Konflikte zwischen den unterschiedlichen Regelungen zum Beispiel mit dem *lex specialis* Grundsatz zu lösen. Im praktischen Teil wurden dann beispielhaft konkrete Situationen behandelt, in denen sowohl die Anwendung der Menschenrechte als auch des Humanitären Völkerrechts in Betracht kommt. So wurden die Rechte von „Terroristen“, die im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts festgenommen wurden, sowie die Rechtmäßigkeit von „targeted killings“ in Rollenspielen diskutiert.

Den letzten Programmpunkt des Tages vertrat *Klaus Keller* vom Auswärtigen Amt, der die Arbeit dieser Behörde darstellte, soweit sie mit dem Humanitären Völkerrecht und den Menschenrechten zusammenhängt. Exemplarisch griff er dabei einige kleine Anfragen von Mitgliedern des Bundestages heraus, die das Auswärtige Amt zu beantworten hatte. Auf der internationalen Bühne habe im Mittelpunkt der Arbeit vor allem die Konvention zum Verbot von Streumunition gestanden, auf die er ebenfalls einging. So schloss er den Kreis zum Referat vom Morgen und stellte die Entwicklung hin zu einem neuen Verbot einer bestimmten Kriegsführungsmethode aus politischer Sicht dar.

Nachdem die wesentlichen materiellen Inhalte vermittelt worden waren, stellte sich Professor Dr. *Ryszard Piotrowicz* von der University of Wales am Freitag der Frage, wie das Humanitäre Völkerrecht zu implementieren sei. Dabei ging er auf zwei Pflichten der Staaten als Vertragsparteien der Genfer Konventionen ein: Zunächst auf die Pflicht, die Regeln des Humanitären Völkerrechts in nationales Recht zu transformieren, dann aber vor allem auf die Pflicht, die Kenntnis dieser Regeln durch Schulungen, Übersetzungen und Training zu verbreiten. Im Mittelpunkt dieser Maßnahmen sah er Militär und Polizei aber auch Studenten und die Zivilgesellschaft. Den Abschluss bildete ein Rollenspiel, in dem die Teilnehmer eigene Vorschläge zur Verbreitung des Humanitären Völkerrechts entwickelten.

Den letzten theoretischen Kursteil übernahm Dr. *Robert Heinsch*, der den Kurs die

ganze Zeit über begleitet hatte. Er ging auf Entwicklung, Stand und Perspektiven des Völkerstrafrechts ein, besonders im Verhältnis zum Humanitären Völkerrecht. Dazu stellte er die Vorläufer des Internationalen Strafgerichtshofes (ISGH), etwa das Nürnberger Kriegsverbrechertribunal und die *ad hoc*-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda, im Überblick dar, vor allem die jeweiligen besonderen rechtlichen Hintergründe und Problemstellungen. Dr. *Heinsch* vermittelte dann die Zuständigkeits- und Verbrechenstatbestände im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Dabei konnte er als früherer Mitarbeiter am Internationalen Strafgerichtshof immer wieder umfangreiche Hintergrundinformationen zur Errichtung und zur Organisation des Gerichts geben.

So vorbereitet führten die Teilnehmer am Samstagmorgen einen Moot-Court durch, angeleitet von Dr. *Heinsch*. Gegenstand des Verfahrens war die leicht modifizierte *Causa Charles Taylor*. Präpariert mit wenigen Informationen zu den tatsächlichen Vorkommnissen – den gesamten Hintergrund darzustellen hätte naturgemäß den Rahmen gesprengt – entwickelten Ankläger und Verteidiger ihre Argumentationsstrategien. Diese wurden anschließend vor dem Gericht, das ebenfalls mit Teilnehmern besetzt war, vorgetragen. So kam es zu einer interessanten juristischen Diskussion, die sich auf die Frage konzentrierte, ob der Angeklagte überhaupt ein ausreichendes Maß an Kontrolle über das Geschehen in Sierra Leone hatte. Das Gericht verneinte dies in seinem Urteil, befand den Angeklagten aber der Beihilfe zu Kriegsverbrechen für schuldig.

Nach dieser spannenden Verhandlung kamen die Teilnehmer noch einmal kurz zum Abschlussgespräch zusammen. Anschließend stand die Heimreise aus dem sonnigen Berlin an.

Zusammenfassend bleibt die große fachliche Kompetenz der Referenten hervorzuheben, die darüber hinaus die richtige Mischung aus kurzweiligem Vortrag und eigener Aktivität der Teilnehmer in Rollenspielen und Gruppendiskussionen fanden. So zogen alle Teilnehmer, unabhängig davon, ob sie ohne oder mit umfangreichen Vorkenntnissen im Humanitären Völkerrecht nach Berlin gekommen waren, ein sehr positives Fazit.

Die Sommerschule im Humanitären Völkerrecht bot mehr als die Vermittlung bloßen Wissens, wie man es sich durch Lektüre aneignen kann. Aktuelle Probleme wurden von verschiedenen Standpunkten erörtert und somit intensiv diskutiert. Hin-

zu kamen wertvolle Einblicke in die Arbeit von Hilfsorganisationen und staatlichen Stellen, die mit der Umsetzung des Humanitären Völkerrechts befasst sind. Dies ist deshalb so wichtig, weil gerade das Humanitäre Völkerrecht ständige Rückbindung an die Realität bewaffneter Konflikte braucht, um tatsächlich als normativer Leitfaden in bewaffneten Konflikten dienen zu können und nicht nur bloße Idealvorstellung zu bleiben. Die zahlreichen Planspiele und Simulationen intensivierten dabei die Auseinandersetzung mit dem Thema. Die Diskussionen waren freilich dort besonders interessant, wo es um die zukünftige Entwicklung des Humanitären Völkerrechts ging.

In der Nacht zum 9. August, dem vorletzten Tag des Seminars, eskalierte die Situation in Südossetien zu einem bewaffneten Kon-

flikt zwischen Georgien und Russland. Dies war kein „neuer Krieg“, der asymmetrisch geführt wird und in dem Staaten ihre Rolle als zentrale Akteure verloren haben, auch nicht ein Ausläufer des „war on terror“. Vielmehr ging es hier um einen Krieg im clausewitzschen Sinne, also eine bewaffnete Auseinandersetzung zwischen zwei Staaten, die um Territorium kämpfen. Dieser bewaffnete Konflikt ist an den Regeln des Humanitären Völkerrechts zu messen, wie sie auch im Sommerkurs erläutert und diskutiert wurden. Wenn man sich eingehend mit den neuen Herausforderungen für das Humanitäre Völkerrecht beschäftigt, bestärkt das auch die Hoffnung, dass zumindest die alten Staatenkriege der Vergangenheit angehören. Der Krieg in Südossetien hat gezeigt, dass dies nicht der Fall ist:

Manchmal trügt der Schein. ■

“Security in the South Pacific Region – Civil Disorder & the Military: a legal Minefield?”

An International Conference organised by the Armed Forces Law Association of New Zealand in conjunction with the School of Law, University of Canterbury, Christchurch, New Zealand, 4-6 April 2008

Jan P. P. Ganschow*

The Armed Forces Law Association of New Zealand (AFLANZ, see <http://www.aflanz.org.nz/>) organised a conference about the subject “Security in the South Pacific Region – Civil Disorder & the Military; a legal Minefield?” from Friday 4 to Sunday 6 April 2008. This was done in cooperation with the University of Canterbury (UC), School of Law (see <http://www.laws.canterbury.ac.nz>) under the overall control of Dr. Chris Gallavin (Senior Lecturer in Law at the UC and editor of the New Zealand Armed Forces Law Review).

In the announcement of the conference it said that internal disturbances in the Solomon Islands, Tonga, Fiji, East Timor, Bougainville and Papua New Guinea – some of which led Australian commentators to describe Melanesia as the Pacific’s

“arc of instability” – have all tended to re-define the role of the military, both in their respective countries and within the wider South Pacific region. Obligations on regional military forces to maintain order have arisen in what, in other parts of the globe, may have come under the jurisdiction of UN Peacekeeping. But there is a cost. For example, the role of Australia and New Zealand in the Regional Assistance Mission to the Solomon Islands (RAMSI) has been both welcomed and criticised. Part of the problem is that the intervening military forces are placed in a Janus-like situation when asked to control rebel guerrilla fighters and civil disorder within the context of internal political turmoil. The military are constantly torn between the Law of Armed Conflict and a new role more akin to that of a civil police force governed by police powers. In situations where local military forces have opted to overthrow their elected government and assume power themselves, they justify their action by arguing that they are acting to save the rule of law. Other unique challenges such as terrorism and transnational crime may also call for a military response in the absence of police capacity.

The aim of the conference was to explore several pertinent questions such as: How do all of these factors affect regional security co-operation and integration? Is regional military security co-operation and integration desirable, or is it a case of every State for itself? How can specific national military forces contribute to stability in the region? And in the context of internal unrest: What legal implications arise for the military?

Issues that were discussed include the following thematic and institutional problems: “The Role of the Military: To Coup or not to Coup?”; “The Military as Enforcers of the Rule of Law”; “From the Law of Armed Conflict to Civil Disorder”; “South Pacific Security: A Regional Issue Requiring a Regional Response?”; and “The Role of the Military in Combating Terrorism and Transnational Crime?”

The conference sought to approach these issues from a legal perspective and, as such, had two main areas on which it focused: 1. Regionalism and military co-operation/integration in the South Pacific: Gunboat diplomacy or Regional Assistance Missions? and 2. Military obligations in the South Pacific: Combating specific security threats from civil and political unrest to terrorism and transnational crime.

The cocktail reception on Friday evening in the UC School of Law provided the opportunity to begin with the conference in a pleasant and relaxed manner. Having anticipated a very formal evening, which one might expect when distinguished jurists and high ranking militaries gather at an international conference, it was a pleasant surprise to find that the prevailing mood was instead much more open and friendly, due to the remarkable cordiality of the Australian and New Zealand participants. Immediately, networking, being one of the most important purposes of such conferences, began. Legal advisers who work for Special Forces, legal scholars holding a generals rank and female international lawyers who are specialized in the Laws of Armed Conflicts are rare and must use every available opportunity to exchange notes. Coming for the most part from New Zealand and Australia but also from the United Kingdom and Germany, the 35 participants were mostly staff officers, judges, lawyers, legal scholars and legal advisers to the military. The organisers regretted that no participants arrived from Melanesia or Polynesia, despite the conference having focused on this region.

After coffee on Saturday morning, the conference began with a traditional Maori wel-

* Assessor Iuris Jan P.P. Ganschow is a post-graduate student at the UC School of Law, he holds the rank of a captain (active reserve) in the German Armed Forces. Errors in the account of the contents of the conference papers are to be charged to the author alone. Military ranks of the named persons are without status appendixes (reserve/retired).

come ceremony, A Mihi Whakatau, from the Maori Law Students Society. There were also some introductory words from Commander Mike Chapman, President of AFLANZ, and Dr. Gallavin. It was remarked that, with regard to the operations of its executive authorities, Australia was seen by some of its neighbouring States as the great white shark cruising around in the South Pacific. New Zealand, by way of contrast, was viewed as the minor sibling, the reef shark, which picks up the leftovers but still must be watched. This marked, in a rather humorous way, the ambivalent role of nations which provide armed forces for peace operations to other States.

Commander Chris Griggs of the Royal New Zealand Navy addressed the keynote paper *Joining Forces to Combat Maritime Crime: Australian Defence Forces Experience in Cooperative Maritime Surveillance and Enforcement and its Potential Application to the South Pacific Region* of Dr. Robin Warner who is a Senior Research Fellow at the Australian National Centre for Ocean Resources & Security, University of Wollongong, New South Wales. Dr. Warner, a former legal officer with the Royal Australian Navy, showed the actual and potential problems of transnational crime in the Pacific. Illegal fishing, drug trafficking and production, illegal trade in endangered species, smuggling of people, arms trafficking, targets and havens of terrorism were just some of the hot spots she mentioned. The race for resources in the decades to come will be an additional challenge to the States in this region of the world, which is pursuing territorialisation of the sea on the one hand, and cooperation in the Pacific in line with international trends on the other. Dr. Warner concluded by stating that from this view, the Pacific will be a legal minefield in the future and the Law of the Sea will play a major role.

Judge Charles S. Blackie, Executive Judge to Manukau and South District Courts in New Zealand, addressed the keynote to the speaker Commander Mark Walters, from the International Deployment Group of the Australian Federal Police, assisted by Nick Keam, Coordinator for Peace Operations & Doctrine Development. Walters started his explanations *Civil Disorder & the Military: An Australian Federal Police Perspective* by quoting Dag Hammarskjöld: "Peace-keeping is not a job for soldiers, but only soldiers can do it". But the peace and stability operations of today would make this view obsolete. In such operations, a response to inter-, but also to intrastate conflicts, has become necessary. This is to be guided by a strategic vision and tasked to

implement a comprehensive peace agreement that stops conflict and builds/rebuilds governments and security. Police, military and civil capacity building and governance expertise may then provide transnational authority. The police forces have a place in these operations nowadays, but if the citizens cannot distinguish between the military and the police anymore, the competitive advantage of these forces gets lost. Some of the significant distinctions between both of the executive forces are: the principal purpose of the military is combat deterrence, whereas the police enforces the law; the objective of the military is victory or a political aim, whereas the objective of the police is justice; the military focuses on external security, while the police provides law and order internally; the activity of the military is preparatory and periodical, while the police acts constantly; the relevant law of the military is the Law of Armed Conflict, whereas the domestic law is most important for the police; the military uses graduated force, while the police uses a minimum of force; the knowledge of the military is about lethal force, while the knowledge of the police is about the law. In this context, this pertains particularly to the authority to act, International Humanitarian Law, Human Rights Law, the legislation of the intervening state and the host nation's laws.

Major Bruce Stainton (Royal New Zealand Infantry Regiment) then opened the session *The Military & Civil Disorder* and introduced Major Grant McMillan (NZDF), Deputy Commander of Combined Task Force 635 – RAMSI Solomon Islands, who just recently arrived from his tour of duty and reported on the legal problems concerning the tactical, operational and strategic level of this mission, in which soldiers are deployed from New Zealand, Papua New Guinea and Australia. Appropriately enough he entitled his contribution: *When theory hits reality – Commanding a military/police force on the ground in the Solomons*.

Dr. Rob McLaughlin, legal officer with the Royal Australian Navy and also naval officer, highlighted the problems in his paper *The Use of (Lethal) Force by Military Forces on Law Enforcement Operations – Is there a "Lawful Excuse"?* of the use of force in peace (enforcement) operations. At the beginning of his explanations, which were without exception illustrated by topic-related judgements, Laughlin sensitized the audience by quoting A.V. Dicey with "a soldier may, as it has been well said, be liable to be shot by a court martial if he disobeys an order, and to be hanged by a judge and a jury if he obeys it." His further

elaborations on the use of force took legal, ethical, practical and philosophical aspects into account.

The legal advisor with the German Armed Forces, Ulf Häußler, who holds the rank of a Major and completed two peacekeeping tours to the Balkans, presented a paper *Enforcing the Rule of Law: Military Contributions to Comprehensive Security* and enriched the conference with in-depth elaborations on an area, which is one of the more debated ones in international law: the comprehensive approach to security as a legal basis for interventions. Häußler concluded that an intervention to maintain/enforce the rule of law, which is nowhere legally defined and to which no UN-document refers specifically, is legitimate when (a) there are internal conflicts (including genocide, civil war or large scale atrocities) or (b) international terrorism threatens the international security and when those entities, which should act, are unable or unwilling to act. The notion of "threats to international security" thereby covers, as a rule, also indirect threats to international peace. These statements might give rise to discussions. According to Häußler, practice demonstrates that armed forces can be charged with performing rule of law tasks on their own (particularly where the absence of the rule of law coincides with military or paramilitary threats to international security) and/or with supporting rule of law operations of civilian presences in a theatre of operations.

After lunch, Justice Peter Penlington opened the next session *From the Laws of Armed Conflict to Civil Disorder*, introducing a paper entitled *Accountability for the Treatment of Civilian Detainees During Military Operations: Developing Principled Practice*, presented by Bruce Oswald, Senior Lecturer in Law at the University of Melbourne, and Associate Director at the Asia-Pacific Centre for Military Law and legal officer with the Australian Army. His subject caught the audience's attention due to the topicality of the issue. Having seen operational service in Rwanda, the former Yugoslavia, East Timor and Iraq, Oswald was able to authentically combine an academic and practical approach to the subject. He pointed out the fragmentation of this area with regards to international law, which is in its actual rules built ad hoc and by analogy. Because no single regime of law applies to the treatment of civilian detainees during military operations, the issue of abuse is always actual, was one of Oswald's statements.

Professor Peter Rowe from Lancaster University, England, examined in his paper

Misconduct in the Military during Armed Operations: Rotten Apples or Systemic Failure? various cases from past and present times in which soldiers breached the law, and concluded that systemic failures play a significant part in misconduct of the military. The comparison of the opportunities for misconduct in war fighting as the one scenario, and maintaining order as the other, delivered the result that misconduct occurs more likely in the latter.

Colonel Craig Ruane (NZDF) rang in the session *The Constitutional (and Regional?) Role of the Military*, giving the floor to Cameron Moore, Lecturer in Law at the University of New England and former legal officer with the Royal Australian Navy, who provided a comparative law-paper entitled *Militaries as Wielders of Executive Power: The Australian and Melanesian Militaries & Their Formal Relationship with Government*. Starting from the consideration that the military can be the greatest guarantor of the rule of law but also its greatest threat, Moore provided a thorough overview of the common and distinctive features of the jurisdiction and the most important domestic provisions regulating the legal relationship between the civilian governments of New Zealand, Australia and the Melanesian States, and their military.

After the afternoon tea, two operations' briefings brought the audience up to date on the current missions of the New Zealand and Australian military. The Director of Legal Services, Colonel Jim Waddell, from the Joint Operations Command of the Australian Defence Force (ADF), gave an overview of the ongoing eight missions of the ADF, in which 10 legal officers are deployed to support 3850 soldiers in the operations on the ground and 450 seamen in maritime operations. Thereby Waddell explained the new ADF structure and the transformation to an expeditionary army. Then, the Director General of Defence Legal Services for the NZDF, Brigadier Kevin Riordan, presented the international legal environment, in which there are 403 currently deployed soldiers out of the 11.291 that serve the NZDF. Areas of operations for the NZDF are, amongst others, Afghanistan, the Solomon Islands, Kosovo and East Timor. Riordan showed that New Zealand is on the vanguard when it comes to the international prohibition and restric-

tion of cluster munitions, mercenary activities, small arms proliferation, child soldiers, serious misconduct of peacekeepers, depleted uranium munitions, anti-personnel landmines and explosive remnants of war.

The second conference day finished with a formal conference dinner at the Christchurch Club. After a toast was proposed to the President of the Federal Republic of Germany and to The Queen, Brigadier Kevin Riordan held an anecdote-rich speech about the attractiveness of the military and the profession of the lawyer to the young generations. In the early morning hours the last guests left the club.

Sunday morning began after breakfast in the UCLS with a paper about the New Zealand Armed Forces Law Reform: *The New Military Justice System*. Director of Legal Training, Major Stephen Taylor, from the New Zealand Defence College, explained in detail the new system, naming seven vital elements of the reform: the maintenance of discipline, consistency in all strategic environments, portability, expeditious, fairness, efficiency and simplicity. Reasons for the reform, which is the first substantial one since 1983 and establishes a permanent Court Martial of New Zealand to replace the current ad hoc courts-martial, are mainly due to international developments.

The last session *The Military as Champions of Justice – Combating Terrorism, Transnational Crime and Protecting Human Rights* was chaired by UC Associate Professor Dr. Neil Boister, who just recently published together with Robert Cryer a book entitled *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford 2008). He gave the floor to the Director of the Sidney Centre for International and Global Law, Dr. Ben Saul, from the University of Sydney. In his paper *Climate Change and Regional Security in the Asia-Pacific*, Saul focused on the climate change as a collective international security issue and showed the problems, which the South Pacific region will have to face in the decades to come. Key issues in this context are preventive diplomacy and security, the strengthening of regional organisations, comprehensive migration solutions, an adaptation of the 1982 Convention on the Law of the Sea, compensa-

tion and State responsibility, and the response of the UN Security Council to climate change.

Dr. Claire Breen from the University of Waikato, New Zealand, in her paper *Giving Teeth to the Tiger: The Centrality of Human Rights Law to the Maintenance of Peace and Security* elaborated on various aspects of the Human Rights Law regime and its repercussions to peace support operations and armed conflicts, and vice versa. Breen stated that Human Rights Law is central to maintaining peace and security and that peacekeepers and peace missions/operations are liable for human rights violations.

The last paper *Regional Security Co-operation and Integration and Security Sector Reform: The Lessons from Kosovo* was presented by the British Army Brigadier Anthony Cleland Welch from the Centre for International and European Studies Research at the University of Portsmouth. Welch was formerly the appointed Head of the British Government's Development Office in Kosovo and later became the UN Administrator of Kosovo's northern region, including the divided city of Mitrovica. He showed which lessons can be learned from the political, economic and security challenges in Kosovo, where NATO and the EU are the drivers for a security sector reform, and what security is supposed to mean in peace missions.

The conference then ended with having lunch together. Several of the aforementioned papers will be printed in the *New Zealand Armed Forces Law Review*, volume 8, 2008. Both from an interpersonal and professional/academic point of view the tenor of the participants was that the conference was a full success. More than once this author heard the opinion that in New Zealand it seems to be easier for the speakers from abroad and the participants in the discussions to articulate certain thoughts more freely than in the respective home countries. This academic freedom of expression, combined with the benefits of a stay in a gorgeous country, should be reason enough for anyone interested in the latest phenomena of armed forces-related international law, seen from a thought-provoking South Pacific point of view, to join the conference next year in Christchurch. ■

8. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz: Auf dem Weg zu einem europäischen Asylrecht Bestandsanalyse und Perspektiven

Irene Suominen-Picht*

Am 23. und 24. Juni 2008 veranstaltete die Evangelische Akademie zu Berlin gemeinsam mit dem Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR), Menschenrechtsorganisationen, Richter- und Anwaltsvereinigungen sowie Wohlfahrtsverbänden, darunter das Deutsche Rote Kreuz (DRK), das 8. Berliner Symposium zum Flüchtlingsschutz. Als Tagungsort diente auch diesmal der traditionsreiche Französische Dom am Gendarmenmarkt, in dem einst aus Frankreich geflohene Hugenotten ihre erste Gemeinde errichteten. Die Konferenz findet jährlich anlässlich des Weltflüchtlingstages statt und soll dem fachlichen Austausch zwischen allen Beteiligten im Flüchtlingsschutz dienen. Dazu wurden insgesamt 250 Vertreter von Ministerien, Behörden, Gerichten und Nichtregierungsorganisationen sowie ehrenamtliche Unterstützer von Flüchtlingen zu Begegnung und Diskussion empfangen.

1. Grußwort der Bundesministerin der Justiz

Eröffnet wurde das Symposium durch ein Grußwort der Bundesministerin der Justiz, Dr. Zypries, zum 60. Jahrestag der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Dr. Zypries erläuterte die fortwirkende Bedeutung dieses ersten völkerrechtlichen Dokumentes zum Menschenrechtsschutz und nahm dabei insbesondere das in diesem verankerte Recht, Asyl zu suchen und ein einmal gewährtes Asyl zu genießen,¹ zum Anlass, um eine Brücke zum Stand des heutigen Flüchtlingsschutzes in der Europäischen Union (EU), einer Hauptfragestellung der Veranstaltung, zu schlagen.

2. Bestandsaufnahme auf dem Weg zu einem europäischen Asylsystem

Im weiteren Konferenzverlauf ging es im Kern um die Aufstellung einer Zwischenbilanz zum Stand des europäischen Asylrechts. Die erste Stufe der rechtlichen Harmonisierung ist nunmehr abgeschlossen. Die hierdurch tatsächlich erreichte Verbesserung des Flüchtlingsschutzes in der Praxis der Mitgliedstaaten sollte kritisch überprüft werden, bevor der Harmonisierungsprozess in die nächste Phase mit dem Ziel einer immer stärkeren Angleichung eintritt. Frau Martini von der Europäischen

Kommission führte die Zuhörer zunächst in die Grundlagen und Zukunftsperspektiven des Gemeinschaftsprozesses ein. Bei der ersten Phase der Harmonisierung handelte es sich im Wesentlichen um den Erlass von vier Rechtsinstrumenten: Richtlinien zu Mindestaufnahmestandards (Aufnahmerichtlinie)², zum Asylverfahren (Verfahrensrichtlinie)³ und zu Mindestnormen für die Flüchtlingsanerkennung (Qualifikationsrichtlinie)⁴ sowie die Dublin-II-Verordnung⁵ zur Regelung der innergemeinschaftlichen Kompetenzverteilung für die Durchführung von Asylverfahren. In den vergangenen Jahren hat die Europäische Kommission mit der Evaluierung der Anwendung dieser Instrumente in den einzelnen Mitgliedstaaten begonnen.⁶ Dies zeigte bereits einen Bedarf an erhöhter Effizienz und gerechterer Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten untereinander auf. Im Rahmen des sogenannten Haager Programms ist es als zweite Phase der EU-Asylrechtsharmonisierung nunmehr beabsichtigt, bis zum Jahre 2010 durch neue Initiativen das System weiter zu entwickeln, indem es an Einheitlichkeit und Qualität gewinnen soll. Bisher habe man sich mit den Minimumstandards in den Asylrechtsrichtlinien lediglich auf den kleinsten gemeinsamen Nenner einigen können. Nun gelte es, höhere Standards und eine Erhöhung der Solidarität zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten anzustreben. Als konkrete Maßnahmen zur Umsetzung dieser Ziele sollen die zuvor genannten drei Asylrechtsrichtlinien novelliert, das Dublin-Verfahren im Namen des Solidaritätsgedankens modifiziert und insgesamt die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten intensiviert werden.

Im Anschluss machte Dr. Kumin aus dem UNHCR-Büro in Brüssel in ihrem Beitrag deutlich, dass die zweite Harmonisierungsphase mehr Herausforderungen bereit halte als die erste zu ihrer Zeit. Das gemeinsame Asylsystem sei noch nicht Realität, aber immerhin befinde es sich bereits auf der politischen Agenda. Dr. Kumin erinnerte die Symposiumsteilnehmer daran, dass die EU-Harmonisierung trotz vieler Kritik den völkerrechtlichen Flüchtlingsschutz weiterentwickelt habe, wie etwa durch die Beschäftigung mit Themen wie dem vorübergehenden Schutz, dem Anerkennungsverfahren sowie den Mindestaufnahmestan-

dards, die alle u.a. der Genfer Flüchtlingskonvention⁷ fremd seien. Es bleibe aber eine nicht hinnehmbare Divergenz in den Verfahrensweisen der einzelnen Mitgliedstaaten bestehen. Diese Realität korrespondiere nicht mit der Grundannahme der Dublin-II-Verordnung, dass Asylsuchende in jedem Mitgliedstaat eine identische Behandlung erhielten, und es somit für den Einzelnen keinen Unterschied bedeute, in welchem EU-Mitgliedstaat sein Antrag überprüft werde. Hinsichtlich der Mindestaufnahmestandards gäbe es Unterschiede im Zugang zu Arbeit und Ausbildung sowie in der Behandlung besonders bedürftiger Personengruppen. Bei der Durchführung der Anerkennungsverfahren zeigten sich

* Rechtsreferendarin im Team 26 (Internationales Recht / Internationale Gremien) des Generalsekretariats des Deutschen Roten Kreuzes.

¹ Art. 14 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UN Doc. 217/A-(III) v. 10. Dezember 1948.

² Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, 2003/9/EG vom 27. Januar 2003.

³ Richtlinie über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, 2005/85/EG vom 01. Dezember 2005.

⁴ Richtlinie über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, 2004/83/EG vom 29. April 2004.

⁵ Verordnung zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, (EG) Nr. 343/2003.

⁶ Siehe u.a.: Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe, Synthesis report: Comparative overview of the implementation of the Directive 2003/9 of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers in the EU member states, Oktober 2006.

⁷ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. 1953 II S. 560 ff. vom 28. Juli 1951.

zudem erhebliche Abweichungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Bei Erlass der betreffenden Richtlinie hätten die Mitgliedstaaten in besonderem Maße Wert auf die Durchsetzung ihrer Souveränität gelegt und in der Folge die Richtlinie mit weitreichenden Abweichmöglichkeiten von den ohnehin *minimalen* Standards versehen. Letztes Jahr führte UNHCR eine Studie über die Implementierung einiger Kernvorschriften der Qualifikationsrichtlinie in sechs ausgewählten Mitgliedstaaten durch und fand dabei heraus, dass die Richtlinie ihr Harmonisierungsziel nicht erreicht habe.⁸ Auch wenn zunächst in der Regel Schutz gewährt werden würde, käme es im Detail zu großen Diskrepanzen in Bezug auf den jeweils gewährten Schutzstatus. Von der im Rahmen des Haager Programms geplanten europäischen Unterstützungsagentur erhoffte man eine Hilfestellung zur praktischen Angleichung der Asylverfahren in den Mitgliedstaaten. Diese soll den mitgliedstaatlichen Behörden im Bereich Asyl beratend zur Seite stehen und u. a. Herkunftsland-Informationen gebündelt sammeln.

3. Parallele Arbeitsforen zu weiteren aktuellen Themenbereichen in der Flüchtlingsarbeit

Am Nachmittag des ersten Tages bot das Symposium eine Auswahl von fünf parallelen Arbeitsforen an. Hierbei ging es u. a. um den Zugang zum Asylverfahren in Europa, den Themenbereich „*resettlement*“ sowie um soziale und medizinische Standards bei der Aufnahme von Asylsuchenden. Besonders interessant, nicht zuletzt aus völkerrechtlicher Sicht, war die Arbeitsgruppe zu Menschenrechten auf Hoher See. Herr *Burkhardt* von der Nichtregierungsorganisation *Pro Asyl* berichtete eingangs über Beobachtungen zum Schicksal von Flüchtlingen, die über die südlichen Außengrenzen in die EU zu gelangen versuchen. Zum einen fordere bereits der gefährliche Versuch einer Überquerung des Mittelmeers in ungenügend gesicherten Booten seine Opfer: Insgesamt habe man im Jahr 2007 mindestens 1.861 tote Flüchtlinge in den Gewässern vor Europa gezählt. Zudem gäbe es Indizien auf in rechtswidriger Weise durchgeführte Zurückweisungen der Flüchtlinge auf Hoher See, ohne dass vorher hinreichend geklärt worden sei, ob es sich nicht doch um tatsächlich des Schutzes Bedürftige handele bzw. die Folgen der Zurückweisung im konkreten Fall, u. a. im Hinblick auf das *refoulement*-Verbot, eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit mit sich zögen. Ein Problem stelle in diesem Zusammenhang die europäische Grenzagentur FRONTEX dar, die seit drei Jahren im Einsatz sei, ohne dass für ihr

Handeln irgendwelche Leitlinien ausgearbeitet worden wären. Auch wenn es dem Flüchtling gelingen sollte, das europäische Festland zu erreichen, sei keineswegs garantiert, dass ihm eine rechtsstaatlichen Bedürfnissen genügende Behandlung zuteil würde. Herr *Burkhardt* habe hierzu eigene Recherchen in Griechenland durchgeführt und verheerende Bedingungen sowohl in den Aufnahmelagern als auch in der Durchführung der Asylverfahren offen gelegt.⁹ Anschließend erläuterte Dr. *Weinzierl* vom Deutschen Institut für Menschenrechte die rechtlichen Grundlagen und die daraus resultierenden Verpflichtungen der Staaten an den Seegrenzen der Union.¹⁰ Diese ergäben sich aus einer Vielzahl von Rechtsquellen: aus dem Seerecht, dem Europarecht, dem europäischen bzw. dem internationalen Menschenrechtsschutz sowie den jeweiligen nationalen Gesetzen. Dr. *Weinzierl* wies insbesondere daraufhin, dass das *refoulement*-Verbot auch jenseits der eigenen Staatsgrenzen zu beachten sei. Es gäbe zum einen eine Vielzahl von möglichen Anknüpfungspunkten, um eine Jurisdiktion des handelnden Staates auf Hoher See zu begründen, beginnend von der Nationalität des Schiffes bis zu der Doktrin der effektiven Kontrolle. Zum anderen wären sichere Drittstaaten, die den Erfordernissen des *refoulement*-Verbotes gerecht werden würden, auf der afrikanischen Seite des Mittelmeers nach jetziger Einschätzung eher rar. Um sicherzustellen, dass das Verbot auch gebührend berücksichtigt wird, müsse ihm gewissermaßen als Annex das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes hinzugedacht werden. Es sei nicht vorstellbar, dass eine Behörde die komplexe Angelegenheit der internationalen Schutzbedürftigkeit nebenbei vor Ort auf Hoher See entscheiden könne. Im Umkehrschluss verlange das Völkerrecht, dass auf Hoher See aufgegriffene Flüchtlinge einem rechtsstaatlichen Asylverfahren in Europa zuzuführen seien.

4. Neue „*resettlement*“-Initiative Deutschlands für irakische Christen

Am Morgen des zweiten Tages stellte Staatssekretär *Altmaier* im Bundesministerium des Innern das von seinem Ressort vorangetriebene „*resettlement*“-Programm für Flüchtlinge aus dem Irak vor. Mehr als 2,2 Millionen Flüchtlinge in Syrien und anderen Nachbarländern, insbesondere Mitglieder religiöser Minderheiten wie Christen, Mandäer und Yeziden hätten auf längere Sicht keine Aussicht auf eine Rückkehr in den Irak. Die Bundesrepublik solle sich nun bereit erklären, einen Teil dieser Flüchtlinge christlicher Bekenntnis dauerhaft in Deutschland aufzunehmen. Die

Begrenzung der Auswahl wird mit dem Argument begründet, diese Gruppe sei im besonderen Maße gefährdet, da sich in der Umgebung des Irakischen Staatsgebietes keine christlichen Siedlungsgebiete befänden. Damit handele es sich nicht um eine willkürliche Selektion. Ohnehin entspreche es bereits seit längerem der deutschen Verwaltungspraxis bei irakischen Christen eine Gruppenverfolgung ohne Einzelfallprüfung anzunehmen. Herr *Altmaier* prognostizierte, dass das Thema „*resettlement*“ noch lange auf der politischen Agenda der Europäischen Union bleiben wird. Das deutsche Beispiel am Fall Irak soll den Einstieg in die Diskussion auf der Gemeinschaftsebene vorzeigen.

5. Ausblick

Den Abschluss der Konferenz bildete eine Podiumsdiskussion mit einem Ausblick auf die kommenden Entwicklungen in Europa. Die Teilnehmer, unter ihnen Vertreter von dem Europäischen Parlament, UNHCR, amnesty international und dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, hoben insbesondere die Bedeutung von weiteren „*resettlement*“-Programmen hervor. Kritisch angetastet wurde auch der Entwurf Frankreichs für einen neuen Einwanderungs- und Asylpakt, der wenig Neues bzw. Greifbares enthalte. Zudem kam die Runde auf die anfangs gestellte Frage zurück: Wie ist das europäische Asylrechtssystem nach der ersten Harmonisierungsphase voranzutreiben? Einstimmig war von den Teilnehmern zu hören, dass zunächst eine detaillierte Evaluierung des bisher Erreichten elementar sei, um erreichte Fortschritte und bestehende Defizite in der nächsten Phase ausreichend berücksichtigen zu können. Die Chance, sich von der Einigung auf Minimalanforderungen hin zu einem wirklich wirksamen Schutz für Flüchtlinge in jedem EU-Mitgliedstaat zu entwickeln, dürfe nicht verpasst werden. ■

⁸ UNHCR, Asylum in the European Union. A Study of the Implementation of the Qualification Directive, November 2007.

⁹ *Pro Asyl*, The truth may be bitter but it must be told. Über die Situation von Flüchtlingen in der Ägais und die Praktiken der griechischen Küstenwache, Oktober 2007.

¹⁰ R. *Weinzierl* / U. *Lisson*, Grenzschutz und Menschenrechte. Europarechtliche und seerechtliche Studie, Oktober 2007; R. *Weinzierl*, Menschenrechte an der EU-Außengrenze. Empfehlungen an die Bundesregierung, September 2007.

Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 43: Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2008, 365 S., 96,- €

Hans-Joachim Heintze*

Angesichts einiger laufender Regalmeter mit Literatur zum Minderheitenschutz möchte man meinen, alles zu dem Thema sei gesagt. Gleichwohl hat sich die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht auf ihrer Jahrestagung 2007 in Halle an der Saale einem Aspekt zugewendet, der bislang kaum eine Rolle spielte und nunmehr verstärkt in das Blickfeld der Völkerrechtler gerät, und zwar der Schutz der kulturellen Vielfalt. Angestoßen wurde diese Entwicklung durch den Human Development Report 2004 der UNO und durch ein diesbezügliches UNESCO-Übereinkommen von 2005.

Das UNESCO-Dokument wählt Prof. Georg Nolte auch als Ausgangspunkt für seinen Eröffnungsbeitrag „Kulturelle Vielfalt als Herausforderung für das Völkerrecht“ und fragt, warum die Staaten ein Übereinkommen schließen, das viele allgemeine Zielvorstellungen zum Schutz kultureller Ausdrucksformen enthält, aber zu kaum etwas verpflichtet. Die Antwort findet der Autor in der Präambel, in der die Globalisierung als Gefahr für den Fortbestand der kulturellen Vielfalt bezeichnet wird. Er folgert daraus, dass durch diesen Prozess auch die „Fähigkeit einer Gesellschaft zur demokratischen Selbstregierung in Frage“ gestellt werden könnte (S. 6). So gesehen macht es also Sinn, dass sich das Völkerrecht mit kultureller Vielfalt befasst. Es wird aber noch auf einen weiteren interessanten Aspekt aufmerksam gemacht: Der Schutz kultureller Vielfalt gegen die Dominanz der (amerikanischen) Massenkultur könnte nämlich dann an seine Grenzen stoßen, wenn das WTO-Recht herangezogen würde. In der Herangehensweise des UNESCO-Übereinkommens sieht Nolte einen Ausdruck der „konstruktiven

Zweideutigkeit, mit dem in unserer Zeit eines ‚fragmentierten‘ Völkerrechts gelegentlich versucht wird, das Verhältnis unterschiedlicher Vertragsregime zu bestimmen“ (S. 7).

Als eigentlicher Ausgangspunkt für den Schutzanspruch der kulturellen Vielfalt werden die Menschenrechte angesehen, und zwar insbesondere die auf Minderheiten und das Selbstbestimmungsrecht bezogenen Regeln. Dazu wird auf die Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes eingegangen. In diesem Zusammenhang spielen die sich herausbildenden Regeln zum Rechtsanspruch indigener Völker auf Autonomie eine erhebliche Rolle (S. 23). Der Autor begrüßt die Bestimmungen der UN-Deklaration über die Rechte indigener Völker als Ausdruck des Schutzes kultureller Vielfalt und räumt aber zugleich ein, dass die indigenen Völker im Minderheitenrecht „einen Sonderfall“ darstellen (S. 24). Damit bleibt die Sinnhaftigkeit dieses Verweises auf die Entwicklung bezüglich der indigenen Völker fraglich. Überzeugender sind die folgenden – sehr sorgfältig abzuwägenden – Ausführungen zur Entwicklung von Gruppenrechten aus kultureller Vielfalt (S. 24 ff.). Zu teilen ist die Schlussfolgerung, wonach es „unangemessen“ wäre, vom Völkerrecht mehr zu verlangen, als dass die Staaten Gruppen in einer glaubwürdigen und unparteiischen Weise respektieren (S. 33).

Die Diskussion machte deutlich, dass nur sehr geringe oder gar keine Bereitschaft bestand, die kulturelle Vielfalt als Prinzip des Völkerrechts anzusehen (S. 118). Mehr noch, hinterfragt wurde, ob dieser Begriff überhaupt juristisch erfasst werden könne (S. 110). Diese Positionen scheinen aber zu extrem; am überzeugendsten erscheint die ebenfalls geäußerte Auffassung, wonach der Begriff der kulturellen Vielfalt im Moment nicht positiv gefasst werden kann. Gleichwohl könne er aber, genauso wie die Begriffe der Menschenwürde und der Diskriminierung, normative Kraft und Wirkung haben (S. 115).

Die weiteren völkerrechtlichen Beiträge können als Bekräftigung dieser Einschätzung angesehen werden. Prof. Helen Keller

untersucht das Verhältnis von kultureller Vielfalt und Staatsvolk auf der Grundlage der Fragestellung, ob es gilt, den Begriff des Volkes zu überdenken. Als Ausgangspunkt wählt sie die staatsrechtliche Ebene und wendet sich dem Dreigestirn Volk, Nation und Staat zu. Dabei wird das Staatsvolk, unter Rückgriff auf *Bockenförde*, als Legitimationsinstanz angesehen (S. 44). Hinsichtlich der europarechtlichen Dimension wird auf das Kommunalwahlrecht eingegangen (S. 54). Die völkerrechtliche Dimension wird vor allem bezüglich des Selbstbestimmungsrechts diskutiert und behauptet, dass das Völkerrecht am Kriterium der Ethnizität anknüpfe (S. 60). Gefordert wird, dass der „*Ethno-Nationalismus überwunden und das Selbstbestimmungsrecht der Völker vorrangig im Sinne republikanischer Werte interpretiert werden müsse*“. Letzterer Einschätzung ist unbedingt zuzustimmen, bezweifelt werden muss aber, dass das herrschende Völkerrecht tatsächlich am Kriterium der Ethnizität anknüpft. Das Beispiel des Dayton-Abkommens zeigt, dass die Rechtsgrundlage für die Entstehung des Staates Bosnien-Herzegowina eben gerade nicht die ethnische Zugehörigkeit war, sondern die Staatsangehörigkeit. Zu folgern ist daraus, dass das Selbstbestimmungsrecht vorrangig ein Recht von Staatsvölkern ist. Die Bedeutung liegt folglich seit der Entkolonisierung nicht mehr im äußeren Aspekt, sondern im inneren. Bekräftigt wird diese Einschätzung dadurch, dass alle Staatenbildungen der letzten Jahrzehnte bis hin zum Kosovo nicht unter Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht erfolgten.

Der dritte Beitrag von Prof. Armin von Bogdandy befasst sich mit der EU und dem Völkerrecht kultureller Vielfalt. Der Autor hat dafür den blumigen Titel „Aspekte einer wunderbaren Freundschaft“ gewählt und belegt dies damit, dass sich das Völkerrecht und Unionsrecht gegenseitig stärken. Zudem ermögliche das Unionsrecht die politische Einheit ohne die kulturelle Einheit zu fordern. Das wichtigste völkerrechtliche Institut zum Schutz der nationalen Kultur sei und bleibe die nationale Souveränität.

Die rege Diskussion zu den drei Referaten bietet eine Vielzahl von Anregungen zum weiteren Nachdenken. Freilich lassen sich die Gedankengänge verschiedentlich schwer nachvollziehen, da sich jeder der Diskutanten zu verschiedenen Aspekten der drei Vorträge äußerte. Deshalb sei das Buch allen empfohlen, die sich mit Fragen des Minderheitenschutzes befassen. Man kann sicher sein, auf interessante Gedanken zu stoßen. ■

* Dr. habil. Hans-Joachim Heintze ist Hochschuldozent im Völkerrecht.

Elke Schwager, *Ius bello durante et bello confecto. Darstellung am Beispiel von Entschädigungsansprüchen der Opfer von Antipersonenminen, Berlin 2008, 340 S., 88,- €*

Jana Hertwig*

Haben zivile Opfer eines bewaffneten Konfliktes ein Recht auf Entschädigung, und wenn ein solches besteht, wie kann es durchgesetzt werden? Dieser zentralen Fragestellung am Beispiel von Ansprüchen wegen Personenschäden, die durch Antipersonenminen während oder nach Beendigung eines bewaffneten Konfliktes verursacht werden, widmet sich *Elke Schwager*. Die Dissertation wurde durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover im Jahre 2007 angenommen.

Aufbauend auf der Darstellung der besonderen Merkmale von Antipersonenminen, ihrer Bauweise, Funktion, ihrem militärischen Nutzen und ihrer gesellschaftlichen Implikationen untersucht *Schwager* im ersten Teil, ob und inwieweit nach den Regeln des humanitären Völkerrechts, dem *ius in bello*, ein absolutes Einsatzverbot für Antipersonenminen existiert oder ob ihr Gebrauch lediglich bestimmten Einsatzbeschränkungen unterliegt. Ein absolutes Einsatzverbot, so *Schwager*, besteht im Rahmen der Konvention von Ottawa für sämtliche Arten von Antipersonenminen, deren Zweckbestimmung es ist, durch Personen ausgelöst zu werden. Der erst 1999 in Kraft getretenen Konvention komme allerdings nur begrenzte Wirkung zu, da Staaten wie China, Indien, Israel, Russland und die USA, die zu den Hauptproduzenten und Exporteuren von Antipersonenminen gehören, der Konvention nicht beigetreten sind. Zwar würden sich Einsatzverbote für bestimmte Arten von Minen auch aus den gewohnheitsrechtlich geltenden allgemeinen Grundsätzen des humanitären Völkerrechts entnehmen lassen. Ein absolutes Einsatzverbot für jedwede Art von Antipersonenminen folge daraus aber nicht. So untersagt z. B. das Verbot der Verursachung überflüssiger Verletzungen und unnötiger Leiden lediglich den Einsatz bestimmter Arten von Antipersonenminen, wie das Verbot von Minen, die unübliche Materialien wie Plastiksplitter enthalten.

* Ass. iur. *Jana Hertwig*, LL.M. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Völkerrecht, Recht der Europäischen Union und Internationale Beziehungen von Prof. Dr. Dr. Sabine von Schorlemer (Juristische Fakultät der TU Dresden). Sie hat als Beobachterin an den Verhandlungen über ein Verbot von Streumunition im Rahmen des Oslo-Prozesses (2007/08) teilgenommen.

Im zweiten Teil untersucht *Schwager* zunächst, ob das Individuum im Völkerrecht, insbesondere auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts, überhaupt Inhaber von Rechten ist. Denn nur dann könne deren Verletzung geltend gemacht werden. Im Ergebnis bejahend geht sie der Frage nach, ob für Individuen, die während bzw. nach der Beendigung eines bewaffneten Konfliktes durch Antipersonenminen verletzt werden, Entschädigungsansprüche für Personenschäden nach dem Völkerrecht gegenüber einem Staat oder einem nicht-staatlichen Akteur bestehen.

Artikel 6 Abs. 3 Satz 1 der Konvention von Ottawa spricht, so *Schwager*, zwar die Hilfe für Minenopfer an. Die Verpflichtung der Vertragsstaaten, Minenopfern Hilfe bei der Fürsorge und Rehabilitation sowie bei der sozialen und wirtschaftlichen Wiedereingliederung zu leisten, stehe allerdings unter der Einschränkung, dass die Staaten diese Hilfe nur zu leisten hätten, soweit sie dazu in der Lage sind. Die Verpflichtung sei damit unbestimmt und eröffne Möglichkeiten zu ihrer Aushöhlung. Bei der Regelung handle es sich um eine Staatenverpflichtung, die kein Recht eines Opfers auf Erhalt einer derartigen Hilfe enthalte.

In den Verträgen zum humanitären Völkerrecht würden sich mit Art. 3 des IV. Haager Abkommens und Art. 91 des 1. Zusatzprotokolls (ZP) zu den vier Genfer Abkommen Regelungen finden, die eine Entschädigung für Individuen bei einem Verstoß gegen das *ius in bello* vorsähen. Vor allem die Entstehungsgeschichte des Art. 3 des IV. Haager Abkommens deute darauf hin, das Individuum als Berechtigten einzuordnen. Dies ist zwar in der gerichtlichen Staatenpraxis kaum anerkannt worden, wie *Schwager* u. a. mit Hinweis auf die in Deutschland ergangenen Urteile des BGH bzw. des BVerfG in den Rechtssachen *Distimo* und *Varvarin* ausführt. Auch der bekannte Fall der *Comfort Women* vor japanischen Gerichten zeige dies deutlich: Das oberste Gericht in Tokio habe 2000 entschieden, in Ermangelung der Festlegung eines Durchsetzungsmechanismus könne Art. 3 des IV. Haager Abkommens kein individuelles Recht auf Schadensersatz enthalten, denn der Schaden eines Individuums sei als Schaden seines Staates anzusehen, da nur ein Staat die Staat-

tenverantwortlichkeit geltend machen könne. Vor dem Hintergrund der Entwicklung der Menschenrechte und der Zuerkennung der Völkerrechtssubjektivität des Individuums ist aber, so *Schwager*, zumindest nach der jetzigen Rechtslage in beiden Vorschriften eine Individualberechtigung zu sehen.

Die vom Schrifttum zum Teil vertretene Auffassung, ein völkerrechtlicher Vertrag, der zwischen Staaten geschlossen wird und zudem wie das Haager Abkommen aus dem Jahre 1907 stammt, könne keine individuellen Rechte verleihen, kann nach *Schwager* nicht überzeugen: Völkerrechtliche Verträge zwischen Staaten können ohne weiteres Individuen Rechte verleihen. Dies sei völlig unbestritten beispielsweise durch die Europäische Konvention für Menschenrechte erfolgt, die auf völkerrechtlicher Ebene zwischen Staaten abgeschlossen wurde. Und auch das Entstehungsjahr des Haager Abkommens zwingt nicht zu einem anderen Schluss. Denn es sei gerade auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts gewesen, in dessen Rahmen dem Individuum frühzeitig eine Rechtsposition zuerkannt wurde.

Für Landminenopfer bestehe ein Recht auf Entschädigung vornehmlich dann, wenn der Einsatz der Mine, die ein Individuum verletzt hat, bzw. ihre fehlende Räumung oder Absicherung gegen eine völkerrechtliche Regelung verstößt. Insbesondere aus Art. 3 des IV. Haager Abkommens und Art. 91 des ZP I könne dann ein Recht auf Entschädigung hergeleitet werden.

Im dritten Teil der Dissertation untersucht *Schwager*, inwiefern sich Entschädigungsansprüche für Personenschäden aus nationalem Recht ergeben. Ihre Prüfung konzentriert sie hierbei u. a. auf Ansprüche nach dem Staatshaftungs- und dem Deliktsrecht sowie für Minenopfer auf Ansprüche nach dem Produkthaftungsrecht gegen den Minenhersteller. Ein völkerrechtlicher Grundsatz, der eine Exklusivität völkerrechtlicher Reparation anordne, bestehe nicht. Vielmehr würden sich im Völkerrecht mit dem gemeinsamen Artikel 1 der Genfer Konventionen und dem gleichlautenden Art. 1 ZP I Vorschriften finden, die die Bereitstellung von Entschädigungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene unter allen Umständen fordern.

Im abschließenden Teil der Dissertation hinterfragt *Schwager* die Durchsetzungsmöglichkeiten von Individualansprüchen auf völkerrechtlicher und nationaler Ebene und zeigt verschiedene Hindernisse (Verzicht, Immunität, Massenschäden) auf, die der Durchsetzung der Ansprüche entgegenstehen können. Grundsätzlich erfolge die Durchsetzung völkerrechtlicher Individual-

rechte auf völkerrechtlicher Ebene traditionell durch den Staat. Der zunehmenden Anerkennung individueller Rechte im Rahmen des Völkerrechts hinke indes die Bereitstellung von Durchsetzungsmechanismen hinterher. Dem Individuum sei es auf völkerrechtlicher Ebene nicht in allen Fällen möglich, das ihm zustehende Recht ohne Hilfe eines Staates durchzusetzen. *Schwager* verweist auf die spezifische Situation von Minenopfern: Diese könnten einen möglicherweise völkerrechtlichen Entschädigungsanspruch oftmals nicht eigenständig geltend machen. Dies würde u.a. davon abhängen, ob der Mineneinsatz, der eine Verletzung hervorgerufen hat, ein Kriegsverbrechen darstellt, das Gegenstand vor dem IStGH ist.

Völkerrechtliche Rechte könnten aber nicht nur vor internationalen Gremien, sondern auch vor nationalen Gerichten verfolgt werden. Allerdings werde ein völkerrechtliches Individualrecht auf Entschädigung wegen einer völkerrechtlichen Verletzung zu Zeiten eines bewaffneten Konfliktes, das vor nationalen Gerichten unmittelbar anwendbar ist, nur vereinzelt anerkannt. In Ermangelung umfassend kompetenter internationaler Gremien zur Geltendmachung von Individualrechten auf Entschädigung sollte, so *Schwager*, die Möglichkeit der Durchset-

zung dieser Rechte vor nationalen Gerichten vermehrt genutzt werden.

Mit der Vorlage ihrer Forschungsergebnisse zu einem Teilaspekt des humanitären Völkerrechts ist es *Schwager* gelungen, dieses doch sehr weitläufige, umstrittene und überaus wichtige Themengebiet näher darzustellen und zu begründen, warum entgegen der überwiegenden gerichtlichen Staatenpraxis und Teilen im völkerrechtlichen Schrifttum zivile Opfer eines bewaffneten Konfliktes eigene durchsetzbare Entschädigungsansprüche geltend machen können. Einen Mehrwert der Arbeit stellt in der Tat der Bezug zu Entschädigungsansprüchen der Opfer von Antipersonenminen dar, denn damit verfolgt *Schwager* einen direkten Anwendungsfall ihrer theoretischen Überlegungen und stellt Weichen für weitere Praxisfälle (wie die Entschädigung der Opfer von Streumunition). *Schwager* vermag es dabei, auf ein detailreiches Hintergrundwissen zurückzugreifen sowie ihr Gespür für die Belange der Opfer von Antipersonenminen aufzuzeigen: Seit 2006 ist sie im Vorstand der deutschen Sektion von Handicap International und gehörte als Juristin einer Expertenkommission an, die sich mit dem Thema „Rechte von Landminenopfern“ beschäftigte. ■

Ian Hurd, *After Anarchy – Legitimacy & Power in the United Nations Security Council*, Princeton University Press, 2007, 240 p., US\$ 35

Patrick Kübart*

Anarchy – this is how most scholars in international relations would label the environment in which States interact internationally. This view is mainly based on the fact that there is no international government defining the framework in which State interaction takes place. Many theorists see States as the only sovereign entities whose actions are mainly driven by national interests. As the title *After Anarchy* indicates, *Ian Hurd* goes a step further in his analysis of international relations. Even though he does not contend that there is an international government determining the interaction of States, he does conclude that legitimate international organisations can obtain a certain degree of sovereignty and govern the behaviour of States. He reaches this conclu-

sion by closely examining the legitimacy of the United Nations Security Council and what effect this has on a variety of States.

After Anarchy – Legitimacy & Power in the United Nations Security Council is made up of seven chapters. These can be divided into four main parts: the introduction, the theoretical foundations of the different aspects touched upon, a close examination of the United Nations Security Council, and the conclusions which *Hurd* draws from the previous chapters.

In the introduction *Ian Hurd* defines the parameters of his analysis. For him, the main purpose of writing this book is “to introduce a workable concept of legitimacy to the study of international relations”. However, due to the fact that he not only focuses on issues relevant to international relations scholars, but also carefully analyses the Security Council from its creation up to more recent developments, this book is also of interest to anyone studying the

United Nations and specifically the Security Council.

In this first chapter he gives an overview of the points he deals with in more detail throughout the book. This provides a good point of entry for the reader to see the wider picture before discussing the different issues in detail. It also enables the reader to relate the different theories presented to the main focus of the book.

After the introduction *Ian Hurd* sets out the theoretical foundation for his analysis of legitimacy in the United Nations Security Council. In Chapter two he presents “a theory of legitimacy”, before looking at where legitimacy comes from and how it affects the behaviour of different actors (Chapter three). In relation to this book, the term actors only refers to States and not to people in these States. The people might or might not view the Security Council as legitimate, but this does not directly affect the conduct of their States. As a result, States are the main entities whose response to the Security Council is of interest.

The “theory of legitimacy” first of all delivers a definition of legitimacy and then investigates legitimacy’s role in international relations. *Hurd* concludes Chapter two by preparing the ground for his view that there is a sovereign authority beyond the State. Legitimacy, according to *Hurd*, is founded in an actor’s belief that a certain rule or institution should be obeyed and it does not say anything about the rightness or goodness of the rule or institution. The main point is internalisation, i.e. whether the relevant actor has incorporated the content into its own interests or at least defines its own interests in accordance with the rule. *Hurd* is aware that it is difficult to assess whether internalisation has occurred since it is something very subjective. As a result one will have to look closely at the behaviour of the various actors and see whether there are any indications for internalisation. This is what is done when the activities and surrounding of the Security Council are examined.

The only weak point is that some actors might act in accordance with a certain rule even though they have not internalised it and therefore do not necessarily see it as legitimate. In most cases, however, these actors will still be influenced by the rule if it is perceived as legitimate by the majority of States. They cannot ignore the widespread perception of legitimacy, thereby highlighting the fact that legitimacy not only affects the individual State level, but at the same time has implications for the wider structural level.

In the final part of Chapter two *Hurd* lays the ground for his claim that the inter-

* Patrick Kübart is a qualified German lawyer with a Master’s Degree in Humanitarian Assistance. He is a former Research Associate of the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict and currently working in Indonesia for Caritas Germany.

national system has overcome the state of anarchy. Generally, anarchy is defined by the absence of authority. As a result, according to *Hurd*, if he were able to show that authority is not only vested in individual States, but also in institutions influencing their behaviour, then the system could not be defined as anarchic any longer. At the same time, without further discussion in this chapter, he concludes that international organisations may “exercise sovereignty over and alongside States”. When examining the Security Council he gives a more detailed explanation, but since his viewpoint has major implications for theories of international relations a more detailed account of how he reaches this conclusion would have been useful at this stage.

In Chapter three *Hurd* discusses different controversies related to the legitimising process and the effects of legitimacy. First of all, he presents different theories as to the source of legitimacy: Favourable outcomes scholars claim that States will see such rules as legitimate which lead to results in line with their individual interests. This view focuses on material benefits generated by a legitimate institution or rule. The second set of scholars perceives fairness as the driving factor for States to see a rule or institution as legitimate. Only when they consider a rule or institution treating them (and others) fairly will they also see it as legitimate. Finally, the third main faction takes a procedural approach to legitimacy. For them legitimacy is achieved when a correct procedure is followed in drawing up a certain rule or in creating an institution – this does not necessarily have to be a fair procedure, but it has to be adhered to and, where applicable, followed by all.

According to *Hurd* these approaches are not mutually exclusive, but rather account for different aspects of a legitimisation process. It is more likely that legitimacy is based on multiple causes rather than on the production of favourable outcomes or by the adherence to a pre-defined procedure. Looking at the book as a whole, this is one of the strengths of *Ian Hurd's* arguments: He does not get lost in discussions of conflicting theories but rather tries to find commonalities or areas where they can be mutually applied to explain a certain outcome. Thus, he is more concerned about their practicality than with finding one universally applicable theory.

In the conclusion to Chapter three, *Hurd* then provides a rough guide which can be used to assess whether internalisation of a rule or institution has taken place: first of all, States take into account a certain rule as part of the strategic landscape when making a decision. Then they stop making a cost-benefit assessment of breaking a certain rule

when planning future action and lastly, they use as resources the symbols presented by the rule or institution. With these tools and theories laid out he then turns to the more practical part of examining the Security Council and its affect on States' behaviour.

Having discussed relevant theoretical aspects of legitimacy and surrounding concepts, *Hurd* closely examines the Security Council and its legitimacy. In Chapter four he looks at how the Charter of the United Nations, and thereby also the Security Council, was debated and finally agreed upon. The process of adopting the Charter is of significant interest as it plays a critical role in legitimising the Security Council and the norms defining its powers and procedure. From there he moves on to assessing the benefits which can be gained by associating with the Security Council. Here, in Chapter five, he highlights how countries have used the Security Council as a resource, for example by making use of its symbols. By analysing the development of the sanctions regime against Libya in Chapter six, he demonstrates the way legitimacy can be used both by weak and strong States to defend their cases. It is interesting to see how the stronger States like the USA and the United Kingdom reacted when the legitimacy of the Security Council was being seriously questioned – not by Libya, but by how the sanctions were imposed.

The Conference of San Francisco in 1945, where the Charter of the United Nations was finally adopted, plays a crucial role in legitimising the United Nations and thereby also the Security Council. It is a very good example of how a process can lead to legitimacy. In previous discussions the Great Powers had already designed the framework of the United Nations and they were not prepared to alter much when entering into deliberations with the smaller States joining the Conference. One of the most contentious issues surrounding the Security Council was the veto power of the permanent members as the pre-Conference rhetoric of the smaller States challenging the veto power shows. Even at the Conference there were many debates but finally, only very few and minor changes were made to the text. Looking merely at these outcomes one would imagine that the Conference must have almost been a disaster for the smaller States. *Hurd*, though, shows how the outcome was acceptable to all parties based on the process which enabled discussions and votes on the text of the Charter, even though its design very much limited outcomes favourable to the smaller States.

Hurd suggests, it was precisely this process which had a strong legitimising effect on the

rules governing the Security Council. For most States, the outcome was not favourable but the procedure was seen as appropriate, thereby giving legitimacy to the final version. *Hurd* claims that the Great Powers could have put their version of the Charter out for signature without the Conference, especially as there were so few changes. But it would not have had the same legitimising effect. It is precisely this conclusion which is the strong point of *Hurd's* analysis: showing how the Security Council became a legitimate institution even though it was and is inherently asymmetric in its distribution of power and dominance.

In Chapter five, *Ian Hurd* then focuses on the day to day politics surrounding the Security Council and what benefits can be attained by making use of its resources. Many of these are only of symbolic nature and trying to access them only makes sense if they are seen to reflect the power of the Security Council; power, according to *Hurd*, which is mainly based on the institution's legitimacy. One example is the effort States undertake to become members of the Security Council even though its decisions are monopolised by the permanent members. He is able to show how this leads to some form of authority by association in the wider context of international politics. Further examples he gives relate to having an issue placed on the agenda or how some States made use of blue helmets and white trucks, which are originally symbols of the peace building missions initiated by the Security Council.

From this, *Hurd* concludes that the acting States are motivated by the legitimacy of the Security Council and have sought ways of using this legitimacy in their interest. This is where he applies his criteria to indicate whether internalisation has taken place or not. However, he only mentions the aspect of internalisation very briefly in his concluding paragraphs, contending that there is not enough information to decide whether internalisation has occurred or not. As *Hurd* had formulated these criteria earlier, they should have formed part of this examination of the legitimisation of the Security Council. Nonetheless, this chapter is very resourceful in showing how the Council's legitimacy has had an effect on the strategic behaviour of States.

Chapter six deals with the sanctions, which were imposed on Libya in the 1990s, resulting from strong interventions of the USA and the United Kingdom. In the beginning, there was strong support from many States for the sanctions but Libya successfully managed to erode this support. Importantly, Libya never challenged the legi-

timacy of either the Security Council or the sanctions' regime in general, but rather argued on different levels to show that these specific sanctions were illegitimate. This led to waning support for the sanctions, with an increasing number of States violating them – sometimes quite openly. It even went so far that the legitimacy, or at least the credibility, of the Security Council was at stake. Only by finding a solution to the underlying issues it was possible for the Security Council to maintain full respect.

In this chapter, *Hurd* exemplifies very well how the legitimacy of the Security Council and its regulations can also be invoked by weaker States to challenge larger States. Thus, it is not only a system which favours larger States; it also limits the scope of their behaviour. At the same time, he is able to show that legitimacy is not a static concept but undergoes constant battles and changes at least in terms of how it can be invoked. He also concludes that a pure proceduralist

approach is insufficient to account for the legitimacy of a rule or institution: in this case, the correct procedure was followed but nonetheless, Libya was successful in challenging the imposed sanctions' legitimacy.

Like the book as a whole, the conclusions in Chapter seven are divided into two main blocks: arguments and evidence relevant to debates in international relations and more practical issues related to the creation of new international institutions.

Especially in the first block *Hurd* sums up his findings from examining the Security Council and relates to what was discussed in the previous chapters. In an important part, he presents the implications of his arguments for the debates of rationalism and constructivism. As in previous sections *Hurd* is again able to combine two opposing lines of thought and to show how they are both mutually relevant to his analysis by contending that States are goal-seeking actors who are at the same time limited in

their interests and resources by the existence of legitimised international organisations.

In the conclusion he also elaborates in more detail why international organisations can be vested with sovereignty. In international relations, sovereignty is defined as the exercise of legitimate authority. By concluding that the Security Council is an organisation seen as legitimate in international relations he rightly goes a step further to say that it also holds a certain amount of sovereignty. In doing so, he does not state that the Security Council is a kind of government of the world or that there is no anarchy in international relations. He merely claims that this organisation holds a certain amount of sovereignty and, therefore, the international system as a whole cannot be described as being in a state of anarchy. However, he does not go any further in attempting to define how this non-anarchic system may be described – something which is also reflected by the title of his book: *After Anarchy* – he just heads analysis into the realms after anarchy but does not determine where it will lead to.

Karl-Heinz Ziegler, Völkerrechtsgeschichte, 2., durchgesehene und ergänzte Aufl., Beck, München 2007. XV, 267 Seiten, 29,50 €

Felix Boor*

Um das Völkerrecht in seiner Gänze verstehen zu können, empfiehlt sich stets der Blick auf seine historische Entwicklung. Eine Darstellung der Völkerrechtsgeschichte, wie sie *Ziegler* nunmehr in 2. Auflage vorgelegt hat, ist daher stets zu begrüßen. Oft wird verkannt, dass völkerrechtliche Regelungen auf einer gemeinsamen, transnationalen Rechtstradition und -überzeugung basieren und die Anfänge dieser gemeinsamen Rechtstradition nicht erst bei *Hugo Grotius* oder dem Westfälischen Frieden zu suchen sind. Fragen wie beispielsweise die der Behandlung von ausländischen Gesandten, der Beschränkung der Kriegsführung oder des Abschlusses von Bündnis- und Freundschaftsverträgen sind, wie *Ziegler* verdeutlicht, so alt wie unsere Zivilisation selbst. Bereits das Alte Testament beinhaltet Spuren alter völkerrechtlicher Regelungen, und im alten Babylonien waren Verträge zwischen Stadtstaaten durchaus üblich. Interessant auch mit Blick auf die aktuelle globale Machtverteilung ist zu beobachten, dass

schon in der Vergangenheit vorherrschende Staaten zwar oftmals gegen vorhandene völkerrechtliche Regelungen verstoßen haben, aber das Vorhandensein des Hegemons als solches gleichzeitig als Motor für die Entwicklung des Völkerrechts gedient hat.

In den 13 Jahren seit Drucklegung der ersten Auflage von *Ziegler's* Völkerrechtsgeschichte ist das Interesse an diesem Forschungsgebiet immens angestiegen. Neben mehreren publizierten Monographien und Artikeln zu diesem Fachgebiet erscheinen seit 1999 in den Niederlanden das von *R. Macdonald* gegründete „Journal of the History of International Law“ und seit 2001 die „Schriften zur Geschichte des Völkerrechts“, die von *A. v. Bogdandy*, *M. Stolleis* und *W. Graf Vitzthum* herausgegeben werden. Diese neuere Literatur findet in die Neuaufgabe ebenso Eingang wie ein komplett neues Kapitel zu der Rechtsentwicklung seit dem Ende des Kalten Krieges. Trotz der gebotenen Knappheit eines Beck'schen Kurzlehrbuches gelingt *Ziegler* eine anschauliche Darstellung der letzten 5000 Jahre Völkerrechtsgeschichte, die sich nicht nur zur Einarbeitung in dieses interessante Rechtsgebiet eignet, sondern durch die Hinweise auf weiterführende aktuelle Literatur auch als Einstieg für die weitere Recherche zu empfehlen ist. ■

Right at the end, *Hurd* also makes a very interesting point on how to view the developments surrounding the invasion of Iraq in 2003. Many scholars saw this event as a major upset for the United Nations and its authority. *Hurd*, however, concludes that it actually increased the legitimacy of the Security Council as it was never designed to force a general outcome or constraint on one of the Great Powers – something which is highlighted by the veto. It can, therefore, not be criticised for having been unable to prevent the invasion of Iraq. On the other hand, the efforts undertaken by the USA in seeking the Council's approval actually enforced its legitimacy.

Ian Hurd has made an important contribution to the discourse on international relations with his book *After Anarchy – Legitimacy & Power in the United Nations Security Council*. In addition, he provides a revealing analysis of how and why States associate themselves with the Security Council of the United Nations, an analysis which should be of interest to anyone who wants to understand the role of the Security Council and its position in the international system. His analysis is strengthened because he goes back to the very roots of the Security Council when he presents the Conference of San Francisco which led to the adoption of the Charter of the United Nations. The findings of those parts which deal directly with the Security Council should also give readers who are not scholars of international relations the persistence to find their way through the very theoretical first chapters. ■

* Assessor *Felix Boor* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht von Professor Dr. Adelheid Puttler, LL.M. an der Ruhr-Universität Bochum.



Kritische Analyse und Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention

A. Paul, Köln

Mit der Hilfe der Genozidkonvention sollte der Genozid verhütet und bestraft werden. Diese Ziele wurden jedoch nicht erreicht. Auch nach dem Inkrafttreten der Konvention wurden unzählige Angehörige unterschiedlichster Gruppen verfolgt - bestraft wurden jedoch nur relativ wenige Täter. In dieser Arbeit werden die Defizite von Art. II Genozidkonvention aufgezeigt und Reformvorschläge entwickelt.

Aus dem Inhalt

Grundlagen.- Geschützte Gruppen gemäß Art. II Genozidkonvention.- Tathandlungen gemäß Art. II Genozidkonvention.- Subjektive Tatseite von Art. II Genozidkonvention.- Zusammenfassung und abschließender Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention.

2008. XVI, 379 S.(Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Volume 197) Geb.

ISBN 978-3-540-78660-3 ▶ € (D) 84,95 | € (A) 87,34 | *sFr 138,50

Humanitäres Völkerrecht



Informationsschriften (HuV-I)
Journal of International Law of
Peace and Armed Conflict (JILPAC)

The journal is unique among German publications but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organizations. The board of editors is composed of members of the Institute: Dr. habil. Hans-Joachim Heintze, Prof. Dr. Joachim Wolf, and Jeannette Bell, M.A..

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law. Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

It is published quarterly by the Secretary General of the German Red Cross and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV). About 600 exemplars are printed each time. It was founded in 1988.

annual subscription:

national

35,- EUR*

abroad

44,50 EUR*

Main topics were and are:

- the Gulf war
- the conflict in former Yugoslavia
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects,
- the wars in Iraq, Afghanistan and Lebanon as well as the fight against international terrorism.

**Institute for International Law
of Peace and Armed Conflict**



Editorial office:
Dr. habil. Hans-Joachim Heintze
Jeannette Bell (M.A.)
Email: ifhv-publications@rub.de
Tel.: 0234/ 3227956
Fax: 0234/ 3214208

German Red Cross 

Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
Email: verlag@drk-service.de
Tel.: 030/ 47900450
Fax: 030/ 47900454

* The prices include the mailing expenses and value added tax (VAT). The subscription will be valid for one year. It will be extended automatically but can be canceled by letter three months before the one year term ends.