

24. Jahrgang
1/2011

Volume 24
1/2011

ISSN 0937-5414
G 10364

Humanitäres Völkerrecht

Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht
und Humanitäres Völkerrecht



Herausgeber:

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

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

ISSN 0937-5414

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

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

Bezug:

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

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

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

Verlag:

DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstraße 16, 80999 München, Tel. (0 89) 54 82 17-0, Fax (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

Dr. habil. Hans-Joachim Heintze (verantwortlicher Chefredakteur) und **Dr. Jana Hertwig, LL.M.** (stellv. Chefredakteurin), IFHV Bochum; **Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.**, Universität Leiden; **Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.**, Swedish National Defence College, Stockholm; **Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc**, Oxford Brookes University; **Dr. Heike Spieker**, DRK-Generalsekretariat Berlin

Ständige Mitarbeiter:

Prof. Dr. Dennis T.G. Dijkzeul, IFHV Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Universität Frankfurt (Oder); **Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M.**, Universität Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Universität Gießen; **Prof. Dr. Sven Peterke, M.A.**, Universität João Pessoa, Brasilien; **Dr. Gregor Schotten**, Auswärtiges Amt Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Universität Bochum; **Dr. Messeleth Worku, LL.M.**, Addis Abeba, Äthiopien

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

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

24. Jahrgang
1/2011

Volume 24
1/2011

Editorial 3

Das Thema / Topic

Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und
humanitärem Völkerrecht
Hans-Joachim Heintze 4

When Democracy Combats Violence: Some Theoretical
Implications of a Legitimist Conception of Violence in
International Law
Natalia Alvarez 12

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Friedensmissionen als potenziell legitime militärische Ziele
– Beitrag zur Einordnung des Personals von friedenserhal-
tenden Missionen nach dem humanitären Völkerrecht
Heike Montag 21

Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsober-
häupter als Verfahrenshindernis vor dem Internationalen
Strafgerichtshof
Christian Schiller 30

Fallstudien / Case Studies

Mexico's "War on Drugs" – Real or Rhetorical
Armed Conflict?
Patrick Gallahue 39

Panorama / Panorama

Konferenzen / Conferences

Referendartagung „Verbreitung des Humanitären
Völkerrechts“ am 15./16. Oktober 2010 in Bad Pyrmont
Anne Dienelt / Frithjof Ehm 46

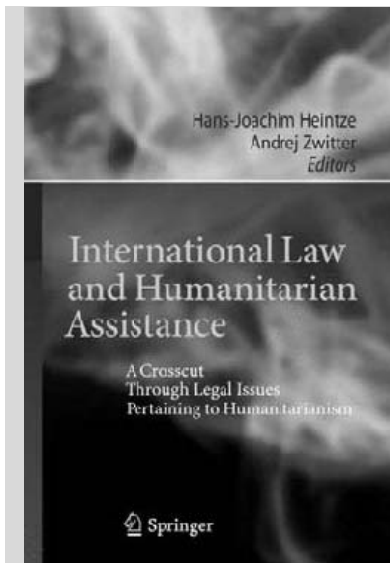
4. Workshop des Arbeitskreises junger Völkerrechts-
wissenschaftler „Internationale Zusammenarbeit:
von Friedenssicherung zu nachhaltiger Entwicklung“
vom 23. bis 24. Oktober 2010 in Heidelberg
Marie von Engelhardt / Jana Hertwig 48

Deutsche Menschenrechtspolitik bei den Vereinten
Nationen. DGVN-Vortragsveranstaltung mit Markus
Löning, Beauftragter der Bundesregierung für
Menschenrechte und Humanitäre Hilfe,
am 3. Dezember 2010 in Berlin
Karsten Schubert 50

Buchbesprechungen / Book Reviews

Rüdiger Wolfrum / Chie Kojima (Hrsg.),
Solidarity: A Structural Principle of International Law
Heike Montag 52

Alpaslan Özerdem / Richard Bowd (eds.),
Participatory Research Methodologies: Development
and Post-Disaster/Conflict Reconstruction
Sylvia Stoll 54



VÖLKERRECHT UND HUMANITÄRE HILFE

International Law and Humanitarian Assistance

A Crosscut Through Legal Issues Pertaining to Humanitarianism

Hans-Joachim Heintze, Ruhr-University Bochum, Germany;
Andrej Zwitter, University of Groningen, The Netherlands (Eds.)



It is becoming increasingly apparent that there are major gaps in International Humanitarian Law and Public International Law in the area of humanitarian assistance. In response international organizations such as the UN and the EU are developing their own legal frameworks for humanitarian assistance and the body of customary law and so-called international disaster response law is growing steadily. This however shows that a coherent body of law is far from being a given. The legal reality of international law pertaining to emergency response is rather broadly spread over various international legal fields and related documents, covering situations of armed conflict and natural disasters. This book is one of the first attempts of linking different legal areas in the growing field of what could be called the international law of humanitarian assistance.

- ▶ The first book addressing international law of humanitarian assistance
- ▶ Covers issues of concern to experts in European and International Law
- ▶ Presents valuable insight into law and practice of humanitarian assistance
- ▶ Offers perspectives on future developments

2011. IX, 141 S. Geb.

ISBN: 978-3-642-16454-5 ▶* € (D) 96.25 | € (A) 98.95 | sFr 129.00 |

Weitere Informationen auf ▶ springer.de

Editorial

Theorien des (humanitären) Völkerrechts sowie aktuelle Probleme aus der Praxis

Heft 1 der HuV-I 2011 ist schwerpunktmäßig den verschiedenen Theorien des (humanitären) Völkerrechts gewidmet. Dr. habil. Hans-Joachim Heintze untersucht hierfür die verschiedenen rechtlichen Theorien zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht. Er führt hierbei unter anderem aus, dass das 1989 erarbeitete Übereinkommen über die Rechte des Kindes einen eindrucksvollen Beitrag zur Integration des humanitären Völkerrechts in die Rechtsordnung der Menschenrechte darstelle. Dr. Natalia Alvarez hinterfragt in ihrem Beitrag das Verhältnis von Gewalt, Gewaltanwendung und Demokratie. Hierbei resümiert sie: „As a result, what seems to be a lack of political will to act in cases in which violence is used, turns to be a much more complex issue embedded in the current international structures and theories.“

Welche Probleme sich aus der Praxis des (humanitären) Völkerrechts ergeben, untersuchen zwei weitere Beiträge sowie eine Fallstudie. Heike Montag widmet sich der Problematik der Einordnung Angehöriger von Friedensmissionen als legitime militärische Ziele. Christian Schiller würdigt die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem IStGH. Patrick Gallahue untersucht, ob die Auseinandersetzungen zwischen Militär und Drogenkartellen in Mexiko als bewaffneter Konflikt einzustufen sind, und sie damit dem humanitären Völkerrecht samt seiner Rechte und Pflichten unterliegen.

Theorie und Praxis des humanitären Völkerrechts waren auch im Rahmen mehrerer Tagungen wichtige Themen. Auf drei Konferenzberichten liegt der Schwerpunkt dieser Ausgabe. Theoretische Grundlagen erlangten die Teilnehmer sowohl bei der DRK-Tagung zum humanitären Völkerrecht in Bad Pyrmont vom 15. bis zum 16. Oktober 2010 sowie bei dem inzwischen vierten Workshop des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler vom 23. bis 24. Oktober 2010 am MPIL in Heidelberg. Eindrücke aus der Praxis vermittelte Markus Löning, seit April 2010 Menschenrechtsbeauftragter der deutschen Bundesregierung, bei einem von der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. veranstalteten Vortrag am 3. Dezember 2010 in Berlin.

Zwei Buchbesprechungen runden diese Ausgabe ab. Rezensiert werden „Rüdiger Wolfrum / Chie Kojima (Hrsg.), Solidarity: A Structural Principle of International Law“ sowie „Alpaslan Özerdem / Richard Bowd (eds.), Participatory Research Methodologies: Development and Post-Disaster/Conflict Reconstruction“.

Die Redaktion schließt dieses Heft mit dem Hinweis, dass die Inhalte der Beiträge nicht notwendigerweise 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.

Jana Hertwig

Stellv. Chefredakteurin

Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht

Hans-Joachim Heintze*

Traditional international public law used to be divided into a clear separation between the law of peace and the law of war. Depending on the state of international relations, either the *corpus juris* of the law of peace or that of the law of war was applied. In particular, the experts of International Humanitarian Law (IHL) were quite reluctant to accept the application of Human Rights Law during armed conflicts. They argued that the two systems of rules were assigned to two distinct legal regimes and close ties did not exist from the outset. Other experts feared a politicisation of IHL since they considered Human Rights Law as an issue of politics. Also the International Committee of the Red Cross (ICRC) was reluctant to apply Human Rights Law during armed conflicts. However, it is nowadays involved in the establishment of common values that transcend legalistic arguments and distinctions. At the end the ICRC supports the concept of Complementarity of International Humanitarian and Human Rights Law. The Convention on the Rights of the Child (CRC) adopted in 1989 impressively corroborates the view of the integration of IHL in the broader concept of Human Rights Law. Here the substantial overlap between International Human Rights protection and IHL becomes obvious. The article deals with the different theoretical approaches concerning this relationship.

Das traditionelle Völkerrecht war in das Friedens- und Kriegsrecht unterteilt. Je nach dem Zustand der internationalen Beziehung kam entweder der Rechtskörper des Friedens- oder Kriegsrechts zur Anwendung. Experten des humanitären Völkerrechts standen der Anwendung der Menschenrechte während bewaffneter Konflikte kritisch gegenüber, denn sie verwiesen auf die unterschiedliche Entstehungsgeschichte und Zielsetzung beider Rechtszweige. Zudem befürchteten sie eine Politisierung des Kriegsvölkerrechts. Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) verhielt sich anfänglich zögerlich. Heute ist es aber an der gemeinsamen Anwendung beteiligt und unterstützt die komplementäre Nutzung. Das 1989 erarbeitete Übereinkommen über die Rechte des Kindes stellt einen eindrucksvollen Beitrag zur Integration des humanitären Völkerrechts in die Rechtsordnung der Menschenrechte dar. Der Artikel untersucht die verschiedenen rechtlichen Theorien zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht.

1. Einleitung

Das Verhältnis der Rechtskörper des internationalen Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts war in den letzten 40 Jahren immer wieder Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Erörterung. Dabei zeigte sich, dass insbesondere die Experten des humanitären Völkerrechts zögerlich waren, die Geltung der Menschenrechte während bewaffneter Konflikte anzunehmen. Sie argumentierten, dass die beiden Rechtskörper verschiedene Normenadressaten hätten und auch vom Ausgangspunkt keine Verbindungen beständen. Es gebe folglich keine naturgegebenen oder sonst zwingenden Verbindungen zwischen den beiden Rechtsordnungen.¹

Über einen langen Zeitraum dominierte diese Auffassung. Aber nach dem Gutachten des Internationalen Gerichtshofs (IGH) zu den Nuklearwaffen (1996)² stellte sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt neu.³ Das Gutachten bestätigt, dass die Kluft zwischen den beiden Rechtskörpern überwunden wurde. Dies ist vor allem eine Konsequenz des Aufkommens nicht-internationaler bewaffneter Konflikte nach dem Zweiten Weltkrieg. Eine Voraussetzung der rechtlichen Bearbeitung dieser Konflikte war Anwendbarkeit der Menschenrechte in Verbindung mit den Bestimmungen des humanitären Völkerrechts. Gleichwohl muss die Zögerlichkeit hinsichtlich der Akzeptanz der Anwendung beider Rechtsordnungen aus der Sicht des humanitären Völkerrechts überraschen, denn die grundlegende Marten'sche Klausel unterstreicht seit jeher

gerade die „Offenheit“ des humanitären Völkerrechts.⁴ Dieser Klausel zufolge bleiben die Bevölkerung und die Kriegsführenden auch beim Fehlen einer spezifischen Regelung unter dem Schutz der Rechtsprinzipien, die die menschliche Person in den vom geltenden Recht nicht erfassten Fällen unter den Schutz der Grundsätze der Menschlichkeit und der Forderungen des öffentlichen Gewissens stellt.⁵ Dem gleichen Gedanken folgt auch Artikel 72 ZP I: „Die Bestimmungen dieses Abschnitts ergänzen die im IV. Abkommen (...) enthaltenen Vorschriften über den Humanitären Schutz von Zivilpersonen und zivilen Objekten, die sich in der Gewalt einer am Konflikt beteiligten Partei befinden, sowie die sonstigen anwendbaren Regeln des Völkerrechts über den Schutz grundlegender Menschenrechte in einem internationalen bewaffneten Konflikt.“ Damit anerkannte eine Kodifi-

* Dr. habil. Hans-Joachim Heintze ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum sowie Chefredakteur der Zeitschrift „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“.

¹ R. Kolb, Human Rights and Humanitarian Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com> (31. März 2011), Rn. 3.

² ICJ Rep. 1996, Rn. 25.

³ N. Lubell, Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflicts, in: International Review of the Red Cross 87 (2005), S. 737.

⁴ S. Vöneky, Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten, Berlin 2001, S. 286.

⁵ J. von Bernstorff, Marten's Clause, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com>.

zierung des humanitären Völkerrechts explizit die Verbindung zwischen beiden Rechtskörpern – ein Umstand, der erstaunlicherweise in den theoretischen Diskussionen vernachlässigt wird.

Dennoch stellt sich angesichts der Zurückhaltung der Staatengemeinschaft, das Prinzip der Humanität detailliert auszuformen, die Frage, welche weiteren Entwicklungen bezüglich der aneinandergrenzenden Rechtskörper erreicht wurden und wie dies das humanitäre Völkerrecht beeinflusst hat.⁶ Besondere Aufmerksamkeit muss dabei dem Menschenrechtsschutz geschenkt werden, weil die Menschenrechte heute ein integraler Teil des Völkerrechts, des Gemeinwohls und der Humanität sind und gemeinsame Werte repräsentieren, die selbst während bewaffneter Konflikte von keinem Staat infrage gestellt werden.⁷ Obwohl die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht sich hinsichtlich ihrer Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereiche unterscheiden, teilen die beiden Rechtskörper das Ziel des Schutzes und der Absicherung des Menschen unter allen Umständen. Es scheint, die Koexistenz oder sogar das Zusammengehen von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz sind in der Praxis schon weit fortgeschrittener (siehe Artikel 72 ZP I!) als in der Rechtstheorie, die sich mit diesem Problem immer noch schwer tut. Selbst gegenwärtig bedauern einige Rechtstheoretiker noch, dass die bisherige Debatte nicht mit gemeinsamen Festlegungen über den normativen Wert der beiden Rechtskörper und in die gemeinsame Verbesserung des Schutzes des Individuums mündeten,⁸ obwohl dies in der Praxis keine Rolle mehr spielt. Schuld an dieser restriktiven Wahrnehmung der Realität im Feld ist das Beharren auf theoretischen Konstrukten der Vergangenheit. Vor diesem Hintergrund soll auf die vorherrschenden Theorien über das Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz eingegangen werden.

2. Die althergebrachte Separationstheorie

Das traditionelle Völkerrecht war strikt in Friedens- und Kriegsrecht geteilt. Je nach Zustand der internationalen Beziehungen kam entweder das *corpus juris* des Friedens- oder Kriegsrechts zur Anwendung. Insofern war es berechtigt, von einer Separationstheorie zu sprechen.

2.1. Menschenrechte als Herausforderung

Die Herausbildung der Rechtsordnung der Menschenrechte nach dem Zweiten Weltkrieg stellte eine Herausforderung für das traditionelle Völkerrecht dar, weil diese Rechte Schritt für Schritt Teil des in Friedens- und Kriegszeiten anwendbaren Völkerrechts wurden. Die klassische Unterteilung wurde permeabel. Gleichwohl betrachteten einige Theoretiker diese Entwicklung vor allem deshalb kritisch, weil sie eine Politisierung des humanitären Völkerrechts befürchteten und den Menschenrechtsschutz als einen politischen Gegenstand betrachteten.⁹ Dabei übersahen sie allerdings, dass die Menschenrechte mit der Aufnahme in die Charta der Vereinten Nationen ihren rechtlich unverbindlichen und vorrangig politischen Charakter verloren hatten. Diese „Verrechtlichung“ stellte zwangsläufig die Frage nach ihrem Verhältnis zum humanitären Völkerrecht.

Insbesondere die nach 1945 erfolgende breite Kodifizierung aller Bereiche des Menschenrechtsschutzes bedingte die Überwindung der bisherigen klaren Trennung in die Regelungsbereiche des Friedens- und Kriegsrechts. Es wurden Normen kodifiziert, die gleichermaßen in Friedens- und Konfliktzeiten anwendbar waren. Dennoch entwickelten sich die beiden Rechtsordnungen unabhängig voneinander. Dies zeigte sich schlaglichtartig am Desinteresse der Experten, die die Genfer Abkommen von 1949 ausarbeiteten. Praktisch zeitgleich und parallel wurde die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte entworfen, doch wechselseitig ignorierte man einander. Dies geschah keineswegs zufällig, sondern mit voller Absicht. Die Vereinten Nationen sahen sich als Organisation, die eine friedliche internationale Gesellschaft aufbauen und künftige Generationen vor der Geißel des Krieges bewahren sollte. Die Menschenrechte wurden als eine Voraussetzung für die Friedenssicherung und folglich als Teil des *ius contra bellum* angesehen. Aus dieser Erwägung heraus waren die Vereinten Nationen nicht bereit, sich mit dem *ius in bello* zu befassen. Angesichts dieser Erwägungen wird verständlich, warum sich im Dritten Komitee der UN-Generalversammlung lediglich ein Delegierter (der Repräsentant Libanons) mit dem Problem der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt befasste. Er führte zutreffend aus, dass die Menschenrechte auch im Krieg zu respektieren seien,¹⁰ aber diese Forderung wurde im Folgenden nicht weiter diskutiert. Diese damalige und heute schwer verständliche Zurückhaltung der Weltorganisation kann nur mit ihrem Selbstverständnis als Bewahrer des Weltfriedens erklärt werden, das es nicht zuließ, sich mit den Rechtsfolgen eines Krieges zu befassen.¹¹ Zudem wollten sich die Vereinten Nationen auch von der Verfassung des Völkerbundes abgrenzen, die in Artikel 25 auf das humanitäre Völkerrecht und das Rote Kreuz einging; beides Gegenstände, über die die UN-Charta schweigt. Die Autoren der UN-Charta sahen eine solche Bezugnahme als überflüssig an, weil der Krieg durch die Charta verboten worden war.¹²

Dass diese Position auf die Dauer nicht haltbar war, erwies sich über die Zeit. Aber wie bei jeder Innovation wurde diese Entwicklung nicht sofort von jedermann akzeptiert. Insbesondere die Wissenschaftler, die der Separationstheorie an-

⁶ Diese Herangehensweise stimmt mit der IKRK-Avenir-Stellungnahme überein, die ausführt „the relationship between humanitarian law and human rights law must be strengthened.“ Vgl. D. Forsythe, 1949 and 1999: Making the Geneva Conventions Relevant After the Cold War, in: *International Review of the Red Cross* 81 (1999), S. 271.

⁷ C. Tomuschat, *Obligations Arising for States Against their Will*, in: *Recueil des Cours* 241 (1993), S. 195.

⁸ S. Sayapin, *The International Committee of the Red Cross and International Human Rights Law*, in: *Human Rights Law Review* 9 (2009), S. 96.

⁹ H. Meyrowitz, *Le droit de la guerre et les droits de la homme*, in: *Rev DrMilDrGuerre* 88 (1972), S. 1095 ff.

¹⁰ UN Doc. A/C.3/SR.152, 22. November 1948, S. 39.

¹¹ R. Kolb, *The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and 1949 Geneva Conventions*, in: *International Review of the Red Cross* 71 (1998), S. 409-419.

¹² A.H. Robertson, *Humanitarian Law and Human Rights*, in: C. Swinarski (Hrsg.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Genf 1984, S. 794.

hingen, lehnten die Anwendung der Menschenrechte während bewaffneter Konflikte mit dem Argument ab, dass diese und das *ius in bello* unterschiedliche Rechtskörper seien, die nicht gleichzeitig angewendet werden könnten.¹³ Draper, ein führender US-Völkerrechtler, sprach sich gegen eine Fusion aus, weil es grundlegende Unterschiede bezüglich der Herkunft, Theorie, Natur und des Zwecks der Regelung gebe: „The attempt to confuse the two regimes of laws is insupportable in theory and inadequate in practice. The two regimes are not only distinct but are diametrically opposed (...) at the end of the day, the law of human rights seeks to reflect the cohesion and harmony in human society and must, from the nature of things be a different and opposed law to what which seeks to regulate the conduct of hostile relationships between states and other organized armed groups, and in internal rebellions.“¹⁴

Der Autor hängt damit einer Denkschule an, die die Menschenrechte als Normalzustand und das humanitäre Völkerrecht als die Derogation der Menschenrechte ansieht. Da beide Rechtskörper keine gemeinsame Grundlage hätten, könnten sie einander nur gegenseitig ausschließen.¹⁵ Draper's Auffassungen finden aber in der gegenwärtigen Entwicklung des humanitären Völkerrechts, die auf die Praxis und Personen orientiert ist, keine Bestätigung. Obwohl das humanitäre Völkerrecht zu allen Zeiten durch die Regelungen zu den Mitteln und Methoden der Kriegsführung dominiert wurde, so spielten doch humanitäre Bestimmungen ebenfalls eine große Rolle.

Dies ist an sich nicht neu. Selbst das klassische Kriegsvölkerrecht war durch menschenrechtliche Erwägungen auf der Basis des Naturrechts beeinflusst. So argumentierte Bluntschli 1872, dass eine Kriegserklärung nicht die Rechtsordnung aufhebe. Ganz im Gegenteil würden einige Menschenrechte sowohl im Frieden wie im Kriege gelten.¹⁶ Einige Konventionen, die während der Zweiten Haager Konferenz 1907 erarbeitet wurden, bestätigen dies praktisch. Die Haager Konvention zum Landkrieg von 1907 verweist darauf, dass die Parteien von dem Wunsch angetrieben seien, selbst unter den extremen Bedingungen des Krieges im Interesse der Humanität zu handeln.¹⁷ Die Konvention zur Minenkriegsführung von 1907 ist ein weiteres Beispiel, selbst wenn man im Lichte der travaux préparatoires anerkennen muss, dass die ursprüngliche Kodifikation nicht vom Gedanken der Humanität getragen wurde. Zweifellos war nämlich die britische Forderung nach dem Verbot der Seeminen nicht von Altruismus bestimmt, sondern vom Versuch der Aufrechterhaltung der Seeherrschaft.¹⁸

Gleichwohl belegt selbst das Lippenbekenntnis führender Militärmächte, dass menschliche Erwägungen zunehmend die Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts beeinflussten. Auch deshalb wurde das Prinzip der Humanität zur grundlegenden Norm zahlreicher humanitär-völkerrechtlicher Vereinbarungen. Dieses Prinzip schützt Kombattanten vor unnötigem Leiden und Menschen, die nicht mehr oder nie an Kampfhandlungen teilgenommen haben, sichert es eine humane Behandlung unter allen Umständen zu.¹⁹ Angesichts der gewohnheitsrechtlichen Geltung des Humanitätsprinzips und dahingehender Meinungen in der Literatur muss man die Berechtigung der Separationstheorie bezweifeln. Vielmehr ist die Separationstheorie als eine historische

Position anzusehen, die heute nicht mehr aufrechterhalten werden kann.²⁰ Daher muss es überraschen, dass es auch gegenwärtig noch Verfechter dieser Theorie gibt. So argumentiert Heintschel von Heinegg, „it would not make much sense to complicate the situation by demanding to the obligations provided for by human rights instruments.“²¹ Es verwundert, welche Art von Komplikationen hier gemeint sein sollen. Die Beachtung rechtlicher Verpflichtungen war seit jeher eine Herausforderung für Kriegsparteien. Dennoch gebietet das Prinzip der Humanität ihre Einhaltung, unabhängig davon, wie kompliziert ihre Durchsetzung für die Konfliktparteien auch sein mag.

2.2. Staatenpraxis ermöglicht Klarstellungen

Die Anwendung des Prinzips der Humanität in Friedens- und Kriegszeiten befindet sich in Übereinstimmung mit den IGH-Auffassungen. In den Gutachten zu den Nuklearwaffen und zur Israelischen Mauer²² setzte sich der IGH detailliert mit dem Verhältnis zwischen Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht auseinander. Die Gutachten weisen die Position zurück, dass die Menschenrechte, vor allem das in Artikel 6 des UN-Menschenrechtspakts (ICCPR) vom 19. Dezember 1966 verankerte Recht auf Leben, nur in Friedenszeiten anwendbar seien. Im Gegenteil, der Wortlaut der relevanten Menschenrechtsverträge unterstützt die Auffassung des IGH. Tatsächlich enthalten die Verträge klare Festlegungen über das Verhalten der Mitgliedstaaten in bewaffneten Konflikten. So bestimmt Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4. November 1950, wie mit den Menschenrechtsnormen im Kriegsfall und anderen öffentlichen Notstandssituationen umzugehen ist. Dann ist es nämlich zulässig, dass die Mitgliedstaaten von einzelnen Vertragsverpflichtungen abweichen und bestimmte Rechte außer Kraft setzen. Allerdings ist dies nur insoweit zulässig, wie es die Umstände unbedingt erfordern. Einige Rechte sind zudem notstandsfest (zum Beispiel das Recht

¹³ O. Kimminich, Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten, München 1979, S. 28.

¹⁴ G.I.A.D. Draper, Humanitarian Law and Human Rights, in: Acta Juridica (1979), S. 199.

¹⁵ D. Stephens, Human Rights and Armed Conflict? The Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case, in: Yale H.R. & Dev. L.J. 4 (2001), S. 10.

¹⁶ J.C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten, 3. Aufl., Nördlingen 1878, Rn. 529.

¹⁷ Preamble, Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed at The Hague, 18 October 1907, in: D. Schindler/J. Toman (Hrsg.), The Law of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, 4. Aufl., Leiden 2004, S. 55.

¹⁸ D. Stephens/M. Fitzpatrick, Legal Aspects of Contemporary Naval Mine Warfare, in: Loy.L.A. Int'l & Comp. L.J. 21 (1999), S. 553.

¹⁹ G.S. Corn, Humanity, Principle of, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com>.

²⁰ R. Kolb, Human Rights and Humanitarian Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com>.

²¹ W. Heintschel von Heinegg, The Rule of Law in Conflict and Post Conflict Situations: Factors in War and Peace Transitions, in: Harvard Journal of Law and Public Policy 27 (2004), S. 869.

²² ICJ Rep. 2004, S. 136. Siehe auch A. Watts, Israeli Wall Advisory Opinion, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com>.

auf Leben, die Glaubensfreiheit und das Verbot der Folter), sodass von ihnen niemals abgewichen werden darf. Die traditionell undurchlässige Grenze des Friedensrechts zum humanitären Völkerrecht, das in bewaffneten Konflikten anwendbar ist, wurde damit überschritten. Diese Anschauung bestätigt auch der gemeinsame Artikel 3 der vier Genfer Konventionen, der ebenfalls eine Liste von Menschenrechten enthält, die unter allen Umständen auch im bewaffneten Konflikt einzuhalten sind und die sich weithin mit den notstandsfesten Menschenrechten der Menschenrechtspakte deckt.

Die Überschneidung zwischen dem Friedens- und Kriegesrecht hat Akademiker veranlasst, sich in einem Dokument, der „Turku Deklaration“²³, mit dem genauen Umfang der notstandsfesten Menschenrechte zu befassen und die diesbezüglichen rechtlichen Grauzonen auszuloten. Das Dokument kommt zu dem Schluss, dass Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht kumulativ anzuwenden seien, um ein hinnehmbares Minimum an humanitären Standards zu erreichen.²⁴

Auch aus der Richtung der Menschenrechte wurde damit der Separationstheorie eine klare Absage erteilt. Bestätigt wurde, dass nichtderogierbare Menschenrechte in Friedens- und Kriegszeiten zu respektieren sind. Die EMRK ist nicht das einzige Menschenrechtsinstrument, das sich zur Anwendung der Menschenrechte in Kriegszeiten äußert. Auch ein weiterer regionaler Menschenrechtsvertrag, die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) vom 22. November 1969, legt in ihrem Artikel 27 fest, dass bestimmte Rechte nichtderogierbar sind. Zudem enthalten auch universelle Menschenrechtsverträge die Kategorie der notstandsfesten Menschenrechte, wie Artikel 4 ICCPR bestätigt. All diese Verträge zeigen, dass ein bestimmter Teil der Menschenrechte auch zu der Rechtsordnung gehört, die in Notstandssituationen anzuwenden ist. Angesichts dessen kam die Erste Weltmenschrechtskonferenz von Teheran 1968 bereits zu demselben Schluss. Cerna folgerte 1989 daraus, das Völkerrecht sei „transformed into a branch of human rights law and termed human rights in armed conflicts“.²⁵

Es sind gerade die Bestimmungen zu den notstandsfesten Menschenrechten, die dazu führen, die Separationstheorie auch als Denkgebäude als überholt anzusehen.

3. Komplementaritätstheorie

Wenn man die Pflichtenlage eines Staates während eines bewaffneten Konflikts ermitteln will, so reicht es nicht aus, nur das humanitäre Völkerrecht heranzuziehen. Vielmehr sind auch die Menschenrechte in Betracht zu ziehen. Selbst wenn anzuerkennen ist, dass beide Rechtsordnungen verschiedene Quellen und Herangehensweisen haben, so ist die einander ergänzende Funktion dennoch nicht zu übersehen.²⁶ Diese Wirkungsweise ist mit dem juristischen Terminus der Komplementarität am besten umschrieben. Die Komplementaritätstheorie²⁷ ist vor allem für die Wissenschaftler akzeptabel, die zwar nicht der Separationstheorie anhängen, aber eine Verschmelzung beider Rechtskörper ablehnen. Die Komplementaritätstheorie geht davon aus, dass der Menschenrechtsschutz und das humanitäre Völkerrecht eigene Rechtsordnungen sind, die selbst bei einer komplementären

Anwendung schlussendlich unterscheidbar bleiben. Trotz dieser Unterschiedlichkeit ist aber zu konstatieren, dass sich die Rechtsordnungen überschneiden und folglich an dieser Schnittstelle beide anwendbar sind.

3.1. IKRK unterstützt die Komplementaritätstheorie

Obwohl das IKRK in der Vergangenheit das Thema der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt sehr zurückhaltend anging, ist es heute diesbezüglich ausgesprochen aktiv. Es ist an der Herausarbeitung gemeinsamer Werte beteiligt, die formal rechtliche Argumente und Unterscheidungen überwinden sollen. Deshalb unterstützt das IKRK die Komplementaritätstheorie.²⁸ Davon ausgehend wurde eine Reihe institutioneller Doktrinen und Direktiven erarbeitet, die sich auf die Tätigkeit des IKRK in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten und Situationen unterhalb der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts beziehen. Das letzte Dokument dieser Art ist DOCT/63-2006/1 „The Invocation of International Human Rights Law by the ICRC“ und formuliert eine allumfassende Herangehensweise, indem die Menschenrechte genannt werden, auf die sich auch das IKRK in seiner Tätigkeit beruft. Die Doktrin verfolgt einerseits den Zweck, die Menschenrechte in der humanitären Arbeit zu nutzen, wenn es angebracht ist. Auf der anderen Seite will das IKRK sicherstellen, dass sich seine Arbeit von derjenigen der Menschenrechtsverteidiger abgrenzen lässt und seine einzigartige Identität erhalten bleibt.

Im Einlang mit der Komplementaritätstheorie übernimmt das IKRK keine Verpflichtung, als Menschenrechtsverteidiger zu agieren. Falls die Anwendung der Menschenrechte im Widerspruch zu den operationellen Aktivitäten des IKRK stehen sollte, so werde sich das IKRK nicht auf diese Bestimmungen berufen. Deshalb steht für das IKRK in seiner operationalen Argumentation immer das humanitäre Völkerrecht im Vordergrund und die daraus abgeleiteten Konsequenzen für seine praktische Tätigkeit werden nur dann durch menschenrechtliche Forderungen ergänzt, wenn dies der Durchsetzung seiner Aufgaben im Feld dient.

Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass das IKRK an den UN-Diskussionen über die fundamentalen Standards der Humanität teilgenommen hat. Es unterstrich, dass der exakte Inhalt dieses Prinzips herausgearbeitet werden sollte und führte aus: „The first issue regarding the content related to

²³ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, 2. Dezember 1990.

²⁴ A. Rossas/T. Meron, *Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standards*, in: *American Journal of International Law* 89 (1995), S. 215.

²⁵ C.M. Cerna, *Human Rights in Armed Conflict: Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies*, in: F. Kalshoven/Y. Sandoz (Hrsg.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Genf 1988, S. 39.

²⁶ D. Schindler, *Human Rights and Humanitarian Law*, in: *AmULRev* 31 (1982), S. 935.

²⁷ H.-P. Gasser, *International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-international Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?*, in: *German Yearbook of International Law* 45 (2002), S. 162.

²⁸ Vgl. D. Forsythe, a.a.O. (Fn. 6), S. 271. The Human Rights Sub-Commission of the UN Commission on Human Rights also refers in its Resolution 1989/26 to „Convergence“.

the question of whether an attempt to merge norms of international humanitarian law and human rights law was the way forward. ICRC expressed concern that such a merger would risk confusing two distinct, albeit complementary, areas of law to the detriment of legal obligations contained in each.²⁹ Diese Herangehensweise wurde in der IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie bekräftigt. Darin heißt es, dass die Menschenrechte genutzt werden können „to support, strengthen and clarify analogous principles of humanitarian law.“³⁰ Ein Beispiel ist in dieser Hinsicht der Begriff des „fair trial“, der offensichtlich dem Bereich der Menschenrechte zugehörig ist. Soll dieses Konzept im Zusammenhang mit dem humanitären Völkerrecht angewendet werden, so ist auf die Ausformung dieses Konzepts durch die Rechtsprechung zu den Menschenrechten zurückzugreifen.

Diese Umstände rechtfertigen es, von einer Konvergenz beider Rechtskörper zu sprechen, die weiter geht als „natural convergence of humanitarian principle underlying these two bodies of law.“³¹ Konvergenz bedeutet hier eine Überlappung der Schutzbereiche. Gleichwohl muss dabei im Auge behalten werden, dass es verfahrensrechtliche Unterschiede beider Rechtsbereiche gibt. Ausdrücklich weist deshalb Sperber darauf hin, dass die Menschenrechte vom Einzelnen gegen den Staat durchgesetzt werden, während dies hinsichtlich des humanitären Völkerrechts bislang nicht möglich ist.³²

Die Konvergenz oder kumulative Anwendung beider Rechtskörper sind Ausdruck der Komplementaritätstheorie, die letztlich aus dem Umstand resultiert, dass einige menschenrechtliche Verpflichtungen auch während bewaffneter Konflikte fortbestehen. Somit ist eine Überlappung beider Rechtskörper festzustellen, die in der Praxis in einem unterschiedlichen Ausmaß genutzt wird.

3.2. Anwendung der Komplementarität durch UN-Berichterstatter

Die heute bereits dominierende Komplementaritätstheorie gewinnt weiter an Einfluss. Verschiedentlich wird sogar davon ausgegangen, die kumulative Anwendung beider Rechtskörper könne zu einem einheitlichen Komplex der Menschenrechte unter verschiedenen institutionellen Schirmen führen.³³ Während diese Auffassung unter Theoretikern verbreitet ist, gibt es auch in der Praxis Anzeichen für ihre Akzeptanz. Das zeigte sich insbesondere in Kuwait 1991 und im Irak 2003-2004. Die kumulative Anwendung beider Rechtskörper war im Krieg um Kuwait sowohl „feasible and meaningful“ und machte die praktische Bedeutung der Komplementarität für das Okkupationsregime in Kuwait 1990/91 deutlich.³⁴

Parallelen ergeben sich hinsichtlich der Situation im Irak 2003-2004. Die einschlägige Sicherheitsratsresolution 1483 (2003), die die entscheidenden Bestimmungen hinsichtlich der Okkupation und des Wiederaufbaus Iraks enthält, fordert alle „involved to fulfil their obligations under international law, especially those according to the Geneva Conventions“ (Ziff. 5), und ruft den Sonderrepräsentanten des UN-Generalsekretärs für den Irak auf, auf den Schutz der Menschenrechte hinzuwirken (Ziff. 8 lit. g)). Es versteht sich von selbst, dass die Erfüllung dieser Aufgaben eine kumulative

Anwendung der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts erfordert. Hinsichtlich dieser kumulativen Anwendung sind drei Aspekte besonders hervorzuheben:

- Die Interpretation der Rechte und Pflichten muss auf beide Rechtskörper Bezug nehmen. So ist es beispielsweise schwierig, den im Menschenrechtsschutz verwendeten Begriff der „humanen Behandlung“ anders zu interpretieren als durch die Heranziehung des Genfer Abkommens III, soweit es sich um die Anwendung in Kriegsgefangenenlagern handelt. Andererseits kann den Erfordernissen der gemeinsame Artikel 3 Absatz 1 lit. c) der Genfer Abkommen nicht entsprochen werden, wenn nicht die rechtlichen Garantien, die von zivilisierten Staaten als unumgänglich angesehen werden, Berücksichtigung finden. Dies bedeutet zwangsläufig die Anwendung menschenrechtlicher Standards.
- Die Menschenrechte müssen weiterhin herangezogen werden, um das humanitäre Völkerrecht bei der Herausarbeitung der exakten staatlichen Verpflichtungen zu unterstützen. So können die Verpflichtungen aus Artikel 55 des Genfer Abkommens IV bezüglich des Rechts auf Gesundheit nur in Verbindung mit den Bestimmungen des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³⁵ interpretiert werden.
- Wenn Vergewaltigung als durch das humanitäre Völkerrecht verbotene Kriegsführungsmethode zu beurteilen ist, so können auch die Bestimmungen des UN-Antifolterübereinkommens nicht außer Acht gelassen werden.³⁶

Das Völkerrecht kommt ferner nicht umhin, auf die Menschenrechte zurückzugreifen, wenn die Pflichten in Bezug auf vermisste Personen ermittelt werden sollen. Selbst wenn es unstrittig ist, dass „Verschwindenlassen“ eine schwere Menschenrechtsverletzung ist, so stellt sich dennoch die Frage nach dem anwendbaren Recht, weil die Bestimmungen über lange Zeit schlechthin unterentwickelt waren. Zumindest bezüglich bewaffneter Konflikte gab es aber mit den Genfer Abkommen III und IV eine etwas klarere Rechtslage, da die Besatzungsmacht dadurch verpflichtet ist, relevante Informationen über festgehaltene Personen, einschließlich ihres Todes und möglicher Gründe dafür, weiterzugeben. Sie ist auch verpflichtet, über die Suche nach Personen zu berichten, deren Schicksal unbekannt ist.³⁷

²⁹ UN Doc. E/CN.4/2000/94, Rn. 9, 27. Dezember 1999.

³⁰ J.-M. Henckaerts/M. Doswald-Beck (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, Cambridge 2005, S. 299.

³¹ D. Stephens, *Human Rights and Armed Conflict: The Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case*, in: *Yale Human Rights & Development Law Journal* 4 (2001), S. 2.

³² M.H. Sperber/J.W. Lindh/Y.E. Hamdi, *Closing the Loophole in International Humanitarian Law for American Nationals Captured Abroad While Fighting with Enemy Forces*, in: *American Criminal Law Review* 40 (2003), S. 239.

³³ T. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge 1987, S. 28.

³⁴ W. Kälin (Hrsg.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Bern 1994, S. 27.

³⁵ UNTS, Vol. 993, S. 3.

³⁶ UNTS, Vol. 1465, S. 85. See D. Blatt, *Recognizing Rape as a Method of Torture*, in: *New York University Review of Law and Social Change* 19 (1994), S. 821.

³⁷ W. Kälin, a.a.O. (Fn. 34), S. 27.

In einem Bericht an den Sicherheitsrat, betitelt „On the Protection of Civilians in Armed Conflict“³⁸, äußerte sich der UN-Generalsekretär zur kumulativen Anwendung aller Normen, die zumindest diejenigen Menschen schützen, die nach den Genfer Abkommen als Zivilisten anzusehen sind. Er empfiehlt den Staaten, gleichermaßen alle relevanten internationalen Instrumente des humanitären Völkerrechts, der Menschenrechte und des Flüchtlingsrechts zu ratifizieren, da alle drei Kategorien „essential tools for the legal protection of civilians in armed conflicts“³⁹ seien.

Aus praktischer Sicht ist der verstärkte Rückgriff auf das humanitäre Völkerrecht Ausdruck der Zunahme nicht-internationaler Konflikte, die oft in einer Grauzone des Rechts stattfinden.

Diese Bedeutung für die Praxis wurde in der Literatur immer wieder unterstrichen.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund begrüßte man auch die Kooperation der drei hauptsächlichen Akteure im Feld (IKRK, UNHCR und die Menschenrechtsorgane der Vereinten Nationen), ohne dass ihre unterschiedlichen Mandate damit infrage gestellt wurden. Meron betrachtet die Bereitschaft der UN-Menschenrechtsberichterstatter, auch das humanitäre Völkerrecht zu berücksichtigen, als eine der nützlichsten Entwicklungen und als Beispiel für die Konvergenz.⁴¹

3.3. Anwendung durch den IGH

Die kumulative Anwendung der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts stellt zwangsläufig die Frage nach ihrem wechselseitigen Verhältnis. Diese musste im Rahmen des Nuklearwaffen-Gutachtens beantwortet werden,⁴² weil die Befürworter der Rechtswidrigkeit der Nuklearwaffen argumentiert hatten, die Anwendung dieser Waffen sei eine Verletzung des Rechts auf Leben, das in Artikel 6 ICCPR verankert ist.⁴³ Dort heißt es, dass „no one shall be arbitrarily deprived of his life.“ In seinem Gutachten stellt der IGH den notstandsfesten Charakter des Rechts auf Leben heraus, so dass dieses auch im bewaffneten Konflikt nicht außer Kraft gesetzt werden darf. Somit ist es auch während der Kampfhandlungen verboten, jemanden „willkürlich“ seines Rechts auf Leben zu berauben. Was jedoch im bewaffneten Konflikt als eine Verletzung dieses Rechts anzusehen ist, richtet sich nach der im Konflikt anwendbaren Rechtsordnung, dem humanitären Völkerrecht. Diese Rechtsordnung hat folglich die Qualität einer *lex specialis*. Die Tötung eines Kombattanten im Rahmen von Kampfhandlungen ist keine „willkürliche“ Beraubung des Lebens des Kombattanten, sondern durch die Rechtsordnung des humanitären Völkerrechts zugelassen. Das Gutachten zur israelischen Mauer in den besetzten palästinensischen Gebieten aus dem Jahre 2004 bestätigt einmal mehr, dass das Recht auf Leben während der Kampfhandlungen im Zusammenhang mit dem humanitären Völkerrecht zu interpretieren ist.⁴⁴ Auch der Menschenrechtsausschuss kommt in seinem General Comment zu Artikel 2 zu dem Schluss, dass die ICCPR auch in Zeiten bewaffneter Konflikte, die den Regelungen des humanitären Völkerrechts unterliegen, anwendbar ist. Allerdings sind die Aussagen im Vergleich zu denen des IGH nicht so eindeutig, jedenfalls insoweit die Frage nach dem *lex specialis* betroffen ist: „While, in respect of certain Covenant rights, more specific

rules of international humanitarian law may be especially relevant for the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.“⁴⁵ Der *lex specialis*-Charakter des humanitären Völkerrechts ist aber grundlegend. So ist es zutreffend, dass unter bestimmten Umständen die Menschenrechte nicht anwendbar sind, so zum Beispiel, wenn ein Kombattant im Rahmen einer rechtmäßigen Kampfhandlung einen anderen Kombattanten tötet, dann ist dies entsprechend dem *ius in bello* nicht als Verbrechen verfolgbar.⁴⁶

Die Feststellungen der IGH-Gutachten wurden durch Völkerrechtler begrüßt, weil sie der Klarheit der Anwendung der Rechtsordnungen dienen. Insbesondere bezog sich dies darauf, dass der Geltungsbereich der Normen, die vorrangig dem Friedensvölkerrecht zugehören, nicht in unqualifizierter Weise auf das Kriegsvölkerrecht übertragen wird. Die Menschenrechtsnormen müssen vielmehr in sehr sensibler Weise in das Kriegsvölkerrecht eingepasst werden.⁴⁷ Die Priorität des humanitären Völkerrechts ist demnach zu unterstreichen. Folglich kommt solchen Bestimmungen wie Artikel 4 ICCPR (und denen analoger Verträge) eine große Bedeutung zu. Deshalb unterstreicht der IGH auch, dass hinsichtlich des Schutzes, der durch das humanitäre Völkerrecht und durch die Menschenrechte gewährt wird, eine Harmonisierung nötig ist. Dies macht ein Eingehen auf die *lex specialis derogate legis generalis*-Regel notwendig. Dieser Einwand kann durch den Verweis auf die Marten'sche Klausel zurückgewiesen werden, denn diese wurde sowohl im Völkervertragsrecht wie im Gewohnheitsrecht akzeptiert. Sie bestätigt, dass die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts nicht als die schlussendliche Regelung zum Schutz des Menschen angesehen werden können, sondern durch die Bestimmungen der menschlichen Moral ergänzt werden, die letztlich Teil der Menschenrechte sind.⁴⁸

³⁸ UN Doc. S/1999/957, 8. September 1999.

³⁹ *Id.*, Rn. 36.

⁴⁰ D. Fleck, Humanitarian Protection Against Non-State Actors, in: J.A. Frowein *et al.* (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel, Berlin 2003, S. 78.

⁴¹ T. Meron, Convergence of International Humanitarian Law and Human Rights Law, in: D. Warner (Hrsg.), Human Rights and Humanitarian Law, Den Haag 1997, S. 102.

⁴² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, S. 26.

⁴³ Diese Position vertraten nach Greenwood Malaysia, die Salomonen und Ägypten. Vgl. C.J. Greenwood, Jus Bellum and Jus in Bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion, in: L. Boisson de Chazournes/P. Sands (Hrsg.), International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons, Cambridge 1999, S. 253.

⁴⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, Rn. 101.

⁴⁵ UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6, 21. April 2004, Ziff. 11 Satz 2.

⁴⁶ C.J. Greenwood, a.a.O. (Fn. 43), S. 253.

⁴⁷ M.J. Matheson, The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons, in: American Journal of International Law 91 (1997), S. 423.

⁴⁸ Vgl. H.B. Reimann, Menschenrechtsstandard in bewaffneten Konflikten, in: C. Swinarski (Hrsg.), Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, Genf/Den Haag 1984, S. 773.

Die Identifizierung des exakten Inhalts des Rechts auf Leben in bewaffneten Konflikten erfolgte auch im Rahmen menschenrechtlicher Verträge mit regionalem Geltungsbereich. Hier ist insbesondere auf Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention zu verweisen, der eindeutig bestimmt, dass Tötungen im Rahmen von Kriegshandlungen nicht als Verletzungen des in Artikel 2 verankerten Menschenrechts auf Leben anzusehen sind.

3.4. Praktische Konsequenzen

Bewaffnete Konflikte finden nicht im Geheimen statt. Vielmehr werden sie durch das Völkerrecht geregelt. Insbesondere sind dies die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts, die eine sichere Umgebung für nicht an den Feindseligkeiten teilnehmende Personen schaffen sollen. Zur Durchsetzung dieses Zieles wurden in den letzten Jahren große Anstrengungen unternommen, die Regeln der Zurechenbarkeit klarzustellen und so dem Prinzip der Verantwortlichkeit größere Beachtung zu schenken. Insbesondere die Übernahme der menschenrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln in den Bereich des humanitären Völkerrechts kann positive Auswirkungen haben.⁴⁹ Gleichwohl wird in der Literatur auch darauf hingewiesen, dass diese nur in Übereinstimmung mit der Komplementaritätstheorie erfolgen kann, denn die menschenrechtlichen Zurechnungskriterien können nicht einfach unter den Bedingungen des bewaffneten Konflikts angewendet werden.

4. Integrationstheorie

Das 1989 verabschiedete Übereinkommen über die Rechte des Kindes⁵⁰ entspricht in eindrucksvoller Weise der Theorie von der Integration des humanitären Völkerrechts in die Rechtsordnung der Menschenrechte. Artikel 38 Absatz 1 des Übereinkommens verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts bezüglich der Kinder im bewaffneten Konflikt zu respektieren und umzusetzen. Somit enthält erstmals ein Menschenrechtsvertrag, der normalerweise in Friedenszeiten Anwendung findet, Bestimmungen über die Respektierung von Menschenrechten unter den Bedingungen eines Krieges. Diese Regelungen beschränken sich nicht auf die generelle Feststellung des Artikels 38 Absatz 1, sondern wiederholen in Artikel 38 Absätze 2, 3 und 4 detailliert die Verpflichtungen aus Artikel 77 ZP 1. Damit werden die Rekrutierung und die direkte Teilnahme von Kindern an Kampfhandlungen Beschränkungen unterworfen. Diese Standards, die bereits 1977 mit dem ZP 1 festgeschrieben wurden, werden damit bekräftigt. Somit gestattet auch die Kinderrechtskonvention die Rekrutierung von Personen zu den Streitkräften ab dem Alter von 15 Jahren.

Diese Regelung ist freilich wenig zufriedenstellend, denn sie widerspricht einerseits dem Konzept der progressiven Kodifizierung des Völkerrechts, das eine stetige Verbesserung des Schutzstandards der Menschenrechte erwarten lässt. Wenn es innerhalb von zwölf Jahren angesichts der immer breiteren Akzeptanz der Menschenrechte nicht gelingt, einer anerkanntermaßen besonders schutzbedürftigen Gruppe einen verbesserten Standard zu gewähren, so ist dies

kein Erfolg. Das IKRK hatte deshalb im Kodifikationsprozess gefordert, Artikel 38 Absätze 2, 3 und 4 nicht aufzunehmen, sondern, wenn überhaupt, nur ein Bekenntnis zu dem im Konflikt anwendbaren humanitären Völkerrecht aufzunehmen.⁵¹

Hinzu kommt, dass die Regelung auch dem Ziel des Übereinkommens widerspricht. Dieses ist in Artikel 3 als Generalklausel festgelegt. Demnach verpflichten sich die Mitgliedstaaten, alles Notwendige zum Wohle des Kindes zu unternehmen. Nach Artikel 1 ist ein Kind eine Person bis zum 18. Lebensjahr und es ist ganz offenkundig, dass die Rekrutierung eines Kindes nicht zum Wohle eines Kindes geschehen kann.

Dieser Widerspruch wurde in der Literatur und von Staaten vielfach kritisiert.⁵² Diese unzureichende Regelung in dem Kinderrechtsübereinkommen war darauf zurückzuführen, dass sich drei Staaten ausdrücklich gegen eine Erhöhung des Mindestalters für die Rekrutierung von jugendlichen Soldaten (Iran, Irak und die USA) ausgesprochen hatten. Von den USA wurden dafür rechtstheoretische Einwände geltend gemacht, denn sie argumentierten, dass eine menschenrechtliche Kodifikation nicht der Ort sei, Standards des humanitären Völkerrechts festzuschreiben.⁵³ Vielmehr käme dies einer Staatenkonferenz unter der Leitung des IKRK zu. Diese Haltung der USA liegt auf der Linie der traditionellen Separationstheorie. Dass sie auch von den maßgeblichen internationalen Akteuren als überholt angesehen wird, wird daran deutlich, dass sie sich der Auffassung anschlossen, es gehe bei dem Kinderrechtsübereinkommen nicht um eine Revision des humanitären Völkerrechts, sondern um einen unabhängigen eigenständigen Vertrag. Ein solcher neuer Vertrag könne durchaus einen höheren Standard als den des Artikels 77 festschreiben, weil die bisherige Regelung damit nicht abgeschwächt wird. Das Vertragsrecht lässt eine solche Kodifikation zu.

Nach dem Inkrafttreten und dem unübersehbaren Erfolg des Kinderrechtsübereinkommens, das bislang von allen Staaten mit Ausnahme der USA und Somalias ratifiziert wurde, nahm die Kritik an den unzureichenden Bestimmungen zum Schutz der Kinder im bewaffneten Konflikt zu. Deshalb erarbeitete eine offene Arbeitsgruppe ein Protokoll zu diesem Gegenstand, das mehr als zehn Jahre nach der Annahme des Kinderrechtsübereinkommens am 25. Mai 2000 mit der UN-Resolution 54/263 durch die Generalversammlung angenommen wurde und zur Ratifikation aufgelegt wurde. Demnach müssen die Staaten alle durchführbaren Maßnahmen unternehmen, damit Personen unter 18 Jahren nicht direkt an Kampfhandlungen teilnehmen, und das Mindestalter der

⁴⁹ K. Watkin, Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, in: AJIL 98 (2004), S. 34.

⁵⁰ UN Doc. A/RES/44/25, 20. November 1989.

⁵¹ Siehe dazu S. von Schorlemer, Kindersoldaten und bewaffneter Konflikt, Frankfurt/M. 2009, S. 116 ff.

⁵² H.-J. Heintze, Children Need More Protection Under International Humanitarian Law – Recent Developments Concerning Article 38 of the UN Child Convention as a Challenge to the International Red Cross and Red Crescent Movement, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 8 (1995), S. 200.

⁵³ UN Doc. E/CN.4/1989/48, 2. März 1989, S. 112, para. 603.

zwangsweisen Rekrutierung durch die Staaten wurde auf 18 Jahre erhöht. Das Protokoll trat am 12. Februar 2002 in Kraft. Nur am Rande sei vermerkt, dass die USA seit 1992 an der Ausarbeitung des Protokolls teilnahmen, es unterzeichneten und ratifizierten.

Mit dem Protokoll wurde zumindest für die Mitgliedstaaten der Standard des humanitären Völkerrechts durch einen menschenrechtlichen Vertrag erhöht.⁵⁴ Das Protokoll ist ein Beleg dafür, dass heute der Standard des humanitären Völkerrechts bezüglich des Schutzes der Zivilisten nicht mehr ermittelt werden kann, ohne die Menschenrechte zu berücksichtigen. Dies berechtigt, einmal mehr, von einer Konvergenz beider Rechtskörper zu sprechen, die über „a natural convergence of humanitarian principle underlying these two bodies of law“ hinausgeht.⁵⁵ Diese Konvergenz, die bislang in der kumulativen Anwendung zum Ausdruck kommt, könnte dazu führen, dass der Menschenrechtsschutz und das humanitäre Völkerrecht einmal zu einem einheitlichen Rechtskörper zusammenwachsen. Bislang muss aber der Unterschied, der vor allem im Verfahrensrechtlichen angesiedelt ist, weiter berücksichtigt werden.

5. Fazit und Ausblick

Gerade im Lichte des Kinderrechtsübereinkommens und seines Zusatzprotokolls zu Kindern im bewaffneten Konflikt ist zu erwarten, dass in der Staatenpraxis die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht zunehmend als Einheit des anwendbaren Völkerrechts im bewaffneten Konflikt verstanden werden. Die Untersuchung zeigt, dass auch die Rechtstheorie trotz aller Unterschiede hinsichtlich der Regelungsgegenstände und -mechanismen immer mehr von der Separationstheorie abgeht und sich der Komplementaritätstheorie zuwendet. Diese muss dann letztlich in die Integrationstheorie übergehen. ■

⁵⁴ Dies wurde von M. Happold, *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*, in: H. Fischer (Hrsg.), *Yearbook of International Humanitarian Law* 3 (2000), S. 242 nicht berücksichtigt.

⁵⁵ M.H. Sperber/J.W. Lindh/Y.E. Hamdi, *Closing the Loophole in International Humanitarian Law*, in: *American Criminal Law Review* 40 (2003), S. 239.

When Democracy Combats Violence: Some Theoretical Implications of a Legitimist Conception of Violence in International Law

Natalia Alvarez*

Die Idee, nach der Gewalt, Gewaltanwendung und Demokratie in Beziehung zueinander stehen, war in den letzten Jahrzehnten im Völkerrecht sehr verbreitet. Die Vereinten Nationen folgten einigen dieser Vorstellungen und gingen davon aus, dass Demokratie in der Lage sei, Gewalt zu bekämpfen. Im Zentrum dieser Denkrichtung steht die Balance zwischen einer liberalen Idealisierung der Demokratie, die Demokratien als sich nicht gegenseitig bekämpfende Systeme darstellt, und einer realistischen Perspektive, laut der Staaten stets nach Maximierung ihrer Macht und Durchsetzung ihrer Interessen streben. Das Ergebnis ist: Was ein mangelnder politischer Wille, bei Gewaltanwendungen einzugreifen, zu sein scheint, erweist sich als sehr komplexes Problem, das in den derzeitigen internationalen Strukturen und Theorien tief verankert ist.

The idea that violence and the use of force are linked to democracy has been very influential in international law in the last few decades. The United Nations has taken some of these ideas on board, advocating that democracy is able to combat violence. This architecture is maintained by a delicate balance between a liberal idealisation of democracy that portrays democracies as systems that do not fight each other, and a realist perspective that believes that states always try to maximise their power and their own interests. As a result, what seems to be a lack of political will to act in cases in which violence is used, turns to be a much more complex issue embedded in the current international structures and theories.

1. The Legitimist Conception of Violence: A United Nation Charter Approach

Violence is not uncommon in international law: acts of aggression, wars, executions without trial and torture are ever-present. Sofsky states that violence is in fact an option for human beings. In order to eradicate that option one would have to eliminate the capacity to imagine. Thus, fantasy and imagination allow human beings to dream about being “other” people, about immortality, about transcending the self. For Sofsky, all these fantasies are related to the fear of dying. Yet killing other people means defeating a fear of dying through surviving another person’s death. In this transition, violence speaks of the human fascination both with death and with absolute power. For this reason, according to Sofsky, theories explaining violence on the basis of a good or evil predisposition of human nature are useless. Human beings are violent for different reasons, which is why looking exclusively for psychological or socio-cultural explanations of violent behaviour might afford only limited information. The fact that there are many human beings with a horrible past and a terrifying present that have never resorted to violence to revenge or compensate for the damage and pain inflicted in their lives shows the lack of rigor of these theories.¹ Opposing to violence, some scholars refer to the alleged virtues of democracy, contributing to what I called a liberal idealisation of democracy; a privileged conception of democracy as an ideology to counterbalance violence. Such is the case of Keane, who, in his reflections on the nature of violence says: “The belief that violence is natural, a deep-seated predisposition in every individual, or generative of either the body politic or of the species as a whole, is both historically specific and profoundly anti-democratic.”² Indeed, he strongly disagrees with René Girard’s approach to violence as something intrinsically rooted in the political and

religious systems.³ For Keane, violence can be “democratised” in the sense that “means and institutions of violence must always be publicly accountable and that surplus violence can and should be removed from the world.”⁴ Keane deeply believes that democracy can fight against violence, mainly because its survival depends on how successful it can be in this fight. Moreover, he adds a new dimension to the concept of democracy, establishing that unless violence is eliminated, democracy will never prevail.

Associations between violence and democracy are complex. Whereas power and violence, according to Foucault, might not be necessary together,⁵ it seems that law and violence are more in tune with each other. According to Derrida, violence is inside law: it “belongs to the symbolic order of law, politics and morals.”⁶ Derrida points out that it is the law that has an interest in a monopoly of violence and this monopoly of violence does not protect any given just or legal ends but only the law itself.⁷ In this conception, violence is a condi-

* Dr. Natalia Alvarez is a Lecturer in Law at the University of Aberdeen. This article is part of a research project on violence and international legal personality developed between 2006-2007 as a Basque Government Postdoctoral Research Fellow at the School of Law, University of Aberdeen.

¹ W. Sofsky, *Tiempos de Horror. Amok, Violencia, Guerra, Paidós*, Madrid 2004, pp. 7-29.

² J. Keane, *Violence and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 8.

³ R. Girard, *Violence and the Sacred*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1977.

⁴ J. Keane, *supra* note 2, p. 12.

⁵ J.D. Faubion, *Essential Works of Foucault 1945-1984, Volume III: The Subject and the Power*, New York University Press, New York 2000.

⁶ J. Derrida, *The Mystical Foundation of Authority*, in: D.G. Carlson (ed.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, London 1992, p. 31.

⁷ *Id.*, p. 33.

tion of law, and whatever law would produce will be surrounded by the original association with violence. In this regard, democracy might not be an exception.

If any of these scholars had any common view about violence that would be the very difficulty of defining it. In spite of this, Keane gives a tentative approach when he states that violence refers to “the more or less intended, direct but unwanted physical interference by groups and/or individuals with the bodies of others, who are consequently made to suffer a series of effects ranging from shock, speechlessness, mental torment, nightmares, bruises, scratches, swelling or headaches through to broken bones, heart attacks, loss of body parts, or death.”⁸ In this liberal perspective, violence means any physical or mental harm without prior consent. Although we might agree that violence brings suffering to those on whose bodies or minds it is inflicted, it seems that *a priori* violence is not in contradiction with democracy. Indeed, violence is not necessarily wrong. At least, not all types of violence: Keane says that in a democracy, violence is not always bad, especially if it is working to create a peaceful society.⁹

In an effort to understand how violence is conceptualised, Coady refers to a typology of definitions of violence. A restricted definition of violence refers to the “positive interpersonal acts of force, usually involving the infliction of physical injury.”¹⁰ This definition tends to have close connections with “reformist liberal political” positions.¹¹ Violence can also be conceptualised as wide or legitimist. Wide definitions of violence gravitate toward political left opinions in which social injustices and inequalities are at the centre of the analysis. This is well illustrated by the concept of “structural violence” coined by Galtung.¹² Finally, legitimist conceptions of violence associated with conservative or right-wing liberal political options add to the definition of violence considerations on its legality or legitimacy.¹³ Typically, scholars working with a legitimist definition of violence include normative elements in the definition in order to qualify an act as violent. Ramsay adds that scholars supporting this legitimist version of violence, such as Priestland and Hook, tend to distinguish between violence and force. In this context, violence is illegal and unauthorised by the state, and force is the state’s legitimate use of force. As Ramsay affirms: “Even if according to liberal ideology the state’s violence is justified and limited to the legitimate purposes set by humane rules against those who threaten the liberal democratic order (...), it is still violence according to the standard dictionary definition, defining it as acts of force usually involving physical injury.”¹⁴ Commenting on Wolff’s legitimist definition of violence as “the illegitimate or unauthorised use of force to effect decisions against the will of desire of other”¹⁵, Coade rightly concludes that one of the weaknesses of this definition is that it would lead to the absurdity of categorising as non-violent the legal use of force by legitimate governments that are fighting one another.¹⁶ Ironically, what it is described by Coade as absurd is in fact an accurate picture of how international law regulates the use of force.

Following Sofsky and Coade, we can assert that although violence can be linked to the desire for absolute power and control over human beings, in a liberal tradition violence implies inflicting physical or mental pain. However, when this

liberal tradition is translated into the domain of international law it is transformed by conditions of illegality and illegitimacy. These ultimate specifications leave the definition and scope of violence in the sphere of what is defined as illegal in a given institutionalised society and what is perceived as illegitimate according to certain actors and moral values. In a decentralised and unauthoritative system such as international law it is easy to understand why defining the conditions in which violence is authorised and legitimised is a difficult exercise.

Violence is also presented according to different terminologies in the international realm, reflecting the porous boundaries of the concept itself. Generally speaking, an armed operation authorised by international law is defined as the use of force, whereas armed interventions perceived as legitimate and urgent, and in which authorisation is irrelevant due to the imperative for saving lives, are labelled “humanitarian interventions”.¹⁷ The consequence of this legal and political architecture is that when it comes to justifying violence as legitimate, international actors and moral values shaped by socio-legal and political theoretical frameworks are the main factors that can spur the shift from violence to force. Leaving aside the field of humanitarian interventions, there is enough ground to assert that the use of force, as designed by the United Nations Charter and applied by the Security Council, is a broad enough concept to give room to various legitimate considerations.

The United Nations Charter not only establishes a general prohibition on the use of force in Article 2.4, but also an obligation, in Article 2.3, to solve international controversies by peaceful means. This provision on the prohibition of the use of force is considered a fundamental principle of international law;¹⁸ it is recognised as *ius cogens* and a peremptory norm from which no derogation is permitted.¹⁹ However, Article 2.4 establishes certain exceptions. These are self-

⁸ J. Keane, *supra* note 2, p. 35.

⁹ *Id.*, p. 161.

¹⁰ C.A.J. Coady, *Morality and Political Violence*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, p. 23.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ M. Ramsay, *Liberal Democratic Politics as a Form of Violence*, in: *Democratization* 17 (2010), p. 236.

¹⁵ C.A.J. Coady, *supra* note 10, p. 35.

¹⁶ *Id.*, p. 38.

¹⁷ A general definition of humanitarian intervention by Holzgrefe and Keohane refers to “the threat or use of force across state borders by a state or group of states aimed at preventing or ending widespread and grave violations of the fundamental human rights of individuals other than its own citizens, without the permission of the state within whose territory force is applied”, J.L. Holzgrefe, *The Humanitarian Intervention Debate*, in: J.L. Holzgrefe/R.O. Keohane, *Humanitarian Intervention, Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 18.

¹⁸ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1986, para. 90; ICJ *Consultative Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons*, 8 June 1996.

¹⁹ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1986, paras. 98-101, pp. 187-190.

defence (Article 51) and measures adopted under a collective security system (Articles 39–50). Some authors also consider another exception part of customary international law: the case of a colonial people's right to resort to military force to gain access to the exercise of their right to self-determination.²⁰

The framework operates based on a collective security system regulated in Article 39, in which the Security Council determines the existence of any threat to peace or act of aggression and decides the kind of measures to be taken in accordance with Articles 41 and 42. Indeed, the United Nations Charter authorises the Security Council to use force when there is a breach of the above-mentioned categories; however, none of these have been defined so far by the Security Council, legal writing or any state practice.²¹

This construction entails a flexible and versatile structure in which legal arguments play a crucial role in defining when the Security Council will authorise the use of force. Actually, the Security Council is authorised to declare events occurring internally as a threat to peace, which is then considered to exist until the Council decides otherwise.²² Therefore the framework of the use of force is somehow indeterminate, even unpredictable, but also exclusively designed by states. If one assumes that the nature of decisions by the Security Council is political, it is very easy to understand why arguments about the legitimacy of the use of force are so important. In the absence of an objective legal framework, international legal scholars resort to legitimacy to justify certain political decisions on the use of force that put into gear the legal machinery of the United Nations in doubtful cases. In this context, it is not surprising that some of the most radical arguments that defy the United Nations Charter refer to the lack sovereignty of non-democratic states and the desirability of military intervention. This argument, which has been called democratic legitimacy, reveals the influential role of the association between democracy and violence for international relations and international legal scholars.²³

In sum, due to the nature of the Security Council, decisions concerning the legality of use of force are not based exclusively on normative standards. These political standards come into play when examining concepts such as threats to peace, breaches of the peace or acts of aggression. Indeed, this is precisely the origin and the current foundation of the legitimist definition of violence in international law.

2. Democracy as the Political Element of a Legitimist Conception of Violence

As the normative and political elements of the definition of violence converge in a legitimist approach to violence, it is important to understand how legitimacy originates in terms of allowing the shift from violence into force. Indeed, one of the elements that have strongly influenced the construction of legitimacy in the international arena has been the liberal idealisation of democracy. As the system relies very much on the legal and moral perceptions held by the Security Council, democracy has been constituted as one of the unequivocal guarantees of being a peace-loving country unlikely to commit any sort of misdeed, at least not the sort that bring Chapter 7 into action. As Boutros-Ghali put it, back in 1995:

“Democracy is a newly recognized imperative” because it “is one of the pillars in which a more peaceful, more equitable, and more secure world can be built.”²⁴

In the political sciences there is a body of studies related to whether democracies are less violent than other regimes and have greater respect for human rights. Overall, it seems that although democracies might comply with human rights internally, there is no automatic correlation with their external behaviour.²⁵ Most of the studies in the field point out that democracies tend not to fight each other, and only to go to war against non-democratic regimes. This hypothesis has produced a large body of research on why democracies behave more violently towards non-democratic regimes and whether there is any sort of correlation between internal democratic behaviour and external behaviour.²⁶ On the whole it seems that democracies go to war as much as authoritarian regimes, and although it is evident that democracies are less likely to commit gross violations of human rights, recent events in Rwanda, Kenya or former Yugoslavia show that certain multicultural states are more at risk than others.²⁷ The field of democratic peace is still controversial and different assumptions coexist at the same level: some scholars support that democracies are more respectful of human rights²⁸ whereas others assert that peace is not the cause of the democratic nature of democracies but of the US' imperialistic interest in democracy.²⁹ Other scholars maintain that the common front that democracies create, in which dictatorships are perceived as “other”, might explain why democracies behave violently toward other regimes.³⁰ Indeed, it

²⁰ R. Bermejo García, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza; ambigüedades y límites*, Civitas, Madrid 1993, p. 69, among Anglo-American writers see M. Reisman, *Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4)*, in: *AJIL* 78 (1984), pp. 642-645.

²¹ B. Simma, *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 117.

²² Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 285-286.

²³ This concept has been advocated by scholars like Hass or Bolton. See A. Hurrel, *Legitimacy and The Use of Force: Can The Circle Be Squared?*, in: *Review of International Studies* 31 (2005), p. 20; This approach is different to that supported by scholars such as Henry Shue, which defends a “limited concept of sovereignty” linked to respect for human rights. See H. Shue, *Limiting Sovereignty*, in: J.M. Welsh (ed.), *Humanitarian Intervention and International Relations*, Oxford University Press, Oxford 2006, pp. 11-29.

²⁴ B. Boutros-Ghali, *Democracy is a Newly Recognized Imperative*, in: *Global Governance* 1 (1995), p. 3.

²⁵ P.M. Regan/E.A. Henderson, *Democracy, Threats and Political Repression in Developing Countries: Are Democracies Internally less Violent?*, in: *Third World Quarterly* 23 (2002), pp. 119-136.

²⁶ For a general picture of this debate see C. Daase, *Democratic Peace – Democratic War: Three Reasons Why Democracies are War-Prone*, in: A. Geis/L. Brock/H. Müller (eds.), *Democratic Wars*, Palgrave Macmillan, New York 2006, pp. 74-89.

²⁷ M. Mann, *The Dark Side of Democracy*, University of California, Los Angeles 2004.

²⁸ C. Davenport, *Human Rights and the Democratic Proposition*, in: *The Journal of Conflict Resolution* 43 (1999), pp. 92-116.

²⁹ S. Rosato, *The Flawed Logic of Democratic Peace Theory*, in: *The American Political Science Review* 97 (2003), pp. 585-602.

³⁰ T. Risse-Kapen, *Democratic Peace – Warlike Democracies? A Social Constructivist Interpretation of the Liberal Argument*, in: *European Journal of International Relations* 1 (1995), pp. 491-517.

seems that non-democratic countries are more likely to suffer an armed intervention than democratic ones.

This assertion can be seen as obvious if we consider the fact that non-democratic regimes do not respect human rights as much as democratic ones. However, the opposite is not necessarily true, as not all democracies fully respect human rights. What most of the literature does not reflect is the fact that a regime perceived as democratic can turn human rights violations into acts more likely to be tolerated by the international community. This is especially true in post-war scenarios of transitions to democracy in which the United Nations have got heavily involved. For example, the United Nations' accusations that the Rwandan Patriotic Army committed wide-scale killing and rape of the Hutu population have come late if one considers that these actions started right after the genocide in 1994. Since the late 20th century, different human rights reports have referred to Kagame's regime as responsible for internal political violence against his political opponents³¹ as well as for operations deployed in Eastern Congo, in which thousands of people were killed and women systematically raped. As Reyntjens puts it, "the tolerance of the international community can be explained in part by the 'genocide credit' the new regime enjoyed and skilfully exploited, but it was also inspired by the transition paradigm."³²

In a similar vein, prosecuting war crime suspects from the winning side of an armed conflict has been quite a difficult task, as the case of the Croatian generals responsible for the Homeland war shows.³³ Although Peskin points out that international tribunals depend too much on internal domestic dynamics and the goodwill of the governments involved,³⁴ the fact is that these states also take credit for being newly established democracies after a war.

Much of the problem comes from the fact that the United Nations tends to promote negotiation between warring parties and a transition to democracy as a model to end violence in a country. Indeed, "[t]he move toward democracy after war is the imperative, even in those instances where prior historical legacies had led to newly independent states."³⁵ Once this process is concluded at an institutional level, the United Nations is ready to label the regime democratic although it can be far from that, as the case of Kosovo reflects.³⁶ This state-centred and institutionalised version of democracy disregards the fact that democratisation needs to be inclusive and locally based and to develop from the bottom up. As Ottaway explains, in most of the last decade's post-war reconstruction efforts the international community has used a "bargain-basement imperial solution" based on democracy and human rights but with minimal resources deployed, as in Sierra Leone, Angola or Liberia.³⁷

This idea of democracy fighting against violence is indeed full of virtues and promises: it is not just that democracy can transform economic, social or political institutions into more transparent and participatory structures, but also that promoting democracy all over the world would eventually defeat violence, and this is something definitely worth fighting for. This strand is close to Kantian and liberal postures defended by scholars like Russett and O'Neal, who firmly believe that democracies do not fight each other.³⁸ These concepts look at democracy as a result, as a goal: once it is attained, violence

and human rights violations will disappear. This perspective is also an institutionalised one in which respect for standards and norms established by the United Nations would eventually contribute to promote peaceful democracies around the world. This comes closer to the idea that democratic advancement is the only possible way of shaping competing ideas of the good, the only possible alternative for a peaceful coexistence.³⁹

It is precisely this idea of democracy as a method of conciliating different notions of the good that has led the United Nations to hold the notion that enforcing and restoring democracy through military operations is a legitimate and legal way of establishing a regime that can deal with competing and exclusive conceptions of life.⁴⁰

Although there have been some precedents of interventions to restore democracy, as in Haiti, there is no consistent and general international practice in this field to sustain the belief that there is something like a right to democratic intervention. While lately military interventions have been justified in terms of humanitarian emergency (Kosovo), self-defence (Afghanistan) or a threat to international peace and security (Iraq), the most visible result has been that the international community has engaged in an industry of post-conflict reconstruction with the task of building new formal democracies able to stabilise the country and stop human rights violations, rather than the establishment of any kind of legal obligation on behalf of the international community to protect human rights or democracy worldwide.

To summarise the arguments put forward in this section we can conclude that a legitimist definition of violence in international law is associated with an approach to democracy as

³¹ F. Reyntjens, Post-1994 Politics in Rwanda: Problematising "Liberation" and "Democratization", in: *Third World Quarterly* 27 (2006), pp. 1103-1117.

³² *Id.*, p. 1103.

³³ L.A. Barrián/S.D. Roper, How Effective are International Criminal Tribunals?, An Analysis of the ICTY and ICTR, in: *The International Journal of Human Rights* 9 (2005), pp. 349-368.

³⁴ V. Peskin, Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, in: *Journal of Human Rights* 4 (2005), pp. 213-231; V. Peskin/M.P. Boduszynski, International Justice and Domestic Politics: Post-Tudjman Croatia and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in: *Europe-Asia Studies* 25 (2003), pp. 1117-1142.

³⁵ A.K. Jarstad/T.D. Sisk, *From War to Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, p. 3.

³⁶ See OSCE, Human Rights, Ethnic Relations and Democracy in Kosovo, Background Report, Summer 2007-2008, <http://www.osce.org/kosovo> (31 March 2011).

³⁷ M. Ottaway, Rebuilding State Institutions in Collapsed States, in: *Development and Change* 33 (2002), pp. 1022.

³⁸ J.R. O'Neal/B. Russett, The Kantian Peace, the Pacific Benefits of Democracy, Interdependence and International Organisations 1885-1992, in: *World Politics* 52 (1999), pp. 1-37.

³⁹ C. Van Den Anker, Institutional Implications of Global Justice as Impartiality: Cosmopolitan Democracy, in: *Global Society* 20 (2006), p. 284.

⁴⁰ A further point of interest is that international law does not recognise that the right to democracy entails any obligation to intervene once a democratic regime has been overthrown. G.H. Fox/B.R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; S. Wheatley, Democracy in International Law: A European Perspective, in: *ICLQ* 51 (2002), pp. 225-247.

an ideology opposing violence. In this regard, the United Nations has stood for arguments in favour of democracy in cases in which normative standards were insufficient to approve a military intervention. Indeed, Resolution 1483 is a good example of how the Security Council has endorsed arguments about democracy deployed by USA and UK in Iraq. Yet democracy has also been portrayed as the institutional model to bring peace after a conflict. In the first case, democracy brings legitimacy to an illegal situation; in the second, the post-conflict reconstruction model acknowledges the dream that democracy ends violence. Not surprisingly, international relations scholars like Pickering have pointed out, after analysing interventions from 1975 to 1996, that democracies are less likely to be the target of military interventions.

The situation is two-fold. Firstly, there are fewer possibilities of being the object of an armed intervention if the state itself is perceived as a democratic country (not necessarily a country that fully respects human rights, e.g. Israel). Secondly, there is a current ideology at the United Nations in which fighting against violence requires the promotion of democracy (e.g. Afghanistan, Iraq). Although the current account of human rights violations is quite high in both countries by any sort of democratic standards and is combined with corruption and the absence of a state presence in certain areas, there is an international perception that these regimes are democracies-under-construction, which makes their human rights situation more tolerable to the international community. The label “democracy-under-construction” is not gained after an international human rights monitoring process but in many cases is based on whether the international community got involved in the conflict and afterwards established a mission with the aim of rebuilding the democratic bases of the country.

In the light of the previous considerations we can conclude that presenting democracy as an antidote to violence belongs to the realm of the liberal dream in which categories are separated by clear lines. This does not just apply to the classic division between private and public or individual and community, but to the political and normative perception that democracies are regimes that can stand firm against violence. In sum, a legitimist definition of violence in international law reflects in its normative element a conservative version of the need to keep the distribution of power established by the great powers after the Second World War. To uphold this structure, it is not enough to resort to democracy in terms of legitimacy in an international context. The liberal idealisation of democracy needs to be inserted not only in the liberal cosmopolitan doctrine of democracy but also in the utilitarian traditions of realism and neo-realism that have shaped international law and international relations in the last decades.

3. Democracy as a Virtue: The Dangerous Liaison between Liberal Cosmopolitans, Realists and Neo-conservatives

In previous paragraphs I have argued that the United Nations conceives the use of force as an indeterminate and unilateral system that has proved to be very flexible in adapting to different arguments, including the promotion of democracy.

International legal scholars have referred to democracy as a right, but also as a more encompassing project called “democratisation” that aims to make international organisations more participatory and transparent. Overall, liberal international legal scholars have been enthusiastic about the idea of promoting democracy worldwide as a way of preventing international conflicts.⁴¹

3.1. The Liberal Idealisation of Democracy: A Cosmopolitan Approach

From a modern liberal approach, democracy in international law includes references to constitutionalism (rule of law and protection of fundamental rights) but also to the existence of an articulated civil society able to participate in general decision-making processes and transparency.⁴² In a somewhat similar approach, democracy has been subjected to further elaborations, such as the concept of “cosmopolitan democracy”. Its proponents believe in the possibility of “globalizing democracy while, at the same time, democratizing globalization.”⁴³ Cosmopolitanism is also linked to a liberal tradition in which human beings are considered equal in rights and dignity, but also in human agency: that is, the capacity to act and make claims.⁴⁴ According to Held, cosmopolitanism is entrenched in a set of different values that includes equal worth and dignity, active agency, personal responsibility, accountability or consent.⁴⁵ All these values require a “democratic public realm” in order to be fulfilled. In this regard, democracy is regarded as the framework within which cosmopolitanism is materialised.

However, one of the most challenging aspects of cosmopolitanism for international law is the fact that states are no longer deemed the “sole centre of legitimate power.”⁴⁶ For cosmopolitan scholars, international institutions that represent and promote the above-mentioned values are conceived as sources of legitimacy. This seems to be one of the reasons why states should comply with international standards in order to apply the cosmopolitan law. This conception, in which international legitimacy and legality compel states to comply with international norms, implies that cosmopolitan scholars are more willing to intervene in states when human rights violations occur. In this regard Fine wonders “Why should our sense of responsibility stop at national boundaries?”⁴⁷

⁴¹ A.-M. Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, in: EJIL 6 (1995), pp. 503-538. More recently, J. Ikenberry/A.-M. Slaughter (Co-directors of the Princeton Project on National Security), *Forging a World of Liberty under Law, U.S National Security in the 21st Century*, Princeton Project Papers, Princeton University Press, Princeton 2006.

⁴² E. Stein, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, in: AJIL 10 (2004), p. 494.

⁴³ D. Archibugi, *Cosmopolitan Democracy and its Critics: A Review*, in: EJIL 10 (2004), p. 438.

⁴⁴ D. Held, *Principles of Cosmopolitan Order*, in: G. Brock/H. Brighouse (eds.), *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, p. 12.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Id.*, p. 26.

⁴⁷ R. Fine, *Cosmopolitanism*, Routledge, London 2007, p. 81.

Although most cosmopolitan scholars are prompt to support humanitarian intervention when there are massive human rights violations, they disagree on the legal requirements needed to pursue this action. For example, Kaldor and Fine defend the need for the authorisation of the United Nations before the intervention, whereas Habermas is more dualistic about this matter, supporting the intervention in Kosovo but opposing that in Iraq.⁴⁸ More recently, Kagan proposed the creation of a League of Democracies that would be able to discuss international affairs in an institution made up of democracies with common democratic values.⁴⁹ Although he declared that this proposal was not aimed at replacing the United Nations, some scholars have understood that this project would eventually undermine it and the capacity to negotiate with non-democratic countries.⁵⁰

In opposition to cosmopolitan democracy, multiculturalists (liberal or communitarian) have stressed that the cosmopolitan project does not pay sufficient attention to the self-determination component of democracy, especially the right of minorities or indigenous peoples to participate in the decision-making process in their own countries.⁵¹ Eckersley rightly points out that cosmopolitan democrats should not be focused on achieving a globalised democracy but on redefining democracy locally. She firmly believes that nationalism, at least the kind of nationalism that respects human rights and takes into account global dynamics, is not an enemy of cosmopolitanism.⁵² Cosmopolitan supporters have also been criticised by realists who believe that force and national interests guide international relations, and for that reason democracy, as such, is not an interesting project if it is not helping national interests.⁵³

These concepts of democracy are not exclusive, and they overlap at different levels. For example, internal self-determination is not necessarily denied by cosmopolitan supporters, as multiculturalists portray, but is conceived more in terms of a demos than of an ethnos. In the same vein, realists do not always oppose democratic promotion abroad if it is working for a state's national interests. Nevertheless, in most of these theories, democracy is presented as the "promised land" in which fighting for higher values is equivalent to fighting against a threat to peace or international order.

Other writers see democracy as a cosmopolitan project that might eventually consolidate peaceful relations among states. Yet liberal positivism has hosted many of these scholars, offering an adequate concept of democracy that can match their aspirations. Some cosmopolitan democrats defend the view that democracies do not fight each other,⁵⁴ but they also take realists' critics on board when they say that democratic regimes do not necessarily follow a more "virtuous foreign policy". For this reason they focus on two elements of democratic regimes. Firstly, the interest of states in participating in international organisations, and secondly, the tendency of states to respect international norms when these are shared among a community of states that recognise each other as equals.⁵⁵

The liberal idealisation of democracy comes into play when the United Nations is perceived as a promoter of world democracy with the aim of ending violence and conflict. In this enormous task, cosmopolitanism is engaged critically as if promoting democracy in different countries, regions and

settings is the only possible solution to violence that a society can opt for. This liberal dream has also entangled neo-conservatists' ideas in which democracy is not only promoted but also imposed and defended.

3.2. Defending Democracy: A Neo-conservationist Project

In the context of humanitarian emergencies and massive violations of human rights it seems that war does not help to build democracy. But how far can one go with this assertion? Maybe, as neo-conservatives have put it, war does not help democracy, but it might be at least able to defend it. In choosing between constructing democracy and defending it, one might not be confronting a possible election, but rather a no-way-out situation between democracy and no-democracy, between victory and defeat. This neo-conservatism discourse emphasises both the virtues of democracy and the need to use whatever means we have to defend ourselves from our non-democratic enemies, and has been especially prominent in international law since the formulation of the Bush doctrine, due to the fact that neo-conservatives publicly supported the doctrine against realist concerns about the lack of necessity to defend democracy in order to defend the United States.

The Bush doctrine strengthened the idea that the United States was the most powerful nation in the world and that this hegemonic position needs to be preserved for the future. Once smaller nations realise the benefits of joining the United Nations, they will jump on the bandwagon. The Bush doctrine was based on the idea that in order to fight terrorism one needs a pre-emptive use of force, but also that the non-democratic regimes in the Middle East are the breeding ground for terrorism. Nonetheless, neo-conservatism is not a unitary stream; there are other versions that stress the moral aspects of this doctrine. In his book "In Defense of the Bush Doctrine" Kaufmann advocates, for example, what he calls a "democratic moral realism" that gives more emphasis to the role of democracy in foreign relations.⁵⁶ In opposing these discourses, we find a nationalist (realist) perspective.

⁴⁸ J. Habermas, An Interview on War and Peace, in: J. Habermas (ed.), *The Divided West*, Polity Press, Cambridge 2006, pp. 85-87.

⁴⁹ R. Kagan, The Case for the League of Democracies, *The Financial Times*, 13 May 2008.

⁵⁰ T. Carothers, *Is a League of Democracies a Good Idea?*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 2008; M. Emerson/R. Young, *Is the League of Democracies a Bad Idea? How Europe Should Respond*, in: FRIDE, Madrid 2008.

⁵¹ W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford 1996.

⁵² R. Eckersley, *From Cosmopolitan Nationalism to Cosmopolitan Democracy*, in: *Review of International Studies* 33 (2007), pp. 675-692.

⁵³ D. Archibugi, *supra* note 43, p. 454.

⁵⁴ B. Russett, *Grasping the Democratic Peace*, Princeton University Press, Princeton 1993.

⁵⁵ D. Archibugi, *supra* note 43, p. 442.

⁵⁶ R.G. Kaufmann, *In Defence of the Bush Doctrine*, University of Kentucky Press, Kentucky 2007.

3.3. Democracy as the Creation of Alliances: A Realist Proposal

Realism and rationalism have dominated the scene in international relations in the last few decades with an analysis based on the state as the main actor that seeks power and calculates its interests in a rational way. From the rationalist approach, international law has not been considered law because it cannot be enforced.⁵⁷ Other perspectives emphasise that international law is only obeyed when it serves a state's interests. This approach has been called "Hobbesian utilitarian rationalism."⁵⁸ Realism understands that studying states is a way of understanding international relations and that this is possible because states act in a rational manner comprehensible to an observer.⁵⁹

Rationalism conceives the identities and interests of agents as exogenously given and focused on outcomes produced by agents' behaviour.⁶⁰ In order to do this, classical realism is based on three assumptions. First, that states are the most important actors in world politics. Second, that world politics can be examined through the lens of the states as "unitary rational actors". Third, that states seek power as an end or as a means.⁶¹ Since the 1980s, however, there have been efforts to try to reformulate some aspects of realism, crystallising in Kenneth Waltz's neo-realism or structural realism theory on the balance of power.

This systemic approach is based on the idea that there are two constants at the international level. One is that the international system is anarchic rather than hierarchic, and the second, that units with similar functions interact.⁶² These interactions are integrated into an anarchic structure in which states act according to their interests and power in order to survive, preserving their own position in the system itself. The anarchical system, made up of states with different power positions, leads to the creation of state coalitions to balance power. The international system is anarchic, horizontal, decentralised, homogeneous, undirected and mutually adapted. A balance of power system is one in which there are "unitary actors who, at a minimum, seek their own preservation and, at a maximum, drive for universal domination. States, or those who act for them, try in more or less sensible ways to use the means available in order to achieve the ends in view."⁶³ This is quite a statist approach in which the state itself must be treated as "an unproblematic unity", as a given that cannot be contested.⁶⁴

As a consequence, neo-realists give expression to those actors and interests that are linked with or interconnected to states themselves.⁶⁵ But most of all, it is, according to Ashley, a utilitarian rationalist approach to international relations in which the individual actors prevail rather than social collectives, and social reality is conformed by individual actors that pursue their own goals and benefit.⁶⁶ Neo-realism and realism are both Hobbesian conceptions of the world in which states look to their own survival and are in fear of their extinction by other states. In a statist system in which fear makes commitments for the balance of power, there is no room for questions of legitimacy because the "states are the agents of the legitimisation processes."⁶⁷

In this scenario, democracy is conceived as a way of creating alliances among states in order to extend state power. Real-

ists do not necessarily deny this; they are fully aware that democracy reinforces the nation-state and is a useful instrument for becoming influential in other countries. However, as the most prominent realist scholars argued before the war against Iraq: "War in Iraq is not in America's national interest."⁶⁸ War and democracy have to be related to national interests; otherwise they have no added value as a foreign policy. The realist position has been very influential in the United States, but not necessarily in Europe.

According to Pickering and Peceny, not all liberal democracies behave in the same way. Whereas the United States has linked military intervention with democracy as a way of assuring security in the area, the United Kingdom and France have been more likely to embark on military intervention with the purpose of enforcing democracy itself. Nevertheless, following the same scholars, empirical analysis shows that democratic leaders tend to be extremely cautious when it comes to authorising democratic intervention in other countries, and when they do so, it is very much related to their own national interests.⁶⁹ It is not surprising that one of the conclusions of this study is that almost 84 percent of processes of democratisation that occurred from 1946 to 1996 involved no liberal military intervention. In brief, liberal intervention has very rarely played a role in democratisation since 1945.⁷⁰ This is even more relevant if we take into account Pickering and Peceny's conclusion that most liberal military interventions have not lead to democratisation at all.⁷¹

Evidently, from a realist perspective violence is used to support and obtain power in an anarchic international context in which states are doomed to fight for power and resources. Admittedly, states will use violence when they feel that their interests and survival are under threat. Buchanan refers to this version of realism as "Hobbesian realism". However, as he rightly expresses with irony, "given the nature of interna-

⁵⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

⁵⁸ H. Hongju Koh, *Why do Nations Obey International Law?*, in: *The Yale Law Journal* 106 (1997), p. 2611.

⁵⁹ R.O. Keohane, *Theory of World Politics: Structural Realism and Beyond*, in: R.O. Keohane (ed.), *Neorealism and its Critics*, Columbia University Press, New York 1986.

⁶⁰ A. Wendt, *Anarchy is What States Make of it: The Social Construction of Power Politics*, in: *International Organization* 46 (1992), p. 391.

⁶¹ R.O. Keohane, *supra* note 59, pp. 164-165.

⁶² *Id.*, p. 166.

⁶³ K. Waltz, *Anarchic, Orders and Balances of Power*, in: R.O. Keohane (ed.), *Neorealism and its Critics*, Columbia University Press, New York 1986, p. 117.

⁶⁴ R.K. Ashley, *The Poverty of Neorealism*, in: R.O. Keohane (ed.), *Neorealism and its Critics*, Columbia University Press, New York 1986, p. 268.

⁶⁵ *Id.*, p. 270.

⁶⁶ *Id.*, p. 274.

⁶⁷ C. Navari, *Knowledge, the State and the State of Nature*, in: M. Donelan (ed.), *The Reason of States*, London 1978, p. 121.

⁶⁸ *War in Iraq is not in America's National Interest*, *The New York Times*, 26 September 2002.

⁶⁹ J. Pickering/M. Peceny, *Forging Democracy at Gunpoint*, in: *International Studies Quarterly* 50 (2006), p. 541.

⁷⁰ *Id.*, p. 556.

⁷¹ *Ibid.*

tional relations, national survival is always at stake.”⁷² Yet the international legal framework regarding the use of force is a legal device conceived to try to limit these natural instincts of states; but it is also a hopeless one because states will never put aside their interests for the sake of the common good of the international community. Resorting to violence and force will, then, remains ambiguous and also an ever-present possibility for states in international law.

3.4. Violence is Not Always Bad: The Liberal, Neo-conservatism and Realist Instrumentalisation of Democracy

Interestingly, neoconservative discourses in international law have promoted the idea that democracy might be a good way of avoiding terrorism and cultivating peace in a conflictive area, whereas realists might think that imposing democracy through military force is not a good strategy. Neo-conservatism believes that it is legitimate and useful for the United States to resort to its powerful military machine to impose one of the best products of American politics, democracy. Whereas realism thinks that nationalism is the driving force of international politics, neo-conservatism believes in an unbeatable combination of military power and democracy. In truth, both trends have an instrumental view of democracy. This instrumental approach is the result of national security concerns in which any kind of long-term commitment to democracy itself is denied by military or purely national interests. Denying the power of democracy in order to prevent it from interfering with national interests or to glorify it for universalistic and hegemonic purposes is rather narrow way of analysing the possibilities of democracy.

Translating these discourses into international law has surprising consequences. Realism and neo-conservatism are not very interested in international law, especially when it is formulated as a positivist liberal project in which states are called upon to comply with international law regardless of their interests or their hegemonic position.

For realists, working with reality implies working with states' interests and how to pursue these interests through international law. To uphold this it might be necessary to reform international law. However, reforming international law would not be a question of ratifying new treaties or creating new instruments, but merely the result of the adjustment to the new situation through a new state practice led by the most powerful states.

Realism and neo-conservatism have in common an aversion to “liberal internationalism”. In this regard, a self-declared realist like Posen maintains that liberal approaches to international law are not enough when you are fighting certain enemies. In such a case, you need to be proactive and tackle your objective in a more conclusive way. A very legalistic approach, in which the United Nations is involved at every step, implies that states suspected of harbouring terrorism will be sanctioned without harming the population. All these strategies are in the end “doomed to failure” especially taking into account “the determination of the adversary and the foibles of other countries.”⁷³

Democracy becomes something that might either be imposed universally by military means, as neo-conservatives advo-

cate, or something that is rarely achieved through foreign policy due to local conditions. After all, it seems that the lack of democracy (at least in Iraq) is the result of the disastrous management of local politics,⁷⁴ and not the result of the invasion of the country and the role of the United States and other Western countries in the conflict.

In this context, portraying Iraq as not easy to democratise becomes the main realist point of the argument in order to hold the proposal that “American troops should exit Iraq”, but also because “American military power may have other roles to play in the world-in particular to deter Iran, North Korea, and even the People’s Republic of China from contemplating various kinds of mischief.”⁷⁵

It is in this type of argument that we can see how democracy in international law becomes a promise for the future but never a reality in the present: a promise that is used as an argument to invade a country, but also to leave it at the point of a civil war. Due to the fact that neither realists nor neo-conservatives emphasise the concept of democracy as a process in which people get involved in all levels of the decision making, it is easy to conclude that for realists or neo-conservatives, using or imposing democracy becomes part of the same game.

To sum up, cosmopolitanism takes root within liberal conceptions in which democracy is conceived as a superior good able to fight against violence. Portraying democracy as the framework for cosmopolitanism implies instituting the idea that this regime is a common good for the whole humanity. Although this type of universalism tries to avoid an imperialistic perspective of other cultures, the result is that when human rights violations occur, cosmopolitans seem to be prompt to support a humanitarian intervention in which the analysis of the consequences of the intervention or the cultural parameters of the society intervened is not the primary goal.

A cosmopolitan approach to democracy in the international context tends to be institutional in the sense that it relies on the establishment of institutions and procedures that guarantee human rights and liberties. However, in most cases after a humanitarian intervention or a war, institutional building is not enough to restore the social networks needed for any democratic project. The privileged conception of democracy held by liberal cosmopolitans supports one of the sides of this dualistic and intrinsically confronted conception of violence in international law. Portraying democracy as a common good able to fight against violence signifies opening the door to political and legitimistic evaluations related to how we conceptualise violence and the use of force in international law. This is the reason why if violence helps democracy and humanitarian purposes, the illegality of the use of

⁷² A. Buchanan, In the National Interest, in: G. Brock/H. Brighouse (eds.), *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 117-118.

⁷³ B.R. Posen, *The Struggle Against Terrorism: Grand Strategy and Tactics*, in: *International Security* 26 (2001-2002), p. 53.

⁷⁴ B.R. Posen, *How to Disengage from Iraq in 18 Months*, in: *Boston Review*, January/February 2006, <http://www.bostonreview.net/BR31.1/posen.php>.

⁷⁵ *Ibid.*

force can be easily overridden by the legitimacy of the action itself.

On the contrary, realism, neo-realism and neo-conservatism show aversion for any international liberal project that makes principles of power and military supremacy conditional on international consensus. Although these strands are quite different in their assumptions, when it comes to the relationship between democracy and violence they arrive at similar results. Neo-conservatism promotes a neo-imperialistic approach to international relations that relies on exercising military supremacy in order to obtain power, whereas realists and neo-realists rely more on alliances and balancing strategies in order to gain a prominent position in international relations. In this approach, democracy is subordinated to the imperialistic need for power and control of certain states. Subsequently, violence is authorised (or legitimised) not when it helps democracy, but when it helps to maximise power. Defying the view of democracy as a common dream for the whole of humanity implies reinforcing the normative element of the use of force in international law. This normative element, which is not objective, coherent or impartial, is based on a balance of power set up by the Security Council, and guided ultimately by realists and neo-conservative principles.

The instrumentalisation of democracy with the aim of obtaining power or implementing a cosmopolitan law has a price. This price is that democracy becomes an argument without conditions or structure, an argument that means all and nothing at the same time. Democracy prevents violence, but allows the maximisation of power or, in a different setting, permits fighting against terrorism while constructing at the same time imperialistic structures. International law has been eager to host both liberal cosmopolitanism and neo-conservative ideas of democracy, creating a concept of violence and force in international law that is profoundly paradoxical.

Liberal cosmopolitanism supports a cosmopolitan law applied by democracies and guided by democratic principles, whereas neo-conservatives promote the imposition of democracy even by military means. These ideas come into play in a Hobbesian-realism conception of international relations reinforced by the United Nations Charter in which peace and order are always at stake. At the same level, great powers search to maximise or preserve their power through the possibilities offered by Security Council membership. Between cosmopolitan idealism, which promotes democracy

and Hobbesian-realism that seeks maximisation of power, international law reveals its inability to subordinate the political element of the definition of violence to any sort of objective normative structure. Justifications of violence and arguments about the legitimacy of the use of force override, in most cases, the normative element of violence that tries to draw a line between what is legal use of force and what is illegal. In this scenario, both neo-realists and neo-conservatives conceive democracy as a tool for fighting against violence.

4. Conclusions

Democracy and violence are not just part of an ideological game but also the result of a construction that conceives democracy as an incorrupt regime. Neither cosmopolitanism, realism nor neo-conservatism analyse the dark side of democracy. This dark aspect is related to the fact that in order to perceive ourselves as democratic, we must create others that are not. Using force or violence to impose or restore democracy is not purely a question of interest (realism), or for the protection of the national security (neo-conservatism) or the protection of higher values such as human rights (legal idealism), but reinforces the self-image that democracies can defeat violence. This is not just a matter of hegemonic universalism but one of the credibility of the capacity of our own democratic systems to call for conversion. In the end, when democracy is conceived as a universal good able to put an end to human rights violations and conflicts it is easy to understand why it can be imposed through military means. But if violence is an option that constructs us, as Sofsky points out, our own undemocratic behaviour in other countries can easily be communicated to our democracies.

Rejection of the war on terror, as recently declared by the Obama administration, is not the end of the road. Apart from all the legal problems related to closing Guantánamo or the legal responsibilities that those designing the abusive torturing interrogation practices might face, the fact is that the resurgence of similar types of wars or tactics is still possible in a system that institutionally and theoretically believes that democracy is the antidote to violence. The pertinent question is the same both before and after the war against terror, and this is not just whether democracy can defeat violence, but also why and how violence is conceived in international politics as helping democracy. ■

Friedensmissionen als potenziell legitime militärische Ziele – Beitrag zur Einordnung des Personals von friedenserhaltenden Missionen nach dem humanitären Völkerrecht

Heike Montag*

This contribution deals with the problem to classify persons engaged as members of peace missions as potential legitimate military targets. Peacekeeping missions which are established in situations of armed conflict but not with combat functions are mainly affected by the problem. After presenting the problem, this article focuses on the protection and the effect of a loss of protection on the mission. For the definition of the threshold whether or not the members of a peacekeeping mission potentially are legitimate military targets, this paper also considers the arguments that apply for the protection of the civilian population in armed conflict. It supports a broad interpretation of the peacekeeper's protection given to civilians under international law. Concerning the effects of a loss of protection, the intensity of the involvement has to be considered.

Dieser Beitrag widmet sich der Problematik der Einordnung derjenigen Personen als legitime militärische Ziele, die als Angehörige von Friedensmissionen eingesetzt wurden. Diese stellt sich insbesondere bei friedenserhaltenden Missionen, wo das Personal zwar in einem bewaffneten Konflikt eingesetzt wird, jedoch nicht autorisiert ist, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen. Neben der Darlegung der Problematik wird der Schutzzumfang sowie die Auswirkung des Schutzverlustes auf die Missionen diskutiert. Zur Abgrenzung der Handlungen des Personals von friedenserhaltenden Missionen, die es potenziell zum legitimen militärischen Ziel werden lässt, werden auch die Argumente einbezogen, die zum Schutz der Zivilbevölkerung in bewaffneten Konflikten vorgebracht werden. Es wird eine weite Auslegung des Schutzzumfangs der Peacekeeper befürwortet. Hinsichtlich der Auswirkungen des Schutzverlustes auf die friedenserhaltende Mission wird die Intensität der Beteiligung an den Kampfhandlungen berücksichtigt.

1. Problemdarstellung

Die Pflicht zur Einordnung der Personen, die als Angehörige von Friedensmissionen in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen (UN-Charta) eingesetzt werden, als potenziell legitime militärische Ziele nach dem humanitären Völkerrecht folgt aus dem Unterscheidungsgrundsatz.¹ Der Grundsatz verlangt, dass in einem bewaffneten Konflikt jederzeit zwischen einem geschützten Zivilisten und einer nicht vom Schutz der Zivilbevölkerung erfassten Person unterschieden wird.²

Ausgangspunkt der Bestimmung eines legitimen militärischen Ziels ist einerseits, dass im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts der Angriff gegen Mitglieder der Streitkräfte durch gegnerische Soldaten gemäß dem humanitären Völkerrecht nicht grundsätzlich verboten ist. Denn bei den Mitgliedern der Streitkräfte handelt es sich grundsätzlich um Kombattanten, die zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten berechtigt sind sowie gleichsam ein legitimes militärisches Ziel darstellen.³ Auch wenn das internationale Recht das Töten eines Kombattanten nicht ausdrücklich erlaubt, ist es dennoch nicht völkerrechtswidrig, wenn es im Rahmen der einschlägigen vertraglichen und gewohnheitsrechtlichen Normen geschieht.⁴ Ein Kombattant behält seinen Status als Kombattant, auch wenn er gerade nicht an einem Gefecht des bewaffneten Konflikts teilnimmt.⁵ Obwohl das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts den Kombattanten nicht erwähnt, bestätigt die Studie des IKRK zum Gewohnheitsrecht, dass im Sinne des Unterscheidungsgrundsatzes, das heißt auch des legitimen militärischen Ziels, zumindest die Mitglieder der Streitkräfte als Kom-

* Heike Montag ist Doktorandin der Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum sowie Marie Curie-Stipendiatin an der Karl-Franzens-Universität Graz. Die Autorin dankt Frau Juliane Garcia (Internationales Komitee vom Roten Kreuz, IKRK) und Frau Dr. Stefanie Haumer (Deutsches Rotes Kreuz, DRK, Generalsekretariat) für wertvolle Hinweise. Mit einer früheren Version des Beitrages erwarb die Autorin das vom IKRK verliehene „Warsaw Course Diploma on IHL“.

¹ UN-Charta, BGBl. 1973 II, 430.

² R. Glick, *Lip Service to the Law of War: Humanitarian Law and United Nations Armed Forces*, in: Mich.J.Int'l.L. 17 (1995-1996), S. 53, 74 m.w.N.; J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Rules, New York 2005, Regel 1, S. 3. So auch C. Pilloud/J. Pictet, Article 50, in: Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols*, Genf 1987, Rn. 1911 ff.

³ Vgl. Art. 43 I, II Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (ZP I), BGBl. 1990 II, 1550, 1551, Art. 4 Genfer Abkommen (GA) III, BGBl. 1954 II, 781, 838; R. Buß, *Der Kombattantenstatus – Die kriegsrechtliche Entstehung eines Rechtsbegriffs und seine Ausgestaltung in Verträgen des 19. und 20. Jahrhunderts*, Bochum 1992, S. 1; K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, S. 1246 f.; M. Sassòli, *Combatants*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL online*, 2010, <http://www.mpepil.com> (31. März 2011), Rn. 1; ders., *Military Objectives*, in: *id.*, Rn. 1. Die Einordnung als legitimes militärisches Ziel geht aus Art. 48, 52 II ZP I hervor. Vgl. N. Higgins, *The Protection of United Nations and Associated Personnel*, in: *Journal of Humanitarian Assistance* (2003), <http://www.jha.ac/articles/a116.htm>, S. 1, 3; H.-P. Gasser, *Humanitäres Völkerrecht – Eine Einführung*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 72 ff., 83. Eine Ausnahme stellt lediglich das Sanitäts- und Seelsorgepersonal dar, s. u., Art. 43 II ZP I i.V.m. Art. 33 GA III.

⁴ H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 74 f.; Ch. Greenwood, *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, in: *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 7 (1996), S. 185, 189; K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1247.

⁵ Vgl. Art. 43 II ZP I; J. de Preux, Article 43, in: Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols*, Genf 1987, Rn. 1677 f.

battanten betrachtet werden können, auch wenn ihnen keine Privilegien wie der Kriegsgefangenenstatus gewährt werden.⁶

Andererseits stellen Zivilisten kein legitimes militärisches Ziel dar, solange sie ihren Schutz nicht durch die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten verlieren.⁷ Der Studie des IKRK zum Völkergewohnheitsrecht sowie den interpretativen Richtlinien des IKRK zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten zufolge gilt auch diesbezüglich die gleiche Auslegung für beide Konfliktarten.⁸ Weder Vertragsrecht noch Gewohnheitsrecht definieren, was eine „unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten“ ausmacht,⁹ und die Auslegung ist ein vieldiskutiertes Thema des humanitären Völkerrechts. Zwar hat das IKRK die erwähnten interpretativen Richtlinien zu dieser Thematik herausgegeben, jedoch betont der Präsident des IKRK, Jakob Kellenberger, bereits im Vorwort, dass diese Richtlinien keine rechtlich verbindliche Natur haben und auch nicht haben werden.¹⁰

Nicht jede Gewaltanwendung in einem bewaffneten Konflikt führt zum Verlust des Schutzes als Zivilist, wie beispielsweise eine Handlung in Selbstverteidigung, da dadurch noch keine Involvierung in den Konflikt gegeben ist.¹¹ Auch wird die erforderliche Abwehr eines unmittelbaren Angriffs auf andere nicht als Beteiligung an den Kampfhandlungen gewertet.¹² Zwar behalten Zivilisten auch im Falle einer unmittelbaren Teilnahme an den Kampfhandlungen ihren Status als Zivilisten und werden nicht zu Kombattanten im statusrechtlichen Sinne, jedoch dürfen sie mit gewaltsamen Mitteln bekämpft werden, ebenso wie Kombattanten.¹³ Das humanitäre Völkerrecht definiert die Gruppe der Zivilisten nur negativ in Artikel 50 ZP I durch die Abgrenzung von der Gruppe der Kombattanten im Sinne der Artikel 4 A. GA III und Artikel 43 ZP I.¹⁴ Im Zweifel gilt eine Person als Zivilperson.¹⁵

Jedoch wird der Begriff „Kombattant“ im Sinne des Unterscheidungsgrundsatzes auch verwendet, um Personen zu bezeichnen, die nicht den Schutz gegen Angriffe genießen, der der Zivilbevölkerung eingeräumt wird, obgleich sie nicht den Status eines Kombattanten innehaben.¹⁶ Damit werden an den Kämpfen unmittelbar teilnehmende Zivilisten erfasst.

Dem Unterscheidungsgrundsatz folgend stellt sich die Frage, ob das Personal von friedenserhaltenden, das heißt Peacekeeping-Missionen den Kombattanten oder den Zivilisten zuzuordnen ist. Entweder es stellt also potenziell ein legitimes militärisches Ziel dar – wie statusrechtliche Kombattanten. Oder es ist grundsätzlich geschützt und darf nur dann legitim angegriffen werden, wenn es seinen Schutz durch eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten verliert – wie Zivilisten. Die Genfer Abkommen und ihre Zusatzprotokolle befassen sich nicht eigens mit der Problematik der Einordnung des Personals von Friedensmissionen.¹⁷

2. Untersuchungsgegenstand

2.1. Skizzierung des Peacekeeping

„Peacekeeping“ ist ein von den Vereinten Nationen geprägter Begriff, deren Bedeutung sich mit der Zeit entwickelt

und verschiedene Ausprägungen erfahren hat.¹⁸ Die in der Regel vom UN-Sicherheitsrat eingesetzten Missionen sind

- ⁶ J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regeln 1, 3, S. 3, 5 ff., 11 ff.
- ⁷ Art. 51 III ZP I, Art. 13 III Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II), BGBl. 1990 II, 1550, 1637; H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 81.
- ⁸ J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 6, S. 19 ff.; N. Melzer, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Genf 2009, S. 43 f., 45.
- ⁹ Internationaler Strafgerichtshof (ICC), Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Garda, ICC-02/05-02/09, 8. Februar 2010, Rn. 80; K. Dörmann, Article 8, in: O. Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl., München 2008, Rn. 31; O. Engdahl, Protection of Personnel in Peace Operations, in: International Peacekeeping 10 (2006), S. 53, 68; H.-P. Gasser, Protection of the Civilian Population, in: D. Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl., New York 2008, Rn. 519, Nr. 3; J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 6, S. 22 f.; Ch. Schaller, Military Operations in Afghanistan and International Humanitarian Law, in: SWP Comments C07 (2010), S. 3 f.; M. Schmitt, Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements, in: Journal of International Law and Politics 42 (2010), S. 697, 699; ders., The Interpretative Guidance of the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, in: Harvard National Security Journal 1 (2010), S. 5, 24 f. Vgl. zum VStGB: K. Ambos/A. Zimmermann/R. Geiß, § 10, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2, München 2009, Rn. 11.
- ¹⁰ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 4, 6.
- ¹¹ Vgl. *id.*, S. 61; Sondertribunal für Sierra Leone (SCSL), Trial Chamber I, Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao, SCSL-04-15-T, 2. März 2009, Rn. 233.
- ¹² N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 61. So auch A. Gadler, The Protection of Peacekeepers in International Criminal Law: Legal Challenges and Broader Protection, in: German Law Journal 11 (2010), S. 585, 591, 605.
- ¹³ Vgl. Art. 48 und 51 III ZP I; H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 519, Nr. 9; ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 81; A. Rogers, What is a Legitimate Military Target?, in: R. Burchill/N. White/J. Morris (Hrsg.), International Conflict and Security Law – Essays in Memory of Hilaire McCoubrey, New York 2005, S. 160, 182 m.w.N.; M. Schmitt, Deconstructing, a.a.O. (Fn. 9), S. 702 m.w.N.; ders., The Interpretative Guidance, a.a.O. (Fn. 9), S. 13. Vgl. auch A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 590.
- ¹⁴ O. Engdahl, Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the ‘Safety Convention’ Against the Background of General International Law, Leiden 2007, S. 93; C. Pilloud/J. Pictet, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 1913, 1915.
- ¹⁵ Art. 50 I 2 ZP I.
- ¹⁶ J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 1, S. 3; vgl. auch UN-Generalsekretariat, Bulletin des Generalsekretärs über die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Truppen der Vereinten Nationen, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6. August 1999, Art. 1.1 i.V.m. 1.2.
- ¹⁷ GA I, BGBl. 1954 II, 781, 783; GA II, BGBl. 1954 II, 781, 813; GA IV, BGBl. 1954 II, 781, 917. R. Murphy, United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?, in: Criminal Law Forum 14 (2003), S. 153, 162.
- ¹⁸ UN-Generalversammlung/UN-Sicherheitsrat, UN Doc. A/55/305-S/2000/809, 21. August 2000, Rn. 12; United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO)/Department of Field Support (DFS), United Nations Peacekeeping Operations – Principles and Guidelines, 2008, S. 20 ff.; D. Fleck, Securing Status and Protection of Peacekeepers, in: R. Arnold/G.-J. Knoops (Hrsg.), Practice and Policies of Modern Peace Support Operations under International Law, Ardsley 2006, S. 141, 143; K. Ipsen, Friedenssicherung und friedliche Streitbeilegung, in: ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 1117 ff. Zur Entwicklung siehe auch R. Thakur/A. Schnabel, Cascading Generations of Peacekeeping: Across the Mogadishu Line to Kosovo and Timor, in: dies. (Hrsg.), United Nations Peacekeeping Operations: Ad hoc Missions, Permanent Engagement, New York 2001, S. 3, 9 ff.; H. McCoubrey/N. White, The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations, Aldershot 1996.

Nebenorgane der Vereinten Nationen, wenn sie unter effektiver Kontrolle der Organisation stehen.¹⁹ Andererseits kann der UN-Sicherheitsrat Staaten autorisieren, die erforderlichen Maßnahmen des Peacekeeping außerhalb der Befehlshierarchie der Vereinten Nationen vorzunehmen.²⁰ Zudem können die Missionen auch von (Regional-)Organisationen in Übereinstimmung mit der UN-Charta geführt werden, wie die Mission der Afrikanischen Union in Sudan (AMIS) während des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes in Darfur 2002-2009.²¹ Hier sollen Friedensmissionen unter der Kontrolle der Vereinten Nationen im Fokus stehen.

Ursprünglich waren die Aufgaben der Peacekeeping-Missionen auf Beobachtung und Berichterstattung, Überwachung von Waffenstillständen und Einschaltung zwischen den Konfliktparteien als friedenserhaltender „Puffer“ ausgerichtet. Diese Missionen werden als traditionelles oder klassisches Peacekeeping bezeichnet.²² Dieser ursprünglichen Ausrichtung zum Trotz wurde auch Peacekeeping-Missionen im Rahmen eines robusten Mandats gemäß Kapitel VII UN-Charta – also formell auch ohne den Willen des Staates – der begrenzte Einsatz von bewaffneter Gewalt gestattet; gleichwohl ihnen dadurch nicht die Aufgabe übertragen wurde, „eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen“.²³ Auch übernahmen die Vereinten Nationen umfassende – sogenannte multidimensionale – Aufgaben wie im Kosovo und in Osttimor, wo sie die Verwaltung der Staaten übernahmen.²⁴ Aufgrund der Schwierigkeit der Definition des Peacekeeping wurden folgende Eckpfeiler definiert: Konsens der Parteien, Unparteilichkeit und Nichtanwendung von Gewalt (außer im Falle der Selbstverteidigung).²⁵ Die Auslegung der Selbstverteidigung entwickelte sich weiter und die Befugnisse wurden breiter:²⁶ Demgemäß wurde im Brahimi-Report betont, dass zwar diese Grundsätze des Peacekeeping beibehalten werden sollen. Jedoch sollen die Einheiten nicht nur sich selbst verteidigen können, sondern auch andere Teile der Mission und das Mandat der Mission.²⁷ Denn die Operationen sollen im Gegensatz zum traditionellen Peacekeeping auch eine glaubhafte Abschreckungswirkung haben.²⁸ Besonders deutlich zeigt sich diese Auffassung in einem Bericht des UN-Generalsekretärs zur Umsetzung der Empfehlungen des Spezialkomitees für Peacekeeping-Operationen: „For a peacekeeping mission (...) there must be a shared understanding of the need for a robust force, deployed and configured not only to be able to use force; but also to keep the initiative and, if challenged, to defend itself and the mandate.“²⁹ Ferner wurde die Aufgabe des Schutzes von Zivilisten in unmittelbaren Bedrohungssituationen – also Nothilfe – im Mandat gebräuchlich.³⁰ Demzufolge ist der Begriff „Peacekeeping“ durch die Vereinten Nationen selbst sehr breit und auch die Selbstverteidigungsbefugnis sehr weit ausgelegt worden.³¹

2.2. Abgrenzung

Bezüglich der Bestimmung eines potenziell legitimen militärischen Ziels sind die betreffenden Peacekeeping-Missionen von folgenden Missionen der Vereinten Nationen zu unterscheiden.

2.2.1. Missionen, die nicht in der Situation eines bewaffneten Konflikts eingesetzt sind

Zunächst kann eine Mission zur Beobachtung eines bereits bestehenden Friedens oder zur Feststellung einer Spannungssituation in einer Region eingesetzt sein, in der das humanitäre Völkerrecht noch nicht oder nicht mehr einschlägig ist. Obwohl die Mitglieder der Mission dementsprechend nicht als Kombattanten einzustufen sind, ist dennoch nicht zu unterschätzen, dass sie sich in gefährliche Situationen begeben und besonderen Schutz genießen. Dieser besondere Schutz ist unter anderem in dem Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen sowie dem Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal kodiert.

¹⁹ Art. 29 VN-Charta. V. Epping, Internationale Organisationen, in: K. Ipsen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 491; R. Murphy, a.a.O. (Fn. 17), S. 159. In wenigen Ausnahmefällen wurden die Missionen von der VN-Generalversammlung eingesetzt, M. Bothe, Peacekeeping, in: B. Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, 2. Aufl., New York 2002, Rn. 72.

²⁰ D. Fleck, a.a.O. (Fn. 18), S. 149.

²¹ ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 15 ff., 57, 75 f., 120 ff.; siehe hierzu auch UN-Sicherheitsrat, Resolution 1564, UN Doc. S/RES/1564 (2004), 18. September 2004.

²² Vgl. DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 21; M. Eisele, Peacekeeping Forces, in: H. Volger (Hrsg.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2. Aufl., Leiden 2010, S. 531, 537; Ch. Greenwood, Historical Developments and Legal Basis, in: D. Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl., New York 2008, Rn. 101 3.d); K. Ipsen, Friedenssicherung und friedliche Streitbeilegung, in: ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 1118.

²³ Siehe zu dieser Formulierung H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 68. Vgl. R. Zacklin, *The Use of Force in Peacekeeping Operations*, in: N. Blokker/N. Schrijver (Hrsg.), *The Security Council and the Use of Force – Theory and Reality – A Need for Change?*, Leiden 2005, S. 91, 95; F. Pfarr, *Post Conflict: Wiederherstellung von Staatlichkeit – Völkerrechtliche Aspekte des Nationbuilding in Afghanistan*, Köln 2008, S. 80. DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 14, 34. Siehe dazu SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1908 ff. Vgl. auch M. Bothe, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 84.

²⁴ Kosovo – UNMIK: UN-Sicherheitsrat, Resolution 1244, UN Doc. S/RES/1244 (1999), 10. Juni 1999; Osttimor – UNTAET: UN-Sicherheitsrat, Resolution 1272, UN Doc. S/RES/1272 (1999), 25. Oktober 1999; SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 223; vgl. M. Bothe, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 73, 78.

²⁵ Statt vieler: SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 225; ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 71; DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 31 ff. Zur schwierigen Aufgabe der Abgrenzung: D. Fleck, a.a.O. (Fn. 18), S. 143.

²⁶ R. Zacklin, a.a.O. (Fn. 23), S. 92 ff.

²⁷ UN-Generalversammlung/UN-Sicherheitsrat, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 48 f. Vgl. auch DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 31 ff.; D. Fleck, a.a.O. (Fn. 18), S. 142.

²⁸ UN-Generalversammlung/UN-Sicherheitsrat, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 51.

²⁹ UN-Generalversammlung, UN Doc. A/58/694 (2004), 26. Januar 2004, Rn. 4.

³⁰ Vgl. z.B. UN-Sicherheitsrat, Resolution 1674, UN Doc. S/RES/1674 (2006), 28. April 2006, Operationsabs. 16; DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 34; O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 14), S. 102; R. Zacklin, a.a.O. (Fn. 23), S. 92; M. Plantl, *EUFOR – Rules of Engagement (RoE)*, Richtlinien für militärische Gewaltanwendung in EU-Einsätzen, Truppendienst (2008), <http://www.mgfa-potsdam.de>, S. 360. Siehe hierzu insbes. UN-Sicherheitsrat, Resolution 1984, UN Doc. S/RES/1984, 11. November 2009, Operationsabs. 18 ff.

³¹ Vgl. O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 14), S. 102.

fiziert.³² Mangels Anwendbarkeit des *ius in bello* stellt sich die Problematik der Einordnung des Personals der Missionen als potenziell legitime militärische Ziele hier nicht. Die politische Mission „Büro der Vereinten Nationen in Timor-Leste“ (UNOTIL) lässt sich als Beispiel einer solchen Mission anführen, die 2005-2006 die Entwicklung des Staates unterstützen sollte.³³

2.2.2. Missionen mit dem Auftrag, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen

Im Unterschied dazu kann eine Operation in einem bewaffneten Konflikt mit einem Mandat mit weitgehenden militärischen Befugnissen nach Kapitel VII UN-Charta ausgestattet sein, bei dem Mitglieder des Personals als Kombattanten eingesetzt sind.³⁴ Die im Mandat verankerte weitreichende Wahrnehmung militärischer Befugnisse ist zur Abgrenzung von Peacekeeping-Missionen entscheidend, die zwar mit einem Mandat nach Kapitel VII UN-Charta ausgestattet sind, denen jedoch ein Verweis auf solches gewaltsames militärisches Vorgehen fehlt. Zur Abgrenzung wird die Befugnis zur Gewalteinsetzung auf eigene Initiative vorgeschlagen.³⁵ Bei Durchführung eines Mandates mit einer solchen Kampffunktion nimmt das Personal direkt an Kampfhandlungen teil, sodass das humanitäre Völkerrecht anzuwenden ist und den Friedenstruppen gegenüber grundsätzlich die gleichen Regeln gelten, die auch den Streitkräften einer Kriegspartei gegenüber anwendbar sind.³⁶ Als Beispiel lässt sich für eine solche Mission die von den USA geführte Koalition nennen, die im Zweiten Golfkrieg ermächtigt war, „alle erforderlichen Mittel einzusetzen, um (...) den Weltfrieden und die internationale Sicherheit in dem Gebiet wiederherzustellen.“³⁷

2.2.3. Peacekeeping im bewaffneten Konflikt

Bedeutung erlangt die Einordnung als potenziell legitimes militärisches Ziel jedoch im Falle des Vorliegens einer Situation, in der das humanitäre Völkerrecht anwendbar ist und eine Friedensmission eingesetzt ist, jedoch nicht mit dem Auftrag, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen und einer Einsetzung von Personal als Kombattanten. Vielmehr ist sie nur zur erforderlichen Gewaltanwendung in beschränktem Maße befugt. Die Frage der Abgrenzung zwischen einer unmittelbaren Konflikteilnahme und dem Anspruch auf Schutz der Zivilbevölkerung stellt sich besonders bei Vornahme der durch die von den Vereinten Nationen geprägten ausgedehnten Selbstverteidigungsbefugnisse, die den Peacekeepern die Verteidigung der Aufgaben des Mandats der Mission gestattet. Darauf wird im Folgenden eingegangen. Als Beispiel für eine solche Peacekeeping-Mission mit ausgedehnten Selbstverteidigungsrechten lässt sich die Mission der Vereinten Nationen in Sierra Leone (UNAMSIL) anführen, die während des bewaffneten Konflikts in Sierra Leone aktiv und deren Mandat mit Befugnissen nach Kapitel VII UN-Charta versehen war.³⁸

2.3. Rechtliche Aspekte des Schutzes der Peacekeeper

Auch für diese friedenserhaltenden Missionen, die in bewaffneten Konflikten nur zur Gewaltanwendung in Selbst-

verteidigung befugt sind, sind die einschlägigen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts mitunter anwendbar.³⁹ Bestätigt wurde diese als unbestritten bezeichnete Ansicht durch das Bulletin des UN-Generalsekretärs über die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Truppen der Vereinten Nationen.⁴⁰ In Artikel 1.1 Satz 1 werden die Grundprinzipien und Grundregeln des humanitären Völkerrechts für anwendbar erklärt, soweit und solange sich die Truppen als Kombattanten aktiv an dem Konflikt beteiligen. Unter Berücksichtigung der oben bereits erwähnten Verwendung des Begriffs „Kombattant“ auch für Personen, die nicht mehr vom Schutz der Zivilisten umfasst sind, kann diese Bezeichnung nicht als grundsätzliche rechtliche Voraussetzung des Kombattantenstatus im Sinne der GA und ZP I zu verstehen sein. Dieser ist den Mitgliedern der Streitkräfte – also einer Konfliktpartei – vorbehalten und haftet den Betroffenen über das jeweilige Engagement in den Kampfhandlungen hinaus an.⁴¹ Vielmehr handelt es sich um die Bestätigung der Bindung an die Regeln des humanitären Völkerrechts, wenn die Grenze der aktiven Konfliktebeteiligung überschritten ist.⁴² Da die Mitglieder der hier im

³² Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen, BGBl. 1980 II, 941; Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, BGBl. 1997 II, 230, insbesondere auch: Fakultativprotokoll, BGBl. 2007 II, 1306; A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 588.

³³ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1599, UN Doc. S/RES/1599, 24. April 2005, Operationsabs. 1; United Nations, *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Supplement 2004-2007, Chapter V, Rn. 23.

³⁴ K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1248. Dies ergibt sich schon aus einem Umkehrschluss aus Art. 2 (2) Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal.

³⁵ Zur Abgrenzung aufgrund der Gewaltanwendung auf eigene Initiative: M. Cottier, Article 8, in: O. Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl., München 2008, Rn. 54.

³⁶ Vgl. *id.*, Rn. 50; H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 67 f.; R. Glick, a.a.O. (Fn. 2), S. 55 ff.; L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2. Aufl., Manchester 2000, S. 341; Ch. Greenwood, a.a.O. (Fn. 4), S. 186, 188. Vgl. auch A. Breitegger, *Aktuelle Beiträge der internationalen Strafjustiz zur Entwicklung des humanitären Völkerrechts*, in: ZIS 11 (2010), S. 712, 718. Zum Zweiten Golfkrieg siehe dazu statt vieler M. Zwaneburg, *United Nations and International Humanitarian Law*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL online*, 2010, <http://www.mpepil.com>, Rn. 27.

³⁷ UN-Sicherheitsrat, Resolution 678, Übersetzung des Deutschen Übersetzungsdienstes, Vereinte Nationen, New York, UN Doc. S/RES/678, 29. November 1990, Operationsabs. 2; UN-Generalsekretär, UN Doc. A/50/60-S/1995/1, 3. Januar 1995, Rn. 78. C. Gray, *The Charter Limitations on the Use of Force: Theory and Practice*, in: V. Lowe *et al.*, *The United Nations Security Council and War*, New York 2008, S. 86, 89 f.

³⁸ UN-Sicherheitsrat, Resolution 1270, UN Doc. S/RES/1270 (1999), 22. Oktober 1999, Operationsabs. 14; SCSL, *Trial Chamber I*, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 28 ff., 1907 ff.

³⁹ Vgl. dazu H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 68; K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1231.

⁴⁰ UN-Generalsekretariat, a.a.O. (Fn. 16); H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 68 f.

⁴¹ Zum rechtlichen Status siehe J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 1, S. 3; H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 72 ff.

⁴² Zur Differenzierung zwischen dem Schutz und der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und der Unklarheit des Artikels 1.1 Satz 2 Bulletin des VN-Generalsekretärs über die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Truppen der Vereinten Nationen siehe R. Murphy, a.a.O. (Fn. 17), S. 176 f.

Mittelpunkt stehenden Peacekeeping-Missionen nicht als Kombattanten beauftragt wurden, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen, und unter Berücksichtigung des Unterscheidungsgrundsatzes, genießen sie grundsätzlich den Schutzanspruch als Zivilisten und gelten nicht als legitimes militärisches Ziel, sofern keine aktive Beteiligung am Konflikt gegeben ist.⁴³ Auf diesen Schutzanspruch deutet auch Artikel 1.2 Bulletin des UN-Generalsekretärs über die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Truppen der Vereinten Nationen hin. Der Artikel beinhaltet, dass der Schutz der Missionsmitglieder nicht berührt wird, solange sie den Anspruch haben, welcher Zivilpersonen nach dem humanitären Völkerrecht zusteht. Zivilpersonen sind zweifelsohne zur Ausübung von Selbstverteidigung berechtigt, ohne zu einem legitimen militärischen Ziel zu werden.⁴⁴ Die Möglichkeit der Anwendbarkeit des Schutzes auf das Personal einer Peacekeeping-Mission, der Zivilpersonen nach dem internationalen Recht des bewaffneten Konflikts gewährt wird, wird unter anderem auch von Artikel 8 (2) lit. b) iii) und e) iii) Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) bestätigt. Danach sind vorsätzliche Angriffe auf derart geschütztes Personal oder Material sowie derart geschützte Einrichtungen, Einheiten oder Fahrzeuge einer friedenserhaltenden Mission als Kriegsverbrechen eingeordnet.⁴⁵ Entsprechendes beinhaltet das Statut des Sondertribunals für Sierra Leone (SCSL).⁴⁶ Darüber hinaus führt Regel 33 der Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK aus, dass Angriffe gegen das Personal einer Peacekeeping-Mission solange verboten sind, wie sie den Schutz eines Zivilisten nach humanitärem Völkerrecht genießen.⁴⁷

Jedoch kann es für die Bestimmung eines legitimen militärischen Ziels nicht allein auf das Mandat und die darin festgelegten Befugnisse der Friedenstruppe ankommen, sodass dieses den Status des Personals einer Mission nicht unveränderlich bestimmt.⁴⁸ Denn wie Zivilisten werden sie potenziell zum legitimen militärischen Ziel, wenn sie in einem bewaffneten Konflikt unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen. Da Vertrags- und Gewohnheitsrecht die „unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten“ nicht definieren, hat das IKRK zur Konkretisierung des Begriffs die bereits erwähnten interpretativen Richtlinien entworfen. Allerdings sind diese – als Auslegungshilfe entworfenen Richtlinien – auf die Zivilbevölkerung zugeschnitten und befassen sich nicht eigens mit der besonderen Problematik des Schutzes von Peacekeeping-Missionen.⁴⁹

Diese Regelungslücke der Einordnung der friedenserhaltenden Missionen als potenziell legitime militärische Ziele wird von diesem Beitrag aufgegriffen (Kapitel 3). Aufgrund der oben dargelegten weiten Selbstverteidigungsbefugnisse des Personals einer Peacekeeping-Mission – also über die klassische Selbstverteidigung hinaus ausgedehnt auf die Befugnis zum Schutze der Durchführung des Mandats – stellt sich zunächst die zentrale Frage, ob das Personal bei Vornahme dieser weiten Befugnisse grundsätzlich noch vom Schutz einer Zivilperson umfasst sein könnte (siehe Kapitel 3.1.). In einem zweiten Schritt ist die Folge einer unmittelbaren Teilnahme zu hinterfragen, nämlich ob nur die Peacekeeper, die selbst unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen, legitimes militärisches Ziel werden, oder ob sie sich auf die ge-

samte Mission auswirkt und die anderen Missionsangehörigen zu potenziell legitimen militärischen Zielen werden lässt (Kapitel 3.2.).

Die Anwendbarkeit des Unterscheidungsgrundsatzes setzt das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts voraus (siehe auch Kapitel 2.2.1.).⁵⁰ Es fragt sich, ob hinsichtlich der Einordnung des Personals einer Peacekeeping-Mission als potenziell legitimes militärisches Ziel danach differenziert werden muss, ob ein internationaler oder nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt. Gegen die Erforderlichkeit einer Differenzierung spricht der Wortlaut des IStGH-Statuts. Denn der Wortlaut sowohl des einschlägigen Normabschnitts (Artikel 8 (2) lit. b) iii) IStGH-Statut) für den internationalen bewaffneten Konflikt als auch der Wortlaut des entsprechenden Teils der „Verbrechenselemente“ (Artikel 9 IStGH-Statut), die dem Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung der Artikel 6, 7 und 8 IStGH-Statut helfen, entsprechen dem Wortlaut des Normabschnitts (Artikel 8 (2) lit. e) iii) IStGH-Statut) und dem Wortlaut des einschlägigen Teils der „Verbrechenselemente“, die für bewaffnete Konflikte anwendbar sind, die keinen internationalen Charakter haben.⁵¹ Der Studie des IKRK zum Völkergewohnheitsrecht zufolge ist das Verbot des Angriffs auf Personal einer Peacekeeping-Mission im nicht-internationalen ebenso wie im internationalen bewaffneten Konflikt gewohnheitsrechtlich anerkannt, solange es Anspruch auf den Schutz hat, der Zivilpersonen nach dem internationalen Recht des bewaffneten Konflikts gewährt wird.⁵² Ferner wird in den interpretativen Richtlinien des IKRK mit der synonymen Verwendung des Begriffs der „unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten“ im ZP I und im ZP II für dessen Auslegung in gleicher Weise für beide Konfliktarten argumentiert.⁵³ Dem folgend ist grundsätzlich von einer sinnvollen Bewertung im internationalen und im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt auszugehen.

⁴³ M. Bothe, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 126; M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 51. Den Schutz als Zivilisten bejaht u.a. auch O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 9), S. 60.

⁴⁴ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 61; SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 233. Siehe zur vergleichbaren Problematik im Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal R. Murphy, a.a.O. (Fn. 17), S. 154, 184.

⁴⁵ IStGH, BGBl. 2000 II, 1393.

⁴⁶ Statute of the Special Court for Sierra Leone, <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJew%3d&tabid=176>, Art. 4 lit. b).

⁴⁷ J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), S. 112.

⁴⁸ A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 590 f.; R. Murphy, a.a.O. (Fn. 17), S. 168.

⁴⁹ Zu ihrer Funktion als Auslegungshilfe siehe N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 4, 6.

⁵⁰ R. Murphy, a.a.O. (Fn. 17), S. 168.

⁵¹ M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 310. Siehe Art. 9 (1) IStGH-Statut, Verbrechenselemente, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf; K. Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – Sources and Commentary, Cambridge 2003, S. 452.

⁵² J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 33, S. 112 f.

⁵³ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 43 f., 45.

3. Lösungsansätze

3.1. Schutzzumfang

Dieser Abschnitt widmet sich der umstrittenen Problematik, inwieweit Peacekeeper im bewaffneten Konflikt agieren dürfen, um noch vom Schutz der Zivilbevölkerung nach humanitärem Völkerrecht umfasst zu sein.⁵⁴ Durch Gewaltanwendung zur klassischen Selbstverteidigung werden sie – wie Zivilisten – unbestritten nicht zum legitimen militärischen Ziel.⁵⁵ Entsprechend der weiten Auslegung der Selbstverteidigung der Peacekeeper durch die Vereinten Nationen wird im Rahmen der Problematik der unmittelbaren Konflikteilnahme jedoch diskutiert, ob das Personal bei Vornahme des Rechts zum Widerstand gegen gewaltsame Versuche, die Mandaterfüllung zu verhindern, noch Anspruch auf den Schutz haben könnte, der Zivilpersonen gewährt wird.⁵⁶ Auch wenn sich die Frage der Einordnung der Peacekeeper am Ausmaß der Gewaltanwendung im jeweiligen Einzelfall zu orientieren hat, fragt sich dennoch, ob die Befolgung eines – hinsichtlich der Befugnis zur Gewaltanwendung – ausgedehnten, aber gebräuchlichen Mandats den Peacekeeper *per se* vom Schutz des Zivilisten ausschließt.⁵⁷

Gegen die weiten Befugnisse zur Gewaltanwendung und für den Ausschluss vom Schutz der Peacekeeper als Zivilisten wird angeführt, das Personal einer Friedensmission dürfe lediglich Gewalt in dem Maße zur Selbstverteidigung anwenden wie geschützte Personen bzw. Zivilisten, damit es Anspruch auf den gleichen Schutz hat.⁵⁸ Sobald jedoch Gewalt eingesetzt wird, um beispielsweise die Durchführung der Mission zu verteidigen, sei die Grenze der Selbstverteidigung überschritten und eine Teilnahme am Konflikt gegeben.⁵⁹ Die durch die Vereinten Nationen vorangetriebene, ausgedehnte Interpretation der Selbstverteidigung und die daraus resultierende Heraufsetzung der Schwelle des Schutzverlustes der Peacekeeper gegenüber der klassischen Selbstverteidigung werden teilweise als Gefährdung der Integrität des humanitären Völkerrechts betrachtet. Denn dadurch werde augenscheinlich das organisatorische Eigeninteresse offenbart.⁶⁰

Für eine weite Auslegung des Schutzzrahmens einer Zivilperson auf Peacekeeper finden sich unter anderem folgende Beispiele aus der Rechtsprechung.⁶¹ Im Verfahren vor dem IStGH gegen Garda durften dem Gericht zufolge AMIS-Mitarbeiter nur in drei Fällen Gewalt einsetzen: Selbstverteidigung, Schutz von Einrichtungen der Mission und von Zivilisten in unmittelbarer Gefahr und in der unmittelbaren Umgebung der Mission.⁶² In diesem Verfahren wurde der Schutz der Peacekeeper als Zivilisten nicht infrage gestellt, jedoch habe es auch keine Anzeichen dafür gegeben, dass sie an Feindseligkeiten teilnahmen oder Gewalt über Selbstverteidigung hinaus anwendeten; sie hatten Anspruch auf den Schutz, der Zivilpersonen gewährt wird.⁶³ Entsprechend erstreckte sich dem SCSL zufolge Selbstverteidigung auch auf die Verteidigung von gewaltsamen Bestrebungen gegen die Erfüllung der Aufgaben des Mandats.⁶⁴ Beiden Rechtsprechungsorganen zufolge genießen Peacekeeper den Schutz als Zivilisten, den sie nur durch die Teilnahme an Kampfhandlungen und nur für ihre Dauer verlieren würden.⁶⁵ In dem Verfahren gegen Sesay, Kallon und Gbao wurde vom SCSL

UNAMSIL, die unter Kapitel VII UN-Charta mandatiert ist und deren Mandat neben dem Schutz und der Sicherstellung der Bewegungsfreiheit des Personals den Schutz von Zivilisten unter der unmittelbaren Bedrohung durch physische Gewalt gestattet, als Peacekeeping-Mission subsumiert und von Zwangsmaßnahmen abgegrenzt.⁶⁶ Trotz dieser weiten Befugnisse sei den Peacekeepern eine Teilnahme am Konflikt verboten.⁶⁷ Daraus zog das Gericht den zutreffenden Schluss, dass auch bei Ausübung dieser weiten Befugnisse keine Konflikteilnahme vorläge und die Peacekeeper noch immer den Schutz als Zivilisten genießen.⁶⁸ Jedoch betonen die Rechtsprechungsorgane, dass die Anspruchsberechtigung zum Zivilistenschutz letztlich von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Der SCSL hat 2009 eine nicht abschließende Liste von Merkmalen aufgestellt, die in Betracht zu ziehen seien. Darunter befinden sich unter anderem Waffen und Ausrüstung der Peacekeeping-Truppe, ihr Zusammenwirken mit den Konfliktparteien sowie die Aufgabe und Praxis der Mission.⁶⁹ Der IStGH beruft sich auf diese Kriterien.⁷⁰

Gleichsam verneinen Stimmen in der Literatur, dass eine Peacekeeping-Mission automatisch durch die Verteidigung ihres Mandates in den bewaffneten Konflikt eingreift. Vielmehr wird das Selbstverteidigungsrecht auch zum Widerstand gegen gewaltsame Versuche angewendet, die Aufgabenerfüllung zu verhindern, ohne dass das Mandat zu

⁵⁴ Zu dieser Frage vgl. auch M. Bothe, War Crimes, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. I, New York 2002, S. 379, 411; M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 37, 47. Vgl. zum VStGB: K. Ambos/A. Zimmermann/R. Geiß, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 13.

⁵⁵ Statt vieler SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 233; K. Dörmann, a.a.O. (Fn. 51), S. 159; A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 591.

⁵⁶ O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 14), S. 98 ff.; A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 591, 607 f.; vgl. Ch. Greenwood, a.a.O. (Fn. 4), S. 198. Vgl. auch M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 47.

⁵⁷ Zur Orientierung am Einzelfall: ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 83 f.; SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 234; A. Breitegger, a.a.O. (Fn. 36), S. 719, mit Verweis auf SCSL, Appeals Chamber, Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao, SCSL-04-15-A, 26. Oktober 2009, Rn. 529; M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 53.

⁵⁸ M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 53; A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 591.

⁵⁹ A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 591.

⁶⁰ Vgl. dazu R. Glick, a.a.O. (Fn. 2), S. 77.

⁶¹ Zur Rechtsprechung siehe auch: A. Gadler, a.a.O. (Fn. 12), S. 598 ff.; vgl. auch A. Breitegger, a.a.O. (Fn. 36), S. 717 ff.

⁶² ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 130.

⁶³ *Id.*, Rn. 127, 131 ff.

⁶⁴ SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 228, 233.

⁶⁵ SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 233; ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 83.

⁶⁶ SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1750, 1907 ff., 1911; Entsprechend subsumiert der IStGH, ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 114; dazu i. Allg. DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 34.

⁶⁷ SCSL, Trial Chamber I, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 1917 („(...) the peacekeepers were to use force only in self-defence, defence of civilians or to ensure freedom of movement of UN personnel. We find that the peacekeepers were prohibited from engaging in hostilities.“).

⁶⁸ *Id.*, Rn. 1925-1937.

⁶⁹ *Id.*, Rn. 234. So auch in SCSL, Appeals Chamber, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 529 bestätigt.

⁷⁰ ICC, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 83 f.

einem Auftrag werde, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen.⁷¹

Des Weiteren wird teilweise auch ein subjektives Kriterium zur Abgrenzung angedacht.⁷² Dementsprechend müsste auf die Motivation des Agierenden oder den Vorsatz der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten abgestellt werden. Dagegen ist jedoch zu argumentieren, dass es fast unmöglich erscheint, während einer militärischen Operation den Geisteszustand einer Person zuverlässig zu identifizieren.⁷³ Vielmehr ist auf den objektiv erkennbaren Zweck der Handlung abzustellen. Die interpretativen Richtlinien des IKRK zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten schließen sich dem an und nehmen auch einen Zivilisten aus dem Schutz aus, der zur Teilnahme an Feindseligkeiten gezwungen wird.⁷⁴

Gegen den generellen Ausschluss der Peacekeeper vom Schutz als Zivilisten, wenn sie im Rahmen ihrer weiten Selbstverteidigungsbefugnisse handeln, lässt sich einwenden, dass bereits die Voraussetzung der Konfliktpartei der Definition der Kombattanteneigenschaft nicht gegeben ist.⁷⁵ Aufgrund der Unparteilichkeit der Peacekeeping-Missionen kann bereits keine Parteieigenschaft der Vereinten Nationen vorliegen. Darüber hinaus sind die Friedensmissionen auch gerade nicht so konzipiert, dass die Mitglieder wie Kombattanten auftreten. Die Handlungen im Rahmen der sehr begrenzten Befugnisse zur Gewaltanwendung und die unparteiliche Friedensschaffung als Ziel der auf Konsens beruhenden Mission entsprechen nicht den Befugnissen und Zielen der Angehörigen einer regulären Konfliktpartei im Sinne des humanitären Völkerrechts.⁷⁶ Vielmehr handelt es sich um eine Schutzfunktion, die allen Konfliktparteien zugutekommen soll.

Ferner fragt sich, ob der Gedanke der interpretativen Richtlinien des IKRK weitere Argumente zur Abgrenzung der Schwelle des Verlustes des Schutzes als Zivilpersonen seitens eines Peacekeeper liefern könnte. Die Richtlinien stellen drei kumulative Kriterien heraus, die eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten qualifizieren. Neben der objektiven Eignung der Handlung, militärische Operationen oder Kapazitäten einer Konfliktpartei zu beeinträchtigen oder den Tod oder die Verletzung von geschützten Personen oder die Zerstörung geschützter Objekte zu verursachen, also Art und Schwere des Schadens („threshold of harm“), sowie der unmittelbaren Kausalität zwischen der Handlung und dem Schaden oder der militärischen Operation, der die Handlung als integraler Bestandteil beizuordnen ist („direct causation“), ist ein weiteres Element erforderlich. Die Handlung muss objektiv spezifisch darauf gerichtet sein, die erforderliche Schädigungswirkung mit dem Ziel unmittelbar kausal herbeizuführen, eine Kriegspartei zum Nachteil der anderen zu unterstützen. Das heißt, es muss ein unmittelbarer „Kampfhandlungsbezug“ bestehen („belligerent nexus“).⁷⁷ In der Literatur wird vereinzelt gefordert, dass die kumulativen Elemente dieses dritten Merkmals, die zielgerichtete Unterstützung einer Konfliktpartei und die zielgerichtete Nachteilszufügung gegenüber einer anderen, sogar auch alternativ anwendbar sind. Danach wäre bereits ausreichend, dass zur Unterstützung oder zur Nachteilszufügung gehandelt werde.⁷⁸ Diese Herabstufung der Schwelle der unmittelbaren Teilnahme soll auch die Fälle erfassen, bei denen eine

Konfliktpartei nicht notwendigerweise durch die Unterstützung einer anderen Konfliktpartei Schaden nimmt bzw. eine Handlung allen Konfliktparteien schadet.⁷⁹

Individuelle Selbstverteidigungshandlungen werden von den Richtlinien ausdrücklich als nicht von dieser letzten Voraussetzung erfasst angesehen, da ihr Ziel nicht die Unterstützung einer der Konfliktparteien sei. Jedoch ist nur die Selbstverteidigung von Zivilisten explizit erwähnt.⁸⁰ Aber auch der beschriebenen weiten Auslegung der Selbstverteidigung eines Peacekeeper könnte es an diesem Merkmal fehlen. Da Peacekeepern Anspruch auf Schutz gewährt wird, der Zivilpersonen nach dem internationalen Recht des bewaffneten Konflikts zusteht, ist eine Heranziehung der für den Schutz der Zivilbevölkerung in bewaffneten Konflikten entwickelten interpretativen Richtlinien nicht ganz fernliegend. Entscheidend ist das Element der zielgerichteten Unterstützung einer Kriegspartei zum Nachteil der anderen bzw. der Handlung in Unterstützung einer Kriegspartei oder zum Nachteil der anderen. Solange der Schutz der Zivilisten vor unmittelbaren Angriffen sowie der Schutz der Durchsetzung des eigenen Mandats unparteiisch geschehen, mangelt es ihnen jedenfalls objektiv an einem solchen Ziel. Zwar kann die Durchsetzung des Mandates nicht ohne Bezug zum bewaffneten Konflikt betrachtet werden, da es ohne diesen das Mandat nicht geben würde. Jedoch ist nicht davon auszugehen, dass die Durchsetzung des Mandates *per se* geschützt wird mit dem Ziel, eine Kriegspartei zu unterstützen und/oder den unmittelbaren Nachteil der anderen herbeizuführen. Denn dann müsste es sich bei dem Mandat um ein parteiisches handeln und die Vereinten Nationen müssten wie eine Konfliktpartei oder Angehörige einer solchen auftreten, was beim Peacekeeping gerade nicht gegeben sein sollte.⁸¹ Der teilweise aufgeführte Gedanke, Peacekeeping-Missionen analog zum Einsatz der Polizei im nationalen Recht zu bewerten, unterstützt dieses Argument. Denn die Polizei ist ebenfalls dazu befugt, die Interessen unbeteiligter, aber von der gewaltsamen Situation bedrohter Zivilisten im

⁷¹ K. Ipsen, Friedenssicherung und friedliche Streitbeilegung, in: ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 1118. Vgl. zum VStGB: K. Ambos/A. Zimmermann/R. Geiß, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 13.

⁷² O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 14), S. 102.

⁷³ Vgl. dazu Ch. Schaller, a.a.O. (Fn. 9), S. 5.

⁷⁴ Vgl. *ibid.*; dazu N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 59 f.; M. Schmitt, Deconstructing, a.a.O. (Fn. 9), S. 735; ders., The Interpretative Guidance, a.a.O. (Fn. 9), S. 33 f.

⁷⁵ Vgl. Art. 43 (1), insbes. (2) ZP I, Art. 4 (1) GC III. Vgl. dazu J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 2), Regel 33, S. 112. Vgl. diesen Gedanken auch bei M. Bothe, a.a.O. (Fn. 54), S. 379, 411.

⁷⁶ Vgl. dazu DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 31 ff.

⁷⁷ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 46 ff.; ders., Civilian Participation in Armed Conflict, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL online, 2010, <http://www.mpepil.com>, Rn. 7 ff. Zu den deutschen Begrifflichkeiten vgl. W. Kaleck, Schriftsatz an die Generalstaatsanwaltschaft Dresden vom 9. Juni 2010, S. 37 f.; Ch. Schaller, Rechtssicherheit im Auslandseinsatz – Zum völkerrechtlichen Charakter des Einsatzes der Bundeswehr in Afghanistan, in: SWP-Aktuell A67 (2009), S. 6.

⁷⁸ M. Schmitt, Deconstructing, a.a.O. (Fn. 9), S. 736; ders., The Interpretative Guidance, a.a.O. (Fn. 9), S. 34.

⁷⁹ M. Schmitt, Deconstructing, a.a.O. (Fn. 9), S. 736.

⁸⁰ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 8), S. 61.

⁸¹ Statt vieler: DPKO/DFS, a.a.O. (Fn. 18), S. 33 f.

Falle von Unruhen oder Tumulten zu schützen und sich gegen kämpferischen Widerstand auch durch die Vornahme von erforderlichen Gewalthandlungen zur Wehr zu setzen. Trotzdem schließt sie sich dadurch nicht einer Partei des Tumultes an oder nimmt gar daran teil.⁸²

Entsprechend dem Merkmal des „belligerent nexus“ der interpretativen Richtlinien wird im Kommentar des IKRK zu Artikel 51 Absatz 3 ZP I der Schutz einer Zivilperson an ihr „abstaining from all hostile acts“ geknüpft, womit alle Handlungen erfasst werden, die ihrer Natur und Zielsetzung nach dazu bestimmt sind, dem Personal der Streitkräfte tatsächlichen Schaden zuzufügen.⁸³

Trotz der Kritik an diesen Richtlinien insgesamt wird das Merkmal des „belligerent nexus“ als das am wenigsten umstrittene bezeichnet.⁸⁴ Das Merkmal der kriegerischen Verknüpfung ist eine wichtige Voraussetzung für die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten, die noch nicht durch ein überzeugendes anderes Merkmal abgelöst wurde. Insofern unterstützen die interpretativen Richtlinien des IKRK die weite Auslegung der Selbstverteidigungsbefugnisse des Personals einer Peacekeeping-Mission, deren Wahrnehmung grundsätzlich noch vom Schutz einer Zivilperson umfasst ist und keine unmittelbare Teilnahme an den Feindseligkeiten darstellt. Durch diese weite Auslegung des Schutzzrahmens einer Zivilperson auf Peacekeeper, der das Recht der Peacekeeper zum Widerstand gegen gewaltsame Versuche einbezieht, die Mandatserfüllung zu verhindern, findet ihre besondere Schutzstellung Berücksichtigung.

Im Ergebnis sprechen überzeugendere Argumente für die weite Auslegung der Befugnisse der Peacekeeper, die Berechtigung zum Schutz als Zivilisten nicht *per se* zu verlieren, wenn sie Gewalt – neben der klassischen Selbstverteidigung – auch zur Verteidigung der Aufgaben des Mandats einsetzen, solange es am „belligerent nexus“ fehlt. Jedoch ist immer auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen.

3.2. Auswirkung des Schutzverlustes auf die Friedensmission

Es stellt sich die Frage, ob sich die Teilnahme einiger Peacekeeper an Kampfhandlungen auf die gesamte Friedensmission auswirkt.⁸⁵

Gemäß dem Genfer Recht erhalten alle Mitglieder der Streitkräfte Kombattantenstatus. Ausgenommen sind lediglich Sanitäts- und Seelsorgepersonal, die zwar den Streitkräften angehören, jedoch keine Kombattanten und daher auch kein legitimes militärisches Ziel sind, sowie das zivile Gefolge der Streitkräfte, die diesen nicht angehören.⁸⁶ Dementsprechend werden auch Köche und andere Mitglieder der Streitkräfte, deren Hauptaufgabe nicht im Kämpfen besteht, statusrechtlich wie klassische Soldaten eingestuft.⁸⁷

So sind auch Mitglieder des Personals einer nach Kapitel VII UN-Charta eingesetzten Mission zu bewerten, die beauftragt wurde, eigentliche militärische Kampfmaßnahmen auf eigene Initiative durchzuführen.⁸⁸ Diese Missionen wurden bereits in Kapitel 2.2.2. vom Peacekeeping abgegrenzt. Die umstrittene und möglicherweise rein begrifflich abzulehnende Parteieigenschaft der Vereinten Nationen, wenn die Truppen den Vereinten Nationen in Form einer Organleihe überantwortet werden, soll in diesem Beitrag nicht ent-

den werden. Dennoch bestehen in der Praxis Feindseligkeiten mit der gleichen Charakteristik wie bei einer klassischen Konfliktpartei, die wie traditionelle bewaffnete Konflikte nach den Regeln des humanitären Völkerrechts zu lösen sind.⁸⁹ Zumindest objektiv treten die Vereinten Nationen in solchen Fällen also wie eine Konfliktpartei oder wie ein Teil einer solchen auf und Mitglieder ihres Personals sind als Kombattanten eingesetzt.⁹⁰

Schwieriger gestaltet sich einmal mehr die umstrittene Beurteilung einer Peacekeeping-Mission. Einerseits könnte man die Mitarbeiter der Missionen, die nicht an Kampfhandlungen teilnehmen, nicht als legitimes militärisches Ziel werten, auch wenn andere Mitarbeiter der Mission in Kämpfe verwickelt sind und ihren Schutz als Zivilisten für die Dauer der Teilnahme verloren haben.⁹¹ Diese Bewertung würde der des Schutzes der Zivilisten entsprechen und nur die tatsächlich an Kampfhandlungen Teilnehmenden verlören ihren Schutz.⁹² Andererseits besteht die Auffassung, dass die gesamte Mission ihre Neutralität durch die Teilnahme von Mitgliedern an Kampfhandlungen verliert.⁹³ Denn einer Konfliktpartei sei nicht zuzumuten, die Mitglieder nach dem Maß ihrer Teilnahme zu unterscheiden.⁹⁴ Alle Angehörigen der Mission wären wie das Personal einer nach Kapitel VII UN-Charta eingesetzten Mission zu bewerten, die eingesetzt wurde, um militärische Kampfmaßnahmen auf eigene Initiative durchzuführen, und würden dementsprechend ihren Schutz verlieren. Der ersten Ansicht nach behält die Mission also grundsätzlich ihren Schutzanspruch und nur die Betroffenen verlieren ihren. Der zweiten Ansicht nach verliert dadurch das gesamte Personal der Mission entsprechend den Streitkräften einer Konfliktpartei seinen Anspruch auf den Schutz, der Zivilpersonen nach dem humanitären Völkerrecht zusteht. Des Weiteren könnte durch die Teilnahme einiger Mitarbeiter die Mission zu Teilen ihren Schutz verlieren, beispielsweise die am Kampf beteiligte Einheit. Das hätte zur Folge, dass Einheiten einer Mission unterschiedlich zu

⁸² O. Engdahl, a.a.O. (Fn. 14), S. 98 f. m.w.N. Diese Parallele auch bei M. Schmitt, *The Interpretative Guidance*, a.a.O. (Fn. 9), S. 34. Vgl. für die Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung N. Melzer, a.a.O. (Fn. 77), Rn. 17.

⁸³ C. Pilloud/J. Pictet, *Article 51*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 1942.

⁸⁴ M. Schmitt, *Deconstructing*, a.a.O. (Fn. 9), S. 698 ff., 735; ders., *The Interpretative Guidance*, a.a.O. (Fn. 9), S. 6, 34.

⁸⁵ Vgl. M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 55; T. Darge, *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes*, Berlin/Heidelberg 2010, S. 346.

⁸⁶ Vgl. Art. 4A.IV., V. GA III; H.-P. Gasser, a.a.O. (Fn. 3), S. 75.

⁸⁷ Vgl. Art. 43 (2) ZP I; J. de Preux, *Article 43*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 1677; M. Sassöli, *Combatants*, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 5.

⁸⁸ Vgl. M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 54; K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1248.

⁸⁹ Vgl. M. Sassöli/A. Bouvier, *How Does Law Protect in War*, Vol. I, 2. Aufl., Genf 2006, Part I, S. 290.

⁹⁰ Deutlicher K. Ipsen, *Bewaffneter Konflikt und Neutralität*, a.a.O. (Fn. 3), S. 1228, 1248.

⁹¹ Im Umkehrschluss von M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 55. Vgl. zum VStGB: K. Ambos/A. Zimmermann/R. Geiß, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 13.

⁹² C. Pilloud/J. Pictet, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 1942.

⁹³ M. Cottier, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 55.

⁹⁴ T. Darge, a.a.O. (Fn. 85), S. 346.

behandeln sind. Diesbezüglich stellt sich jedoch die Problematik der Trennung zwischen den Teilen der Mission, deren Durchsetzung sich in der Praxis schwierig gestalten ließe. Hinsichtlich der beiden erstgenannten Meinungen finden sich jeweils gute Argumente. Einerseits spricht für die individuelle Bewertung des Schutzverlustes die Parallele zu den Zivilisten sowie das große Ausmaß auf die Mission durch die unmittelbare Teilnahme möglicherweise nur weniger Peacekeeper, die die Grenze der ausgedehnten Selbstverteidigung gegebenenfalls nur minimal überschritten haben. Andererseits ist für den Schutzverlust des gesamten Personals der Mission entsprechend den Streitkräften einer Konfliktpartei anzumerken, dass in Form der Mission – im Gegensatz zur Zivilbevölkerung – eine abgrenzbare Personengruppe besteht, die nicht mehr unparteilich auftritt.

Jedoch kann das Mandat der Peacekeeper bzw. die Befugnisse allein nicht über den Status einer Mission entscheiden. Auch die faktischen Konditionen sind in Betracht zu ziehen, sodass letztlich das bedeutende Merkmal der Intensität der Beteiligung an den Kampfhandlungen nicht völlig unberücksichtigt bleiben darf. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass weiterhin von dem Schutz der anderen Missionsangehörigen auszugehen ist und nur die dementsprechend Agierenden ihren Schutz verlieren, wenn es sich nur um die spärlich intensive Überschreitung der Grenze der Gewaltanwendung, die sie noch zum Schutz als Zivilperson berechtigt, durch wenige Missionsmitarbeiter handelt. Sollten sich hingegen Mitglieder des Personals einer Peacekeeping-Mission mit großer Intensität hinsichtlich der Dauer und Schwere des Agierens an den Feindseligkeiten beteiligen, sodass die gesamte Mission objektiv parteilich wird und wie eine Konfliktpartei oder ein Teil einer solchen auftritt, greift auch das Argument des mangelnden „belligerent nexus“ nicht mehr.⁹⁵ Denn dann ist objektiv – und auf diese Sicht kommt es hier an (siehe oben) – gerade eine Unterstützungshandlung gegeben. Das hat zur Konsequenz, dass sich keine andere Bewertung als bei regulären Streitkräften rechtfertigen lässt, bei denen zur Bestimmung eines potenziell legitimen militärischen Ziels auch nicht danach differenziert wird, welches Mitglied gerade in die Kampfhandlung einbezogen ist. Die erforderliche Intensität ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig zu machen. Eine strikte und klare Schwelle der Intensitätsüberschreitung besteht nicht.

Die Besonderheit des auf Konsens beruhenden, unparteiischen und im Rahmen des nur in den oben genannten Ausnahmesituationen Gewalt anwendenden Peacekeeping ist bei entsprechend intensiver Teilnahme an den Kampfhandlungen nicht mehr gegeben.

4. Zusammenfassung

Der Schwerpunkt der umstrittenen Problematik liegt in der Abgrenzung zwischen den Handlungen des Personals der Friedensmissionen ohne den Auftrag, eigentliche militärische Kampfoperationen durchzuführen, die noch vom Schutz der Zivilpersonen umfasst sind, und denjenigen, die eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten darstellen. Denn gerade durch eine solche unmittelbare Teilnahme werden die Peacekeeper potenziell zum legitimen militärischen Ziel. Die Abgrenzungsproblematik stellt sich insbesondere unter Berücksichtigung der durch die Vereinten Nationen ausgedehnten Selbstverteidigungsbefugnisse der Peacekeeper, die sich auch auf Verteidigung von Angriffen gegen die Erfüllung des Mandats der Mission erstrecken (Kapitel 2). Dieser Beitrag bezieht auch die Argumente ein, die in den interpretativen Richtlinien des IKRK zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten zum Schutz der Zivilbevölkerung in bewaffneten Konflikten vorgebracht werden, und befürwortet eine weite Auslegung des Schutzzumfangs der Peacekeeper (siehe Kapitel 3.1.). Des Weiteren wird argumentiert, dass hinsichtlich der Auswirkungen des Schutzverlustes von Mitgliedern des Personals auf die gesamte Friedensmission auf die Intensität der Beteiligung an den Kampfhandlungen abzustellen ist. Nur solange keine, am jeweiligen Einzelfall zu bewertende, intensive Konflikttelnahme durch Mitglieder des Personals einer Friedensmission vorliegt, die die gesamte Mission objektiv parteilich auftreten lässt, wirkt sich der Schutzverlust einiger Missionsangehöriger nicht auf die anderen Missionsangehörigen aus (siehe Kapitel 3.2.). ■

⁹⁵ Auf das Ausmaß der Involvierung in die Kampfhandlungen als Voraussetzung für die Parteieigenschaft bezieht sich auch Ch. Greenwood, a.a.O. (Fn. 4), S. 189.

Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem Internationalen Strafgerichtshof

Christian Schiller*

In March 2009 and July 2010 respectively, the International Criminal Court (ICC) issued two arrest warrants for Omar Al-Bashir, the incumbent President of Sudan. As a consequence, legal debate now focuses on the question of immunity under public international law of the highest ranking state official. However, many uncertainties remain. This article will thus examine the issue of personal immunity of Heads of States of Member States and Non-Member States of the ICC. Questions of terminology and legal theory will be dealt with first. The analysis will then focus on the Rome Statute and the state of customary law. While personal immunity for sitting Heads of State of Member States no longer exists vis-à-vis the Court, it cannot be shown that the same applies at the horizontal, inter-state level for both Member and Non-Member States of the ICC. Moreover, to this day, the waiver of vertical immunity protection as stipulated in Article 27 of the Rome Statute cannot be said to have accrued the status of a rule of customary law.

Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter ist durch die Haftbefehle des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) vom März 2009 bzw. Juli 2010 gegen Sudans Staatspräsidenten Omar Al-Bashir schlagartig in das Blickfeld der Staatengemeinschaft gerückt. Dabei ist weitestgehend ungeklärt, inwiefern die mit dem Amt verbundene persönliche Immunität der höchsten Staatsdiener ein Verfahrenshindernis vor dem IStGH darstellt. Gegenstand dieses Beitrags sind daher Grund und Grenzen des Immunitätsschutzes für Staatsoberhäupter von Vertrags- und Nichtvertragsstaaten des IStGH. In einem ersten Schritt wird auf terminologische und rechtstheoretische Vorfragen nach dem Völkerrecht eingegangen. Daran anschließend wird das geltende Immunitätsregime eingehend untersucht. Ein umfassender Immunitätsverzicht ist lediglich für das vertikale Verhältnis von Vertragsstaaten zum Gerichtshof nachzuweisen. Im horizontalen Verhältnis zwischen zwei Vertragsstaaten besteht der Immunitätsschutz hingegen fort. Für Nichtvertragsstaaten bleibt der volle Immunitätsschutz erhalten, das heißt sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Hinsicht. Bereits bloße Vorermittlungen durch die Anklagebehörde gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt eines Nichtvertragsstaates ohne entsprechendes Mandat des UN-Sicherheitsrats sind damit unzulässig.

Einleitung – Erkenntnisinteresse – Gang der Untersuchung

Am 4. März 2009 stellt die Vorverfahrenskammer I des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) in Den Haag einen Haftbefehl gegen den amtierenden Staatspräsidenten des Sudan, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, aus.¹ Nach Ansicht der Richter besteht hinreichend Grund zu der Annahme, dass Al-Bashir auf Grundlage des Römischen Statuts² die persönliche Verantwortung für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen trägt, die im Zeitraum von 2003 bis 2008 im Landesteil Darfur begangen wurden. Die Anklage wirft ihm eine Verwicklung in das verbrecherische Vorgehen staatlicher und paramilitärischer Einheiten gegen Mitglieder der Bevölkerungsgruppen Fur, Masalit und Zaghawa vor. Am 12. Juli 2010 hat die Kammer in einem zweiten Haftbefehl die Vorwürfe gegen Al-Bashir um den Punkt des Genozids gemäß Artikel 6 erweitert.³

Dabei lassen allerdings die ungehinderten Besuche Al-Bashirs im Tschad und in Kenia im Juli bzw. August 2010 – beide Staaten sind Vertragsparteien des IStGH und damit völkerrechtlich zur Kooperation mit dem Gerichtshof verpflichtet – erhebliche Zweifel an der effektiven Strafverfolgung amtierender Staatsoberhäupter durch den IStGH aufkommen.

Die folgende Arbeit nimmt sich daher die Haftbefehle gegen Al-Bashir zum Anlass, um die Frage der völkerrechtlichen

Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem IStGH allgemein zu untersuchen. Hierzu werden zunächst terminologische und rechtstheoretische Vorfragen geklärt. Im Anschluss wird das geltende Immunitätsregime differenziert nach Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten des IStGH betrachtet. Auf die Darstellung des Falls Al-Bashirs, das heißt, welche Konsequenzen die Überweisung einer Situation an den IStGH durch den UN-Sicherheitsrat⁴ für das Immunitätsregime von amtierenden

* Christian Schiller ist Absolvent des Studiengangs Internationale Beziehungen (B.A.) an der Technischen Universität Dresden. Die Arbeit wurde im März 2010 in ausführlicherer Version als Abschlussarbeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht vorgelegt. Der Autor arbeitete von Oktober 2010 bis März 2011 als Praktikant in der Rechtsabteilung des Chefanklägers am Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag. Kritik, Anregung und Kommentare bitte an enschiller@gmx.de.

¹ IStGH, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-01, 4. März 2009, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (31. März 2011).

² Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A./CONF.183/9, 17. Juli 1998 bzw. BGBl. 2000 II, S. 1384; Artikel ohne Vertragsangabe sind im Folgenden solche des Römischen Statuts.

³ IStGH, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, 12. Juli 2010, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf>.

⁴ Vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 1593, UN Doc. S/RES/1593, 31. März 2005.

Staatsoberhäuptern nach sich zieht, muss hier aus Platzgründen verzichtet werden.⁵

1. Terminologie

1.1. Völkerstrafrechtliche Jurisdiktion des IStGH

Immunität und Jurisdiktion (auch: Gerichtsbarkeit) sind zwei zu unterscheidende Rechtsinstitute. Dabei besteht zwischen beiden Begriffen ein unmittelbarer Zusammenhang dergestalt, dass Immunität stets nur als Ausnahme gegenüber einer ansonsten bestehenden Jurisdiktion geltend gemacht werden kann. Üblicherweise wird differenziert nach legislativer („jurisdiction to prescribe“), exekutiver („jurisdiction to enforce“) und judikativer Gerichtsbarkeit („jurisdiction to adjudicate“). Bei der Jurisdiktion des IStGH handelt es sich um völkerstrafrechtliche Jurisdiktion, verstanden als Ausübung judikativer Strafgewalt über natürliche Personen.⁶ Sachlich beschränkt sich die Gerichtsbarkeit des IStGH auf die in Artikel 5 normierten Völkerstraftaten. Zeitlich erstreckt sich die Jurisdiktion nur auf Taten, die nach Inkrafttreten des Statuts am 1. Juli 2002 begangen wurden. Ferner ist diese Übertragung judikativer Hoheitsgewalt an den IStGH nur komplementär zu der weiterhin existierenden, nationalen Strafgewalt zu verstehen (sogenanntes Komplementaritätsprinzip, Artikel 17 I lit. a)-c)).

1.2. Völkerrechtliche Immunität

Im Völkerrecht wird unter Immunität das Recht der Staaten verstanden, der Zwangsgewalt einer anderen Hoheitsmacht nicht unterworfen zu sein. Berechtigte sind zunächst nur die Staaten (Staatenimmunität). Aus der *ratio* des Immunitätsschutzes folgt, dass auch diejenigen Individuen Immunität genießen müssen, die auf zwischenstaatlicher Ebene im Auftrag des Staates handeln (Immunität staatlicher Funktionsträger). Diese abgeleitete Form der Immunität existiert in zwei unterschiedlichen Ausprägungen: funktionelle Immunität (*ratione materiae*) und persönliche, auch absolute Immunität (*ratione personae*).

Funktionelle Immunität wird nur in Bezug auf amtliche Handlungen gewährt. Sie bleibt auch nach Ausscheiden des Einzelnen aus dem Staatsdienst bestehen und endet allein im Fall des Staatenuntergangs. Demgegenüber genießen die höchsten Amtsträger eines Staates absolute Immunität, die auch das private Handeln generell in den Schutzbereich einbezieht. Sie wird nur für die Dauer der Amtszeit gewährt und dient dem Schutz der Person als solcher. Grundsätzlich genießen amtierende Staatsoberhäupter im zwischenstaatlichen Verkehr Immunität *ratione personae*. Allein diese Form der Immunität staatlicher Funktionsträger ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Diese Unterscheidung hat auch Eingang in das Römische Statut gefunden: Während Artikel 27 I die Irrelevanz der amtlichen Eigenschaft für die Jurisdiktion des IStGH festschreibt (Ausschluss einer Immunität *ratione materiae*), normiert Artikel 27 II die Unbeachtlichkeit von mit der amtlichen Eigenschaft verbundenen Immunitäten, die den Gerichtshof an der Ausübung seiner Jurisdiktion hindern könnten (Ausschluss einer Immunität *ratione personae*).⁷

2. Rechtsgrundlage und *ratio* der völkerrechtlichen Immunität eines Staatsoberhauptes

Die Immunität amtierender Staatsoberhäupter hat bisher keine eingehende Kodifikation erfahren. Der genaue Umfang dieser unstrittig existierenden Rechtsposition ist daher weitestgehend unklar, insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung von Völkerstraftaten. Diesen gilt es, anhand des Statuts bzw. des Gewohnheitsrechts in Bezug auf die jeweils noch zu diskutierende Konstellation (Vertragsstaat – Nichtvertragsstaat) zu bestimmen.

In seiner jüngeren Praxis hat der IGH den gegenwärtigen Stand des Völkergewohnheitsrechts unter Aufweichung der bis dahin aufgestellten Maßstäbe für den Nachweis von Rechtsüberzeugung und Staatenpraxis bestimmt.⁸ Den Umfang der Immunität amtierender Außenminister vor fremdstaatlichen Gerichten hat er ausschließlich teleologisch aus der Funktion und Stellung dieses Amtsträgers abgeleitet. Der genauen Zweckbestimmung der völkerrechtlichen Immunität amtierender Staatsoberhäupter kommt daher angesichts der wenig ergiebigen Staatenpraxis entscheidende Bedeutung zu.

2.1. Souveräne Gleichheit⁹

Als Ausfluss der Staatenimmunität wird die Immunität staatlicher Funktionsträger nicht zum Schutz des Individuums verliehen, sondern zum Schutz des jeweiligen Staates. Dass ein Staat einen Anspruch darauf hat, der Jurisdiktion einer fremden Hoheitsgewalt nicht unterworfen zu sein, wird daher zum einen mit dem Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten begründet (*par in parem non habet iurisdictionem*).¹⁰

2.2. Funktionale Notwendigkeit

Einen weiteren Ansatz bietet die Theorie der funktionalen Notwendigkeit. Danach ist die *ratio* des Immunitätsschutzes amtierender Staatsoberhäupter in der effektiven Ausführung seiner amtlichen Funktionen zu sehen. Der IGH hat in seiner

⁵ Siehe dazu P. Gaeta, Does President Al-Bashir Enjoy Immunity From Arrest?, in: Journal of International Criminal Justice 7 (2009), S. 315-322.

⁶ Vgl. G. Werle, Principles of International Criminal Law, 2. Aufl., Den Haag 2009, Rn. 232-238.

⁷ P. Gaeta, Official Capacity and Immunities, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Bd. I, Oxford 2002, S. 975, 990 f.; anders O. Triffterer, in: ders. (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl., München 2008, S. 779, 791.

⁸ IGH, Arrest Warrant Yerodia, ICJ Reports 2002, S. 1-187, 14. Februar 2002, hier Ziff. 53-54. Kritisch dazu: Sondervotum van den Wyngaert, Ziff. 11 ff.

⁹ Auf die Darstellung der Extraterritorialitätstheorie und der Repräsentationstheorie wird hier aus Platzgründen verzichtet. Während Erstere als überholt gelten darf, kann Letztere nur ein schwaches Argument für die Bestimmung des Immunitätsumfangs in Anbetracht von begangenen Völkerstraftaten liefern. Jedenfalls ließ sich keine entsprechende Argumentation in der Literatur nachweisen. Näheres zur Repräsentationstheorie bei A. Watts, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, in: Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 247 (1994), S. 9, 40 f.

¹⁰ Vgl. Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta; V. Epping, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, S. 373, Rn. 17.

Haftbefehl-Entscheidung den absoluten Immunitätsschutz eines amtierenden Außenministers (und damit *a minus ad maiore* auch für amtierende Staatsoberhäupter) mit Verweis auf die Notwendigkeit ungestörter Staatenbeziehungen begründet.¹¹ Häufig wird dazu noch das Argument der Missbrauchsgefahr angeführt, die eine Einschränkung der Immunität *ratione personae* mit sich brächte. Die Stabilität des internationalen Systems sowie die Funktionsfähigkeit des repräsentierten Staates sind nach dieser Theorie also das Schutzgut der absoluten Immunität.¹²

2.3. Immunitätsschutz *a priori* vor internationalen Gerichten?

Ob bzw. inwiefern von vornherein die Regeln über die Immunität vor fremden, nationalen Gerichten auch auf das Immunitätsregime vor internationalen Gerichten Anwendung finden, ist umstritten. Denn die Immunität vor fremdstaatlicher Gerichtsbarkeit ist von der vor internationaler Gerichtsbarkeit zu unterscheiden.

Zum Teil wird vorgebracht, *a priori* existiere eine Immunität vor internationalen Strafgerichten nicht, weil hier nicht ein Staat über den anderen zu Gericht sitze. Der Grundsatz der souveränen Gleichheit werde nicht berührt. Es handele sich bei den Gerichten vielmehr um überstaatliche Instanzen, die als Vollzugsorgane der Staatengemeinschaft agieren.¹³ Da sich ferner eine positive gewohnheitsrechtliche Regelung nicht feststellen lasse, nach der die Immunität amtierender Staatsoberhäupter auch vor internationalen Gerichten gelte, sei davon auszugehen, dass grundsätzlich kein Immunitätsschutz bestehe.

In dieser Allgemeinheit kann diese Argumentation schon deshalb nicht zutreffend sein, weil sonst bereits zwei Staaten einen „Internationalen Strafgerichtshof“ gründen und ihren nationalen Strafanspruch auf diesen übertragen könnten. Es ist aber nicht ersichtlich, warum dieser Gerichtshof einem Drittstaat in irgendeiner Weise übergeordnet sein kann. Denn dies würde bedeuten, dass zwei Staaten dem Gerichtshof ein Recht übertragen könnten, welches sie selbst nicht besitzen, hier die Strafverfolgung eines fremden, amtierenden Staatsoberhauptes. Dies aber ist grundsätzlich unzulässig (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).¹⁴ Und selbst wenn der Grundsatz der souveränen Gleichheit bei einer Strafverfolgung durch „bestimmte internationale Gerichte“ nicht berührt würde (in diese Richtung der IGH im Arrest Warrant-Fall), kann eine Störung der internationalen Beziehungen, der Funktionsfähigkeit des betroffenen Staates und eine Verletzung der Würde des Staatsoberhauptes nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Daher ist davon auszugehen, dass Immunitätsschutz *ratione personae* grundsätzlich auch vor internationalen Gerichten besteht.¹⁵

3. Immunität eines Staatsoberhauptes einer Vertragspartei

3.1. Verzicht der Vertragsparteien, Artikel 27 II – Vertikaler Immunitätsausschluss

Artikel 27 regelt die Beziehung zwischen den staatlichen Funktionsträgern und dem Gerichtshof. Es handelt sich um

einen vertikalen Immunitätsausschluss. Ein angeklagtes Staatsoberhaupt kann sich damit nicht auf Immunitätsschutz gegenüber dem IStGH berufen. Rechtstechnisch handelt es sich bei Artikel 27 II um einen vertraglichen Verzicht der Mitgliedstaaten auf den einigen ihrer Funktionsträger zustehenden Immunitätsschutz *ratione personae*.

3.2. „Drittstaats“-Problematik, Artikel 98 I – Horizontaler Immunitätsausschluss

Ausweislich seines Wortlauts bezieht sich Artikel 27 II lediglich auf die Jurisdiktion des Gerichtshofs.¹⁶ Ob der dort statuierte Immunitätsausschluss auch im Verhältnis der Vertragsstaaten des IStGH untereinander gilt (horizontaler Immunitätsausschluss), kann dieser Norm – zumindest explizit – nicht entnommen werden. Dieser Problematik sollte mit Artikel 98 Rechnung getragen werden.

Die absolute Immunität amtierender Staatsoberhäupter wird unstrittig vom Begriff „Staatenimmunität“ in Artikel 98 I erfasst. Unklar ist, ob mit dem Begriff des „Drittstaats“ auch andere Vertragsstaaten des IStGH oder nur solche jenseits des Statuts gemeint sind. Wäre Ersteres der Fall, so dürfte der IStGH kein Überstellungsersuchen an den Vertragsstaat stellen, wenn Letzterer dem anderen Vertragsstaat gegenüber nach wie vor die Achtung des persönlichen Immunitätsschutzes des Staatsoberhauptes schuldete. Denkbar sind Fälle, in denen sich dieses Staatsoberhaupt unter der Hoheitsgewalt des ersuchten Staates befindet (zum Beispiel bei Durchreise, Exil, Urlaub etc.).

3.2.1. Streitstand

Einer in der Literatur¹⁷ und von einzelnen Mitgliedstaaten¹⁸ vertretenen Ansicht nach werden von dem Begriff „Drittstaat“ von vornherein nur Nichtvertragsstaaten des IStGH erfasst. Dies ergebe sich zum einen aus der Wiener Vertragsrechtskonvention (vgl. Artikel 2 I lit. h), 34–38 WVRK¹⁹). Zudem würde in der Praxis eine weite Interpretation dieses Begriffs dem Zweck des Statuts zuwiderlaufen und den in Artikel 27 statuierten vertikalen Immunitätsausschluss faktisch zu einem toten Buchstaben verkommen lassen. Daher streite das Effektivitätsprinzip gegen die weite Auslegung des Begriffs.

Die Gegenansicht, die die Vertragsstaaten von dem Begriff „Drittstaat“ erfasst sieht, spaltet sich in zwei Stränge auf: Einerseits wird argumentiert, dass die Vertragsstaaten mit

¹¹ IGH, a.a.O. (Fn. 8), Ziff. 53.

¹² H. Kreicker, Immunität und IStGH, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 7 (2009), S. 350, 355; D. Akande, International Law Immunities and the International Criminal Court, in: American Journal of International Law 98 (2004), S. 407.

¹³ V. Epping, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 39; P. Gaeta, a.a.O. (Fn. 7), S. 991.

¹⁴ R. Uerpman-Witzack, Immunität vor internationalen Strafgerichten, in: Archiv des Völkerrechts 44 (2006), S. 33, 36 f.

¹⁵ R. van Alebeek, The Immunity of States in International Criminal Law and International Human Rights Law, New York 2008, S. 279.

¹⁶ Art. 27 II IStGHSt: „Immunities (...) shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.“ (Herv. d. Verf.).

¹⁷ D. Akande, a.a.O. (Fn. 12), S. 425.

¹⁸ Vor allem Kanada und Großbritannien, näher dazu *id.*, S. 422.

Artikel 27 II implizit auf den horizontalen Immunitätsschutz verzichtet haben. Sie können sich demnach nicht mehr auf diesen Immunitätsschutz im Rahmen von Artikel 98 I als Verfahrenshindernis berufen. Die Reichweite des Artikels 98 I beschränke sich für die Vertragsstaaten auf den sachbezogenen Immunitätsschutz von Eigentum, der von Artikel 27 nicht erfasst sei.²⁰ Die Vertreter dieser Ansicht kommen somit ebenfalls zu dem Ergebnis, dass den Vertragsstaaten untereinander kein horizontaler Immunitätsschutz bezüglich ihrer Staatsoberhäupter mehr zustehe.

Die andere Ansicht, die ebenfalls Vertragsparteien unter den Begriff „Drittstaat“ fallen lässt, lehnt hingegen diesen horizontalen Immunitätsausschluss ab. Artikel 27 II behandle ausschließlich die Frage des vertikalen Immunitätsausschlusses. Danach ließen sich weder nach Entstehungsgeschichte, Systematik oder Telos überzeugende Gründe dafür finden, warum die Immunität *ratione personae* von vornherein den Vertragsparteien untereinander nicht mehr zustehen sollte.²¹

3.2.2. Stellungnahme

3.2.2.1. Begriff des Drittstaats umfasst auch Vertragsstaaten

Letzteren Ansichten ist zuzustimmen, dass der Begriff „Drittstaat“ im spezifischen Kontext des Statuts auch Vertragsparteien umfasst. Die bewusste Abweichung von der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffs „Drittstaat“ kann aus dem systematischen Zusammenhang, im Licht von Ziel und Zweck des Vertrags sowie unter Berücksichtigung späterer Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien (vgl. Artikel 31 I, II, III lit a) WVRK), verdeutlicht werden.

Im systematischen Zusammenhang mit Artikel 98 I wird in den Artikeln 87 V, 90 IV, VI zur Unterscheidung gegenüber dem Begriff „Drittstaat“ der Ausdruck „Staat, der nicht Vertragspartei des Statuts ist“ („State not party to the Statute“) verwendet. Gleichwohl ist zuzugeben, dass der Effektivität des IStGH auf den ersten Blick kein Dienst erwiesen wird, wenn man Vertragsstaaten den horizontalen Immunitätsschutz weiterhin zugesteht. Effektiver wäre es, von einem in durch Artikel 27 II implizierten Verzicht auszugehen. Allerdings hält die 2002 von den Vertragsstaaten verabschiedete Geschäftsordnung des IStGH an der Unterscheidung zwischen „Nichtvertragspartei/Vertragspartei“ und „Drittstaat“ weiterhin fest.²² Dies deutet darauf hin, dass die Vertragsstaaten dem Begriff „Drittstaat“ eine besondere Bedeutung zukommen lassen wollten (vgl. Artikel 31 III lit. a) in Verbindung mit Artikel 31 IV WVRK). Ferner betont das Statut an mehreren Stellen die lediglich ergänzende Funktion des IStGH und erkennt damit den Vorrang nationaler Strafverfolgung an.²³ Der Begriff „Drittstaat“ umfasst daher auch Vertragsstaaten.²⁴

3.2.2.2. Horizontaler Immunitätsschutz weiterhin verfügbar

Betrachtet man somit die Vertragsstaaten als von Artikel 98 I erfasst, so gilt zu klären, ob der Begriff „Staatenimmunität“ den horizontalen Immunitätsschutz beinhaltet, sodass sich die Vertragsstaaten zulässigerweise auf die Immunität eines

fremden Staatsoberhauptes unter ihrer Kontrolle als Auslieferungshindernis berufen können, bevor der IStGH sie mit einem Auslieferungersuchen zu konfrontieren beabsichtigt. Im Statut findet sich keine explizite Regelung bezüglich des horizontalen Immunitätsschutzes.

Sofern in diesem Zusammenhang von der zweiten Ansicht der Pauschalverzicht gemäß Artikel 27 II angeführt wird, der implizit auch bei Artikel 98 I durchgreife, entfernt diese sich vom ausdrücklichen Wortlaut des Artikels 27 II. Dieser besagt nur, dass Immunitäten den Gerichtshof nicht an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit („exercising its jurisdiction“) hindern können. Dies bedeutet aber nicht ohne Weiteres, dass der IStGH die davon zu unterscheidende, horizontale Rechtsposition der Vertragsstaaten untereinander unberücksichtigt lassen darf. Nichts anderes geschieht aber, wenn ein Vertragsstaat das Staatsoberhaupt eines anderen Vertragsstaates festnimmt und an den Gerichtshof überstellt, ohne dass der Gerichtshof zuvor einen Verzicht des immunitätsberechtigten Vertragsstaates erwirken konnte, Artikel 98 I. Technisch gesehen handelt es sich bei Festnahme und Überstellung um eine nationalstaatliche Maßnahme, gestützt auf einen Haftbefehl des IStGH. Die nationalen Autoritäten haben aber weiterhin den horizontalen Immunitätsschutz zu berücksichtigen.

Hiergegen wird vorgebracht, dass diese Maßnahmen einen anderen Charakter haben als eine Festnahme im Rahmen nationaler Strafverfolgung, mithin die *ratio* des Immunitätsschutzes nicht greife. Es handele sich lediglich um Hilfsmaßnahmen für die Durchsetzung der internationalen Gerichtsbarkeit, die selbst über keine eigenen Vollzugsorgane verfügt.²⁵ Weder sitze hier ein Staat über den anderen zu Gericht, noch sei das Risiko eines Missbrauchs bei dem IStGH gegeben, der strengen rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet sei.

Diese Auffassung lässt allerdings einen entscheidenden Geltungsgrund des Immunitätsschutzes unbeachtet: Die Funktionsfähigkeit der internationalen Beziehungen. Es mag sein, dass die Vertragsstaaten bei der Entstehung des Römischen Statuts von der Annahme ausgingen, dass die Gefahr für dieses Schutzgut der Immunität hinzunehmen sei zum Zwecke der effektiven Strafverfolgung von Völkerstraftaten.²⁶ Dann allerdings verwundert die derart schwammige Formulierung des „Drittstaats“ in Artikel 98 I bzw. die dagegen klare Spra-

¹⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS 1155, S. 331.

²⁰ C. Kreß/K. Prost, in: O. Triffterer (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 7), S. 1607, Rn. 14.

²¹ H. Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. II, Berlin 2007, S. 1389 ff.

²² IStGH, Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/1/3, 3-10 September 2002, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>. Vgl. nur Rule 179 „State not party to the Statute“ mit Rule 195 „Third State“.

²³ IStGHSt, Präambel, sechster und zehnter Absatz; Art. 17 I lit. a)-c).

²⁴ C. Kreß/K. Prost, a.a.O. (Fn. 20), S. 1606, Rn. 9.

²⁵ B. Burghardt/J. Geneuss, Der Präsident und sein Gericht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 4 (2009), S. 126, 141-142.

²⁶ In diesem Sinne wohl auch das *obiter dictum* des IGH, Arrest Warrant Yerodia, a.a.O. (Fn. 8), Ziff. 61. Auch der IGH lässt aber die Funktionsfähigkeit der internationalen Beziehungen unberücksichtigt, was umso erstaunlicher ist, da er mit dem gleichen Argument den Umfang der Immunität amtierender Außenminister vor nationalen Gerichten kurz zuvor erst begründet hat.

che des Artikels 27 II, der nur die Gerichtsbarkeit des IStGH betrifft: Wenn die Vertragsstaaten auch den horizontalen Immunitätsverzicht so kompromisslos begrüßt hätten wie den vertikalen, dann hätten sie diese Hintertür eindeutiger geschlossen. Denn auch unter Vertragsstaaten würde die Verhaftung eines amtierenden Staatsoberhauptes die Funktionsfähigkeit des betroffenen Staates nach innen und außen erheblich gefährden.

3.2.2.3. *Ius cogens*-Charakter der Völkerstraftaten als Durchbrechung des Immunitätsschutzes?

Auch unter Berücksichtigung des *ius cogens*-Charakters der Völkerstraftaten,²⁷ wonach die gesamte Staatengemeinschaft durch die Begehung dieser Straftaten berührt ist, kann das gefundene Auslegungsergebnis nicht anders lauten. Zum einen ist bereits fraglich, ob auch die Verfolgung von Völkerstraftaten durch internationale Gerichte mit den Staaten als exekutive Mittler zu einer Norm des zwingenden Völkerrechts erstarkt ist. Mit Blick auf den derzeitigen Ratifikationsstand des Römischen Statuts, den eher zurückhaltenden Jurisdiktionsumfang des IStGH sowie den Vorrang der nationalstaatlichen Strafverfolgung kann dies bereits bezweifelt werden. Zum anderen ist ungeklärt, inwiefern auch der Schutz der Funktionsfähigkeit der internationalen Beziehungen Bestandteil des zwingenden Völkerrechts ist. Denn auch die Instabilität der internationalen Beziehungen berührt die Staatengemeinschaft als Ganzes und gerade deshalb hat der Schutz der stabilen Staatenbeziehungen einen beträchtlichen Kodifizierungsgrad erreicht.

3.2.2.4. Keine Pflicht zum Verzicht auf Immunitätsschutz

Somit stellt sich die Frage, ob die Vertragsstaaten aufgrund der ihnen gemäß Artikel 89 I 2, 86 obliegenden Kooperationspflicht mit dem IStGH dazu verpflichtet sind, auf den ihnen zustehenden horizontalen Immunitätsschutz zu verzichten.

Von einer uneingeschränkten Kooperationspflicht der Vertragsstaaten ist nicht auszugehen. Denn die Reichweite der Artikel 89 I 2, 86 bestimmt sich gerade in Abhängigkeit der sie einschränkenden, darauf folgenden Artikel. Insofern muss Artikel 98 als *lex specialis* zu den Artikeln 89 I 2, 86 verstanden werden. Und Artikel 98 I nimmt gerade Rücksicht auf die Pflichten, die den Vertragsstaaten untereinander obliegen.

3.2.2.5. Artikel 27 II bei weiter Auslegung von Artikel 98 I redundant?

An der hier dargestellten Auslegung des Artikels 27 II wird kritisiert, dass man nach dem Effektivitätsprinzip keine Vertragsinterpretation wählen dürfe, wonach ganze Sätze oder Paragraphen eines Vertrages redundant würden.²⁸ Dies geschähe aber, wenn man in dem vertikalen Immunitätsausschluss in Artikel 27 II nicht auch gleichzeitig einen horizontalen Immunitätsausschluss sähe. Denn dann griffe diese Norm nur in dem unwahrscheinlichen Fall, wenn sich ein amtierendes Staatsoberhaupt freiwillig stellen würde.

Bei genauer Betrachtung überzeugt dieses Argument nicht: Der explizite Ausschluss der Immunität *ratione personae* eines amtierenden Staatsoberhauptes vor dem IStGH wurde noch in keinem Statut eines internationalen Straftribunals verankert. Dort wird zwar regelmäßig darauf verwiesen, dass die amtliche Eigenschaft von Staatsoberhäuptern für sich genommen kein Strafausschließungsgrund darstellt (Ausschluss der Immunität *ratione materiae*).²⁹ Zur Immunität *ratione personae* amtierender Staatsoberhäupter äußern sich diese Dokumente aber nicht.³⁰ Schon allein deshalb stellt Artikel 27 II einen Fortschritt gegenüber der bestehenden Völkerrechtslage dar.

Aber Artikel 27 II reicht noch weiter. Er gestattet nämlich bei korrekter Lesart des Ausdrucks „exercise of jurisdiction“ dem IStGH die Aufnahme von Ermittlungsverfahren, Zeugenvernehmungen und sogar die Ausstellung eines Haftbefehls gegen einen Beschuldigten gemäß Artikel 58 I. Anders als im Rahmen nationalstaatlicher Strafverfolgung, bei der ausweislich des IGH³¹ und der Staatenpraxis bereits die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens untersagt sind, kann der IStGH also schon während der Amtszeit eines Staatsoberhauptes ein Verfahren gegen dieses einleiten, Beweise sammeln und letztendlich einen vorläufigen Haftbefehl *in absentia* ausstellen. Dass die Vertragsstaaten auf die vertikale Immunität in diesem Umfang verzichtet haben, lässt darauf schließen, dass sie der effektiven Verfolgung von Völkerstraftaten durch den IStGH ein größeres Gewicht beimessen als der Gefahr, die von ausschließlich judikativen Maßnahmen des IStGH für die Stabilität der Staatenbeziehungen ausgehe würde. Dem IStGH zu gestatten, noch während der Amtszeit von hohen Amtsträgern Ermittlungen gegen sie aufzunehmen und gegebenenfalls einen Haftbefehl auszustellen, heißt aber entsprechend der hier vertretenen Ansicht gerade nicht, den im Rahmen des Artikels 98 I zu berücksichtigenden, horizontalen Immunitätsschutz zu missachten. Artikel 98 I und Artikel 27 II entfalten somit jeweils unterschiedliche Rechtswirkungen und sind daher nicht redundant.

3.2.3. Zwischenergebnis

Ein horizontaler Immunitätsausschluss zwischen den Vertragsstaaten des IStGH kann somit weder aus Artikel 27 II noch aus Artikel 98 I oder aus Überlegungen zum *ius co-*

²⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 IStGHSt, näher G. Werle, a.a.O. (Fn. 6), S. 43, Rn. 115.

²⁸ P. Gaeta, a.a.O. (Fn. 7), S. 994 f.; D. Akande, a.a.O. (Fn. 12), S. 425 f.

²⁹ Artikel 7 Nürnberg-Charta: „The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.“ Vgl. ferner Art. 6 Tokio-Charta, Art. 6 Nr. 2 Statut des Sondergerichtshofs in Sierra Leone, Art. 6 Nr. 2 Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda und Art. 7 Nr. 2 Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien. Nachweise bei G. Werle, a.a.O. (Fn. 6), S. 547 ff.

³⁰ P. Gaeta, a.a.O. (Fn. 7), S. 981; R. van Alebeek, a.a.O. (Fn. 15), S. 266: „It is fair to say that until article 27.2 of the ICC Statute the personal immunity from jurisdiction was a commonly overlooked issue.“

³¹ IGH, Arrest Warrant Yerodia, a.a.O. (Fn. 8), Ziff. 70 f.

gens-Charakter des Völkerstrafrechts abgeleitet werden.³² Auch ein Rückgriff auf das Völkergewohnheitsrecht scheidet aus, da eine einschlägige Staatenpraxis nicht nachgewiesen werden kann.³³ Im Ergebnis darf der IStGH die Vertragsstaaten daher nicht dazu auffordern, ein Staatsoberhaupt eines anderen Vertragsstaates unter ihrer Hoheitsgewalt festzunehmen und auszuliefern, sofern der IStGH nicht vorher einen Immunitätsverzicht von dem Drittstaat erwirkt hat. Eine generelle Pflicht zum Verzicht der Vertragsstaaten auf den horizontalen Immunitätsschutz kann dem Statut nicht entnommen werden. Dieses eher zurückhaltende Auslegungsergebnis trägt zudem der Tatsache Rechnung, dass es auf der Abschlusskonferenz 1998 in Rom aufgrund von Zeitmangel nicht gelang, alle im Rahmen des Artikels 98 I auftretenden Immunitätsproblematiken abschließend zu klären.³⁴

3.3. Artikel 98 II im Verhältnis der Vertragsstaaten untereinander

Artikel 98 II entwickelt hier nur Bedeutung, sofern der vertikale Immunitätsschutz eines amtierenden Staatsoberhauptes Gegenstand einer völkerrechtlichen Übereinkunft zwischen zwei Vertragsstaaten des IStGH ist. Zunächst ist nach dem Zeitpunkt zu differenzieren, an dem das Abkommen geschlossen wurde: Regelungen, die vor Unterzeichnung des Römischen Statuts gültig waren, nun allerdings im Widerspruch zu Artikel 27 II stehen, behalten ihre Gültigkeit durch die ausdrückliche Anordnung des Artikels 98 II.³⁵ Strittig ist hingegen die Frage, ob Artikel 98 II die Möglichkeit einräumt, auch später solche Verträge schließen zu können. Der Wortlaut spricht für diese Interpretation, ebenso wird in systematischem Zusammenhang in Artikel 97 lit. c) nach „bereits bestehenden“ Verpflichtungen unterschieden. Allerdings stünde es den Vertragsparteien nach dieser Interpretation frei, bilaterale Abkommen zu schließen, die den Umfang der Jurisdiktion des IStGH weiter einschränken. Dies wäre unvereinbar mit der in Artikel 86 normierten Pflicht der Staaten, mit dem Gerichtshof nach Treu und Glauben zusammenzuarbeiten. Zudem widerspräche es dem Zweck dieser Vorschrift, etwaige Pflichtenkollisionen der vertragsschließenden Staaten zu verhindern. Artikel 98 II sollte ein Ratifikationshindernis beseitigen, nicht aber Möglichkeiten eröffnen, die ohnehin schon begrenzte Jurisdiktion des IStGH zu unterwandern.³⁶

4. Immunität eines Staatsoberhauptes einer Nicht-Vertragspartei

4.1. Vertikaler Immunitätsausschluss – Artikel 27 II als kodifiziertes Gewohnheitsrecht?

Als völkerrechtlicher Vertrag kann das Römische Statut gemäß Artikel 34 WVRK keine Wirkung zu Lasten Dritter entfalten (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Die Geltung des vertikalen Immunitätsausschlusses gemäß Artikel 27 II beschränkt sich daher auf die Vertragsstaaten. Fraglich ist jedoch, ob sich eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Norm nachweisen lässt, sodass diese auch für Drittstaaten wirksam wäre, Artikel 38 WVRK.

4.1.1. Der Streitstand

Ein Teil der Literatur geht von einer völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahme vom vertikalen Immunitätsschutz *ratione personae* aus.³⁷ Begründet wird dies unter Berufung auf den universellen Anspruch des IStGH zur Ahndung von Völkerstraftaten, auf einschlägige Judikatur internationaler Gerichtshöfe, auf die Statuten anderer internationaler Strafgerichtshöfe sowie auf den nicht durchgreifenden bzw. verdrängten Schutzzweck der absoluten Immunität.

Hingegen verweist die Gegenansicht³⁸ darauf, dass die Staatenpraxis nicht aufschlussreich ist, dass die Aussagekraft der internationalen Judikatur sehr begrenzt ist und dass der Schutzzweck der absoluten Immunität weiterhin Geltung beanspruchen dürfe.

4.1.2. Stellungnahme

4.1.2.1. Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung – IStGH als Vollzugsorgan der Staatengemeinschaft

Für den Nachweis von Völkergewohnheitsrecht ist nach einer allgemeinen, einheitlichen und andauernden Übung zu suchen, in der eine entsprechende Rechtsüberzeugung zum Ausdruck kommt.

Einschlägige Staatenpraxis kann in dieser Frage kaum nachgewiesen werden. Der IStGH hat bisher noch kein Verfahren gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt ohne Überweisung des UN-Sicherheitsrats durchgeführt. Die Auslieferungen von Slobodan Milošević bzw. Charles Taylor an die jeweils zuständige internationale Gerichtsbarkeit können nicht als Praxis für eine Ausnahme vom Immunitätsschutz *ratione personae* herangezogen werden, da beide zu diesem Zeit-

³² Im Ergebnis ebenso: H. Kreicker, a.a.O. (Fn. 21), S. 1393; P. Gaeta, a.a.O. (Fn. 7), S. 996: „[T]he derogation from customary (and treaty) law provided for in the Statute only operates within the framework of *vertical* relations (...). By contrast, that derogation does not operate at the *horizontal* level, i.e. at the level of relations between States Parties to the Statute.“ (Herv. im Original).

³³ Die Fälle von Charles Taylor und Slobodan Milošević können nicht als Nachweis herangezogen werden. Beide Personen waren zum Zeitpunkt ihrer Auslieferung nicht mehr im Amt. Von daher kann ihre letztlich erfolgte Auslieferung keine Auskunft über die Staatenpraxis in Bezug auf den horizontalen Immunitätsschutz *ratione personae* geben.

³⁴ H.-P. Kaul/C. Kreß, Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises, in: Yearbook of International Humanitarian Law 2 (1999), S. 143, 165, Fn. 93; P. Saland, International Criminal Law Principles, in: R. Lee (Hrsg.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Den Haag 2002, S. 202, Fn. 25.

³⁵ Vgl. Art. 30 II WVRK; A.A.: C. Kreß, Internationaler Strafgerichtshof, in: H. Grütznier/P.-G. Pötz (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl., Heidelberg 2003, Loseblatt. 60. Lieferung, Bd. IV A 1, Rn. 249, der das Statut als *lex posterior* gem. Art. 30 III WVRK ansieht und diese Abkommen daher als unwirksam betrachtet.

³⁶ H. Kreicker, a.a.O. (Fn. 12), S. 1383; H.-P. Kaul/C. Kreß, a.a.O. (Fn. 34), S. 165, 174.

³⁷ A. Cassese, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?, in: European Journal of International Law 13 (2002), S. 853, 856 f.; G. Werle, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 657.

³⁸ D. Akande, a.a.O. (Fn. 12), S. 418; W.A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, 3. Aufl., Cambridge 2007, S. 232; P. Gaeta, a.a.O. (Fn. 7), S. 988 f.; R. Uerpmann-Witzack, a.a.O. (Fn. 14), S. 48.

punkt nicht mehr amtierende Staatsoberhäupter von Jugoslawien bzw. Liberia waren. Allenfalls das Unterbleiben signifikanten Protestes anderer Staaten, als gegen diese beiden Staatsoberhäupter noch während ihrer Amtszeit Anklage erhoben wurde, könnte als befürwortende Praxis gewertet werden.³⁹

Was die Rechtsüberzeugung anbelangt, so unterstreichen die Präambel und die Entstehungsgeschichte des Statuts den universellen Anspruch des Gerichtshofs, Vollzugsorgan der internationalen Gemeinschaft zu sein. Handelt es sich bei diesem Anspruch soweit lediglich um eine Rechtsbehauptung, bietet die konkrete Ausgestaltung des Statuts hierfür eine materielle Legitimation: Höchste fachliche Qualifikation und Unabhängigkeit der Richter (Artikel 36 III lit. a), 40 I), ausgeglichene Vertretung der wichtigsten Rechtssysteme und gerechte geografische Verteilung (Artikel 36 VIII), Unabhängigkeit des Chefanklägers (Artikel 42 I) sowie die hohe Zahl an Mitgliedstaaten lassen keinen Zweifel daran, dass der Gerichtshof als ein Organ im Namen aller Staaten fungieren soll, im Duktus des IGH also als „bestimmtes internationales Gericht“ gelten darf. Auch die Entstehungsgeschichte weist in diese Richtung, da das Statut unter Leitung der Generalversammlung der Vereinten Nationen entstanden ist.

Dem ist richtigerweise entgegeng gehalten worden, dass materielle Legitimation allein nicht den gewohnheitsrechtlichen Konsens der betroffenen Staaten zu ersetzen vermag.⁴⁰ Insofern können die Vertragsstaaten die notwendige Rechtsüberzeugung der Nichtvertragsstaaten auch nicht fingieren (*nemo dat quod non habet*). Das Fernbleiben bzw. aktive Vorgehen gegen den Gerichtshof von Staaten wie Indien, China, Russland, Indonesien, Pakistan und den USA, die immerhin fast die Hälfte der Weltbevölkerung repräsentieren, veranschaulicht dieses Dilemma. Die zahlreichen bilateralen Abkommen vor allem zwischen den USA und Mitgliedstaaten des IStGH, die den Gerichtshof an der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit hindern sollen, sprechen eine deutliche Sprache gegen eine allgemeine Rechtsüberzeugung, die von einer Ausnahme von der Immunität *ratione personae* vor dem IStGH ausgeht.

4.1.2.2. Die internationale Judikatur: Milošević und Taylor

Die Befürworter einer völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahme vom vertikalen Immunitätsschutz ziehen hilfsweise zwei Präzedenzfälle aus der internationalen Judikatur heran:⁴¹ Erstens, der Haftbefehl des Internationalen Straftribunals für Jugoslawien (JStGH) vom 24. Mai 1999 gegen den damals noch amtierenden Präsidenten der Republik Jugoslawien, Slobodan Milošević.⁴² Zweitens, der Haftbefehl des Sondergerichtshofs für Sierra Leone (SGSL) vom 7. März 2003 gegen den damals amtierenden Präsidenten Liberias, Charles Taylor.⁴³

Beim Haftbefehl gegen Milošević wird darauf verwiesen, dass dieser keinem signifikanten Protest aus den Reihen der Staatengemeinschaft begegnete, obwohl Jugoslawien zum Zeitpunkt der Ausstellung kein Mitglied der Vereinten Nationen⁴⁴ und somit nicht an friedenssichernde Zwangsmaßnahmen unter Kapitel VII der UN-Charta gebunden war. Ferner ließen die Ausführungen der Trial Chamber ohne Bezug auf

die Einsetzung des JStGH durch eine Kapitel VII-Resolution des Sicherheitsrats den Schluss zu, dass die Immunitätsausnahme von Milošević aus dem Völkergewohnheitsrecht abgeleitet werden könne.⁴⁵

Hiergegen können zwei Einwände vorgebracht werden: Zum einen können die streitentscheidenden Ausführungen des JStGH aufgrund der Einsetzung dieses Gerichts durch den Sicherheitsrat auf Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta auch als Durchbrechung entgegenstehenden Völkergewohnheitsrechts interpretiert werden. Damit wäre diese Entscheidung für den IStGH lediglich in Bezug auf solche Situationen relevant, die gemäß Artikel 13 lit. b) vom Sicherheitsrat überwiesen wurden. Ferner verwischt die Entscheidung den Unterschied zwischen funktionaler und absoluter Immunität. Die Überschrift und die dort zitierten Normen früherer Strafgerichte lassen aber darauf schließen, dass der JStGH hier nur die Ausnahme vom funktionalen Immunitätsschutz begründen wollte.⁴⁶

Ähnliche Kritik lässt sich an den Ausführungen des Sondergerichts für Sierra Leone zu Charles Taylors Immunitätsschutz äußern. Jenseits der Frage, ob dieser Gerichtshof überhaupt als „bestimmtes internationales Gericht“ gelten darf, gelingt ihm eine saubere Trennung zwischen Immunität *ratione materiae* und *ratione personae* nicht. Auch hier trifft der Bezug auf die Statuten früherer Gerichtshöfe⁴⁷ nicht ins Schwarze. Die internationale Judikatur ist, was die völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme von der Immunität *ratione personae* vor internationalen Gerichten angeht, bisher eine präzise Antwort schuldig geblieben.

³⁹ So C. Kreß, Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz, in: Goldammers Archiv 2003, S. 25, 39, bzgl. Milošević. Zu der andersgelagerten Frage, warum das Ausstellen der jeweiligen Haftbefehle noch während der Amtszeit von Milošević und Taylor nur bedingt für den Nachweis von Völkergewohnheitsrecht geeignet ist, siehe unten 4.1.2.2.

⁴⁰ R. Uerpman-Witzack, a.a.O. (Fn. 14), S. 44.

⁴¹ Der Haftbefehl gegen Al-Bashir (Fn. 1) gibt letztlich über den Stand des Völkergewohnheitsrechts keinen Aufschluss, da es sich bei der Überweisung der Situation an den IStGH um eine Zwangsmaßnahme gem. Kapitel VII UN-Charta handelt.

⁴² JStGH, The Prosecutor v. Slobodan Milošević et al., Indictment, Case No. IT-99-37-I, 22. Mai 1999 sowie JStGH, The Prosecutor v. Slobodan Milošević, Arrest Warrant, 24. Mai 1999, <http://icr.icty.org/>. Beide Entscheidungen sind allerdings ohne eingehende Auseinandersetzung mit der Immunitätsproblematik.

⁴³ SGSL, The Prosecutor v. Charles Taylor, Indictment, Case No. SCSL-03-01-I-001, 7. März 2003, <http://www.sc-sl.org/>.

⁴⁴ H. Kreicker, a.a.O. (Fn. 12), S. 762; C. Kreß, a.a.O. (Fn. 39), S. 39.

⁴⁵ Vgl. JStGH, Prosecutor v. Milošević, Decision on Preliminary Motions, IT-99-37-PT, 8. November 2001, S. 1-17, hier: Ziff. 26-34; Kreß, a.a.O. (Fn. 39), S. 39.

⁴⁶ JStGH, a.a.O. (Fn. 45), S. 10. Die Überschrift lautet: „The contention that the accused is not amenable to the jurisdiction of the International Tribunal because of his former status as President of the Federal Republic of Yugoslavia (...)“. Für die hier gewählte Interpretation spricht auch der Hinweis des Gerichts auf Art. 27 IStGHSt, ohne dabei nach der Art der in Rede stehenden Immunität zu differenzieren, *ibid.*, Ziff. 30 f.

⁴⁷ SGSL, Prosecutor v. Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, SCSL-2003-01-AR72(E), 31. Mai 2004, Ziff. 43-53. Art. 6 II des Statuts des Sondergerichtshofs (s. Fn. 29) entspricht Art. 27 I IStGHSt. Zwar nennt das Gericht auch Art. 27 II explizit in seinen Ausführungen, versäumt es aber, auf den offensichtlichen Unterschied zwischen dem Statut des Sondertribunals und dem des IStGH inhaltlich einzugehen, vgl. Ziff. 44-45.

4.1.2.3. Resolutionen und Entwürfe internationaler Organe

Auch ein Blick auf die Verbalpraxis internationaler Organe liefert kein klares Bild. Zwar behauptet die International Law Commission (ILC) in ihrer Kommentierung zu Artikel 7 des „Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind“, dass eine Ausnahme von der funktionalen Immunität mit einer Ausnahme von der absoluten Immunität einhergehen müsse.⁴⁸ Zwingend ist diese Schlussfolgerung aber nicht. Denn der Schutzzweck der funktionalen Immunität, die einer großen Zahl an Amtsträgern zusteht, unterscheidet sich von dem der absoluten Immunität, die nur die höchsten Funktionsträger für die Dauer ihrer Amtszeit schützt. Und mittlerweile ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass die Immunität *ratione materiae* bei Völkerstraftaten eine Ausnahme erfährt, die Immunität *ratione personae* hingegen nicht. Diese Feststellung erklärt auch, warum der Draft Code keinen expliziten Bezug zur Immunität *ratione personae* aufweist. In diesem Sinne äußerte sich auch das Institut de Droit International (IDI): „Artikel 3 I: No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.“⁴⁹

4.1.2.4. Teleologische Überlegungen entlang der IGH-Rechtsprechung

Auch teleologische Überlegungen sprechen gegen eine Ausnahme von der Immunität *ratione personae*. Zwar ist nach wie vor richtig, dass die Gefahr eines missbräuchlichen Verfahrens bzw. die Verletzung des Grundsatzes der souveränen Gleichheit bei einem internationalen Gericht wie dem IStGH gering bis ausgeschlossen ist. Allerdings ist das Risiko einer Destabilisierung des internationalen Systems durch Verfahrenseinleitung des IStGH bei Nichtvertragsstaaten ungleich höher einzustufen als bei Vertragsstaaten. Ohne die Garantie, dass deren Staatsoberhäupter von fremder Gerichtsbarkeit befreit sind, ist zu erwarten, dass sie von Auslandsreisen generell absehen und diplomatische Beziehungen im Zweifelsfall abbrechen werden. Die Schutzbedürftigkeit der Nichtvertragsstaaten überwiegt hier gegenüber dem Interesse der Staatengemeinschaft an der Verfolgung von Völkerstraftaten, da sie weder der Gerichtsbarkeit des IStGH noch einer Ausnahme vom vertikalen Immunitätsschutz zugestimmt haben.

4.1.3. Zwischenergebnis

Nach alldem sprechen die besseren Argumente gegen die Annahme einer völkergewohnheitsrechtlichen Ausnahme von der vertikalen Immunität *ratione personae* vor dem IStGH für amtierende Staatsoberhäupter. Sofern sich diese Ansicht damit in Widerspruch zu der Rechtsprechung des IGH setzt, ist dies hinzunehmen, da der IGH die nicht streitentscheidende und damit unverbindliche Gleichsetzung des IStGH mit den vom UN-Sicherheitsrat eingesetzten internationalen Strafgerichten weder begründet hat noch zweifelsfrei ersichtlich ist, dass diese Ausführungen auch auf Nichtvertragsstaaten des IStGH Anwendung finden sollten.⁵⁰

4.2. Horizontaler Immunitätsausschluss als Völkergewohnheitsrecht?

Ebenfalls kann keine Ausnahme von der horizontalen Immunität anerkannt werden. Wenn diese Immunität schon zwischen Vertragsstaaten aus guten Gründen aufrechterhalten wird, so muss dies erst recht für das Verhältnis von Nichtvertragsstaaten und Vertragsstaaten im Rahmen des Artikels 98 I gelten, wo die Schutzbedürftigkeit des Drittstaates noch höher einzustufen ist. Allerdings hat nach der hier vertretenen Ansicht der IStGH schon den vertikalen Immunitätsschutz von Nichtvertragsstaaten zu beachten. Er dürfte also noch nicht einmal Ermittlungen aufnehmen, die gegebenenfalls in die Ausstellung eines Haftbefehls münden könnten. Bei amtierenden Staatsoberhäuptern von Nichtvertragsstaaten bildet somit nicht erst der unter Artikel 98 I zu berücksichtigende, horizontale Immunitätsschutz das Verfahrenshindernis, sondern bereits der vertikale Immunitätsschutz. Artikel 98 I könnte allein dann zur Anwendung kommen, wenn ein Nichtvertragsstaat zuvor auf den vertikalen Immunitätsschutz verzichtet hätte. Nichts anderes gilt für die Anwendbarkeit von Artikel 98 II. Verträge zwischen Vertrags- und Nichtvertragsstaaten, die die Immunität amtierender Staatsoberhäupter zum Gegenstand haben, sind damit uneingeschränkt zulässig.

Schlussbetrachtung

Wie gezeigt wurde, stellt die Immunität amtierender Staatsoberhäupter vor internationalen Strafgerichten ein äußerst aktuelles Problem des Völkerstrafrechts dar. Noch handelt es sich hierbei um ein in der Entwicklung begriffenes Recht, kam es schließlich bisher eher selten vor, dass amtierende Staatsoberhäupter in den Blick der internationalen Strafverfolgung gerieten. Dennoch können aus der Zusammenschau des Römischen Statuts, der Präzedenzfälle internationaler Judikatur sowie der *ratio* des Immunitätsschutzes hinreichend gesicherte Aussagen über den Umfang der Immunität *ratione personae* getroffen werden. Für amtierende Staatsoberhäupter der Vertragsstaaten des IStGH besteht kein vertikaler Immunitätsschutz mehr gegenüber dem Gerichtshof. Artikel 27 II ist hier als Pauschalverzicht zu verstehen. Ein Verzicht auf den horizontalen

⁴⁸ Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind und entsprechender Kommentar in: Yearbook of the International Law Commission 2 (1996), S. 1, 27.

⁴⁹ IDI, Third Commission, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes, 2009, http://www.idi-iii.org/idiE/navig_chon2009.html. Vgl. auch den Kommentar zu den Princeton Principles on Universal Jurisdiction (2001), S. 49 ff., worin die gewohnheitsrechtliche Geltung der Immunität *ratione personae* selbst vor internationalen Gerichten (noch) bestätigt wird, http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf.

⁵⁰ Bezüglich der Entscheidung des Sondergerichtshofs für Sierra Leone betreffend die Immunität *ratione personae* von Charles Taylor bemerkt R. van Alebeek, a.a.O. (Fn. 15), S. 290, zutreffend: „The *amici curiae* and the Court rely entirely on a mistaken interpretation of the scope of the traditional irrelevance of official capacity principle and in particular on the very feeble fundament of the ICJ decision in the *Arrest Warrant Case*.“ (Herv. im Original). Ebenso C. Kreß/K. Prost, a.a.O. (Fn. 20), S. 1610, Rn. 20, zum *obiter dictum* des IGH: „(...) complete lack of supporting legal analysis“.

Immunitätsschutz kann hingegen nicht aus dem Statut hergeleitet werden. Bis zum Zeitpunkt einer entsprechenden Vertragsänderung gilt, dass der Gerichtshof zwar Ermittlungen aufnehmen und sogar einen Haftbefehl gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt der Vertragsstaaten ausstellen darf. Unzulässig aber ist es, wenn er ein Auslieferungersuchen an einen anderen Staat als den Herkunftsstaat des Staatsoberhauptes stellt, ohne dass der Herkunftsstaat vorher auf den Immunitätsschutz verzichtet hat, Artikel 98 I. Wenn ein Vertragsstaat nicht zum Verzicht bereit ist, stellt der horizontale Immunitätsschutz insofern ein faktisches Verfahrenshindernis für den IStGH dar.

Für amtierende Staatsoberhäupter von Nichtvertragsstaaten entfaltet das Statut hingegen keine Rechtswirkungen. Auch eine völkergewohnheitsrechtliche Verankerung des Artikels 27 II konnte nicht nachgewiesen werden. Sofern also dieser Artikel die Möglichkeit eröffnet, amtierende Staatsober-

häupter von Nichtvertragsstaaten vor dem IStGH anzuklagen, verstößt dieser gegen geltendes Völkerrecht. Im Wege völkerrechtskonformer Auslegung bleibt dessen Anwendbarkeit auf Vertragsstaaten beschränkt. Erst recht konnte keine Ausnahme vom horizontalen Immunitätsschutz nachgewiesen werden. Hier bedeutet bereits der vertikale Immunitätsschutz ein absolutes Verfahrenshindernis für die Strafverfolgung durch den IStGH.

Bei aller berechtigter Euphorie über den Fortschritt des Völkerstrafrechts in den letzten zwei Dekaden und der damit verbundenen Aussicht, den schwersten Verbrechen der Menschheit dauerhaft zu begegnen, hat diese Untersuchung gezeigt, dass die Stabilität des internationalen Systems nicht allzu leichtfertig auf dem Altar der effektiven Strafverfolgung internationaler Verbrechen geopfert werden sollte. Nur so kann der IStGH langfristig zu einer Erfolgsgeschichte werden. ■

Mexico's "War on Drugs" – Real or Rhetorical Armed Conflict?

Patrick Gallahue*

Mexikos Kampf gegen Drogenkartelle wird oftmals als „Drogenkrieg“ bezeichnet. Der Autor untersucht, ob die Auseinandersetzungen zwischen Militär und Drogenkartellen als bewaffneter Konflikt einzustufen sind, womit sie dem humanitären Völkerrecht unterliegen würden. Angesichts mehrerer weitreichender Entscheidungen sowie unter Berücksichtigung moderner, sogenannter „anarchischer“ Konflikte liegt es nahe, von einem bewaffneten Konflikt zu sprechen. Doch eine solche Einordnung wäre unzutreffend, da die Drogenkartelle nicht die erforderliche Organisationsstruktur aufweisen. Insofern handelt es sich bei Mexikos „Drogenkrieg“ eher um einen rhetorischen als um einen tatsächlichen bewaffneten Konflikt.

The author considers Mexico's "drug war" to determine if the ongoing violence between authorities and drug cartels can be classified as an armed conflict, which would make the situation subject to International Humanitarian Law (IHL). Looking at several influential decisions that determined the existence of an armed conflict as well as a consideration of modern, so-called "anarchic" conflicts, the current crisis seems well suited for such a categorisation. However, classifying Mexico's situation as an armed conflict would be inappropriate. Though sophisticated in some respects, these groups lack the organisation requirement and the violence unique to this crisis make this "drug war" a rhetorical war rather than a real armed conflict.

1. Introduction

"It's a serious fight," Mexico's President Felipe Calderón declared of his government's battle against illegal narcotics and their purveyors. "It's a war!"¹

Though no one doubts the so-called war on drugs has been a "serious fight", the better question is whether it is actually a "war". Colloquially the situation in Mexico has been referred to in military terms for decades and recently it has started to look less like a metaphorical war and more like an actual armed conflict in the sense of International Humanitarian Law. The military has been engaged, casualties have mounted and violence has spread. The nation's conservative leader even struck a martial pose by donning a military uniform for a trip to the front lines.² But as the means, methods and actors (not to mention the vernacular) have become more warlike, has the situation actually become an armed conflict by international legal standards?

A war waged (at least partly) by criminals tends to be an awkward match with the rules that have developed for the classification of internal armed conflict. This is mainly because the law was written with the stated intention of excluding "plain banditry"³ and "situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature."⁴ Even so, the conditions in existing jurisprudence do not discount criminals and instead place the emphasis on two criteria – the intensity of the conflict and organisation of the parties.⁵

This paper will argue that Mexico's unique situation makes it poorly suited for an armed conflict paradigm. Though there are many convincing arguments that the situation is in fact an armed conflict – which this paper will present – the groups wreaking havoc in the territory still fall short in several respects. First, the nature of the "conflict" makes intensity very hard to gauge. For example, how to measure the casualties when the cartels are "warring" with both the state and one another? Is the state-versus-cartels a single armed conflict or does it represent multiple wars? If the latter is recognised, then is every inter-cartel conflict a "war" as well?

Secondly, these groups are generally – though arguably not entirely – unable to comply with the norms of International Humanitarian Law. Furthermore, unlike many other disordered armed groups, these syndicates generally lack a stable chain of command and in some cases have only loose control over their "armed forces". What's more, (though the point is mostly theoretical) it is extremely difficult to tolerate a situation where drug gangs' tactics are measured by military necessity.

For all of these reasons, this paper will argue that the current crisis in Mexico is not an armed conflict for the purposes of International Humanitarian Law.

2. War vs. "Plain Banditry"

There is no shortage of historical precedence of wars staffed by gangsters. In the Middle Ages, armed forces were frequently a loose combination of trained professionals mixed with provisional, informal and irredeemably criminal elements.⁶ Historians observe that as stronger states established

* Patrick Gallahue is a London-based researcher, specialising in Human Rights Law and drug policy. He holds a B.A. in East Asian Studies from Long Island University and an LL.M. in International Human Rights Law from the Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland, Galway.

¹ L. Diaz, Four Americans Die in Drug-Smuggling Mexican Area, in: Reuters, 19 May 2008, <http://www.reuters.com/article/email/idUSN1954747020080519> (31 March 2011).

² S. Miller Llana, With Calderón in a New War on Mexico's Mighty Drug Cartels, in: The Christian Science Monitor, 22 January 2007, <http://www.csmonitor.com/2007/0122/p01s04-woam.html>.

³ J. Pictet, Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. III, Geneva 1960, p. 35.

⁴ Article 1 (2), 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) (8 June 1977) 1125 UNTS 609, entered into force 7 December 1979.

⁵ ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defence Motion Appeal for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ["Tadić Appeal on Jurisdiction"] IT-94-AR72, Appeal Chamber (2 October 1995), para. 70.

⁶ J. Mueller, *The Remnants of War*, Ithaca 2004, p. 24.

a permanent, professional and disciplined military class, authority merged to fewer powers, which facilitated the emergence of the state system as the sole proprietors of “legitimate violence.”⁷

As power consolidated around states, the laws of armed conflict were designed with an obvious bias towards them – essentially excluding non-state actors like rebels, insurgents and criminal gangs. Early international agreements on war share a noteworthy characteristic, namely that only armed conflict between states was considered legitimate, leaving civil wars subject exclusively to domestic laws.⁸ What few international rules applied to civil wars were nebulous at best and depended largely on a state’s improbable willingness to recognise its antagonists as belligerents.⁹

The International Committee of the Red Cross (ICRC) had long warned of the dangers of leaving internal armed conflict unregulated.¹⁰ In the 1920s, some unexceptional agreements were forged to establish simple considerations for the victims of internal armed conflict.¹¹ Yet following World War II, the ICRC worked through several drafts of a provision promoting principles to be respected during civil war that eventually took the form of Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949.¹² This provision, better known as common Article 3, imposes basic humanitarian obligations on both the government and non-state actors during civil war.¹³ The Article lays down a prohibition on violence to life and person; the taking of hostages; “outrages upon personal dignity” and “the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court”.¹⁴ It also requires that the wounded and sick be cared for and that humanitarian bodies, such as the ICRC, “may offer its services to parties to the conflict.”¹⁵

States expressed fears that common Article 3 was too broad and would confer legitimacy to small bands of disorganised rebels or worse – mere outlaws.¹⁶ Governments argued that there existed “a risk of ordinary criminals being encouraged to give themselves a semblance of organisation as a pretext for claiming the benefit of the Convention, expressing their crimes as ‘acts of war’, in order to escape punishment for them.”¹⁷

Armed groups fighting their governments tend to suffer a number of labels including rebels, traitors, insurgents, outlaws or freedom fighters. Any may accurately apply. Common Article 3 states that, “the application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”¹⁸ Unlike combatants in an international armed conflict, rebels may still be prosecuted domestically for challenging the state’s authority, so these groups must straddle an uncomfortable status as both soldiers and criminals.¹⁹

A 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), was established to clarify the regulations enshrined in the Geneva Conventions. However, it set a high threshold for applicability,²⁰ namely those conflicts between armed forces that are under responsible command, control territory to a degree that they can “carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.”²¹ Additional Protocol II also explicitly excludes “situations of internal disturbances

and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence (...) as not being armed conflicts.”²²

The prohibitively elevated threshold is one possible reason why “international bodies have applied Protocol II much less frequently than common Article 3.”²³

Yet outside the restricted ambit of Additional Protocol II, problems in knowing when to apply International Humanitarian Law remain. Distinguishing armed conflict from ordinary criminality – especially “at the lower end”²⁴ – can be difficult. Violence may be rife in Detroit, Johannesburg or Naples, yet it would be hard to argue there is an armed conflict occurring in these places.

During the drafting of common Article 3, a handful of delegations sought to develop objective criteria for a situation to be deemed an armed conflict²⁵ – rather than “any form of anarchy, rebellion or even plain banditry.”²⁶ The effort to create a checklist of conditions for internal armed conflicts was abandoned, though the draft conditions are still viewed as helpful indicators to determine when common Article 3 should apply.²⁷ Among the *indicia* were: the armed party against the state “possesses an organized military force, an authority responsible for its acts, acting within a determinate territory and having the means of respecting and ensuring respect for the Convention.”²⁸

Features that were also considered include the recognition of belligerency from the rival state; that the group demonstrate state-like attributes and that it agrees to the Geneva Conventions – all of which set the bar fairly high.²⁹ Yet some of these criteria, such as the element that armed opposition groups

⁷ *Id.*, p. 29.

⁸ A. Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford 2005, p. 400.

⁹ L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge 2002, pp. 21–22.

¹⁰ F. Kalshoven/L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva/Switzerland 2001, p. 28.

¹¹ L. Moir, *supra* note 9, p. 22.

¹² *Id.*, p. 23.

¹³ M. Griffin, *Ending the Impunity of Perpetrators of Human Rights Atrocities: A Major Challenge for International Law in the 21st Century*, in: *International Review of the Red Cross* 838 (2000), p. 369.

¹⁴ Article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, 75 UNTS 135, entered into force 21 October 1950 (hereafter referred to as “common Article 3”).

¹⁵ Common Article 3.

¹⁶ L. Moir, *supra* note 9, p. 24.

¹⁷ J. Pictet, *supra* note 3, p. 32.

¹⁸ Common Article 3.

¹⁹ L. Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, 2nd ed., Cambridge 2003, pp. 37–38.

²⁰ F. Kalshoven/L. Zegveld, *supra* note 10, pp. 138–139.

²¹ Additional Protocol II, *supra* note 4.

²² *Ibid.*

²³ L. Zegveld, *supra* note 19, p. 143.

²⁴ Inter-American Commission on Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina* [“Tablada Case”] Case No. 11.137, (18 November 1997), para. 153.

²⁵ L. Moir, *supra* note 9, pp. 35–36.

²⁶ J. Pictet, *supra* note 3, p. 35.

²⁷ L. Moir, *supra* note 9, p. 36.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

demonstrate a degree of organisation; have since become commonly accepted standards for the existence of an armed conflict.³⁰

The exclusion in Additional Protocol II of “situations of internal disturbances and tensions” means many armed conflicts meet the limit for common Article 3 to apply, without bringing the regulations of Additional Protocol II into effect,³¹ unless those rules are customary.³² A recent study by the ICRC argues that the majority of the rules of customary law regarding international armed conflict are now customary for internal armed conflict as well.³³

The Appeals Chamber for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) reached a workable definition of armed conflict in its landmark *Tadić* decision on jurisdiction.³⁴ The Tribunal established that, “an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.”³⁵ This definition was included in the Rome Statute of the International Criminal Court³⁶ and has been reinforced by experts.³⁷

Despite emphasising two main factors – the level of hostilities (“protracted armed violence”) and the organisation of the parties (“organised armed groups”) – the decision still lacks specific tests or *indicia* for when to apply International Humanitarian Law. Mob wars may feature intense violence and high levels of organisation but the law of armed conflict was never meant to cover skirmishes “on the order of the Hatfields versus the McCoys.”³⁸

Yet in light of some notoriously chaotic contemporary conflicts, the drug cartels at the centre of Mexico’s current crisis may seem obsessively organised by comparison. One-time internecine gun battles between rival gangs have grown to include gory acts of “narco-terror” against government agents and officials.³⁹ Examples include the grisly display of soldiers’ heads in plastic bags, messages for authorities scrawled into mutilated corpses⁴⁰ to say nothing of the high profile terror killings of judges, prosecutors and police.⁴¹

The threshold for violence to reach the status of armed conflict has long been crossed, according to some independent benchmarks. For example, the Uppsala Conflict Data Program considers a conflict that surpasses 1,000 deaths per year as “war” for the sake of “intensity level”.⁴² Yet, between 2006, when President Calderón declared his “war on drugs”, and mid-2010, more than 28,000 people have been killed.⁴³ However, to incorporate drug gangs into an International Humanitarian Law model turns many principles of IHL on its head. What little relevance reciprocity maintains in modern non-international armed conflict⁴⁴ would be completely lost in the context of criminal narco-syndicates. Furthermore, despite stunning levels of collaboration with state entities in some instances,⁴⁵ these groups seem to have little interest in assuming control of the state, other than to create a situation that allows them to function unmolested.⁴⁶ Their primary goals are to control supply routes and the largest share of the drug market along with other illegal enterprises.⁴⁷ Essentially, “their very aim is incompatible with [International Humanitarian Law].”⁴⁸

Nevertheless, the law only seeks to prevent banditry from being classified as an armed conflict⁴⁹ and does not explicitly

exclude bandits from being one of the parties to an armed conflict. This is implicit in the Yugoslavia Tribunal’s statement that “the determination of the existence of an armed conflict is based solely on two criteria: the intensity of the conflict and organisation of the parties, the purpose of the armed forces to engage in acts of violence or also achieve some further objective is, therefore, irrelevant.”⁵⁰

2.1. Mexico’s “War” – But is it an Armed Conflict?

If one were to classify the situation in Mexico as an armed conflict (or conflicts), the most appropriate classification would be non-international – both with regards to the cartels vs. the state or within the competing cartels. Though the United States is involved materially in the situation, the support goes to the Mexican state in order to enforce the law.⁵¹

³⁰ *Ibid.*

³¹ L. Moir, *supra* note 9, p. 104.

³² M. Sassóli, Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, in: Program on Humanitarian Policy and Research 6 (2006), p. 13.

³³ *Id.*, p. 40. Though the author regards this report as “optimistic”, p. 19.

³⁴ A.P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2nd ed., Manchester 2004, p. 218.

³⁵ *Tadić Appeal on Jurisdiction*, *supra* note 5, para. 70.

³⁶ Article 8 (2) lit. f), Rome Statute of the International Criminal Court (last amended January 2002), A/CONF. 183/9, 17 July 1998.

³⁷ See: International Law Association, The Hague Conference (2010), Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, p. 2; International Committee of the Red Cross, How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law, Opinion Paper, March 2008.

³⁸ “War”, Stanford Encyclopaedia of Philosophy, 4 February 2000, <http://plato.stanford.edu/entries/war/>.

³⁹ A. Guillermoprieto, Days of the Dead: The New Narcocultura, in: The New Yorker, 10 November 2008, http://www.newyorker.com/reporting/2008/11/10/081110fa_fact_guillermoprieto.

⁴⁰ M. Lacey, In Drug War, Mexico Fights Cartel and Itself, in: The New York Times, 30 March 2009, <http://www.nytimes.com/2009/03/30/world/americas/30mexico.html>.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Definitions, the Uppsala Conflict Data Program, <http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/faq/>. However, the centre also counts conflicts with 25 related deaths per calendar year as an “armed conflict”. Deaths, of course, are not the only consideration. This is only mentioned as one independent yardstick to measure the scale of violence.

⁴³ BBC News, Mexico says 28,000 killed in drugs war since 2006, 4 August 2010.

⁴⁴ D. Schindler, Significance of the Geneva Conventions for the Contemporary World, in: International Review of the Red Cross 836 (1999), pp. 715-929.

⁴⁵ M. Lacey, *supra* note 40.

⁴⁶ S.E. Cornell, Narcotics and Armed Conflict: Interaction and Implications, in: Studies in Conflict and Terrorism 30 (2007), p. 210.

⁴⁷ A. Guillermoprieto, *supra* note 39.

⁴⁸ M. Sassóli, The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges, in: Yearbook of International Humanitarian Law 10 (2007), p. 59. The author in the reference was discussing terrorism.

⁴⁹ ICTY, Prosecutor v. Milosevic (Decision on Motion for Judgement of Acquittal) IT-02-54-T, Trial Chamber (16 June 2004), para. 26; Prosecutor v. Duško Tadić (Judgement) [“Tadić Trial Chamber Judgement”] IT-94-1-T, Trial Chamber (7 May 1997), para. 562.

⁵⁰ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Fatmir Limaj et al. [“Limaj Trial Chamber Judgement”] (Judgement) IT-03-66-T, Trial Chamber (30 November 2005), para. 170.

⁵¹ S. Hanson, Mexico’s Drug War, Council on Foreign Relations, 2008, <http://www.cfr.org/publication/13689/>.

Also, while there is some reputed collaboration between Mexican drug cartels and other international criminal syndicates,⁵² it would be hard to make the case that any of these factions are under the effective control of a foreign state, as would be necessary for the conflict to be international.⁵³ Moreover, though gun battles linked to Mexican cartels have occurred in the United States, common Article 3 applies even when the violence crosses borders.⁵⁴

Yet, as stated earlier, among the informal indicators of a non-international armed conflict is the resort to use of the military over the police or other law enforcement agencies⁵⁵ – which has occurred in Mexico since the 1990s and increased under the Calderón administration.⁵⁶

It has also been said above that the *Tadić* definition – the core purpose of which is to “distinguish an armed conflict from banditry”⁵⁷ – stressed the protracted nature of the conflict and the level of organisation among the parties.⁵⁸ However, these two factors deserve further inspection. As one court pointed out, “from the examinations which the ICTY and other international criminal tribunals conduct, it is clear that these two criteria sub-divide further, depending on the factual scenario.”⁵⁹ When considering the intensity of the conflict in Kosovo, the ICTY considered the “seriousness and increase in armed clashes”; “the spread of clashes over the territory”; “increase in the number of governmental forces” and “weapons used by both parties.”⁶⁰

Using these indicators, Mexico makes a fairly good case for an armed conflict. Violence has increased and drug barons have hired their own paramilitary forces. Clashes have also spread and recovered arms caches include guns, grenades, rocket launchers, dynamite and hundreds of thousands of rounds of ammunition.⁶¹

Cartels may even be said to control territory – or at least the state can be said to have lost control of territory.⁶² Reportedly up to 30 percent of Mexico’s arable terrain is used for illicit crops⁶³ and in early 2009 there were allegedly more than 200 “zones of impunity” for criminality.⁶⁴ In some cases, gangs even take on a quasi-governmental presence, imposing taxes, setting up roadblocks and enforcing their own laws.⁶⁵

With respect to the protracted nature of the conflict, the past four decades have seen a number of anti-drug operations.⁶⁶ Most are symptomatic of national security or law enforcement operations (i.e. border security, seizure of funds and crop eradication) than military action.⁶⁷ But Calderón’s intensification of the “drug war” and inclusion of the military has seen violence rise and the increasing use of guerrilla tactics. Nevertheless, assessing a conflict’s duration in its midst has never been an exact science. In 1989, in response to the takeover of the La Tablada military barracks by a small band of armed leftists in Argentina, the military led a high-powered siege using tanks, armoured vehicles and even incendiary weapons.⁶⁸ Reacting to a number of alleged human rights violations, including the right to life, humane treatment and judicial protection, the Inter-American Commission on Human Rights deliberated whether the 30-hour standoff between the military and the 42 attackers qualified as a non-international armed conflict.⁶⁹ In deciding that it did, bringing common Article 3 into effect, the Commission pointed to the “direct involvement of governmental armed forces” and “the concerted nature of the hostile acts.”⁷⁰

However, critics of the Tablada decision point out that the Commission appeared to turn to another legal regime because it found its own human rights instrument wanting.⁷¹ The Commission lamented that “the American Convention contains no rules that either define or distinguish civilians from combatants and other military targets, much less specify when a civilian can be lawfully attacked or when civilian casualties are a lawful consequence of military operations.”⁷² But as one author pointed out – neither does common Article 3.⁷³

Furthermore, it is a firmly agreed upon principle that human rights law does not cease once armed conflict commences.⁷⁴ The Commission may have just as easily considered a violation of the right to life using human rights as the prevailing legal regime⁷⁵ instead of turning to IHL and viewing portions of the complaint through the lens of direct participation in hostilities.⁷⁶

It is this point that could be seen as the danger of “over-classification”.⁷⁷ A rush to categorise a situation as an armed

⁵² A. Guillermprieto, *supra* note 39.

⁵³ A.P.V. Rogers, *supra* note 34, p. 219.

⁵⁴ L. Zegveld, *supra* note 19, p. 136.

⁵⁵ L. Moir, *supra* note 9, p. 35; M. Sassóli, *supra* note 32, p. 6.

⁵⁶ S. Hanson, *supra* note 51.

⁵⁷ Prosecutor v. Milosevic (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), *supra* note 49, para. 26; Tadić Trial Chamber Judgment, *supra* note 48, para. 562.

⁵⁸ Tadić Appeal on Jurisdiction, *supra* note 5, para. 70; M. Sassóli, *supra* note 32, p. 6.

⁵⁹ United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, KH (Article 15 lit. c) Qualification Directive) Iraq v. Secretary of State for the Home Department, CG [2008] UKAIT 00023, 25 March 2008, para. 80.

⁶⁰ Prosecutor v. Milosevic (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), *supra* note 49, paras. 26–32.

⁶¹ M. Lacey, *supra* note 40.

⁶² Not that this is necessary for Common Article 3 to take effect, according to Zegveld, *supra* note 19, p. 136.

⁶³ A. Guillermprieto, *supra* note 39.

⁶⁴ M. Lacey, *supra* note 40. Though this figure was actually reported as good news since only a year earlier the government claimed there were as many as 2,204.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ A. Guillermprieto, *supra* note 39.

⁶⁷ S. Hanson, *supra* note 51.

⁶⁸ Tablada Case, *supra* note 24, para. 9.

⁶⁹ *Id.*, para. 147.

⁷⁰ *Id.*, para. 155.

⁷¹ L. Zegveld, The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case, in: International Review of the Red Cross 324 (1998), p. 505.

⁷² Tablada Case, *supra* note 24, para. 161.

⁷³ L. Zegveld, A Comment on the Tablada Case, *supra* note 71, p. 505.

⁷⁴ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 136 (9 July 2004); ICJ, The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2 (8 July 1996).

⁷⁵ L. Zegveld, *supra* note 71, p. 505.

⁷⁶ Tablada Case, *supra* note 24, para. 189.

⁷⁷ M. Sassóli, *supra* note 48, p. 50.

conflict risks turning a “rhetorical” war⁷⁸ into a literal one. Much as the so-called “war on terror” is criticised, a war on drugs is potentially an even more awkward application of IHL “to a situation for which it was not designed.”⁷⁹ Sassóli writes, “[Over-classification] deprives persons of the better protection they would benefit from under the law of peace, in particular against the use of force and deprivation of freedom.”⁸⁰

Theoretically, armed opposition groups are bound by the same principles of proportionality and distinction as state armies in an international armed conflict.⁸¹ It is truly chilling to imagine a scenario where civilian casualties in a “drug war” are measured against “military necessity”.

Furthermore, as the Inter-American Commission on Human Rights recognised, the involvement of government armed forces does not *ipso facto* make a confrontation an armed conflict.⁸² The Commentary on Additional Protocol II states that “internal disturbances,” not covered by common Article 3, include, “situations, which do not necessarily degenerate into open struggle, [when] the authorities in power call upon extensive police forces, or even *armed forces* to restore internal order.”⁸³

That the Mexican government has turned to its military is more reflective of the fact that its local and federal police forces are incompetent and corrupt, than evidence of intensity.⁸⁴ Yet the subject of intensity also presents a conundrum. Can the state-versus-cartels body count be seen as a single armed conflict or does each cartel represent a unique party to a different armed conflict? How then to measure the inter-cartel killings? These are all factors that create deep complications in classifying the situation an armed conflict.

It could be worth trying to distinguish cartels’ financial and technological sophistication from their military organisation. Rather than a coherent chain of command, Mexico’s drug gangs seem to be a muddle of large syndicates, fragmented former cartels, gangs and gangsters-for-hire as well as other non-aligned freelancers.⁸⁵ Many specialists even point out that the term “cartel” is incorrect in light of the way these increasingly fractured narco-groups are organised. A US Congressional Research Service report on Mexico commented, “The term drug cartel remains the term used colloquially and in the press, but some experts disagree with this because ‘cartel’ often refers to price-setting groups and it is not clear that Mexican drug cartels are setting illegal drug prices.”⁸⁶ Some organisation may distinguish itself in the future and force Mexico into a recognised armed conflict, perhaps in a particular state. However, as it is currently ordered, the situation is not ideal for such a classification.

2.2. Mexico and “Anarchic Conflicts”

Yet, if the groups make a credible case as a party to an armed conflict, it may be precisely because other modern wars are so chaotic. Many lawless contemporary crises have challenged analysts to find a suitable regime when dealing with myriad parties engaged in unruly violence. These situations are informally known as “anarchic conflicts”.⁸⁷

Somalia, for example, has essentially existed without the presence of an effective state since the corrupt US-backed regime of Mohammed Siad Barre collapsed in 1991 and

competing warlords took up arms to fill the vacuum.⁸⁸ When analysing how the nature of an armed conflict can influence who is considered organised enough to be a party – Somalia is an inevitable illustration. It is one of the unfortunate poster cases for so-called “anarchic conflicts”.⁸⁹

The types of wars characterised as “anarchic” go beyond clear rebellions or use of force against the state. They involve “the implosion of national institutions, authority, law and order, in short the body politic as a whole.”⁹⁰ This may include situations where a titular government remains in place though in effect exercises very little control or also to circumstances where order – even among the warring factions – breaks down.⁹¹ This produces a crisis for humanitarian organisations that depend on leaders with some semblance of command.⁹² After all, “IHL can only be implemented by and with *parties* to armed conflict” which implies a minimum degree of organisation.⁹³

Yet despite the situation being decried as “chaos” by the then-UN Secretary General, the Security Council passed a resolution urging, “all Somali parties, including movements and factions, immediately cease and desist from all breaches of international humanitarian law.”⁹⁴ This resolution was directed at roughly 30 different armed groups “lacking any real power”.⁹⁵

⁷⁸ This term is often used to describe the drug war. Among them: G. Neuman, Real Security Concerns, in: Boston Review (December 2002/January 2003), <http://bostonreview.net/BR27.6/neuman.html>; Y.-K. Heng, Unravelling the ‘War’ on Terrorism: A Risk-Management Exercise in War Clothing?, in: Security Dialogue 33 (2002), p. 227.

⁷⁹ M. Sassóli, *supra* note 48, p. 51.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ L. Zegveld, *supra* note 19, p. 82.

⁸² Tablada Case, *supra* note 24, para. 150.

⁸³ International Committee of the Red Cross Commentary on the Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760004?OpenDocument>, para. 4475 (Emphasis added).

⁸⁴ A. Guillermoprieto, *supra* note 39.

⁸⁵ E. Vulliamy, Life and Death in Juárez, the World’s Murder Capital, in: The Observer, 4 October 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/04/mexico-drugs-death-squads-juarez>.

⁸⁶ U.S. Congressional Research Service Report for Congress, Mexico’s Drug Cartels, 16 October 2007, p. 1; M. Lacey, Drug Wars: When a Cartel Really Isn’t, in: The New York Times, 21 September 2009, <http://economix.blogs.nytimes.com/2009/09/21/drug-wars-when-a-cartel-really-isnt/>.

⁸⁷ ICRC, Armed Conflicts Linked to the Disintegration of State Structures (Preparatory Document for the First Periodical Meeting on International Humanitarian Law), 1998.

⁸⁸ J. Mueller, *supra* note 6, p. 105; Country Profile: Somalia, Rule of Law in Armed Conflicts Project, http://www.adh-geneva.ch/RULAC/state.php?id_state=204.

⁸⁹ ICRC, *supra* note 87.

⁹⁰ *Ibid.*; D. Thürer, The ‘Failed State’ and International Law, in: International Review of the Red Cross 836 (1999), p. 731.

⁹¹ ICRC, *supra* note 87; D. Thürer, *supra* note 90, p. 731.

⁹² ICRC, *supra* note 87.

⁹³ M. Sassóli, *supra* note 32, p. 11.

⁹⁴ Res. 814 para. 13 (26 March 1993) quoted in L. Zegveld, *supra* note 19, p. 139.

⁹⁵ L. Zegveld, *supra* note 19, p. 139.

Zegveld posits two possible interpretations to the Security Council's decision to refer to these ragtag bands as parties to an armed conflict. The first suggests that once violence has crossed a certain threshold any group in the territory of the war is subject to common Article 3 as a "party to the conflict" regardless of organisation or authority.⁹⁶ This view "poses no requirements as to the organisation or factual authority of the groups subjected to this article."⁹⁷ It essentially shifts the emphasis to the level of violence.

The second interpretation proposes that the Council deemed at least one group to be of sufficient power and organisation to qualify as a party to an armed conflict bringing common Article 3 into effect and thus effectively binding "all inhabitants of the territorial state, both individuals and groups."⁹⁸ Zegveld, however, adds that, "the text of common Article 3 supports only the first interpretation" since no mention is made of the rules being relevant to anyone other than parties to the conflict.⁹⁹

Both the International Criminal Court and the Yugoslavia Tribunal have said that armed groups only require "some degree of organisation."¹⁰⁰ However, Zegveld argues that the Somali groups only had the ability to comply with the most basic proscriptions such as cruel treatment, torture and murder.¹⁰¹

This piecemeal method – which suggests that an armed group may be subject only to the rules that it is capable of complying with – has been called the "functional approach" towards qualifying an armed group a subject of International Humanitarian Law.¹⁰² Sassóli writes: "One can adopt a functional approach and consider any group to be subject to some rules formulated in terms of absolute prohibitions (such as the prohibition of torture), while not necessarily also to rules requiring a minimum degree of organization (such as respect of judicial guarantees)."¹⁰³

This raises many of the points that arose during common Article 3's drafting. Sassóli, however, writes: "This approach may be appropriate once an armed conflict already exists. However it defies logic if it is used to determine whether at least two groups have the necessary degree of organization to make a situation an armed conflict, as IHL cannot only partly apply in a situation. For that purpose, I argue it is preferable to require from an armed group the minimum degree of organization necessary to comply with all the rules of IHL of non-international armed conflicts – which are, in any event, mostly formulated in prohibitory terms."¹⁰⁴

This view would necessitate an analysis of the most organised groups to gauge their levels of organisation. If they are organised enough, the situation would be an internal armed conflict and then conceivably "[o]ne [could] adopt a functional approach and consider any group to be subject to some rules formulated in terms of absolute prohibitions."¹⁰⁵

An analysis of each syndicate would be beyond the scope of this paper but it is worth briefly looking at the structure of a few of these groups.

Cartels are said to be large, sophisticated, and mainly horizontal organisations with multiple movable parts.¹⁰⁶ They reportedly work with or employ "gatekeepers" who control the transshipment points and/or manage territories under their control.¹⁰⁷ It is a functional hierarchy that enables the groups to fill vacancies quickly, as frequent turnover is inevitable in an industry largely regulated by violence.¹⁰⁸

The Gulf Cartel employed a paramilitary force – Los Zetas – which was originally recruited as muscle for the cartel, but then branched out to lead its own criminal operation.¹⁰⁹ The two organisations have subsequently collaborated as "The Company", with three leaders from Los Zetas and the Gulf Cartel at the helm – though this has been described as a "loose cooperation that developed (...) as largely a matter of convenience."¹¹⁰ The Company, however, did not interfere with both groups' abilities to continue operating as autonomous entities.¹¹¹

The cartels occasionally form alliances¹¹² to repel encroachments of one group into another's territory, but these partnerships tend to be short-lived. For example, La Familia was formerly allied to the Gulf Cartel and Los Zetas but then set out on its own.¹¹³ Its independence from the Gulf and Sinaloa gangs has been speculated to be a means of remaining "neutral in the face of the violent confrontations among various elements of those cartels."¹¹⁴

La Familia bears many hallmarks of an organised armed group. According to the United States Drug Enforcement Administration, La Familia employs a propaganda specialist, requires members to go through three-to-six month training camps and uses some of its funds to hand out bibles and support schools in Michoacán.¹¹⁵ However, even if La Familia is organised enough to be a party to an armed conflict with the

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Id.*, pp. 139-140.

¹⁰⁰ International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, Trial Chamber 1 (29 January 2007), para. 233; Limaj Trial Chamber Judgement, *supra* note 50, para. 89.

¹⁰¹ L. Zegveld, *supra* note 19, p. 140.

¹⁰² M. Sassóli, *supra* note 32, p. 13.

¹⁰³ *Id.*, pp. 13-14.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ F. Burton, The Price of Peace in the Cartel Wars, 2 May 2007, http://www.stratfor.com/mexico_price_peace_cartel_wars.

¹⁰⁷ Stratfor Staff, Mexico: The Vital Role of Gatekeepers in the Smuggling Business, 23 December 2006, <http://www.stratfor.com>; US Department of Justice National Drug Intelligence Center (April 2008) South Texas High Intensity Drug Trafficking Area Drug Market Analysis; US Department of Justice National Drug Intelligence Center (March 2009) West Texas High Intensity Drug Trafficking Area Drug Market Analysis; US Department of Justice National Drug Intelligence Center (March 2009) Arizona High Intensity Drug Trafficking Area Drug Market Analysis 2009.

¹⁰⁸ F. Burton, *supra* note 106.

¹⁰⁹ United States Department of Justice, Alleged Mexican Cartel Leaders – Associates Targeted in Newest Effort to Combat Drug Trafficking Organizations, Press Release, 20 July 2009, <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/July/09-crm-703.html>.

¹¹⁰ J. Roebuck, Criminal Cooperation, The Monitor, 2 July 2009, <http://www.themonitor.com/articles/mexican-28169-criminal-trafficking.html>.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Drug Enforcement Administration, La Familia Michoacana Fact Sheet, October 2009, <http://www.usdoj.gov/dea/pubs/pressrel/pr102209a1.pdf>.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

Mexican state, has the violence between the state and La Familia been sustained or intense enough to make the situation an armed conflict? Despite paroxysms of bloodshed, the answer is probably not.

This raises the question of organisation again. The Yugoslavia Tribunal confronted the issue when considering war crimes charges against several members of the Kosovo Liberation Army (KLA). Significant features included the backing of a political party,¹¹⁶ civil society representation¹¹⁷ and identifiable leaders.¹¹⁸ The fact that the KLA had headquarters scattered throughout Kosovo was also considered significant,¹¹⁹ as was the internal organisation, chain of command and¹²⁰ alleged (albeit rarely enforced) disciplinary structure.¹²¹ That non-governmental organisations and foreign missions were generally baffled as to who was in charge, or how authority was exercised, did not disqualify the KLA as an organised party.¹²² Rather the Chamber decided it “reflects the conditions under which the KLA operated at the time.”¹²³

The Trial Chamber sided with the view that the KLA was organised enough to be a party to an armed conflict.¹²⁴ Some of the *indicia* – headquarters and disciplinary structure – could just as easily have been said about any number of the cartels (or the Gambino crime family in New York City for that matter). Yet Mexico’s narco-syndicates do not seem to have a comparable organisational stability. At the very least, it could be presumed that insurgent groups are supposed to have more control over their armed factions than the Gulf Cartel had over Los Zetas. One could analyse the paramilitary groups – or other syndicates like La Familia, which may actually demonstrate civil society representation – to assess whether they are organised enough to make the situation an armed conflict. But the violence perpetrated by individual groups is too sporadic and too dispersed to reach the threshold of intensity.

Nevertheless, the government continues to prove that it is not a “war” against particular groups because as cartels are broken apart and reassemble, the “hostilities” continue regardless of how the enemy is organised. Subsequently the Mexican state finds itself battling a phantom not embodied in most of the forms usually assumed by armed opposition groups. In other words, it is exactly what one might expect an ultra-violent “war on drugs” to look like.

3. Conclusion

Attempts to establish that a situation is an armed conflict is never an exact science. Whether one measures the “direct involvement of governmental armed forces” and “the concerted nature of the hostile acts”¹²⁵ as the preeminent factors, the criteria are always context-specific. They are not one-size-fits-all formulas as the ICTY recognised by saying, “the determination of the intensity of a conflict and the organisa-

tion of the parties are factual matters which need to be decided in light of the particular evidence and on a case-by-case basis.”¹²⁶

It is not beyond the realm of imagination that a state could find itself in a proper war with a criminal syndicate. This may depend on the unity of the groups – or stature of a single group – that the state is contending with. It could also depend on the strength – or even the existence – of the state and its ability to maintain some control over the situation. Chaos could necessitate the recognition of armed conflict, even if the parties do not fit neatly into what is traditionally defined as a party to an armed conflict. The *Tadić* decision emphasises the organisation of the groups and the threshold of violence, though some may argue that exceptional circumstances could require greater emphasis on one or the other as seems to have happened in Somalia.

The situation in Mexico may yet someday necessitate such a classification. In the future (potentially the very near future) some group may distinguish itself and/or the violence may actually threaten the existence of the state. Yet as it’s currently configured, Mexico would not make a good case for armed conflict. Rather Sassóli’s warnings of over-classification seem very appropriate to Mexico and its role in the wider “war on drugs”. Terms like military targets and military necessity are inappropriate when it comes to the kinds of law enforcement operations that are required for anti-narcotics manoeuvres (and wholly unacceptable when it comes to syndicates’ tactics).

Though it is largely only a theoretical point, the military cannot be legitimate targets for the cartels. The reverse is also true: alleged drug traffickers, manufacturers or hit men, are not legitimate military targets for killing, but are instead criminal suspects, subject to arrest, prosecution and prison. Furthermore, it may be far preferable to ensure that citizens in Mexico benefit from the better protections that are in effect in “under the law of peace”.

The “war on drugs” in Mexico may have gotten nastier, more violent and alarming in recent years – but it should not yet be confused for an armed conflict. Thus, when leaders in Mexico proclaim a “war on drugs” they should be aware they are speaking rhetorically. ■

¹¹⁶ Limaj Trial Chamber Judgment, *supra* note 50, para. 41.

¹¹⁷ *Id.*, para. 45.

¹¹⁸ *Id.*, para. 97.

¹¹⁹ *Id.*, para. 104.

¹²⁰ *Id.*, para. 112.

¹²¹ *Id.*, paras. 113-117.

¹²² *Id.*, para. 131.

¹²³ *Id.*, para. 132.

¹²⁴ *Id.*, para. 134.

¹²⁵ Tablada Case, *supra* note 24, para. 155.

¹²⁶ Limaj Trial Chamber Judgment, *supra* note 50, para. 90.

Referendartagung „Verbreitung des Humanitären Völkerrechts“ am 15./16. Oktober 2010 in Bad Pyrmont

Anne Dienelt* / Frithjof Ehm**

Die alljährliche Referendartagung „Verbreitung des Humanitären Völkerrechts“ in Bad Pyrmont (Niedersachsen) fand dieses Jahr vom 15. bis zum 16. Oktober 2010 statt. Ort der Veranstaltung war die DRK-Landesschule. Auch in diesem Jahr ging die Tagung auf eine Kooperation des DRK-Landesverbandes Niedersachsen e.V. mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum und dem Niedersächsischen Justizministerium zurück. Mit insgesamt 24 Rechtsreferendaren aus ganz Niedersachsen war die Veranstaltung sehr gut besucht. Das Tagungsprogramm war überlegt zusammengestellt. Es basierte darauf, den Referendaren – die in den meisten Fällen mit dem Rechtsgebiet des humanitären Völkerrechts bislang nur wenig in Berührung gekommen waren – zunächst einen Überblick über die Materie zu verschaffen. Sodann wurde das Thema durch die intensivere Beschäftigung mit zumeist sehr aktuellen Fragestellungen vertieft. Den Abschluss der Tagung bildete die Durchführung eines Moot Court, womit den Teilnehmern Gelegenheit gegeben wurde, die frisch erlernten Kenntnisse am praktischen Fall anzuwenden. Ziel der Veranstaltung war es, den Referendaren die Aktualität des humanitären Völkerrechts aufzuzeigen und ihnen dabei zu veranschaulichen, dass auch vermeintliche Randbereiche des Rechts mit interessanten beruflichen Betätigungsfeldern aufwarten. Eröffnet wurde die Tagung am Freitagmittag von Otto-Werner Beushausen, Konventionsbeauftragter des DRK-LV Niedersachsen. Anschließend stellte Martin Rohrmoser, DRK-LV Niedersachsen, seinen Landesverband vor und erläuterte einige Hintergründe zum Deutschen Roten Kreuz und zur Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung. Daran anschließend gab Simone Kumor, Doktorandin, IFHV Bochum, den Teilnehmern eine „Einführung in das Humanitäre Völkerrecht im Lichte aktueller Herausforderungen“. Nach einem kurzen geschichtlichen Abriss zum humanitären Völkerrecht und der Vorstellung seiner wesentlichen Rechtsgrundlagen wurden einzelne normative Begrifflichkeiten näher diskutiert. Eine besonders intensive Diskussion entspann sich im Rahmen der Betrachtung von Artikel 51 Absatz 3 ZP I bei der Frage, wann Zivilpersonen „unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen“. Erörtert wurde dies etwa für (1) den

Ingenieur, der Waffen entwickelt, (2) Hass- oder Hetzprediger, (3) den Fahrer, der Munition an die Streitkräfte liefert, (4) den Fahrer, der Nahrungsmittel an die Streitkräfte liefert oder (5) den Privatmann, der die Kampfhandlungen sponsert. Zur Klärung dieser Einzelbeispiele wurde auch das IKRK-Dokument „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“ besprochen. Spätestens hier zeigte sich den meisten Teilnehmern, dass das humanitäre Völkerrecht viel Argumentationsspielraum offen lässt und die jeweiligen Rechtspositionen eine immense politische und diplomatische Dimension haben. Eine andere näher diskutierte Frage war etwa, ob Taliban und Al-Qaida-Mitglieder auf Guantánamo als Kriegsgefangene eingestuft werden können und in diesem Fall die Voraussetzungen von Artikel 4 A GA III bzw. Artikel 44 ZP I erfüllt sind. In dem regen Meinungsaustausch unter den Referendaren ergaben sich dabei auch immer wieder „Ausflüge“ ins allgemeine Völkerrecht, welche die weitreichenden Bezüge des humanitären Völkerrechts verdeutlichten.

Im Anschluss erläuterte Dr. Jana Hertwig, LL.M. (Eur. Integration), wissenschaftliche Mitarbeiterin am IFHV Bochum, den Referendaren das am 1. August 2010 in Kraft getretene Übereinkommen über ein Verbot von Streumunition („Convention on Cluster Munitions“, CCM). Mit diesem Vertrag ist es gelungen, eine Luftabwurfwaffe zu verbieten, die seit Ende des Zweiten Weltkrieges in insgesamt 32 Ländern und Territorien eingesetzt worden ist. Ein erster Schwerpunkt ihres Beitrags war die Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Einsatz von Streumunition humanitäres Völkerrecht verletzt oder nicht. Hier kam Hertwig zu dem Resultat, dass man diese Frage nicht grundsätzlich bejahen oder verneinen könne, sondern es vielmehr auf den Einzelfall ankomme. In ihrem Vortrag behandelte Hertwig ferner verschiedene Kritikpunkte an dem Übereinkommen. Einer davon war die Frage, ob das Übereinkommen auch ein Verbot von Investitionen in Unternehmen umfasst, die Streumunition entwickeln bzw. herstellen. Hier kam Hertwig zu dem Ergebnis, dass das Übereinkommen ein ausdrückliches Investitionsverbot nicht kenne, es aber verschiedene Ansatzpunkte gebe, für ein solches zu argumentieren (etwa über Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM),

obschon diese nicht sehr überzeugend seien. Bislang haben 108 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet, davon haben es 54 Staaten (unter ihnen auch Deutschland) ratifiziert (Stand: 31.3.2011). Es bleibt zu hoffen, dass zu diesem Kreis auch schon bald Staaten wie China, Israel, Russland oder die USA gehören werden, die diese Art der Munition mit am häufigsten herstellen, exportieren und (bis auf China) einsetzen.

Felix Boor, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Professor Dr. Adelheid Puttler, LL.M., Ruhr-Universität Bochum, trug anschließend zum Thema „Drohnen und ihr Einsatz in Afghanistan und Pakistan“ vor. Nach einer kurzen Einführung zum Thema Drohnen, welche größtenteils zur Nahauflklärung und zum Schutz der eigenen Truppen eingesetzt werden, erfolgte eine Erörterung der völkerrechtlichen Problematik. Die Teilnehmer vernahmen erstaunt, dass allein im Jahr 2010 von den USA mehr Piloten für Drohnen als für herkömmliche Kampffjets ausgebildet wurden. Dies stellt das humanitäre Völkerrecht vor neue Herausforderungen. Daher wurde die Frage erörtert, inwieweit eine Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten gemäß Artikel 51 Absatz 4 ZP I noch vorgenommen werden kann? Ist das Drohnenpersonal nicht zu weit vom Kampfterrain entfernt? Darf ein US-amerikanischer Drohnenpilot in Österreich, der eine Drohne über Pakistan steuert, von Pakistan in Österreich angegriffen werden? Dies führte zu kontroversen Diskussionen, eine Antwort auf die Frage konnte von den Teilnehmern jedoch nicht gefunden werden, zu divers waren die möglichen Ansätze. Auch die Frage, wer ein legitimes Ziel von Drohnen darstellt, wurde erörtert. Neben Mitgliedern von Gruppen, die eine dauerhafte Kampffunktion haben, kam die Diskussion auch auf Zivilisten zu sprechen, die unmittelbar an Kampfhandlungen teilhaben. Hierauf waren die Referendare be-

* Dipl.-Jur. Anne Dienelt, maître en droit, ist Rechtsreferendarin im OLG-Bezirk Celle und Doktorandin und Mitarbeiterin am Lehrstuhl von BVR Prof. Dr. Andreas L. Paulus, Universität Göttingen.

** Dipl.-Jur. Frithjof Ehm, MLE, ist Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Celle und Doktorand an der Bucerius Law School Hamburg.

reits zuvor durch den Vortrag von Simone Kumor und die Thematisierung der IKRK-Studie zu „Direct Participation in Hostilities“ hingewiesen worden. Dabei wurde allen bewusst, wie schwierig eine Abgrenzung in dieser Konstellation fällt. Letztendlich kamen die Tagungsteilnehmer zu dem Ergebnis, dass im Zweifel ein Angriff auf Zivilisten mit Drohnen nicht zulässig ist, sondern andere Maßnahmen, wie beispielsweise eine Inhaftierung, vorzuziehen sind. Als Kritik am Drohneinsatz wurde von den Teilnehmern eine sogenannte „Playstation-Mentalität“ angesprochen, welche möglicherweise im Gegensatz zu Artikel 35 Absatz 2 ZP I stehen könnte. Mit großem Interesse wurde auch der Hinweis durch den Referenten aufgenommen, dass mittlerweile zum Schutz von Zivilisten Drohnen mit sogenannter „Ethik-Programmierung“ ausgestattet werden, welche eine Vermeidung von zivilen Opfern ermöglichen soll. Neben dem *ius in bello* wurde auch über die Problematiken hinsichtlich des *ius ad bellum* und ein möglicher Verstoß gegen Artikel 2 Absatz 4 UN-Charta erörtert.

Dr. habil. Hans-Joachim Heintze, wissenschaftlicher Mitarbeiter am IFHV Bochum, sprach anschließend zu dem Thema, ob humanitäre Hilfe gescheiterte Staaten stabilisiert. Dabei erläuterte er die verschiedenen Maßnahmen, welche die internationale Gemeinschaft in den zurückliegenden zwanzig Jahren in Haiti ergriffen hat. Zunächst ging er auf die Versuche der Weltgemeinschaft ein, den karibischen Staat nach dem Sturz von Präsident Jean-Bertrand Aristide im September 1991 zu stabilisieren. Heintze stellte sehr anschaulich dar, dass sich die Vereinten Nationen und auch viele regionale Akteure, wie etwa die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS), seither in Haiti engagiert hätten. Dieser ohnehin von vielen Höhen und Tiefen geprägte Nationenbildungsprozess sei durch das verheerende Erdbeben vom 12. Januar 2010 stark zurückgeworfen worden. Anhand dieses auch im Bewusstsein der Teilnehmer noch sehr präsenten Ereignisses führte Heintze aus, dass es eine Pflicht zur Leistung von internationaler humanitärer Hilfe gebe. Diese sei jedoch im Falle von Naturkatastrophen längst nicht so deutlich geregelt, wie im Falle von bewaffneten Konflikten. Werde Hilfe geleistet, müsse jedenfalls streng darauf geachtet werden, dass dies unparteilich geschehe. Hierauf müsse insbesondere auch das Rote Kreuz sehr achten, was in der Vergangenheit leider nicht immer der Fall gewesen sei. Verloren habe das Rote Kreuz seine Neutralität zum Beispiel während des Jugoslawien-Krieges, als es zugunsten der in Sarajewo eingeschlossenen Menschen Hilfe leistete.

Der zweite Tag begann mit einem Vortrag von Anna Petrig, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, zur Thematik „Pirateriebekämpfung im Golf von Aden“. Die Teilnehmer der Tagung hatten von der Problematik schon aus den Medien gehört; immer wieder wurde in den vorherigen Wochen von Übergriffen durch Piraten auf deutsche Schiffe, gerade auch anlässlich des „Piraten-Prozesses“ am Hamburger Landgericht, berichtet. Der Einsatz von Soldaten im Golf von Aden stellt die internationale Gemeinschaft vor neue Herausforderungen. Inwieweit die nationalen Truppen im Auftrag der Vereinten Nationen überhaupt Polizeimaßnahmen durchführen dürfen, wurde von Petrig vorgestellt. Momentan sind die Mission „Atalanta“ der EU, die Mission „Ocean Shield“ der NATO sowie die Mission „Combined Task Force 151“ der Vereinten Nationen im Golf von Aden aktiv, welche neue rechtliche Fragen aufwerfen. Zunächst arbeitete Petrig das Grundproblem heraus, dass das Personal an Bord von Kriegsschiffen lediglich militärisch geschult sei und es daher an Erfahrung von polizeilicher Arbeit fehle. Eine Lösung dieses Problems könnte beispielsweise der Einsatz von Feldwebeln, also von Militärjustiz, an Bord sein. Doch auch diese seien nicht ausreichend für diese Art von Polizeiarbeit geschult. Als weitere Alternative stellte Petrig das Modell sogenannter „Shiprider“, Angehörige der Sicherheitskräfte aus Drittstaaten, vor. Diese könnten die entsprechenden Zwangsmaßnahmen und Beweissicherungen vornehmen, sodass die Piraten ohne Zwischenschritte von der Gerichtsbarkeit der Drittstaaten, welche sich zur Verfolgung freiwillig gemeldet haben, verfolgt werden könnten. Problematische Auslieferungsverfahren und Überstellungen würden sich erübrigen. Doch auch diese rechtliche Konstruktion sei nicht unproblematisch. Das Prinzip „one ship, one flag“ des Seerechtsübereinkommens (SRÜ) der Vereinten Nationen würde durchbrochen werden. Auch das Non-Refoulement-Prinzip, welches es verbietet, Personen an Drittstaaten, in denen Menschenrechtsverletzungen drohen, zu übergeben, könne hierdurch verletzt werden. Außerdem sei es schwierig, Drittstaaten für die Strafverfolgung von gefangengenommenen Piraten zu finden. Neben den USA, den Niederlanden, Deutschland und Spanien haben sich bis jetzt einige afrikanische Staaten, allen voran Kenia (auf Grundlage eines Überstellungsabkommens mit der EU), dazu bereit erklärt, Verfahren gegen Piraten einzuleiten und Verhandlungen abzuhalten. Doch diese Staaten hätten nur begrenzte Kapazitäten. Auch das Feh-

len eines nationalen Tatbestandes der Piraterie stelle einige Staaten vor das Problem, die Taten zu verfolgen. Mangels eines Tatbestandes im SRÜ seien aber die nationalen Rechtsordnungen entscheidend. Durch den Vortrag hatten die Teilnehmer die Gelegenheit, mit einer Expertin die Hintergründe des in den Medien sehr präsenten Hamburger Piraten-Prozesses zu erläutern und nutzten diese Chance in zahlreichen Diskussionen.

Neben Referenten aus der Wissenschaft konnte für die Tagung auch eine Mitarbeiterin des DRK in Berlin, Dr. Stefanie Haumer, gewonnen werden. Ihr Vortrag nahm Bezug auf die Entwicklung des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), welche ihren Höhepunkt, neben den laufenden Verfahren in Den Haag, erst kürzlich im Rahmen einer Review Conference in Kampala, Uganda, erfuhr. Einige Teilnehmer konnten schon auf Berührungspunkte mit dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch verweisen. Nach einer kurzen Vorstellung des Gerichtshofes und seiner Geschichte ging Haumer auf das wohl bedeutendste Ergebnis der Konferenz ein: die Definition des Aggressionsbegriffes durch die Vertragsstaaten in Artikel 8*bis* des Römischen Statuts. Abzuwarten bleibt nun, inwieweit der Gerichtshof oder der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gemäß Artikel 15*bis* und *ter* des Römischen Statuts tatsächlich in Fällen des Verbrechens der Aggression aktiv werden. Des Weiteren stellte Haumer weitere Ergebnisse der Review Conference vor. So wurde beispielsweise in Artikel 8 des Römischen Statuts in den Tatbestand der Kriegsverbrechen auch ein Waffenverbot für den nicht-internationalen Konflikt eingefügt, wie es schon für den internationalen Konflikt gilt (Verbot von Gift, vergifteten Waffen, giftigen Gasen, Dumdum-Geschossen etc.). Haumer betonte in ihrem Vortrag die Vorreiterrolle Deutschlands, die es nun durch eine schnelle Ratifikation einnehmen könnte. Sie beendete ihren Vortrag mit dem positiven Statement, dass der IStGH ein gutes Beispiel dafür sei, dass sich Geduld am Ende auszahle. Die Teilnehmer konnten dies aufgrund der vorgestellten Ergebnisse nur bestätigen.

Zum Abschluss nahmen alle Teilnehmer an einem Moot Court teil, einer simulierten Gerichtsverhandlung vor dem Internationalen Strafgerichtshof. Anhand einer fiktiven Situation in der Region Arkadia des Landes Balkonien, in der insbesondere Verbrechen gegen die Menschlichkeit gerügt wurden, konnten die Teilnehmer das während der Tagung erlernte Wissen praktisch anwenden. Die Teilnehmer, eingeteilt in Gruppen von Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Richterbank, erarbeiteten eine Strategie und rechtliche Argumentation, um diese

dann in einer „Gerichtsverhandlung“ vorzutragen. Am Ende der Verhandlung fällten die Richter dann ein Urteil, welches versuchte, beiden Parteien des Verfahrens gerecht zu werden.

Nach Ende des Moot Court verabschiedete Otto-Werner Beushausen die Teilnehmer und war sich mit ihnen einig, dass alle Referenten es verstanden hatten, die Zuhörer immer wieder mit einzubinden und zu

eigenem Nachdenken anzuregen. Dadurch ergab sich oft ein reger Austausch. Die Tagung war daher für alle Beteiligten sehr bereichernd und ein wahrer Erfolg. ■

4. Workshop des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler „Internationale Zusammenarbeit: von Friedenssicherung zu nachhaltiger Entwicklung“ vom 23. bis 24. Oktober 2010 in Heidelberg

Marie von Engelhardt*/Jana Hertwig**

Der inzwischen vierte Workshop des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler (AjV)¹ fand vom 23. bis 24. Oktober 2010 am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (MPIL) in Heidelberg statt. Organisiert wurde der Workshop von den am MPIL beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Sigrid Mehring, Julia Pfeiffer, Julia Sattelberger und Leonie Vierck. Die auf der Grundlage eines Call for Papers ausgewählten Vorträge standen unter dem Thema „Internationale Zusammenarbeit: Von Friedenssicherung zu nachhaltiger Entwicklung“. Die Veröffentlichung einiger Beiträge ist in einer Sonderausgabe der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2011 vorgesehen.

Panel 1: „Post-Conflict und Entwicklungszusammenarbeit“

Nach den einführenden Worten von Prof. Dr. Armin von Bogdandy, geschäftsführender Direktor am MPIL, eröffnete Sigrid Mehring das erste Panel zum Thema „Post-Conflict und Entwicklungszusammenarbeit“. Den ersten Vortrag hielt Marie von Engelhardt, wissenschaftliche Mitarbeiterin am MPIL, zum Thema „Autonomie in den Rechtsregimen der Entwicklungshilfe“. Sie beschrieb zunächst die unterschiedlichen Prinzipien und Standards, die für die Entwicklungszusammenarbeit, die humanitäre Hilfe und das Engagement in fragilen Staaten gelten. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Grade an Autonomie, die einem Nehmerland entsprechend seiner Handlungsfähigkeit und Entwicklungsorientierung in den drei Rechtsregimen gewährt werden, zeige sich, dass das Völkerrecht bei Weitem nicht blind für empirische Staatlichkeit sei und auf unterschiedliche Grade von Staatlichkeit und Fragilität reagiere.

Dem folgte der Vortrag von Lisbeth Zimmermann, wissenschaftliche Mitarbeiterin

an der Hessischen Stiftung Friedens- und Konfliktforschung (HSFK). Zimmermann ist Promotionsstipendiatin am Exzellenzcluster „Herausbildung normativer Ordnungen“ (Goethe-Universität Frankfurt/TU Darmstadt) und sprach zum Thema „Lokale Reaktionen auf Demokratieförderung – zwischen Normübernahme und Normaneignung“. Zimmermann warf unter anderem die Frage auf, was „Norm“ im Bereich der Internationalen Beziehungen überhaupt bedeute und verwies hierbei auf soziale Normen oder intersubjektive Verhaltensstandards, die verrechtlicht sein könnten. Sie legte dar, dass ein dualistisches Modell, das nur zwischen Übernahme oder Nichtübernahme einer Norm durch bestimmte Akteure unterscheidet, insbesondere mit Blick auf fragile Staaten überwunden werden müsse. Hier gelte es, das Bewusstsein für nicht-formale Formen der Normübernahme zwischen Widerstand und Internalisierung zu schärfen.

Den Abschluss des ersten Panels bildete der Vortrag von Dr. Andreas Müller, LL.M. (Yale), Universitätsassistent am Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck. Er trug zum Thema „Rechtsfragen der politischen Konditionalität in der Entwicklungszusammenarbeit“ vor. Müller konzentrierte sich auf die politischen, negativen Konditionalitäten, die Sanktionen an die Nichterfüllung von Menschenrechts-, Demokratie- und Rechtsstaatlichkeitsklauseln knüpfen. Beispielhaft verwies er auf die Europäische Union (EU), die Wesentlichkeits- und Sanktionsklauseln in circa 120 Abkommen mit Drittstaaten vorsehe. Nach Betrachtung der Wiener Vertragsrechtskonvention kam er zu dem Schluss, dass das Völkerrecht angemessene rechtliche Instrumentarien für solche Konditionalitäten bereitstelle. Probleme sah er dagegen im Hinblick auf die Selektivität ihrer Anwendung, ihre zweifelhafte Effektivität und die Frage, ob nicht differenziertere und weichere Konditionalitäten vorzuziehen seien.

Panel 2: „Menschenrechte und Demokratisierung“

Das zweite Panel des Workshops war dem Thema „Menschenrechte und Demokratisierung“ gewidmet. Der kurzen Einführung durch Julia Pfeiffer folgte Dr. Charlotte Steinorth, LL.M. (LSE), wissenschaftliche Mitarbeiterin am MPIL, die zu den „Möglichkeiten und Grenzen eines ‚Thin Concept of Democracy‘: Zum Demokratisierungsbeitrag der Vereinten Nationen in Postkonfliktgesellschaften“ sprach. Stein-

* Marie von Engelhardt, LL.M. (London School of Economics) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und Mitglied der Schumpeter-Forschungsgruppe „Recht und Governance der Entwicklungszusammenarbeit“.

** Dr. iur. Jana Hertwig, LL.M. (Eur. Integration) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum sowie stellvertretende Chefredakteurin der Zeitschrift „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“.

¹ Der Arbeitskreis junger Völkerrechtswissenschaftler wurde während der Assistententagung Öffentliches Recht im Jahre 2007 in Berlin gegründet. Der AjV ist ein offenes Forum, das einen organisatorischen Rahmen für dezentrale Initiativen verschiedener Art bietet. Ziel ist es, den Austausch und die Kooperation zwischen Doktoranden und Habilitanden im deutschsprachigen Raum mit Interesse am Völkerrecht zu verbessern. Um dies zu erreichen, veranstaltet der AjV regelmäßig Workshops – so bislang in München, Wien und Berlin – und veröffentlicht die Ergebnisse in einem Tagungsband. Vgl. näher u.a. C. Binder/C. Fuchs/M. Goldmann *et al.* (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich: Treffen des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler/-innen in Wien 2008, Wien/Baden-Baden 2009; C. Djefal, Networkshopping in Berlin, Tagungsbericht zur dritten Tagung des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler „Akteure in Krieg und Frieden“, in: ZaöRV 70 (2010), S. 381-384.

orth fragte unter anderem danach, wie die Vereinten Nationen (VN) ihr Engagement in Demokratisierungsprozessen, von Wahlbeobachtung bis zur Einrichtung von Übergangsverwaltungen, legitimieren, denn ein allgemeines Demokratisierungsgebot gebe es im Völkerrecht nicht. Die VN würden über ihre Ziele indirekte Legitimationsstrategien verfolgen, und Demokratie als Mittel zum Zweck oder Werkzeug im Sinne eines reduzierten („thin“) Demokratiekonzeptes fördern. Da Demokratie aber nicht als rein technisches, administratives Konzept und losgelöst von Fragen nach Macht und Entscheidungsgewalt zu begreifen sei, warnte sie im Sinne Martti Koskenniemi vor dem liberalen Impuls, vor dem Politischen zu flüchten.

Lisa Heemann, Projektleiterin im Berliner Büro der Robert Bosch Stiftung, sprach zu ihrem Promotionsvorhaben zum Thema „Die Rolle von Traditional Leaders in einem demokratischen Südafrika“. Sie verwies auf den Konflikt zwischen der verfassungsrechtlichen Pflicht in Südafrika, Grundrechte im Lichte des Völkerrechts auszulegen, und der gleichzeitigen verfassungsrechtlichen Garantie der Rolle der Traditional Leaders in „public governance“-Prozessen. Sie ging unter anderem der Frage nach, nach welchen Kriterien und von wem Gewohnheitsrecht in Afrika weiterentwickelt würde, und wie es sich zu völkerrechtlichen Vorgaben für gute Regierungsführung verhalte.

Den abschließenden Vortrag dieses Panels übernahm Evelyne Schmid, Academic Researcher am Genfer Graduate Institute of International and Development Studies. Sie sprach zum Thema „Verletzungen von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten im Völkerstrafrecht“. Dabei untersuchte sie die Möglichkeit, über die völkerstrafrechtliche Definition von schwersten Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft berühren, auch Verletzungen von Rechten des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK) als Tatbestand im Völkerstrafrecht aufzunehmen. Als Vorgehensweise schlug sie vor, in einem gegebenen Fall zunächst zu prüfen, ob ein Recht des WSK-Paktes verletzt wurde, und anschließend, unter welchen Umständen eine Verletzung auch unter einen völkerstrafrechtlichen Tatbestand falle.

Panel 3: „Ökonomische und rechtliche Aspekte internationaler Zusammenarbeit“

Das dritte Panel an diesem ersten Tag des Workshops stand unter dem Titel „Ökonomische und rechtliche Aspekte internationaler Zusammenarbeit“. Julia Sattelberger

übernahm die Moderation des Panels und übergab nach einer kurzen Einführung an Dr. Philipp Dann, LL.M., seit Dezember 2010 Professor für Öffentliches Recht, Rechtsvergleichung und Verwaltungswissenschaft, Fachbereich Rechtswissenschaft, an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Dann warf zunächst die Frage auf, welches Recht Entwicklungsbürokratien steuere. Er schlug vor, ein Entwicklungsverwaltungsrecht (EntwVerwR) quasi als extraterritoriales Leistungsverwaltungsrecht durch seine Ausrichtung auf den Transfer der sogenannten Official Development Assistance (ODA) zu definieren und zu konturieren. Als Grundlage diene die Definition der Organization for Economic Development and Cooperation (OECD) von 1969, welche Gelder als öffentliche Entwicklungshilfe – als ODA – angesehen werden dürften. Im Anschluss sprach Dann über Grenzen und Funktionen des Rechts als Steuerungs- und Kontrollinstrument in der Entwicklungszusammenarbeit.

Den letzten Vortrag an diesem Tag hielt Dr. Isabel Feichtner, LL.M., seit Januar 2011 Juniorprofessorin für Law and Economics an der Goethe-Universität Frankfurt. Sie sprach zum Thema „Regulation of Natural Resources Exploitation: A Research Agenda“. Feichtner fragte, wie eine verantwortliche Rechtswissenschaft aussehen könne, die sich mit globalen Herausforderungen wie Umweltschutz und Armut auseinandersetze. Sie konstatierte, dass die Gerechtigkeitsfrage zunehmend aus Fragen nach der Gestaltung des öffentlichen Lebens verdrängt werde, während der Diskurs sich auf die Legitimität von Verfahren, Transparenz und Rechenschaftspflicht beschränke. Es gelte aber, sich der Rolle des Rechts in der Konstituierung der Wirtschaftsordnung, unter anderem in Verteilungsfragen, bewusst zu machen, und wählte als Beispiel die Ausbeutung natürlicher Ressourcen.

Ein gemeinsamer Spaziergang zum Heidelberger Schloss und ein gemeinsames Abendessen in der Kulturbrauerei rundeten den ersten Tag des Workshops ab. Auch hier wurde noch intensiv über die Vorträge diskutiert und Kontakte geknüpft – eines der Ziele des AjV.

Panel 4: „Frieden und Friedenssicherung“

Den zweiten Tag des Workshops leitete Matthias Kettmann ein, Universitätsassistent am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität in Graz. In seinem Vortrag zum Thema „‘Human Security’ Mainstreaming: Konzeptueller Königsweg zur Optimierung von Friedensoperationen der Vereinten Na-

tionen und des EU-Krisenmanagements?“ vertrat er die These, dass Friedensoperationen unter Berücksichtigung des Konzeptes der „human security“, der menschlichen Sicherheit, verbessert werden könnten. Das Konzept, das auf den UNDP Development Report von 1999 zurückgehe, sei inzwischen so weit ausgereift, dass es als Nächstes der Operationalisierung bedürfe, um in Friedensoperationen ein Gleichgewicht zwischen staatlichen Sicherheitsinteressen und der Sicherheit von Individuen herzustellen. Konkret sprach er sich für eine proaktive Interventionspolitik mit einem „bottom-up approach“ aus, zum Beispiel in Kombination mit dem Prinzip der „local ownership“ oder Eigenverantwortung. Die Frage, inwieweit das Konzept zur Rechtfertigung humanitärer Interventionen dienen könnte, wurde anschließend heftig debattiert.

Ebenfalls auf dem vierten Panel saß Julia Pfeiffer, Ko-Organisatorin des Workshops, die als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Afghanistan-Projekt des MPIL arbeitet. Sie trug zur zivil-militärischen Zusammenarbeit als friedenssichernde Maßnahme vor, und befasste sich dabei insbesondere mit den Mandaten von ISAF als militärischem Akteur und UNAMA (United Nations Assistance Mission) als zivilem Akteur. In ihrem Vortrag interpretierte sie die UN-Sicherheitsratsresolutionen bezüglich des Verhältnisses von UNAMA und ISAF im Bereich des zivilen Wiederaufbaus.

Michael Riegner, wissenschaftlicher Mitarbeiter am MPIL und dritter Panelist, legte unter dem Titel „International Constitutional Justice in Post-Conflict Societies – The Case of Kosovo“ internationale Einflüsse auf die Verfassungsgerichtsbarkeit des Kosovo offen. Riegner wies auf die internationale Zusammensetzung des Gerichtes hin, das die Verfassung im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auszulegen hat. Am Beispiel des Prinzips der Multi-Ethnizität in der kosovarischen Verfassung zeigte er die Schwierigkeiten auf, ethnisch diverse Post-Konflikt-Gesellschaften durch Verfassungsrecht und -gerichtsbarkeit zu stabilisieren.

Panel 5: „Friedenssicherung durch internationale Schlichtungsverfahren“

Das abschließende Panel leitete Christian Djefal ein. Der wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktorand im Fachbereich Rechtswissenschaften der Berliner Humboldt-Universität zeigte in seinem Vortrag am Beispiel eines Falles, dem „Iron Rhine Case“ von 2003, wie das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung als Auslegungshilfe

eines historischen Friedensvertrages von 1839 diene. Ein Schiedsgericht ging von der grundsätzlichen Vermutung zeitgemäßer Auslegung aus und hielt das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung für anwendbar, dessen völkerrechtlicher Status ob unklarer Rechtsquellen und ungewissem Inhalt als nach wie vor strittig gelten muss.

Abschließend ergriff Antje Berger, wissenschaftliche Mitarbeiterin am MPIL, das Wort. Sie stellte die Frage nach „Friedens-

sicherung durch Schiedsgerichtsbarkeit“, und ging in diesem Zusammenhang auf das Beispiel der Eritrea-Ethiopia Boundary Commission ein. Im Anschluss an einen Friedensvertrag von 2000 hatte die Kommission über die Grenzziehung zwischen Eritrea und Äthiopien zu entscheiden; etwaige Schadensansprüche, die sich infolge der neuen Grenzziehung ergaben, entschied ein Schiedsgericht, dessen Entscheidung bislang von Äthiopien nicht umgesetzt wurde.

Wie im vergangenen Jahr bot der Arbeitskreis junger Völkerrechtler wieder ein sehr offenes, diskursives Forum für den Austausch junger Wissenschaftler, und lud auch zur Vorstellung im Entstehen begriffener Projekte ein. Auf der abschließenden Sitzung der Mitglieder des Arbeitskreises wurde bereits der nächste Workshop für 2011 geplant. Man einigte sich, das informelle und wenig institutionalisierte Format des AjV beizubehalten.

Deutsche Menschenrechtspolitik bei den Vereinten Nationen. DGVN-Vortragsveranstaltung mit Markus Löning, Beauftragter der Bundesregierung für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe, am 3. Dezember 2010 in Berlin

Karsten Schubert*

„Der Menschenrechtsrat eröffnet politische Möglichkeiten, wenn man ihn pragmatisch nutzt“, sagte Markus Löning, FDP, seit April 2010 Menschenrechtsbeauftragter der Bundesregierung, bei einem von der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. (DGVN) veranstalteten Vortrag am 3. Dezember 2010 in Berlin. Löning berichtete über seine Arbeit als Menschenrechtsbeauftragter, seine Einschätzung des UN-Menschenrechtsrats und die Ausrichtung der Menschenrechtspolitik der Bundesregierung. Während viele Experten den neuen Menschenrechtsrat nach anfänglichem Optimismus zunehmend skeptisch betrachteten, betonte Löning die Chancen, die das Gremium für die Menschenrechtspolitik eröffne.

Der UN-Menschenrechtsrat löste im Jahr 2006 die umstrittene UN-Menschenrechtskommission ab. Die Menschenrechtskommission wurde für ihre Selektivität beim Umgang mit Menschenrechtsverletzungen, ihre Zusammensetzung, ihre mangelnde Reaktionsfähigkeit und die zunehmende Polarisierung zwischen verschiedenen Staatengruppen kritisiert. Der Gründungsgedanke des Menschenrechtsrats war die Stärkung der Menschenrechtspolitik durch eine neue Zusammensetzung, ein neues Wahlverfahren, zeitnahe Reaktionsmöglichkeiten und regelmäßige Überprüfungsstrukturen. Menschenrechtsexperten setzten große Hoffnungen in den Menschenrechtsrat – der damalige UN-Generalsekretär Kofi A. Annan bezeichnete seine Gründung sogar als „historischen Schritt“.

Doch der Menschenrechtsrat wird fünf Jahre nach seiner Gründung zunehmend kritisch betrachtet. Die Macht im Rat ist zugunsten von Staaten verteilt, die Menschenrechtsverletzungen begehen und sich im Rat gegenseitig schützen. Die Universalität der Menschenrechte wird infrage gestellt – beispielsweise erkennt der Menschenrechtsrat Rechte von Homosexuellen nicht an. Außerdem wird der Rat von der arabischen Welt für Interessenpolitik missbraucht, die immer wieder extrem Israelkritische Resolutionen durchsetzt.

Im Gegensatz zu dieser ernüchternden Bilanz betrachtet Markus Löning die Lage pragmatisch-optimistisch. Er sei bei der Gründung des Gremiums sehr skeptisch gewesen, sehe aber nun durchaus auch Chancen. Die pessimistische Einschätzung des Gremiums ergebe sich aus einer unrealistischen Erwartungshaltung. Wenn man hingegen die Grenzen des Menschenrechtsrats kenne, dann eröffne er interessante Möglichkeiten für die Menschenrechtspolitik. Insbesondere das allgemeine periodische Überprüfungsverfahren (Universal Periodic Review – UPR), bei dem in regelmäßigen Abständen alle Staaten auf ihre Menschenrechtslage hin öffentlich überprüft werden, bewertete Löning positiv: „Naming and Shaming“ funktioniert – auch menschenrechtsverachtende Regime wollen in der Weltöffentlichkeit kein schlechtes Image haben.“ Die Staaten seien auf Druck der Öffentlichkeit zu Zugeständnissen bereit, auf die sich dann wiederum Nichtregierungsorganisationen in ihrer politischen Arbeit vor Ort berufen könnten.

Bei der nun anstehenden Überprüfung des Menschenrechtsrats setzte sich Deutschland für Verbesserungen der Abläufe und die Sicherung der Unabhängigkeit der Sonderberichterstatter und des Hochkommissariats ein. Zudem sprach sich Löning dafür aus, dass Staaten wenigstens alle maßgeblichen UN-Menschenrechtskonventionen ratifiziert haben müssen, um für den Menschenrechtsrat wählbar zu werden.

Der Menschenrechtsansatz Lönings ist breiter als der seines Vorgängers: Zwar sind negative Abwehrrechte und grundlegende politische Teilhaberechte entscheidend, aber Menschenrechtspolitik sollte in gleichem Maße wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte einbeziehen. Oft werden durch diese Rechte erst die materiellen Bedingungen gesichert, die die notwendige Grundlage für die Ausübung der negativen und politischen Rechte sind. Einige Schwerpunkte der deutschen Menschenrechtspolitik seien die Abschaffung der Todesstrafe, die Presse- und Meinungsfreiheit, das Recht auf Wasser und Sanitärversorgung, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und die Rechte von Kindern in bewaffneten Konflikten.

Pragmatismus, Realismus, Optimismus – so könnte man die von Löning vertretene Menschenrechtspolitik umschreiben. Auf die kritische Nachfrage, ob der Menschenrechtsrat aufgrund seiner Architektur,

* Karsten Schubert, M.A. ist Politikwissenschaftler und arbeitet für die Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. in Berlin.

die menschenrechtsverachtenden Regimen große Einflussmöglichkeiten bietet, nicht ein grundsätzlich ungeeignetes Menschenrechtsinstrument sei, betonte er, dass man aus diesem Instrument eben das Beste machen müsse. Dabei könne der Menschenrechtsrat einerseits für die Schaffung ungewöhnlicher politischer Bündnisse genutzt werden, zum Beispiel eine Zusammenarbeit mit den Chinesen zum Recht auf Bildung. Andererseits sei der Rat nicht der einzige Bestandteil des UN-Menschenrechtsregimes, sondern müsse im Zusammenhang mit den anderen Instrumenten gesehen werden, beispielsweise den Menschenrechtskonventionen und dem Hochkommissariat.

Offen realpolitisch reagierte Löning auf die Frage nach etwaiger Doppelmoral in der deutschen Menschenrechtspolitik. Die

Schärfe der deutschen Kritik an menschenrechtsverachtenden Regimen – beispielsweise Mubaraks Herrschaft in Ägypten – hänge, so der Eindruck einiger Diskussionssteilnehmer, davon ab, ob das jeweilige Regime ein befreundeter Bündnispartner sei oder nicht. Löning bestätigte, dass der Ton der Kritik an Menschenrechtsvergehen auch etwas damit zu tun hat, wie das Verhältnis zu der angesprochenen Regierung ist. Gleichzeitig wies er aber auch darauf hin, dass die Menschenrechtspolitik sich nicht nur öffentlichkeitswirksamer Instrumente bedient, sondern je nach Kontext und Angemessenheit diplomatische Verhandlungen hinter den Kulissen oft ein besseres Mittel sind, um Verbesserungen gerade in Einzelfällen zu erreichen.

Neben dem internationalen Menschenrechtsschutz eröffne das UPR-Verfahren

auch die Möglichkeit einer kritischen Selbstreflexion. Diese, so Löning, sei zentral – denn einerseits sei sie nötig, um eigene Werte glaubwürdig in der internationalen Diskussion vertreten zu können. Andererseits gebe es auch in Deutschland Menschenrechtsprobleme. Diesbezüglich äußerte sich Löning kritisch zur Diskussion über Integration, die teilweise in offene Islamophobie umschlage, und zur deutschen Migrationspolitik.

Lönings Ansatz ist es, offen zu kritisieren, aber auch offen mit Kritik umzugehen, Spannungen zu thematisieren und pragmatische Lösungen zu suchen. Ob seine optimistische Bewertung des Menschenrechtsrats aufrechterhalten werden kann, wird sich zeigen, nicht zuletzt in Abhängigkeit zum Ergebnis der gegenwärtigen Überprüfung des noch jungen Gremiums. ■

Rüdiger Wolfrum/Chie Kojima (Hrsg.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 213, Heidelberg 2010, 238 Seiten, € 76,95

Heike Montag*

Der 213. Band der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht „Solidarity: A Structural Principle of International Law“ basiert auf dem gleichnamigen Symposium, das im Herbst 2008 am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg veranstaltet wurde. Das Symposium war der Frage gewidmet, inwieweit es sich bei dem Gebot der Solidarität zwischen den Mitgliedern der internationalen Gemeinschaft um ein Strukturelement des gegenwärtigen Völkerrechts handelt sowie ob es bereits zu einem echten Rechtsprinzip erstarkt ist.¹

Das englischsprachige Buch enthält die Niederschriften der vier auf der Veranstaltung gehaltenen Referate sowie die an die Präsentationen anschließenden Diskussionen und die Begrüßungs- und Schlussworte der Direktoren des Instituts, Armin von Bogdandy und Rüdiger Wolfrum. Darüber hinaus umfasst der Band zwei nach dem Symposium eingereichte Aufsätze.

In der Begrüßungsansprache skizziert von Bogdandy die Geschichte des Konzepts der Solidarität, ein relativ junges Konzept, das im 19. Jahrhundert durch den französischen Soziologen Émile Durkheim die erste wissenschaftliche Ausarbeitung erfuhr. Aufgegriffen wurde es unter anderem von einem der Gründungsväter des modernen französischen öffentlichen Rechts, Léon Duguit, der seine Lehren auf Solidarität und der öffentlichen Verwaltung gründete und dadurch dem System des öffentlichen Rechts einen anderen Anstoß gab. Auf die internationale Ebene gebracht stelle es ein wichtiges Element insbesondere des progressiven rechtlichen Diskurses dar.

Der erste Vortragende, Karel Wellens, hinterfragt Solidarität als ein (wieder)aufkommendes Verfassungsprinzip. Trotz der gegenwärtig verbreiteten Ansicht, dem Solidaritätsprinzip lediglich einen entstehenden Charakter zuzuschreiben, tritt der Referent offensiv dafür ein, dass es sich um ein Prinzip handelt, das auf internationaler Ebene wieder in Erscheinung getreten ist. Es nehme eine konstitutionelle Funktion in der internationalen Rechtsordnung wahr, werde daher zu einem Eckpfeiler des normativen Systems, und das Recht der Solidarität solle stufenweise realisiert werden. Nicht ohne Gegenargumente führt er dazu Beispiele aus verschiedenen Bereichen der

Rechtsordnung an, wie die Verpflichtung eines Staates, Ziel und Zweck eines Vertrages, den er unterzeichnet hat, vor seinem Inkrafttreten nicht zu vereiteln. In Bezug auf das humanitäre Völkerrecht bezieht er sich auf die Gewährleistungspflicht in Artikel 1 GA als Ausdruck einer solidarischen Verpflichtung, und zudem sei darin die erste eindeutige Äußerung der Responsibility to Protect (RtP) zu sehen. In gleicher Weise nennt Wellens gut nachvollziehbare Anwendungsbereiche im internationalen „Disaster Law“, im internationalen Handelsrecht, im Recht der Staatenverantwortlichkeit sowie im Recht der Vereinten Nationen und fügt an, dass Solidarität gerade auf die Bereiche des Rechts einwirke, in denen die traditionelle Rolle des Grundsatzes der Gegenseitigkeit nicht so stark ausgeprägt sei. Auf globaler Ebene finde das konstitutionelle Prinzip der Solidarität in der in vielen Teilen der internationalen Rechtsordnung allmählich Funktionen wahrnehmenden RtP seine erste große Artikulation, trotz ihrer vielen institutionellen und operativen Mängel. Die größte Herausforderung des Solidaritätsprinzips sei seine umfassende Ausstattung mit einem wirksamen, institutionellen Durchsetzungsmechanismus.

In der anschließenden Diskussion wurde unter anderem die Frage nach dem normativen Gehalt des Solidaritätsprinzips thematisiert. Wellens wendet ein, dass er darauf verzichtet habe, das Solidaritätsprinzip als ein rechtlich bindendes Prinzip zu bezeichnen, da eine solche Aussage aufgrund der unterschiedlichen Entwicklungsstände, die das Prinzip in den verschiedenen Bereichen erlangt hat, schwierig sei. Nichtsdestotrotz diene es als Hilfsmittel zur Interpretation bestehender Normen.

Mit dem zweiten, gut strukturierten Vortrag wendet sich Philipp Dann der Begutachtung eines speziellen Rechtsgebietes zu, dem Recht der Entwicklungszusammenarbeit. Der Begriff „Solidarität“ werde in diesem Gebiet kaum in rechtlichen Dokumenten verwendet und in seinem Bedeutungsumfang umschrieben. Er versteht seinen Vortrag nicht als Beweisführung der Rechtsgültigkeit des Solidaritätskonzepts, sondern als Aufzeigung, dass es als Werkzeug einer kritischen Analyse und als Messung des Stands des Rechts gebraucht werden kann und soll. Dementsprechend befürwortet der Referent das Festhalten an einem aussage-

kräftigen, dafür jedoch außerjuristischen Verständnis der Solidarität anstelle eines engen, abgeschwächten rechtlichen, das mit der ursprünglichen Idee der Solidarität wenig im Einklang sei und vielmehr das Konzept abwerte. Als Elemente des Begriffs wählt er gegenseitige Hilfeleistung zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels, Gleichwertigkeit der beteiligten Partner und Gegenseitigkeit der Pflichten, um anhand dieser zu prüfen, inwieweit das Recht der Entwicklungszusammenarbeit das Solidaritätskonzept widerspiegelt. Durch die tiefgehende Analyse des einschlägigen Rechts zweier Organisationen – Weltbank und Europäische Gemeinschaft – kommt er zu dem Schluss, dass Solidarität im Recht der Entwicklungszusammenarbeit zweifellos mehr ein Versprechen als ein Prinzip sei.

Insbesondere das Element der Gegenseitigkeit wird in der Diskussion fokussiert, in der der Referent Unterstützung dafür erfährt, dass es sich bei der Solidarität um ein nicht-rechtliches Konzept handelt.

Laurence Boisson de Chazournes befasst sich in ihrem Beitrag mit der RtP und der Frage, ob sie Solidarität widerspiegelt, wobei die Referentin zu einer deutlichen Bejahung kommt. Die Konstruktion der Idee der RtP könne als durch die Vereinten Nationen institutionalisierter sowie moralischer und rechtlicher Ausdruck der Solidarität angesehen werden, folgert die Referentin durch die gut geordnete Darlegung der Elemente des Begriffs der Solidarität und der Prüfung ihrer Entsprechung mit der RtP, die noch in eine positivrechtliche Verpflichtung umzusetzen ist. Wie Wellens bezieht sich Boisson de Chazournes auf Artikel 1 GA und unterstreicht, dass dieser unbedingt ist, das heißt nicht unter der Auflage der Gegenseitigkeit steht. Sie sieht in ihm, da er nicht nur die Einhaltung der

* Heike Montag ist Doktorandin der Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum sowie Marie Curie-Stipendiatin an der Karl-Franzens-Universität Graz.

¹ Siehe dazu Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Symposium „Solidarity: A Structural Principle of International Law“, <http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/content18753.cfm> (31. März 2011).

Abkommen unter allen Umständen, sondern auch die Durchsetzung der Einhaltung fordert, einen rechtlichen Ausdruck der RtP sowie des Solidaritätsprinzips.

Einer der vielen in der Diskussion angesprochenen Aspekte war die kritische Hinterfragung eines von der Referentin aufgeführten Elements der Solidarität, nämlich dass der Solidaritätsgeber nicht mit dem Ziel des direkten und konkreten Gewinns handeln dürfe. Einig waren sich die Diskutanten darin, dass ein Gewinn auf lange Sicht hin – wie die Befriedung einer Region oder eines Staates – möglich sein könnte. Aber die Zielsetzung eines lukrativen kurzfristigen Nutzens sei laut der Referentin gerade kein Element der Solidarität. Der Begriff „Generationengerechtigkeit“ ruft den Schutz und den Nutzen natürlicher Ressourcen in Erinnerung. Die Referentin Dinah Shelton führt an, dass nur wenige Rechtsbereiche von dieser Gerechtigkeit ausgespart werden und erläutert neben den natürlichen Ressourcen wirtschaftlichen Wohlstand und Entwicklung, Kultur und Wissen sowie Leben und Wohlergehen als die großen Bereiche, in denen generationenübergreifende Gerechtigkeit und Solidarität diskutiert werden. Die Referentin erarbeitet als mögliche Definition der Solidarität zwischen den Generationen die Gerechtigkeit zwischen verschiedenen Altersgruppen zur Sicherstellung einer gerechten Verteilung von Nutzen und Lasten unter ihnen aufgrund der Erkenntnis, dass sich Handlungen gegenüber den Jungen auch auf ihre Nachkommen auswirken sowie vergangene Handlungen die Gegenwart und die Zukunft beeinflussen. Die wachsende Erkenntnis der gegenseitigen Abhängigkeit der Staaten und die Unmöglichkeit der Lösung einiger Probleme durch einsei-

tige Handlungen führen zur Akzeptanz des moralischen Prinzips der Solidarität.

In der kurzen anschließenden Diskussion wird unter anderem die Möglichkeit kritisch beleuchtet, Rechte an nicht lebende Personen, sondern an zukünftige Generationen zu übertragen.

Das Duo der nachgereichten Aufsätze eröffnet Tania Belaños mit einem Beitrag zum Thema der militärischen Intervention ohne Autorisierung des Sicherheitsrates als Konsequenz der RtP. Das bereits mehrfach angesprochene Konzept beinhaltet für den Fall, dass eine Regierung nicht im Stande ist, ihren Schutz- und Sicherheitspflichten sowie der Gewährleistung der Rechtsausübung und der fundamentalen Freiheiten der Bevölkerung des Staates gegenüber nachzukommen, oder selbst schwere Menschenrechtsverletzungen vollzieht, eine gegenseitige Hilfspflicht der Staaten, die auf dem Prinzip der Solidarität beruhe. Jedoch sei auch eine militärische Intervention mit einem menschlichen Schutzzweck ohne eine Befürwortung der Vereinten Nationen nicht zu rechtfertigen. Wenn der Sicherheitsrat seiner Funktion nicht ordnungsgemäß nachkommt und keine Entscheidung hinsichtlich der Hilfspflicht der Völkergemeinschaft trifft, sei es im Rahmen des Anwendungsbereichs der RtP zulässig, dass die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen sich ihrer Verantwortung wieder annehmen, die sie dem Sicherheitsrat übertragen haben und – durch die Generalversammlung – eine militärische Intervention empfehlen. Die Autorin führt an, dass diesen Empfehlungen keine bindende Wirkung zukomme, sie dennoch legitimierend wirken.

„Common Security: The Litmus Test of International Solidarity“ betitelt Hanspeter Neuhold seinen Aufsatz, in dem er Solida-

rität im Bereich der internationalen Sicherheit anhand des Systems der kollektiven Sicherheit der Vereinten Nationen, der militärischen Allianz der NATO und der Sicherheitsdimension der EU überprüft. Solidarität basiere auf drei Säulen: den gemeinsamen Interessen und Werten sowie einem beiderseitigen guten Gefühl. In seiner Prüfung arbeitet der Autor sehr deutlich heraus, dass die zwischenstaatlichen Beziehungen zwar weniger gegnerisch und polarisiert seien als zu Zeiten des Kalten Krieges, und die Regierungen sich mehr und mehr bewusst seien, dass globale Herausforderungen weltweite Kooperationen erfordern. Jedoch gingen in vielen Fällen nationale Interessen der globalen Solidarität vor.

In den Schlussworten greift Wolfrum die Kernfrage des Symposiums auf und verneint, dass es sich bei Solidarität um ein Rechtsprinzip handelt, das das Völkerrecht als solches regelt. Vielmehr nimmt er an, dass das Solidaritätsprinzip manchen bestimmten Rechtsgebieten inhärent sei und einem besseren Verständnis des Inhalts und der Struktur desselben dienen könne. Zudem könne es zur Lückenschließung oder zur Modifizierung von Widersprüchlichkeiten eingesetzt werden und bei der Bewertung neu entstehender Rechtsgebiete helfen. Insofern sieht er das Solidaritätsprinzip als einen Mechanismus zum besseren Verständnis des Völkerrechts und mittelfristig vielleicht als ein Mittel zur progressiven Entwicklung des Völkerrechts.

Aufgrund der Fokussierung verschiedener Bereiche und Aspekte des Rechts aus der Sicht unterschiedlicher Autoren sowie durch die Anmerkungen der Diskutanten bekommt der Leser einen weit gefassten, aber auch tiefgehenden Einblick in die Thematik. ■

Alpaslan Özerdem / Richard Bowd (eds.), *Participatory Research Methodologies: Development and Post-Disaster/Conflict Reconstruction*, Ashgate Publishing Limited, Surrey/United Kingdom 2010, 275 Pages, € 71

Sylvia Stoll*

Participatory methods have been increasingly recognised as effective tools in post-conflict and post-disaster recovery by both practitioners and researchers. The edited volume “Participatory Research Methodologies: Development and Post-Disaster/Conflict Reconstruction (2010)” by Alpaslan Özerdem and Richard Bowd builds on this recognition by examining participatory methods as research tools and by providing a critical analysis of these methodologies. This volume is primarily of interest to those carrying out qualitative and quantitative research in development, post-disaster and post-conflict environments. It might also be a relevant source for researchers who are using sociological methods for researching legal concerns in conflict and post-conflict settings. Readers will find a collection of articles and comparative lessons learned which are based on the application of participatory techniques in empirical research, both in post-conflict and in post-disaster settings.

After an introductory chapter on the “Theoretical and Practical Aspects of ‘Participatory’ Research Methods” by the editors, the publication is thematically organised into two parts: (1) Participatory methods in development and post-disaster reconstruction; and (2) Participatory research methods in post-conflict reconstruction. Separate introductions and conclusions to each part (chapters 2, 8, 9, and 17) make a comprehensive analysis in the final conclusion (chapter 18) of the volume possible. Unlike other volumes of collected essays Özerdem and Bowd’s collection provides both depth and conjunctive elements.

The first chapter introduces the volume with an explanation of the types of knowledge available through participatory methods; in particular, the authors observe that this knowledge contributes to “reconfiguring power relations within the research process to enable marginalized and peripheral voices to be heard” (p. 24). This observation is an example of the chapter’s focus on the development of theoretical concepts concerning participatory methods, rather than on the definition or the explanation of the methods discussed. Like the remainder of the volume this chapter is not a practical guide for the application of participatory research methods, but rather an academic analysis of the nature and pur-

pose of these methods. The aims of the case studies presented in the first part of this volume underline this theoretical focus; namely they are to combine Participatory Rural Appraisal (PRA) methods with longer-term anthropological approaches (p. 29, chapter 3), to “demonstrate the use of Participatory Rural Appraisal (PRA) techniques for economic assessment” (p. 46; chapter 4); to “show how participatory tools can measure real impact and help produce representative results” (p. 66; chapter 5); to “document the prevalent conditions under which PRA methods were used to collect information regarding the effects of Cyclone Sidr” (p. 85; chapter 6); and to explore “the potential role of local knowledge resources and strengths of rural communities” (p. 99; chapter 7).

The essays differ in style and context, yet many are rich in contextual descriptions that illustrate the set-up and design of the field studies. For example, in chapter 4 Richard Jones presents the contextual background of his study; this information provides insights into the application, the process and the benefits, as well as limits of PRA. Jones’ article is another example of the analytical point of view from which this volume is written as it does not contain details explaining the basics of PRA. Rather, this article is directed to readers that are already familiar with the PRA technique. Another essay exemplifying the application of PRA is found in chapter 5. This chapter offers a balanced mix of theoretical and contextual information, as well as reflective insights on participatory methods. In particular it addresses the methodological challenges of impact assessments in humanitarian assistance, and suggests that PRA provides possibilities for measuring real impacts.

The last contribution in the first section differs from the previous articles as it analyses participatory methods from an anthropological point of view; it refers to the participation of the researchers in the life of informants versus the participation of beneficiaries or victims in assessment studies. Then the editors Alpaslan Özerdem and Richard Bowd conclude the first section by highlighting the strengths of each case study. For example, referring to the third chapter the editors underline that “to understand the extend of individual participation

in collective activities life history proved to be highly beneficial to gather detailed information on types of agency used by individuals in shaping their lives” (p. 114). These analytical remarks may be useful for determining which articles might be of most interest to the reader.

The following section focuses on the application of participatory research methods in post-conflict reconstruction. In the introduction to part two (chapter 9), the editors discuss challenges that are faced by researchers in Post-Conflict Environments (PCE). Three kinds of challenges are addressed, namely “a respondent element; a researcher element; and an effectiveness element” (p. 123). Conducting research in post-conflict environments is not only challenging, but also highly complex. The editors offer solutions to these difficulties by first drawing attention to the problems and by then making use of the case studies presented in the second half of the volume in order to show how these challenges can be overcome with the help of participatory research methods.

The case studies in the second part cover topics such as the contribution of participatory methods “to our understanding of social capital and reconciliation in war-torn societies” (p. 131; chapter 10); “the benefits of door-knocking as a research methods in a post-conflict environment” (p. 155; chapter 11); and “operational, practical and methodological aspects in demobilization and reintegration (DDR) in Liberia” (p. 165; chapter 12). It also covers the application of participatory “methodology with a set of victims of disappearance during Nepal’s Maoist insurgency” (p. 181; chapter 13); “violence against women during the conflict and its effect on women’s ability to participate in reconstruction and rehabilitation” (chapter 14); “the complex relationship between participatory research and mid-term programme evaluations”

* Sylvia Stoll is a doctoral candidate at the Institute for Media Studies and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict, Ruhr-University Bochum. She is currently a Marie Curie Fellow at Instituto de Lengua, Literatura y Antropología - Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Spain under the SPBUILD Training Network in Sustainable Peace Building.

(p. 211; chapter 15); and how effectively participatory “methods can be taught in the environment of a classroom” (p. 231; chapter 16).

Each of these chapters shows a specific view on the application of participatory research methods in post-conflict societies. For example, Richard Bowd (chapter 10) elaborates on the choice of research tools for his case study in Rwanda and discusses the strengths and limitations of methods used such as landscape mapping and institutional diagramming; social network mapping; and social capital indicators. Victor Asiedo’s article (chapter 11) stands out in this section with its introduction to a new participatory method, “door knocking”. Asiedo defines this method as “a process that can facilitate the building of trust” that “originates from marriage ceremonies in some African countries” (p. 152). His analysis shows that this method “facilitates access both physical and emotional to individuals and communities” (p. 155). These and other benefits gained by using participatory research methods in post-conflict settings are discussed in the conclusion to part two (chapter 17). The editors go through respondent-related challenges, researcher-related challenges and effectiveness-related challenges. The named categories serve as useful tools for synthesising and analysing problems that may occur with the use of participatory research methods.

The editors offer a final analysis in chapter 18, which is divided into “power and empowerment” (p. 253) and “research methods and triangulation” (p. 261). Several recommendations such as Boyd’s (chapter 10) and Holt’s (chapter 14) observations concerning the need for flexibility are included in the conclusive remarks. Other observations are a need for multidisciplinary, for diversity and interpretation, as well as for trust and confidence building. These recommendations are based on a wide spectrum of advantages and limitations that were identified by studying “the use of participatory research methods in the three distinctive different contextual environments of development, post-disaster and post-conflict” (p. 253).

The case studies presented in this volume focused on participatory methods as processes rather than tools. In addition, they “placed much more emphasis on the contextual problems for their implementation such as those related to logistics and limited time constraints” (p. 116). Krishnaswamy explains, that particularly in research using participatory methods, “the process of conducting research is as important as the research outcome.”¹ This statement corresponds with the nature of this volume and justifies its emphasis on processes. Nevertheless, due to its orientation on processes it assumes a certain familiarity with the subject matter and is therefore not suitable for new-comers to

participatory research methodology. An introduction to the fundamentals and methods of participatory methods would have made this publication more accessible to those who are unfamiliar with participatory research methods.

Even if not all of the articles in this volume may be directly related to one’s own research, nonetheless each article raises universal questions and issues that need to be considered in planning and carrying out research projects. It goes beyond “adopting a prescriptive perspective” and offers a “critical analysis” of participatory methodologies (preface, p. XVIII). Another quality that makes this volume worth reading is that it specifically raises awareness of the challenges that are involved in obtaining conflict-sensitive data. This is a thought provoking volume that addresses both, problems of research methods, as well as ethical issues, and is recommendable for researchers using participatory methods in development, post-disaster and post-conflict environments. Overall, this volume promises to be a valuable resource for participatory-oriented researchers from various academic disciplines. ■

¹ A. Krishnaswamy, *Participatory Research: Strategies and Tools*, <http://www.cnr.berkeley.edu> (31 March 2011).

17. DRK-Kurs im Humanitären Völkerrecht

Berlin, 24. – 30. Juli 2011



Der Kurs richtet sich vorrangig an Jurastudenten höherer Semester, an Rechtsreferendare und andere junge Juristen, die ihre Kenntnisse im humanitären Völkerrecht vertiefen möchten. Unter entsprechenden Voraussetzungen sind auch Studierende und junge Absolventen anderer Fachbereiche herzlich willkommen. Da einzelne Kursteile in englischer Sprache stattfinden, sind gute Englischkenntnisse die Bedingung für eine Teilnahme. Der Kurs beinhaltet Vorlesungen und Gruppenarbeiten zu den grundsätzlichen und aktuellen Themenstellungen des humanitären Völkerrechts.

Zu den **Kursinhalten** gehören u.a. folgende Themen:

- Einführung in das Humanitäre Völkerrecht
- Anwendungsbereiche des Humanitären Völkerrechts / Die Konflikttypen
- Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und das Humanitäre Völkerrecht: Mandat und Einsatzfelder
- Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte
- Kombattanten und zulässige militärische Ziele
- Kriegsgefangene und Zivilpersonen in Gefangenschaft
- Mittel und Methoden der Kampfführung / Waffenverbote
- Das Humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte
- Umsetzung des Humanitären Völkerrechts
- Der Internationale Strafgerichtshof und das Völkerstrafrecht: Entwicklung, Stand, Perspektiven

Änderungen von Programmpunkten sind kurzfristig möglich

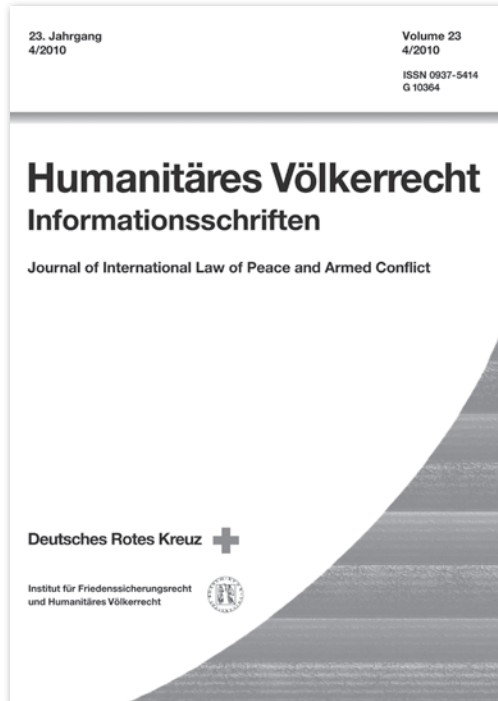
Der Kurs wird vom Deutschen Roten Kreuz, Generalsekretariat unter Mitwirkung des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum veranstaltet und findet in Berlin statt. Die Teilnehmerzahl ist auf 25 begrenzt.

Die **Teilnahmegebühr** für den Kurs beinhaltet Dokumentationsmaterial, Unterbringung in Doppelzimmern sowie Verpflegung und beträgt **€ 300,00**. Aufgrund einer Pauschalvereinbarung mit dem Tagungshotel ist ein Erlass der Unterbringungskosten, auch bei anderweitiger Übernachtung, nicht möglich.

Bewerbungen mit Lichtbild, die Angaben zur Person – insbesondere Nachweise über erbrachte Studien- bzw. Examensleistungen – enthalten, richten Sie bitte **bis 15. Mai 2011** an:

Ruhr-Universität Bochum, IFHV, Dr. H.-J. Heintze, NA 02/33, 44 780 Bochum (Tel. 0234 / 32 27366)

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 organisations. The board of editors is composed of the following members: Dr. habil. Hans-Joachim Heintze and Dr. Jana Hertwig, LL.M. as well as Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M., Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc, and Dr. Heike Spieker.

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:

- Codification and implementation of IHL
- Relationship between IHL and Human Rights Law
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects
- International peacekeeping and enforcement
- Humanitarian crisis and international response

Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



Editorial office:

Dr. habil. Hans-Joachim Heintze
Dr. Jana Hertwig, LL.M.
Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.
Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.
Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc
Dr. Heike Spieker
E-mail: ifhv-publications@rub.de
Phone: (0234) 3228259
Fax: (0234) 3214208

Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
E-mail: verlag@drkservice.de
Phone: (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.



HUMANITÄRES VÖLKERRECHT

Eine kritische Betrachtung

Sammelband zum
60. Jahrestag der
Genfer Konvention

Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht

20 Jahre Institut für Friedenssicherungsrecht und humanitäres Völkerrecht –
60 Jahre Genfer Abkommen

H. Heintze, K. Ipsen, Ruhr-Universität Bochum (Hrsg.)

Das humanitäre Völkerrecht geht auf Regeln zurück, die zu Beginn des letzten Jahrhunderts entstanden und sich vorrangig auf den zwischenstaatlichen Krieg beziehen. Diese Regeln wurden in den Genfer Konventionen von 1949 kodifiziert. Aus Anlass des 60sten Jahrestages dieser Konventionen wird aus verschiedenen Blickwinkeln in dem Sammelband die Frage untersucht, ob diese Normen noch auf heutige Konflikte anwendbar sind und in wieweit sie einer Weiterentwicklung bedürfen. So wird am Beispiel des Irak hinterfragt, ob das klassische Recht der Okkupation noch anwendbar ist, ob es sich beim Kampf gegen den Terrorismus um einen Krieg handelt und welches Verhältnis zwischen dem Menschenrechtsschutz und dem humanitären Völkerrecht besteht.

- ▶ Rechtliche Bewertung asymmetrischer Kriege
- ▶ Beachtung der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt
- ▶ Bindung nichtstaatlicher Akteure an zwischenstaatliches Recht
- ▶ Recht der Okkupation und der Krieg der USA im Irak
- ▶ Völkerrechtliches Gewaltverbot und der Krieg gegen den Terrorismus
- ▶ Völkermord in Srebrenica

2011. XIX, 211 S. Geb.

ISBN 978-3-642-14675-6 ▶ € (D) 89,95 | € (A) 92,47 | *sFr 121,00

Weitere Informationen auf ▶ springer.de
