

22. Jahrgang
3/2009

Volume 22
3/2009

ISSN 0937-5414
G 10364

Humanitäres Völkerrecht

Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Themenheft zur Gewohnheitsrechtsstudie

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** **Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc** und **Heike Montag**, Bochum; **Dr. Heike Spieker**, Berlin

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Cristina Churruza 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; **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 (JILPA€)

22. Jahrgang
3/2009

Volume 22
3/2009

Editorial 119

Das Thema / Topic

- Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?
Dieter Fleck 120
- The Importance of Customary International Humanitarian Law Today
Jean-Marie Henckaerts 125
- Follow-up der IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie
Iris Müller 131
- Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts in Einsätzen außerhalb bewaffneter Konflikte
Sylvia Charlotte Spies 137

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

- Die Martens'sche Klausel – grundlegende Norm des humanitären Völkerrechts oder Vorschrift ohne Wert?
Hans-Michael Empell 145
- Direktklagen von Kriegsopfern gegen Staaten – Erläutert anhand aktueller Fälle, mit genauerem Blick auf die NATO-Operation „Allied Force“ in der BR Jugoslawien: 10 Jahre später
Aleksandar Jaksic 154

Panorama / Panorama

- 150 Jahre Schlacht von Solferino: Von der humanitären Katastrophe zum zivil-bürgerschaftlichen Engagement – Festvortrag zum Weltrotkreuztag am 8. Mai 2009
Christian B. Schad 163

Konferenzen / Conferences

- Die Erste World Conference on Humanitarian Studies zur Aufarbeitung von Forschungsdefiziten in der humanitären Forschung, 4.–7. Februar 2009, Groningen, Niederlande
- First World Conference on Humanitarian Studies, Addressing Gaps in Humanitarian Crises Research, 4–7 February 2009, Groningen, Netherlands
Sylvia Stoll 165
- Verbreitung der Genfer Konventionen
Tagung für Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte der DRK-Landesverbände Nordrhein und Westfalen-Lippe sowie des Institutes für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum 16.–17. April 2009, DRK Landesschule, Münster
Katharina Hofer 168

Buchbesprechungen / Book Reviews

- Helmut Volger, Geschichte der Vereinten Nationen
Martina Haedrich 169
- Gregoria Palomo Suárez, Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht
Antonio Manrique de Luna Barrios 170
- Evangelisches Kirchenamt für die Bundeswehr (Hrsg.), Friedensethik im Einsatz: Ein Handbuch der Evangelischen Seelsorge in der Bundeswehr
Norbert B. Wagner 171



Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

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

Begründet von Viktor Bruns

Hrsg.: A. von Bogdandy, R. Wolfrum

Die Ausformung einer Prozessordnung sui generis durch das ICTY unter Berücksichtigung des Fair-Trial-Prinzips

C. Kamardi, Frankfurt

Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beschloss im Februar 1993 die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien. Art. 15 des Statuts übertrug den Richtern die Ausformung der Prozessordnung. Art. 20 Abs. 1 verpflichtet die Richter zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens. Vor diesem Hintergrund ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit eine Untersuchung der Umsetzung dieser Vorgaben bei der Konstituierung und Zusammensetzung der Richterschaft des Tribunals, seiner Vorgehensweise bei der Ausformung des Prozessrechts sowie der geschaffenen Prozessordnung.

2009. XVI, 426 S. (Bd. 203) Geb.

ISBN 978-3-540-88612-9 ► € (D) 89,95 | € (A) 92,48 | *sFr 140,00

Bei Fragen oder Bestellung wenden Sie sich bitte an ► Springer Customer Service Center GmbH, Haberstr. 7, 69126 Heidelberg
► **Telefon:** +49 (0) 6221-345-4301 ► **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ► **Email:** orders-hd-individuals@springer.com
► € (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt; € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt. Die mit * gekennzeichneten Preise für Bücher und die mit ** gekennzeichneten Preise für elektronische Produkte sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. ► Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

014177x

Editorial

Die bewaffneten Konflikte haben sich seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts schlagartig verändert. Zwischenstaatliche Kriege gibt es immer weniger; Bürgerkriege und kriegsähnliche Krisen aber umso mehr. Wo sich jedoch die Ausgestaltung des Konflikts und die Kriegakteure ändern, ändern sich auch die Konsequenzen und das Recht muss sich den veränderten Umständen anpassen.

Das ist im (humanitären) Völkerrecht leichter gesagt als getan. Multilaterale Verträge werden selten geändert und neue Abkommen nur unter sehr bedingten Voraussetzungen vereinbart. Dadurch wird die Bedeutung des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts unterstrichen und eine Analyse der Staatenpraxis und *opinio iuris* erforderlich.

Die Tagung in Bad Mergentheim – der sich dieses Themenheft widmet – zeigt vier Jahre nach der ausführlichen Völker-gewohnheitsrechtsstudie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz aus 2005 einerseits, dass die Genfer Konventionen nur den Kern des humanitären Völkerrechts umfassen und den heutigen bewaffneten Konflikten nicht mehr genügen. Andererseits bestätigt sie, dass das humanitäre Völkerrecht immer detaillierter im Gewohnheitsrecht verankert ist. Das Letzteres an Bedeutung und Relevanz gewinnt, zeigt nicht nur die umfassende Kritik der USA an der Studie, die sich anderenfalls diese Mühe nicht machen würde, sondern auch das zunehmende Interesse von Wissenschaftlern, Ministerien und Beratern der humanitären Hilfsorganisationen – wie dieses Themenheft unter Beweis stellt.

Ein Schwerpunkt der Studie sollte in den kommenden Jahren in der Formation und Kodifizierung der Rolle und der Position nichtstaatlicher Akteure liegen. Dahingehend hat die Studie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz einen wichtigen ersten Schritt getan: Es geht letztlich nicht darum, ob jedes Wort dieser Studie geteilt werden kann, sondern darum, ob und inwiefern diese Studie einen besonderen Stellenwert in der völkerrechtlichen Diskussion genießt. Wo immer Staaten mit nicht-staatlichen Akteuren, entweder bewaffneten Gruppen oder Hilfsorganisationen verhandeln, Abkommen schließen und Streitigkeiten beilegen, wird die Frage der rechtlichen Position dieser nichtstaatlichen Akteure im humanitären Völkerrecht und ihr Beitrag zu dessen Entwicklung immer wichtiger. Das betonte einer der größten deutschen Völkerrechtler, *Hans Kelsen*, bereits vor Jahrzehnten: „*Es gibt nichts im Völkerrecht, das es unmöglich macht, dass eine Ausnahme einmal die Regel wird.*“

Math Noortmann, Redaktionsmitglied

Die Redaktion schließt diesen redaktionellen 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

Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?

Dieter Flecht*

While in general the development and recognition of customary international law depends not only from *opinio iuris*, but also from a consistent practice of States, including those States specially affected, in the special field of humanitarian law the application of the latter principle is very limited: International humanitarian law is relevant also in peacetime and all States are called to cooperate in ensuring respect for its rules. In the development of customary international humanitarian law *opinio iuris* may play a much greater role than *usus*. This explains the special role of verbal acts of States including military manuals for the formation of customary humanitarian principles and rules. A critical review of the ICRC Study is both necessary and useful, as it would not suffice to confirm customary obligations unilaterally. Customary international law remains a product of cooperation. Certain opinions expressed by State representatives in this context may have short-time importance. It may also be questioned whether and to what extent certain opinions are in fact serving long-term national interests. The ICRC Study and its intended update may not only be seen as stating current customary humanitarian norms, but also as contributing to their further development. The Study has revitalized a necessary discussion on humanitarian standards of protection, and it is this discussion that should lead to consensus-building on such standards.

Während die Herausbildung einer Regel des Völkergewohnheitsrechts grundsätzlich nicht nur *opinio iuris*, sondern ebenso eine konsistente Praxis vor allem derjenigen Staaten erfordert, die besonders betroffen sind, gilt dies auf dem besonderen Gebiet des humanitären Völkerrechts nur in sehr eingeschränktem Maß: Das humanitäre Völkerrecht ist auch im Frieden relevant und alle Staaten sind aufgerufen, zur Durchsetzung seiner Regeln beizutragen; bei seiner Entwicklung spielt *opinio iuris* eine viel stärkere Rolle als *usus*; dies erklärt auch die besondere Bedeutung, die verbale Akte von Staaten und insbesondere auch Militärhandbücher bei der Herausbildung gewohnheitsrechtlicher Grundsätze und Regeln des humanitären Völkerrechts haben. Eine kritische Auseinandersetzung mit der IKRK-Studie ist notwendig und nützlich, da es nicht genügen kann, dass gewohnheitsrechtliche Regeln einseitig bestätigt werden. Völkergewohnheitsrecht bleibt ein Produkt der Zusammenarbeit. Auffassungen, die von Regierungsvertretern in diesem Zusammenhang geäußert werden, können von kurzfristiger Bedeutung sein. Es mag auch durchaus bezweifelt werden, ob und in welchem Umfang bestimmte Erklärungen tatsächlich langfristigen staatlichen Interessen dienen. Die IKRK-Studie und ihre beabsichtigte Fortschreibung kann nicht nur als Aufzeichnung des geltenden Gewohnheitsrechts, sondern auch als Beitrag zu seiner Weiterentwicklung angesehen werden. Die Studie hat eine notwendige Debatte über humanitäre Schutzstandards neu belebt, die zur Konsensbildung beitragen sollte.

1. Einführung

Ich danke Ihnen für die Gelegenheit, hier zu einer Fragestellung Stellung nehmen zu können, die ganz im Geist der Teinacher Tagungen formuliert ist: Als ich vor Jahren gemeinsam mit *Rudolf Goldmann* und *Horst Fischer* an den ersten Programmen dieser Treffen arbeiten durfte, war uns die Bedeutung der Konsensbildung für die Anwendung und Durchsetzung des humanitären Völkerrechts besonders bewusst. Wer von der Notwendigkeit internationaler Zusammenarbeit für die Anwendung und Durchsetzung des humanitären Völkerrechts überzeugt ist, muss natürlich einer Polarisierung sehr kritisch gegenüberstehen. Nun lässt aber das mir gestellte Thema zwei oder drei verschiedene Antworten zu: Die IKRK-Studie¹ hat neben viel Lob auch manchen Widerspruch hervorgerufen und es ist wichtig, darüber nachzudenken, ob das eine oder das andere überwiegt, oder ob die Wahrheit vielleicht in der Mitte liegt. Im akademischen Diskurs über die Studie liegt es nahe, kritischen Bewertungen größeren Raum zu geben, als bloßer Zustimmung. Dabei kann das große publizistische Echo selbst als hohe Anerkennung für die professionelle Leistung des IKRK, der beiden

Herausgeber und ihrer zahlreichen Mitarbeiter betrachtet werden. Regierungsexperten haben mit ihren kritischen Stellungnahmen augenscheinlich das Ziel verfolgt, für ihre Auftraggeber größeren Bewegungsspielraum bei der Planung und Bewertung militärischer Operationen zu gewinnen. Dem entspricht es, dass ihre Kritik oft sehr allgemein gehalten und auf die Methode der Feststellung von Gewohnheitsrecht konzentriert war. Soweit sie sich gegen einzelne der insgesamt 161 Regeln richtete, wurde dies – alle eigenen Positionen offen haltend – stets nur als Beispiel für mögliche weitere Kritikpunkte bezeichnet.

* Der Beitrag beruht auf dem Einführungsvortrag zur 19. Tagung von Bundeswehr-Rechtsberatern und Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes (Bad Mergentheim, 27.–28. März 2009). Der Verfasser, ehem. Leiter des Völkerrechtsreferats des Bundesministeriums der Verteidigung, äußert seine persönliche Auffassung.

¹ *J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck* (Hrsg.), Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005, Vol. I: Rules; Vol. II, Parts 1 and 2: Practice, vgl. auch: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/pcustom?opendocument>. (am 14. September 2009).

Ich möchte hier keine umfassende Bewertung aller bisher vorgetragenen Argumente unternehmen, sondern der Frage nach dem Stellenwert der Studie für die Anwendung des humanitären Völkerrechts in diesem Jahrzehnt nachgehen. Dabei werden natürlich auch Punkte zur Sprache kommen, die gleich anschließend an meinen Vortrag in größerer Ausführlichkeit und vielleicht auch mit etwas anderer Zielrichtung zur Diskussion gestellt werden. Erst eine umfassende Debatte, die über diese Tagung weit hinaus reichen muss, wird zeigen können, inwieweit die für die Rechtsanwendung so wichtige Konsensbildung unter den Staaten, den betroffenen internationalen Organisationen und nicht staatlichen Akteuren durch die Studie gefördert werden konnte.

2. Das Mandat für die Studie

Die IKRK-Studie entspricht dem Mandat der 26. Internationalen Rotkreuzkonferenz 1995, „*einen Bericht über gewohnheitsrechtlich geltende Regeln des humanitären Völkerrechts in internationalen und nicht internationalen bewaffneten Konflikten zu erarbeiten und diesen den Staaten und zuständigen internationalen Einrichtungen zuzuleiten*“. Welche Ziele wurden dabei verfolgt? Wie IKRK-Präsident *Jakob Kellenberger* im Vorwort erklärte, dient die Studie im Wesentlichen drei Zielen: *erstens* beschreibt sie Grundsätze und Regeln des humanitären Völkerrechts, die für alle Staaten unabhängig von jeweils bestehenden vertraglichen Bindungen verbindlich sind; *zweitens* dient sie der Feststellung geltender Regeln in nicht internationalen bewaffneten Konflikten, die im Vertragsrecht nur wenig ausgebildet sind; und schließlich bietet sie Hilfe bei der Auslegung des Vertragsrechts, die sogar zu einem Wandel in der Auslegung vertraglicher Regeln führen kann, soweit der Nachweis über eine neue Regel des Gewohnheitsrechts geführt wird, die Vorrang vor der älteren Vertragsbestimmung hat. Das IKRK hat sehr deutlich gemacht, dass das Ziel der Studie keinesfalls darin liegt, eine von Staaten erklärte Verweigerung der Ratifikation bestimmter Abkommen zu umgehen. Im Gegenteil hat die Studie bestätigt, dass die Weigerung dieser Staaten auf eine begrenzte Zahl von allgemein bekannten Vertragsbestimmungen zurückzuführen ist, während sich aus den Erklärungen derselben Staaten ergibt, dass sie eine bedeutende Anzahl anderer Bestimmungen akzeptieren, gerade auch was die Führung von Feindseligkeiten betrifft. Das Anliegen des IKRK ist es, auf diesen Konsens aufzubauen, nicht in irgendeiner Weise eine Verweigerung vertragsrechtlicher Bindungen zu umgehen.

3. Voraussetzungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht

Für die Feststellung des Völkergewohnheitsrechts gelten allgemeine Regeln, die in der Einführung zur IKRK-Studie im Einklang mit den neuesten Erkenntnissen aus Wissenschaft und Rechtsprechung dargelegt worden sind. Diese Regeln und Erkenntnisse sind nicht in Stein gemeißelt, sie bilden vielmehr die Grundlage einer lebendigen Diskussion, ohne die jede gewohnheitsrechtliche Regel – und auch das ganze IKRK-Projekt – wirkungslos bleiben müsste. Es darf in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, dass im huma-

nitären Völkerrecht auch besondere Regeln gelten, die den Nachweis des Gewohnheitsrechts sehr konkret betreffen: während für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht im Allgemeinen eine verbreitete und konsistente Praxis der Staaten zu fordern ist, einschließlich derjenigen Staaten, deren Interessen durch die betreffenden Regeln besonders berührt („specially affected“) sind,² gilt dies im humanitären Völkerrecht nur in sehr eingeschränktem Maß.³

3.1. Nicht nur Konfliktparteien sind betroffen

Denn *erstens* geht militärische Praxis in bewaffneten Konflikten nicht nur die Konfliktparteien an. Die vertrags- und gewohnheitsrechtlich verankerte Verpflichtung, das humanitäre Völkerrecht einzuhalten, mag sich in erster Linie an die Parteien bewaffneter Konflikte richten, sie hat aber auch klare Bedeutung in Friedenszeiten. Außerdem sind alle Staaten verpflichtet, daran mitzuwirken, dass dieses Recht auch durchgesetzt wird. Aus diesen beiden Gründen kann auch die Entwicklung gewohnheitsrechtlicher Regeln auf diesem Gebiet nicht einzelnen Staaten oder Staatengruppen überlassen bleiben. Die im gemeinsamen Artikel 1 der Genfer Abkommen wie auch in Artikel 1 Absatz 1 des I. Zusatzprotokolls verankerte Verpflichtung, die übernommenen Regeln unter allen Umständen einzuhalten und ihre Einhaltung durchzusetzen, ist in der internationalen Gemeinschaft dynamisch interpretiert worden.⁴ Dies entspricht der grundlegenden Bedeutung humanitärer Standards als Verpflichtungen *erga omnes*.

3.2. Rechtsüberzeugung, nicht Praxis, ist ausschlaggebend

Zweitens kommt im humanitären Völkerrecht der *opinio iuris* eine gesteigerte Bedeutung zu, da in der Praxis häufig Rechtsverletzungen vorkommen, die nach allgemeiner Überzeugung nicht hinnehmbar sind und da sich angesichts der Auswirkung denkbarer militärischer Einsätze auf die Zivilbevölkerung bestimmte Regeln auch unter Verzicht auf Praxis entwickeln können.

Nach der durch Artikel 1 Absatz 2 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen neu bestätigten *Martens*'schen Klausel bleiben Zivilpersonen und Kombattanten in Fällen, die von diesem Protokoll oder anderen internationalen Übereinkünften nicht erfasst sind, unter dem Schutz und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts, wie sie sich aus „*feststehenden Gebräuchen, aus den Grundsätzen der*

² North Sea Continental Shelf Cases, Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands, (Nordsee-Festlandsockel-Fälle), ICJ Rep. 1969, S. 43, Abs. 74.

³ A. Cassese, International Law, 2. Aufl., Oxford 2005, S. 161.

⁴ F. Kalshoven, The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit, in: YHL (1999), S. 3, 54; B. Kessler, Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1, Bd. 132 der Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Berlin 2001; dies., The Duty to “Ensure Respect” Under Common Art. 1 of the Geneva Conventions: Its Implication in International and Non-International Armed Conflicts, in: GYIL (2001), S. 498-516.

Menschlichkeit und den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben“. Diese Regelungselemente sind nach Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck der Klausel nicht etwa kumulativ, sondern vielmehr disjunktiv anzuwenden, so dass bereits die Rechtsüberzeugung einer Anzahl von Staaten selbst ohne eine bestätigende Staatenpraxis zur Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Regel führen kann.

Dem entspricht es, dass im Präambelabsatz 4 des II. Zusatzprotokolls sogar jeder Bezug auf „feststehende Gebräuche“ vermieden wird (der Text lautet dort: „eingedenk dessen, dass die menschliche Person in den vom geltenden Recht nicht erfassten Fällen unter dem Schutz der Grundsätze der Menschlichkeit und der Forderungen des öffentlichen Gewissens verbleibt“), wobei allerdings die Frage nach Gewohnheitsrecht in nicht internationalen bewaffneten Konflikten, über die es auf der Diplomatischen Konferenz 1977 noch kaum eine Verständigung gegeben hätte, nicht ausdrücklich angesprochen wurde.

Angesichts notorischer Rechtsverletzungen durch Staaten und nicht staatliche Akteure ist eine im Wesentlichen auf Praxis gestützte Rechtsentwicklung nicht gut vorstellbar, sie wäre dem Schutz der Opfer bewaffneter Konflikte auch kaum angemessen. Aber ebenso wie das Vertragsrecht wird Gewohnheitsrecht von Staaten gebildet, deren Verhalten durch öffentliche Meinung und internationale Institutionen wohl beeinflusst, aber nicht diktiert werden kann.⁵

Dass im humanitären Völkerrecht *opinio iuris* eine größere Rolle spielt als *usus*, ist keine Angelegenheit akademischen Wunschenkens. Es entspricht dem Interesse der Staaten, die ihre verbalen Erklärungen auch dann ernst genommen wissen wollen, wenn diese nicht durch eigene Praxis untermauert sind. So hat der Jugoslawiengerichtshof im Fall *Kupreškić* unterstrichen, dass die *Martens'sche* Klausel ein deutlicher Beleg dafür ist, dass Grundsätze des humanitären Völkerrechts sich in einem gewohnheitsrechtlichen Prozess aus Forderungen der Menschlichkeit und des öffentlichen Gewissens herausbilden können, auch wenn Staatspraxis spärlich oder inkonsistent ist. Zwar gehe dies nicht so weit, dass Forderungen der Menschlichkeit und des öffentlichen Gewissens selbst als eigenständige Quellen des Völkerrechts angesehen werden könnten; aber die Klausel verlange zumindest, dass Regeln des humanitären Völkerrechts, die nicht hinreichend klar oder genau sind, nach Maßgabe der Menschlichkeit und des öffentlichen Gewissens auszulegen seien, ohne auf eine bestätigende Praxis zu warten.⁶

Die IKRK-Studie hat diese besonderen Gesichtspunkte in ihrer Einführung nur kurz gestreift, allerdings für eine Fortschreibung die *Martens'sche* Klausel, die Identifizierung besonders geschützter Personen und Objekte sowie die Zivilverteidigung ausdrücklich genannt.⁷ Sie hat im Übrigen neben denjenigen Staaten, deren Interessen als kriegführende Mächte besonders berührt („specially affected“) sind, mit Recht auch die Auffassungen einer großen Zahl anderer Staaten berücksichtigt, die eigene Einsatzerfahrung nicht oder nicht in jüngster Zeit gewonnen haben. Aktuelle militärische Einsatzerfahrungen geben den Erklärungen einzelner Staaten kein prinzipiell größeres Gewicht als den Auffassungen anderer Staaten:

Angesichts der Dichte und der Schnelligkeit des heutigen Informationsaustauschs ist es für die Bewertung von Sachver-

halten nicht ausschlaggebend, von welchem Staat sie ermittelt wurden. Zwar ist einem Staat, der über eigene aktuelle militärische Erfahrungen verfügt, zugutezuhalten, dass diese authentisch und realistisch sind; aber dies macht die Bewertung durch andere Staaten grundsätzlich nicht weniger relevant. Entscheidend ist vielmehr die umfassende Beurteilung eines Sachverhalts, die auch durch Dritte – vielleicht sogar mit größerer Überzeugungskraft – vorgenommen werden kann.

3.3. Zur Bedeutung verbaler Akte

Dies erklärt zugleich den besonderen Stellenwert, den die Studie verbalen Akten der Staaten für die Ermittlung gewohnheitsrechtlicher Regeln des humanitären Völkerrechts beimisst. Man kann darüber sprechen, ob nicht ein großer Unterschied zwischen deklaratorischen Äußerungen, die keine aktuelle oder absehbare Konsequenz haben, und bindenden Erklärungen im bilateralen oder multilateralen Umfeld besteht. Aber mit vollem Recht hat die Studie neben Erklärungen, die Staaten in internationalen Konferenzen abgegeben haben, vor allem Militärhandbücher (military manuals) wegen des ihnen zugrunde liegenden Abstimmungsprozesses und ihrer Außenwirkung als Hilfsmittel zur Feststellung des geltenden Gewohnheitsrechts genutzt. Dabei kann die Frage, ob diese Handbücher eher als Ausdruck von Staatenpraxis⁸ oder von *opinio iuris*⁹ oder vielleicht als beides¹⁰ anzusehen sind, hier offen gelassen werden. Entscheidend sind der Verbindlichkeitscharakter und damit auch die Entscheidungsebene des jeweiligen Herausgebers sowie die Frage, ob eine bestimmte Aussage einer völkerrechtlichen Verpflichtung entspricht oder anderen Zielen (z. B. policy statement, rules of engagement) dient. Es ist daher überzeu-

⁵ Ch. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*. General Course on Public International Law, The Hague 2001, S. 325.

⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Urt. v. 14 Januar 2000 (IT-95-16-T), Abs. 527.

⁷ J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 1), Vol. I, S. xxx.

⁸ So M. Bothe, *Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study*, in: YIHL (2005), S. 143-178, 157; ders., *Comments*, in: H.G. Post (Hrsg.), *International Economic Law and Armed Conflict*, The Hague 1993, S. 35; H.G. Post, *The Role of State Practice in the Formation of Customary International Humanitarian Law*, in: I.F. Dekker / H.G. Post (Hrsg.), *On the Foundations and Sources of International Law*, The Hague 2003, S. 129-147, 143 („evidentiary value for the identification of the practice of a state“); F. Kalshoven, *The Respective Roles of Custom and Principle in the International Law of Armed Conflict*. The Second Friedrich Martens Memorial Lecture, Tallinn, Estonia, 3 May 2007 („a form of practice not by a long way as solid as battlefield conduct, but not completely negligible either“).

⁹ So W. Heintschel v. Heinegg, *The Current State of International Prize Law*, in: H.G. Post (Hrsg.), *International Economic Law and Armed Conflict*, id., S. 5-34.; H. Spieker, *Völkerrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt*, Bochum 1992, S. 417.

¹⁰ So W. Fenrick, *Military Objectives in the Law of Naval Warfare*. Introductory Report, in: W. Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), *The Military Objective and the Principle of Distinction in the Law of Naval Warfare: Report, Commentaries and Proceedings of the Roundtable of Experts on International Humanitarian Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Schriften zur Friedenssicherung und zum humanitären Völkerrecht, Bochum 1991, S. 5 („Such manuals do not constitute law in themselves but they do constitute evidence of such state practice and they may contain persuasive statements of law.“).

gend, dass auch Militärhandbücher von Staaten, die selbst keine aktuelle Einsatzerfahrung hatten, wie z. B. die deutsche ZDv 15/2, in der Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe zum Nachweis des geltenden Gewohnheitsrechts herangezogen wurden.¹¹ Wichtig bleibt allerdings die inhaltliche Prüfung der konkreten Aussage: ist sie Ausdruck einer bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtung oder einer freiwilligen Festlegung und wird sie von anderen Staaten geteilt?

Die Gewohnheitsrechtsstudie dokumentiert staatliche Erklärungen, die als Bekenntnisse zu gemeinsamen Werten angesehen werden können, die dem humanitären Völkerrecht insgesamt zugrunde liegen. Indem die einzelnen Staaten in der Studie beim Wort genommen werden, werden diese Werte gestärkt; zugleich kann die kritische Diskussion der Studie zu einer engeren internationalen Zusammenarbeit im humanitären Völkerrecht beitragen und eine Auseinandersetzung fördern, wie sie bei internationalen Einsätzen und in multinationalen Verbänden schon seit langem gang und gäbe ist. Unterschiedliche vertragliche Bindungen, nicht nur im Falle des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen, haben im Nordatlantischen Bündnis bereits sehr frühzeitig zu planerischen und operationellen Lösungsansätzen weit oberhalb eines kleinsten gemeinsamen Nenners geführt. Im Golfkrieg von 1991, der von den USA mit einer Koalition von 26 Staaten geführt wurde, hatte das Weiße Haus Pressemitteilungen zu Luftangriffen in enger Anlehnung an einzelne Bestimmungen des I. Zusatzprotokolls formuliert, die noch zuvor als inakzeptabel galten und mit als Argument für die Ablehnung der Ratifizierung verwendet worden waren.¹² Der damalige Vorsitzende der Vereinigten Stabschefs, General *Colin Powell*, ist in seinem Bericht an den Kongress noch weiter gegangen: das I. Zusatzprotokoll sei in diesem Krieg im Wesentlichen so angewandt worden, als sei es Gewohnheitsrecht.¹³ Die Zwänge zur Zusammenarbeit sind bei militärischen Operationen sicherlich wirkungsvoller als in zivilen Bereichen; jedenfalls zeigen solche Beispiele, dass es nicht nur wenig verantwortungsvoll, sondern auch wenig professionell ist, von einem „großen Schisma“ zwischen Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten des I. Zusatzprotokolls zu reden.

4. Der kritische Diskurs ist notwendig

Eine konkrete Auseinandersetzung mit einzelnen Regeln der IKRK-Studie und deren Kritik bleibt unerlässlich, wenn die Anwendung des humanitären Völkerrechts ernst genommen und überzeugend in militärisches Handeln umgesetzt werden soll. Zwei britische Völkerrechtlerinnen, *Elizabeth Wilms-hurst* und *Susan Breau*, haben dies unlängst gemeinsam mit 14 Mitautoren sehr gründlich und in einigen Aspekten sogar überkritisch getan, ohne allerdings einen eindeutigen Fehler nachweisen zu können.¹⁴ Sie unterstreichen die Tatsache, dass die IKRK-Studie sich bereits in der kurzen Zeit seit ihrer Veröffentlichung als unentbehrliches Hilfsmittel für Staaten und internationale Organisationen erwiesen, hilfreich für die Rechtsprechung internationaler und nationaler Gerichte gewirkt und die Diskussion in der völkerrechtlichen Literatur befruchtet hat. Ihr Buch ist gerade dort, wo es überkritisch Stellung bezieht, als instruktiver Einstieg in eine professionelle Auseinandersetzung mit der IKRK-Studie zu

empfehlen. Diese Auseinandersetzung ist in der Tat unerlässlich, da gewohnheitsrechtliche Regeln nicht einseitig festgestellt werden können, sondern sich nur in internationaler Zusammenarbeit erweisen lassen.

Bei der Bewertung kritischer Stellungnahmen sollte die Weisheit amtlicher Auffassungen nicht überschätzt werden und es sollten auch Möglichkeiten eines Meinungswandels nicht unberücksichtigt bleiben. Regierungsamtliche Auffassungen können durchaus kurzlebig sein. Ich habe noch Anfang der 90er Jahre in Genf miterlebt, wie zähflüssig Expertengespräche über die Bewertung antipersoneller Laserwaffen verliefen, da einige Teilnehmer diese Option durchaus offen halten wollten und die Entwicklung einer transportablen Laserkanone zu einem Preis von 50.000 US \$ mit nur 20 kg Tragegewicht bereits kurz vor der Serienreife stand. Deshalb hat mich besonders gefreut, dass *Charles Allen* und *John Bellinger* im April 2008 das Protokoll über blindmachende Laserwaffen im Senatsausschuss für Auswärtige Angelegenheiten als voll im Einklang mit der Haltung des US-Verteidigungsministeriums bezeichnen konnten.¹⁵

Vielleicht sind auch einige Ausführungen im gemeinsamen Brief, den *John Bellinger* und *William Haynes* am 3. November 2006 zur IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie geschrieben haben,¹⁶ als kurzlebig zu betrachten: Die Kritik an der Regel 31, die den Schutz des humanitären Hilfspersonals im Ergebnis von der Zustimmung des Aufenthaltsstaats abhängig macht, geht zu Lasten vieler, auch amerikanischer Hilfsorganisationen, die sich bei ihrer Arbeit in besonders gefährdeten Einsatzgebieten nicht immer auf diese Zustimmung verlassen können. Das Verbot der Verursachung ausgedehnter, lang anhaltender und schwerer Schäden der natürlichen Umwelt in Regel 45 ist gerade für Industriestaaten lebenswichtig, die solche Schäden auch in einem bewaffneten Konflikt als durch keinen militärischen Vorteil gerechtfertigt ansehen können. Besonders unverständlich scheint mir die Kritik an der sehr zurückhaltend formulierten Regel 157, in der

¹¹ Vgl. z.B. ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Urt. v. 2. Oktober 1995 (IT-94-1-AR72), ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, in: ILM (1996), S. 32, Abs. 118.

¹² Vgl. *L. Green*, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2. Aufl., Manchester / New York 2000, S. xv.

¹³ Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress* (1992), S. 696, 700-703.

¹⁴ *E. Wilmshurst / S. Breau* (Hrsg.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2007.

¹⁵ Statement of Charles A. Allen, Deputy General Counsel (International Affairs), Department of Defense, Before the Senate Committee on Foreign Relations, *Law of Armed Conflict Treaties*, v. 15. April 2008, unter: <http://www.dod.mil/dodgc/olc/docs/testAllen080415.pdf>. (am 14. September 2009).

¹⁶ Letter from Department of State Legal Adviser, John B. Bellinger III, and Department of Defense General Counsel, William J. Haynes II, to ICRC President Dr. Jakob Kellenberger, 3. November 2006, in: ILM (2007), S. 514-531, 525-527, und in: *Israel Yearbook on Human Rights* (2007), sowie in: IRRC 866 (2007), S. 443-471, unter: http://www.defenselink.mil/home/pdf/Customary_International_Humanitarian_Law.pdf. (am 14. September 2009). Vgl. auch die Antwort von *J.-M. Henckaerts*, *Customary International humanitarian law – a response to US comments*, in: IRRC 866 (2007), S. 473-488, und in: *Israel Yearbook on Human Rights* (2008), S. 251, unter: http://www.asil.org/pdfs/USComments_Rejoinder_Final.pdf. (am 14. September 2009).

konstatiert wird, dass alle Staaten das Recht haben, universelle Gerichtsbarkeit über Kriegsverbrechen auszuüben. Denn nach den Genfer Abkommen besteht nicht nur das Recht, sondern sogar die Verpflichtung jeder Vertragspartei, schwere Verletzungen ungeachtet der Nationalität des Beschuldigten vor ihren eigenen Gerichten zu ahnden, wenn eine Auslieferung zur Strafverfolgung in einem anderen Staat nicht in Betracht kommt.¹⁷ Diese vertragliche Verpflichtung wurde in vielen Staaten nicht implementiert. Auch die US-Gesetzgebung lässt die Verfolgung von schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts bei Auslandsstraftaten nicht uneingeschränkt zu. Der War Crimes Act von 1996 erlaubt US-Gerichten nur die Verfolgung von Kriegsverbrechen, die von Mitgliedern der US-Streitkräfte oder US-Bürgern begangen oder gegen diese gerichtet sind.¹⁸ Erst der Military Commission Act aus dem Jahre 2006 sah eine Verfolgung von Ausländern für im Ausland begangene Straftaten vor, soweit diese gegen mitkriegführende Ausländer gerichtet sind;¹⁹ aber es handelte sich hier um eine Sonderregelung, die hauptsächlich dazu bestimmt war, unrechtmäßige Kombattanten im Kampf gegen den Terrorismus zu verfolgen, aber inzwischen nicht mehr angewendet wird. Ich glaube nicht, dass die Verpflichtung zur weltweiten Ahndung schwerer Verletzungen der Genfer Abkommen heute als unbestrittener Bestandteil des Gewohnheitsrechts angesehen werden kann. Auch die weltweite Geltung dieser vertraglichen Verpflichtung führt zu keinem anderen Ergebnis; denn zu viele Staaten haben das Weltrechtsprinzip nicht implementiert. Auch Deutschland ist hier kein Vorbild. Zwar gilt das Völkerstrafgesetzbuch gemäß § 1 für Straftaten gegen das Völkerrecht auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist, jedoch erlaubt eine Verfahrensbestimmung, § 153 f der Strafprozessordnung, in solchen Fällen nach Ermessen der Anklagebehörde von Verfolgung abzusehen. Aber deshalb den Staaten sogar das Recht auf strafrechtliche Verfolgung von schweren Kriegsverbrechen abzusprechen, die von Ausländern im Ausland begangen wurden, geht wohl zu weit und es widerspricht dem Anliegen, das auch von der US-Regierung geteilt wird, Kriegsverbrechern einen sicheren Hafen zu verwehren.²⁰

5. Ausblick

Ist die IKRK-Studie selbst als Beitrag zur Bildung von Gewohnheitsrecht anzusehen? Das inhaltliche Gewicht dieses Werkes, die umfassende Argumentation in Band I und die Dokumentationsdichte im zweiteiligen Band II lassen eine solche Wirkung als sehr realistisch erscheinen. Damit stellt sich die Frage, wie das Entstehen einer rechtlichen Bindung zu verhindern wäre. Es genügt dafür nicht, allgemein gehaltene Kritik oder Vorbehalte zu bekunden, vielmehr müsste einer konkreten Regel der Studie nach den Regeln der „persistent objection“ deutlich und beständig widersprochen wer-

den. Denn anders als im Vertragsrecht, das auf dem ausdrücklichen Willen der Parteien beruht, reicht für eine gewohnheitsrechtliche Bindung die stillschweigende Duldung eines Staates aus.²¹ Ein Widerspruch, der nicht allgemein geteilt wird, kann das Entstehen einer gewohnheitsrechtlichen Regel nicht generell ausschließen. Damit können „persistent objectors“ das Entstehen der völkerrechtlichen Bindung für diejenigen Staaten, die sich ihnen nicht ausdrücklich anschließen, nicht verhindern, sondern nur für sich selbst sprechen.

Ein unbestreitbarer Erfolg der Studie ist bereits heute absehbar. Er liegt darin, dass sie die notwendige Diskussion über Inhalte des humanitären Völkerrechts neu belebt und in viele Hauptstädte der Welt getragen hat. Der allgemeine Konsens über diesen Gesichtspunkt kommt nicht nur in den Resolutionen der VN-Generalversammlung zum Ausdruck, die die Diskussion über die Studie begrüßen;²² er bildet den Tenor aller Stellungnahmen, ungeachtet mancher Kritik an der Studie. Es hat in der Tat in der Geschichte des Völkerrechts vor der IKRK-Studie noch nie ein Projekt gegeben, das den Nachweis geltenden Gewohnheitsrechts so eingehend, so weltweit und so fachgerecht unternommen hätte. Dabei lässt sich kaum ein anderes Thema des Völkerrechts vorstellen, das eine so unmittelbare Auswirkung auf das Verhalten kriegführender Staaten und nicht staatlicher Akteure, wie auch auf die persönliche Lage einer so großen Zahl von Menschen hätte, die in und nach bewaffneten Konflikten in der Opferrolle leben müssen. In diesem Sinne bleibt die kritische Diskussion notwendig, auch als Voraussetzung dafür, dass über Regeln, die weltweit das Schicksal vieler Menschen betreffen, der notwendige Konsens gebildet und erhalten werden kann. ■

¹⁷ I 49 Abs. 2, II 50 Abs. 2, III 129 Abs. 2, IV 146 Abs. 2.

¹⁸ Title 18 United States Code, Sec. 2441, War Crimes Act: “(a) *Offense.* Whoever, whether inside or outside the United States, commits a war crime, in any of the circumstances described in subsection (b), shall be fined under this title or imprisoned for life or any term of years, or both, and if death results to the victim, shall also be subject to the penalty of death. (b) *Circumstances.* The circumstances referred to in subsection (a) are that the person committing such war crime or the victim of such war crime is a member of the Armed Forces of the United States or a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act).”

¹⁹ Titel 10 United States Code, Sec. 948 (a) and (c), Military Commissions Act (MCA).

²⁰ Vgl. B. Kuschnik, Deutscher Sand im völkerstrafrechtlichen Getriebe? – eine Betrachtung des § 153 f StPO im Lichte des in § 1 VStGB festgeschriebenen Weltrechtsprinzips, in: HuV-I 4 (2008), S. 230-237.

²¹ Vgl. K. Wolfke, Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice, in: J. Makarczyk (Hrsg.), *Theory of International Law and the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague 1996, S. 587-595, 594.

²² Vgl. zuletzt UN-Generalversammlung, Resolution 63/125, UN Doc. A/Res/63/125, 11. Dezember 2008, Präambel Abs. 15.

The Importance of Customary International Humanitarian Law Today

Jean-Marie Henckaerts*

Die ständig zunehmende Kodifikation des humanitären Völkerrechts zeigt auf, dass dieser Bereich des Völkerrechts bereits in großem Maße normiert ist. Dennoch hat die Anwendungsfülle des geltenden Völkervertragsrechts dazu beigetragen, dass das Gewohnheitsrecht eine „Wiederbelebung“ erfahren hat. Jede Beschreibung oder Analyse des Völkerrechts, welche nicht das Gewohnheitsrecht berücksichtigt, ist daher fehlerhaft und wird letztlich von beschränktem praktischen Nutzen in der heutigen Welt sein.

The ever increasing codification of humanitarian law means that this part of international law is highly codified. Nevertheless, impediments to the application of the wealth of existing humanitarian treaty law have contributed to a “revival” of customary humanitarian law. Hence, any description or analysis of humanitarian law that does not include an important section on customary humanitarian law will be considered deficient and, in the end, of limited practical value in today’s world.

1. Introduction

The sources of international law are set out in article 38 of the Statute of the International Court of Justice. This provision lists international conventions, international custom and general principles of law as the main sources of international law in accordance with which the Court is to decide disputes submitted to it. It further stipulates that judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations are subsidiary means for the determination of rules of law. While international conventions – or treaties – establish rules “expressly recognized by the contesting States”; international custom is defined in article 38 as “evidence of a general practice accepted as law”. Even though article 38 of the Statute of the International Court of Justice does not provide for a hierarchy among the main sources of international law, there seems to be a common belief that treaties are the most important source of international law. Historically, however, customary international law has often preceded treaty law and has provided a reservoir of principles and concepts on which much of the codification of treaties is based.¹

The history of the codification of international humanitarian law, resulting in a long series of treaties with a global scope, started in 1864 with the adoption of the first Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. During the centuries preceding this first codification, rules regulating warfare did exist but up until then, these rules were based mainly on tradition and custom. Therefore, it is fair to say, that humanitarian law started as a body of customary rules and remained so for centuries and that its codification is a much more recent phenomenon.

The main milestones in the codification of humanitarian law include:²

- **1864: First Geneva Convention protecting Wounded and Sick Soldiers**
- **1907: Hague Regulations governing the Means and Methods of Hostilities**

- **1925: Geneva Gas Protocol**
- **1949: Four Geneva Conventions**
- **1954: Hague Convention and Protocols on the Protection of Cultural Property**
- **1972: Biological Weapons Convention**
- **1977: Two Additional Protocols to the 1949 Geneva Conventions**
- **1980: Convention on Certain Conventional Weapons and five Protocols**
- **1993: Chemical Weapons Convention**
- **1997: Ottawa Convention banning Anti-Personnel Landmines**
- **1998: Statute of the International Criminal Court**
- **2005: Additional Protocol III to the 1949 Geneva Conventions**
- **2008: Oslo Convention banning Cluster Munitions**

Against the background of this wealth of treaty law providing a rather detailed codification of humanitarian law, one may forget that customary law actually lay at the basis of humanitarian law and continues to exist in parallel with these treaties. One of the difficulties in relying on custom is its proof. But this difficulty in no way diminishes the continued existence and relevance of custom, even in a highly codified field of international law such as international humanitarian law.

* Dr., Legal Adviser, Legal Division, International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva and Head of the ICRC Customary Law Project. The views expressed in this article are personal and do not necessarily reflect those of the ICRC. This contribution is based on a presentation given at a German Red Cross meeting on customary international humanitarian law in Bad Mergentheim on 27-28 March 2009. A longer version of this article will appear as J.-M. Henckaerts, “The Development of International Humanitarian Law and the Continued Relevance of Custom”, in J. Wouters / S. Verhoeven / Ph. De Man, *Armed Conflicts and the Law*, Antwerp / Oxford, Intersentia, 2010, Chapter VI.

¹ See, e.g., C.G. Weeramantry, “The Revival of Customary International Humanitarian Law”, in L. Maybee / B. Chakka, *Custom as a Source of International Humanitarian Law*, New Delhi, ICRC, 2006, at 25.

² For a more complete overview, see <http://www.icrc.org/ihl>. (accessed 17 August 2009).

2. Impediments to the application of humanitarian treaty law

Notwithstanding the high degree of codification of international humanitarian law, customary humanitarian law continues to be relevant because a number of impediments affect the application of treaty law in practice today. These impediments came to the forefront at the time of the conflicts in the former Yugoslavia and Rwanda in the first half of the 1990s and explain why a study on customary international humanitarian law was commissioned at that time (see *infra*).

The three main impediments to the application of humanitarian treaty law today are:

1. Lack of geographic coverage. The geographic coverage of application of humanitarian law treaties is limited to those States that have ratified them. This is problematic because most humanitarian law treaties have not been universally ratified.
2. Separate treaty regulation for international and non-international armed conflicts. The application of two sets of treaty rules, one for international and another for non-international armed conflicts, can be problematic in practice, e.g. in mixed conflicts which are both international and non-international at the same time.
3. Lack of substantive content with respect to non-international armed conflicts. The majority of contemporary armed conflicts are non-international armed conflicts yet treaty law governing such is still rudimentary.

2.1. Lack of geographic coverage

Most humanitarian law treaties are not universally ratified, e.g. the 1977 Additional Protocols to the Geneva Convention, the 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocols and the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons and its Protocols. Their geographic reach depends on the ratification record of each treaty. This problem no longer affects the application of the four Geneva Conventions of 1949 since they have been universally ratified today.³

While Additional Protocols I and II to the Geneva Conventions have been ratified by more than 160 States today – an impressive ratification record by any measure – an important number of States still remains outside the framework of this treaty regime. This situation implies that in different conflicts, different treaty regimes apply which is not satisfactory from the perspective of the legal protection of war victims.

The fact that different treaties have different levels of ratification also has an impact on coalition warfare when different coalition partners have not subscribed to the same treaties. In such cases, only customary humanitarian law provides a common set of rules that is applicable to all coalition partners. Therefore, even if a State is a party to a particular treaty, it may still be relevant to know to what extent that treaty

reflects customary law and is, as such, binding on coalition partners which have not ratified it.

2.2. Separate treaty regulation for international and non-international armed conflicts

Most humanitarian law treaties are based on a significant divide between the rules that apply in international and in non-international armed conflicts. Depending on the particular circumstances of an armed conflict, its characterization as international or non-international will determine, for example, whether only common article 3 or the entire body of the Geneva Conventions applies, whether Additional Protocol I or Additional Protocol II applies and which of the grave breaches and serious violations of humanitarian law in article 8 of the Statute of the International Criminal Court are applicable. The determination as to whether a conflict is international or non-international can be problematic in some cases. For example, the conflicts in the former Yugoslavia were not easy to characterize as international or non-international because in reality they were a mix of both. The overlapping application of the treaty rules applicable in international and in non-international armed conflicts to different parties engaged in such mixed armed conflict creates a complicated legal construction.

2.3. Rudimentary treaty law governing non-international armed conflicts

The third, and by far the most important, impediment to the application of humanitarian treaty law is that it offers only a rudimentary framework for the regulation of non-international armed conflicts, in particular with respect to the conduct of hostilities. Common article 3 of the Geneva Conventions, the only provision of the Geneva Conventions that is formally applicable to non-international armed conflicts, does not as such deal with the conduct of hostilities. Furthermore, Additional Protocol II does not deal with the conduct of hostilities and a number of other issues in sufficient detail either. For example, unlike Additional Protocol I, Additional Protocol II does not provide for the obligation to distinguish between military objectives and civilian objects. As a result, it does not contain any protection for civilian objects in general, nor does it define civilian objects and military objectives. This is problematic in practice because even in non-international armed conflicts, armed forces (both State armed forces and armed opposition groups) will actually be required to limit their military operations to military objectives. Additional Protocol II lacks other key provisions on the conduct of hostilities as well, such as the prohibition and definition of indiscriminate attacks and the obligation to take precautions in attack and against the effects of attack.

³ After its independence, Montenegro was the last State to ratify the Geneva Conventions on 2 August 2006. Hence, when the Geneva Conventions entered into force for Montenegro 6 months later, on 2 February 2007, the applicability of the Geneva Convention became universal. As a result, the Conventions are binding on all States as a matter of treaty law, regardless of whether they are also part of customary international law. The conclusion that the Conventions are currently “universally” ratified does not preclude future ratifications by new States.

One notable exception to this situation is the prohibition to attack civilians which has been included *ab initio* in Additional Protocol II and in subsequent treaties.⁴ Article 13 of Additional Protocol II provides that “the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack [...] unless and for such time as they take a direct part in hostilities”. Under the Statute of the International Criminal Court, “intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking a direct part of hostilities” constitutes a war crime in non-international armed conflict.⁵ Unlike Additional Protocol I,⁶ however, Additional Protocol II does not contain a specific definition of the terms “civilian population” and “civilian” even though these terms are used in several provisions.⁷ Subsequent treaties, applicable in non-international armed conflicts, similarly use the terms civilians and civilian population without defining them.⁸ The International Committee of the Red Cross (ICRC) interpretative guidance on the notion of “direct of participation in hostilities” defines the term civilians for the purposes of the principle of distinction in non-international armed conflicts as “all persons who are not members of state armed forces or organized armed groups of a party to the conflict” and specifies that in non-international armed conflict “organized armed groups constitute the armed forces of a non-state party to the conflict and consist only of individuals whose continuous function it is to take a direct part in hostilities (*‘continuous combat function’*).”⁹

3. The clarification of customary humanitarian law

The brutal wars in the former Yugoslavia and Rwanda constituted moments of deep crisis for the credibility of international humanitarian law. The world witnessed the unfolding horrors in these conflicts but was unable to stop them and to enforce the law. One of the cardinal principles of humanitarian law – the distinction between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives – was repeatedly and wilfully violated in these conflicts and this with apparent impunity. Something had to be done. To this effect, the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims met in Geneva in January 1995 and adopted a series of recommendations aimed at enhancing respect for humanitarian law, in particular by means of preventive measures that would ensure better knowledge and more effective implementation of the law. Recommendation II of the Intergovernmental Group of Experts proposed that: “The ICRC be invited to prepare, with the assistance of experts in IHL [international humanitarian law] representing various geographical regions and different legal systems, and in consultation with experts from governments and international organizations, a report on customary rules of IHL applicable in international and non-international armed conflicts, and to circulate the report to States and competent international bodies.”¹⁰

In December 1995, the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, at which all States party to the Geneva Convention are present and have a vote, endorsed this recommendation and officially mandated the ICRC to

prepare a report on customary rules of international humanitarian law applicable in international and non-international armed conflicts.¹¹ Nearly ten years later, in 2005, after extensive research and widespread consultation of experts, this report, now referred to as the “Study” on customary international humanitarian law, was published.¹²

The Conference gave this mandate to the ICRC in particular in light of the rudimentary nature of treaty law governing non-international armed conflicts. Indeed, both the former Yugoslavia and Rwanda had ratified Additional Protocol II when their armed conflicts broke out but, as explained above, the Protocol contains many gaps. Therefore, States wanted to know to what extent these gaps had been filled by customary international law. The mandate was a request for the ICRC to assist States in the difficult and time-consuming task of clarifying the content of customary international law.

The ICRC Study has identified 161 rules of customary international humanitarian law covering a wide range of issues. Most of the 161 rules are applicable in both international and non-international armed conflicts. Although the identification of these rules reflects a comprehensive assessment of

⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts [Additional Protocol II], Geneva, 8 June 1977, art. 13; CCW, Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices [Protocol II], Geneva, 10 October 1980, art. 3(2); CCW, Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices, as amended, Geneva, 3 May 1996 [Amended Protocol II], art. 3(7); CCW, Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons, Geneva, 10 October 1980 [Protocol III], art. 2(1) and Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, art. 8(2)(e)(i).

⁵ Statute of the International Criminal Court, *supra* note 4, art. 8(2)(e)(i).

⁶ See Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict, Geneva, 8 June 1977 [Additional Protocol I], art. 50.

⁷ Additional Protocol II, *supra* note 4, art. 13–15 and 17–18.

⁸ See, e.g., CCW, Amended Protocol II, *supra* note 4, art. 3(7)–(11); CCW, Protocol III, *supra* note 4, art. 2; Ottawa Convention on the Prohibition of Anti-personnel Mines, Oslo, 18 September 1997, preamble; Statute of the International Criminal Court, *supra* note 4, art. 8(2)(e)(i), (iii) and (viii).

⁹ ICRC, “Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, (2008) 872 International Review of the Red Cross 991.

¹⁰ ICRC “Annex II: Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims, Geneva, 23–27 January 1995: Recommendations”, (1996) 310 International Review of the Red Cross 84, Recommendation II.

¹¹ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 3–7 December 1995, Resolution 1, International humanitarian law: From law to action; ICRC “Extract from International Humanitarian Law : from law to action. Report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims; 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent”, (1996) 310 International Review of the Red Cross 58.

¹² J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Volume II: Practice (2 Parts)*, Cambridge University Press, 2005. Volume I is also available in Arabic (ICRC, Cairo, 2007), in Chinese (China Law Press, Beijing, 2007), in Farsi (Majd Publishers, Tehran, 2008), in French (Editions Bruylant, Brussels, 2006), in Russian (ICRC, Moscow, 2006), in Serbian (ICRC, Belgrade, 2005), in Spanish (ICRC, Buenos Aires, 2007) and in Turkish (forthcoming 2010). For more information, see <http://www.icrc.org/eng/customary-law>. (accessed 17 August 2009).

practice – it took nearly 10 years to complete the Study – it is not exhaustive. Additional rules of customary international law certainly exist and new rules may emerge in the future, depending on the evolution of practice. The ICRC has therefore initiated a project, together with the British Red Cross and based at the Lauterpacht Centre for International Law of Cambridge University, to update the practice underlying the Study and to publish it online in the future.¹³

The ICRC Study on customary humanitarian law has revealed the existence of an important body of customary humanitarian law. These customary rules are binding on all States regardless of ratification of treaties and also on armed opposition groups in case of rules applicable to all parties to a non-international armed conflict. The Study has also shown that State practice has created a significant number of customary rules governing non-international armed conflicts. Indeed 148 of the 161 rules identified in the Study are applicable in non-international armed conflicts. These customary rules fill a large part of the gap left by treaty law in the regulation of non-international armed conflict. Finally, the Study shows that many of the customary rules applicable to non-international armed conflicts are the same as those applicable to international armed conflicts. This is the case for most of the rules on the conduct of hostilities, methods of warfare, weapons, and treatment to be accorded to civilians and persons *hors de combat*, who are in the power of a party to the conflict. The description of these customary rules in the Study is, therefore, a significant development in bridging the divide between the regulation of international and non-international armed conflicts; a divide that continues to exist in treaty law. This is not to say that the law of international and non-international armed conflict is now the same. Important differences continue to exist and the Study reflects these differences.¹⁴

4. The practical relevance of customary humanitarian law

In light of the impediments to the application of humanitarian treaty law, customary humanitarian law continues to be of practical relevance in various ways. Below are a few examples of the recent use of customary international humanitarian law.

4.1. Military operations

Customary humanitarian law continues to provide an important legal framework for the conduct of hostilities in recent and current armed conflicts. This was the case, for example, during the US invasion of Afghanistan in 2001 and of Iraq in 2003 as neither Afghanistan, nor Iraq, nor the United States are parties to Additional Protocol I. A similar situation prevailed during the 2006 conflict between Israel and Lebanon, particularly against Hezbollah forces, as well as during the intervention in early 2007 of Ethiopian and US forces in Somalia. Most recently, customary humanitarian law was again a relevant legal framework in the war in the Gaza strip between Israel and Hamas forces. The war between Russia and Georgia in the summer of 2008, on the other hand, was

governed by the Geneva Conventions and Additional Protocol I and, therefore, customary humanitarian law was less relevant.

With respect to non-international armed conflict, customary humanitarian law provides an important legal framework in conflicts in both States not party to Additional Protocol II and in States that are party to the Protocol. In the former, such as today's Afghanistan or yesterday's Sri Lanka, where common article 3 of the Geneva Conventions is the main (or only) applicable treaty provision, customary humanitarian law provides the majority of applicable rules. In the latter, such as Colombia, customary humanitarian law usefully complements the legal framework of Additional Protocol II.¹⁵

State armed forces and, in case of non-international armed conflicts, non-State armed groups, are both bound to respect the relevant customary rules of humanitarian law. These rules are also an important legal yardstick that can be used by civil society in the States concerned, as well as by third States and international organizations in the exercise of their obligation to ensure respect for humanitarian law.

Finally, in coalition warfare, such as the military operations of the US and its coalition partners in Iraq and the operations of NATO member States in Afghanistan, as part of the International Security Assistance Force in Afghanistan (ISAF), customary humanitarian law represents common rules applicable to all coalition partners. This stands in contrast to treaty obligations which may vary greatly among coalition partners. Joint operations must therefore comply with the common, customary rules, although individual coalition partners may have wider treaty obligations under the respective treaties they have ratified.

4.2. Fact-Finding

Since customary international law continues to be one of the main legal frameworks in many armed conflicts, it is not surprising that fact-finding missions related to those conflicts also rely on the customary law framework. One example is the work of the International Commission of Inquiry on Darfur in 2004–2005.¹⁶ As the Commission reviewed facts related to the conflict in Darfur, Sudan, at a time when Sudan

¹³ For more information, see http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/cihl_project.php. (accessed 17 August 2009).

¹⁴ For more information, see J.-M. Henckaerts, „Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict“, (2005) 857 International Review of the Red Cross 175–197.

¹⁵ See, e.g., J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, supra note 12, Rules 7–24 on the conduct of hostilities; Rules 31–32 on humanitarian relief personnel and objects; Rule 34 on journalists; Rules 43–45 on the environment; Rules 115–116 on the dead; Rule 117 on the missing; Rule 123 on persons deprived of their liberty, which are additional to the treaty rules in Additional Protocol II.

¹⁶ See Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. (accessed 17 August 2009).

was not yet a party to Additional Protocol II, customary international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts was of particular relevance for the work of the Commission. The Commission report served as the basis for the UN Security Council decision to refer the situation in Darfur to the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC) in accordance with article 13(b) of the ICC Statute.¹⁷ At the time of writing, the Court issued a warrant of arrest for Omar Al Bashir on the basis of his individual criminal responsibility on five counts of crimes against humanity and two counts of war crimes.¹⁸ This shows that, even though these charges are now based on the Court's Statute, they originated on the basis of criminal responsibility under customary international law.

Other examples include the report of several Special Rapporteurs of the UN Human Rights Council and the Representative of the Secretary-General on Internally Displaced Persons on their mission to Lebanon and Israel in the wake of the 2006 conflict.¹⁹ Most recently, a 2009 combined report of several mandate-holders of the UN Human Rights Council Special Procedures and the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict relied to a great extent on customary humanitarian law.²⁰

4.3. Judicial and arbitration proceedings

4.3.1. National judicial proceedings

In many States customary international law may be invoked directly before national courts and tribunals. Such is the case in Israel where the Supreme Court has on several occasions pronounced itself on the customary nature of rules of humanitarian law.²¹ In recent years, it has done so with reference to the ICRC Study on the subject. For example, in a judgment of December 2005 on the so-called neighbour procedure used by the Israel Defense Forces (IDF) to capture persons, the Israeli Supreme Court referred with approval to the Study's findings on the customary nature of the precautions to give effective, advance warning (Rule 20) and to remove civilians from the vicinity of military objectives (Rule 24) as well as the prohibition of human shields (Rule 97).²² Similarly, in its judgment of December 2006 on the policy of targeted killing, the Israeli Supreme Court referred with approval to the Study's conclusions concerning the principle of distinction between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives (Rules 1 and 7), the principle that civilians are protected against attack, unless and for such time as they take a direct part in hostilities (Rule 6), the prohibition of indiscriminate attacks (Rule 11) and the prohibition to cause excessive incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof (Rule 14).²³ Most recently, in a judgment of January 2008 concerning the reduction of fuel and electricity supply from Israel to Gaza, the Court referred to customary international humanitarian law and the ICRC Study stating that "each party to a conflict is obliged to refrain from disrupting the passage of basic humanitarian relief to populations needing it in areas under its control" but found that Israel had not violated this obligation.²⁴

4.3.2. International judicial proceedings

At the international level, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) increasingly operates on the basis of article 3 of its Statute which gives the Tribunal jurisdiction over "violations of the laws or customs of war". Any conviction based on article 3 of the Statute requires proof that the crime in question is part of customary international law, lest the principle of legality be violated (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*).²⁵ For example, in

¹⁷ Security Council, Resolution 1593, UN Doc. S/Res/1593, 31 March 2005.

¹⁸ Pre-Trial Chamber I, In the case of *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* („Omar Al Bashir“), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009. The five counts of crimes against humanity are: murder – art. 7(1)(a); extermination – art. 7(1)(b); forcible transfer – art. 7(1)(d); torture – art. 7(1)(f); and rape – art. 7(1)(g). The two counts of war crimes are: intentionally directing attacks against a civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities – art. 8(2)(e)(i); and pillage – art. 8(2)(e)(v). See also *ibid.*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009.

¹⁹ Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 October 2006, Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary-General on Human Rights of Internally Displaced Persons, Walter Kälin; and the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, Miloon Kothari: Mission to Lebanon and Israel (7-14 September 2006), para. 22 and following.

²⁰ Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/10/22, 20 March 2009, Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories – Combined Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, the Representative of the Secretary-General on the human rights of internally displaced persons, the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, the Special Rapporteur on the right to food, the Special Rapporteur on extrajudicial, arbitrary or summary executions, the Special Rapporteur on the right to education, and the Independent Expert on the question of human rights and extreme poverty, para. 11 (principles of distinction, proportionality and precaution, referring to Rules 6-9, 11-13, 15-24 and 97), para. 46 (prohibition of attacking, destroying, removing or rendering useless objects indispensable to the survival of the civilian population, referring to Rule 54), para. 66 (protection of medical personnel and facilities, referring to Rules 25 and 28-29), para. 66 (prohibition of attacks against schools, referring to Rule 38), para. 83 (prohibition of arbitrary displacement of civilians, referring to Rules 24 and 129-131).

²¹ See, e.g., Israel, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Affo and others v. Commander of the IDF in the West Bank*, HCJ 785/87, HCJ 845/87, HCJ 27/88, 10 December 1988, (1990) 29 ILM 139 (concerning the customary nature of art. 49 of the Fourth Geneva Convention).

²² Israel, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others*, HCJ 3799/02, 23 June 2005, paras. 20, 21 and 24.

²³ Israel, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others*, HCJ 769/02, 13 December 2006, paras. 23, 29–30 and 41–42; see also references to the commentary of the Study in paras. 33–34 and 40 and 46.

²⁴ Israel, The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. The Prime Minister and Minister of Defence*, HCJ 9132/07, 30 January 2008, para. 14 and subsequent paragraphs.

²⁵ See Th. Meron, "The Revival of Customary Humanitarian Law", (2005) 4 American Journal of International Law 817.

Prosecutor v. Hadžihasanovi, the appeals chamber of the Tribunal concluded that the prohibition of wanton destruction of cities, plunder of public or private property, attacks against cultural property, and more broadly, of attacks on civilian objects were customary norms whose violation, including in non-international armed conflict, entails individual criminal responsibility under customary international law. In doing so, it cited practice recorded in Volume II of the ICRC Study on customary humanitarian law, rather than the black-letter rules in Volume I.²⁶ Earlier in the same case, the appeals chamber had to determine whether it could apply the principles of command responsibility to war crimes committed in a non-international conflict. Since Additional Protocol II is silent on the matter of command responsibility, the appeals chamber examined whether command responsibility applied in non-international armed conflict on the basis of customary international law and concluded that it did.²⁷ This conclusion confirms a similar finding in the ICRC Study on customary international humanitarian law.²⁸

Another example of reliance on customary humanitarian law can be found in the case-law of the Special Court for Sierra Leone which found that the recruitment of child soldiers was a war crime, including in non-international armed conflicts, under customary international law.²⁹

4.3.3. International arbitration

One notable example of the relevance of customary humanitarian law in arbitration proceedings is the work of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission. This Commission was set up after the end of the armed conflict between Ethiopia and Eritrea in 2000 to: “decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party that are (a) related to the conflict that was the subject of the Framework Agreement, the Modalities for its Implementation and the Cessation of Hostilities Agreement, and (b) result from violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law.”³⁰

The relevance of customary humanitarian law for the work of the Commission is self-evident as neither the Geneva Conventions nor Additional Protocol I were formally applicable during the conflict as Eritrea had not ratified any of these treaties at the time. The Commission therefore decided that it would work on the assumption that the Geneva Conventions, as well as Additional Protocol I, represent customary international law. However, if either party to the arbitration proceedings wished to challenge this assumption that party would have the burden of proof with respect to the Geneva Conventions, whereas the Commission would have the burden of proof with respect to Additional Protocol I.³¹

Hence, in a Partial Award of 19 December 2005 relating to issues on the conduct of hostilities, the Commission confirmed the customary status of a number of provisions of

Additional Protocol I.³² The Commission concluded, for example, that it could use article 54(2) of Additional Protocol I (concerning attacks against objects indispensable for the survival of the civilian population) to assess the legality of an aerial bombardment of a water sanitation plant near Asmara by the Ethiopian air force because that provision of Additional Protocol I reflected customary international law.³³

5. Conclusion

The ever increasing codification of humanitarian law, starting in 1864 and continuing until this day, means that this part of international law is highly codified. Nevertheless, in the big picture of the history of mankind and of warfare, this codification is still a rather recent phenomenon. Customary rules have regulated warfare for centuries prior to the start of this wave of codification and continue to do so today. Impediments to the application of the wealth of existing humanitarian treaty law have contributed to a “revival” of customary humanitarian law.³⁴ Hence, any description or analysis of humanitarian law that does not include an important section on customary humanitarian law will be considered deficient and, in the end, of limited practical value in today’s world.

The ICRC Study on customary international humanitarian law offers a practical tool to find the rules of customary international humanitarian law. In addition, it describes the practice on which these rules are based. As such, both the rules identified in the Study and the collected practice underlying the rules can be used and have already been relied upon by practitioners in different settings. It is hoped that the ongoing update of the practice will sustain the current “revival” of customary international humanitarian law into the future. ■

²⁶ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Hadžihasanovi and Kubura*, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98 bis Motions for Acquittal, IT-01-47-AR73.3, 11 March 2005, paras. 29–30, 38 and 45–46.

²⁷ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Hadžihasanovi and Kubura*, Decision on Command Responsibility, IT-01-47-AR72, 16 July 2003, para. 31.

²⁸ See J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *supra* note 15, Rule 153.

²⁹ Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), SCSL-2004-14-AR72(E), 31 May 2004.

³⁰ Agreement between the Governments of the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Algiers, 12 December 2000, art. 5(1).

³¹ See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Prisoners of War, Eritrea’s Claim 17*, 1 July 2003, para. 41 and Partial Award, *Prisoners of War, Ethiopia’s Claim 4*, para. 32 (concerning the Geneva Conventions); Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Central Front, Eritrea’s Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22*, 28 April 2004, para. 23 and Partial Award, *Central Front, Ethiopia’s Claim 2*, para. 17 (concerning Additional Protocol I).

³² Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, 19 December 2005, para. 95 (finding art. 48, 51(2), 51(4)–(5), 52, 57 and 58 of Additional Protocol I to be customary).

³³ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, 19 December 2005, paras. 104–105 (finding art. 54(2) of Additional Protocol I to be customary).

³⁴ The term is borrowed from Th. Meron, *supra* note 25.

Follow-up der IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie

Iris Müller*

The study on customary international humanitarian law, published by the International Committee of the Red Cross (ICRC) in 2005, was the result of a process of nearly ten years. Mandated by the 26th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, the ICRC, together with international experts, had conducted an extensive collection and analysis of state practice in the area of international humanitarian law. Volume I of the study presents, in 161 rules, the conclusions drawn from the state practice found, while volume II lists the entirety of this practice. Since its publication, the study, its methodology and conclusions have been widely discussed. The study has been used in practice in various fora. The formation of customary law through state practice and *opinio iuris* is a continuous process. In 2007, the British Red Cross and the ICRC therefore decided to initiate a joint project to update the practice collection of the customary law study.

Die im Jahr 2005 vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) veröffentlichte Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht war das Ergebnis eines fast zehnjährigen Prozesses. Mandatiert durch die 26. Internationale Rotkreuz- und Rothalbmondkonferenz, hatte das IKRK in Zusammenarbeit mit internationalen Experten eine umfangreiche Sammlung und Auswertung von Staatenpraxis im Bereich des humanitären Völkerrechts durchgeführt. Band I der Völkergewohnheitsrechtsstudie legt, in 161 Regeln gegliedert, die Schlussfolgerungen aus der gefundenen Staatenpraxis dar, während Band II der Studie die Gesamtheit dieser den Regeln zugrundeliegenden Praxis aufführt. Seit ihrer Veröffentlichung wurden die Völkergewohnheitsrechtsstudie, die von ihr angewandte Methodik sowie ihre Ergebnisse umfassend diskutiert. Auch wurde die Studie in verschiedenen Foren praktisch genutzt. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Staatenpraxis und *opinio iuris* ist ein kontinuierlicher Prozess. Im Jahr 2007 beschlossen daher das Britische Rote Kreuz und das IKRK, ein gemeinsames Projekt zur Aktualisierung der Praxissammlung der Völkergewohnheitsrechtsstudie zu initiieren.

1. Einleitung

Im März 2005 hat das IKRK eine Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht (Völkergewohnheitsrechtsstudie) veröffentlicht.¹ Aus zwei Bänden bestehend, führt die Völkergewohnheitsrechtsstudie in ihrem ersten Band 161 Regeln auf, die sie für gewohnheitsrechtlich geltend befunden hat. Der zweiteilige, fast 4000 Seiten umfassende, zweite Band der Studie enthält die Sammlung von Staatenpraxis, auf der die Schlussfolgerungen des ersten Bandes beruhen. Berücksichtigt wurde dabei Material bis Ende 2002, vereinzelt auch bis Anfang 2003. Seit Juni 2007 arbeitet ein vom Britischen Roten Kreuz und IKRK gemeinsam getragenes Projektteam an der Aktualisierung des zweiten, des „Praxis“-Bandes der Völkergewohnheitsrechtsstudie. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über Hintergrund und Durchführung der Völkergewohnheitsrechtsstudie, ihre Verbreitung und Rezeption sowie ihre Fortschreibung gegeben werden.

2. Hintergrund der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Die im Jahr 2005 veröffentlichte Völkergewohnheitsrechtsstudie war das Ergebnis eines fast zehnjährigen Prozesses. Eingeladen von der Schweizerischen Regierung auf der Grundlage der im Jahr 1993 abgehaltenen „International Conference for the Protection of War Victims“², kam im Januar 1995 in Genf eine „Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims“ zusammen, die einstimmig acht praktische Empfehlungen zur Verbesserung der Achtung des humanitären Völkerrechts beschloss. In der zweiten der Empfehlungen riet die Gruppe an, das IKRK einzuladen, in Zusammenarbeit mit internationalen Experten einen Bericht zu den in internationalen und nichtinternatio-

nalen bewaffneten Konflikten anwendbaren gewohnheitsrechtlichen Regeln des humanitären Völkerrechts auszuarbeiten und diesen zu zirkulieren:

*“The Experts recommend that: - the ICRC be invited to prepare, with the assistance of experts in IHL representing various geographical regions and different legal systems, and in consultation with experts from governments and international organizations, a report on customary rules of IHL applicable in international and non-international armed conflicts, and to circulate the report to States and competent international bodies.”*³

Im Dezember 1995 befürworteten die im Rahmen der 26. Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondkonferenz versammelten Vertragsstaaten der Genfer Abkommen und Komponenten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung

* Iris Müller, Ass. iur., LL.M. (Genf), ist Researcherin im gemeinsamen Projekt des Britischen Roten Kreuzes und des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) zur Aktualisierung des Praxisteils der Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht. Die Verfasserin möchte Michael Meyer, Britisches Rotes Kreuz, und Jean-Marie Henckaerts, IKRK, für ihre Kommentare zu diesem Artikel und dem ihm zugrundeliegenden Vortrag im Rahmen der Bad Mergentheimer Tagung danken. Die hier vertretenen Ansichten sind allein die der Verfasserin und entsprechen nicht notwendigerweise den Ansichten des Britischen Roten Kreuzes oder des IKRK.

¹ J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck (Hrsg.), Customary International Humanitarian Law, zwei Bände, Band I: Rules, Band II: Practice (zweiteilig), Cambridge 2005.

² *Id.*, S. xxxiii; siehe auch: International Conference for the Protection of War Victims, Genf, 30. August bis 1. September 1993, Abschlusserklärung, in: International Review of the Red Cross 296 (1993), S. 381.

³ *Ibid.*; siehe auch: Meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims, Genf, 23. bis 27. Januar 1995, Empfehlung II, in: International Review of the Red Cross 310 (1996), S. 84.

diese Empfehlung und forderten das IKRK auf, der ihm darin übertragenen Aufgabe nachzukommen.⁴

3. Durchführung der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Ein vom IKRK konsultiertes „Steering Committee“ von 12 internationalen Experten im humanitären Völkergewohnheitsrecht beschloss daraufhin im Juni 1996 einen Aktionsplan, auf dessen Grundlage im Oktober 1996 die Forschungsarbeit begann. So erstellten nationale Teams insgesamt 47 Staatenpraxisberichte aus nationalen Quellen; bei der Auswahl der untersuchten Staaten wurde sowohl eine repräsentative geographische Verteilung als auch Erfahrung mit verschiedenen Arten bewaffneter Konflikte berücksichtigt. Ergänzt wurden diese nationalen Staatenpraxisberichte durch eine Sammlung von Militärhandbüchern und Gesetzgebung von Staaten, über die kein Staatenpraxisbericht verfasst wurde. Neben dieser Sammlung von Staatenpraxis aus nationalen Quellen fertigten sechs internationale Teams thematische Berichte zu Staatenpraxis aus internationalen Quellen an; untersucht wurden dabei das Unterscheidungsprinzip, besonders geschützte Personen und Objekte, spezifische Methoden der Kriegsführung, Waffen, die Behandlung von Zivilpersonen und von Personen „hors de combat“ sowie die Implementierung des humanitären Völkerrechts. Auf der Grundlage seiner Archivsammlung führte das IKRK außerdem eine Untersuchung von Praxismaterialien aus fast 40 bewaffneten Konflikten durch, wobei der Schwerpunkt auf Konflikte gelegt wurde, die nicht bereits von einem Staatenpraxisbericht erfasst wurden.⁵ Insgesamt wurde damit die Praxis von mehr als 150 Staaten untersucht.

Nach Abschluss der Praxissammlung wurde das Gesamtmaterial thematisch geordnet; es ist nun in Band II der Völkergewohnheitsrechtsstudie zugänglich.

Nach einer vorläufigen Einschätzung des Materials durch die internationalen Teams, drei Beratungstreffen im „Steering Committee“ und zwei Beratungstreffen mit akademischen und Regierungsexperten, entstanden ein erster und, nach weiteren Konsultationen, ein zweiter Entwurf des Textes der Völkergewohnheitsrechtsstudie, d.h. der auf der Basis des gesammelten Praxismaterials gefundenen Regeln und Kommentare dazu. Nach einer weiteren schriftlichen Beratung mit dem „Steering Committee“ und akademischen und Regierungsexperten wurde schließlich die Endfassung erstellt und die Völkergewohnheitsrechtsstudie, bestehend aus Band I und II, im Jahr 2005 veröffentlicht.⁶

4. Verbreitung der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Im Anschluss an die offizielle Vorstellung der Völkergewohnheitsrechtsstudie in Genf im März 2005 wurde die Studie auf fast 40 regionalen und nationalen Konferenzen offiziell vorgestellt⁷ sowie im Rahmen von fast 40 weiteren Veranstaltungen präsentiert.⁸ Die ursprüngliche englische Fassung von Band I (Regeln) der Völkergewohnheitsrechtsstudie wurde mittlerweile auch ins Arabische, Chinesische, Französische, Persische, Russische, Serbische, Spanische und Türkische übertragen.⁹ Eine Zusammenfassung der Völkergewohnheitsrechtsstudie mit einer Liste der 161 Regeln¹⁰ wurde in mehr als 30 Sprachen übersetzt.

5. Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Mit der Veröffentlichung und Verbreitung war das Projekt „Völkergewohnheitsrechtsstudie“ jedoch nicht abgeschlossen. Wie Dr. *Yves Sandoz* in seinem Vorwort zu der Studie beschreibt, liegt ihre Bedeutung nicht allein in ihrem Beitrag zur Bestimmung des in internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkergewohnheitsrechts; vielmehr kann sie auch als Basis für einen Dialog über das Recht, seine Klärung und Weiterentwicklung dienen:

“With the fruit of this enormous labour before us, one might think that the circle has been closed. The contrary is the case, however, and I would like to conclude by stressing that this study will have achieved its goal only if it is considered not as the end of a process but as a beginning. It reveals what has been accomplished but also what remains unclear and what remains to be done.

The study is a still photograph of reality, taken with great concern for absolute honesty, that is, without trying to make the law say what one wishes it would say. [...] But though it represents the truest possible reflection of reality, the study makes no claim to be the final word. [...]

May it be read, discussed and commented on. May it prompt renewed examination of international humanitarian law and of the means of bringing about greater compliance and of developing the law.”¹¹

Die Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie, ihre Diskussion und Verwendung war und ist somit von großer Bedeutung.

⁴ *Ibid.*; siehe auch: 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Genf, 3. bis 7. Dezember 1995, Resolution I, International humanitarian law: From law to action; Report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims, in: International Review of the Red Cross 310 (1996), S. 58.

⁵ Siehe, auch für weitere Einzelheiten, *id.*, S. li-liiii.

⁶ *Id.*, S. liii-liv.

⁷ Addis Abeba, Athen, Belgrad, Bogotá, Brüssel, Bukarest, Canberra, Colombo, Dublin, Genf, Den Haag, Helsinki, Istanbul, Jakarta, Kairo, Kuala Lumpur, Ljubljana, Madrid, Manila, Mexiko-Stadt, Montreal, Moskau, New Delhi, Oslo, Paris, Peking, San Remo, Sarajewo, Sofia, Stockholm, Sydney, Teheran, Tokyo, Warschau, Washington D.C. und Wellington.

⁸ Unter anderem: Abuja, Accra, Adelaide, Beirut, Eriwan, Jaunde, Jerusalem, London, Mbabane, Nairobi, New York, Prag, Pretoria, Santiago de Chile, St. Petersburg, Straßburg und Tiflis.

⁹ Arabische Fassung (IKRK, Kairo, 2007), chinesische Fassung (China Law Press, Peking, 2007), französische Fassung (Editions Bruylant, Brüssel, 2006), persische Fassung (Majd Publishers, Teheran, 2008), russische Fassung (IKRK, Moskau, 2006), serbische Fassung (IKRK, Belgrad 2005), spanische Fassung (IKRK, Buenos Aires, 2007), türkische Fassung (erscheint 2010).

¹⁰ *J.-M. Henckaerts*, Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict, in: International Review of the Red Cross 857 (2005), S. 175-212.

¹¹ *Y. Sandoz*, Foreword, in: *J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. xxiii.

5.1 Wissenschaftliche Diskussion der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Seit ihrer Veröffentlichung wurden die Studie, ihre Methodik und die von ihr für gewohnheitsrechtlich geltend befundenen Regeln in mehr als 30 Artikeln und Buchbesprechungen kommentiert.¹²

5.2 Verwendung der Völkergewohnheitsrechtsstudie in nationalen und internationalen Gerichten und Schiedsgerichten

Neben wissenschaftlicher Diskussion hat die Völkergewohnheitsrechtsstudie auch praktische Verwendung erfahren. So haben nationale und internationale Gerichte und Schiedsgerichte die Studie in verschiedener Weise genutzt.

Auf nationaler Ebene untersuchte beispielsweise der israelische Oberste Gerichtshof unter anderem die gewohnheitsrechtliche Geltung des in Artikel 51 Absatz 3 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen (Erstes Zusatzprotokoll)¹³ niedergelegten Prinzips, wonach Zivilpersonen Schutz vor Angriffen genießen, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen. In seinem Urteil vom Dezember 2006 bejahte der Oberste Gerichtshof die gewohnheitsrechtliche Geltung des Prinzips, indem er unter anderem feststellte: *“The position of the Red Cross is that it is a principle of customary international law (HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, at p. 20). That position is acceptable to us.”*¹⁴ Der Oberste Gerichtshof betonte die gewohnheitsrechtliche Geltung aller Elemente des Prinzips, wie es in Artikel 51 Absatz 3 des Ersten Zusatzprotokolls niedergelegt ist, einschließlich der zeitlichen Begrenzung des Verlusts von Schutz durch die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten („sofern und solange“).¹⁵

Auch der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika hat sich in seiner Rechtsprechung auf die Völkergewohnheitsrechtsstudie bezogen: in seiner Entscheidung im Fall *Hamdan* vom Juni 2006 stellte der Oberste Gerichtshof im Rahmen seiner Klärung der Bedeutung des Begriffs „ordentlich bestelltes Gericht“ im Sinne des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen von 1949¹⁶ unter Verweis auf die Völkergewohnheitsrechtsstudie fest: *„one of the Red Cross’ own treatises defines ‚regularly constituted court’ as used in Common Article 3 to mean ‚established and organized in accordance with the laws and procedures in force in a country“*.¹⁷

Auf internationaler Ebene hat beispielsweise im November 2006 die Berufungskammer des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien die in Band II der Völkergewohnheitsrechtsstudie gesammelte, Regel 2 der Studie tragende, Staatenpraxis zu Rate gezogen.¹⁸ Die Berufungskammer nutzte die Praxissammlung bei der Klärung der Frage, ob das in Artikel 51 Absatz 2 des Ersten Zusatzprotokolls und in Artikel 13 Absatz 2 des Zweiten Zusatzprotokolls¹⁹ niedergelegte Verbot von Gewalt mit dem hauptsächlichen Ziel, Schrecken unter der Zivilbevölkerung zu verbreiten, zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt auch gewohnheitsrechtlich etabliert und, darüber hinaus, auch gewohnheitsrechtlich strafrechtlich sanktioniert war. Die Kam-

mer bejahte einstimmig das gewohnheitsrechtliche Verbot solcher Gewalt und mehrheitlich die gewohnheitsrechtliche strafrechtliche Sanktionierung.²⁰

Auch in internationalen Schiedsgerichtsverfahren wurde auf die Völkergewohnheitsrechtsstudie Bezug genommen. So bestätigte etwa die „Eritrea-Ethiopia Claims Commission“ die Folgerungen der Studie hinsichtlich der gewohnheitsrechtlichen Geltung des Inhalts der Artikel 48, 51 Absatz 2, 51 Absätze 4–5, 52, 57 und 58 des Ersten Zusatzprotokolls.²¹ Ebenso bejahte die „Claims Commission“ die gewohnheitsrechtliche Geltung von Artikel 54 Absatz 2 des Ersten Zusatzprotokolls²² und stellte hinsichtlich der Völkergewohnheitsrechtsstudie fest: *“The Commission notes with appreciation the new, exhaustive study of customary law by the ICRC [...]. That study concludes that a broader prohibition than the one stated in Article 54(2) has become customary law.*

¹² Für eine ausführliche Besprechung verschiedener Aspekte der Völkergewohnheitsrechtsstudie beispielsweise: *E. Wilmschurst / S. Breau* (Hrsg.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2007.

¹³ Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), 1125 U.N.T.S. 3, BGBl. 1990 II, S. 1550, BGBl. 1990 II, S. 1637.

¹⁴ *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others*, The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice [December 11 2005], HCJ 769/02, Judgement, 13. Dezember 2006, Abs. 30. (Regel 6 der Völkergewohnheitsrechtsstudie lautet: *“Civilians are protected against attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”*)

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde, 75 U.N.T.S. 31, BGBl. 1954 II, S. 783; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See, 75 U.N.T.S. 85, BGBl. 1954 II, S. 813; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen, 75 U.N.T.S. 135, BGBl. 1954 II, S. 838; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, 75 U.N.T.S. 287, BGBl. 1954 II, S. 917, BGBl. 1956 II, S. 1586.

¹⁷ *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Supreme Court of the United States, Case No. 05-184, Judgement, 29. Juni 2006, S. 69. (Das Zitat im Urteil stammt aus der Kommentierung zu Regel 100 der Völkergewohnheitsrechtsstudie, siehe *J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 355. Regel 100 der Völkergewohnheitsrechtsstudie lautet: *“No one may be convicted or sentenced, except pursuant to a fair trial affording all essential judicial guarantees.”*)

¹⁸ Regel 2 der Völkergewohnheitsrechtsstudie lautet: *“Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.”*

¹⁹ Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II), 1125 U.N.T.S. 609, BGBl. 1990 II, S. 1550, BGBl. 1990 II, S. 1637.

²⁰ *Prosecutor v. Stanislav Galić*, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Appeals Chamber, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30. November 2006, Abs. 86-98.

²¹ *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award*, 19. Dezember 2005, Abs. 95.

²² Art. 54 Abs. 2 des Ersten Zusatzprotokolls lautet: *„Es ist verboten, für die Zivilbevölkerung lebensnotwendige Objekte [...] anzugreifen, zu zerstören, zu entfernen oder unbrauchbar zu machen, um sie wegen ihrer Bedeutung für den Lebensunterhalt der Zivilbevölkerung oder der gegnerischen Partei vorzuenthalten, gleichviel ob Zivilpersonen ausgehungert oder zum Fortziehen veranlaßt werden sollen oder ob andere Gründe maßgebend sind.“*

*The Commission need not, and does not, endorse the study's broader conclusion.*²³

5.3 Verwendung der Völkergewohnheitsrechtsstudie im Rahmen internationaler Foren

Ein weiteres Beispiel für die praktische Verwendung der Völkergewohnheitsrechtsstudie ist ihr Gebrauch in internationalen Foren. So verweisen etwa die Sonderberichterstattung der Vereinten Nationen in ihrem Bericht über ihre Mission im Libanon und in Israel im Herbst 2006 wiederholt auf Regeln der Völkergewohnheitsrechtsstudie.²⁴

5.4 Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie durch Staaten

Ein Beispiel einer offiziellen Kommentierung der Völkergewohnheitsrechtsstudie durch eine nationale Regierung ist das von Vertretern des US Außenministeriums und Verteidigungsministeriums im November 2006 an den Präsidenten des IKRK übermittelte Schreiben. Darin wird Stellung genommen zu einzelnen Fragen der Methodik der Völkergewohnheitsrechtsstudie sowie zu einigen ausgewählten Regeln der Studie.²⁵

5.5 Beispiele von Kommentaren zur Methodik der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Im Folgenden sollen kurz einige der Kommentare zu der von der Völkergewohnheitsrechtsstudie bei der Bestimmung von Völkergewohnheitsrecht angewandten Methodik angesprochen werden.²⁶

5.5.1 Arten von Staatenpraxis: verbale und physische Praxis

Ausgangspunkt der Völkergewohnheitsrechtsstudie war Artikel 38 Absatz 1 b der Satzung des Internationalen Gerichtshofs, wonach Völkergewohnheitsrecht als „*general practice accepted as law*“ zu verstehen ist, ein Grundsatz, der beispielsweise in der Festlandsockel-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs bekräftigt wurde.²⁷ Hinsichtlich der Frage, welche Akte von Staaten als Staatenpraxis zu werten sind, folgt die Völkergewohnheitsrechtsstudie der Auffassung, wonach sowohl physische Akte (beispielsweise „Schlachtfeldpraxis“) als auch verbale Akte (beispielsweise nationale Militärhandbücher, Gesetzgebung und Rechtsprechung, Stellungnahmen in internationalen Foren) Staatenpraxis darstellen.²⁸ Während diese Herangehensweise in der Rezeption der Studie überwiegend Unterstützung findet,²⁹ wird zuweilen eine stärkere Bedeutung physischer Praxis betont.³⁰ Hier ist festzuhalten, dass physische Praxis, „Schlachtfeldpraxis“, in der Tat ein wichtiges Element von Staatenpraxis im Bereich des humanitären Völkerrechts darstellt und, soweit verlässliche Berichte dazu vorliegen, Eingang in die Bestimmung humanitärer Völkergewohnheitsrechtsregeln finden muss. Jedoch kann physische Praxis nicht alleine stehen: um zu einer zutreffenden Aussage über eine gewohnheitsrechtliche Regel gelangen zu können, muss zusätzlich verbale Praxis herangezogen werden. Die Beurtei-

lung physischer Praxis durch die Konfliktparteien oder andere Staaten, beispielsweise in der Form von offiziellen Stellungnahmen, Rechtfertigungen oder etwa Gerichtsverfahren, entscheidet darüber, ob die in Frage stehende physische Praxis als tatsächliche, Gewohnheitsrecht formende Staatenpraxis zu werten ist oder ob sie als schlichter Verstoß gegen geltende Regeln zu sehen ist, der die bestehenden Regeln nicht zu ändern vermag.³¹ So formulierte etwa der Internationale Gerichtshof im Jahr 1986: „*[i]f a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.*“³²

²³ Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, a.a.O. (Fn. 21), Abs. 105 mit Fn. 23. (Regel 54 der Völkergewohnheitsrechtsstudie lautet: „*Attacking, destroying, removing or rendering useless objects indispensable to the survival of the civilian population are prohibited.*“ Zur Frage der Zweckgerichtetheit solcher Angriffe siehe Kommentierung zur Regel.)

²⁴ UN Doc. A/HRC/2/7 v. 2. Oktober 2006, Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council”, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary-General on human rights of internally displaced persons, Walter Kälin; and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari, Mission to Lebanon and Israel, 7. bis 14. September 2006, siehe für Verweise auf die Völkergewohnheitsrechtsstudie beispielsweise Fn. 55-57 und 60 des Berichts.

²⁵ J.B. Bellinger, III / W.J. Haynes, II, A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law, abgedruckt u.a. in: International Review of the Red Cross 866 (2007), S. 443-471. Siehe auch: J.-M. Henckaerts, Customary International Humanitarian Law: a response to US comments, in: International Review of the Red Cross 866 (2007), S. 473-488.

²⁶ Zur Methodik der Völkergewohnheitsrechtsstudie siehe insbesondere: J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. xxxi-li, sowie J.-M. Henckaerts, id., S. 475-487.

²⁷ Continental Shelf case, Libyan Arab Jamahiriya v. Malta, (Festlandsockel-Fall), ICJ Rep. 1985, S. 29-30, Abs. 27: “*It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio iuris of States.*”

²⁸ Für eine Übersicht der diese Auffassung unterstützenden Quellen (Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofes und des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien, Stellungnahmen der „International Law Commission“ und der „International Law Association“), siehe J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. xxxviii-xxxix.

²⁹ Siehe beispielsweise: M. Bothe, Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study, in: Yearbook of International Humanitarian Law (2005), S. 155-156; I. Scobbie, The approach to customary international law in the Study, in: E. Wilmschurst / S. Breau (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 12), S. 37-38.

³⁰ Siehe beispielsweise: J.B. Bellinger, III / W.J. Haynes, II, a.a.O. (Fn. 25), S. 445; M. D. Maxwell / R. V. Meyer, The Principle of Distinction: Probing the Limits of its Customariness, in: The Army Lawyer (2007), S. 10-11; W. H. Parks, The ICRC Customary Law Study: A Preliminary Assessment, in: Proceedings of the 99th Annual Meeting, American Society of International Law, 2005, S. 210; M. N. Schmitt, The law of targeting, in: E. Wilmschurst / S. Breau (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 12), S. 133-134.

³¹ Für weitere Einzelheiten siehe: J.-M. Henckaerts, a.a.O. (Fn. 25), S. 477.

³² Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States, (Nicaragua-Fall), ICJ Rep. 1986, S. 98, Abs. 186.

5.5.2 Quantität der Staatenpraxis

In der Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie wurde bisweilen auch die erforderliche Dichte der als Grundlage einer gewohnheitsrechtlichen Regel dienenden Staatenpraxis thematisiert.³³ Wie vom Internationalen Gerichtshof im Jahr 1969 formuliert, muss Staatenpraxis „*extensive and virtually uniform*“ sein, um eine gewohnheitsrechtliche Regel entstehen zu lassen.³⁴ Eine allgemein anerkannte quantitative Schwelle, ab welcher Praxis als „*extensive*“ gelten kann, existiert jedoch nicht. Hinsichtlich der im Rahmen der Völkergewohnheitsrechtsstudie verwendeten Staatenpraxis soll hier insbesondere auf einen Aspekt hingewiesen werden: bei einer Bewertung der Dichte von Staatenpraxis ist die Art der fraglichen gewohnheitsrechtlichen Regel zu beachten. Neben verpflichtenden Normen enthält das humanitäre Völkerrecht erlaubende Normen und insbesondere auch Verbote. Soweit diese Verbote befolgt werden, besteht Staatenpraxis im Bereich des humanitären Völkerrechts daher häufig aus Unterlassen. Zwar müssen die Motive für ein solches Unterlassen bei seiner Heranziehung als Staatenpraxis, soweit möglich, berücksichtigt werden, muss das Unterlassen aufgrund einer empfundenen rechtlichen Verpflichtung erfolgen – doch ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, auch die alltäglichen, unzähligen Unterlassungen in Befolgung von Verboten des humanitären Völkerrechts zur Beurteilung der gewohnheitsrechtlichen Geltung dieser Verbote heranzuziehen.³⁵

5.5.3 Gewichtung der Staatenpraxis: die Rolle „besonders betroffener Staaten“

Ein weiterer in der Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie angesprochener Punkt ist die Rolle „besonders betroffener Staaten“ in der Bildung von Völkergewohnheitsrecht, die Frage, ob der Praxis von Staaten, die häufiger und intensiver an bewaffneten Konflikten teilnehmen, besonderes Gewicht zukommen muss.³⁶

Es steht außer Frage, dass manche Staaten aufgrund ihrer Beteiligung an bewaffneten Konflikten eine größere Menge an – insbesondere aktiver, physischer – Praxis im Bereich des humanitären Völkerrechts hervorbringen als andere Staaten. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass dieser Praxis auch besonderes Gewicht zukommen muss. Die Figur der „besonders betroffenen Staaten“ geht auf eine Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zurück, in der der Gerichtshof die Frage zu klären hatte, ob, nach nur kurzer Zeit, eine Vorschrift eines nicht weit ratifizierten internationalen Vertrages gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hatte;³⁷ es ist nicht ohne Weiteres erwiesen, dass die auf diesen spezifischen Umständen beruhenden Erwägungen des Gerichtshofs generell auf andere Situationen übertragen werden können. Darüber hinaus gibt es in der Tat Staaten, die etwa aufgrund geographischer Fakten als von bestimmten Vorschriften – im angesprochenen Fall des Gerichtshofs solchen des Seerechts – besonders betroffen angesehen werden können, während andere Staaten aufgrund ihrer geographischen Lage von diesen Vorschriften nicht berührt werden. Vorschriften des humanitären Völkerrechts haben jedoch keinen solch abschließlichen, bestimmten Staaten eigenen Regelungsbereich:

jeder Staat kann potentiell von bewaffneten Konflikten betroffen sein. Aus diesem Grund können auch alle Staaten ein gleichwertiges Interesse an Vorschriften des humanitären Völkerrechts haben und Beiträge zu ihrer Entwicklung leisten, ohne dass bestimmten Staaten und ihrer Praxis dabei ein besonderes Gewicht zukäme.³⁸

5.5.4 Einfluss der Praxis von Vertragsstaaten: das „Baxter-Paradoxon“

Ein weiterer in der Rezeption der Völkergewohnheitsrechtsstudie thematisierter Punkt ist schließlich die Frage, inwieweit die Praxis von Vertragsstaaten humanitärer Völkerrechtlicher Verträge als Staatenpraxis bei der Beurteilung der gewohnheitsrechtlichen Geltung von Regeln, die dem Inhalt vertraglicher Vorschriften entsprechen, herangezogen werden kann.³⁹ So stellte *Richard Baxter* im Jahr 1970 fest: *“It is only fair to observe that the proof of a consistent pattern of conduct by non-parties becomes more difficult as the number of parties to the instrument increases. The number of participants in the process of creating customary law may become so small that the evidence of their practice will be minimal or altogether lacking. Hence the paradox that as the number of parties to a treaty increases, it becomes more difficult to demonstrate what is the state of customary international law dehors the treaty.”*⁴⁰

Die Völkergewohnheitsrechtsstudie trug dieser Problematik Rechnung, indem sie nicht automatisch die Geltung einer gewohnheitsrechtlichen Regel annahm, nur weil diese in einem weit ratifizierten Vertrag enthalten war. Vielmehr legte die Studie besonderen Wert auf die Auswertung der Praxis auch

³³ Vergleiche beispielsweise: *J.B. Bellinger, III / W.J. Haynes, II*, a.a.O. (Fn. 25), S. 444-445; *D. Bethlehem*, The methodological framework of the Study, in: *E. Wilmshurst / S. Breau* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 12), S. 10; *C. Emanuelli*, L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question, in: *Revue Générale de Droit International Public* 2 (2006), S. 439-440.

³⁴ *North Sea Continental Shelf cases, Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands*, (Nordsee-Festlandsockel-Fälle), ICJ Rep. 1969, S. 43, Abs. 74: “[...] Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; - and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.”

³⁵ Für weitere Einzelheiten siehe: *J.-M. Henckaerts*, a.a.O. (Fn. 25), S. 475-477.

³⁶ Vergleiche beispielsweise: *J.B. Bellinger, III / W.J. Haynes, II*, a.a.O. (Fn. 25), S. 445-446; *D. Bethlehem*, a.a.O. (Fn. 33), S. 10; *C. Emanuelli*, a.a.O. (Fn. 33), S. 440; *L. M. Nicholls*, The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its Rules of Customary International Humanitarian Law, in: *Duke Journal of Comparative and International Law* 1 (2006), S. 240.

³⁷ *North Sea Continental Shelf cases*, a.a.O. (Fn. 34).

³⁸ Für weitere Einzelheiten siehe: *J.-M. Henckaerts*, a.a.O. (Fn. 25), S. 481-482.

³⁹ Vergleiche beispielsweise: *J.B. Bellinger, III / W.J. Haynes, II*, a.a.O. (Fn. 25), S. 445; *M. Bothe*, a.a.O. (Fn. 29), S. 162; *D. Kritsiotis*, Bookreview, in: *American Journal of International Law* 1 (2007), S. 694-695; *I. Scobie*, a.a.O. (Fn. 29), S. 29-34.

⁴⁰ *R. R. Baxter*, Treaties and Custom, in: *Recueil des Cours* 1 (1970), S. 64.

von Nichtvertragsstaaten: zur Beurteilung der gewohnheitsrechtlichen Geltung jeder einzelnen Regel wurden daher Listen der Nichtvertragsstaaten der jeweils relevanten Verträge angefertigt und die Praxis dieser Staaten ausgewertet.⁴¹ Jedoch stützte sich die Völkergewohnheitsrechtsstudie nicht ausschließlich auf die Praxis von Nichtvertragsstaaten: angesichts der nunmehr universalen Ratifizierung der Genfer Abkommen von 1949 und der immerhin relativ umfangreichen Ratifizierung auch der beiden Zusatzprotokolle, wäre eine allein auf Nichtvertragsstaaten gestützte Staatenpraxis kaum mehr als „*extensive*“⁴² und damit als Grundlage allgemein gültigen Völkergewohnheitsrechts anzusehen. Aus diesem Grund schloss die Völkergewohnheitsrechtsstudie zwar nicht aufgrund der Ratifizierung eines Vertrages durch einen Staat auf die Akzeptanz des Vertragsinhalts auch als Gewohnheitsrecht; die Tatsache der Ratifizierung stellt jedoch ein Element der Staatenpraxis dieses Staates dar, das bei der Gesamtbeurteilung der Praxis berücksichtigt werden kann.⁴³

6. Fortschreibung der Völkergewohnheitsrechtsstudie

Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht ist ein kontinuierlicher Prozess, bestimmt durch die ständige „Produktion“ von Staatenpraxis und *opinio iuris*. Mit der Veröffentlichung der Völkergewohnheitsrechtsstudie war somit keinesfalls ein endgültiger Schlusspunkt erreicht. Aus diesem Grund beschlossen das Britische Rote Kreuz und das IKRK im Jahr 2007, ein gemeinsames Projekt zur Aktualisierung des in Band II der Völkergewohnheitsrechtsstudie gesammelten Praxismaterials durchzuführen.

Beherbergt im „Lauterpacht Centre for International Law“ der Universität Cambridge, sammelt und untersucht ein Team aus drei Researchern gegenwärtig Praxismaterial aus dem Zeitraum 2003 bis 2007. Wie bereits im ersten Durchgang der Praxissammlung, wertet das Team sowohl nationale als auch internationale Materialquellen aus. Bei der Sammlung von Praxis aus nationalen Quellen profitiert das Team

dabei von der Unterstützung des Netzwerkes der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung: so hat das IKRK seine nationalen und regionalen Delegationen mit der Sammlung der jeweiligen nationalen Staatenpraxis von insgesamt 80 Staaten beauftragt. Ausgewählt wurden dabei unter anderem auch Staaten, über deren Praxis in der ersten Runde der Praxissammlung keine umfassenden Berichte angefertigt wurden, so beispielsweise Afghanistan, Nepal und Sri Lanka. Zusätzlich haben sich 12 Nationale Gesellschaften bereit erklärt, eine Sammlung der Praxis ihrer jeweiligen Staaten anzufertigen, darunter etwa auch das Deutsche Rote Kreuz und das Britische Rote Kreuz.

Das Ziel dieser Aktualisierung des in Band II gesammelten Praxismaterials ist die Bereitstellung aktueller, akkurater, umfassender und geographisch vielfältiger Informationen zur Praxis im Bereich des humanitären Völkerrechts für alle interessierten Nutzer. Auf diese Weise werden beispielsweise auch in Zukunft Gerichte das in Band II gesammelte Praxismaterial in ihrer Entscheidungsfindung über Fragen des humanitären Völkergewohnheitsrechts zu Rate ziehen können. Darüber hinaus könnte die gegenwärtige Aktualisierung der Staatenpraxissammlung des Bandes II eine eventuelle zukünftige Aktualisierung von Band I (Regeln) der Völkergewohnheitsrechtsstudie erleichtern.

Eine erste Veröffentlichung der aktualisierten Praxissammlung ist für 2010 vorgesehen; sie wird in Onlineform erfolgen und durch zukünftige Onlineveröffentlichungen schrittweise ergänzt werden. ■

⁴¹ Aufgrund der entgegenstehenden Praxis von Nichtvertragsstaaten des Ersten Zusatzprotokolls kam die Völkergewohnheitsrechtsstudie so beispielsweise zu dem Schluss, dass das in Art. 51 Abs. 6 des Ersten Zusatzprotokolls niedergelegte Verbot von Angriffen gegen die Zivilbevölkerung oder gegen Zivilpersonen als Repressalie nicht den Status von Gewohnheitsrecht erlangt hat.

⁴² North Sea Continental Shelf cases, a.a.O. (Fn. 34).

⁴³ Für weitere Einzelheiten siehe: J.-M. Henckaerts, a.a.O. (Fn. 25), S. 480-481.

Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts in Einsätzen außerhalb bewaffneter Konflikte

Sylvia Charlotte Spies*

This contribution – provided from a viewpoint inside state practice – deals with the question whether and in which manner humanitarian law has to be taken into account in Bundeswehr operations outside of an armed conflict. German armed forces mainly participate in operations that fall outside the category of “armed conflict”. This first finding is elaborated upon in detail with respect to the German participation in ENDURING FREEDOM and ISAF in Afghanistan. Nevertheless basic rules and prohibitions of humanitarian law restricting the use of military force and meant to spare civilian population and objects are to be followed in these operations. Under this premise the regulations taken into account in fighting insurgents in Afghanistan are illustrated as well as the influence that the principle of proportionality has upon their application in addition. Eventually the current regulations on detention in the framework of ISAF are deliberated upon.

Der Beitrag stellt aus dem Blickwinkel der Staatspraxis die Frage nach der Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts außerhalb bewaffneter Konflikte, insbesondere bei der Entscheidung, welche Regeln und Grundsätze unabhängig von ihrer Geltung bei Bundeswehreinsetzungen zu berücksichtigen sind. Die Bundeswehr war bisher überwiegend in Szenarien entsandt, die nicht als bewaffnete Konflikte einzuordnen sind. Dieser Befund wird für die deutschen Beiträge in Afghanistan (ENDURING FREEDOM und ISAF) ausführlich dargestellt und im Einzelnen belegt. Die grundlegenden Ge- und Verbote des humanitären Völkerrechts, durch die der Einsatz militärischer Gewalt eingehegt sowie am Konflikt Unbeteiligte und zivile Güter geschützt werden sollen, sind dennoch sehr wohl zu beachten. Unter dieser Prämisse wird dargestellt, welche Bestimmungen für die Bekämpfung Aufständischer zu berücksichtigen sind und wie ihre Anwendung durch das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip auf völkerrechtlicher Ebene zusätzlich bestimmt wird. Schließlich werden die aktuellen Regelungen bei Gewahrsamnahmen im Rahmen des ISAF-Mandats erläutert.

Trotz der rechtspraktischen Orientierung des Beitrags sei es gestattet, einige rechtstheoretische Anmerkungen über das Völkergewohnheitsrecht vorzuschicken, bevor aufgezeigt wird, in welchen Einsätzen außerhalb bewaffneter Konflikte das humanitäre Völkerrecht – und d.h. auch in welcher Form und unter welchen Maßgaben – zu berücksichtigen ist.

1. Staatenpraxis: konstitutives Merkmal des Völkergewohnheitsrechts und Verfahren praktischer Problemlösung

Traditionell ist das Völkergewohnheitsrecht die zentrale Rechtsquelle des Völkerrechts. Zu dieser großen Bedeutung verhält sich die Eindeutigkeit, mit der der Inhalt gewohnheitsrechtlicher Rechtsprinzipien und -regelungen festgestellt werden kann, jedoch diametral. Selbstverlautbarungen von Staaten in eigener Sache oder in den Gremien zwischenstaatlicher Institutionen und die sogenannte „paper practice“ spiegeln den Anspruch und die Überzeugung der Staaten, rechtskonform zu handeln, wider. Sie geben aber gerade nicht die Praxis der Entscheidungen über Regeln sowie über den Vollzug dieser Entscheidungen wieder. Die völkerrechtliche Praxis von Staaten ist auch darüber hinaus nicht darauf gerichtet, ihre rechtlichen Grundlagen und Wirkungen in selbstreflektierender Rhetorik mitzuliefern. Die Bemühungen von Völkerrechtlern, nicht mehr auf eine konsistente Staatenpraxis abzustellen und dennoch Regeln oder wenigstens Prinzipien und Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts zu erkennen und festzulegen, sind auch vor diesem Hintergrund zu verstehen.¹

Die Staatspraxis steht dagegen vor der Frage, welche Regeln und Grundsätze einzuhalten oder zumindest zu berücksich-

tigen sind, unabhängig davon, ob damit ein Beitrag zu einer konsistenten Praxis gesetzt oder eine Rechtsüberzeugung eindeutig zum Ausdruck gebracht wird. Die rechtliche Beratung bei der Entscheidung, welche Regeln und Grundsätze unabhängig von ihrer Geltung zu berücksichtigen sind, dient in der Staatspraxis in erster Linie der Gewinnung plausibler und effizienter Problemlösungen. Sie ist nicht geeignet, zwingende und eindeutige Ergebnisse in Fällen von Regelungslücken oder bei neuartigen Sachverhalten herbeizuführen. Vielmehr folgt sie im Sinne *Theodor Viehwegs*² vom Problem ausgehend den Schlussformen juristischer Logik, um Handlungssicherheit im situativen Einzelfall herzustellen.³ In diesem

* Sylvia Charlotte Spies ist Leiterin des Referats für Staats- und Verfassungsrecht im Bundesministerium der Verteidigung.

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag anlässlich der 19. Tagung zum humanitären Völkerrecht, am 28. März 2009 in Bad Mergentheim, und gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autorin wieder.

¹ Aktuell zu rechtstheoretischen Überlegungen in diesem Zusammenhang siehe *N. Petersen*, Der Wandel des ungeschriebenen Völkerrechts im Zuge der Konstitutionalisierung, in: *Archiv des Völkerrechts* (2008), S. 502 ff. Insbesondere der eher interne Charakter von Menschenrechtsstandards soll geeignet sein, auf die zwischenstaatlich geprägte Völkerrechtspraxis als konstitutives Element für die Begründung eben dieser Grundsätze verzichten zu können, vgl. hierzu Nachweise bei *id.*, S. 5.

² *Th. Viehweg*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Aufl., München 1974.

³ Zum Verständnis der Topik als „Lehre vom Handeln“ in Unterscheidung zur Hermeneutik siehe *Th. Viehweg*, Antirhetorische und rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentationen, in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 220 f.

Sinne ist die Durchführung einer „Ergebniskontrolle“ im Anschluss an eine begriffliche Deduktion für das topische Vorgehen bezeichnend und kann mit Blick auf die Staatenpraxis nachvollzogen werden. Korrespondierend dazu spielt ein weiterer Topos eine Rolle, nämlich der Gesichtspunkt der „Mehrfachbegründung“. Zur Illustration einer Mehrfachbegründung und zugleich des Phänomens, rechtliche Erwägungen eher plausibel denn als Ergebnis einer eindeutigen systematischen Ableitung darzustellen,⁴ sei an dieser Stelle die Lektüre eines Bundestagsmandats aus dem Jahr 1998⁵ empfohlen:

„[...] der NATO-Rat (hat) am 9. Oktober 1998 die Rechtsgrundlage für das Handeln des Bündnisses erörtert. Der NATO-Generalsekretär hat das Ergebnis wie folgt zusammengefasst:

- Die Bundesrepublik Jugoslawien hat die dringlichen Forderungen der Internationalen Gemeinschaft trotz der auf Kapitel VII der VN-Charta gestützten Resolutionen des VN-Sicherheitsrates 1160 vom 31. März 1998 und 1199 vom 23. September 1998 noch nicht erfüllt.
- Der äußerst eindeutige Bericht des VN-Generalsekretärs zu den beiden Resolutionen hat u.a. vor der Gefahr einer humanitären Katastrophe im Kosovo gewarnt.
- Die humanitäre Notlage hält wegen der Weigerung der Bundesrepublik Jugoslawien, Maßnahmen zu einer friedlichen Lösung zu ergreifen, unvermindert an.
- In absehbarer Zeit ist keine weitere Resolution des VN-Sicherheitsrates zu erwarten, die Zwangsmaßnahmen mit Blick auf den Kosovo enthält.
- Die Resolution 1199 des VN-Sicherheitsrates stellt unmissverständlich fest, daß das Ausmaß der Verschlechterung der Lage im Kosovo eine ernsthafte Bedrohung für Frieden und Sicherheit in der Region darstellt.

Der NATO-Generalsekretär erklärt, daß unter diesen außergewöhnlichen Umständen der gegenwärtigen Krisenlage im Kosovo, wie sie in der Resolution des VN-Sicherheitsrates 1199 beschrieben ist, die Drohung mit und ggf. der Einsatz von Gewalt durch die NATO gerechtfertigt ist. Die Bundesregierung teilt diese Rechtsauffassung mit allen anderen 15 NATO-Mitgliedstaaten [...]“

Welcher Rechtsauffassung schloss sich die Bundesregierung hier an? Die völkerrechtliche Grundlage wird gerade nicht eindeutig formuliert, sondern lässt Raum für verschiedene Sichtweisen: Liegt eine implizite Ermächtigung aus den Sicherheitsratsresolutionen 1160 (1998) vom 31. März 1998 und 1199 (1998) vom 23. September 1998 vor oder aus „humanitärer Intervention“ als neuem völkerrechtlichen Titel, obwohl dieser hier nicht angesprochen wird? Womöglich ist lediglich von einer Rechtfertigung aus dem Rechtsinstitut des übergesetzlichen Notstandes auszugehen statt von einer – wenigstens ergänzenden – Ermächtigungsgrundlage. Alle Sichtweisen sind hier kumulativ zu einem plausiblen aber unsystematischen Paket geschnürt.

2. Einsätze außerhalb bewaffneter Konflikte: Der Regelfall der gegenwärtigen deutschen Staatspraxis

Die Einsatzkontingente der Bundeswehr sind bzw. waren bisher fast alle in Szenarien entsandt, die nicht als bewaff-

nete Konflikte einzuordnen sind. Auf diesen Befund der Rahmenbedingungen wird als nächstes kurz in Zusammenhang mit ENDURING FREEDOM und ISAF eingegangen.

Ein Blick in die „paper practice“ der Bundesregierung – d.h. in die Bundestagsdrucksache⁶ mit dem Antrag an den Deutschen Bundestag, der deutschen Teilnahme an der Operation ENDURING FREEDOM zuzustimmen – gibt dabei einen weiteren Beleg für die Beobachtung, dass Aussagen zu den Rechtsgrundlagen in der Staatspraxis durchweg einen pragmatischen Charakter haben.

Im Antrag ist der Deutsche Bundestag aufgefordert, der Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an der Operation zuzustimmen, „wie sie die Bundesregierung am 7. November 2001 auf der Grundlage der Artikel 51 der Satzung der Vereinten Nationen und Artikel 5 Nordatlantikvertrag sowie der Resolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen beschlossen hat.“⁷ An anderer Stelle des Beschlusses der Bundesregierung, der dem Antrag zugrunde liegt, wird zwar hinreichend deutlich, dass das Selbstverteidigungsrecht als Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz deutscher Streitkräfte gegen Al Kaida zentral genannt wird.⁸ Die dieses Ergebnis tragenden Erwägungen sind selbstverständlich jedoch nicht Teil der Darstellung.

Es bleibt ebenfalls im Dunkeln, ob und inwieweit damit die Geltung bzw. die Berücksichtigung von Regelungen des humanitären Völkerrechts gegenüber diesem Gegner angelegt sein sollen.

Die Vereinigten Staaten von Amerika bewerteten die verheerenden Anschläge des 11. September 2001 gleich einem „bewaffneten Angriff“ im Sinne des Artikel 51 der Satzung der Vereinten Nationen (SVN). Sie beriefen sich ausdrücklich auf das Selbstverteidigungsrecht, das jedem Staat zusteht, um ihre Streitkräfte gegen *Osama bin Laden* und sein terroristisches Netzwerk einzusetzen.

Unmittelbar nach den Anschlägen – am 12. September 2001 – hat der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (VN) mit der Resolution 1368 (2001) verzugslos reagiert.⁹ Er verkündete seine Entschlossenheit, „die durch die terroristischen Handlungen verursachten Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit mit allen Mitteln zu bekämpfen.“¹⁰ Die Resolution erkennt nach dieser Feststellung das naturgegebene Recht zur individuellen und kollektiven

⁴ Zur Differenz zwischen rechtlicher Ableitung und Abwägung und den Formen ihrer Darstellung instruktiv: K. Sobota, Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt / Main / Bern / New York / Paris 1990.

⁵ Das Bundestagsmandat betrifft die deutsche Beteiligung an den von der NATO geplanten begrenzten und in Phasen durchzuführenden Luftoperationen zur Abwendung einer humanitären Katastrophe im Kosovo-Konflikt, siehe Bundestagsdrucksache 13/11469 v. 12. Oktober 1998, S. 2.

⁶ Bundestagsdrucksache 14/7296 v. 7. November 2001.

⁷ *Id.*, S. 2.

⁸ *Id.*, S. 1.

⁹ UN Doc. S/RES/1368 v. 12. September 2001.

¹⁰ *Id.*, Präambelsatz 2, alle Übersetzungen durch die Autorin.

Selbstverteidigung im Einklang mit der Satzung ausdrücklich an. Die Terrorakte des Vortages werden schließlich „*wie alle internationalen terroristischen Handlungen als Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit*“¹¹ verurteilt. Alle Staaten werden dringend zur Zusammenarbeit aufgefordert, „*um die Täter, die Organisation und Förderer dieser Terroranschläge vor Gericht zu stellen.*“¹² Diese ersten Bekräftigungen und Verurteilungen lassen sich mit einiger Mühe so deuten, als ob der Sicherheitsrat nicht ausschließe, die am 12. September 2001 vorliegende Situation als Selbstverteidigungslage anzuerkennen. Tatsächlich ist die Präsentation der einzelnen Aussagen in der Resolution jedoch zu unstrukturiert und lässt es noch nicht zweifelsfrei zu, etwa aus der Klassifizierung terroristischer Handlungen als Bedrohung des Weltfriedens zu schließen, dass in diesem Fall gegen Terroristen mit Mitteln der Kriegsführung vorgegangen werden darf.¹³

In der zweiten Resolution zur Sache¹⁴ greift der Sicherheitsrat dieselben Aspekte nochmals auf und bekräftigt nun an erster Stelle seine unmissverständliche Verurteilung der Anschläge wie auch die Feststellung, dass diese Handlungen eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellen.¹⁵ Nach dieser Einleitung unterstreicht die Resolution das Recht auf Selbstverteidigung diesmal unmittelbar im Zusammenhang mit der Notwendigkeit, „*durch terroristische Handlungen verursachte Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit mit allen Mitteln, im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen, zu bekämpfen.*“¹⁶ Damit kann der Einsatz militärischer Mittel unmittelbar gegen die nichtstaatlichen Verantwortlichen des 11. September als vom Sicherheitsrat grundsätzlich mit einbezogene und anerkannte Option betrachtet werden.

Am 7. Oktober 2001 unterrichteten die Vereinigten Staaten von Amerika und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland den Sicherheitsrat der VN über ihre Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus gemäß Artikel 51 SVN in Wahrnehmung des Selbstverteidigungsrechts. In einer Presseerklärung vom 8. Oktober 2001 würdigte der Präsident des Sicherheitsrats diese Unterrichtung.¹⁷ Wenn nicht allein aus den Resolutionen, dann ist spätestens mit dieser Erklärung des Präsidenten deutlich, dass die VN den Einsatz bewaffneter Streitkräfte der Koalition gegen Afghanistan und eben auch gegen das Terrornetzwerk Al Kaida als rechtlich im Selbstverteidigungsrecht begründete Reaktion ansahen.¹⁸

Diese Wertung ist zusätzlich im Licht der Reihe der Resolutionen des Sicherheitsrats zu betrachten, die schon vor dem Anschlag unter Kapitel VII SVN ergingen, und gegen das Taliban-Regime wegen der Unterstützung von Terroristen nicht-militärische Sanktionen verhängt hatten.¹⁹ Bereits 1998 nach den Anschlägen auf die Botschaften der Vereinigten Staaten in Kenia und Tansania machte der Sicherheitsrat die Unterdrückung von Akten des internationalen Terrorismus zum Gegenstand einer Resolution.²⁰ Seit 1999 richteten sich vom Sicherheitsrat autorisierte Zwangsmaßnahmen gegen das Taliban-Regime in Afghanistan, um die Auslieferung *Osama bin Ladens* zu erreichen.²¹ Alle Staaten waren seit

dem Jahr 2000 aufgefordert, *Osama bin Ladens* persönliche Finanzmittel, Konten und Vermögenswerte, sowie diejenigen von Personen und Organisationen, die mit ihm assoziiert waren, einzufrieren.²² Diese Vorgeschichte belegt eine Praxis der VN, auf Al Kaida und seinen Anführer bereits vor dem 11. September 2001 direkt mit internationalen Zwangsmaßnahmen einzuwirken,²³ die inzwischen als „targeted“ oder „smart sanctions“ in der völkerrechtlichen Debatte behandelt werden.²⁴ Somit schon als Objekt internationaler, durch den Sicherheitsrat auferlegter Einzelmaßnahmen qualifiziert, ist der Schritt, Al Kaida nach den Anschlägen – singular²⁵ – als ein Objekt des Selbstverteidigungsrechts anzusehen,²⁶ nur folgerichtig.

Eine solche Anerkennung einer Selbstverteidigungssituation gegenüber Al Kaida ist jedoch auf keinen Fall gleichzusetzen mit der Anerkennung eines bewaffneten Konflikts zwischen den NATO-Verbündeten einerseits und Al Kaida und sie unterstützenden Terrorzellen andererseits. Eher liegt es nahe, in diesem Fall davon auszugehen, dass die sonst miteinander verbundenen Wertungen einer Situation als Selbstverteidigungslage und ihres Potenzials, auch einen internationalen bewaffneten Konflikt darzustellen oder sich zu einem solchen zu entwickeln, hier in einmaliger Weise auseinander-

¹¹ *Id.*, Ziff. 1.

¹² *Id.*, Ziff. 3.

¹³ *W. Heintschel von Heinegg* und *T. Gries* sahen bereits in der ersten Resolution nach den Anschlägen eine deklaratorische Anerkennung der Selbstverteidigungssituation, vgl. hierzu: Der Einsatz der Deutschen Marine im Rahmen der Operation „Enduring Freedom“, in: *Archiv des Völkerrechts* 2 (2002), S. 145 ff., S. 149.

¹⁴ UN Doc. S/RES/1373 v. 28. September 2001.

¹⁵ *Id.*, Präambelsatz 3.

¹⁶ *Id.*, Präambelsätze 3 und 4.

¹⁷ UN Doc. S/7167 v. 8. Oktober 2001.

¹⁸ *Blumenwitz* sah damals in der Reaktion des Präsidenten des Sicherheitsrates keine ausdrückliche Bestätigung für die Annahme einer Selbstverteidigungslage, den Vereinigten Staaten von Amerika sei lediglich politisch freie Hand gelassen worden. Vgl. *D. Blumenwitz*, Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr im Kampf gegen den Terrorismus, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3 (2002), S. 102 ff., S. 105.

¹⁹ Zu den wirtschaftlichen Maßnahmen gegen nicht-staatliche Akteure vgl. eine Darstellung bei *M. Wagner*, Die wirtschaftlichen Maßnahmen des Sicherheitsrates nach dem 11. September 2001 im völkerrechtlichen Kontext – Von Wirtschaftssanktionen zur Wirtschaftsgesetzgebung, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), S. 880 ff.

²⁰ UN Doc. S/RES/1198 v. 13. August 1998.

²¹ UN Doc. S/RES/1267 v. 15. Oktober 1999 – zur Durchsetzung der Forderung wurden die Taliban mit Luftfahrtbeschränkungen und dem Einfrieren ihrer Auslandsvermögen sanktioniert.

²² UN Doc. S/RES/1333 v. 19. Dezember 2000, Ziff. 8 c).

²³ Vgl. hierzu auch *M. Wagner*, a.a.O. (Fn. 19), S. 899.

²⁴ Hierzu und dem Problem fehlender Justiziabilität gegen nicht auf Völkerrechtssubjekte zielende direkte Sanktionen siehe aktuell *K. Schmalenbach*, Bedingt kooperationsbereit: Kontrollanspruch des EuGH bei gezielten Sanktionen der Vereinten Nationen, in: *Juristenzeitung* (2009), S. 35 ff.

²⁵ So interpretiert auch *Doehring* die Resolutionen des Sicherheitsrates, in: *K. Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, Rn. 759, S. 328 mit weiteren Nachweisen.

²⁶ Zu weit gegangen ist aus hiesiger Sicht, wer Al Kaida damit bereits eine partielle Völkerrechtssubjektivität zuordnen wollte, so *M. Krajewski*, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen, in: *Archiv des Völkerrechts* 2 (2002), S. 183 ff., S. 197.

fallen. Für einen „*global war on terror*“ ergeben sich jenseits der politischen Dimension dieses Etiketts keine rechtlich durchgängig tragfähigen Anknüpfungspunkte.²⁷

Damit liegen auch die vom humanitären Völkerrecht verlangten Voraussetzungen für seine unmittelbare und umfassende verbindliche Geltung im Verhältnis zwischen den Truppenstellern der Operation ENDURING FREEDOM und den noch aktiven Al Kaida-Kämpfern in Afghanistan nicht vor.

Bei näherer Betrachtung ist dieser Befund auch für den Einsatz deutscher Streitkräfte im Rahmen der NATO-geführten Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe ISAF im Verhältnis zu verbliebenen Taliban und Al Kaida wie auch anderen bewaffneten Kämpfern zu berücksichtigen.

Die Beteiligung deutscher Soldaten am ISAF-Einsatz gründet völkerrechtlich auf einer Reihe von Resolutionen der VN, die durchaus die Ermächtigung zum Einsatz bewaffneter militärischer Gewalt in sehr weitgehender und robuster Form enthalten.²⁸ Eine Sicherheitsratsresolution als Ermächtigunggrundlage schließt für sich auch nicht aus, zugleich einen bewaffneten Konflikt anzunehmen. Im Gegenteil kann gerade der Sicherheitsrat Staaten zur Kriegsführung gegen einen friedensstörenden anderen Staat ermächtigen. Mit der ersten Resolution 1386 (2001) vom 20. Dezember 2001 hat der Sicherheitsrat dies aber nicht getan. Das Mandat der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe, wie es im Annex 1 des sogenannten Bonner Vertrags²⁹ vom 5. Dezember 2001 mit afghanischen Vertretern zunächst abgestimmt und am 20. Dezember 2001 vom Sicherheitsrat in Kraft gesetzt wurde, nimmt nicht Bezug auf eine Situation zwischen Gegnern eines bewaffneten Konflikts. Vielmehr dient der völkerrechtliche Titel aus dem VN-Mandat dazu, den ISAF-Truppen aus eigenem Recht zu ermöglichen, die afghanische Interimsautorität zu unterstützen. Die gleichwohl rechtlich beachtliche Zustimmung der afghanischen Seite zum Einsatz der ISAF-Truppen auf ihrem Territorium lag seit Ende des Taliban-Regimes zwar vor, ist aber nicht konstitutiv. Mit der Erweiterung des ISAF-Auftrags auf ganz Afghanistan im Jahr 2003 wurde diese grundlegende Qualität nicht geändert.³⁰

Vielfach ist in die Diskussion unter Fachleuten eingebracht worden, dass sich unabhängig von der Mandatierung der ISAF-Truppe möglicherweise die Sicherheitslage und die „Frontstellung“ zu Aufständischen – insbesondere im Süden des Landes – so verändert und verschlechtert habe, dass von einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ausgegangen werden könne. In der Völkerrechtslehre wird überwiegend vertreten, dies träfe auf eine Situation zu, in der die Regierung gegen organisierte und bewaffnete Gruppen oder solche Gruppen gegeneinander über einen längeren Zeitraum bewaffnete Feindseligkeiten austragen.³¹ Diese Definition nimmt ausschließlich Bezug auf die Situation innerhalb eines Staates bzw. berücksichtigt nicht eventuelle grenzüberschreitende Aspekte.

Tatsächlich bietet die Situation im Süden ein besorgniserregendes aber auch sehr uneinheitliches Bild. Gelegentlich machen von Pakistan aus gesteuerte Teile der Aufständischen

dort einen streitkräfteähnlich organisierten Eindruck und gehen in direkter Konfrontation gegen die afghanischen Sicherheitskräfte oder gegen die internationalen ISAF-Einheiten vor. In diese Situation sind also deutlich mehr – und darunter einige grenzüberschreitende – Akteure auf beiden Seiten mit einbezogen, als die genannte grundlegende Definition des humanitären Völkerrechts berücksichtigt.

Eine un stabile und unsichere Lage besteht in allgemeiner Hinsicht ebenfalls über einen erklecklichen Zeitraum. Dies gilt aber nicht für die Vorfälle, die zwingend als Feindseligkeiten betrachtet werden müssen. Für die Situation im Norden besteht kein Anlass, von einem vergleichbaren Befund auszugehen, obwohl vermehrte Anschläge die Sicherheitslage im Einsatzgebiet der Bundeswehr ebenfalls verschlechtert haben. Vor diesem Hintergrund hat bisher weder die afghanische Regierung noch eine der Regierungen der truppenstellenden Nationen in Afghanistan die Lage im ganzen Land offiziell als nicht-internationalen Konflikt qualifiziert und offizielle Aussagen zu ihrem möglichen Status als Partei oder Nicht-Partei eines bewaffneten Konflikts getroffen.³²

3. Die Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts bei der Bekämpfung von Al Kaida, Taliban und anderen bewaffneten Kämpfern in Afghanistan

Bis hierin wurde deutlich, weshalb in den aktuellen Einsätzen in Afghanistan nicht von einer allumfassenden unmittelbaren Geltung des Rechts des bewaffneten Konflikts

²⁷ Insbesondere von der Bildung spontanen Gewohnheitsrechts in Bezug auf einen neuen „Kriegsbegriff“ kann wohl nicht ausgegangen werden. Vgl. hierzu aber *M. Kotzur*, „Krieg gegen den Terrorismus“ – politische Rhetorik oder neue Konturen des Kriegsbegriffs im Völkerrecht?, in: *Archiv des Völkerrechts* 4 (2002), S. 454 ff., S. 472.

²⁸ Auswahlweise seien genannt: UN Doc. S/RES/1386 v. 20. Dezember 2001, Grundlagenmandat, UN Doc. S/RES/1510 v. 13. Oktober 2003, Erweiterung auf ganz Afghanistan, UN Doc. S/RES/1833 v. 22. September 2008, Verlängerung bis zum 13. Oktober 2009.

²⁹ „Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions“, Text der Vereinbarung siehe unter: <http://www.afghangovernment.com/AfghanAgreementBonn.htm>. (am 17. August 2009).

³⁰ Vgl. Doc. S/RES/1510 v. 13. Oktober 2003.

³¹ Vgl. insb. zuletzt die begriffliche Fassung im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998, in BGBl. 2000 II S. 1393, dort in Art. 8 Abs. 2 f), der den Anwendungsbereich auf „[...] *bewaffnete Konflikte, die im Hoheitsgebiet eines Staates stattfinden, wenn zwischen den staatlichen Behörden und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen ein lang anhaltender bewaffneter Konflikt besteht*“ bezieht.

³² Bei Annahme eines „internationalisierten“ nicht-internationalen bewaffneten Konflikts in Afghanistan wären Fragen zu Geltung und Umfang der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts nur vordergründig einfach zu beantworten. Bereits die Frage nach dem Status der „Aufständischen“ (mögliche Partei oder weiter zivile Beteiligte an Feindseligkeiten?) wirft im Detail vergleichbare Unsicherheiten auf, wie sie ohne Annahme eines bewaffneten Konflikts bestehen. Weiterführend hierzu: *St. Sohm*, Die Instrumentalisierung des Völkerrechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, *HuV-I* 4 (1994), S. 164 ff., und aktuell *Ch. Schaller*, Humanitäres Völkerrecht und nichtstaatliche Gewaltakteure – Neue Regeln für asymmetrische bewaffnete Konflikte?, *SWP-Studie* 2007, S. 34, unter: <http://www.swp-berlin.org/forscher/forscherprofil.php?id=1378&PHPS ESSID=dfb6ca1f1922e3d5f2c2c432634cf457>. (am 17. August 2009).

auszugehen ist. Die grundlegenden Ge- und Verbote des humanitären Völkerrechts, durch die der Einsatz militärischer Gewalt eingehegt sowie am Konflikt Unbeteiligte und zivile Güter geschützt werden sollen, sind nach Auffassung der an ISAF und ENDURING FREEDOM beteiligten Nationen dennoch sehr wohl zu beachten. Aus Sicht der Rechtsberatung für den Einsatz macht es keinen Unterschied, ob im Einzelfall eine Rechtsüberzeugung oder eine politische Entscheidung die Anwendung verlangt.

Für die Annahme, dass die Beachtung grundsätzlich geboten ist, sprechen unabhängig davon folgende Überlegungen:

In Ansehung des Artikel 103 SVN kann der Sicherheitsrat keine Anwendung militärischer Gewalt autorisieren, die gewohnheitsrechtlich geltende und zwingende Ge- und Verbote des humanitären Völkerrechts verletzt, und der gemeinsame Artikel 2 schreibt die Anwendung der Genfer Konventionen (GK) vor, „selbst wenn der Kriegszustand nicht anerkannt ist“.

Jedenfalls ergibt sich in einem Umkehrschluss aus den gewohnheitsrechtlich geltenden zwingenden Regelungen des humanitären Völkerrechts, dass die legitime Anwendung militärischer Gewalt außerhalb eines bewaffneten Konflikts nicht über Maß und Mittel hinausgehen kann, die im bewaffneten Konflikt erlaubt wären.

Deshalb orientiert sich die Bekämpfung von Al Kaida, Taliban und anderen bewaffneten Kämpfern in Afghanistan auch an den grundlegenden Geboten, die für eine Kampfführung in einem bewaffneten Konflikt gelten würden: Dem Schonungs- und Diskriminierungsgebot, dem Gebot der militärischen Notwendigkeit und dem Verbot exzessiver Anwendung militärischer Gewalt.

Zusätzlich ist außerhalb eines bewaffneten Konflikts ein besonderes Augenmerk auf das allgemeine Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu richten.³³

Im humanitären Völkerrecht spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in besonderer Form eine Rolle, der des Exzessverbots, das nicht nur im *ius in bello*, sondern auch im *ius ad bellum* zu beachten ist. So weist – um nur ein Beispiel zu nennen – der IGH in seiner Nicaragua-Entscheidung³⁴ aus dem Jahr 1986 besonders darauf hin, dass die völkerrechtliche Selbstverteidigung dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit unterliege.³⁵ Dies verpflichtet den Verteidiger nicht dazu, sich auf das Maß militärischer Gewalt zu beschränken, das vom Angreifer angewandt wird. Jedoch muss die Verteidigungsmaßnahme zu dem Zweck der Abwehr in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Die Wertung des IGH ist auf die Ausführung eines VN-Mandats übertragbar, wobei die im Mandat autorisierte Anwendung militärischer Gewalt dabei auf den Zweck des VN-Mandats – anstelle des Zwecks der Abwehr – zu beziehen ist. Im VN-Mandat selbst ist mithin in der Ermächtigungsklausel die Formulierung üblich, dass alle zur Erfüllung des Mandats „notwendigen“ und insoweit beschränkten Maßnahmen freigegeben seien.³⁶ Dies führt inhaltlich zu einem Verhältnis-

mäßigkeitsgebot allgemeinen Zuschnitts, das keine Hin- und Rücknahme ziviler Begleitschäden in der Form enthält, wie sie das spezifischere Exzessverbot kennt.

Außerhalb eines internationalen bewaffneten Konflikts und unabhängig von einer VN-Resolution hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in zwei Fällen die Anwendung militärischer Gewalt mit unbeabsichtigten Nebenfolgen für Zivilisten am Maßstab eines solchen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips – und nicht am humanitär-völkerrechtlichen Exzessverbot – gemessen.

Im Fall „*Isayeva* und andere gegen Russland“³⁷ stand der Schaden an Leib und Leben in Streit, der 1999 durch die Bombardierung eines Konvois von zivilen Fahrzeugen auf dem Weg aus Grosny heraus durch die russische Luftwaffe verursacht wurde. Der Fall „*Isayeva* gegen Russland“³⁸ bezog sich auf einen Angriff der russischen Truppen auf die Ortschaft Katyr-Yurt am 4. Februar 2000, bei dem ebenfalls mehrere Zivilisten verletzt oder getötet wurden.

In beiden Fällen seien nach Auffassung des Gerichts „*die Operationen geplant und ausgeführt worden, ohne die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz des Lebens von Zivilisten zu treffen*“. Der Gerichtshof hat entsprechend jeweils eine Verletzung des Artikel 2 EMRK festgestellt. Damit liegen für die Annahme, dass auch in Umsetzung eines VN-Mandats, das nicht zur Kriegsführung autorisiert, allgemeine Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit auf völkerrechtlicher Ebene mit einzubeziehen sind, bereits relevante gerichtliche Entscheidungen vor.

Auf die zuvor genannten Ge- und Verbote des humanitären Völkerrechts wird im Folgenden mit Schwerpunkt auf einige Besonderheiten bei der Umsetzung des ISAF-Mandats eingegangen werden.

³³ Eine aktuelle Übersicht zum Meinungsstand in der völkerrechtlichen Diskussion um ein allgemeines Verhältnismäßigkeitsprinzip in allen Rechtsbereichen des Völkerrechts mit rechtsphilosophischen Bezügen gibt E. Vranes, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Archiv des Völkerrechts, 1 (2009), S. 1 ff.

³⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, (Nicaragua-Fall), Urte. v. 27. Juni 1986, unter: <http://www.icjij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4&PHPSESSID=71e12c1501641c229fa7ecd85a56a5b>. (am 17. August 2009).

³⁵ Aktuell zustimmend mit weiteren Nachweisen E. Vranes, a.a.O. (Fn. 33), S. 27 f., der im Ausnahme-Regel-Zusammenhang des allgemeinen Gewaltverbots gegenüber dem ggf. als Selbstverteidigung möglichen Einsatz militärischer Gewalt in den internationalen Beziehungen das klassische Beispiel einer Souveränitätskollision sieht, die nur mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu lösen ist.

³⁶ Statt vieler Beispiele siehe die Freigabe von „necessary measures“ für ISAF in Ziff. 3 des UN Doc. S/RES/1386 v. 20. Dezember 2001, zu den übrigen ISAF VN-Mandaten vgl. M. Wagner, a.a.O. (Fn. 23).

³⁷ *Isayeva* and others v. Russia (Applications 57947/00, 57948/00 und 57949/00), unter: <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/affiliated-centres/ehrac/ehrac-litigation/ehcr-pleadings/isayeva-and-others-v-russia.cfm>. (am 17. August 2009). Mit Link zum Urte. v. 24. Februar 2005 (4155 24.2.2005).

³⁸ *Isayeva* v. Russia (Application 57950/00), Urte. v. 24. Februar 2005, unter: <http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,,RUS,4223422f6,0.html>. (am 17. August 2009).

Schonungs- und Diskriminierungsgebot verlangen, dass weder die Zivilbevölkerung als solche noch einzelne Zivilisten das Ziel von Angriffen sein dürfen, vielmehr sind sie möglichst zu schonen. Im Rahmen der Umsetzung eines robusten Mandates des Sicherheitsrates, ist der Einsatz notwendiger und verhältnismäßiger militärischer Gewalt gegen Personen, die sich der Durchführung des autorisierten Auftrags mit Gewalt oder mit der Drohung mit Gewalt widersetzen, unter bestimmten Voraussetzungen möglich und wird eigens in sogenannten „rules of engagement“³⁹ und in nationalen Taschenkarten freigegeben.

Inwieweit entspricht eine solche Freigabe noch dem Schonungsgebot, wenn in der Tat Zivilisten von ihr betroffen sind? Sie steht dann im Einklang, wenn ihre Voraussetzungen den Wertungen des Artikel 51 Absatz 3 des Zusatzprotokolls (ZP) I⁴⁰ bzw. des Artikel 13 Absatz 3 ZP II⁴¹ entsprechen, nach denen das Schonungsgebot Zivilisten nicht mehr und solange nicht umfasst, soweit sie direkt oder unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.

Zivilisten verlieren ihren Schutz gegenüber den Wirkungen und Folgen der Feindseligkeiten im bewaffneten Konflikt jedenfalls für die Dauer jeder einzelnen Handlung, die als direkte oder unmittelbare Beteiligung gewertet werden kann.

Es bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, wie lange und wie weitreichend der Verlust des Schutzes durch das Schonungsgebot ist. In enger Auslegung wird vertreten, dass bei Zweifeln, ob ein Zivilist lediglich zeitweilig an Feindseligkeiten teilnehme, oder dauernd militärische Aufgaben für eine Konfliktpartei wahrnehme, die Person weiterhin als Zivilist unter dem Schutz des Schonungsgebots verbleibt. Entsprechend dürfe eine Person, die ihre Eigenschaft als Zivilist nach Ende der direkten Beteiligung unmittelbar wiedererlangt habe, und damit den Schutz des Schonungsgebots, nicht länger militärisch bekämpft werden.⁴²

Nach anderer Auffassung soll der direkt an Feindseligkeiten Teilnehmende das Risiko, mit militärischer Gewalt bekämpft zu werden, solange tragen, bis entweder durch längeren Zeitablauf oder durch eine positive Bestätigung kein Zweifel mehr bestehe, dass er nicht mehr direkt an Feindseligkeiten beteiligt sei.⁴³ Gebe er den gewaltsamen Widerstand auf, unterliege er ausschließlich der Strafverfolgung der zuständigen Behörden.⁴⁴

Im Rahmen der ISAF-Mandatsdurchführung stellt sich damit die Frage, unter welchen Umständen ein Zivilist sich direkt oder unmittelbar der Durchführung des autorisierten Auftrags mit Gewalt oder mit der Drohung mit Gewalt widersetzt. Dies steht einer Teilnahme an Feindseligkeiten gleich. Im Rahmen der multinationalen Vorgaben für den ISAF-Einsatz haben sich die NATO-Mitgliedstaaten darauf verständigt, dass eine realistische und identifizierbare Bedrohung mit Gewalt oder ein solcher Einsatz von Gewalt eines Individuums, einer Gruppe oder von bewaffneten Kräften vorliegen muss. Die Voraussetzungen schließen ausdrücklich an das gewaltsame Verhalten an und nicht an eine bloße Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe.

Eine Richtschnur dafür, ob und wie auf die Drohung mit Gewalt reagiert werden darf, lässt sich außerhalb der multinationalen Vorgaben aus den Grundsätzen für die völkerrechtliche Selbstverteidigung und aus nationalen Notwehrregelungen ableiten. Steht nach Einschätzung einer konkreten Lage ein Angriff bzw. die Anwendung von lebensbedrohlicher Gewalt unmittelbar bevor oder dauert an bzw. ist eine immanente Selbstverteidigungssituation gegeben, darf auch bereits zur Abwendung dieser Bedrohung bzw. zur Selbstverteidigung gehandelt werden. Dies schließt – wenn als letztes Mittel notwendig und verhältnismäßig – den Einsatz gezielter tödlicher Gewalt mit ein.

Unter den an ENDURING FREEDOM teilnehmenden Staaten wurden keine multinationalen Vorgaben vereinbart, vielmehr setzte jeder Truppensteller die beschriebenen Vorgaben des humanitären Völkerrechts mit Bezug auf Zivilisten, die an Feindseligkeiten teilnehmen, in eigener Lesart und Verantwortung um.

Das Gebot militärischer Notwendigkeit begrenzt im bewaffneten Konflikt die Anwendung militärischer Gewalt gegen militärische Ziele, einschließlich Kombattanten, auf das Maß, das zur Bekämpfung des Gegners erforderlich ist. Im Rahmen der Umsetzung eines VN-Mandats, das nicht zur Kriegsführung autorisiert, ist das Gebot der militärischen Notwendigkeit an der im VN-Mandat vorgegebenen Auftragserfüllung zu messen. Das ISAF-Mandat gibt insoweit den Einsatz militärischer Gewalt nur in dem Umfang frei, der zur Sicherheitsunterstützung in Afghanistan erforderlich ist. In diesem Sinne muss der Einsatz militärischer Gewalt nicht nur militärisch notwendig, sondern auch verhältnismäßig sein.

Das Verbot exzessiver Angriffe verlangt im bewaffneten Konflikt, keinen Angriff vorzunehmen und jede Angriffshandlung zu stoppen, bei der der zu erwartende kollaterale Schaden insgesamt außer Verhältnis stünde zu dem erwarteten konkreten und direkten militärischen Vorteil. Unter den Rahmenbedingungen eines VN-Mandats außerhalb eines

³⁹ Ausführlich hierzu S. Spies, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen: Vom Rechtskonsens der truppenstellenden Staaten zu den nationalen Dienstweisungen für den Einsatz militärischer Gewalt, in: D. Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, Baden-Baden, 2007, S. 115 ff.

⁴⁰ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, BGBl. 1990 II S. 1551 ff.

⁴¹ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, BGBl. 1990 II S. 1637 ff.

⁴² Vgl. H.-P. Gasser, Protection of the Civilian Population, in: D. Fleck, The Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl., Oxford 2008, S. 237 ff., S. 261.

⁴³ Mit Blick auf die Schwierigkeiten, für einen in der „Hierarchie“ der zivil operierenden Aufständischen an führender Stelle Tätigen ein tatsächliches Ende seiner Beteiligung je positiv zu identifizieren, vertritt dies z.B. G. Solis, Targeted Killing and the Law of Armed Conflict, in: Naval War College Review 2 (2007), S. 127 ff.

⁴⁴ D.h. in Afghanistan die einheimischen Behörden, die nicht von ISAF aus ihrer originären Zuständigkeit verdrängt werden.

bewaffneten Konflikts wirken neben dem Exzessverbot auch die Zielsetzung und der Auftrag des Mandats selbst auf die Mittel- und Methodenwahl beim Einsatz militärischer Gewalt ein. In diesem Sinne muss die Auswahl der Mittel und Methoden ebenfalls nicht nur nicht exzessiv, sondern auch verhältnismäßig der mandatlichen Zielsetzung sein.

In Ansehung des ISAF-Mandats ist dem Schonungs- und Diskriminierungsgebot, dem Gebot der militärischen Notwendigkeit und dem Verbot exzessiver Anwendung militärischer Gewalt im Ergebnis ein allgemeines Verhältnismäßigkeitsgebot bei- bzw. voranzustellen. Es handelt sich nach hier vertretener Auffassung jedoch – wie dargelegt – um einen originär völkerrechtlichen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und nicht um ein dem materiellen politischen Bereich entlehntes Prinzip.

4. Die Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts bei Gewahrsamnahmen im Rahmen des ISAF-Mandats

Das ISAF-Mandat enthält eine Ermächtigung zum Einsatz „*aller notwendigen Mittel zur Erfüllung des Mandats*“ und damit auch eine völkerrechtliche Rechtsgrundlage, Personen unter bestimmten Voraussetzungen in Gewahrsam zu nehmen und zu halten.⁴⁵

In den multinationalen Vorgaben, auf die sich die NATO-Truppensteller geeinigt haben, wird der Zeitraum einer Gewahrsamnahme durch ISAF auf 96 Stunden begrenzt. Innerhalb dieser Zeit sollen Festgehaltene möglichst an afghanische Behörden übergeben werden. Ist eine Übergabe nicht möglich, so sind sie freizulassen, sobald dies ohne Gefährdung des Auftrags möglich ist.

Für die Behandlung in Gewahrsam genommener Personen bestehen seit Beginn der deutschen Teilnahme am ISAF-Einsatz grundsätzliche Regelungen in den Taschenkarten und in Einzelweisungen für den konkreten Einsatz.

Zusätzlich sind 2007 für alle Einsatzgebiete einheitliche Grundsätze angewiesen worden, in der allgemeine, bereits geltende Regelungen sozusagen vor die Klammer gezogen wurden. Diese Regelungen und ihre Verallgemeinerung beruhen auf folgenden Überlegungen:

Die internationalen Menschenrechtsstandards, die als Völkergewohnheitsrecht anzusehen sind, binden deutsche Streitkräfte bei der Ausübung aller völkerrechtlichen Befugnisse zur vorübergehenden Ingewahrsamnahme. Auch wenn bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr im Frieden das humanitäre Völkerrecht keine unmittelbare Anwendung findet, sind seine Prinzipien stets zu beachten. Es ist zu beachten, dass eine militärische Ingewahrsamnahme, die in rechtmäßiger Ausübung völkerrechtlicher Befugnisse durchgeführt wird, nicht in einer Weise erfolgt, die anwendbare grundlegende menschenrechtliche Bestimmungen zum Schutz der Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit der Person verletzt.⁴⁶ Eine solche rechtsverletzende Durchführung liegt vor, wenn die militärische freiheitsberaubende Maßnahme die Prinzi-

pien des humanitären Völkerrechts verletzt, was gleichzeitig auch die Verletzung relevanter Menschenrechtsstandards bedeuten kann. Diesen Parallelismus hat zuletzt der IGH in seinem Gutachten vom 9. Juli 2004 zur Errichtung der Mauer in den besetzten palästinensischen Gebieten deutlich zum Ausdruck gebracht.⁴⁷

Das humanitäre Völkerrecht legt als Prinzip für die Behandlung von Personen außerhalb von Feindseligkeiten fest, sie unter allen Umständen mit Menschlichkeit zu behandeln, ohne jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der Farbe, der Religion und des Glaubens, Geschlechts, der Geburt oder des Vermögens oder aus irgendeinem ähnlichen Grunde.

Dieses Grundprinzip ist bereits in der „*Martens'schen Klausel*“ verankert, es entspricht dem gemeinsamen Artikel 3 der GK, ebenso Artikel 5, vorletzter Satz, und Artikel 37 der IV. GK sowie Artikel 75 ZP I und Artikel 4 ZP II. Das Grundprinzip der menschlichen Behandlung als menschenrechtliches Prinzip findet sich ebenfalls im VN-Zivilpakt,⁴⁸ in Artikel 10.

Das Grundprinzip der Unparteilichkeit als menschenrechtliches Prinzip findet sich ebenfalls im VN-Zivilpakt, Artikel 2 Absatz I, und unter Nummer 6. 1), in den nichtrechtsverbindlichen „*Mindestgrundsätzen der Behandlung von Gefangenen*“ des Wirtschafts- und Sozialrates der VN⁴⁹ sowie unter Nummern 1 und 5 der nichtrechtsverbindlichen Resolution der VN-Generalversammlung zu den Prinzipien zum Schutz aller Personen unter jeder Form von Haft und Gewahrsam vom 9. Dezember 1988.⁵⁰

Diese Grundprinzipien menschlicher und unparteilicher Behandlung sind bei Ingewahrsamnahmen außerhalb bewaffneter Konflikte zu beachten.

⁴⁵ Vgl. *M. Wagner*, a.a.O. (Fn. 23) und Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, a.a.O. (Fn. 31).

⁴⁶ Vgl. hierzu die Auffassung des IGH, der Art. 6 des IPBPR (VN-Zivilpakt, s. Fn. 48) als relevante Regelung für den bewaffneten Konflikt und die Anwendung militärischer Gewalt bewertet hat, im Gutachten v. 8. Juli 1996 auf Anforderung der Generalversammlung der VN zur Frage der Legalität von der Androhung und des Einsatzes von Atomwaffen.

⁴⁷ In englischer und französischer Sprache, unter: <http://www.icj-cij.org/search/index.php?str=Wall%20palestine&pg=8p1=0&p2=2>. (am 17. August 2009). (Advisory opinion/avis consultativ).

⁴⁸ Internationaler Pakt über bürgerliche und zivile Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II S. 1534 ff.

⁴⁹ Als erstes Grundprinzip angenommen vom Ersten Kongreß der Vereinten Nationen für Verbrechensverhütung und die Behandlung Straffälliger, Genf 1955, und gebilligt durch den Wirtschafts- und Sozialrat mit seinen Resolutionen 663 C (XXIV) v. 31. Juli 1957 und 2076 (LXII) v. 13. Mai 1977, unter: <http://209.85.129.132/search?q=cache:VH2kyaAnO1oJ:www.un.org/depts/german/menschenrechte/gefangene.pdf+Mindestgrunds%C3%A4tze+der+Behandlung+von+Gefangenen&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de>. (am 17. August 2009).

⁵⁰ UN Doc. A/RES/43/173 v. 9. Dezember 1988.

⁵¹ Vgl. Nr. 6 der Prinzipienliste, Art. 75 ZP II.

Sie sind dabei insbesondere auf folgende Verbote zu beziehen:⁵¹

- Angriffe auf das Leben und auf die körperliche Unversehrtheit sowie auf das körperliche und geistige Wohlbefinden von in Gewahrsam befindlichen Personen sind verboten.⁵²
- Folter und die Androhung von Folter sind verboten.
- Geiselnahmen und terroristische Handlungen sind verboten.⁵³
- Beeinträchtigungen der persönlichen Würde, insbesondere entwürdigende und erniedrigende Behandlung,⁵⁴ Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution und zu unzüchtigen Handlungen jeder Art, Sklaverei und Sklavenhandel in allen ihren Formen sind verboten.⁵⁵
- Die Androhung solcher Handlungen ist verboten.

Sie erfordern insbesondere auch die Beachtung folgender Mindeststandards für das Verfahren:⁵⁶

- Über jede Ingewahrsamnahme einer Person ist gesondert zu entscheiden.⁵⁷
- Jede Ingewahrsamnahme einer Person ist zu dokumentieren.⁵⁸
- Jede in Gewahrsam genommene Person ist über den Grund des Gewahrsams in Kenntnis zu setzen.⁵⁹
- Jede Ingewahrsamnahme einer Person ist in Bezug auf ihren Grund und ihre Dauer nach angemessener Zeit in einem geordneten und anwendbaren Verfahren zu überprüfen.⁶⁰
- Jede in Gewahrsam genommene Person hat das Recht, eine solche Überprüfung einzuleiten (*Habeas Corpus*).⁶¹
- Jede Ingewahrsamnahme einer Person ist unverzüglich zu beenden, wenn ihr Grund entfallen ist.
- Personen dürfen nur in Einrichtungen in Gewahrsam gehalten werden, die als Gewahrsamsorte bestimmt und bekannt sind.⁶²
- Jede in Gewahrsam genommene Person hat das Recht, mit Familienangehörigen,⁶³ anerkannten Beistandspersonen und konsularischen Vertretern ihres Staates⁶⁴ Kontakt aufzunehmen und von diesen Besuche zu erhalten.⁶⁵
- Dem IKRK oder einer anderen, hierzu bestimmten unparteilichen Organisation ist ein geregelter Zugang zu Gewahrsamseinrichtungen zu gewähren.⁶⁶

Sowohl die Verbote als auch die Verfahrensstandards lassen sich jeweils in Einzelbestimmungen des humanitären Völkerrechts als auch in Erklärungen und vertraglichen Grundlagen der Menschenrechtsregime nachvollziehen.

Ist im Einzelfall beachtlich, dass eine Gewahrsamsperson auch der Strafverfolgung zugeführt werden soll oder kann, ist darüber hinaus angewiesen, dass die Unschuldsvermutung gilt und die Gewahrsamsperson vorsorglich in verständlicher Weise über ihre Rechte – einschließlich des Zeugnisverweigerungsrechts – informiert wird. ■

⁵² Vgl. auch Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 und das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafen vom 18. Dezember 2002.

⁵³ Vgl. Art. 24 und 34 der IV. GK, Art. 9 VN-Zivilpakt.

⁵⁴ Vgl. Nr. 31 und 32 der Mindestgrundsätze.

⁵⁵ Vgl. Art. 8 VN-Zivilpakt.

⁵⁶ Zu Mindeststandards im Verfahren vgl. auch *J. Pejic*, Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence, *International Review of the Red Cross* 858 (2005), S. 375 ff.

⁵⁷ Vgl. das Verbot von Kollektivstrafen in Art. 24 der IV. GK, Art. 75 Abs. 2 d), Art. 4 Abs. 2 b) in ZP II, sowie Art. 9 VN-Zivilpakt.

⁵⁸ Vgl. die Registerpflicht in Nr. 12 Prinzipienliste und Nr. 7. (1) der Mindestgrundsätze.

⁵⁹ Vgl. Nr. 10 Prinzipienliste, Art. 9 Abs. 2 VN-Zivilpakt.

⁶⁰ Vgl. Art. 43 der IV. GK, Art. 9 VN-Zivilpakt.

⁶¹ Vgl. Nr. 11 (3.) Prinzipienliste, Art. 35 der IV. GK, Art. 9 Abs. 4 VN-Zivilpakt.

⁶² Vgl. Prinzipienliste Nr. 12 und 16 (1) und UN Doc. A/RES/47/133 v. 18. Dezember 1992, VN-„Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance“.

⁶³ Vgl. Nr. 44 3) der Mindestgrundsätze, Art. 106 und 138 der IV. GK.

⁶⁴ Vgl. Nr. 38 1) der Mindestgrundsätze.

⁶⁵ Vgl. Art. 25 der IV. GK.

⁶⁶ Vgl. Art. 10 und 11 der IV. GK.

Die Martens'sche Klausel – grundlegende Norm des humanitären Völkerrechts oder Vorschrift ohne Wert?

Hans-Michael Empell*

The article suggests a new interpretation of the *Martens* Clause. More assiduously than in previous attempts the exact wording as well as the historical background of the Clause are analyzed. The result is, that the text has to be interpreted in the light of a new concept of international law developed in the 19th century: “the international law of civilized nations”. The historical attempt to elaborate a code of martial law is important for any interpretation of the Clause. The inquiry comes to the conclusion that the text refers only to one category of principles, i.e. the principles of customary international law. Today the applicability of these principles to the cases mentioned in the Clause is unproblematic, so the Clause has in a way become obsolete. But a certain value for the presence remains insofar as the Clause invokes valid basic principles of international law and may thus prove useful for the further development.

Der Aufsatz entwickelt eine neue Interpretation der *Martens*'schen Klausel. Gründlicher, als dies in den bisherigen Untersuchungen geschehen ist, werden der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ausgewertet. Entscheidend für das Verständnis der Klausel ist das Konzept eines „Völkerrechts der zivilisierten Nationen“, wie es im 19. Jahrhundert vertreten wurde. Das damals verfolgte Projekt, ein Kriegsgesetzbuch auszuarbeiten, ist für die Auslegung ebenfalls von Bedeutung. Das Ergebnis der Interpretation lautet: Die *Martens*'sche Klausel bezieht sich auf eine einzige Gruppe von „Grundsätzen des Völkerrechts“, nämlich die gewohnheitsrechtlichen Prinzipien des humanitären Völkerrechts. Heute ist die Geltung dieser Grundsätze in den Fällen, die von der Klausel angesprochen werden, unproblematisch. Die *Martens*'sche Klausel ist obsolet geworden. Ein gewisser aktueller Wert kann ihr dennoch nicht abgesprochen werden. Die Klausel bezieht sich auf Grundlagen des Völkerrechts, die bis heute maßgeblich geblieben sind. So mag sie sich als nützlich erweisen für die Weiterentwicklung des Völkerrechts.

1. Einführung

1.1. Der US-amerikanische Präsident *Barack Obama* kündigte am 22. Januar 2009 an, das Gefangenenlager in Guantánamo Bay innerhalb eines Jahres zu schließen.¹ Die Ankündigung bildete auch eine Reaktion darauf, dass die Art und Weise der Unterbringung der Gefangenen und die an ihnen begangenen Misshandlungen in der völkerrechtlichen Diskussion nahezu einhellig als völkerrechtswidrig scharf abgelehnt worden waren. Es dürfe, so hieß es, keine „*legal black holes*“ geben. Solche rechtsfreien Räume seien durch die *Martens*'sche Klausel ausgeschlossen.² Die Klausel ist somit nicht nur eine in der Vergangenheit häufig zitierte Bestimmung des Völkerrechts, auch heute noch wird ihr große Bedeutung beigelegt. Sie findet sich zuerst in Absatz 9 der Präambel des II. Haager Abkommens, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, vom 29. Juli 1899. Die offizielle, deutsche Übersetzung lautet:

„Solange, bis ein vollständigeres Kriegsgesetzbuch festgestellt werden kann, halten es die hohen vertragschließenden Theile für zweckmäßig, festzusetzen, dass in den Fällen, die in den von ihnen angenommenen Bestimmungen nicht vorgesehen sind, die Bevölkerungen und Kriegführenden unter dem Schutze und den herrschenden Grundsätzen des Völkerrechts bleiben, wie sie sich aus den unter gesitteten Staaten geltenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens herausgebildet haben.“³

Kennzeichnend für die aktuelle Diskussionslage ist zweierlei: Zum einen wird festgestellt, trotz mehrerer Interpretationsvorschläge sei der Inhalt der *Martens*'schen Klausel nach wie vor unklar.⁴ Zum anderen heißt es, dass die Bestimmung über den ursprünglichen Kontext, das II. Haager Abkommen, hinaus eine weit reichende Wirkung auf das humanitäre Völkerrecht, ja sogar auf das Völkerrecht insgesamt entfaltet

* Dr. iur., Diplom-Bibliothekar, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft e.V. (Heidelberg); Schwerpunkte: internationaler Menschenrechtsschutz, humanitäres Völkerrecht.

¹ Vgl. Internet: <http://www.zeit.de/online>. (22. Januar 2009).

² Vgl. *Th. Rensmann*, Die Humanisierung des Völkerrechts durch das *ius in bello* – Von der *Martens*'schen Klausel zur „Responsibility to Protect“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2008), S. 114.

³ Reichsgesetzblatt (1901), S. 423 ff. Die authentische, französische Version lautet: „*En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.*“ Fundstelle: Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 mai – 29 juillet 1899, La Haye 1899, I. Partie, S. 239 f.

⁴ Vgl. *L. Horn*, Die *Martens*'sche Klausel und das Friedensvölkerrecht, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 3/4 (1990), S. 168; *R. Tichhurst*, La clause de *Martens* et le droit des conflits armés, in: Revue Internationale de la Croix-Rouge 2 (1997), S. 134; *A. Cassese*, The *Martens* Clause: half a loaf or simply pie in the sky? In: European Journal of International Law 1 (2000), S. 189.

hat.⁵ Die Frage drängt sich auf, ob die Klausel ein solches Gewicht vielleicht gerade deshalb erlangen konnte, weil ihr Inhalt unklar und daher deutungsfähig geblieben ist.⁶ Wie dem auch sei – der dargestellte Diskussionsstand lässt es als angebracht erscheinen, die Vorschrift erneut zu untersuchen. Als Ergebnis wird sich zeigen, dass sowohl dem Wortlaut als auch der ursprünglichen Aussage der Klausel trotz der verschiedenen Interpretationen, die sie bisher erfahren hat, nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

1.2. Die Klausel, benannt nach dem aus Estland stammenden, russischen Diplomaten und Völkerrechtsprofessor Friedrich (Feodor) Fromhold von Martens (1845–1909),⁷ findet sich, wie bereits erwähnt, zuerst in der Präambel (Absatz 9) des II. Haager Abkommens; eine Anlage zu diesem Abkommen bilden die „Bestimmungen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs“, die sog. Haager Landkriegsordnung (HLKO).⁸ Das Abkommen wurde auf der I. Haager Friedenskonferenz (18. Mai – 29. Juli 1899) verabschiedet. Der auf die Martens'sche Klausel unmittelbar folgende Satz (Absatz 10 der Präambel) ist für deren Verständnis von erheblicher Bedeutung:⁹

„Sie (die Vertragsparteien; Verfasser) erklären, dass namentlich die Artikel 1 und 2 der angenommenen Bestimmungen in diesem Sinne zu verstehen sind.“

In den beiden genannten Artikeln der HLKO wird der Begriff des Kombattanten definiert. Nach Artikel 1 HLKO fallen darunter die Angehörigen von Heeren sowie von Milizen und Freiwilligen-Korps, Letztere jedoch nur, sofern sie die Waffen offen tragen, ein aus der Ferne erkennbares Abzeichen haben, unter einer verantwortlichen Führung stehen und die Gesetze und Gebräuche des Krieges beachten. In Artikel 2 HLKO heißt es, dass die Bevölkerung eines nicht besetzten Gebietes, die beim Herannahen des Feindes aus eigenem Antriebe zu den Waffen greift, um die eindringenden Truppen zu bekämpfen, ohne Zeit gehabt zu haben, sich nach Artikel 1 HLKO zu organisieren („levée en masse“), als Kriegspartei betrachtet wird, sofern sie sich an die Gesetze und Gebräuche des Krieges hält. Welcher Status Widerstandsbewegungen zukommt, falls ein Gebiet bereits besetzt ist, wird in der HLKO dagegen nicht geregelt.¹⁰ Auf diese Frage bezieht sich die Martens'sche Klausel in erster Linie. Widerstandskämpfer werden danach durch die „Grundsätze des Völkerrechts“ geschützt. Wenn es in Absatz 10 der Präambel jedoch heißt, die Klausel betreffe „namentlich“ Artikel 1 und 2 HLKO, so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass die Klausel alle in dem Abkommen nicht geregelten Materien des Kriegsvölkerrechts betrifft, wie es auch dem umfassenden Wortlaut der Klausel entspricht.

Über das II. Haager Abkommen hinaus hat die Martens'sche Klausel eine weit reichende Wirkung entfaltet, die bis in die Gegenwart dauert.¹¹ Unverändert findet sich die Bestimmung in Absatz 8 der Präambel des IV. Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907.¹² Dieses Abkommen, das auf der II. Haager Friedenskonferenz (15. Juni – 18. Oktober 1907) ausgearbeitet wurde, ersetzt für die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien das Abkommen von 1899.¹³ Aufgenommen

wurde die Klausel in jeweils leicht modifizierter Form in weitere völkerrechtliche Verträge und andere Dokumente.¹⁴ Darüber hinaus wird sie als eine Norm des universell ver-

⁵ Vgl. V.V. Pustogarov, *The Martens Clause in international law*, in: *Journal of the History of International Law* 1 (1999), S. 132 ff.; Rh. Schircks, *Die Martens'sche Klausel*, Baden-Baden 2002, S. 31 ff., 37 ff. Eine Anmerkung zur Terminologie: Die Vorschriften, die dem Schutz der einzelnen Menschen in internationalen und nicht-internationalen, bewaffneten Konflikten dienen (der Zivilbevölkerung, der Kombattanten, der Kriegsgefangenen und der Verwundeten), werden heute unter dem Bezeichnung „humanitäres Völkerrecht“ zusammengefasst. Als die Martens'sche Klausel am Ende des 19. Jahrhunderts formuliert wurde, gab es diese Bezeichnung noch nicht. Es wurde nicht von „internationalen bewaffneten Konflikten“, sondern von „Kriegen“ und dementsprechend von einem „Kriegsvölkerrecht“ („*ius in bello*“) gesprochen (das auch Normen enthielt, die keinem humanitären Schutzzweck dienten, z.B. das Neutralitätsrecht). Wenn im Folgenden die Rechtslage am Ende des 19. Jahrhunderts zu behandeln ist, wird vom „Kriegsvölkerrecht“ („*ius in bello*“) gesprochen, im Hinblick auf das geltende Völkerrecht wird der Terminus „humanitäres Völkerrecht“ verwendet.

⁶ Vgl. A. Cassese, a.a.O. (Fn. 4), S. 188.

⁷ Zu Leben und Werk Friedrich von Martens vgl. H.-J. Uibopuu, Friedrich Freiherr von Martens – Jurist, Politiker, Humanist, in: *Monatshefte für Osteuropäisches Recht* 1 (2006), S. 19 ff.; weitere Nachweise bei A. Cassese, a.a.O. (Fn. 4), S. 189 Anm. 2; Rh. Schircks a.a.O. (Fn. 5), S. 13 Anm. 2. Friedrich von Martens darf nicht mit Georg Friedrich von Martens (1756–1821) verwechselt werden, der Professor des Natur- und Völkerrechts an der Universität Göttingen war; er wurde als Herausgeber des „Recueil Martens“ bekannt – „Recueil des principaux traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échange etc.“ in sieben Bänden, 1791–1801, eines Werkes, das später in mehreren weiteren Auflagen erschienen ist.

⁸ Vorläufer der Martens'schen Klausel in mittelalterlichen Rechtsquellen Englands und Schottlands behandelt Th. Meron, in: U. Beyerlin (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin (u.a.) 1995, S. 173 ff.

⁹ In der französischen Fassung heißt es: „Elles déclarent que c'est dans ce sens que doivent s'entendre notamment les articles 1 et 2 du Règlement adopté.“

¹⁰ Nach R. Bierzanek, in: V. Ibler (éd.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye 1968, 54 ff. wurden im 17. und 18. Jahrhundert und zu Beginn des 19. Jahrhunderts (zur Zeit der napoleonischen Kriege) in der kriegsrechtlichen Theorie die irregulären Kämpfer den regulären Kombattanten gleichgestellt. In der Zeit der Heiligen Allianz setzte eine Tendenz ein, irreguläre Kämpfer zu diskriminieren. Diese Tendenz verstärkte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Bereits auf der Konferenz von Brüssel (1874) war die Frage umstritten. Auf der I. Haager Friedenskonferenz (1899) trat der Gegensatz erneut offen zu Tage.

¹¹ Vgl. Th. Meron, *The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience*, in: *American Journal of International Law* 1 (2000), S. 80 ff.; Rh. Schircks, a.a.O. (Fn. 5), S. 17 ff.; knappe Darstellung auch bei Rh. Schircks, *Zum hundertjährigen Geburtstag der Martens'schen Klausel – eine Bestandsaufnahme*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 3 (1999), S. 167 ff.

¹² Reichsgesetzblatt 1910, S. 107 ff.

¹³ Die offizielle, deutsche Übersetzung weicht, gerade auch in der Präambel, in einigen kleinen Punkten von der Übersetzung von 1899 ab. So heißt es nun, die Vertragsstaaten seien an die „Grundsätze des Völkerrechts“ gebunden, wie sie sich „aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ergeben. Bei der Erörterung des geltenden Rechts wird im Folgenden auf die deutsche Übersetzung des IV. Haager Abkommens (1907) Bezug genommen; im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der Martens'schen Klausel wird die deutsche Übersetzung des II. Haager Abkommens (1899) zitiert.

¹⁴ Vgl. L. Horn, a.a.O. (Fn. 4), S. 169; Th. Meron, a.a.O. (Fn. 11), S. 78; Rh. Schircks, a.a.O. (Fn. 5), S. 30 f.

bindlichen Völkergewohnheitsrechts eingestuft,¹⁵ die nicht nur im Land-, sondern auch im Luft- und Seekrieg¹⁶ und sogar in Friedenszeiten anwendbar ist.¹⁷ Die Bestimmung wird zudem als zwingendes Recht (*ius cogens*) qualifiziert. Auch in der Praxis innerstaatlicher und internationaler Gerichte wurde die *Martens*'sche Klausel rezipiert.¹⁹

2. Zum Stand der Diskussion

2.1. Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“, die auf den „*unter gesitteten Völkern* („*nations civilisées*“) feststehenden *Gebräuchen*“ beruhen, sind *gewohnheitsrechtliche* Prinzipien.²⁰ Nach der heute maßgeblichen Terminologie werden diese „*Gebräuche*“ als „*allgemeine Praxis*“ bezeichnet (Artikel 38 Absatz 1 b des Statuts des IGH vom 26. Juni 1945; IGH-Statut). In der Regel ist dies ein Verhalten, das von den Staaten dauernd, einheitlich und allgemein geübt wird.²¹ Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ können insofern als die gewohnheitsrechtlichen Prinzipien des humanitären Völkerrechts verstanden werden.²² Der Zweck der *Martens*'schen Klausel besteht demnach darin, klarzustellen, dass im Hinblick auf Materien, die im IV. Haager Abkommen nicht geregelt sind, die einschlägigen gewohnheitsrechtlichen Normen weiterhin gelten.²³

Obwohl diese Interpretation unstreitig ist, muss sie doch mit einem Fragezeichen versehen werden. Völkergewohnheitsrechtliche Normen setzen nicht nur eine allgemeine Staatenpraxis voraus, die Praxis muss auch „*als Recht anerkannt*“ sein (Artikel 38 Absatz 1 b IGH-Statut). Die an der Praxis beteiligten Staaten müssen überzeugt sein, das von ihnen geübte Verhalten sei völkerrechtlich erlaubt oder sogar geboten – *opinio iuris sive necessitatis*. Die Wendung „*nations civilisées*“ bringt zwar möglicherweise zum Ausdruck, dass die Praxis von einem gemeinsamen Rechtsbewusstsein der „*gesitteten*“ Völker und ihrer Staaten getragen wird, was als Andeutung einer *opinio iuris* verstanden werden kann.²⁴ Eindeutig wird das Rechtsbewusstsein damit aber nicht bezeichnet. Auf diesen Punkt wird noch genauer einzugehen sein.²⁵ Klärungsbedürftig ist jedoch vor allem, was unter den „*Grundsätzen des Völkerrechts*“ zu verstehen ist, soweit sie sich aus den „*Gesetzen der Menschlichkeit*“ und den „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ ergeben.

2.2. Manche Autoren sind der Ansicht, die *Martens*'sche Klausel habe insofern eine *Interpretationsrichtlinie* zum Inhalt. Die Regeln des IV. Haager Abkommens, insbesondere der HLKO, sowie die übrigen Vorschriften des humanitären Völkerrechts seien möglichst weitgehend im Sinne der Humanität und der „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ auszulegen.²⁶ Die *Martens*'sche Klausel bezieht sich jedoch ihrem Wortlaut nach nicht auf die Vorschriften des IV. Haager Abkommens und anderer Verträge. Es wird vielmehr im Hinblick auf Materien, die im Abkommen gerade *nicht* geregelt sind, auf „*Grundsätze des Völkerrechts*“ verwiesen. Hinzu kommt Folgendes: Die „*Gesetze der Menschlichkeit*“ und die „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ sind sprachlich und inhaltlich von den „*Grundsätzen des Völkerrechts*“ abhängig und sollten daher nicht isoliert, sondern nur in Verbindung mit diesen „*Grundsätzen*“ verstanden werden.²⁷ Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ müssen mehr zum

Inhalt haben als Interpretationsrichtlinien, nämlich rechtsverbindliche Normen. Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut der Wendung, sondern auch daraus, dass es nicht plausibel wäre, wenn der gleiche Terminus („*Grundsätze des Völkerrechts*“) sowohl verbindliche Vorschriften (gewohnheitsrechtliche Prinzipien) als auch bloße Auslegungsrichtlinien („*Gesetze der Menschlichkeit*“, „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“) bezeichnen würde. Im Unterschied zu

¹⁵ Vgl. *M. N. Shaw*, in: *I. Pogany* (ed.), *Nuclear weapons and international law*, New York 1987, S. 3; *Br. Zimmermann*, in: *Y. Sandoz* (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, S. 36, Rn. 56, § 525; *V. V. Pustogarov*, a.a.O. (Fn. 5), S. 134. Der Internationale Gerichtshof (IGH) stellt im Gutachten zur Legalität von Nuklearwaffeneinsätzen (8. Juli 1996) fest: „*In particular, the Court recalls that all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the pre-existing customary law, such as the Martens Clause, reaffirmed in the first article of Additional Protocol I.*“ Legality of the threat or use of nuclear weapons (Nuklearwaffen-Gutachten), ICJ Rep. 1996/I, S. 259.

¹⁶ Vgl. *L. Horn*, a.a.O. (Fn. 4), S. 168; *H.-J. Uibopuu*, a.a.O. (Fn. 7), S. 35.

¹⁷ Vgl. *L. Horn*, a.a.O. (Fn. 4), S. 168 ff.

¹⁸ Vgl. *V. V. Pustogarov*, a.a.O. (Fn. 5), S. 134.

¹⁹ Vgl. *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 202 ff.; *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 31 ff. Wenn im Folgenden untersucht wird, welchen Inhalt die Klausel hat, sind die Auslegungsregeln anzuwenden, die in Art. 31 und 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention, WVK) niedergelegt sind; vgl. Bundesgesetzblatt 1985 II, S. 927 ff. Die WVK ist zwar nicht auf Verträge anwendbar, die vor dem In-Kraft-Treten der WVK (27. Januar 1980) geschlossen wurden (Art. 4 WVK). Die Auslegungsregeln der WVK sind aber im Wesentlichen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt – vgl. *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 68, m.w.N. Anm. 307 – und insofern auch für die Interpretation der *Martens*'schen Klausel maßgeblich. Dabei sind vor allem der Wortlaut und der Sinn und Zweck der Klausel von Bedeutung (Art. 31 Abs. 1 WVK); die Entstehungsgeschichte des II. Haager Abkommens wird ebenfalls zu berücksichtigen sein (Art. 32 WVK).

²⁰ Vgl. *H. Strebels*, in: *Wörterbuch des Völkerrechts* Bd. 2, Berlin 1961, S. 485; *Fr. Münch*, *Die Martens'sche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1976), S. 363; *Ch. Greenwood*, in: *D. Fleck* (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, München 1994, S. 25; *Th. Meron*, a.a.O. (Fn. 11), S. 87; *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 81 ff., m.w.N. S. 81, Anm. 390.

²¹ *W. Heintschel von Heinegg*, in: *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 16, Rn. 7 ff.

²² Dazu gehört der Grundsatz, dass bei militärischen Aktionen zwischen Kombattanten und der Zivilbevölkerung sowie zwischen militärischen und zivilen Objekten zu unterscheiden ist (Diskriminierungsgebot). Gewohnheitsrechtlich verankert ist ferner das Verbot, unnötige Leiden zu verursachen.

²³ *H. Strebels*, a.a.O. (Fn. 20), S. 485.

²⁴ In diesem Sinne wohl *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 81.

²⁵ Vgl. 3.2.

²⁶ Vgl. *Th. Meron*, a.a.O. (Fn. 11), S. 88; *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 189 f., m.w.N. S. 190 Anm. 4.

²⁷ Dies zu betonen, ist umso dringlicher, als die beiden Begriffe in der völkerrechtlichen Diskussion häufig aus dem Zusammenhang gerissen und so zur Grundlage einer Argumentation gemacht werden; vgl. z.B. *Th. Meron*, a.a.O. (Fn. 8), S. 174; *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 47 f.; *H.-J. Uibopuu*, a.a.O. (Fn. 7), S. 19; *Th. Rensmann*, a.a.O. (Fn. 2), S. 113; *R. Ticehurst*, a.a.O. (Fn. 4), S. 137; *Th. Meron*, a.a.O. (Fn. 11), S. 82 ff.; *Fr. Münch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 369. Das Bundesverfassungsgericht spricht im Urteil vom 26. Oktober 2004 (2 BvR 955/00, 1038/01) vom „*humanitäre(n) Kern der Haager Landkriegsordnung, der aus den Grundsätzen der Menschlichkeit im Sinne der Martens'schen Klausel der Präambel der Haager Landkriegsordnung besteht*“. Vgl. BVerfGE 112 (2005), S. 1 ff. (30). Hier werden die zu unterscheidenden Begriffe „*Grundsätze des Völkerrechts*“ und „*Gesetze der Menschlichkeit*“ entgegen dem Wortlaut der Klausel zu einem einzigen Begriff zusammengezogen.

anderen Abschnitten der Präambel²⁸ ist die *Martens*'sche Klausel daher nicht als Auslegungsrichtlinie zu verstehen.

2.3. Ferner wird die Ansicht vertreten, der Zweck der *Martens*'schen Klausel bestehe darin, ein *argumentum e contrario* auszuschließen. Aus dem Fehlen einer Regelung kriegsvölkerrechtlicher Materien in der IV. Haager Konvention dürfe nicht der Schluss gezogen werden, alles was nicht ausdrücklich verboten sei, sei erlaubt; es bestehe ein rechtsfreier Raum, die Staaten dürften willkürlich, frei von rechtlichen Bindungen handeln.²⁹ Was die im Abkommen nicht geregelten Materien betreffe, seien sowohl Prinzipien des Völkergewohnheitsrechts und die Bestimmungen anderer Verträge maßgeblich als auch die „Grundsätze des Völkerrechts“, die sich aus den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ergeben. Diese Auffassung ist, wie die Präambel des IV. Haager Abkommens zeigt,³⁰ zutreffend, lässt jedoch offen, welches die „Grundsätze des Völkerrechts“ sind, soweit sie auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ beruhen.³¹

2.4. Eine Reihe von Autoren ist der Auffassung, dass die „Gesetze der Menschlichkeit“ und die „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ als Rechtsquellen zu verstehen sind, durch welche die traditionellen Rechtsquellen (Vertrag, Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze; vgl. Artikel 38 Absatz 1 IGH-Statut) für das *ius in bello* ergänzt werden.³² Die „Grundsätze des Völkerrechts“ sind demnach völkerrechtlich verbindliche Prinzipien, die weder vertraglich noch gewohnheitsrechtlich begründet sind, sondern unmittelbar auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ beruhen.³³ Wenn es den militärischen Befehlshabern jedoch überlassen bliebe, im Einzelfall gemäß verbindlichen „Grundsätzen des Völkerrechts“ zu entscheiden, die sich aus den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ergeben, würde eine ähnliche Situation eintreten, wie sie laut Präambel (Absatz 6 und 7) des IV. Haager Abkommens gerade verhindert werden soll; es würde Willkür drohen.³⁴ Die Befehlshaber wären zwar nicht völlig frei von rechtlichen Bindungen, hätten aber angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit dieser „Grundsätze“ praktisch weitgehend freie Hand.

2.5. Die Diskussion um die *Martens*'sche Klausel muss unverständlich bleiben, solange nicht die Grundlage der Kontroverse offen gelegt wird. Wenn von „Gesetzen der Menschlichkeit“ und „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ gesprochen wird, werden Begriffe verwendet, die nicht primär völkerrechtlicher Natur sind, sondern dem Bereich der Ethik entstammen. Die Frage drängt sich auf, ob durch die Klausel gewissermaßen ein Einfallstor geöffnet wird, durch welches ethische Prinzipien ins Völkerrecht eindringen können, so dass diese Grundsätze nicht nur ethisch verpflichtend, sondern auch völkerrechtlich verbindlich sind – selbst wenn sie nicht in einen Vertrag aufgenommen oder gewohnheitsrechtlich anerkannt sind. Entscheidend ist, welche rechtsphilosophische Position zu Grunde gelegt wird. Zwei unterschiedliche Auffassungen

stehen sich gegenüber, die mit den Begriffen „Naturrecht“ und „Positivismus“ schlagwortartig bezeichnet werden können. Alle naturrechtlichen Lehren stimmen darin überein, dass es rechtliche Grundsätze gibt, die nicht auf einer zwischen Menschen vereinbarten Konvention beruhen und überhaupt nicht von Menschen geschaffen, sondern in der Natur des Menschen begründet und deshalb den Menschen und da-

²⁸ In der Präambel heißt es, die vertragsschließenden Staaten seien „von dem Wunsche beseelt, selbst in diesem äußersten Falle (bei „bewaffneten Streitigkeiten“, vgl. Abs. 1) den Interessen der Menschlichkeit und den sich immer steigenden Forderungen der Zivilisation zu dienen“ (Abs. 2), und zu diesem Zweck den Gesetzen und Gebräuchen des Krieges „gewisse Grenzen zu ziehen, damit sie soviel wie möglich von ihrer Schärfe verlieren“ (Abs. 3). Diese Bestimmungen sind als Hilfen zur Interpretation der in der HLKO enthaltenen Regelungen geeignet.

²⁹ Vgl. *Sh. Miyazaki*, in: *Ch. Swinarski* (éd.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Genève 1984, S. 436 f.; *Fr. Münch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 348; *H. Strebels*, a.a.O. (Fn. 20), S. 485; *Chr. Greenwood*, a.a.O. (Fn. 20), S. 25; *Br. Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 15), S. 36 Rn. 55; *H. Strebels*, in: *Encyclopedia of Public International Law* 3 (1997), S. 327; *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 189 f.; *Th. Rensmann*, a.a.O. (Fn. 2), S. 114 f.; *H.-J. Uibopuu*, a.a.O. (Fn. 7), S. 20.

³⁰ Betont wird, zwar sei es „nicht möglich (gewesen), sich schon jetzt über Bestimmungen zu einigen, die sich auf alle in der Praxis vorkommenden Fälle erstrecken“ (Abs. 6 der Präambel). Es hätte aber nicht in der Absicht der Vertragsstaaten gelegen, „dass die nicht vorgesehenen Fälle in Ermangelung einer schriftlichen Abrede der willkürlichen Beurteilung der militärischen Befehlshaber überlassen bleiben“ (Abs. 7 der Präambel). Die Verfasser des Abkommens waren sich demnach nicht nur der Unvollständigkeit ihrer Kodifikation bewusst, sondern befürchteten auch, in der militärischen Praxis werde es dazu kommen, dass Befehlshaber im Hinblick auf vertraglich nicht erfasste Materien glauben würden, willkürlich handeln zu dürfen. Durch die unmittelbar anschließende *Martens*'sche Klausel sollte klargestellt werden, dass eine derartige Schlussfolgerung unzulässig ist.

³¹ *H. Strebels*, a.a.O. (Fn. 20), S. 485 vertritt hierzu die Auffassung, derartige „Grundsätze“ könnten aus einzelnen, völkerrechtlichen Regeln, möglicherweise aber auch aus anderen „Manifestationen gemeinsamer Rechtsüberzeugung“ abgeleitet werden, etwa aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948. *Strebels* ordnet die „Grundsätze“ insofern den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 38 Abs. 1 c IGH-Statut) zu. Diese Ansicht ist problematisch. Zum einen ist zu fragen, was genauer unter den „Manifestationen gemeinsamer Rechtsüberzeugung“ verstanden werden soll. Ist so ein law damit gemeint? Können verbindliche „Grundsätze“ aus unverbindlichen Regeln abgeleitet werden? Fraglich ist zudem, ob die „Grundsätze“ nach Auffassung *Strebels* unabhängig von der *Martens*'schen Klausel verbindlich sind oder ob sie erst durch die Klausel Verbindlichkeit erlangen.

³² Vgl. *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), 190 f. Die „Gesetze der Menschlichkeit“ und die „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ werden als allgemeine Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 c IGH-Statut) qualifiziert.

³³ Vgl. *Fr. Münch*, a.a.O. (Fn. 20), S. 349; *Sh. Miyazaki*, a.a.O. (Fn. 29), S. 437; *G. L. Binz*, *Die Martens'sche Klausel*, in: *Wehrwissenschaftliche Rundschau* 10 (1960), S. 139 ff.; *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 190 f., m.w.N. Anm. 5 und 6; *H.-J. Uibopuu*, a.a.O. (Fn. 7), S. 19 f. Der Richter am IGH *Shahabuddeen* konstatiert in seiner dissenting opinion zum Nuklearwaffen-Gutachten des IGH vom 8. Juli 1996, vgl. ICJ, a.a.O. (Fn. 15), S. 408: „Thus, the Martens Clause provided its own self-sufficient and conclusive authority for the proposition that there were already in existence principles of international law under which considerations of humanity could themselves exert legal force to govern military conduct in cases in which no relevant rule was provided by conventional law. Accordingly, it was not necessary to locate elsewhere the independent existence of such principles of international law; the source of the principles lay in the Clause itself.“

³⁴ Vgl. 2.3.

mit auch den Staaten vorgegeben sind.³⁵ Derartige Grundsätze werden als „Recht“ qualifiziert, unabhängig davon, ob sie ins geltende (positive) Recht aufgenommen wurden.³⁶ Den rechtserzeugenden Instanzen, insbesondere den Gesetzgebungsorganen, bleibt nur noch die Aufgabe, diese Prinzipien anzuerkennen, zu konkretisieren und Maßnahmen zu ihrem Schutz vorzusehen. Mit dem Begriff „Positivismus“ wird dagegen die Auffassung bezeichnet, dass das geltende Recht von den Staaten in eigens dafür vorgesehenen Verfahren erst geschaffen wird. Die Gesetzgeber und die übrigen rechtserzeugenden Instanzen sind dabei nicht an inhaltliche Vorgaben gebunden; Recht kann demnach jeden beliebigen Inhalt haben. Die völkerrechtlichen Normen haben dann notwendigerweise einen zwischenstaatlichen Konsens (in Form von Verträgen, Völkergewohnheitsrecht oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Artikel 38 Absatz 1 IGH-Statut) zur Grundlage.

Unbestreitbar ist, dass dem naturrechtlichen Denken entstammende Konzepte in das geltende Völkerrecht Eingang gefunden haben, allen voran die Menschenrechte.³⁷ Sofern das Völkerrecht jedoch mit einem universellen Anspruch verbunden ist, kann es nicht auf der Grundlage einer rechtsphilosophischen Anschauung verstanden werden, die nicht von allen oder auch nur von einer Mehrheit von Staaten geteilt wird, zumal es nicht „das“ Naturrecht, sondern viele naturrechtliche Systeme und Anschauungen gibt.³⁸ Die Entwicklung des Völkerrechts seit Beginn der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts ist zwar zunehmend durch naturrechtliche Tendenzen gekennzeichnet.³⁹ Damit ist aber häufig nicht das Bekenntnis zu einer spezifisch naturrechtlichen Auffassung verbunden, sondern nur die Absage an den Positivismus und eine Einschränkung des Konsensprinzips. Der Begriff des Naturrechts wird dann als Leerformel benutzt. So entsteht die Gefahr, dass zur Begründung angeblich universell verbindlicher, völkerrechtlicher Normen nicht länger ein allgemeiner, zwischenstaatlicher Konsens verlangt wird, sondern dass im Ergebnis der Konsens einiger weniger, etwa der westlichen Staaten, für ausreichend erachtet wird. Dem naturrechtlichen Denken entstammende Begriffe und Normen sind daher völkerrechtlich nur maßgeblich, sofern sie durch zwischenstaatlichen Konsens in das Völkerrecht Eingang gefunden haben und sich einer der drei anerkannten Rechtsquellen, wie sie in Artikel 38 Absatz 1 IGH-Statut angeführt werden, zuordnen lassen.⁴⁰

2.6. Die Kritik an den bisher vertretenen Auffassungen hat zu den folgenden, vorläufigen Ergebnissen geführt:

- Der Zweck der *Martens*'schen Klausel besteht darin, im Hinblick auf vertraglich nicht geregelte Fälle Willkür (Rechtlosigkeit) auszuschließen.⁴¹
- Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ sind rechtsverbindliche Normen.⁴²
- Soweit diese „*Grundsätze*“ auf „*feststehenden Gebräuchen*“ beruhen, handelt es sich um die gewohnheitsrechtlichen Prinzipien des humanitären Völkerrechts.⁴³
- Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ sind, sofern sie sich aus den „*Gesetzen der Menschlichkeit*“ und den „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ ergeben, nicht naturrechtlich zu verstehen.⁴⁴

In einem wichtigen Punkt scheinen diese Ergebnisse unklar, ja geradezu widersprüchlich zu sein. Einerseits sind die „*Grundsätze des Völkerrechts*“, soweit sie auf den „*Gesetzen der Menschlichkeit*“ und den „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ beruhen, rechtsverbindliche Normen; andererseits sind diese „*Grundsätze*“ nicht naturrechtlich begründet. Welcher Rechtsquelle lassen sich die „*Grundsätze*“ dann aber zuordnen? Das Völkergewohnheitsrecht scheint nicht in Betracht zu kommen, weil das Erfordernis der Staatenpraxis insofern fehlt. Die „*Grundsätze*“ können auch keine vertraglichen Regelungen sein. Die im Folgenden zu entwickelnde Interpretation wird sich daran messen lassen müssen, ob es ihr gelingt, hier eine Lösung zu finden.

3. Ein neuer Interpretationsansatz

3.1. Entscheidend ist der Wortlaut der *Martens*'schen Klausel. Obwohl die Bestimmung sehr unterschiedlich interpretiert wird, stimmen doch alle Autoren in *einem* Punkt überein. Die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ ergeben sich danach entweder aus „*feststehenden Gebräuchen*“ oder aus den „*Gesetzen der Menschlichkeit*“ oder aus den „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“. Die drei Elemente, auf denen die „*Grundsätze*“ beruhen, werden somit *alternativ* verstanden.⁴⁵ Diese Annahme wird nicht begründet, sondern stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt. Übersehen wird dabei die sprachliche Möglichkeit, dass das Ver-

³⁵ Vgl. *K. Ipsen*, in: *ders.*, a.a.O. (Fn. 21), § 1 Rn. 28 ff.; zur Entwicklung des naturrechtlichen Denkens im 20. Jahrhundert vgl. *K. Kühl*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* Bd. 6, Stuttgart 1984, S. 609 ff.; zur Bedeutung des naturrechtlichen Denkens im Völkerrecht und insbesondere auch im Hinblick auf die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht vgl. *A. Orakhelashvili*, *Natural law and customary law*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2008), S. 69 ff. m.w.N.

³⁶ Es lässt sich danach unterscheiden, ob von Vertretern naturrechtlicher Positionen verlangt wird, dass die naturrechtlichen Prinzipien ohne Weiteres als Teil des geltenden Rechts beachtet werden (mit der Konsequenz, dass Naturrecht positives Recht bricht), oder ob ihnen lediglich rechtspolitische Bedeutung gegeben wird; vgl. *H. Dreier*, in: *W. Härle* (Hrsg.), *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, Freiburg 2007, S. 129 ff.

³⁷ Zum Folgenden vgl. *J. Kokott*, in: *Chr. J. Meier-Schatz* (Hrsg.), *Recht und Internationalisierung*, Zürich 2000, S. 5, 9 f., 20.

³⁸ Vgl. *K. Kühl*, a.a.O. (Fn. 35), S. 609 ff.

³⁹ Vgl. *K. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 21), § 1, Rn. 28 ff.; *J. Kokott*, a.a.O. (Fn. 37), S. 3 ff.

⁴⁰ Die Frage, ob der Katalog der Rechtsquellen in Art. 38 IGH-Statut abschließend ist, braucht hier nicht behandelt zu werden; vgl. *W. Heintschel von Heinegg*, a.a.O. (Fn. 21), § 19, Rn. 2 ff.

⁴¹ Vgl. 2.3.

⁴² Vgl. 2.2.

⁴³ Vgl. 2.1.

⁴⁴ Vgl. 2.5.

⁴⁵ Besonders deutlich ist insofern die Formulierung von *H. Strebel*, a.a.O. (Fn. 20), S. 485: „*In der Klausel sind soziologisch und ethisch tragende Grundlagen von Völkerrechtsgrundsätzen derart aufgeführt, dass bei klarer Stellungnahme der unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuche oder der Gesetze der Menschlichkeit oder der Forderungen des öffentlichen Gewissens zu einem konkreten Phänomen im Zweifel anzunehmen ist, dass auch ein entsprechender Völkerrechtsgrundsatz besteht und verletzt ist.*“ Der Sache nach wird diese Position auch von allen anderen Autoren vertreten. Zur Unterscheidung zwischen einem alternativen und einem kumulativen Verhältnis der drei Elemente vgl. bereits *H.-M. Empell*, *Die Vorbehalte einiger Mitgliedsstaaten der NATO zum I. Zusatzprotokoll in Bezug auf Nuklearwaffeneinsätze*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 3 (1995), S. 133 ff.; *ders.*, *Die Staatengemeinschaftsnormen und ihre Durchsetzung*, Heidelberg 2003, S. 228 ff.

hältnis der drei Elemente zueinander *kumulativ* ist, das heißt: dass die „Grundsätze des Völkerrechts“ sowohl auf „feststehenden Gebräuchen“ als auch auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und auf den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ beruhen. Es gibt dann nur eine einzige Gruppe von „Grundsätzen“. Diese Möglichkeit besteht auch deswegen, weil es in der Klausel nicht heißt, dass sich die „Grundsätze des Völkerrechts“ aus „feststehenden Gebräuchen“, den „Gesetzen der Menschlichkeit“ oder den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ergeben, sondern das Wort „und“ verwendet wird. Zu klären ist demnach, ob die drei genannten Elemente alternativ oder kumulativ zu verstehen sind.

Die „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ werden immer auch den „Gesetzen der Menschlichkeit“ entsprechen. Es können zwar Forderungen öffentlich erhoben werden, die inhuman sind, in einem solchen Fall lässt sich aber nicht von Forderungen eines öffentlichen „Gewissens“ sprechen. Die „Grundsätze des Völkerrechts“, die mit „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ übereinstimmen, beruhen daher zugleich auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“. Dann aber drängt sich die Vermutung auf, dass nicht nur diese beiden, sondern alle drei Elemente kumulativ verknüpft sind, zumal kaum anzunehmen ist, dass das zweite und das dritte Element („Gesetze der Menschlichkeit“, „Forderungen des öffentlichen Gewissens“) kumulativ verbunden sind, während das erste („feststehende Gebräuche“) mit diesen beiden alternativ verknüpft ist. So lässt sich auch der scheinbare Widerspruch klären, der darin besteht, dass die „Grundsätze des Völkerrechts“, soweit sie sich aus den „Gesetzen der Menschlichkeit“ und den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ergeben, einerseits rechtsverbindlich, andererseits nicht naturrechtlich fundiert sind.⁴⁶ Es gibt eben keine „Grundsätze“, die allein auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“ oder allein auf den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ beruhen. Die Martens'sche Klausel verweist auf eine einzige Gruppe von „Grundsätzen“. Das Element der „feststehenden Gebräuche“ zeigt, dass es sich dabei nur um die im Völkergewohnheitsrecht verankerten Prinzipien des humanitären Völkerrechts handeln kann. So lässt sich auch der Zweck der Martens'schen Klausel, Willkür auszuschließen, am besten erreichen.⁴⁷

Es drängt sich allerdings die Frage auf, warum diese Grundsätze in der Klausel nicht eindeutig als solche bezeichnet werden, sondern auf die „Gesetze der Menschlichkeit“ und die „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ Bezug genommen wird. Diese Frage kann nur historisch beantwortet werden – durch einen Blick auf die am Ende des 19. Jahrhunderts herrschende Auffassung von den Grundlagen des Völkerrechts.

3.2. In seinem 1984 erschienenen Werk über die „Epochen der Völkerrechtsgeschichte“ stellt *Wilhelm G. Grewe* fest, für das Verständnis der internationalen Beziehungen, wie es im „englischen Zeitalter“ (1815–1919) vorgeherrscht habe, sei der Begriff der „*nation civilisée*“ von zentraler Bedeutung gewesen. England, das auf Grund seiner Stellung als Seemacht und Herrscher über ein weltumspannendes Kolonialreich die führende Kraft in den internationalen Beziehungen gewesen sei,⁴⁸ habe seine Weltmachtpolitik

legitimiert, indem es geltend gemacht habe, einer zivilisatorischen Mission zu dienen. Der Begriff der Zivilisation beruhte *Grewe* zufolge auf der Idee des Fortschritts – eines Fortschritts, von dem gesagt wurde, er könne nicht nur in den Bereichen von Wissenschaft und Technik, sondern auch in moralischer und intellektueller Hinsicht verzeichnet werden; die europäische Kultur sei dadurch allen anderen Kulturen überlegen geworden. Betont wurde insbesondere, dass es gelungen sei, humanitäre Fortschritte zu erreichen, wobei die Öffentlichkeit einen wirksamen Faktor bilde.⁴⁹ Auch in den kontinentaleuropäischen Staaten setzte sich das Konzept der „*nation civilisée*“ weitgehend durch. So wurde das Völkerrecht auf eine neue Grundlage gestellt. Es wurde nicht mehr, wie noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts, als das Recht der „christlich-europäischen Völkerfamilie“ verstanden, sondern als das Recht der „*Gesellschaft der zivilisierten Nationen*“, die sich als der zivilisierte Teil der Menschheit betrachtete. Das Völkerrecht bildete *Johann Caspar Bluntschli* zufolge das „*Emanat des allgemeinen Rechtsbewusstseins der Menschheit*“.⁵⁰

Das Konzept eines Völkerrechts der zivilisierten Nationen war mit einer eigenen Rechtsquellenlehre verbunden.⁵¹ Das Völkerrecht war danach in einer zwischen den „zivilisierten“ Nationen, letztlich innerhalb der „zivilisierten“ Menschheit herrschenden Übereinstimmung verankert.⁵² Als formelle Rechtsquellen wurden zum Beispiel Verträge, Übungen und Gewohnheiten, die Erklärungen völkerrechtlicher Kongresse⁵³ und die in der staatlichen Praxis befolgten Auffassungen herausragender Juristen angeführt.⁵⁴ Der Humanität entsprechende Postulate konnten zwar den Inhalt eines zwischen den Nationen bestehenden Konsenses bilden, die Humanität als solche wurde aber nicht als Rechtsquelle anerkannt.⁵⁵ Die „öffentliche Meinung“ wurde als Äußerung eines Konsenses

⁴⁶ Vgl. 2.6.

⁴⁷ Vgl. 2.3. Grundsätze, die allein auf den „Gesetzen der Menschlichkeit“ oder den „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ beruhen, würden Rechtsunsicherheit schaffen und Willkür begünstigen.

⁴⁸ Vgl. *W. G. Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden 1984, S. 499, 520 ff.; vgl. auch *Rh. Schircks*, a.a.O. (Fn. 5), S. 82 ff.; *B. Röben*, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht, 1861–1881*, Baden-Baden 2003, S. 171 ff.; *M. Koskenniemi*, *The gentle civilizer of nations*, 4th pr., Cambridge 2007, S. 11 ff.

⁴⁹ Als Beispiele lassen sich die Gründung des Roten Kreuzes durch *Henri Dunant* (1863) und das Wirken von *Florence Nightingale* anführen. *Florence Nightingales* Tätigkeit in der Krankenpflege wurde durch die Erfahrungen geprägt, die sie unmittelbar nach dem Krimkrieg (1853) in Lazaretten gesammelt hat (1854).

⁵⁰ Zitiert nach *Th. Bruha*, in: *ders.* (Hrsg.), *Legalität, Legitimität und Moral*, Tübingen 2008, S. 164, Anm. 36.

⁵¹ Die folgenden Darlegungen zur Rechtsquellenlehre sind stark vereinfacht. Verschiedene Autoren vertraten im Einzelnen unterschiedliche Auffassungen. Hier werden lediglich einige Grundzüge skizziert.

⁵² Vgl. *A. W. Heffter*, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 8. Ausg., Berlin 1888, S. 7 f.; *Fr. von Liszt*, *Das Völkerrecht – systematisch dargestellt*, 3. Aufl., Berlin 1904, S. 11; *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 48), S. 121 ff. bezogen auf *Bluntschli* und *Lieber*.

⁵³ *Id.*, S. 121 ff.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Ausdrücklich ablehnend: *Fr. von Liszt*, a.a.O. (Fn. 52), S. 13: „*Daher sind nicht Quellen des Völkerrechts: 1. Das Naturrecht [...]*“ (Hervorhebung im Original).

verstanden, der innerhalb der Nationen oder auch zwischen ihnen bestand, sie bildete jedoch ebenfalls keine Rechtsquelle.⁵⁶ Auch *Friedrich von Martens* folgte dem Konzept eines Völkerrechts der zivilisierten Nationen. Dies zeigt schon der Untertitel seines zweibändigen, 1883 und 1886 in deutscher Übersetzung erschienenen Werkes „Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen“. *Martens* bezeichnete die „*Interessengemeinschaft und die Identität des einigenden Rechtsbewusstseins*“ als den Grund, in dem das Völkerrecht seine Wurzeln habe. Als Rechtsquellen, in denen sich ein solches „*Rechtsbewusstsein*“ manifestierte, nannte er das Völkergewohnheitsrecht und die Verträge.⁵⁷ Postulate der Humanität als solche oder die öffentliche Meinung wurden von ihm nicht als Rechtsquellen anerkannt. Das Konzept eines Völkerrechts der zivilisierten Nationen lag auch der I. Haager Friedenskonferenz (1899) zu Grunde. In der Präambel des II. Haager Abkommens wurde dies durch die Worte zum Ausdruck gebracht, die Staatenvertreter seien „*von dem Wunsche beseelt, selbst in diesem äußersten Falle (eines Krieges; Verf.) den Gesetzen der Menschlichkeit und den sich immer steigenden Forderungen der Civilisation zu dienen*“ (Absatz 2). Der enge Zusammenhang zwischen dem „*Völkerrecht der zivilisierten Nationen*“ und der I. Haager Friedenskonferenz erlaubt es, die Frage zu beantworten, warum die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ in der *Martens*'schen Klausel durch die drei genannten Elemente beschrieben werden. Die an erster Stelle angeführten, „*unter gesitteten Staaten geltenden Gebräuche*“ sind ein eindeutiger Hinweis auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle.⁵⁸ Die an zweiter Stelle genannten „*Gesetze der Menschlichkeit*“ bezeichnen nicht eine eigene Rechtsquelle, sondern den Grund, auf dem die „*Gebräuche*“ letztlich beruhen müssen, damit sie als gewohnheitsrechtlich verbindlich anerkannt werden können; die „*Gebräuche*“ müssen der Humanität entsprechen. Die „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ schließlich weisen auf einen wichtigen Faktor hin, der in „zivilisierten“ Nationen zur Fortbildung des Völkerrechts, gerade auch des *ius in bello*, beiträgt. Die gewohnheitsrechtlichen „*Grundsätze des Völkerrechts*“ werden in der *Martens*'schen Klausel somit nicht in einem juristischen Sinne definiert, sondern es werden einige wichtige Elemente des Völkergewohnheitsrechts benannt, wie sie dem Konzept eines Völkerrechts der zivilisierten Nationen entsprechen. Warum hat *Martens* in der nach ihm benannten Klausel völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze umständlich beschrieben und nicht unmittelbar als solche bezeichnet? Die Klausel bezog sich in erster Linie auf ein Thema, das auf der I. Haager Friedenskonferenz umstritten war, den Status von Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten.⁵⁹ Während sich kleine Staaten, allen voran Belgien, dafür einsetzten, ein Recht auf Widerstand gegen eine Besatzungsmacht anzuerkennen und Widerstandskämpfer als Kombattanten zu qualifizieren, lehnten die Großmächte, insbesondere Russland und das Deutsche Reich, diese Position entschieden ab. Die Debatte wurde emotional, zum Teil mit geradezu pathetischen Worten geführt. An dieser Frage drohte die Konferenz zu scheitern. Der Zweck der von *Martens* vorgeschlagenen Klausel bestand darin, den kleinen Staaten scheinbar entgegenzukommen. Diese Staaten waren nämlich der Ansicht, es gäbe bereits eine gewohnheitsrechtliche Norm, durch die ein Wi-

derstandsrecht anerkannt sei. Die *Martens*'sche Klausel hatte den Zweck, dieser Position scheinbar Rechnung zu tragen. Tatsächlich war *Martens*, wie sich aus einer seiner späteren Publikationen ergibt, der Auffassung, dass es eine solche Norm *nicht* gab.⁶⁰ *Martens* wollte Belgien und andere kleine Staaten täuschen – auch durch die in der Klausel verwendeten, pathetischen Worte: „*Gesetze der Menschlichkeit*“, „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“. Die in der *Martens*'schen Klausel enthaltene Beschreibung des Völkergewohnheitsrechts deckt sich inhaltlich mit der Definition, die später in das Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (2. September 1921) Eingang gefunden hat und bis heute verbindlich geblieben ist. Eine „*allgemeine Praxis*“ muss danach „*als Recht anerkannt*“ sein (Artikel 38 Absatz 1 b IGH-Statut). In der *Martens*'schen Klausel werden zur Bezeichnung des Rechtsbewusstseins zwar andere Formulierungen verwendet („*gesittete Völker*“, „*Gesetze der Menschlichkeit*“, „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“). Der Unterschied ist aber nicht inhaltlicher, sondern nur terminologischer Art. Die Repräsentanten der „*gesitteten Völker*“ halten die Staatenpraxis für rechtlich geboten oder zumindest erlaubt, weil diese der Humanität und unter Umständen auch den „*Forderungen des öffentlichen Gewissens*“ entspricht. In einem Punkt ist die Klausel allerdings mit dem geltenden Recht unvereinbar. Der Begriff der „*gesitteten*“ Völker und Staaten ist überholt. Maßgeblich ist heute das Prinzip der Staatengleichheit (Artikel 2 Ziffer 1 UN-Charta).⁶¹ Dieser Unterschied ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch bedeutungslos. Die *Martens*'sche Klausel verweist im Hinblick auf vertraglich nicht geregelte Fälle auf die zwischen allen Staaten verbindlichen, gewohnheitsrechtlichen Prinzipien des humanitären Völkerrechts.⁶²

⁵⁶ Vgl. *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 48), S. 124 ff.

⁵⁷ Vgl. *Fr. v. Martens*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, Bd. 1, Berlin 1883, S. 187 ff.

⁵⁸ Vgl. 2.1.

⁵⁹ Vgl. 1.2.; zum Folgenden vgl. *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 193 ff.

⁶⁰ *Id.*, S. 198.

⁶¹ Im geltenden Völkerrecht findet sich der Begriff der „*nations civilisées*“ in der Definition der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 c) IGH-Statut: „*die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze*“. Der Begriff hat jedoch auch hier seine einschränkende Wirkung verloren; vgl. *W. Heintschel von Heinegg*, a.a.O. (Fn. 21), § 17, Rn. 2.

⁶² So im Ergebnis auch *K. Strupp*, Das internationale Landkriegsrecht, Frankfurt a. M. 1914, S. 27, insbesondere Anm. 1; *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 199 zieht immerhin als Möglichkeit in Erwägung, dass die drei Elemente, auf denen die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ beruhen, kumulativ zu verstehen sind, so dass sich die *Martens*'sche Klausel allein auf völkergewohnheitsrechtliche Prinzipien bezieht. Auch *H. Strebler*, a.a.O. (Fn. 29), S. 327 stellt fest, die „*Grundsätze des Völkerrechts*“ könnten sich entweder aus einem der drei, in der Klausel genannten Elemente ergeben oder aus allen zusammen. Zu den gewohnheitsrechtlich begründeten Prinzipien des humanitären Völkerrechts gehört zum Beispiel der Grundsatz, dass bei militärischen Aktionen zwischen Kombattanten und der Zivilbevölkerung sowie zwischen militärischen und zivilen Objekten zu unterscheiden ist (Diskriminierungsgebot). Gewohnheitsrechtlich verankert ist ferner das Verbot, unnötige Leiden zu verursachen; vgl. bereits Fn. 22; vgl. auch *H.-M. Empell*, Die Staatengemeinschaftsnormen und ihre Durchsetzung, Heidelberg 2003, S. 216 ff.; *J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck* (ed.), Customary international humanitarian law, Cambridge 2005.

3.3. Der nahe liegende Einwand, es sei selbstverständlich, dass für vertraglich nicht geregelte Gegenstände das einschlägige Völkergewohnheitsrecht gelte, der Inhalt der *Martens*'schen Klausel sei deshalb nach der hier vertretenen Interpretation trivial, ist historisch betrachtet fragwürdig. Da sich das Völkerrecht am Ende des 19. Jahrhunderts vornehmlich aus gewohnheitsrechtlichen, nur ungenau formulierten Prinzipien zusammensetzte, gab es Bestrebungen, das gesamte Völkerrecht oder zumindest das Kriegsvölkerrecht zu kodifizieren⁶³ und eine Art Gesetzbuch (in Form eines völkerrechtlichen Vertrages) zu schaffen, in dem das Völkerrecht oder auch nur das *ius in bello* präzise formuliert und systematisch geordnet zusammengestellt war.⁶⁴ Einige Autoren, zum Beispiel *Bluntschli*,⁶⁵ arbeiteten Entwürfe eines solchen Kriegsgesetzbuches aus.⁶⁶ Die Kodifikationsbestrebungen erfuhren zwar auch prinzipiellen Widerspruch, *Martens* befürwortete sie aber. Ein Gesetzbuch hätte seine Aufgabe, das geltende Völkerrecht zu präzisieren und in eine systematische Ordnung zu bringen, nur erfüllen können, wenn es vollständig gewesen wäre – in einem doppelten Sinne. Zum einen hätte es *alle* Materien des Völkerrechts erfassen müssen.⁶⁷ Zum anderen wäre erforderlich gewesen, das bis dahin geltende Völkerrecht, vor allem die gewohnheitsrechtlichen Prinzipien, außer Kraft zu setzen, so dass allein das Gesetzbuch verbindlich gewesen wäre.⁶⁸ Wenn das „alte“ Völkerrecht daneben weiterhin in Kraft geblieben wäre, hätte man das Ziel, das Völkerrecht insgesamt zu präzisieren und übersichtlich zu ordnen, verfehlt. Ein Gesetzbuch hätte somit *abschließend* sein müssen. Wäre versäumt worden, einschlägige Materien zu regeln, hätte es für solche Fälle keine anwendbaren Normen gegeben. Ein rechtsfreier Raum wäre entstanden – bis das Gesetzbuch ergänzt worden wäre.

In der *Martens*'schen Klausel wird auf die zeitgenössischen Kodifikationsbestrebungen mit den Worten Bezug genommen: „Solange, bis ein vollständigeres Kriegsgesetzbuch festgestellt werden kann“. Auffällig ist, dass hier nicht das Wort „vollständig“ verwendet wird, sondern lediglich von einem „vollständigeren“ Kriegsgesetzbuch gesprochen wird. In der Präambel wird zuvor konstatiert, es sei „nicht möglich (gewesen), sich schon jetzt über Bestimmungen zu einigen, die sich auf alle in der Praxis vorkommenden Fälle erstrecken“. Durch diese Worte wird ein Bedauern darüber zum Ausdruck gebracht, dass es mit der Verabschiedung des Abkommens noch nicht gelungen war, ein *vollständiges* Kriegsgesetzbuch zu schaffen. Wie lässt sich der Unterschied erklären? Als *Martens* auf der I. Haager Konferenz am 20. Juni 1899 den Entwurf der später nach ihm benannten Klausel vorlegte, formulierte er: „En attendant qu'un code tout-à-fait complet des lois de la guerre puisse être édicté [...]“.⁶⁹ *Martens* hatte demnach ein vollständiges Kriegsgesetzbuch im Auge. Die endgültige Fassung lautete dann jedoch: „En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté [...]“. Den Konferenzmaterialien lässt sich nicht entnehmen, warum die Klausel in diesem Punkt abweichend vom *Martens*'schen Entwurf formuliert wurde.⁷⁰ Die auf der Konferenz vertretenen Staaten hielten es wohl für wünschenswert, dass einmal ein vollständiges Kriegsgesetzbuch zustande kommt, glaubten jedoch, dieses Ziel ließe sich nur in mehreren Schritten erreichen, und fass-

ten deshalb als nächsten Schritt ein „vollständigeres“ Kriegsgesetzbuch ins Auge.

Der Zusammenhang zwischen der Klausel und den Bestrebungen zur Kodifikation des Kriegsvölkerrechts ermöglicht es, die folgenden Schlüsse zu ziehen: Das II. Haager Abkommen war ursprünglich als Vorstufe eines „vollständigeren“ Kriegsgesetzbuches gedacht. In Bezug auf die im Abkommen geregelten Materien sollte dieser Vertrag abschließend sein. Einschlägiges Völkergewohnheitsrecht sollte außer Kraft treten. Was im Abkommen *nicht* geregelte Gegenstände betrifft, so wurden in der *Martens*'schen Klausel die gewohnheitsrechtlichen Prinzipien des Kriegsvölkerrechts („Grundsätze des Völkerrechts“) für weiterhin verbindlich erklärt. Diese Klarstellung war nützlich, um das Missverständnis auszuschließen, das Abkommen stelle bereits ein vollständiges und abschließendes Kriegsgesetzbuch dar, so dass nicht geregelte, kriegsvölkerrechtliche Materien in einen rechtsfreien Raum fielen. Ein solches Missverständnis konnte allein schon auf Grund des umfassend formulierten Titels aufkommen: „Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs“. Die *Martens*'sche Klausel war demnach als eine bloß vorläufige Bestimmung konzipiert. Sie sollte nur so lange gelten, wie ein „vollständigeres“ Kriegsgesetzbuch noch nicht vereinbart worden war. Ein Kriegsgesetzbuch, wie *Martens* und andere es im Auge hatten, ist jedoch bis heute nicht zustande gekommen. Es wird nicht einmal mehr der Plan verfolgt, eine solche Kodifikation auszuarbeiten.⁷¹ Das (heute maßgebliche) IV. Haager Abkommen (1907) und die übrigen Verträge des humanitären Völkerrechts sind im Hinblick auf die darin geregelten Materien nicht abschließend. Daneben ist das einschlägige Völkergewohnheitsrecht, auch für die jeweiligen Vertragsstaaten, weiterhin in Kraft geblieben. Das früher mögliche Miss-

⁶³ Vgl. *Fr. v. Martens*, a.a.O. (Fn 57), Bd. 2, 1886, S. 491 ff.

⁶⁴ Vgl. *Fr. v. Martens*, a.a.O. (Fn. 57), Bd. 1, 1883, S. 187 ff.

⁶⁵ Zu Leben und Werk *Bluntschli* vgl. *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 48), S. 40 ff., 92 ff., 210 ff.; *M. Koskenniemi*, a.a.O. (Fn. 48), S. 42 ff.

⁶⁶ Vgl. *J.C. Bluntschli*, Das moderne Kriegsrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen 1866.

⁶⁷ Vgl. *A. Bulmerincq*, Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts, Leipzig 1874, S. 169 ff.

⁶⁸ Dies gilt jedenfalls für die Staaten, die das „Gesetzbuch“, das in Form eines Vertrages hätte vorliegen müssen, ratifiziert hätten.

⁶⁹ Vgl. Conférence Internationale de la Paix, a.a.O. (Fn. 3), 3. partie, 2. Commission, 2. Sous-Commission, 11. Séance (20 juin 1899), S. 152; englische Übersetzung: *A. Eyffinger*, a.a.O. (Fn. 39), S. 379.

⁷⁰ Im Bericht der Zweiten Unter-Kommission, erstattet von Berichterstatter *Rolin*, an die Zweite Kommission hieß es noch: „tout à fait complet“; vgl. Conférence Internationale de la Paix, a.a.O. (Fn. 3), 3. Partie, Annexe au Procès-Verbal de la Séance du 5 juillet 1899, S. 35. Ebenso im Bericht der Zweiten Kommission, wiederum durch *Rolin*, an die Vollversammlung der Konferenz; vgl. Conférence Internationale de la Paix, a.a.O. (Fn. 3), 1. Partie, Annexe 1 au Procès-Verbal de la Séance du 5 juillet 1899, S. 50. Als die Klausel am 27. Juli 1899 auf dem 8. Treffen der Vollversammlung angenommen wurde, hieß es dagegen: „un code plus complet“; vgl. Conférence Internationale de la Paix, a.a.O. (Fn. 3), 1. Partie, 8. Séance, S. 196.

⁷¹ Dass das Projekt einer abschließenden Kodifikation des Kriegsvölkerrechts nicht weiter verfolgt wird, dürfte in der Erfahrung des Ersten Weltkriegs begründet sein. Die Erwartung, das Kriegsvölkerrecht werde künftig prinzipiell respektiert werden, und die Annahme, die Entwicklung der Kriegstechnik sei im Wesentlichen abgeschlossen, haben sich als trügerisch erwiesen – ganz zu schweigen von der Hoffnung, Kriege ließen sich durch friedliche Beilegung von Streitigkeiten vermeiden.

verständnis, in Bezug auf vertraglich unregelte Materien bestehe ein rechtsfreier Raum, ist heute ausgeschlossen. Eine Vorschrift, durch welche dies ausdrücklich klargestellt wird, ist nicht mehr erforderlich. Die *Martens*'sche Klausel ist insofern obsolet geworden.

4. Ist die *Martens*'sche Klausel wertlos?

Die *Martens*'sche Klausel nimmt auf eine Grundlage des Völkerrechts Bezug, die auch heute noch maßgeblich ist, nämlich das Ziel, der Humanität zunehmend Geltung zu verschaffen. In der Rechtsprechung innerstaatlicher und internationaler Gerichte wird sie deshalb häufig zitiert.⁷² *Cassese* hat zwar gezeigt, dass es kein Urteil oder Gutachten gibt, in dem die Klausel die einzige rechtliche Entscheidungsgrundlage bildet oder auch nur zusammen mit anderen Normen entscheidungserheblich ist. Sie wird lediglich angeführt, um die Bedeutung der Humanität als Grundlage des Völkerrechts zu unterstreichen.⁷³ Die Klausel trägt aber zur Interpretation und Weiterentwicklung des Völkerrechts bei –

obwohl sie nach Wortlaut, Kontext und Entstehungsgeschichte nicht dazu bestimmt ist, diesen Zwecken zu dienen.⁷⁴ Der darin enthaltene Bezug auf die Grundlagen des Völkerrechts legt ein solches „produktives Missverständnis“ nahe. Die eingangs geäußerte Vermutung, die Klausel habe vielleicht gerade deshalb eine weit reichende Wirkung entfaltet, weil ihr Inhalt unklar und daher deutungsfähig geblieben ist, hat sich insofern bewahrheitet. ■

⁷² Vgl. 1.2.

⁷³ Vgl. A. *Cassese*, a.a.O. (Fn. 4), S. 202 ff.

⁷⁴ Vgl. 2.2.

⁷⁵ Vgl. 1.1.

Direktklagen von Kriegsoffern gegen Staaten – Erläutert anhand aktueller Fälle, mit genauerem Blick auf die NATO-Operation „Allied Force“ in der BR Jugoslawien: 10 Jahre später

Aleksandar Jaksic*

The NATO intervention in the former Yugoslavia was accomplished 10 years ago and has caused a great number of civilian victims. Until now they have not succeeded in getting any relief, neither at international nor at municipal judicial level. Victims of armed conflicts were barred from getting any redress for wrongdoing due to the traditional concept of state immunity and the concept of non-justiciability of individual claims against States arising from events taken place in an armed conflict. The damage compensation proceedings conducted before national tribunals of state perpetrators ended in the *de facto* denial of justice and impunity.

However, State perpetrators can be held responsible within the framework of international and applicable municipal law in the following way:

Firstly, the tribunals in Serbia are the most convenient forum for the settlement of disputes arising out of torts committed with respect to war activities in Serbia.

Secondly, the state immunity doctrine is not to be upheld in cases of serious violations of human rights and international humanitarian law, whereby such violations represent individualized and identifiable events.

Finally, the individual must be regarded as the beneficiary of reparation for violation of international humanitarian law. Such a result has to be achieved by applying the method of adjustment known in Private International Law. As the international law contends mostly the primary norms, they must be amended with effects contained in norms of applicable municipal law of torts. Thus, if a primary norm of international law has been violated, the effects of such a tortious act should be judged in accordance with the municipal law applicable to the law of torts. Such an adjustment method of primary norms of international law was already applied in the criminal proceedings against the NAZI leaders.

10 Jahre nach dem NATO-Einsatz in der BR Jugoslawien sind die eingetretenen Folgen für die betroffenen Zivilisten in Vergessenheit geraten. Ihre individuellen Schadensersatzansprüche gegen die Täterstaaten scheiterten vor nationalen Zivilgerichten an Grundsätzen der traditionellen Völkerrechtslehre. Dies bedeutet für die Kriegsofffer jedoch völlige Rechtsverweigerung. Die Rechtsverweigerung, sei sie prozessrechtlicher oder materiell-rechtlicher Art, kann nach geltendem Völker- und innerstaatlich anwendbarem Deliktsrecht folgendermaßen beseitigt werden:

Erstens steht fest, dass die rechtswidrige kriegsbezogene Schädigung ein Delikt darstellt. Dies eröffnet dem Geschädigten die Möglichkeit, den Schädigerstaat vor den Gerichten des Staates zu verklagen, in welchem der Schaden eingetreten ist.

Zweitens ist nach geltendem Recht die Staatenimmunität bei individualisierten Verletzungen der Menschenrechte und Verletzungen des humanitären Völkerrechts zu versagen.

Drittens sind kriegsbezogene Ansprüche den herkömmlichen deliktischen Ansprüchen des national anwendbaren Rechts gleichzustellen.

Daraus ergibt sich, dass solche Ansprüche im Rahmen der traditionellen Grundsätze des IPR zu behandeln sind. Folglich muss man jegliche Widersprüche zwischen dem Völker- und dem anwendbaren nationalen Deliktsrecht durch die Anpassungsmethode beseitigen. Die Anpassung ist derart durchzuführen, dass die Verletzung völkerrechtlicher Primärnormen an die Rechtsfolge der Norm des national maßgebenden Deliktsrechts angeknüpft wird.

Einer solchen modifizierten Anwendung der Primärnormen des Völkerrechts haben sich die Militärgerichtshöfe bedient, als sie die Strafverfahren gegen die NAZI-Verbrecher geführt haben.

1. Einleitung

1.1. Die rechtliche Stellung der Kriegsofffer im Völkerrecht¹

Seit knapp 100 Jahren wird in der Lehre darüber gestritten,² ob dem Einzelnen ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch gegen den Schädigerstaat zusteht.

Obleich im Laufe des II. Weltkrieges Millionen von Kriegsofffer, d.h. Zivilisten, hohe Sach- oder immaterielle Schäden erlitten hatten, haben doch nur wenige von ihnen durch Abschluss völkerrechtlicher Verträge volle Reparationszahlun-

* Seit 2000 Professor an der Universität Belgrad für Internationales Privatrecht und Zivilprozessrecht. Stipendiat des Max-Planck Instituts für Völkerrecht in Heidelberg, Max-Planck-Instituts für IPR in Hamburg, UNIDROIT Instituts in Rom, Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne; 2 Stipendien der Alexander von Humboldt-Stiftung; Experte der OECD für europäisches Prozessrecht und IPR.

¹ Wegen der unüberschaubaren Literatur wird nicht auf alle bei dieser Arbeit benutzten Quellen verwiesen.

² S. z.B. schon am Anfang des 20. Jahrhunderts: A. Roth, Schaden für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten, Berlin 1934; In neuerer Zeit: E. Engle, Private Law Remedies for Extraterritorial Human Rights Violations, Diss. Bremen 2006, S. 7 ff.; A. Scheffler, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte, Berlin 1997, S. 33 ff.; W. Cremer, Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationalen Gerichten, in: AVR 3 (2002), S. 137 ff.

gen für ihnen angetanes Unrecht erhalten.³ Darum machen die in Kriegszeiten betroffenen Zivilisten ihre Schadenersatzansprüche unmittelbar vor nationalen Gerichten geltend. In den letzten zwei Dekaden wurden solche Zivilklagen in mehreren Ländern gegen Deutschland und Japan erhoben.⁴ Die Ergebnisse der gegen die Schädigerstaaten eingeleiteten Zivilverfahren waren für die Kläger enttäuschend:⁵ Obwohl die beiden Rechtsordnungen die Reparationspflicht des Täters wegen rechtswidriger Schädigung des geschützten Rechtsgutes gewährleisten,⁶ läuft der Schadenersatzanspruch des Einzelbetroffenen gegen den Schädigerstaat ins Leere. Die künstliche Trennung zwischen dem Völker- und dem nationalen Recht löst einen Normenmangel aus, welcher ein unerfreulicher Normenwiderspruch teleologischer Art ist.⁷

1.1.1. Traditionelle Konzeption des Völkerrechts

Dieses unbefriedigende Ergebnis stützt sich auf die traditionelle Völkerrechtslehre,⁸ die, kurz gefasst, besagt, dass nur die Staaten Rechtssubjekte des Völkerrechts sind. Hingegen wird die Einzelperson auf völkerrechtlicher Ebene durch ihren Heimatstaat vertreten und genießt diplomatischen Schutz.

Im gegen den Staat eingeleiteten Zivilverfahren bedeutet das, dass die Normen des Völkerrechts dem Einzelnen keinen individuellen Schadenersatzanspruch zubilligen.⁹ Denn, wie von *Tomuschat* erläutert, sei jeder Krieg ein Massenschadensereignis, welches von seiner Natur her die individuellen Schadenersatzansprüche ausschließe.¹⁰

An dieser Interpretation ist die Klage im Fall Varvarin vor dem LG Bonn in erster Instanz gescheitert.¹¹ In ähnlichen Fällen haben auch die US-Gerichte keine Grundlage für einen individuellen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Schädigerstaat gefunden.¹²

1.1.2. Gegenwärtige Tendenzen

Seit dem Ende des II. Weltkrieges wird das Völkerrecht privatisiert. Die rechtliche Stellung des Einzelnen wird durch mehrere effektive menschenrechtliche Schutzeinrichtungen verbessert. Das humanitäre Völkerrecht wurde fortentwickelt.¹³ Des Weiteren entwickelte sich eine völkerrechtliche Lehre der Normenhierarchie, woraus die Kategorie der *ius cogens* Normen entstand.¹⁴ Fast alle Normen des humanitären Völkerrechts gehören ebenso zum zwingenden Völkerrecht¹⁵ wie die fundamentalen Menschenrechte.

Diese Entwicklung im Völkerrecht hatte auf die kriegsfolgenbezogenen Zivilverfahren bedeutenden Einfluss: So scheint es, dass das traditionelle Dogma des Völkerrechts, nach welchem der Kriegszustand die geltende interne Rechtsordnung suspendiert, nunmehr überholt ist.¹⁶ Schon das deutsche BVerfG hat im Jahre 1996¹⁷ zum Ausdruck gebracht, dass es keine völkerrechtliche Regel gebe, wonach dem in einem Krieg Geschädigten kein aus dem anwendbaren nationalen Recht abgeleiteter Anspruch zustehe. Außerdem betonte das BVerfG, dass der Geschädigte seine Schadenersatzansprüche vor einem Zivilgericht geltend machen könne, und zwar ungeachtet des Bestehens des diplomatischen Schutzes.

Hieran knüpften die deutschen¹⁸ und niederländischen Gerichte¹⁹ mit der Frage an, ob die durch Kriegsereignisse

Geschädigten ihre Schadenersatzansprüche unmittelbar auf die Verletzungen der Primärnormen der *ius in bello* stützen können.

Schließlich haben die deutschen Gerichte in mehreren Zwangsarbeiterfällen²⁰ entschieden, dass den durch Kriegsereignisse Geschädigten ein unmittelbarer Schadenersatzanspruch zusteht. Ein solcher Anspruch wird unmittelbar aus dem anwendbaren nationalen Deliktsrecht abgeleitet. Obwohl diese Position der deutschen Gerichte heftig umstritten ist,²¹ zeigen die neusten Entwicklungen in der Lehre²² und in der Spruchpraxis, dass sich diese Auffassung zunehmend durchsetzt. Dies zeigt die Entscheidung des OLG Köln im Varvarin Fall in zweiter Instanz.²³ Hier ging das OLG davon aus, dass die Schadenersatzansprüche der Opfer der NATO-Luftangriffe auf die Brücke in Varvarin nach dem deutschen Deliktsrecht, d.h. dem deutschen Amtshaftungsrecht, zu beurteilen seien.

Schon diese kurze Darstellung der möglichen Einklagbarkeit der individuellen Schadenersatzansprüche vor Zivilgerichten

³ Über internationale Entschädigungsformen s. statt vieler *S. Kadelbach*, Staatenverantwortlichkeit für Angriffskriege und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, in: BDGVR (2003), S. 94 ff.

⁴ Für eine vollständige Liste solcher Klagen s. *B. Hess*, Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: BDGVR (2003), S. 109 ff.

⁵ Die Klagen wurden als unbegründet abgewiesen und es wurde den Klägern die Erstattung von Gerichtskosten auferlegt. Vgl. *Ph. Hermann*, Aktueller Fall: Das Recht auf Leben nicht einklagbar? Das Varvarin Urteil des Landgerichts Bonn vom 10. Dezember 2003, in: HuV-I 2 (2004), S. 79; *Ch. Johann*, Amtshaftung und humanitäres Völkerrecht, in: HuV-I 2 (2004), S. 87.

⁶ Case Concerning the Factory at Chorzów, Deutschland v. Polen (Chorzow Factory-Fall), PCIJ Series B, Nr. 6, S. 36 ff.

⁷ Vgl. *G. Kegel / K. Schurig*, IPR, 8. Aufl., München 2000, S. 308.

⁸ Diese Ansicht vertritt vor allem *W. Heintschel von Heinegg*, Entschädigung für Völkerrechtsverletzungen, in: BDGVR (2003), S. 25 ff.

⁹ Vgl. *Ch. Tomuschat*, Reparations for Grave Human Rights Violations, in: Tulane J of I and CL (2002), S. 173.

¹⁰ *Id.*, S. 177.

¹¹ LG Bonn, Der Varvarin Fall, Urt. v. 10. Dezember 2003, in: NJW (2004), S. 525 ff.

¹² S. z.B. *Handel v. Artukovic*, U.S.D.C. Centr. Dis. of Cal., 601 F. Supp. 1241 (1985).

¹³ Vgl. statt vieler *D. Thürer*, Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: von drei scheinbaren Dilemmata, in: AVR 1 (2000), S. 13 ff.

¹⁴ S. statt vieler *S. Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1992, S. 33 ff.

¹⁵ Vgl. statt vieler *D. Schindler*, Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts, in: FS für R. Bernhardt, Berlin 1995, S. 199 ff.

¹⁶ Vgl. in dem Sinne *Ch. Johann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 90; *Ph. Hermann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 82; *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 114 ff.

¹⁷ BVerfGE 94, 315 ff. Ihm folgend OLG Köln im Fall Varvarin, in: NJW (2005), S. 2860 ff.

¹⁸ Z.B. LG Bonn, a.a.O. (Fn. 11). Für eine erschöpfende Liste von Fällen vgl. *Ch. Johann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 87 mit dazugehörigen Fußnoten.

¹⁹ S. näher *C. Höhn*, Anmerkung zum Urteil der Arondissementsrechtbank's Grevenhage vom 7. April 1999, in: ZaöRV 1999, S. 863 ff.

²⁰ S. z.B. LG Bonn, in: Der Streit (1998), S. 101, 102, Az. 1 O 134/92; KG Berlin, Urt. v. 19. Februar 2001, Az. 9 W 7474/00.

²¹ Vgl. dagegen *W. Heintschel von Heinegg*, a.a.O. (Fn. 8), S. 27 ff.; *Ch. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 9), S. 177.

²² Vgl. *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 114 ff.; *F. Kalshoven*, State Responsibility for Warlike Acts of Armed Forces, in: ICLQ 4 (1991), S. 827 ff.; *L. Zegveld*, Establishing a Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law, in: YIHR 3 (2000), S. 384 ff.

²³ OLG Köln, a.a.O. (Fn. 17), S. 2860 ff.

zeigt, dass die Aussicht des Klägers auf Verfahrenserfolg davon abhängt, von welchen theoretischen Erwägungen sich ein Richter leiten lässt. In den USA wurden solche Individualschadenersatzklagen zurückgewiesen, denn den geltend gemachten Ansprüchen mangelte es an der Einklagbarkeit.²⁴

1.2. Die rechtliche Qualifikation des kriegsbezogenen Unrechts

In der Regel stellt die rechtswidrige Schädigung des geschützten Rechtsgutes ein Delikt dar, welches dem Kriegsoffer deliktische Haftungsansprüche gewährt.²⁵ Zu einem solchen Ergebnis kommt man, wenn man entweder nach der *lex fori* oder nach der *lex causae* die Rechtsfrage qualifiziert, es sei denn, dass die *lex causae*, auf die verwiesen wird, nicht davon ausgeht, dass die Kriegereignisse die Anwendbarkeit des Privatrechts suspendieren.²⁶

Die rechtswidrige Kriegshandlung des Schädigerstaates erfüllt des Weiteren den Tatbestand einschlägiger Menschenrechtsnormen.²⁷ In der Regel könnten die Opfer die Verletzung ihres Rechtes auf Leben im Rahmen des „self-contained Systems“ einer der Menschenrechtskonventionen rügen.

2. Individuelle Klagen gegen ausländische Täterstaaten wegen kriegswidriger Schädigungen

Rechtswidrige Schädigungen von Zivilisten sind meistens eine Folge von Verletzungen des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte. Verletzungen des *ius in bello* führen zu Ansprüchen des Einzelnen, ungeachtet dessen, ob der bewaffnete Konflikt legitim oder illegitim im Sinne des geltenden Völkerrechts geführt wird. Jeder am Krieg beteiligte Staat ist für die Verstöße gegen das *ius in bello* verantwortlich.²⁸ Daraus folgt, dass die nationalen Zivilgerichte die Haftung desjenigen Staates beurteilen müssen, welcher zwingende Normen des humanitären Völkerrechts verletzt und dadurch dem Einzelnen den Schaden zugefügt hat.

2.1. Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für die Klageeinleitung gegen ausländische Staaten

In Kontinentaleuropa gilt uneingeschränkt die Regel *forum loci delicti commissi*, d.h. die Tatortsregel.²⁹ Bei Distanzdelikten steht dem Geschädigten frei, ob er die Klage gegen den Schädiger vor den Gerichten des Handlungs- oder Erfolgsortes erheben will.

Etwas anderes gilt im angloamerikanischen Rechtskreis. Dort dient die Begründung der internationalen Zuständigkeit der Wahrung der politischen Interessen des Staates.³⁰ Aus diesem Grund ist es dem einzelnen Richter überlassen, arbiträr zu entscheiden, ob die internationale Zuständigkeit gegeben ist, auch wenn der Streitfall keine „minimum contacts“ mit dem Forumstaat aufweist.³¹ Die Lehre der „non-conveniens“ ergänzt diesen Grundsatz.³²

Die Regel *forum loci delicti commissi* belegt, dass sich die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit an die Abwägung der im Streitfall enthaltenen internationalen privatrechtlichen Interessen anlehnt.³³ Da in Deutschland die kriegsschädigende Haftung des beklagten Staates als Amts-

haftung verstanden wird, wird die Meinung vertreten, dass deutsche Gerichte ausschließlich für die Klagen gegen den eigenen Staat zuständig seien.³⁴

In anderen europäischen Ländern hingegen³⁵ besagt die Opfertheorie, dass dem Geschädigten mindestens zwei Gerichte zur Verfügung gestellt werden müssen, und zwar dasjenige des Schädigerstaates und dasjenige, welches im Staat der begangenen unerlaubten Handlung liegt. Ggf. sind auch Gerichte des Staates zuständig, in welchem der Schaden eingetreten ist. Dabei ist „forum shopping“ möglich und rechtmäßig.³⁶

Bei Klagen gegen Staaten muss man der Anwendung der Regel *forum loci delicti commissi* den Vorzug geben.³⁷ Wie bei jeder Klage richtet sich nämlich die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit in kriegsbezogenen Fällen auch nach den Interessen des Geschädigten, d.h. des Klägers. Seine Interessen sind umso schutzwürdiger, als ihm das Unrecht durch ein Kriegsverbrechen oder einen Verstoß gegen das *ius cogens* zugefügt wurde, welches zugleich die Verletzung eines fundamentalen Menschenrechts darstellt.

Außerdem wäre die Verfahrenseinleitung vor den Gerichten der Schädigerstaaten dem Geschädigten nicht zumutbar. Es ist nämlich nicht zu erwarten, dass die Gerichte des beklagten Staates ein faires Verfahren und insbesondere Unparteilichkeit gewährleisten können.³⁸ Der überzeugende Beweis dafür sind die Verfahren vor US-Gerichten gegen die amerikanische Regierung, in welchen gegen Handlungen des amerikanischen Militärs geklagt wurden. In allen solchen Fällen wurden die Kläger erniedrigend behandelt.³⁹

²⁴ Vgl. z.B. *Saltany v. Reagan*, 886 F. 2nd 438 (D.C.Cir. 1989); *Nejad v. United States*, 724 F. Supp. 753 (C.D.Cal. 1989).

²⁵ *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 111, 112; *J. Bröhmer*, *State Immunity and Violations of Human Rights*, The Hague / Boston / London 1997, S. 150.

²⁶ In dem Sinne *J. von Hein*, *The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II*, in: *YBPIL* (2001), S. 196.

²⁷ Z.B. Das Recht auf Leben garantiert in Art. 2 der EMRK.

²⁸ *Ch. Johann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 91 m.w.N.

²⁹ Vgl. *R. Geimer*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4. Aufl., München 1997, Rn. 1496a; vgl. auch *S. Kadelbach*, a.a.O. (Fn. 3), S. 92, 93 betreffend die Begründung der internationalen Zuständigkeit verschiedener mit dem Streitfall verbundener Staaten.

³⁰ S. näher *R. Michaels*, *Two Paradigm of Jurisdiction*, in: *Michigan JIL* 4 (2006), S. 622 ff.; *R. Schütze*, *Forum non conveniens und Rechtschauvinismus*, in: *FS für E. Jayme*, München 2004, S. 854.

³¹ Vgl. statt vieler *R. Geimer*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 127.

³² Vgl. statt aller *R. Schütze*, a.a.O. (Fn. 30), S. 849 ff.; *M. Rau*, *Domestic Adjudication of International Human Rights Abuses and the Doctrine of Forum Non-Convenience*, in: *RabelsZ* (2001), S. 186 ff.

³³ Vgl. *B. Hess*, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, München 1992, S. 299 ff.; *S. Kadelbach*, a.a.O. (Fn. 3), S. 92.

³⁴ Vgl. *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 33), S. 16 m.w.N.; *S. Kadelbach*, a.a.O. (Fn. 3), S. 92.

³⁵ So z.B. in Serbien.

³⁶ *B. von Hoffmann* in: *Staudinger*, BGB, 14 Aufl., Berlin 2008, Vorbem. Art. 38 EGBGB, Rn.15.

³⁷ In dem Sinne auch *A. Alam*, *Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts: A Theoretical and Practical Study*, in: *NILR* 3 (2006), S. 403; *N. Ronzitti*, *Compensations for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in: *IYIL* 2 (2002), S. 41.

³⁸ Derselbe Vorwurf gilt auch für die Durchführung des Verfahrens vor den Gerichten des geschädigten Staates.

³⁹ S. z.B. *Koohi v. United States*, 967 F. 2nd 1328 (9th Vir. 1992); *McFarland v. Chaney*, 1991, WL 43262 (D.D.C.), bestätigt durch 971 F.2nd 766 (D.D.Cir. 1992), cert. denied, 506 U.S. 1053 (1993).

Schließlich wird in der Spruchpraxis die zutreffende Ansicht vertreten,⁴⁰ dass die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Schädigerstaaten *per se* ausgeschlossen sei. Es dürfe nicht sein, dass die Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten derjenigen Staaten ausgetragen werden, deren Militärs Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verübt haben.

2.2. Die Klagen vor den Gerichten der Opferstaaten: die Wirkung der verfahrenshindernden Einrede der Staatenimmunität

2.2.1. Begriff und Zweck der Staatenimmunität

Solchen Schadenersatzklagen steht im Ermittlungsverfahren die Einrede der staatlichen Immunität entgegen. In der völkerrechtlichen Lehre wird die Meinung vertreten,⁴¹ dass die Staatenimmunität eine völkerrechtliche Gewohnheitsregel darstellt, wonach ein Staat nicht in einem anderen Staat verklagt werden darf.

Die Regel der Staatenimmunität wird im Wesentlichen auf die souveräne Gleichheit von Staaten, d.h. auf ihre staatliche Souveränität zurückgeführt (*par in parem non habet jurisdictionem*).⁴²

Schwer zu beantworten ist die Frage, ob überhaupt ein solcher völkerrechtlicher Rechtssatz entstanden ist,⁴³ denn es ist weder eine einheitliche Staatenpraxis, noch die Rechtsüberzeugung (*opinio juris*) festzustellen. Noch schwieriger ist der Umfang der Staatenimmunitätsnorm zu ermitteln. Zudem sind Festlegungen zur Änderung oder die Beendigung eines völkerrechtlichen Gewohnheitssatzes nahezu unmöglich.

Folglich ist die Staatenimmunität eine Norm des internen Prozessrechtes, welche Ausfluss uneingeschränkter staatlicher Gerichtsbarkeit ist,⁴⁴ da das Völkergewohnheitsrecht nicht ausdrücklich gebietet, dass ein Staat dem anderen die Immunität zugewähren muss. Bei der Beurteilung, ob Immunität zu gewähren oder zu versagen ist, soll sich der Forumstaat vor allem von seinen internationalen *erga omnes* Pflichten leiten lassen, wobei insbesondere die mögliche Verletzung von *ius cogens* Normen zu beachten ist. Der Immunitätsschutz ausländischer Staaten stützt sich in der Tat auf *comitas gentium*.⁴⁵

Hingegen würde die Versagung der Staatenimmunität auch für *acta ex jure imperii* chaotische zwischenstaatliche Folgen herbeiführen. Das beste Beispiel dafür ist der gerichtliche Schlagabtausch zwischen den USA und dem Iran.⁴⁶ Somit wird die Staatenimmunität zugewährt, damit die normalen internationalen Beziehungen zwischen den Staaten abgewickelt werden können.⁴⁷ Aus diesem Grund muss für die Staaten die unabhängige und souveräne Funktion ihrer Organe gewährleistet werden. Dies wird dadurch erreicht, dass *acta ex jure imperii* der Kontrolle eines anderen souveränen Staates nicht unterworfen sind. Es lässt sich daraus schließen, dass die Staaten bei der Ausübung von *acta ex jure imperii* solange Immunität genießen sollen, wie sich der Handlungsstaat an Rechtsstaatlichkeitsprinzipien hält. Verstößt er gegen das Völkerrecht, insbesondere gegen *ius cogens*, wird der Zweck der staatlichen Immunität verfehlt.⁴⁸

2.2.2. Ausnahmen: deliktsrechtliche Ausnahmeklausel und ihre Tragweite

In jüngster Zeit wird die Staatenimmunität in gewissen Fällen nicht gewährt.⁴⁹ Dies bezieht sich insbesondere auf die deliktsbezogene Immunitätsausnahme, wenn Organe des Täterstaates auf dem Territorium des Forumstaates Personen- oder Vermögensschäden verursacht haben.⁵⁰ Dabei wird nicht mehr zwischen den hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Handlungen unterschieden.⁵¹

Es ist strittig, ob die deliktsbezogene Immunitätsausnahme auch auf Handlungen in bewaffneten Konflikten Anwendung findet.⁵² Das Übereinkommen der UNO über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004⁵³ enthält diesbezüglich keine ausdrückliche Festlegung.⁵⁴

⁴⁰ U.S. Supreme Court, Republic of Germany v. *Altmann*, 7. Juni 2004, 541 U.S. (2004). S. insbesondere ausdrücklich *Bouzari* and others v. Islamic Republic of Iran, Cour d'appel de l'Ontario, Urt. v. 30. Juni 2004, in: ILR (2005), S. 124 ff.

⁴¹ So z.B. *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 33), S. 29; *A. Scheffler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 50; *O. Dörr*, Staatliche Immunität auf dem Rückzug?, in: AVR 3 (2003), S. 2003.

⁴² Die Aussage trifft nicht zu, weil dem Gleichheitsgebot schon Genüge getan ist, wenn jeder Staat über den anderen Gerichtsbarkeit ausüben darf. Vgl. zutreffend *R. Geimer*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 556.

⁴³ Vgl. *L. Caplan*, State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, in: AJIL 4 (2003), S. 745 ff.; *W. Cremer*, a.a.O. (Fn.2), S. 144 ff.

⁴⁴ In dem Sinne schon *H. Lauterpacht*, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, in: BYIL 28 (1951), S. 229; *L. M. Caplan*, a.a.O. (Fn. 43), S. 745, 746.

⁴⁵ *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 US 116; *Crunch* 116, 137. Diese Ansicht wird in der Regel in allen US-Amerikanischen Urteilen wiederholt. Vgl. *M. Murray*, Jurisdiction under the Foreign Sovereign Immunities Act for NAZI War Crimes of Plunder and Expropriation, in: NY University Journal of Legislation and Public Policy (2004), S. 106 m.w.N.

⁴⁶ Die Ergänzung von Foreign Sovereign Immunities Act von 1996 (28 USC § 1605 (a) (7)) zog Retorsionsmaßnahmen seitens Iran nach sich. S. darüber näher statt vieler *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 191 m.w.N.

⁴⁷ *J. Gaudreau*, Immunité de l'Etat et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle, in: HEI Publications (2005), S. 6 ff.; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 41), S. 202 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. in dem Sinne ICTY, Prosecutor v. *Tadic*, Decision on Jurisdiction (Appeal Chamber), Urt. v. 2 Oktober 1995, in: ILR (1995), S. 483 ff. In dem Sinne auch ausdrücklich *A. Auer*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo: Anmerkung zum Urteil des Obersten Sondergerichts vom 17. September 2002, BRD v. Miltiadis Margellos, in: ZöR 3 (2006), S. 459.

⁴⁹ S. statt vieler *A. Bianchi*, L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme, in: RGDIP (2004), S. 64 ff.; *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 33), S. 291 ff.; *J. Bröhmer*, a.a.O. (Fn. 25), S. 144 ff.; *A. Scheffler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 45 ff.

⁵⁰ S. näher statt vieler *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 41), S. 207 m.w.N.; *W. Cremer*, a.a.O. (Fn. 2), S. 144 ff., m.w.N.

⁵¹ *E. Handl*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo: Anmerkungen zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Griechenlands, in: ZöR 3 (2006), S. 435, 436; *P. De Senna / F. De Vittor*, State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision in the Ferrini Case, in: EJIL 1 (2005), S. 94.

⁵² Dagegen z.B. *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 41), S. 214 ff.; *E. Handl*, a.a.O. (Fn. 51), S. 439; *H.P. Foltz*, Staatenimmunität und Kriegsfolgen am Beispiel des Falles Distomo: zum Umgang mit *ius cogens*, in: ZöR 3 (2006), S. 493. Dafür *A. Auer*, a.a.O. (Fn. 48), S. 459, 460; *W. Cremer*, a.a.O. (Fn. 2), S. 154.

⁵³ UN Doc. A/57/561 v. 7. Dezember 2002.

⁵⁴ Vgl. *Ch. Tomuschat*, L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme, in: RGDIP (2005), S. 56, welcher behauptet, dass das Übereinkommen ein klarer Beweis dafür ist, dass die deliktsbezogene Ausnahme auf bewaffnete Konflikte nicht auszudehnen sei.

2.2.3. Die Anwendung der deliktsrechtlichen Ausnahme- klausel auf Menschenrechtsverletzungen und kriegsbezogene Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht

Die Bestrebungen in der Literatur und Spruchpraxis⁵⁵ sind darauf gerichtet,⁵⁶ die Aufhebung der Staatenimmunität auf Verstöße gegen zwingende Normen des Völkerrechts zu beschränken. Dennoch hat sich in diesem Bereich noch kein neuer Gewohnheitsrechtssatz herausgebildet.

Die Entwicklung der menschenrechtlichen deliktischen Ausnahmeklausel begann mit der Entscheidung des US-Gerichtshofes im Fall *Letelier v. Chile*,⁵⁷ in welcher dem beklagten Staat Chile die Immunität im Zivilverfahren versagt wurde. Allerdings wurde später vom US-Supreme Court den beklagten Staaten wiederum Immunität im Erkenntnisverfahren zugebilligt.⁵⁸ Daraus kann man folgern, dass sich eine Immunitätsausnahme für Menschenrechtsverletzungen in den USA bis *dato* noch nicht entwickelt hat.

Das gleiche Ergebnis gilt für England⁵⁹ und Deutschland,⁶⁰ wo sich der BGH im Falle *Distomo* dahingehend äußerte, dass die *acta ex jure imperii* ausländischer Staaten von der Staatenimmunität erfasst werden.

Internationale Gerichtshöfe, wie z.B. der IGH⁶¹ und der EGMR,⁶² haben volle Gewährleistung der staatlichen Immunität ausdrücklich befürwortet.

Auf der anderen Seite haben die griechischen⁶³ und italienischen Gerichte⁶⁴ anders entschieden.⁶⁵ In der Sache *Distomo* hat der Areopag zahlreiche überzeugende Argumente aufgezählt, wonach dem ausländischen beklagten Staat die Immunität versagt wird, wenn seine Organe, einschließlich seines Militärs, Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Kriegszeiten verübt haben. Diese Argumentation wird auch in der neusten Literatur vertreten.⁶⁶ Im Wesentlichen hat sich das griechische Gericht darauf berufen, dass:

a) keine Immunität im Erkenntnisverfahren zuzubilligen ist, wenn die im Gebiet des Forumstaates vorgenommenen Handlungen gegen *ius cogens* verstoßen.

b) Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht hoheitlich qualifiziert werden können.

Hingegen legte das italienische Kassationsgericht mehr Wert darauf, ob die rechtswidrige *ex jure imperii* Handlung des Schädigerstaates zugleich eine international verbotene Straftat, wie z.B. Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit, darstellt. Wenn dem so ist, dann entfällt der Immunitätsschutz.⁶⁷

Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung die in den Fällen *Letelier*, *Distomo* und *Ferrini* gefällten Urteile haben. Wie Eingangs erwähnt, stellt meines Erachtens die Staatenimmunität keine völkerrechtliche Gewohnheitsnorm dar. Daraus ergibt sich, dass der vorgebliche Rechtssatz der Staatenimmunität auf Einzelfälle im Wege einer logischen Deduktion⁶⁸ mit zufriedenstellendem Grad der Bestimmtheit anzuwenden ist. Es steht auch fest, dass das Völkerrecht den Staaten weder auferlegt noch verbietet, den ausländischen Staaten die Immunität im Zivilverfahren, welches auf Schadenersatz wegen schweren Menschenrechtsverletzungen oder Verletzungen des humanitären Völkerrechts gerichtet ist, zuzubilligen oder zu versagen.

Das belegt, dass die Staatenimmunität nur ein Ausfluss staatlicher Souveränität ist. Darüber hinaus ist für die Frage der Geltung der Staatenimmunität auf die Entschädigungsverfahren wegen Verletzungen der *ius in bello* ausschlaggebend, welchen Pflichten, die sich aus dem vorrangigen *ius cogens* ergeben, der Forumstaat nachkommen muss. Jede *ius cogens* Norm erzeugt nämlich eine Verpflichtung *erga omnes*.⁶⁹ Wenn sie in die nationale Rechtsordnung inkorporiert wird, so wird sie zugleich Bestandteil des internen „ordre public“. Bei einem Widerspruch zwischen dem prozessualen Rechtshindernis, der Staatenimmunität, und einer dem „ordre public“ zugehörigen Norm, ist der Richter verpflichtet, den niederrangigen und dem „ordre public“ widersprechenden Normen die Anwendung zu versagen. Selbiges gilt auch im Zivilverfahren, welches die Opfer von Menschenrechtsverletzungen oder von Verletzungen des humanitären Völkerrechts gegen die ausländischen Staaten einleiten.

Der Mangel einer sekundären *ius cogens* Norm, welche die prozessuale Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen vorsehen würde, verhindert die Versagung der Staatenimmunität nicht.⁷⁰ Denn das Auseinanderfallen zwischen *ius cogens* und dem Immunitätshindernis findet nicht auf der Ebene des Völkerrechts, sondern auf der Ebene des nationalen Rechts statt.

⁵⁵ S. z.B. Corte di Cassazione (Secione Unite), Urt. v. 6. November 2004, Nr. 5044, Der Fall *Ferrini*, in: *Rivista di diritto internazionale* 2 (2004), S. 539 ff.; Areopag, Urt. v. 4. Mai 2000, Nr. 11, Der Fall *Distomo*, in: *Kritische Justiz* (2000), S. 772 ff.

⁵⁶ Vgl. *M. Panezi*, Sovereign Immunity and Violation of Jus Cogens Norms, in: *RHDI* 1 (2003), S. 207 ff.; *B. Hess*, Staatenimmunität bei Menschenrechtsverletzungen, in: *FS für R. Schütze*, München 1999, S. 269 ff.; *W. Cremer*, a.a.O. (Fn. 2), S. 155 ff. m.w.N.

⁵⁷ *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980).

⁵⁸ *Argentine v. Ameralda Hess Shipping Co.*, 488 US 428 (1989); *Hugo Princz v. FR of Germany*, 26 F. 3rd 1166 (D.C. Cir. 1994).

⁵⁹ S. z.B. *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, in: *ILR* (1997), S. 536 ff.

⁶⁰ BGH, *Entsch.* v. 26. Juni 2003, III ZR 245/98, in: *NJW* 2003, S. 3488 ff.

⁶¹ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, DR Congo v. Belgium*, Urt. v. 14. Februar 2000, in: *ILM* (2002), S. 536 ff.

⁶² EGMR, *Al-Adsani v. UK*, Urt. v. 21. November 2001, *RJD* 6 (2001); *Fogarty v. UK*, Urt. v. 21. November 2001, *RJD* 6 (2001); *McElhinney and Ireland v. UK*, Urt. v. 21. November 2001, *RJD* 6 (2001).

⁶³ Areopag, a.a.O. (Fn. 55), S. 472 ff. S. Für die umfangreiche Geschichte des Falles *Distomo* S. näher statt vieler *A. Auer*, a.a.O. (Fn. 48), S. 449 ff.

⁶⁴ Corte di Cassazione, a.a.O. (Fn. 55), S. 539 ff. Für einen Kommentar s. *P. De Senna / F. De Vittor*, a.a.O. (Fn. 51), S. 90 ff.

⁶⁵ Diese Tendenz ist inzwischen in Italien Regel geworden. Im Fall „Civiltella“ hat der Kassationsgerichtshof die Verurteilung Deutschlands zu Schadenersatz bestätigt (*Entsch.* v. 21. Oktober 2008). Darüber hinaus hat das oberste italienische Gericht im Juni 2008 die Vollstreckbarkeit des griechischen Urteils „*Distomo*“ bestätigt und damit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen deutsches Eigentum in Italien ermöglicht.

⁶⁶ S. *A. Orakhelashvili*, State Immunity and International Public Order, in: *GYIL* 2002, S. 258 ff.; *A. Bianchi*, a.a.O. (Fn. 49), S. 96 ff.; *J.F. Flauss*, Droits des immunités et droits de l'homme, in: *SZIER* 3 (2000), S. 308 ff.

⁶⁷ Theoretisch in dem Sinne *K. Reece / J. Small*, Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?, in: *NILR* 1 (2003), S. 20.

⁶⁸ *H.P. Foltz*, a.a.O. (Fn. 52), S. 484 ff. betont zutreffend, dass die Rechtsnorm entweder durch einen induktiven oder deduktiven Ansatz entwickelt wird.

⁶⁹ *W. Cremer*, a.a.O. (Fn. 2), S. 137; *A. Bianchi*, a.a.O. (Fn. 49), S. 172; *D. Schindler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 199, 200, 201 ff.

⁷⁰ Dagegen jedoch z.B. *K. Schmalenbach*, Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen, in: *ZöR* 3 (2006), S. 493. Vgl. auch *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 41), S. 215.

Die angeführte Argumentation bedeutet jedoch noch nicht, dass man die Rechtswirklichkeit vernachlässigen kann. Die Aufhebung der Staatenimmunität zöge eine Welle von Privatklagen nach sich,⁷¹ welche die Rechtspflege jedes Landes überfordern würde.

Sicherlich käme die Aufhebung der Staatenimmunität im Falle der totalen Zerstörung von Städten mit tausenden von Opfern nicht in Frage. Die sich daraus ergebenden, seien es völkerrechtliche oder zivilrechtliche Ansprüche, sind auf der völkerrechtlichen Ebene zu regeln.

In zeitlich und räumlich isolierten Fällen und bei individuell bestimmbaren schweren Menschenrechtsverletzungen oder Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht, sollte die Immunität jedoch versagt werden.⁷² Die zweite Voraussetzung für die Versagung der Staatenimmunität wäre, dass das Verbrechen ausschließlich im Forumstaat lokalisiert ist.⁷³

2.3. Zugang zum Gericht, Rechtsverweigerung und Staatenimmunität

In einem Rechtsstaat ist die Rechtsverweigerung verboten.⁷⁴ In diesem Sinne ist auch die in Artikel 6 EMRK verkörperte Garantie des Rechts auf Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhendem Gericht.⁷⁵ Dieses Recht muss effektiv sein. Allerdings ist es nicht absolut, sondern unterliegt verhältnismäßigen Einschränkungen. Dennoch dürfen solche Einschränkungen den Wesensgehalt des gewährten Rechts nicht aufheben.

Davon ausgehend urteilte der EGMR in drei Fällen, dass die Staatenimmunität eine angemessene Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Gericht darstellt.⁷⁶ Dabei ging er davon aus, dass die Staatenimmunität geltendes Völkergewohnheitsrecht sei.

Im zeitlich zuletzt entschiedenen Fall betreffend der Staatenimmunität, nämlich im Fall *Markovic*,⁷⁷ welcher den NATO-Einsatz in der ehemaligen BR Jugoslawien betraf, erweiterte der EGMR die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung des Artikel 6 EMRK auf materiellrechtliche Gründe. Die Einschränkung sei auch verhältnismäßig, wenn das materielle Recht des beklagten Staates verbiete, dass innerstaatliche Gerichte überhaupt die „acts of foreign policy“ der eigenen Regierung gerichtlich überprüfen. D.h. im Ergebnis, dass die Regierungsentscheidungen den rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht unterliegen.

Die Lehre ist sich jedoch einig,⁷⁸ dass es immer ein in der Sache zuständiges Gericht geben muss. Andernfalls gebe es eine offene, verbotene Rechtsverweigerung. Nach fast einhelliger Meinung der Lehre⁷⁹ ist diesem Gebot Genüge getan, wenn der Schädigerstaat seine Gerichte den Kriegsoffnern öffnet.

2.4. Das Verfahren im Schädigerstaat: substantielle Rechtsverweigerung

2.4.1. Einleitende Bemerkungen

Die obige Ansicht beruht auf der Anwendung der klassischen Theorie des Justizgewährungsanspruchs und dessen Tragweite. Fraglich ist, ob Artikel 6 EMRK seinem Wortlaut und Zweck nach einen Anspruch auf eine Sachentscheidung ga-

rantiert,⁸⁰ d.h. den sogenannten Rechtsschutzanspruch. Das wäre meines Erachtens zu bejahen, umso mehr, als Artikel 6 EMRK systematisch und funktionell i.V.m. dem Zweck des Artikels 13 EMRK auszulegen ist. Artikel 13 EMRK garantiert nämlich das Recht auf wirksame Beschwerde. „Wirksam“ in der Konventionspraxis bedeutet,⁸¹ dass es in nationalen Rechtsordnungen ein Rechtsmittel geben muss, dessen Einlegung die Beurteilung der angeblichen Verletzung und sogar die Beseitigung der Verletzungsfolgen für Betroffene ermöglicht.⁸² Das bedeutet, dass einschlägige Rechtsmittel insoweit effektiv sind, als es die Überprüfung der Menschenrechtsverletzung in der Sache gewährleistet.

2.4.2. Anwendbares Recht

In europäischen Ländern gibt es zwei Arten der kollisionsrechtlichen Anknüpfungen für Schadensersatzklagen, welche aufgrund von Verletzungen der Menschenrechte oder wegen Verstößen gegen das internationale humanitäre Recht erhoben werden. In Serbien sowie in anderen Staaten Europas knüpft man an die übliche Tatortregel an.⁸³ In Deutschland dagegen wird nach fast einhelliger Meinung die Ansicht vertreten,⁸⁴ dass auf die Haftung des Staates für obige Verbrechen immer das Recht des Schädigerstaates angewendet wird. In angloamerikanischen Rechtskreisen wird diesbezüglich die *lex fori* angewandt.⁸⁵

Es ist durchaus möglich, dass die Gerichte des Forumstaates direkt auf die einschlägigen Normen des humanitären Völkerrechts zurückgreifen.⁸⁶ Allerdings ist dies höchst umstritten. Meines Erachtens kann man Artikel 3 der HLKO von 1907 oder Artikel 91 des I. Zusatzprotokolls von 1977 nicht anders teleologisch auslegen, als dass die angegebenen Nor-

⁷¹ Vgl. *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 130 ff.; *Ph. Hermann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 79; *Ch. Johann*, a.a.O. (Fn. 5), S. 91.

⁷² *J. Bröhmer*, a.a.O. (Fn. 25), S. 211 ff. Kritisch dazu *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 56), S. 280, Fn. 69.

⁷³ So ausdrücklich *R. Geimer*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 626c.

⁷⁴ Über Sinn und Tragweite der Rechtsverweigerung *S. J. Paulsson*, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge 2005, S. 62.

⁷⁵ Über das Recht auf Zugang zum Gericht und seine Tragweite s. statt vieler *A. Jaksic*, *Arbitration and Human Rights*, Frankfurt 2002, S. 277 ff. m.w.N.

⁷⁶ S. a.a.O. (Fn. 62).

⁷⁷ EGMR, *Markovic* and others, Urte. v. 14. Dezember 2006, § 95.

⁷⁸ *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 33), S. 318, 319; *E. Habscheid*, Immunität internationaler Organisationen und Art. 6 I EMRK, in: FS für R. Schütze, München 1999, S. 275. Dagegen z.B. *S. Hobe*, Durchbrechung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen-NS Delikte vor dem Aeropag, in: IPRax (2001), S. 339.

⁷⁹ *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 56), S. 283; *J. Bröhmer*, a.a.O. (Fn. 25), S. 195.

⁸⁰ In dem Sinne ausdrücklich *E. Habscheid*, a.a.O. (Fn. 77), S. 257; *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 56), S. 282; *Ch. Grabenwarter*, EMRK, 2. Aufl., München 2005, S. 356.

⁸¹ S. z.B. EGMR, *Rotary*, Urte. v. 4. Mai 2000, § 67.

⁸² S. z.B. EGMR, *Assenov and others*, Urte. v. 28. Oktober 1998, RJD 8 (1998), § 117.

⁸³ Art. 28 des Serbischen IPRG von 1982. S. auch Art. 33 (2) schweizerischen IPRG.

⁸⁴ S. statt vieler *B. von Hoffmann*, a.a.O. (Fn. 36), Vorbem. Art. 38, Rn. 228b; *J. von Hein*, a.a.O. (Fn. 26), S. 205; *B. Hess*, a.a.O. (Fn. 4), S. 118, 119 m.w.N.

⁸⁵ Nachweise bei *A. Scheffler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 225 ff.

⁸⁶ *S. Schmahl*, Amtshaftung für Kriegsschäden, in: ZaöRV 2006, S. 700.

men unmittelbar die Haftung des Schädigerstaates gegenüber den Einzelbetroffenen begründen.⁸⁷ Andernfalls hätte die Aufnahme solcher Normen in die Übereinkommen keinen Sinn.

Trotzdem sind alle Schadenersatzklagen der Kriegsoffer gegen Staaten an substantieller Rechtsverweigerung gescheitert. Nur scheinbar haben die Gerichte in der Sache entschieden, tatsächlich haben sie keine Sachverhaltsermittlung erlaubt.⁸⁸

So entschied der BGH, dass den Klägern keine unmittelbar aus dem Völkerrecht herleitbaren Ansprüche auf Schadenersatz zustehen, denn solche Einzelansprüche kenne das humanitäre Völkerrecht nicht. Zweitens ließ der BGH die Frage offen, ob das deutsche Amtshaftungsrecht auf solche Schadenersatzansprüche anwendbar ist. An mehreren Stellen hat sich der BGH in seiner Entscheidung darauf berufen, dass manche für die Sachentscheidung relevante Fragen nicht justiziabel seien, weil sie im Ermessen des Bundesverteidigungsministeriums stünden.

Hingegen entschied der italienische Kassationshof im Falle *Markovic*, das Gericht sei überhaupt nicht zuständig, da der Streitgegenstand nicht justiziabel sei. Die Kriegsführung liege im freien Ermessen der Regierungen.

Der EGMR⁸⁹ hat seinerseits entschieden, dass die Zubilligung der Staatenimmunität aus materiellrechtlichen Gründen auch keine unangemessene Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Gericht darstelle.

Es bleibt festzustellen, dass die angerufenen Spruchkörper in obigen Entscheidungen eine klare substantielle Rechtsverweigerung vorgenommen haben.⁹⁰

2.5. Harmonisierung zwischen den Primärnormen des Völkerrechts und nationalem Recht: die Anwendung der Anpassungsmethode

Die Anpassungsmethode zielt u.a. auf die Modifizierung einer materiellen Norm ab.⁹¹ Sie dient als Methode zur Beseitigung von Normenwidersprüchen, und insbesondere zur Lückenfüllung. Denn eine Lücke hätte zur Folge, dass ein Sachverhalt nach keiner der möglichen anwendbaren Rechtsordnungen sachlich bearbeitet wird.

Wenn die Entstehung von Normenwidersprüchen auf die Schadenersatzklagen wegen kriegsbezogener Schädigungen von Zivilisten übertragen wird, bedeutet dies, dass, wie das LG Bonn entschieden hat, weder das humanitäre Völkerrecht, noch das interne Deliktsrecht zur Anwendung kommt. Die dadurch eröffnete Lücke ist umso weniger hinnehmbar, als man in Kauf nimmt, dass beide Rechtsordnungen auf dem Prinzip *neminem laedere* entwickelt wurden, welches als Quelle des Völkerrechts im Sinne des Artikels 38 der Satzung des IGH gilt.⁹²

Die ersten Fälle der Anpassung zwecks Lückenfüllung wurden im Strafrecht vorgenommen. Es handelte sich um mehrere Verfahren vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg gegen die NAZI-Verbrecher. Seinerzeit bestanden keine völkerrechtlichen Normen, welche Rechtsfolgen für die Verletzung der Primärnormen haben würde, geschweige denn hinsichtlich der strafrechtlichen Sanktionen. Dies bedeutet, es gab keine im Völkerrecht vorgesehenen Straftaten. Die Urteile, wurden folgendermaßen begründet:⁹³

Erstens berief sich der IMG auf die Verletzung des Artikels 46 der HLKO von 1907:

“Such murders and ill-treatment were contrary to international conventions, in particular to Article 46 of the Hague Regulations, 1907 [...] These acts violated Articles 46 and 50 of the Hague Regulations [...] as derived from the criminal laws of all civilized nations, the internal penal laws of the countries in which such crimes were committed [...]”.

Die strafrechtlichen Folgen für die Angeklagten bestimmte das Gericht wie folgt:

“We may point out that the Hague and Geneva Conventions relating to rules of land warfare and the treatment of prisoners of war provide no punishment for the individual who violated those rules, but it cannot be questioned that he who murders a prisoner of war is liable to punishment”.

Das Israelische Gericht, vor welchem *Adolf Eichmann* zur Verantwortung gezogen wurde, war bei Begründung seiner Entscheidung noch klarer: *“[...] It is true that international law does not establish explicit and graduated criminal sanctions [...] But, for the time being, international law surmounts these difficulties [...] by authorizing the countries of the world to mete out the punishment for the violation of its provisions. This they do by enforcing these provisions either directly or by virtue of the municipal legislation which has adopted and integrated them”*.⁹⁴

Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Strafgerichtshöfe die strafrechtlichen Folgen für die Verletzung der Primärnormen des Völkerrechts entweder in Anwendung der allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze oder durch Einberufung der in internen Rechtsordnungen vorgesehenen Strafsanktionen fanden. Daher wurde *in casu* das materielle Strafrecht modifiziert angewandt.

Bei solchen Präzedenzanwendungen des materiellen Strafrechts erübrigt sich die Erörterung, ob z.B. Artikel 3 der HLKO „self-executing“ ist oder nicht. Wenn er nur zu den Primärnormen zählt und dem Einzelnen keinen Anspruch gegen den Schädigerstaat zubilligt, wird eine Lücke eröffnet,

⁸⁷ Vgl. in dem Sinne auch *F. Kalshoven*, a.a.O. (Fn. 22), S. 871 ff.; *L. Zegveld*, a.a.O. (Fn. 22), S. 479 ff.

⁸⁸ Leitentscheidungen sind die Urteile des LG Bonn und das Urteil des BGH im Fall *Varvarin* (LG Bonn, a.a.O. (Fn. 11); BGH, Ur. v. 2. November 2006, III-ZR 190/05.) Sowie der Fall *Markovic* in Italien anlässlich des Bombardements der Serbischen TV Station in Belgrad (Corte di Cassazione, (Sezione Unite), Presidenza Consiglio ministri v. *Markovic* et altri, 5. Juni 2002, Nr. 9517, in: *Rivista di diritto internazionale* 4 (2002), S. 682 ff.).

⁸⁹ EGMR, a.a.O. (Fn. 77), § 95.

⁹⁰ Vgl. *N. Ronzitti*, a.a.O. (Fn. 37), S. 44, und *JJ. Fawcett*, *The Impact of Article 6 (1) of the EHRC on Private International Law*, in: *ICLQ* 1 (2007), S. 7, sind der Meinung, dass die Opfer des NATO-Einsatzes in Jugoslawien einer Rechtsverweigerung ausgesetzt werden, es sei denn, dass den Schädigerstaaten die Immunität vor Gerichten in Serbien versagt wird.

⁹¹ S. statt aller *G. Kegel*, *Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht*, in: *FS für U. Drobnig*, Tübingen 1998, S. 327 ff.

⁹² Schon *Ulpianus*, *Digesta* I, 10. „*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*“.

⁹³ S. z.B. *Trial for War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Law*, Nr. 10, Nürnberg 1949, S. 332 ff.

⁹⁴ *Supreme Court of Israel, Attorney General v. Eichmann*, in: *ILR* (1962), S. 277, Nr. 11.

selbst wenn der Forumstaat auch das interne Deliktsrecht als nicht anwendbar erklärt. Der Rechtsschutzsuchende darf im Rahmen der Anwendung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips nicht in der Schwebe gehalten werden.

Derselbe Gedanke ist auf die kriegsbezogenen Schadenersatzansprüche zu übertragen. Führt die künstliche Trennung zwischen dem Völker- und Privatrecht zu dem Ergebnis, dass der Geschädigte – aus welchem Grund auch immer – leer ausgeht,⁹⁵ dann muss diese Lücke durch Anpassung geschlossen werden. Die Pflicht des Forumstaates, die Methode der Anpassung anzuwenden, ist auf die Erfüllung seiner Verpflichtung zum *erga omnes* Schutz des zwingenden Rechts zurückzuführen. Kommt es in individuellen Schadenersatzfällen zu keiner Anwendung einer der möglichen anwendbaren Rechtsordnungen, so wird dieser Normenzweck verfehlt.⁹⁶ Wäre nur die interne oder völkerrechtliche Rechtsordnung anwendbar, dann könnte der Einzelgeschädigte vollen Rechtsschutz genießen. Im letzten Fall durch diplomatischen Schutz seines Heimatlandes.

Jede Primärnorm des humanitären Völkerrechts ist in die interne Rechtsordnung inkorporiert. Jeder Verstoß gegen die Normen des humanitären Völkerrechts entspricht einem in der nationalen Rechtsordnung vorgesehenen Delikt. Demzufolge sind die jeweiligen Verletzungen der Primärnormen des humanitären Völkerrechts an die Rechtsfolgen der deliktischen Normen nationalen maßgebenden Rechts anzuknüpfen. Dadurch wird die künstlich eröffnete Lücke geschlossen.

3. Die NATO-Operation „Allied Force“ in der ehemaligen BR Jugoslawien: ein Sonderfall der Rechtsverweigerung

Der beste Beweis für die unbefriedigende rechtliche Stellung der Kriegsoffer sowohl im Völkerrecht als auch in den nationalen Rechtsordnungen sind die Versuche, sich mit den Folgen des NATO-Einsatzes in der ehemaligen BR Jugoslawien zu befassen. Wie Eingangs erwähnt, schützt das humanitäre Völkerrecht die Rechtsposition der Einzelnen, und zwar ungeachtet dessen, welche der Konfliktparteien für die Verletzung des *ius ad bellum* verantwortlich sind.

Die einzelnen Kriegereignisse, welche entweder Folgeschäden („collateral damage“) nach sich gezogen haben oder welche ausschließlich Zivilisten getroffen haben (Varvarin, Gradelica Zug, Serbische TV Station), sind allgemein bekannt und in der Literatur hinreichend erörtert.⁹⁷

Sowohl auf der internationalen und nationalen Ebene wurde gegen Verletzungen des humanitären Völkerrechts ohne Erfolg geklagt.

Zuerst hat sich der IGH für unzuständig erklärt,⁹⁸ über den Antrag Jugoslawiens auf Anordnung von vorläufigen Maßnahmen zu entscheiden. Damit entfiel auch die Möglichkeit, dass die am Krieg beteiligten Staaten vertraglich die Kriegsfolgen, einschließlich der Schadenersatzansprüche der betroffenen Zivilisten regeln. Auch der Weg des diplomatischen Schutzes wurde dadurch blockiert.

Die größte Enttäuschung für die Opfer brachte das Urteil des EGMR im Fall *Bankovic*.⁹⁹ In diesem Urteil hat das Gericht die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen. Im Gegensatz zur ständigen Praxis der EMRK-Kontrollorgane, nahm

das Gericht die Position ein, dass die Konvention keine extraterritoriale Wirkung entfalte. Daraufhin erklärte der EGMR auch die Beschwerde im Fall *Markovic* für unzulässig.¹⁰⁰ Das Gericht hat die Meinung vertreten, dass die materiellrechtliche Immunitätssperre keine unangemessene Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Gericht darstelle. Die Schadenersatzklagen der einzelnen Opfer scheiterten auch in Deutschland, Italien und in den Niederlanden.

Wenn man jeden Fall des angestrebten Rechtsschutzes und die rechtliche Stellung der Kriegsoffer des NATO-Einsatzes als Ganzes betrachtet, so kommt man zum einzigen möglichen Schluss, dass den infolge des NATO-Einsatzes „Allied Force“ geschädigten Zivilisten großes Unrecht getan wurde, weil sie auch die Opfer der Rechtsverweigerung wurden.

Für das Bestehen der Rechtsverweigerung ist unbeachtlich, ob es zu keiner Sachentscheidung aus prozess- oder materiellrechtlichen Gründen gekommen ist.¹⁰¹ Schon *Hugo Grotius* schrieb, dass ungerechte Entscheidungen eine Form der Rechtsverweigerung darstellen. Den Kriegsoffern sei nämlich gleichgültig, ob ihre Klagen an Staatenimmunität oder an der Auffassung des Gerichts von der mangelnden Justiziabilität des Streitgegenstands scheiterten.¹⁰²

Es erübrigt sich, auf die Frage nach dem Ausgang des Zivilverfahrens näher einzugehen, wenn die Geschädigten ihre Ansprüche gegen die USA vor den US-Gerichten geltend gemacht hätten. Einschlägige Erfahrungen wurden gemacht, nachdem die Opfer des Bombardements von Libyen im Jahre 1986 und die Opfer des abgeschossenen iranischen Passagierflugzeuges Klagen vor den US-Gerichten erhoben haben.¹⁰³

4. Schlussbetrachtungen

Meines Erachtens kollidiert im Falle der schweren Menschenrechtsverletzungen und Verletzungen des humanitären Völkerrechts das prozessuale Hindernis der Staatenimmunität mit den in der Völkerrechtsordnung inkorporierten Normen des *ius cogens*. Letztere erzeugen die Verpflichtungen der Staaten *erga omnes* und werden zugleich Bestandteil der „ordre public“.

Die „ordre public“ Klausel verbietet die Anwendung der ihr untergeordneten und ihr widersprechenden Normen. Dies

⁹⁵ Die interne Rechtsordnung darf nicht künstlich zerfallen (defragmentiert werden). *D. Looschelders*, Die Anpassung im internationalen Privatrecht, Heidelberg 1995, S. 115.

⁹⁶ *Id.*, S. 6, 8, 116.

⁹⁷ S. z.B. unter der unübersichtlichen Literatur *W. Fernick*, Attacking Enemy Civilians as Punishable Offence, in: *Duke J. of Comp. and IL* 7 (2007), S. 498 ff.; *P. Benvenuti*, The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, in: *EJIL* 3 (2001), S. 518 ff.

⁹⁸ *Legality of Use of Force, Yugoslavia v. Belgium*, Order of 2 June 1999, Order Denying Request for Provisional Measures of 2 June 1999, §§ 45, 46.

⁹⁹ EGMR, *Bankovic* and others, Urt. v. 12. Dezember 2001, RJD 12 (2001), § 67.

¹⁰⁰ EGMR, EGMR, a.a.O. (Fn. 77), § 95.

¹⁰¹ *J. Paulsson*, a.a.O. (Fn. 73), S. 62. So auch EGMR, *Der Fall Bellet*, Urt. v. 4. Dezember 1995, Series A, Nr. 333-B, § 36.

¹⁰² Bei *J. Paulsson*, a.a.O. (Fn. 73), S. 82.

¹⁰³ *S. Saltany v. Reagan* und *Nejad v. United States*, a.a.O. (Fn. 24).

sollte auch für die Staatenimmunität gelten. Warum diese juristisch-dogmatischen Erwägungen in der Praxis fast nicht zur Anwendung kommen, ist eher ein Ausdruck der Realpolitik.

Zweifellos kann man nach geltendem Recht den Staaten bei individualisierten und vereinzelt Verletzungen der Menschenrechte und Verletzungen des humanitären Völkerrechts die Immunität versagen. Dies gilt umso mehr, als begangene Handlungen internationale Straftaten darstellen.

Kriegsbezogene Ansprüche, welche aus der Verletzung des humanitären Völkerrechts herzuleiten sind, stellen zugleich herkömmliche deliktische Handlungen dar. Dasselbe gilt für vereinzelte Menschenrechtsverletzungen, wie z.B. absichtliche Tötung von Menschen. Dementsprechend sind diese Vorgänge auch nach üblichen IPR Prinzipien an das anzuwendende Recht anzuknüpfen. In der Regel kommt in solchen Fällen das Prinzip *lex loci delicti commissi* zur Anwendung.

Schließlich sei nun noch hervorgehoben, dass die Folgen des NATO-Einsatzes in der BR Jugoslawien noch fortwirken. Die Versuche, eine Wiedergutmachung zu erreichen, scheiterten sowohl auf der internationalen als auch auf der nationalen Ebene.

Bei Schädigungen von Zivilisten handelt es sich um vereinzelte, individualisierte Kriegereignisse, welche vom Sachverhalt her jedes Zivilgericht bearbeiten könnte. Es ist auch in europäischer Tradition tief verwurzelt, dass nach Beendigung der zwischenstaatlichen Konflikte alle strittigen Fragen vertraglich geregelt werden. Darüber hinaus ist zu vermuten, dass, wenn es den politischen Willen dazu gäbe, ein europäisches Schiedsgericht eingerichtet werden sollte, welches unparteiisch und nach europäischer Rechtstradition die tragischen, aber vereinzelt Folgen der Kriegereignisse der NATO-Operation „Allied Force“ endgültig regeln würde. ■

150 Jahre Schlacht von Solferino: Von der humanitären Katastrophe zum zivil-bürgerschaftlichen Engagement – Festvortrag zum Weltrotkreuztag am 8. Mai 2009

Christian B. Schad*

The Battle of Solferino has its 150th anniversary on the 24 June. This Battle was the reason for Henry Dunant to start to care for the wounded soldiers in the field, no matter which party they belonged to. This Battle has affected Dunant's actions and his later influence on the Geneva Conventions so much that they might not exist in the way they do today without Dunant's experiences. Moreover his engagement in those days provided the basis for today's civil and voluntary engagement.

This lecture gives a summary of Dunant's life relating to humanitarian law and his influence towards civil engagement.

Am 24. Juni dieses Jahres jährt sich die Schlacht von Solferino zum 150. Mal. Diese Schlacht veranlasste *Henry Dunant* sich für die verletzten Soldaten, gleich welcher Partei sie angehörten, einzusetzen. Ohne *Dunant* und die Schlacht von Solferino wäre es ungewiss, ob die Genfer Konventionen heute in dieser Form existieren würden, denn *Dunant* hat mit seinen Ansichten und seinem Engagement maßgeblich zu ihrer Entwicklung beigetragen. Letztlich hat sein damaliger Einsatz auch das heutige zivil-bürgerschaftliche Engagement entwickelt und geprägt.

Dieser Vortrag soll das Schaffen *Henry Dunants*, seinen Einfluss auf die Genfer Konventionen und das heutige zivil-bürgerschaftliche Engagement näher beleuchten.

1. Einführung

Henry Dunant, 1828 in der *Calvin*-Stadt Genf geboren, würde heute seinen 181. Geburtstag feiern. Der Festakt hier in Stuttgart steht noch unter einer weiteren Überschrift: Genau am 24. Juni wird dem 150. Jahrestag der Schlacht von Solferino gedacht werden. Dieses Ereignis ist umso wichtiger, denn hätte es 1859 die Katastrophe von Solferino nicht gegeben und wäre nicht *Dunant* bei ihr zugegen gewesen, wäre es ungewiss, ob es die Genfer Konventionen gäbe. Dieses Jahr ist also nicht nur der 150. Jahrestag der Schlacht, sondern auch ein Gedenkjahr für die vier Genfer Konventionen, die am 12. August ihren 60sten Geburtstag wiederholen.

2. Die Ausgangslage von Solferino

Das Erlebnis eines Traumas – und Solferino ist gewiss ein solches gewesen – kann entweder zur Resignation führen, oder kann Anlass sein, die angetroffene Situation nicht hinzunehmen und zu fragen, ob sich der festgestellte defizitäre Zustand nicht ändern lässt. Ein Trauma kann entmutigen, kann aber auch Aktivität hervorrufen. Ein solches Defiziterlebnis hatte *Dunant* am 24. Juni 1859. Die von den beteiligten Staaten verursachten und zu verantwortenden Kampfhandlungen wurden von den betroffenen Soldaten und ihren Befehlshabern nicht in ihren furchtbaren Konsequenzen bedacht. Diese Schlacht, die beidseits von ihren gekrönten Häuptern geführt wurde, *Napoleon III.* mit dem ihm verbündeten *Viktor Emanuel II.* auf der einen Seite, Kaiser *Franz-Joseph I.* auf der anderen Seite, zeigt, welches Ausmaß an Kampfkraft aufgeboden wurde: 170.000 Mann mit 14.500 Pferden und 520 Kanonen auf der französisch-italienischen Alliiertenseite, 150.000 Mann, 16.500 Pferde und 680 Kanonen auf der österreichischen Seite. Aus zahlreichen Fürstentümern und Staaten kamen die Soldaten. Sie hatten bei allen beteiligten Heeren ihre Dienste angeboten. So kämpften oftmals Landsleute auf unterschiedlichen Seiten. Es war der Beginn eines zunehmend technisch geführten Schlachtgeschehens. Am Abend des sechzehnständigen Gemetzels gab es auf allen Seiten furchtbare Verluste. Zu tausenden wurden an diesem Tag junge Männer aufeinander gehetzt. Sie mussten mit ihrem Körper das ausbaden, was der Politik dieser Tage zu lösen nicht gelang. Rund 40.000 Menschen wurden verletzt oder verloren ihr Leben. Sich mit ihrem Leben einzusetzen, das war die Aufgabe der Soldaten, dafür bekamen sie ihren Sold. Dass es dabei massenhaft Verletzte gab, war den Verantwortlichen im Vorfeld nicht bewusst, das war quasi schicksalhafte Begleiterscheinung – menschliches Material, wie man aus heutiger Sicht zynisch anmerken kann.

3. Das Engagement *Dunants*

Mit dieser Sicht der Dinge wollte sich *Dunant* nicht abfinden. Als er am Abend

des 24. Juni die Katastrophe in ihrem Ausmaß zu realisieren begann, veranlasste er, Menschen zu finden, die helfen konnten, um mit denjenigen Solidarität zu üben, die um ihr Leben kämpften. Damit gab er zunächst ein Beispiel und wurde sofort zum Vorbild. Er zeigte, dass menschlich zu handeln auch in einer vom Menschen verursachten und organisierten Katastrophe möglich ist. *Dunant* hatte keine Erfahrung mit der sanitätsdienstlichen Versorgung. Seine Fähigkeiten lagen im Organisatorischen. Mit dem Weltbild *Calvins* aufgewachsen – dieser feiert dieses Jahr seinen 500sten Geburtstag –, wusste er sich für Ideale zu begeistern. Er gehörte zu den Gründungsmitgliedern des Christlichen Vereins Junger Menschen (CVJM) und hatte damit bereits organisatorische Kenntnisse. *Dunant* vermochte es darüber hinaus, Menschen für Aufgaben zu gewinnen. Angesichts der Katastrophe in Solferino waren sowohl Überzeugungskraft, Vorbildfunktion als auch Organisationstalent gefragt. Transporteure mussten gefunden werden, um die Verletzten in umliegende Kirchen zu bringen. Gleichzeitig warb *Dunant* in den umliegenden Gemeinden von Solferino um Freiwillige. Es waren Frauen, die seinem Ruf folgten. Sie waren es, die halfen, das von Männern verursachte und nun von ihnen zu ertragene Leid zu lindern. Als selbstbewusster Bürger von Genf brachte *Dunant* alle Voraussetzungen mit, um mit der Situation überlegt und wirkungsvoll umzugehen. Ein positives, individuell geprägtes Menschenbild, gepaart mit rationalem Vorgehen, zupackendem Engagement und Überzeugungskraft. Sein Schlagwort „*Tutti fratelli*“ (Alle sind Brüder) kennzeichnete seinen solidarischen Einsatz. Mit diesen Worten formulierte er eine Idee, die andere überzeugte. Es war ihm gleichgültig, welcher Seite ein Verletzter angehörte. Die Herkunft und der Stand eines Verletzten interessierten ihn nicht. Er wollte das Leid der Soldaten minimieren, deren Überleben sichern. Dort, wo dies nicht gelang, schrieb er zahlreiche Briefe für Sterbende, um diese an deren Angehörige weiterzuleiten. Er überzeugte Ärzte, allen Opfern zu helfen. Auch hier spielte die Nationalität keine Rolle.

* *Christian B. Schad* ist Konventionsbeauftragter des DRK. Dieser Beitrag ist die gekürzte Fassung eines Vortrages anlässlich der Feierlichkeiten zum 8. Mai des DRK-Kreisverbandes in Stuttgart.

4. Zivil-bürgerschaftliches Engagement und seine Folgen

Es ist also eine Tatsache, die man bis heute bei zahlreichen Initiativen von Bürgern feststellen kann, dass sie auf einen Misstand in der Gesellschaft reagieren. Sie wollen sich mit den Verhältnissen, so wie sie sich ihnen darstellen, nicht zufriedengeben. Aus dieser Einsicht formt sich Aktivität. Missstände beseitigen zu helfen, das ist ein erstes Kennzeichen zivil-bürgerschaftlichen Engagements. Es ist zunächst ein einzelner Mensch, der aktiv wird und dem durch seine Aktivität eine Vorbildfunktion zukommt. Die Vorbildfunktion, die *Dunant* in Solferino übernahm, erwarb er sich dadurch, in praktischer Weise all denen geholfen zu haben, die der Hilfe bedurften, gleich zu welcher Partei sie zählten. Hilfe wird von den Not leidenden Menschen immer konkret erfahren. Es nützt nichts, in eine Theoriedebatte zu verfallen, wenn man leidende Menschen vor Augen hat. Damit stellte *Dunant* den einzelnen Menschen über seine nationale Zugehörigkeit. Seine revolutionäre Maßnahme basierte darauf, dass er die verwundeten Soldaten im Felde nicht als Manövriermasse auffasste, sondern als Mitmenschen in akuter Not. Er sah, dass Leid immer individuell erlebt wird und Hilfe demnach immer individuell gewährt werden muss. Die verwundeten und leidenden Soldaten, die bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts quasi nur als Funktion definiert waren, diese Soldaten als Menschen in akuter Not definiert zu haben, stellt eine überzeugende Leistung *Dunants* dar.

Dunant gab uns für heute noch mehr auf den Weg: Eine seiner wesentlichen Leistungen ist, dass er konsequent für seine Idee warb und persönliche Interessen zurückstellte. Nicht Selbstverwirklichung war seine Motivation, sondern uneigennütziges Handeln. Ein Querdenker würde man heute sagen und diese sind je nach Themengebiet in einer Gesellschaft nicht immer beliebt. Zivil-bürgerschaftliches Engagement setzt oftmals dann an, wenn man fragt, wie auf offensichtliche Notlagen mit neuen Ideen und auf neuen Wegen reagiert werden kann. So können feststellbare Notstände praktisch und effektiv bekämpft werden. *Dunant* war Praktiker, suchte das Machbare. Veränderungsunwillen, Abwehrhaltung, Hinhaltetaktik, Profilierungsversuche oder Egoismus waren für ihn keine Mittel, um die Zukunft zu gestalten. Aus solch einem Gedankengut kann nichts Fruchtbare entstehen, lenkt es doch den Blick zu sehr auf sich selbst und nicht auf die Erfordernisse Not leidender Mitmenschen.

Ein weiteres Merkmal zivil-bürgerschaftlichen Engagements ist es, dass sich durch das beispielgebende Vorbild Einzelner wei-

tere Menschen motivieren lassen, sich für ein gemeinsames Ziel einzusetzen. Fast alle Nicht-Regierungs-Organisationen sind so entstanden. Aus einer Idee wird ein Ideal. Die Gesellschaft menschlicher zu gestalten, ist ihr gemeinsames Anliegen. Dabei wissen diese Freiwilligen, dass dabei ein langer Atem notwendig ist, weil die Aufgabe Veränderung erfordert. Diese wird nicht immer von staatlicher Seite begrüßt, ja zunächst oft mit großer Skepsis betrachtet. Diese Form couragierter und aktiver Einmischung ist es aber, welche Veränderungsprozesse einleiten kann.

Nach der akuten Phase in Solferino folgte für *Dunant* eine Verarbeitungsstrategie des Erlebten. Er formulierte diese in dem Buch „Eine Erinnerung an Solferino“, das er 1862 im Selbstverlag veröffentlichte. *Dunant* wörtlich: „Lange zögerte ich, bevor ich mich dazu entschloss, einen kurzen Bericht über die Szenen der Verzweiflung zu erstatten, deren Augenzeuge zu sein mein trauriges Privileg war.“ Das Buch diente dem 33-jährigen Genfer Kaufmann zunächst der eigenen inneren Entlastung, zur Aufarbeitung dessen, was er erlebt hatte. Traumabewältigung würde man dies heute nennen. Durch diese Beschreibung zeigte er das Ausmaß der Katastrophe. Er führte dabei keine Ursachendebatte über den Anlass des Konfliktes, stellte nicht die Schuldfrage. Ihm war es wichtig, für die Zukunft Vorsorge zu treffen, weil die Erfahrung lehrte, dass es im Kleinen wie im Großen immer wieder zu Katastrophen kommt. Ihm war dabei klar, dass er Kriege als Einzelner nicht würde verhindern können. Er suchte aber nach einer pragmatischen Lösung, wie das durch Kriege verursachte Leid bewältigt werden könnte. Eine paradoxe Situation bis heute: Auch wenn der Wunsch ohne Gewalt und Krieg leben zu können von zahlreichen Menschen getragen wird, muss man realistischer Weise davon ausgehen, dass ein solcher immer wieder ausbricht. Der von *Dunant* entwickelte Gedanke einer Organisation, die völkerrechtlich anerkannt, neutral und unparteilich helfen kann, besticht, weil diese Organisation so den Zugang zu den Menschen ermöglicht, die der Hilfe bedürfen. Die opferbezogene Argumentation, die Nichtdiskriminierung in eine Täter- oder Opferposition, dient hierbei bis heute als Grundlage dafür, national wie international helfen zu können. Eine Ursachendebatte von Gewalt und Krieg kann politisch erfolgen, dies ist aber nicht der Grundsatz einer neutralen, opferbezogenen Argumentation.

5. Humanitäres Völkerrecht: 60 Jahre Genfer Konvention

1863, ein Jahr nach Erscheinen der „Erinnerungen an Solferino“, findet sich das Ko-

mittee der Fünf, aus dem das IKRK hervorgeht. 1864 gelingt es, die Erste Genfer Konvention zu verabschieden. Sie trägt den Titel: „Konvention zur Verbesserung des Loses der Verwundeten im Felde“ und wird von zwölf Staaten unterschrieben, darunter das Königreich Württemberg.

Die Rechtsentwicklung der Genfer Konventionen folgte zeitlich versetzt den Katastrophen des 20. Jahrhunderts. 1949 erfolgte am 12. August die Verabschiedung der bis heute gültigen Vier Genfer Konventionen. Wichtig ist dabei, dass die Bestimmungen als „unter allen Umständen“ einzuhaltend, formuliert wurden. Auch die Unterscheidung zwischen Kombattanten und der Zivilbevölkerung gilt bis heute. Ohne diesen erfolgreichsten Vertrag – erfolgreich deshalb, weil alle Staaten ihn ratifiziert haben – wäre die Entwicklung des humanitären Völkerrechts bis heute wohl nicht so weit. Alle Staaten dieser Erde haben sich darüber hinaus verpflichtet, die Aufklärung über die Regeln des humanitären Völkerrechts möglichst allen Teilen der Bevölkerung zugänglich zu machen. Es ist im Wesentlichen das Rote Kreuz, welches diese Aufklärungsarbeit leistet. Deshalb steht diese Aufgabe auch an erster Stelle in der Satzung einer jeden Rotkreuz-Gemeinschaft.

Wie bereits erwähnt, *Dunant* und heute das Rote Kreuz waren und sind realistisch genug, sich nicht der Illusion hinzugeben, Kriege verhindern zu können. Damals wie heute wird aber versucht, in friedens- und in konfliktreichen Zeiten, die Folgen kriegerischer Konflikte zu mildern. Das geschieht im Übrigen meist im Stillen, trotzdem muss das Rote Kreuz im Namen der Opfer klar Position beziehen. Allerdings verpflichtet die Neutralität die Institution Rotes Kreuz dazu, über das, was sie aus unmittelbarer Inaugenscheinnahme erfährt, nicht öffentlich zu debattieren. Neutralität heißt aber nicht Passivität – vielmehr ist sie der Rechtsstatus, den die Angehörigen von anerkannten Hilfsorganisationen benötigen, um ihr Ziel – den Schutz der Zivilbevölkerung auch in der Zukunft, unabhängig von irgendeiner Weltanschauung, einem politischen Programm oder der Absicht finanziellen Gewinn zu erzielen – zu verwirklichen. Neutralität ist das juristische Mittel, die Voraussetzung dafür, dass man prinzipiell an jeden Ort dieser Welt gelangen kann. Die Berichte des IKRK zu den Gefangenen in Guantanamo sind nicht durch das Rote Kreuz veröffentlicht worden. Die Position des Roten Kreuzes zu den Verhörmethoden in Guantanamo war aber eindeutig. Der Tatbestand der Inhumanität war mehr als erfüllt. Dies wurde angemahnt und hat dazu geführt, dass eine solche Behandlung von Kriegsgefangenen – als sol-

che sind die Gefangenen nach wie vor zu betrachten – von der neuen amerikanischen Administration unterbunden wurde. Deutlich wird dabei erneut, dass man einen langen Atem braucht, bis sich die Positionen des Roten Kreuzes durchsetzen.

Im Blickpunkt steht heute die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts, zu der sich die Staaten prinzipiell verpflichtet haben. Seit 2004 ist in Den Haag der Internationale Strafgerichtshof tätig, um Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu sanktionieren. Das Rote Kreuz begrüßt die Einrichtung dieses Gerichtes und verknüpft damit die Hoffnung, dass in der Folge eine präventive Wirkung von den Urteilen des Strafgerichtshofes ausgehen wird, so dass auch im Krieg kein Mensch an Mindeststandart menschlichen Verhaltens vorbeikommt. Neben dem vertraglichen Recht der Genfer Konventionen gibt es aber auch gewohnheitsrechtliche Konventionen zum Kriegsvölkerrecht. Dies ist uns hier nicht immer bewusst, spielt aber in den englisch sprechenden Ländern eine nicht unerhebliche Rolle. Das IKRK hat nun 161 Regeln identifiziert, die aus dem Gewohnheitsrecht abgeleitet werden können. Gerade wird die Sammlung der gewohnheitsrechtlichen Be-

stimmungen vom Roten Kreuz ins Deutsche übersetzt. Damit wird klar, dem Opferschutz gilt das höchste Interesse des Roten Kreuzes. Auch viele befreundete Organisationen bauen darauf auf.

6. Ausblick

Eine Fülle von sinnstiftenden Aufgaben zivil-bürgerschaftlichen Engagements gibt es, um den Auftrag *Dunants* unangetastet und zeitlos umzusetzen. Das Beispiel *Dunant* lehrt, dass es heute und in Zukunft immer wieder von Neuem großer Anstrengungen bedarf, Menschen für die zeitlosen Ideale zu begeistern, um so eine bessere Welt zu entwickeln. Die Gesellschaft braucht das Engagement seiner freiwilligen Mitglieder, gleich an welcher Stelle und in welcher Funktion sie wirken. Dies ist im Sinne von *Dunant*, der im Engagement der zivilen Gesellschaft eine Chance sah, friedfertig die Zukunft zu gestalten, auch wenn diese immer wieder bedroht wird.

Die Stärken des Roten Kreuzes sind seine lokal tätigen Ehrenamtlichen. Sie verwirklichen jeden Tag *Dunants* Ideen. Bei großen Schadensereignissen kann aus dem gleichen Menschenbild heraus die Zusam-

menarbeit der Ebenen lokal, regional, national und international erfolgen. Das kommt den Menschen unmittelbar zugute. *Dunants* Werk und seine Institution sind somit aktueller denn je. So gesehen ist die Idee *Dunants* 150 Jahre nach seinen Erfahrungen auf dem Schlachtfeld von Solferino auch Vorbild für die Zukunft. Wir müssen sie nur immer wieder neu in die Gegenwartssprache übersetzen und neue Antworten finden. Der Kern seiner Botschaft bleibt zeitlos. Das gilt insbesondere für das humanitäre Völkerrecht.

Wir sollten im Sinne *Dunants* auch in Zukunft seine Ideale immer wieder in die Öffentlichkeit tragen. Einer Vereinigung wie dem Roten Kreuz anzugehören, darf jeden, gleich an welcher Stelle und in welcher Funktion er im Verein arbeitet, gerade an einem Tag wie heute, stolz auf den Inhalt seiner Arbeit machen. Es ist eine persönliche Herausforderung tagtäglich die Ideale umzusetzen, die der Gründer des Roten Kreuzes uns mitgegeben hat. Lassen Sie uns deshalb gemeinsam sein Erbe immer wieder neu an die Zeiterfordernisse anpassen. So bleiben *Dunants* Ideen jung und überzeugend. ■

Die Erste World Conference on Humanitarian Studies zur Aufarbeitung von Forschungsdefiziten in der humanitären Forschung, 4.–7. Februar 2009, Groningen, Niederlande

First World Conference on Humanitarian Studies, Addressing Gaps in Humanitarian Crises Research, 4–7 February 2009, Groningen, Netherlands

Sylvia Stoll*

Anfang dieses Jahres organisierte das Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum in Zusammenarbeit mit den niederländischen Universitäten Groningen und Wageningen die erste World Conference on Humanitarian Studies (WCHS). Vom 4. bis zum 7. Februar 2009 nahmen rund 500 Akademiker, Gesetzesakteure und Praktiker von humanitären Agenturen aus der ganzen Welt an Diskussionen teil, die zu neuen Erkenntnissen im Bereich der humanitären Krisen und der humanitären Aktion führten.

Insbesondere erörterten die Konferenzteilnehmer die dringende Notwendigkeit für eine „unabhängige, gründliche Forschung bezüglich der Gegebenheiten von humanitären Krisen, einschließlich Politik, Ge-

setzung, Management, Implementierung und Evaluierung, sowie der Perspektiven der Begünstigten und anderer lokaler Interessenvertreter“¹. Die Mitwirkenden dieses Dialoges kamen aus zahlreichen Bereichen, wie zum Beispiel der Internationalen Beziehungen, des Internationalen Rechts, der Anthropologie und der Konfliktstudien. Gezielte und angewandte Forschungsfragen wurden von einer großen Anzahl von Arbeitsgruppen besprochen; gemeinsame Themen wurden in den Plenarveranstaltungen diskutiert.

In der Eröffnungsveranstaltung schilderte *Thea Hilhorst* – ein Mitglied des Organisationskomitees – die Mängel der akademischen Forschung im humanitären Bereich. Im Einzelnen sprach sie die disziplinäre Fragmentierung und die kurzen For-

schungszeiten im Feld an. Außerdem nannte *Hilhorst* den sichtbaren Mangel an Mitspracherecht der Einheimischen in der

* *Sylvia Stoll* ist Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum, wo sie den NOHA Masterstudiengang in Humanitärer Hilfe betreut. Sie hat einen B.A. in Anthropologie und einen M.Sc. in Humanitärer Hilfe.

Sylvia Stoll is the NOHA link/coordinator for the Master's Programme in Humanitarian Action at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict, Ruhr-University Bochum. She has a B.A. in Anthropology and a M.Sc. in Humanitarian Action.

¹ Unter: <http://www.humanitarianstudies2009.org>. (am 2. September 2009), (übersetzt aus dem Englischen).

Forschung über humanitäre Hilfe. In ähnlicher Weise hob *Mary B. Andersen* den Stellenwert des Anhörens von Begünstigten hervor. Sie betonte auch die untergeordnete Position der Begünstigten im Vergleich zu internationalen und nationalen Nichtregierungsorganisationen.

Alex de Waal wies auf zwei Dilemmata des humanitären Feldes hin: Zum einen handele es sich um die Nachlässigkeit auf der gesamten Spannungsbreite Gutes zu tun; gemeint ist, dass nicht alle Regionen von den humanitären Kräften erreicht werden. Zum anderen gehe es um die Unausweichlichkeit von Krieg. Namentlich erwähnte *de Waal*, dass Orte wie Burma, Nordkorea und Somalia nicht von der humanitären Hilfe erreicht werden. Die Unzulänglichkeiten im Erreichen dieser Orte seien problematisch für eine humanitäre Hilfe, die versucht eine globale Initiative zu sein. Auch *Randolph Kent* sprach den globalen Charakter der humanitären Hilfe an. Er legte dar, dass humanitäre Krisen ein Spiegelbild der Art und Weise seien, wie wir unser Leben führen und unsere Ressourcen verteilen.

Schließlich sprach *Peter Walker* die Problematik von Standards an. Bei der Gestaltung einer Organisation würden Standards festgelegt werden, um den Verlust von Kontrolle zu vermeiden. Der Nachteil von Standards sei, dass die Organisationen dadurch weniger flexibel in ihrer Programmgestaltung werden. Das Ergebnis sei, dass Organisationen heutzutage weniger gut an den Kontext angepasste Programme entwerfen können als noch vor 10 Jahren. *Walker* führte auch an, dass die Dauer von Notsituationen sich verlängert habe, was zu verschleppten Krisensituationen führte. In solchen Fällen wäre es nicht ratsam, Notfallhilfe mit den dazugehörigen Standards zu leisten; stattdessen solle detailliertes Hintergrundwissen berücksichtigt werden. Die bestehenden Forschungsdefizite, das Anliegen der Begünstigten, der globale Charakter der humanitären Hilfe und die Verknüpfung zwischen humanitärer Soforthilfe und Entwicklungshilfe waren einige der Themen, die wiederholt in den Diskussionen der Konferenz auftraten. Die Themen der Gruppenveranstaltungen gingen mehr ins Detail und reichten von entwicklungsorientierten Fragestellungen der humanitären Hilfe bis zu Themen der traditionellen Nothilfe. Einige Beispiele der diskutierten Themen sind: armutsbezogene Krankheiten, die Millenniumsziele, partizipative Arbeitsmethoden, kirchlich gesteuerte humanitäre Hilfe, der Cluster Approach, humanitäres Recht, vergessene Krisen und das Recht auf Schutz. Übergreifende Themen, die zwischen Entwicklungsarbeit, Nothilfe und Friedensbildung liegen, fanden sich eben-

falls unter den besprochenen Themen, wie zum Beispiel frühzeitige Regenerierung des Gesundheitswesens und die Auswirkungen von bewaffneten Auseinandersetzungen und Katastrophen. Außerdem diskutierten einige Panels landesspezifische Krisen, wie die der Demokratischen Republik Kongo und der Demokratischen Bundesrepublik Nepal.

Die Diskussionen in den 68 ausgewählten Veranstaltungen der WCHS stellten eine große Menge an neuen Informationen, Wissen und Einsichten bereit und trugen zu den Hauptzielen der Konferenz bei, nämlich:

- einen Begegnungsort für die akademische Gemeinschaft und Fachkräfte zu schaffen, die sich mit der eingehenden Untersuchung von humanitären Fragen beschäftigen;
- eine Bestandsaufnahme über die aktuellen Theorien, Debatten und Fragen der humanitären Studien zu machen;
- die Praxis zu reflektieren und die Verbesserungsmöglichkeiten der humanitären Praxis zu identifizieren und
- Wissenschaftler und Praktiker aus dem Süden stärker in humanitäre Politik, Antworten, Debatten und Studien zu involvieren.

In Anbetracht der Zahl der Konferenzteilnehmer und der Diskussionsmöglichkeiten während der Veranstaltungen kann gesagt werden, dass der gewünschte Begegnungsort geschaffen wurde. Zusätzlich zu dem offiziellen Konferenzprogramm boten viele Nebenveranstaltungen den Teilnehmern Möglichkeiten sich zu treffen und zu diskutieren. Eine dieser Veranstaltungen war „PSO: Launch Publication Partnership in crisis“². Dies ist ein von Fachleuten begutachteter Bericht, der fünf niederländische Nichtregierungsorganisationen umfasst, wobei es um Partnerschaft in krisenbezogenen Interventionen geht, die aus Konflikten und Naturkatastrophen resultieren. Eine weitere Nebenveranstaltung war das Treffen der Marie Curie Stipendiaten des Humanitarian Crisis in Conflict Programme (HUMCRICON), auf dem diese die Methodologie ihrer Forschung besprachen. Außerdem hielten auch das Direktorium des Network on Humanitarian Action (NOHA) und die NOHA Alumni Association Sitzungen ab.

Das letzte Ziel der WCHS, welches beabsichtigte, Wissenschaftler und Praktiker aus den südlichen Teilen der Welt in die Diskussion einzubeziehen, wurde zum Teil realisiert. Eine größere Anzahl von Teilnehmern aus diesen Weltregionen hätte die Konferenz mit weiteren Erfahrungen und Sichtweisen bereichert. Ebenso wäre eine größere Beteiligung von Seiten der Regierungs- und zwischenstaatlichen Organisationen nützlich gewesen. Nichtsdestoweniger war diese Konferenz im Hinblick des-

sen, dass sie die erste ihrer Art war, ein bemerkenswertes Ereignis.

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Konferenz drei zentrale Erfolge vorweisen kann. Erstens wurde ein Begegnungsort für all diejenigen geschaffen, die sich mit humanitären Fragen beschäftigen. Zweitens wurde die International Humanitarian Studies Association (IHSA) ins Leben gerufen, welche die Zusammenarbeit von Akademikern, Experten vor Ort und Fachleuten der Gesetzgebung voranbringen möchte. Drittens wurde Gründungsarbeit für zukünftige Konferenzen geleistet, die gewährleistet wird, dass die WCHS kein einmaliges Ereignis war. 2011 wird die zweite WCHS in Boston (USA) stattfinden, die in Zusammenarbeit der Universitäten Tufts, Harvard und Columbia organisiert werden wird.

Early this year, the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict of Ruhr-University Bochum organized, in cooperation with the Dutch Universities of Groningen and Wageningen, the first World Conference on Humanitarian Studies (WCHS). From 4-7 February 2009, some 500 academics, policy actors and practitioners from implementing agencies from all over the world participated in discussing and discovering new insights on humanitarian crises and humanitarian action.

In particular, the conference participants explored the pressing need for “independent, in-depth research into the realities of humanitarian crises, including politics, policy, management, implementation, and evaluation, as well as of the perspectives of beneficiaries and other local stakeholders.”³ The contributors of this dialogue came together from disciplines such as international relations, international law, development studies, anthropology, and conflict studies. Specific research gaps and applied questions were discussed in a large number of working-groups; common themes were discussed in the plenary sessions.

In the opening session Thea Hilhorst – a member of the organizing committee – portrayed the short-comings of academic research in the humanitarian field. In particular she referred to the disciplinary fragmentation and the short amount of time spent

² Unter: <http://www.humanitarianstudies2009.org>. (am 2. September 2009).

³ At <http://www.humanitarianstudies2009.org>. (accessed 2 September 2009).

on field research. Hilhorst also addressed the apparent lack of voice of local people in humanitarian assistance research. Along the same lines, Mary B. Andersen emphasized the importance of listening to the beneficiaries. She too stressed the subordinated position of beneficiaries *vis-à-vis* INGOs and NGOs.

Alex de Waal pointed out two dilemmas in the humanitarian field: one is the failing to do good at the margin, meaning places that are not easily reached by humanitarians; the other is accepting the inevitability of war. More specifically he said that humanitarian assistance does not reach places like Burma, North Korea, and Somalia. Failing to reach these places is problematic for a humanitarianism that claims to be a global initiative. Randolph Kent also addressed the global character of humanitarian assistance. He stated that humanitarian crises are a reflection of the way we live our lives and how we allocate our resources.

Last but not least, Peter Walker addressed the complexity of standards. When creating an organization, standards are put in place in order to avoid losing control. The downside of standards is that organizations become less flexible in programming. The result is that organizations today are not able to program to the context as well as they were 10 years ago. Walker also mentioned that the length of emergencies has increased, leading to protracted crisis situations. In such cases it is not recommendable to continue doing emergency programming with its respective standards; instead, detailed contextual information should be taken into consideration.

The existing research gaps, the concern for the beneficiaries, the global character of humanitarian assistance and the relationship between humanitarian relief and development were some themes that recurred in a number of debates during the conference. The topics of the panels went into more detail and ranged from development-

oriented issues in humanitarian action to more traditional emergency relief related subjects. Some examples of the discussed subjects are: poverty-related diseases, the Millennium Development Goals (MDGs), participatory approaches, faith-based humanitarian assistance, the cluster approach, humanitarian law, neglected disasters, and the right to protection. Overlapping areas, in between development, humanitarian relief and peace-building were also found among the covered topics; for example, early recovery in the health sector, and the aftermath of armed conflict and disasters. Finally, several panels discussed specific countries in crisis, such as the Democratic Republic of the Congo and the Federal Democratic Republic of Nepal.

The discussions in the 68 assorted panels at the WCHS provided a large amount of new information, knowledge and insights, and contributed to the main goals of the conference, namely:

- to provide a meeting ground for academic communities and practitioners concerned with in-depth research on humanitarian issues;
- to take stock of the current theory, debates, and issues of humanitarian studies;
- to reflect on current practice and identify opportunities for improving humanitarian practice; and
- to involve Southern scholars and practitioners more strongly into humanitarian politics, responses, debates, and studies.

Considering the number of conference participants and the opportunities to debate in plenary sessions and panels, one can say that the desired meeting ground was established. In addition to the main conference program, many side events created additional opportunities for humanitarians to meet and discuss. One of these events was the “PSO: Launch Publication Partnership in crisis”⁴, which is a peer-reviewed report

involving five Dutch NGOs on “partnership in crisis-related interventions resulting from conflict and natural disaster.” Another side event was the meeting of the Marie Curie fellows from the Humanitarian Crisis in Conflict Programme (HUMCRICON), who discussed methodological issues of their research. In addition, the Network on Humanitarian Assistance (NOHA) board and the NOHA Alumni Association held meetings.

The last objective of the WCHS, which aims to include Southern scholars and practitioners, was partly realized. More Southern representatives would have enriched the conference with additional experiences and points of view. Similarly, more involvement from the side of governmental and inter-governmental organizations would have been beneficial. However, considering that this was the first conference of its kind, the achieved accomplishments were remarkable.

Summing up, three major successes were attained at the conference. The first success is the already mentioned establishment of the meeting ground for all those involved in humanitarian studies and humanitarian action. The second point is the launch of the International Humanitarian Studies Association (IHSA), which will advance the cooperation between academics, field-workers and policy-makers. The third success is the preparatory framework for future conferences, which will ensure that the WCHS was not a one time event. In 2011, the second WCHS will take place, which will be jointly organized by Tufts, Harvard and Columbia Universities in Boston, USA. ■

⁴ At <http://www.humanitarianstudies2009.org>. (accessed 2 September 2009).

Verbreitung der Genfer Konventionen Tagung für Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte der DRK-Landesverbände Nordrhein und Westfalen-Lippe sowie des Institutes für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum 16.–17. April 2009, DRK Landesschule, Münster

Katharina Hofer*

Am 16. und 17. April dieses Jahres luden die DRK-Landesverbände Nordrhein und Westfalen-Lippe sowie das IFHV Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte nach Münster ein, um zwei Tage lang Einblicke in das humanitäre Völkerrecht (HVR) und die Arbeit des Roten Kreuzes zu vermitteln. Die DRK-Landesschule in Münster stellte sich als hervorragender Veranstaltungsort hierfür heraus, nicht nur, weil Münster eine der Städte des Westfälischen Friedens ist, sondern auch, weil die DRK-Landesschule über geeignete Seminarräume sowie Unterbringungsmöglichkeiten verfügt. Die DRK-Landesschule bewies große Gastfreundschaft und verzichtete auf die ansonsten für Referendartagungen üblichen 50 € Teilnahmegebühr bei voller Verpflegung und Unterbringung in Einzelzimmern mit Duschen. Leider konnten die Offiziere der Streitkräfte an der Tagung nicht teilnehmen, da sie sich auf einen Auslandseinsatz vorbereiten mussten.

Dr. *Sascha Rolf Lüder*, Landeskonzessionsbeauftragter des DRK-Landesverbandes Westfalen-Lippe mit Sitz in Münster, übernahm die herzliche Begrüßung und die Vorstellung der vortragenden Wissenschaftler. Dabei hob er hervor, dass die teilnehmenden Referendare alle mit unterschiedlichen Wissensständen über das HVR angereist waren.

Um 10:30 Uhr begann *Simone Kumor*, Doktorandin am IFHV, mit ihrem zweiteiligen Vortrag „Einführungen in das humanitäre Völkerrecht im Lichte aktueller Herausforderungen“.

Dabei stellte sie die Aufgaben und Ziele des HVR dar und gab einen kurzen Überblick über seine Entstehungsgeschichte. Die Worte *Jean-Jacques Rousseaus* (1762), der schon 100 Jahre vor *Henry Dunants* „Eine Erinnerung an Solferino“ (1862) feststellte, dass sich im Krieg ausschließlich Staaten feindlich gegenüberstehen und nicht einzelne Menschen, sei immer noch tragender Leitsatz des HVR. Die heute gültigen Genfer Abkommen sowie die Zusatzprotokolle wurden von *Simone Kumor* beleuchtet. Dabei wurde anhand

praktischer Fallbeispiele aufgezeigt, wie schwierig im Einzelfall die Abgrenzung zwischen Kombattanten und Zivilisten sei. Durch das aktive Einbeziehen der Zuhörer entwickelte sich an einigen Punkten eine lebhaft Diskussions, die durch sehr unterschiedliche Ansichten genährt wurde.

Nach dem Mittagessen berichtete *Linda Zaiane*, Rechtsreferendarin am IFHV, über das völkerrechtliche Umfeld des Russland-Georgien-Konflikts, der den meisten Zuhörern aus der Medienberichterstattung des letzten Jahres in groben Zügen geläufig war. Die unterschiedlichen Standpunkte der Regierungen in Tiflis und Moskau bezüglich der Unabhängigkeitsbemühungen Südossetiens und Abchasiens wurden einleuchtend dargestellt. Im Rahmen dieses Vortrags wurden die Definitionen der UN-Charta zu „Selbstverteidigung“ und „Aggression“ angesprochen und diskutiert.

Dr. *Math Noortmann*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Forschungskoordinator des IFHV, hielt seinen folgenden Vortrag auf Englisch, was einigen der Teilnehmer das Zuhören etwas erschwerte, aber den internationalen Charakter der besprochenen Themen verdeutlichte. Er beschrieb die Zusammenhänge der nichtstaatlichen Akteure und des HVR. Dabei erklärte er seine Arbeitsweise als Wissenschaftler, die sich von den praktisch involvierten Menschen durch die Eigenschaft abgrenze, dass Wissenschaftler aus einem „Elfenbeinturm“ heraus eine distanziertere Sichtweise vertreten können, die im Praktischen leider nicht immer so anwendbar sei, wie es wünschenswert wäre. Im Rahmen dessen erklärte er uns die völkerrechtliche und politische Position der nichtstaatlichen Akteure, die auf vielfältige Weise an den bewaffneten Konflikten beteiligt sein können. Dabei kam er natürlich auf das Rote Kreuz und andere nichtstaatliche Organisationen zu sprechen; auch „Blackwater“ und weitere bewaffnete Gruppen blieben nicht unerwähnt.

Nach einer Kaffeepause sprach *Silke Hattendorff*, LL.M., Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Ruhr-Universität Bochum über

„Transitional Justice: Wahrheits- und Versöhnungskommissionen als Alternativen zur Strafjustiz“.

Grundsätzlich könne „Transitional Justice“ eine gute Idee sein Konflikte zu lösen und Vergangenheiten zu bewältigen. Ein entscheidender Vorteil dieser Wahrheits- und Versöhnungskommissionen sei, dass sie als Alternativen zur Strafjustiz nicht verurteilen, sondern beiden Seiten eine Chance einräumen ihre Geschichte zu erzählen. Ähnlich einem Vergleich würden gemeinsam Wege gesucht einen Konflikt aus der Welt zu schaffen und meistens auch gefunden. Es gebe aber Länder, in welchen die Möglichkeiten von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen stark eingeschränkt seien. Eine der Hauptideen der traditionellen Strafjustiz sei der Gedanke von Prävention und Abschreckung. Teilweise werde behauptet, die Wahrheits- und Versöhnungskommissionen könnten diese nicht gewährleisten, weil sie darauf von vornherein nicht ausgerichtet seien. Die Kommissionen würden in einigen Ländern dann insofern nicht akzeptiert, als eine Zivilbevölkerung, die zum Beispiel schwer unter Bürgerkriegen gelitten habe, eine Strafe im eigentlichen Sinne für die Aggressoren fordere und diesem Begehren im Rahmen von „Transitional Justice“ nicht Genüge getan sehe.

Der letzte Vortrag an diesem Tage wurde von *Ulrich Cronenberg*, Acting Director, Red Cross/EU Office, Brüssel, gehalten.

Er beschrieb, dass Nationale Rotkreuz-Gesellschaften im Rahmen des EU-Gemeinschaftsverfahrens im Rahmen des EU-Katastrophenschutzes ggf. im Namen der EU eingesetzt werden könnten, und zeigte die daraus resultierenden Probleme auf. Eines der Hauptprobleme dabei sei, dass insbesondere in einem Einsatzgebiet, in dem gleichzeitig zu einer Naturkatastrophe bewaffnete Auseinandersetzungen stattfinden, das Rote Kreuz von den an den Aus-

* *Katharina Hofer* ist Rechtsreferendarin in Bielefeld.

einandersetzungen Beteiligten möglicherweise nicht mehr als neutral wahrgenommen werde, wenn das Rote Kreuz im Namen der EU agiert und damit den Anschein einer Regierungsorganisation erweckt, im Einzelfall sogar Seite an Seite mit militärischen Einheiten. Im Rahmen dessen wurde erörtert, ob die steigende Anzahl von Entführungen von Rot-Kreuz-Mitarbeitern eventuell darauf zurück zu führen sei. Leider wurde dieser Vortrag aufgrund der fortgeschrittenen Zeit sehr früh unterbrochen.

Am Freitag den 17. April begann direkt nach dem Frühstück der Moot Court. Der dargestellte Fall bestand aus einer interessanten und herausfordernden Mischung aktueller völkerrechtlicher Probleme und spielte in der Vorverfahrenskammer des Internationalen Strafgerichtshofs.

Helmut Volger, Geschichte der Vereinten Nationen, 2. Auflage, München / Wien 2008, 511 Seiten, € 34.80

Martina Haedrich*

Helmut Volger, Politikwissenschaftler und Leiter des Forschungskreises Vereinte Nationen hat sich ganz den Vereinten Nationen verschrieben. „Die Wiederentdeckung der Vereinten Nationen“, „Grundlagen und Strukturen der Vereinten Nationen“ und „Lexikon der Vereinten Nationen“ sind Werke, die man sofort mit seinem Namen als Autor, Mitautor oder Herausgeber in Verbindung bringt. Die „Geschichte der Vereinten Nationen“ ist 1995 das erste Mal erschienen. Diese Auflage endete 1995, die zweite Auflage ist erweitert worden und schließt mit dem Jahr 2006 ab. Der Leser wird mit dieser Lektüre in die Lage versetzt, die Rolle der Vereinten Nationen in der internationalen Arena zu verstehen oder besser nachvollziehen zu können. Er wird sich davon überzeugen können, dass sie für die Förderung von Frieden, Menschenrechten, Entwicklung und Umwelt unverzichtbar ist, dass sie aber gleichwohl den Willen der Staaten nicht ersetzen und keine supranationale Weltregierung sein kann.

Das Buch umfasst acht Kapitel, das erste zur Gründungsphase, die anderen in Zeitabschnitte bis zum Jahre 2006 gegliedert, und einen umfangreichen Anhang. Jedes Kapitel enthält herausgehobene weltpolitische Ereignisse, mit denen sich die Gremien der Vereinten Nationen beschäftigen,

Die Teilnehmer waren in drei Gruppen aufgeteilt – Richter, Ankläger und Verteidiger – und arbeiteten zwei Stunden mit dem ausgeteilten Material. In der Verhandlung stellten alle drei Gruppen ihre Sichtweise des Falles dar. Nach harten Verhandlungen fällten die Richter ihr Urteil zu Gunsten der Anklage.

Vor allem auch in Anbetracht dessen, dass sämtliche Teilnehmer unterschiedliche Wissensstände bezüglich des HVR hatten, war die Veranstaltung für alle ein voller Erfolg. Die Stimmung war großartig und jeder konnte für sich neue Erkenntnisse gewinnen. Die Vorträge wurden durchweg spannend und engagiert vorgetragen. Sämtliche Teilnehmer freuten sich schon bei der Abfahrt auf ein mögliches Wiedersehen in Münster in der DRK-Landesschule. ■

wichtige Sitzungen und große thematische Konferenzen.

Einführend werden die Anfänge der Konfliktschlichtung und Friedenssicherung an Beispielen wie dem Iran-Konflikt und dem Palästina-Konflikt mit Lösungen – oder eben erfolglosem Bemühen, mindestens aber „geduldiger Vermittlungsarbeit“ – aufgezeigt. Auf den wie in einem Prisma gebündelten Ost-West-Konflikt und auf das Blockdenken in den Vereinten Nationen wird im Rahmen des Abschnitts zur Konfliktbearbeitung gesondert eingegangen. Es wird belegt, dass kollektive Friedenssicherung nur mit dem Vetorecht der ständigen Sicherheitsratsmitglieder, nicht aber gegen sie möglich ist. In der Zeit des Kalten Krieges führte dies dazu, dass nicht nur die Vetomächte selbst, sondern auch deren Verbündete gegen Sanktionierungen durch den Sicherheitsrat gefeit waren.

Den Zeitabschnitt 1955 bis 1963 in Kapitel zwei betrachtet der Autor als Bewährungsprobe innerhalb dessen die Vereinten Nationen Selbstvertrauen gewonnen haben und daraus gestärkt hervorgegangen sind. Es ist auch eine Periode, in der sich durch die Aufnahme zahlreicher Entwicklungsländer die Kräftekonstellation in der Generalversammlung geändert hat und die Abstimmungen in entsprechender Weise geprägt wurden.

Die Schaffung von (nicht direkt in der Charta angelegten) Friedenstruppen, die erstmals im Suez-Konflikt und im Kongo eingesetzt wurden, sieht der Autor zu Recht als epochale Errungenschaft der Vereinten Nationen an.

Die beiden nächsten Kapitel zur Universalität und zum Nord-Süd-Konflikt sowie dessen Dominanz in den Vereinten Nationen behandeln die Herausbildung einer internationalen Wirtschaftsordnung nach den Strukturen von IWF und Weltbank bis hin zur Entwicklung einer neuen, d.h. auch die Interessen der Entwicklungsländer reflektierenden, internationalen Wirtschaftsordnung. Es wird gezeigt, dass sich in der Arbeit der Vereinten Nationen der unverzichtbare Multilateralismus beginnt auszuprägen, auf der anderen Seite aber die Großmächte auf unilateraler Außenpolitik verharren.

Kapitel sechs, das durch die Zeit von 1987 bis 1995 führt, ist hoffnungsvoll mit „Neue Chancen für die Weltorganisation“ überschrieben. In der Tat stimmten die schon Ende der achtziger Jahre, also noch vor der „Wende“ entwickelten Reformvorschläge *Gorbatschows*, die insbesondere auf die Stärkung der Friedenstruppen und Erhöhung der Kontinuität der Arbeit des Sicherheitsrats gerichtet waren, optimistisch. Die (vorsichtige) Annäherung der Vereinigten Staaten an die Vereinten Nationen wird, insbesondere im Hinblick auf die Beendigung des Iran-Irak-Krieges und das Afghanistanabkommen positiv bewertet. Aber auch zahlreiche Krisen und Konflikte wie in Angola, Westsahara und Nicaragua mit äußerst unbefriedigendem Ende werden behandelt. Die zum großen Teil gescheiterten Bemühungen um Konfliktlösung in Somalia und Ruanda waren ebenfalls keine Erfolgsgeschichte der Vereinten Nationen. Mit dem Abzug der US-Truppen aus Somalia wurden die UN-Friedenstruppen derart geschwächt, dass dies zu einer Beschränkung ihres Mandats zur Gewährleistung humanitärer Hilfe und des Aufbaus von politischen Institutionen auf regionaler und nationaler Ebene führte. Außerdem hatten die UN-Truppen nicht den erforderlichen Rückhalt in der Bevölkerung. Schließlich bestand das stets latente Risiko, dass die UN-Truppen in den Bürgerkrieg hineingezogen würden. Schwere Versäumnisse, so schätzt der Autor ein, musste sich die UNO auch in Ruanda vorwerfen lassen, so dass

* *Martina Haedrich* ist Professorin für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

der Völkermord voranschritt, ohne dass die Vereinten Nationen wirklich etwas entgegenzusetzen hatten. Es wird aber auch gesagt, dass unter den gesamten Umständen und dem reduzierten Mandat der UN-Missionen diese geradezu zu einem Scheitern verurteilt waren.

Dagegen konnten die Konferenzen über Umwelt und Entwicklung 1992 in Rio de Janeiro und die Menschenrechtskonferenz 1993 in Wien als weitere in diese Zeit fallende Erfolge genannt werden. Umweltschutz war bis Anfang der neunziger Jahre weltweit stärker in das öffentliche Bewusstsein gedrungen. Dieser Umstand und das Bestreben, dass das bisher an wirtschaftlichem Wachstum ausgerichtete Wirtschaftsmodell zu einem Modell avancieren soll, das dauerhafte Entwicklung, Schutz der Umwelt und rationale Bewirtschaftung der natürlichen Ressourcen in sich vereinigt, hatten zur Folge, dass solche bedeutsamen Dokumente wie die Agenda 21 und die Konventionen zum Schutz der Umwelt verabschiedet werden konnten. Auch der Menschenrechtsschutz der Vereinten Nationen, so weist der Autor nach, wurde Anfang der neunziger Jahre verstärkt wahrgenommen, so dass die 1993 abgehaltene Weltmenschrechtskonferenz in Wien von dieser Aufmerksamkeit profitierte. Trotz ausgeprägter Meinungsunterschiede, resümiert der Autor, konnte ein substantielles konstruktives Abschlussdokument auf den Weg gebracht werden und die Kritik an der Straflosigkeit bei schweren Menschenrechtsverletzungen in die Initiative der Menschenrechtskommission einmünden, ein Statut für einen Internationalen Strafgerichtshof zu schaffen.

Kapitel sieben beleuchtet die Zeit von 1997 bis 2006 und ist überschrieben mit „Neue Herausforderungen und Reformen“. Ob die Herausforderungen tatsächlich neu sind, mag angesichts der sich schon in den Gliederungspunkten wiederholenden Themen wie Friedenssicherung, Entwicklungszusammenarbeit, Umweltschutz und Menschenrechtsschutz bezweifelt werden; eher ist das Fortbestehen der Probleme und eine Fortsetzung der Bemühungen um Problemlösung, mithin Kontinuität, nachweisbar. Der kritischen Bewertung des Krieges der USA gegen den Irak und die Feststellung, dass die Vereinten Nationen die „harte Bewährungsprobe“ bestanden haben, d.h. keine Entscheidungen für diesen völkerrechtswidrig geführten Krieg getroffen oder irgendwie geartete Unterstützung geleistet haben, sich demzufolge nicht vereinnahmen ließen, ist voll zuzustimmen. Die Reformbemühungen der Vereinten Nationen waren im Hinblick auf die Verbesserung der Effizienz des Sekretariats von großem Erfolg gekrönt, aber auch bei der

Friedenssicherung und Entwicklungszusammenarbeit lassen sich angesichts der auf dem Millenniumsgipfel des Jahres 2000 verabschiedeten Millenniumserklärung zumindest partiell Erfolge nachweisen. Die Verabschiedung des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof wird zu Recht als Meilenstein und elementarer Fortschritt im Menschenrechtsschutz bewertet. Ob die Schaffung des Menschenrechtsrates, der nunmehr die Menschenrechtskommission ersetzt, tatsächlich auch die Bewertung als Meilenstein verdient, sollte besser noch offen gelassen werden.

Im Kapitel acht zieht der Autor Bilanz über die Arbeit der Vereinten Nationen. Das geschieht differenziert, indem noch einmal auf die Niederlagen und Enttäuschungen verwiesen wird, aber auch die Erfolge gezeigt und die Vereinten Nationen als Chance für menschenwürdige Lebensbedingungen betrachtet werden. Zwar haben die Mitgliedstaaten immer wieder versucht, ihre ureigenen Interessen durchzusetzen, doch haben die Vereinten Nationen „in kreativer Art und Weise“ immer wieder Wege gefunden, den Charta-Prinzipien Geltung zu verschaffen. Hervorhebenswert ist das durchgängige Bemühen des Autors, an Kodifikationen und UN-Dokumenten die völkerrechtliche Rechtsbildung in den Vereinten Nationen sowie die Entstehung und Ausformung völkerrechtlicher Normen nachzuweisen. Trotz großer Anerkennung, die das vorliegende Werk insbesondere wegen der detailtreuen Darstellung der Entwicklungen durch alle Kapitel hindurch verdient, ist ein Defizit auszumachen. Der Leser vermisst die Darstellung des Wandels

der Vereinten Nationen als Prozess in einer durch die Strukturen der UNO vorgegebenen Ordnung. Synthesen verschiedener Ereignisse oder auch zeitliche Bezugnahmen aufeinander sind nicht immer erkennbar. Das Veränderliche und das Wechselnde in der Geschichte der Vereinten Nationen werden eher punktuell, nicht aber in der Wechselwirkung der Ereignisse und nicht in einem geschlossenen nachvollziehbaren Konzept dargestellt. Zudem wirken die in der zweiten Auflage hinzugekommenen Abschnitte im Duktus und im Aufbau ein wenig aufgesetzt. Insgesamt aber gelingt es *Helmut Volger*, den Zusammenhang von Vergangenenem und Gegenwärtigem herauszuarbeiten, indem die Krisen und Konflikte, die Konferenzen oder die Schaffung neuer Institutionen stets in Bezug zu ihrer Bedeutung in der Gegenwart gesetzt werden.

Das Buch wird im Anhang durch eine übersichtlich gestaltete Zeittafel mit herausragenden Ereignissen der Vereinten Nationen, mit einer Aufstellung der Mitgliedstaaten geordnet nach Beitrittsstaaten und einer Aufstellung der Generalsekretäre komplettiert. Das Literaturverzeichnis erstreckt sich auf Publikationen zu den Vereinten Nationen, die die gesamten Themen abdecken, mit denen sich die Vereinten Nationen beschäftigen. Es enthält erfreulicherweise in großem Umfang völkerrechtliche Beiträge und umfasst Nachschlagewerke, Reden und Veröffentlichungen der UN-Generalsekretäre.

Insidern, Studenten und überhaupt politisch Interessierten ist die Lektüre des Buches sehr zu empfehlen. ■

Gregoria Palomo Suárez, Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht, Berlin 2009, 406 Seiten, € 49

Antonio Manrique de Luna Barrios*

Der Einsatz von Kindersoldaten in internationalen und nicht-internationalen Konflikten bereitet den Mitgliedern der internationalen Gemeinschaft konstant Sorgen und ist daher ein ständiges Objekt von Analysen und Diskussionen im Bereich des humanitären Völkerrechts. Es gibt nur wenige deutschsprachige Bücher, die sich so intensiv mit der Materie beschäftigen, wie das Buch von Dr. *Gregoria Palomo Suárez*. Daher hat ihr Beitrag, insbesondere die klare

Analyse und die Darstellung der Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach dem internationalen Strafrecht, einen besonderen Stellenwert.

* Dr. *Antonio Manrique de Luna Barrios* hat einen Master für Internationale Beziehungen und ist Dozent für spanisches Recht an der Universität Osnabrück.

Auch ist hervorzuheben, dass diese Arbeit gerade zum Zeitpunkt des 20-jährigen Jubiläums der VN-Kinderrechtskonvention ein Thema anschnidet, das in gewisser Weise überfällig ist, da *Palomo Suárez* untersucht, inwieweit die Konvention ihre Ziele erreicht hat.

In ihrer Analyse präsentiert die Autorin die zentralen Elemente der Problematik der Kindersoldaten, deren Zahl sich auf schätzungsweise 250.000 bis 300.000 beläuft, und die hauptsächlich deswegen rekrutiert werden, weil es sich um billige Arbeitskräfte handelt, die leicht zu manipulieren und kontrollieren sind. Die Autorin zeigt aber auch, dass sich seit den 1990er Jahren ein Wandel im Hinblick auf Kindersoldaten im Zusammenhang mit den Verfügungen des Artikels 38 der VN-Kinderrechtskonvention ergeben hat. Seitdem sind die Vertragsstaaten sowohl dazu verpflichtet alles zu unternehmen, um die direkte Beteiligung von Personen unter 15 Jahren in Konflikten zu verhindern als auch dazu, keine Personen für bewaffnete Truppen zu rekrutieren, die das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Die Arbeit von *Palomo Suárez* ist in sechs Kapitel unterteilt. Im ersten Kapitel geht sie auf die historischen Aspekte in Bezug auf die Teilnahme von Kindern und Jugendlichen in bewaffneten Konflikten ein, um diese Problematik in einen zeitlichen Kontext einzugliedern, wobei man sich der Tatsache bewusst sein sollte, dass oft aus Unkenntnis der historischen Fakten Fehler wiederholt begangen würden.

Im zweiten Kapitel werden das Verbot und die Bestrafung der Rekrutierung von Kindersoldaten bis zur Annahme des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) aus dem Jahre 1998 analysiert. Hauptsächlich werden hier die wichtigsten juristischen Normen analysiert, so das IV. Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zum Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (Artikel 51), die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen von 1977 (Artikel 77 (2) des Ersten Protokolls und Artikel 4 (3) (c) des Zweiten Protokolls) und das VN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 (Artikel 38). Besonders hervorzuheben ist die Berücksichtigung der African Charter on the Rights and Welfare of the Child (Artikel 22) von 1990 in Hinblick darauf, dass sich die Hauptteilnahme von Kindern an bewaffneten Konflikten, mit Ausnahme von Kolumbien und einigen asiatischen Ländern, auf diesem Kontinent abspielt.

Im dritten Kapitel werden das Verbot und die Bestrafung der Rekrutierung von Kindern nach den Normen des Statuts des

IStGH analysiert, wobei auf die Situation in der Demokratischen Republik Kongo, der Republik Uganda, der sudanesischen Region Darfur etc. eingegangen wird, sowie auf die Tatbestände, geschützten Interessen und Strafbarkeitsvoraussetzungen.

Kapitel vier beschäftigt sich mit einer Analyse des Verbots und der Strafbarkeit im Hinblick auf die Rekrutierung von Kindersoldaten nach der Annahme des Statuts des IStGH unter Einschluss der Aktivitäten des Sondergerichtshofs für Sierra Leone. In Sierra Leone ließen sich nach bewaffneten Konflikten Beobachter der Economic Community of West African States (ECOWAS) nieder, um den Frieden und die Sicherheit in dieser Zone wiederherzustellen und die Kinder zu beschützen, die an dem Konflikt beteiligt waren und deren Rechte beeinträchtigt wurden.

Im fünften Kapitel werden die Verbote und Strafbarkeiten nach internationalem Völkergewohnheitsrecht kommentiert. *Palomo Suárez* geht dabei sowohl auf die allgemeinen als auch auf die speziellen Aspekte der

Praktiken einzelner Staaten in Bezug auf diese Materie ein, wobei zu beachten sei, dass Völkergewohnheitsrecht auch Staaten binde, die das Statut des IStGH nicht ratifiziert haben.

Schließlich enthält das sechste Kapitel die Ergebnisse der Untersuchung mit der Feststellung, dass die internationale Gemeinschaft diverse internationale Normen geschaffen habe, um Kinder in bewaffneten Konflikten zu schützen. Die Internationale Gemeinschaft sei bestrebt, mittels ihrer Organe diesen Eingriff und dieses Verbrechen gegen die Humanität zu sanktionieren und einzuschränken.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Arbeit aufgrund ihrer Struktur, der Angemessenheit der Ausarbeitung und Originalität der Studien sowie aufgrund der gewählten Quellen (Literatur, Normen und Jurisprudenz) und der klaren Sprache ein lesenswertes Buch ist, welches das Thema Kindersoldaten umfassend, aktuell und nachvollziehbar behandelt. ■

Evangelisches Kirchenamt für die Bundeswehr (Hrsg.), Friedensethik im Einsatz: Ein Handbuch der Evangelischen Seelsorge in der Bundeswehr, Gütersloh 2009, 448 Seiten, € 29.95

Norbert B. Wagner*

Im März 2009 ist das im Auftrag des Evangelischen Militärbischofs vom Evangelischen Kirchenamt für die Bundeswehr herausgegebene und mit einem Geleitwort des Evangelischen Militärbischofs Dr. *Martin Dutzmann* versehene Handbuch „Friedensethik im Einsatz“ erschienen.

Schon in der Einleitung wird dem Leser verdeutlicht „*In der Ethik ist niemand neutral!*“, und so versteht sich das Buch auch als Beitrag zur evangelischen Friedensethik und als Unterstützung des Lebenskundlichen Unterrichts in der Bundeswehr, der Soldaten aller Dienstgrade anspricht. Es will die Militärggeistlichen in der Aufgabe unterstützen, Soldaten zum eigenen ethischen Urteil auf allen Feldern soldatischer Berufspraxis zu befähigen.

Das unter der redaktionellen Leitung von *Hartwig von Schubert* von insgesamt 15 Autoren erstellte Werk gliedert sich in drei Hauptteile, nämlich „Zur Tradition und Auslegung abendländischer Ethik“ (I.), „Der gerechte Frieden und die Ethik rechts-

erhaltender Gewalt“ (II.) und „Vermittlung ethischer Bildung im Lebenskundlichen Unterricht“ (III.). Unter den Autoren finden sich fast alle Persönlichkeiten, die in ethischen Fragen der Evangelischen Militärseelsorge Rang und Namen haben, ferner in der Rechtspflege der Bundeswehr und darüber hinaus bekannte Namen wie *Peter Dreist* und *Oskar Freiherr von Lepel*, die im Wesentlichen die rechtlichen Passagen vertreten. Die Teile IV. bis VI. enthalten die Endnoten, das Literatur- und das Autorenverzeichnis.

Die „Friedensethik im Einsatz“ lässt sich nicht von sicherheitspolitischen und recht-

* Dr. *Norbert B. Wagner* ist als ehemaliger Rechtsberater und Rechtslehrer in den Streitkräften Angehöriger des Bundesministeriums der Verteidigung, in dem er mehrere Jahre als Referent für humanitäres Völkerrecht zuständig war.

lichen Fragestellungen trennen und so machen diese auch einen nicht unbedeutenden Bestandteil des Handbuches in seinem II. Teil aus. Sie reichen von Aspekten internationaler Sicherheitsarchitektur über friedliche Konfliktbeilegungsmechanismen bis hin zur Rüstungskontrolle und Abrüstung, vom *ius ad bellum* mit kritischen Betrachtungen zu Selbstverteidigung, präventiver Verteidigung und präemptiver Selbstverteidigung bis hin zum *ius in bello*, vom völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz über Gedankengänge zur „Humanitären Intervention“ bis hin zur Gewissensfreiheit deutscher Soldaten (*Pfaff-Urteil*). Dem Soldatenalltag im Einsatz nahe Bereiche wie „Tod und Verwundung“ und „Treue und Tapferkeit“ finden ebenfalls ihren Platz, aber auch „die soldatische Gemeinschaft und das Privatleben“.

Hervorzuheben sind die von *Peter Dreist* bearbeiteten Passagen, in denen zunächst klar die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten für deutsche Streitkräfte herausgearbeitet und dem jeweils auf sie anwendbaren völkerrechtlichen Regelwerk zugeordnet werden. Auch Rules of Engagement und die in den deutschen Streitkräften so beliebten „Taschenkarten“ finden ihren angemessenen Platz. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, wie sich der Autor zutreffend mit der Zentralen Dienstvorschrift 15/2 des Bundesministeriums der Verteidigung, konkret ihren Nummern 208 und 211, auseinandersetzt. In der Dienstvorschrift ist davon die Rede, dass die Regeln des humanitären Völkerrechts auch bei friedenssichernden Maßnahmen und anderen militärischen Einsätzen der Vereinten Nationen zu beachten seien, wie auch bei militärischen Operationen in allen bewaffneten Konflikten, gleichgültig welcher Art. In Ergänzung hierzu arbeitet der Autor heraus, wie sich das humanitäre Völkerrecht in

Auslandseinsatzgebieten zu den Regelungen in internationalen Menschenrechtsverträgen (z.B. EMRK und VN-Zivilpakt) verhält, deren extraterritoriale Anwendbarkeit er als einer der wenigen in der zeitgenössischen kontinentalen Literatur vor ihrer möglichen Bejahung erst in Auseinandersetzung mit der Haltung internationaler Gremien prüft.

Die in Zeiten des internationalen bewaffneten Konflikts hinsichtlich der Schädigungsermächtigung gebotene Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nichtkombattanten wird ebenso überzeugend dargestellt wie die hinsichtlich der Frage nach dem völkerrechtlichen Schutz gebotene Unterscheidung vor allem zwischen Streitkräfteangehörigen (mit Ausnahme des Sanitäts- und Seelsorgepersonals) einerseits und (friedlichen) Zivilpersonen und anderen geschützten Personen andererseits. Von besonderer Aktualität sind *Dreists* Ausführungen im Zusammenhang mit der Tätigkeit militärischer Dienstleistungsunternehmen. Einen weiteren Schwerpunkt der kenntnisreichen Bearbeitung von *Dreist* bildet die rechtliche Stellung von Sanitäts- und Seelsorgepersonal, was angesichts des Adressatenkreises des Werkes nicht überraschen sollte. Differenziert wird deren rechtliche Stellung in den unterschiedlichen Einsatzszenarien behandelt, wie auch die Rechtsstellung der Militärseelsorge nach innerstaatlichem und kirchlichem Recht. Die Befugnis zum Tragen von Waffen, die immer wieder zu Diskussionen führt, wird besonders vertieft.

Den Mitteln und Methoden der Konfliktführung widmet der Autor ebenso seine besondere Aufmerksamkeit und legt ein weiteres Mal überzeugend dar, dass das humanitäre Völkerrecht keinen im Sinne des deutschen Rechts auszulegenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kennt, sondern le-

diglich „excessive collateral damages“ vermieden sehen will. Ebenfalls sehr interessant sind die sich anschließenden Ausführungen über das Vorgehen gegen irreguläre Kräfte, die Unverbindlichkeit völkerrechtswidriger Befehle und die (straf-)rechtlichen Folgen von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht, in denen der Autor insbesondere die durch den Varvarin-Fall nach wie vor aktuelle Schadenersatzproblematik ausführlich ventiliert.

Zwei kleine Schönheitsfehler seien an dieser Stelle erwähnt, die dem Werk aber letztlich keinerlei Abbruch tun. Die Verwendung von End- statt Fußnoten lässt den Textteil zwar optisch geschlossener erscheinen, bedeutet aber doch eine gewisse Komforteinbuße für den an den durchaus informativen Endnoten interessierten Leser. Ähnliches gilt für das etwas unübersichtliche Autorenverzeichnis, aus dem alleine sich die Verfasser der jeweiligen Abschnitte ergeben. Andererseits stellt sich das Handbuch auf diese Weise dem Leser als ein geschlossenes Ganzes vor, was durchaus auch seine Vorzüge hat.

Und so ist von der thematischen Gliederung und vom Inhalt her das Handbuch als umfassender Ratgeber zum Soldatenalltag im Einsatz aufgebaut, der dem evangelischen Militargeistlichen – und nicht nur diesem – auf hohem Niveau den Weg weisen kann. Für den in theologischen Fragen nicht gar so bewanderten Juristen sind die ethischen Überlegungen des Handbuchs jedenfalls mit hohem Erkenntnisgewinn verbunden. Man mag im Detail der einen oder anderen Äußerung widersprechen wollen, aber das macht das Spannende an dem Werk mit aus. In den (völker-)rechtlichen Passagen kann man das Handbuch sicherlich schon als Lehrbuch bezeichnen, das seinen Leserkreis weit über die Militärseelsorge der Bundeswehr hinaus zu finden verdient hat. ■



Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

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

Begründet von Viktor Bruns

Hrsg.: A. von Bogdandy, R. Wolfrum

Kompetenzlehre internationaler Organisationen

N. Weiß, Berlin

Internationale Organisationen sind zu wichtigen internationalen Akteuren geworden, die im Rahmen der Völkerrechtsordnung agieren. Ihr Handeln beruht auf rechtlicher Grundlegung und bedarf rechtlicher Einhegung. Dies gilt um so mehr, je stärker dieses Handeln in die Rechtssphäre anderer Völkerrechtssubjekte und Individuen hineinwirkt. Ausgehend von einer breit angelegten historischen Analyse, entwickelt der Autor eine Kompetenzlehre internationaler Organisationen.

2009. XVIII, 540 S. (Bd. 209) Geb.

ISBN 978-3-642-03377-3 ► € (D) 99,95 | € (A) 102,75 | *sFr 145,00

Bei Fragen oder Bestellung wenden Sie sich bitte an ► Springer Customer Service Center GmbH, Haberstr. 7, 69126 Heidelberg ► **Telefon:** +49 (0) 6221-345-4301 ► **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ► **Email:** orders-hd-individuals@springer.com
► € (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt; € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt. Die mit * gekennzeichneten Preise für Bücher und die mit ** gekennzeichneten Preise für elektronische Produkte sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt.
► Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

014468x

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, Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc, Dr. Heike Spieker and Heike Montag.

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 National Headquarters 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
Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc
Dr. Heike Spieker
Heike Montag
Email: lfhv-publications@rub.de
Tel.: 0234/ 3228259
Fax: 0234/ 3214208

German Red Cross

Subscription-service and publishing company:
DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
Email: verlag@drkservice.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.